

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 44/2015

Година XII

ISSN: 1840-0272

# ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2015.

Година XII

Број 44/2015

ПРАВНА РИЈЕЧ



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:

Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:

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

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:

Проф. др Витомир Поповић,  
проф. др Марко Рајчевић, проф. др Драган Голијан,  
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић,  
Ирена Мојовић, Џерард Селман,  
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић,  
Милош Комљеновић

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

---

СЛЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука

Телефон/факс: 051/212-320

[www.udruzenjopravnika.org](http://www.udruzenjopravnika.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

Проф. др Витомир Поповић МЕЂУНАРОДНИ ЦЕНТАР ЗА РЈЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА .....	11
Проф. др Александар Ћирић Проф. др Предраг Цветковић ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ .....	31
Проф. др Радован Вукадиновић мр Владимир Вукадиновић ЗНАЧАЈ ЕУ УПУТСТВА О ПОСТУПЦИМА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗА РАЗВОЈ ПРИВАТНОПРАВНЕ ПРИМЕНЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ .....	55
Проф. др Душанка Ђурђевић Др Сандра Фишер-Шобот НОВЕ МЕРЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У САОБРАЋАЈНОЈ ПОЛИТИЦИ ЕУ .....	73
Проф. др Драго Дивљак ЗАШТИТА ГМО У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ И ЊЕНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ .....	87
Доц. др Јелена Ћеранић ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ У ПРЕДМЕТУ КРАЉЕВИНА ШПАНИЈА ПРОТИВ ПАРЛАМЕНТА И САВЕТА – УНИТАРНА ПАТЕНТНА ЗАШТИТА .....	105
Др Александар Поповић ПРИВРЕДНА ДРУШТВА КАО СУБЈЕКТИ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПОСЛОВНОГ ПРАВА .....	123
Др Јелена Граховац ОБАВЕЗА ПРОДАВЦА НА ИСПОРУКУ САОБРАЗНЕ РОБЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ .....	139

Доц. др Матеј Савић МЕЂУНАРОДНО ПРАВО НА ПОЧЕТКУ XXI ВИЈЕКА .....	155
Мр Милица Ј. Чизмовић ПРАВНИ РЕЖИМ ФРАНШИЗИНГА .....	183
Мр Јелена Вукадиновић АРБИТРАЖА И КОРУПЦИЈА .....	201

## **КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ**

### **Кривично материјално право**

Проф. др Милош Бабић ОТКУП ИЗРЕЧЕНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА .....	217
Проф. др Владо Камбовски ЗАКОНСКО И СУДСКО ОДМЕРИВАЊЕ КАЗНЕ: ДИСКУРС О НЕЗАВИСНОСТИ .....	233
Проф. др Драган Јовашевић ЗАСТАРЕЛОСТ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ .....	263
Проф. др Саша Кнежевић Др Горан Ђорђевић КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ - ИЗМЕЂУ МИТА И УТОПИЈЕ .....	283
Проф. др Љубинко Митровић Доц. др Николина Грбић-Павловић ПОЛИЦИЈСКО УПОЗОРЕЊЕ У НОВОМ ПРЕКРШАЈНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И МОГУЋНОСТИ ЊЕГОВЕ ПРАКТИЧНЕ ПРИМЈЕНЕ .....	307
Проф. др Миомира Костић Асс. Иван Илић ЖЕНЕ ОСУЂЕНИЦЕ – О КРИМИНОЛОШКОМ ДИСКУРСУ И ПЕНОЛОШКОМ ТРЕТМАНУ .....	325

Проф. др Бранко Вучковић  
Проф. др Весна Вучковић  
СУВЕР ТЕРОРИЗАМ ..... 345

Доц. др Миле Шикман  
МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ОКВИР ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА ..... 361

Доц. др Марина М. Симовић  
Мустафа Бисић  
Мр Амар М. Бисић  
УСЛОВНИ ОТПУСТ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ БОСНЕ  
И ХЕРЦЕГОВИНЕ: ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ И НОВА  
НОРМАТИВНА РЈЕШЕЊА ..... 387

Проф. др Иван Јоксић  
КАЗНЕНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА НА СПОРТСКИМ  
ПРИРЕДБАМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ..... 405

Доц. др Дарко Димовски  
Ива Поповић  
Душан Ранђеловић  
ПРОЈЕКТОВАНА ЖИВОТНА СРЕДИНА КАО НАЧИН  
ПРЕВЕНЦИЈЕ КРИМИНАЛИТЕТА ..... 423

Доц. др Дарко Радуловић  
ОДМЈЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У СВЈЕТЛУ КРИВИЧНОГ  
ЗАКОНИКА ЦРНЕ ГОРЕ ..... 441

### **Кривично процесно право**

Академик проф. др Станко Бејатовић  
КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ИНСТРУМЕНТИ ЕФИКАСНОСТИ  
БОРБЕ ПРОТИВ КРИМИНАЛИТЕТА (НОРМАТИВНИ И  
ПРАКТИЧНИ АСПЕКТ) ..... 459

Академик проф. др Миодраг Симовић  
Доц. др. Владимир Симовић  
АКТУЕЛНА ПИТАЊА ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У  
КРИВИЧНИМ ПРЕДМЕТИМА ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ  
БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ ..... 495



Проф. др Војислав Ђурђић  
ДИСХАРМОНИЈА КОНТРОЛЕ ОПТУЖБЕ И  
ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ У КРИВИЧНОМ  
ПОСТУПКУ СРБИЈЕ ..... 537

Проф. др Милан Шкулић  
ОДНОС НАЧЕЛА ИСТИНЕ И НАЧЕЛА ПРАВИЧНОГ  
ВОЂЕЊА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ..... 561



# **МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ**



## МЕЂУНАРОДНИ ЦЕНТАР ЗА РЈЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА

Академик проф. др Витомир Поповић\*

*Апстракт:* Аутор у овом раду анализира рад међународног Центра за рјешавање инвестиционих спорова у Вашингтону. Он је посебну пажњу посветио настанку и значају Центра, његовим органима, правном статусу, надлежностима, основним карактеристикама, рјешавању спорова путем посредовања и арбитражног суда. Ријеч је о једној међународној институцији основаној као дио групације Свјетске банке чији су чланови истовремено и чланови ове банке, која и финансира његов рад. Ради се о специјализованој међународној институцији потпуно независној од националних поредака чије су одлуке коначне и обавезујуће и имају дејство домаћих судских одлука држава чланица Конвенције, а извршавају се поступком који се примјењује на извршење одлука националних судова.

*Кључне ријечи:* инвестициони спорови, Центар, поступак мирења, арбитражни поступак.

### Настанак и значај центра

Међународни центар за рјешавање инвестиционих спорова *International Center for Settlement of Investment Disputes – ICSID* је посебна међународна организација са својством правног лица основана Конвенцијом о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, која је усвојена у Вашингтону 1965. године (Вашингтонска конвенција), а ступила на снагу 14. октобра 1966. године.<sup>1</sup>

\* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

<sup>1</sup> Поближе о томе видјети Александар Љ. Ђирић. *Међународно трговинско право*, Ниш 2010, 354.

Овај центар основан је са циљем да олакша рјешавање спорова између влада и страних инвеститора и на тај начин подстакне међународне инвестиције нарочито у неразвијеним земљама и земљама у развоју, и да истовремено обезбиједи међународне механизме арбитражног рјешавања инвестиционих спорова.

Центар је *израз концепта* о директном рјешавању спорова инвестиционог карактера насталим између држава пријема страног капитала и физичких или правних лица (инвеститора, улагача), који су држављани других држава, најчешће земље поријекла капитала.<sup>2</sup>

У правној теорији и пракси постоје различити приступи око дефинисања правног статуса Центра. Према неким, Центар је посебна међународна организација са својством правног лица и припадајућим атрибутима. Овакво упориште засновано је на члану 18 Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. Други сматрају да је он институција из тзв. групе Свјетске банке. Овај приступ темељи се на чињеници да су чланови Центра истовремено и чланови Свјетске банке, те да Свјетска банка финансира Центар.<sup>3</sup> Другим ријечима, Центар је специјализована међународна арбитража потпуно независна од националних поредака а његове одлуке су коначне и обавезујуће<sup>4</sup> и имају дејство домаћих судских одлука држава чланица Конвенције, а извршавају се у поступку који се примјењује на извршење одлука националних судова.

Чланице Центра су државе чланице Свјетске банке које су земље уговорнице Конвенције, а на основу члана 67 Конвенције друге државе које нису чланице Свјетске банке могу се придружити Центру уколико потпишу Статут Међународног суда правде, о чему одлуку доноси Административни савјет Центра двотрећинском већином којом се држава позива да приступи Конвенцији.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Ibid., 355.

<sup>3</sup> Уколико трошкови накнада које стране плаћају нису у могућности покрити трошкове Центра, остатак трошкова надокнађују државе чланице банке у складу са њиховим уписаним акцијама у банци, а остале државе које нису чланице то чине у складу са правилима које установљава Административни савјет као орган банке. Међутим, могуће је да се овдје ради само о тзв. теоретским приступима јер је у практичном смислу ријечи самом Конвенцијом, тј. њеним чланом 18, прописано да је Центар посебна међународна организација са својством правног лица и припадајућим атрибутима, али је у организационом смислу повезан са Свјетском банком и чини дио ове групе у том смислу што су чланови Центра истовремено и чланови банке.

<sup>4</sup> Члан 54 став 1 Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава.

<sup>5</sup> Поближе о томе видјети члан 9–10 Конвенције о оснивању Центра за рјешавање спорова између држава и држављана других држава уговорница, која је усвојена у Вашингтону 1965, а ступила на снагу 14. октобра 1966. године.

Основни извор права за рад Центра чини Конвенција о оснивању Центра за рјешавање спорова држава и држављана других држава, Правила о додатној олакшици Конвенције, билатерални и мултилатерални споразуми о заштити инвестиција. Конвенција се искључиво односи и регулише питања од значаја за рјешавање инвестиционих спорова између земаља чланица, а не питањима од значаја за начин улагања итд.

## Органи Центра

У главне органе Центра, према члану 3 Конвенције, спадају Административни савјет и Секретаријат.

Административни савјет чине по један представник из држава уговорница а у њиховом одсуству замјењују их *ex officio* гувернери и њихови замјеници који су именовани у банку. Предсједник банке по службеној дужности предсједава Административним савјетом. Овај савјет има у својој надлежности усвајање административних и финансијских уредаба, правила поступка за органе мирења и за арбитражни поступак, арбитражна правила и правила мирења, годишњи буџет и одобрава годишњи извјештај, а у случају потребе може оснивати и посебне комитете.<sup>6</sup>

Секретаријат чине генерални секретар са једним или више замјеника које бира Административни савјет двотрећинском већином гласова на период који не може бити дужи од шест година, са правом реизбора. Листу или “панел“ помиритеља и арбитрара чине квалификована лица именована од држава уговорница. Свака држава уговорница има право да у складу са одредбама члана 13 Конвенције за сваку листу означи по четири лица који могу, али не морају бити њени држављани. Предсједавајући Административног савјета може означити десет лица за сваку листу. Од именованих лица се очекује да су “високог моралног карактера и признате стручности у области права, трговине, индустрије или финансија на чију се независност у суђењу може ослонити“. Лица на листама бирају се на период од шест година, са правом поновног избора. Странке могу именовати и арбитраже који се не налазе на листи.<sup>7</sup>

Сједиште Центра је у главним просторијама Међународне банке за обнову и развој, с тим да Административни савјет може двотрећинском већином донијети одлуку о његовом премјештању у друго мјесто.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Витомир Поповић, Радован Вукадиновић. *Међународно пословно право, општи део*, Бања Лука– Крагујевац, 2005, 170.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Поближе о томе видјети члан 2 Конвенције.

## Правни статус Центра

Центар за рјешавање инвестиционих спорова ужива изузетно висок правни статус и има својство пуноправног међународноправног лица. Он ужива привилегије и заштиту на територији сваке државе потписнице. Тако нпр. његова правна способност му омогућује:

1. да закључује (привредне) уговоре;
2. да стиче и располаже покретном и непокретном имовином;
3. да покреће правни поступак.

Он ужива заштиту и привилегије на територији сваке државе потписнице, а против његовог имања и имовине не може се покретати правни поступак, изузев у случају да се Центар одрекне тог имунитета.

Ове привилегије и имунитети односе се на предсједника и чланове Административног савјета, лица која служе као посредници или арбитражи или као чланови одбора, службенике и раднике Секретаријата, заступнике, правозаступнике, адвокате, свједоке и друге из члана 52 става 3 Конвенције.

Заштиту ужива и архива Центра, а Центар, његова имовина, имање, приходи, његов рад и послови на које је овлашћен ослобођени су свих пореза и царина као и одговорности за убирање или плаћање пореза или царина.<sup>9</sup>

## Надлежност Центра

Надлежност Центра прописана је чланом 25 Конвенције, а за његово заснивање надлежности потребно је испуњење одређених претпоставки, односно услова арбитрабилности:

- а) постојање сагласности страна;
- б) да су држава поријекла инвеститора и држава домаћин ратификовале ICSID конвенцију, као и
- в) да је спор правне природе и да је директно настао из “инвестиције“ (улагања).

Постојање арбитражног споразума о надлежности обавезан је услов за покретање и вођење поступка пред ICSID-ом. Међутим, из члана

<sup>9</sup> Поближе о томе видјети чланове 18–24 Конвенције



25 Вашингтонске конвенције не произлази да странке располажу апсолутном слободом у погледу права избора да њихов спор рјешава управо Центар. Он може утврдити да конкретни спор излази из оквира његове компетенције, било на захтјев једне од странака, било на основу сопствене иницијативе. У том смислу се може говорити о својственом праву на компетенцију – компетенције Центра.<sup>10</sup>

Ипак, и спорови који не испуњавају наведене услове могу се, према Правилима о додатној олакшици (Additional Facility Rules) од 1978. године, изнијети пред Центар. Према одредбама члана 2 наведених правила, Секретаријат Центра је овлашћен да, под условима и у складу са овим правилима, рјешава и спорове између држава, конституената или агенција државе и држављана друге државе, када држава у спору или земља поријекла приватног лица нису државе уговорнице Конвенције, као и када спор не потиче директно из инвестиције. Користећи ову могућност, велики број билатералних и мултилатералних споразума о заштити инвестиција садрже клаузулу о рјешавању спорова према Правилима о додатној олакшици.<sup>11</sup>

### Основне карактеристике Центра

Основну карактеристику Центра за рјешавање инвестиционих спорова чини његова независност. Неки правни аутори то називају делокализацијом.<sup>12</sup> Ова независност се остварује:

а) независним утврђивањем правила процедуре, као и одређивањем надлежног материјалног права;<sup>13</sup>

б) ограничењем права страног улагача да користи “национална правна средства заштите”<sup>14</sup> уз сагласност за рјешавање спорова пред Центром;

в) коначношћу одлуке Центра<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Поближе о томе видјети А. Ђирић (2010), 356.

<sup>11</sup> Поближе о томе видјети В. Поповић, Р. Вукадиновић (2005), 171.

<sup>12</sup> R. Bruno and J. H. H. Weiler, Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis, *Jean Monnet Working Paper*, 13/97, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>.

<sup>13</sup> Поближе о томе видјети члан 42 Конвенције.

<sup>14</sup> Поближе о томе видјети члан 26 Конвенције.

<sup>15</sup> Поближе о томе видјети члан 54 став 1 Конвенције.

Другим ријечима, непосредан приступ правди, поред права странака да самостално одреде правила поступка и мјеродавно материјално право, остварује се преко права странака да непосредно и самостално без посредовања држава траже и остварују заштиту својих права пред, од држава, независном и неутралном институцијом. Овај тзв. искључиви карактер надлежности Центра постоји у односу на могућност коришћења правних средстава, не само пред националним него и међународним тијелима. Тако нпр. чланом 26 Конвенције је прописано да:

“Пристанак странака на арбитражу, сходно овој конвенцији сматра се пристанком на ту арбитражу са искључењем сваког другог правног лијека, изузев ако је друкчије уговорено. Држава потписница може захтијевати да се исцрпи локална административна или судска средства као услов пристанка на арбитражу, сходно овој конвенцији“.

Поред наведеног, Конвенција на изричит начин искључује право коришћења дипломатске заштите и сваког другог међународног правног средства према страним инвеститорима држављанима државе уговорнице.<sup>16</sup> То практично подразумијева обавезу националних судова свих држава уговорница, па и оних које нису у спору, да признају и изврше арбитражне одлуке које су донесене у корист страних инвеститора и против одговорне државе уговорнице на исти начин као и коначне одлуке својих судова. Другачије речено, оваквим арбитражним одлукама признаје се директна примјена и директно дејство у државама уговорницама без спровођења поступка признања.<sup>17</sup>

Међутим, у односу на ова основна правила о надлежности Центра за рјешавање инвестиционих спорова и његове независности постоје одређени изузеци. Ови изузеци огледају се у сљедећем:

а) домаћа држава, сходно члану 25 става 4 Конвенције, може задржати право контроле над њеним споровима са страним инвеститорима, или неприхватањем јурисдикције Центра уопште, или ограниченим прихватањем (само у односу на одређене врсте спорова);

б) домаћа држава може али не мора да третира локално основано тијело као тијело друге државе уговорнице.

Постоје и неки други облици ограничења нпр. у погледу признавања права домаћој држави да “захтијева примјену локалних административних или судских средстава као услов за њен пристанак на арбитражу из Конвенције“.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Поближе о томе видјети члан 27 став 1 Конвенције.

<sup>17</sup> Поближе о томе видјети В. Поповић, Р. Вукадиновић (2005), 172.

<sup>18</sup> Ibid.

## Рјешавање спорова

Центар за рјешавање инвестиционих спорова обухвата сваки правни спор између државе потписнице (или саставне области или органа државе потписнице о којима је та држава обавијестила Центар) и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар. Кад се странке сагласе о томе, ниједна странка не може једноставно повући своју сагласност.<sup>19</sup>

Постоје два начина рјешавања спорова пред овим центром. Један је посредовање, а други арбитража.

### Посредовање

Посредовање је уобичајан начин рјешавања спорова, не само пред Центром, него и другим институцијама и органима за рјешавање спорова, и њему се, по правилу, како у домаћем тако и у међународном праву, посвећује посебна пажња. Сврха посредовања је да се постигне мирољубиво рјешење спора, на који начин странке задржавају слободу свог дјеловања у свим фазама поступка. Основна сврха је да се спор ријешити брзо и ефикасно, без великих трошкова, што није иначе карактеристика других начина решавања спорова, посебно судских.<sup>20</sup>

Рјешавање спорова посредовањем односно мирењем од обостране је користи за обе стране и држи их у даљем пословном односу, за разлику од рјешавања спорова путем арбитраже или суда кад, по правилу, страна која изгуби спор увијек буде незадовољна. Управо из тих разлога посредовању односно рјешавању спора мирним путем поклања се посебна пажња. У том смислу и Конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава овом начину рјешавања, у својим члановима 28–35, поклања посебну пажњу.

Услов за покретање овог поступка је подношење писменог захтјева генералном секретару од стране сваке државе потписнице или држављанина државе потписнице који жели да покрене поступак. Достављени захтјев генерални секретар доставља другој странци. У

<sup>19</sup> Члан 25 став 1 Конвенције.

<sup>20</sup> Вилус Јелена и др., *Међународно привредно право*, Правни факултет – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2008, 170.

случају да захтјев спада у надлежност Центра, он ће одмах обавијестити странке да је захтјев завео у регистар, а у противном обавијестиће странке да је одбио да га заведе.

У случају постојања надлежности Центра образује се посебна комисија за посредовање, која се састоји од једног посредника или ма ког непарног броја посредника, који ће се одредити како се странке сагласе. У противном, комисија ће се састојати од три посредника тако што ће свака странка именовати по једног, а трећег који ће бити предсједник комисије странке ће одредити споразумно. У случају непостизања споразума између странака и немогућности образовања комисије у року од 90 дана, рачунајући од дана када генерални секретар обавијести странке о регистровању захтјева, предсједник ће, на захтјев једне странке и пошто се консултује са обе странке, уколико је то могуће, одредити посредника односно посреднике који још нису били одређени. Они се могу одредити и ван листе посредника изузев када их одређује предсједник.<sup>21</sup>

Захтев треба да садржи основне елементе, као што су: подаци о предмету спора, имена и адресе странака, доказе и сл. Неопходно је да се достави писмена сагласност друге странке да се спор ријешити посредовањем. Ова могућност, која је предвиђена у Конвенцији, указује на то да се субјекти, без обзира на то што су потписали Конвенцију, не морају да је примјењују у свим својим међусобним споровима.<sup>22</sup>

Поступак пред Центром започиње подношењем захтјева, а у случају истицања приговора ненадлежности Комисија за посредовање одлучује сама о својој надлежности и доноси одлуку да ли ће приговор одмах расправити као претходно питање или заједно са предметом спора.

Сам поступак посредовања води се према одредбама Конвенције,<sup>23</sup> и ако се странке другачије не договоре, према правилнику који је био на снази на дан кад су странке пристале на посредовање. Евентуална спорна питања која нису регулисана Конвенцијом или Правилником о посредовању, или правилима на које су се сагласиле стране, ријешитиће комисија.

У случају непостојања спорних питања комисија ће настојати да међу странама постигне споразум и у свакој фази поступка ће им препоручивати услове споразума.

<sup>21</sup> Поближе о томе видјети члан 30 у вези са чланом 31 Конвенције.

<sup>22</sup> Поближе о томе видјети Мирослав Милосављевић, Решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава посредовањем у складу са Вашингтонском конвенцијом, *Српска правна мисао*, година 16, број 42-43, Бања Лука, 2010, 157.

<sup>23</sup> Поближе о томе видјети чланове 32–35 Конвенције.

Ако странке постигну споразум, комисија ће саставити извјештај у коме ће изложити спорни предмет и констатовати да су странке постигле споразум. Ако у ма којој фази поступка комисија сматра да нема изгледа да странке постигну споразум, она ће закључити поступак и саставити извјештај, у коме ће изложити да је спор изнијет на рјешавање и да странке нису постигле споразум. Ако једна странка не дође или не учествује у поступку, комисија ће закључити поступак и констатовати у извјештају да та странка није дошла односно није учествовала у поступку.<sup>24</sup>

У случају да странке у току посредовања не постигну споразум којим се рјешава спор или се у спору другачије не договоре, ниједна од њих нема право да се у ма ком другом поступку, било пред судом или на другом мјесту, позива или ослања на неко гледиште, изјаву или признање или понуду споразума коју је дала друга странка у поступку посредовања или на извјештај или неку препоруку комисије.<sup>25</sup>

Међутим, и код овако јасно Конвенцијом прописаног поступка за рјешавање спорова посредовањем, треба имати у виду и чињеницу да је Правилником (engl. *Additional Facility Rules*) о додатној олакшици, који је донијет 1978. године, предвиђена могућност да Секретаријат Центра, у одређеним ситуацијама, дозволи рјешавање спорова који не проистичу из инвестиционих улагања, као и рјешавање спорова оних субјеката који нису потписали Конвенцију. Суштина тих правила је проширивање надлежности Центра за рјешавање спорова између државе и приватно-правних лица и када држава у спору или земља поријекла приватног лица није држава уговорница Конвенције, односно када спор не произилази директно из инвестиције. При томе је важно да је бар једна од странака у спору (држава учесник спора, или држава чије је физичко или правно лице странка у спору) чланица Вашингтонске конвенције.<sup>26</sup>

Комисија за посредовање и њени чланови остају на дужности до окончања поступка за посредовање чак и ако у међувремену буду брисани са листе посредника.

У случају смрти посредника или његове оставке, његово мјесто ће се попунити на начин образовања комисије прије отварања поступка мирења.

У случају да стране током поступка затраже изузеће комисије или посредника због тога што је очигледно да не посједују висока морална

<sup>24</sup> Пближе о томе видјети члан 34 став 2 Конвенције.

<sup>25</sup> Пближе о томе видјети члан 35 Конвенције.

<sup>26</sup> Пближе о томе видјети А. Ћирић (2010), 357; М. Милосављевић (2010), 157.

и стручна својства, као и непристрасност за рјешавање спора, о изузећу посредника одлучују остали чланови комисије, а ако посредује један посредник, о његовом изузећу одлучује предсједник Центра.<sup>27</sup>

Рад комисије и поступак посредовања у правилу се одвија у сједишту Центра, изузев уколико стране другачије не предвиде, а идентична правила важе и за арбитражно рјешавање спора пред Центром.<sup>28</sup>

Трошкове коришћења олакшица Центра одређује генерални секретар према прописима које усвоји Административно вијеће, а свака комисија и сваки суд утврђује награде и издатке својих чланова у границама које одреди Административни савјет у консултацији са генералним секретаром. Међутим, то не спречава стране да се унапријед споразумију са надлежном комисијом или судом о наградама или издацима њихових чланова.

Чланом 61 Конвенције прописано је да:

“У случају поступка посредовања, награде и издатке чланова комисије, као и накнаде за коришћење олакшица Центра сnose странке равноправно. Свака странка сноси све остале трошкове које је имала у вези са поступком.

У случају арбитражног поступка суд ће, ако се странке другачије не споразумију, процијенити трошкове које су странке имале у вези са поступком и ријешити како и ко ће платити те трошкове, награде и издатке чланова суда и накнаде за коришћење олакшица Центра. Ово рјешење чини дио одлуке“.

### **Арбитражни начин рјешавања спорова**

Поред посредовања као начина рјешавања спорова пред Центром, Конвенција прописује и могућност рјешавања спорова путем арбитраже. Услов за покретање поступка пред арбитражом јесте да држава потписница или држављанин државе потписнице упути писмени захтјев генералном секретару, који ће препис захтјева доставити другој странци. Садржина захтјева, начин његовог завођења у регистар, поступање у случају да тај спор очигледно не спада у надлежност Центра, образовање арбитражног суда, број арбитра, начин њиховог одређивања, роко-

<sup>27</sup> Пoближе o тoме видјети чланoве 56–58 Конвенције.

<sup>28</sup> Пoближе o тoме видјети чланoве 62 и 63 Конвенције.

ви образовања, именована арбитра ван листе арбитра, идентични су као и код захтјева, односно поступка посредовања. На идентичан начин арбитражни суд поступа и када рјешава у својој надлежности, затим разматрању приговора странака у спору да тај спор не спада у надлежност Центра или из других разлога не спада у надлежност суда. Он одлучује и о томе да ли ће приговор расправити као претходно питање или заједно са предметом спора.

Спор се рјешава према правним правилима на које се сагласе странке а у случају неслагања странака о томе суд ће примијенити право државе потписнице стране у спору као и њене прописе о сукобу закона и одговарајуће прописе међународног права. Странке се могу договорити да се арбитражни поступак води према одредбама Конвенције, а у случају да међу њима нема договора онда се овај поступак води према правилнику о арбитражи, који је био на снази на дан кад су странке на њу пристале. Евентуална процедурална питања која нису обухваћена овим правилником ријешитиће арбитражни суд.

Суд може у свакој фази поступка, ако се странке нису другачије договориле, позвати их да поднесу документе или друге доказе, и посјетити мјесто повезано са спором и тамо извршити испитивања која сматра потребним.

У члану 45 Конвенције је прописано:

(1) Ако странка не дође или не изложи свој случај то се неће сматрати као признање навода друге странке.

(2) Ако странка не дође или не изложи свој случај у ма којој фази поступка, друга странка може тражити да суд расправи питања која су му поднијета и донесе одлуку. Прије него што донесе одлуку, суд ће обавијестити странку која није дошла или није изложила свој случај и оставити јој накнадни рок да то учини, изузев ако сматра да странка не намјерава да поступи тако.

Суд може, у случају да се стране другачије не договоре и ако сматра да то захтијевају околности, препоручити доношење одређених привремених мјера ради заштите њихових права.

О свим питањима од значаја за поступак и рад арбитражног суда, као и доношење одлуке, суд одлучује већином гласова свих својих чланова. Уздржани глас сматра се негативним гласом.

Правила за процедуру у арбитражном поступку која је усвојио Административни савјет Центра на основу члана 6(1)(ц) Конвенције, у

свом члану 16 став 2 предвиђају могућност суда да он може донијети одлуку путем кореспонденције између чланова суда, уз услов да су сви чланови консултовани и да ова правила не предвиђају другачије или суд не одлучи другачије. Тако донијету одлуку потврђује председник суда.<sup>29</sup>

Након провођења арбитражног поступка приступа се доношењу арбитражне одлуке. Арбитражна одлука мора бити у писменој форми и морају је потписати сви чланови суда који су гласали за њу. У одлуци се расправљају сва питања изнијета пред суд и излажу разлози на којима се она заснива. Сваки члан суда може прикључити одлуци своје лично мишљење, било да се он слаже са већином или не, или образложење неслагања. Одлука се може објавити само уз сагласност странака у спору.<sup>30</sup>

Конвенцијом је предвиђена могућност суда да на захтјев странке који је поднијет у року од 45 дана од доношења одлуке, пошто о томе обавијести другу странку, ријешити свако питање које је пропустио да ријешити у одлуци и исправи сваку правописну, аритметичку и сличну грешку у одлуци. Њихово рјешење чини дио одлуке и доставља се странкама на исти начин као и одлука.<sup>31</sup>

Службени језици на којима се води поступак, у случају да се странке у избору језика поступка не сагласе, јесу енглески, француски или шпански.<sup>32</sup>

У случају да странке изаберу два језика поступка, сваки поднесак може бити сачињен на једном од њих. Сваки од изабраних језика може бити коришћен на расправама, уз услов да се, ако то затражи суд, обезбиди превод и тумачење. Налози и одлука суда доносе се и записник се води на оба језика, с тим да се обје верзије сматрају једнако аутентичним.

Трошкови поступка посредовања и арбитражног поступка регулисани су чланом 61 Конвенције и чланом 28 у вези са чланом 14 Административног и финансијског правилника. Члан 61 Конвенције гласи:

(1) У случају поступка посредовања, награде и издатке чланова комисије, као и накнаде за коришћење олакшица Центра сноси странке равноправно. Свака странка сноси све остале трошкове које је имала у вези са поступком.

<sup>29</sup> Пближе о томе видјети члан 16 Правила у вези са чланом 6(1)(ц) Конвенције.

<sup>30</sup> Пближе о томе видјети члан 48 Конвенције.

<sup>31</sup> Пближе о томе видјети члан 49 Конвенције.

<sup>32</sup> Пближе о томе видјети члан 34 Административног и финансијског правилника.



(2) У случају арбитражног поступка суд ће, ако се странке другачије не споразумију, процијенити трошкове које су странке имале у вези са поступком и ријешити како и ко ће платити те трошкове, награде и издатке чланова суда и накнаде за коришћење олакшица Центра. Ово рјешење чини саставни дио одлуке.

У случају да међу странкама дође до спора око тумачења и обима одлуке, свака од њих може упутити генералном секретару писмену молбу и тражити њено тумачење. Молба се у правилу упућује суду који је донио одлуку, ако је то могуће, а ако није образоваће се нови суд. Конвенција предвиђа могућност суда да обустави извршење одлуке док се не донесе рјешење ако то произилази из захтијеваних околности.

У случају откривања нове чињенице која би могла битно утицати на одлуку и под условом да суд и молилац нису знали за ту чињеницу у вријеме доношења одлуке и да та чињеница није остала непозната молиоцу из његовог нехата, могуће је, у року од 90 дана од дана откривања те чињенице, а најкасније у року од три године од дана када је одлука донијета, поднијети писмену молбу генералном секретару и тражити њену ревизију.

Поред захтјева за ревизију одлуке, Конвенција прописује и могућност подношења писменог захтјева генералном секретару за њено поништење и то у сљедећим случајевима:

- а) да суд није био прописно образован;
- б) да је суд очевидно прекорачио своје овлашћење;
- в) да је један члан суда био подмићен;
- г) да је дошло до озбиљног скретања од основних правила поступка; или
- д) да у одлуци нису изнијети разлози на којима се она заснива.<sup>33</sup>

Што се тиче правила признања и извршења донесених одлука Центра, одлуке су обавезне за обје стране и не подлијежу жалби или другом правном лијеку, изузев оних које предвиђа Конвенција, и стране су дужне да их проведу.

Донесене одлуке обавезне су за обје странке и не подлијежу жалби или ком другом правном лијеку, изузев оних које предвиђа Конвенција, и странке су дужне да се њима повинују и спроведу.

Сам поступак признања и извршења регулисан је чланом 54 Конвенције, који гласи:

<sup>33</sup> Поближе о томе видјети члан 52 у вези са чланом 50 Правила процедуре у арбитражном поступку (Арбитражна правила).

(1) Свака држава потписница признаће као обавезну одлуку донијету на основу ове конвенције и извршиће на својој територији новчане обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда суда те државе. Држава потписница која има федерално уређење може извршити такву одлуку преко свог савезног суда, а може и предвидјети да савезни судови поступају са таквом одлуком као да је она коначна пресуда суда државе чланице.

(2) Странка која тражи признање или извршење на територији државе потписнице, доставиће надлежном суду или другом органу који те држава одреди за ту сврху, препис одлуке који је овјерио генерални секретар. Свака држава потписница обавијестиће генералног секретара који је надлежни суд или други орган одредила за ту сврху, као и о доцнијим промјенама у том погледу.

(3) За извршење одлуке важе прописи о извршењу пресуде који су на снази у држави на чијој се територији тражи извршење.

### **Досадашње активности и рад Центра**

У свом досадашњем раду овај арбитражни суд је донио велики број одлука а знатан број спорова се налази у поступку рјешавања.<sup>34</sup>

Иако се ради о релативно ефикасном начину рјешавања спорова било путем посредовања или пред арбитражом Центра за рјешавање инвестиционих спорова велики број економско јачих држава никада није потписао нити ратификовао Конвенцију о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. У државе које нису потписале ову конвенцију спадају: Бразил, Мексико, Индија, Јужна Африка итд. Неке од држава потписале су ову конвенцију, али никада је нису ратификовале. То су: Белиз, Доминиканска Република, Етиопија, Гвинеја Бисао, Киргистан, Намибија, Русија, Сан Марино, Тајланд итд. Постоје државе које су потписале Конвенцију и ратификовале је али су се касније повукле из њене примјене. То су: Боливија, Еквадор, Венецуела итд., тако да данас имамо 150 држава уговорница које су је и ратификовале.

Босна и Херцеговина је ратификовала Конвенцију 14. маја 1997. године, а потписник је и великог броја билатералних споразума о за-

---

<sup>34</sup> Тако нпр. до 2010. године овај Центар је ријешио 245 спорова а у поступку рјешавања се налазило 120 спорова. По А. Ђирић (2010), 357.

штити страних инвестиција. Тако нпр. Босна и Херцеговина је потписала билатералне споразуме о унапређењу и заштити инвестиција са Албанијом, Аустријом, Белгијом, Бјелорусијом, Чешком, Црном Гором, Данском, Египтом, Финском, Француском, Грчком, Холандијом, Хрватском, Индијом, Ираном, Италијом, Катаром, Кином, Кувајтом, Литванијом, Мађарском, Македонијом, Малезијом, Молдавијом, Словачком, Словенијом, Шпанијом, Србијом, Шведском, Швајцарском, Турском, Украјином и Великом Британијом.<sup>35</sup>

Овако потписани билатерални споразуми, уз чињеницу да је БиХ извршила ратификацију Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, представљају правни основ за рјешавање инвестиционих спорова пред међународним Центром за рјешавање инвестиционих спорова у Вашингтону.

Од значајнијих спорова који су се рјешавали пред Центром, везано за просторе бивше Југославије, убрајају се спор између хрватске Електропривреде и Републике Словеније у вези са нуклеарном електраном “Кршко“. Вриједност овог спора износила је 38 милиона евра, а спор је вођен ради кашњења Словеније с поновном испоруком електричне енергије из НЕ “Кршко“ хрватској Електропривреди, након потписа уговора влада Хрватске и Словеније. С обзиром на то да је Словенија каснила са испоруком електричне енергије скоро десет мјесеци, Центар је утврдио да је Република Словенија одговорна за штете које је због тог кашњења имала хрватска Електропривреда.

Поред овог спора, сада је у току спор по тужби Електрогосподарства Словеније против Босне и Херцеговине у вези са тзв. неиспоруком електричне енергије произведене у ТЕ “Угљевик“ на бази Самоуправног споразума о удруживању рада и средстава ради заједничке изградње и заједничког коришћења ТЕ “Угљевик“, закљученог 21. децембра 1981. године између тадашњег Електрогосподарства Словеније и Електропривреде Босне и Херцеговине. Основ за вођење овог поступка пред Центром тужитељ темељи на одредби члана 8 Уговора између Републике Словеније и БиХ о реципрочном унапређењу и заштити инвестиција од 30.5.2001. године, а који је ступио на снагу 1.7.2002. године и члана 26(2) Уговора о енергетској повељи који је ратификован од стране Републике Словеније 10.9.1997. године а од стране БиХ 17.5.2001. године. Спор се налази у почетној фази поступка.

<sup>35</sup> Поближе о томе видјети Министарство вањске трговине и економских односа БиХ, Споразуми о унапређењу и заштити инвестиција. Доступно на <http://www.mvteo.gov.ba/sporazumi/trgovinski/Bilateralni/investicije/Archive.aspx?id=275>, 8.9.2015.

## Закључак

Центар за рјешавање инвестиционих спорова у Вашингтону настао је на основу Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава уговорница, усвојене 1965. године у Вашингтону, а која је ступила на снагу 14. октобра 1966. године. Основни циљ Центра јесте да олакша рјешавање спорова између влада и страних инвеститора и на тај начин буде у функцији подстицања међународних инвестиција. Спорове у оквиру Центра рјешавају посредници или арбитри које именују странке у спору, зависно од тога да ли странке у спору желе да спор ријеше споразумно или пред арбитражним судом. Центар путем својих органа помаже у вођењу ових поступака. Одлуке Комисије за посредовање и арбитражног суда су коначне и обавезујуће и извршавају се у земљи извршења на коју се односе у складу са законима и другим правилима која важе за извршење судских одлука. Босна и Херцеговина је ратификовала Конвенцију о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава и Уговор о енергетској повељи, а потписник је и великог броја билатералних споразума о заштити страних инвестиција.

**Academician prof. Vitomir Popović**  
**Full professor Law Faculty Banja Luka University**

## INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

### *Summary*

*In this paper the author analyses the work of the International Center for Settlement of Investment Disputes in Washington. Special attention is paid to the establishment and importance of this Centre, its bodies, legal position, authorities, basic characteristics, settlement of disputes by way of mitigation and arbitration. It is an international institution established as a part of the World Bank, whose members are also members of this Bank, which, in turn,*

*funds the work of the Centre. It is a special international institution completely independent from the national system, whose decisions are final and legally binding and are, in terms of legal power, equal to domestic court decisions of the Convention member states, and are enforced through the procedure provided for the enforcement of national court decisions.*

**Key words:** *investment disputes, Center, reconciliation process, arbitration process.*



## ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ\*\*\*

**Проф. др Александар Ћирић\***  
**Проф. др Предраг Цветковић\*\***

***Анстракт:** Принцип пропорционалности један је од базичних принципа система регулисања међународних економских односа. Принцип пропорционалности у праву има двоструко значење: уже и шире.*

*У ужем смислу, принцип пропорционалности је водич за остваривање баланса између конкурентних правнополитичких циљева. Пропорционалност у ужем смислу у контексту права СТО огледа се у његовом значају за просуђивање и евалуацију односа између опитих циљева СТО и других јавноправних интереса (заштита животне средине; поштовање радноправних стандарда итд.). У овом значењу, начело пропорционалности суштински је критеријум за утврђивање приоритета конкурентних правнополитичких интереса и циљева који те интересе рефлектују. У ширем смислу, пропорционалност је одраз идеје да између средства и циља мора постајати разумни однос. У правном смислу, ова идеја дефинисана је кроз став о потреби постојања баланса између повреде одређене правне норме и санкције која ту повреду прати.*

*Основ примене принципа пропорционалности у ужем смислу као инструмента одмеравања „конкурентних интереса“ садржаних у регулаторним мерама државе којима се искључују или ограничавају обавезе преузете СТО споразумима, може се наћи већ у преамбули Споразума о*

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

\*\* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

\*\*\* 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.

оснивању СТО. Конкретни правни основ примене принципа пропорционалности у ужем смислу налази се пре свега у члану XX GATT-а. Чланом XX GATT-а предвиђена је листа „интереса” за чије остваривање држава уговорница може предузети регулаторне мере којима се ограничавају или искључују обавезе преузете другим одредбама Општег споразума о царинама и трговини. Примена ових изузетака, пракса показује, један је од најосетљивијих сегмената примене права СТО и очекивати је да се овај тренд настави.

Пропорционалност у ширем смислу у праву СТО значи да између мере коју држава чланица преузима и циља који се њоме остварује мора постојати разуман однос. Горе наведено схватање принципа пропорционалности у ширем смислу анализира се у светлу права државе чланице да суспендује концесије које је дала другој држави чланици. Могућност ове суспензије наступа у случају да та друга држава чланица сопствене мере, које су од стране панела и апелационог тела установљене као несагласне са правом СТО, не доведе у склад са нормама правног система Светске трговинске организације.

**Кључне речи:** принцип пропорционалности, право Светске трговинске организације, члан XX GATT-а.

## 1. Уводна разматрања

Принцип пропорционалности (енг. *proportionality principle*; нем. *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) један је од базичних принципа система регулисања међународних економских односа.<sup>1</sup> Сам принцип је по својој суштини правни стандард, чија конкретна примена зависи од околности у питању.<sup>2</sup>

**Принцип пропорционалности у праву има двоструко значење: уже и шире.**

**У ужем смислу, принцип пропорционалности је водич за остваривање баланса између конкурентних правнополитичких циљева. Пропорционалност у ужем смислу у контексту права СТО огле-**

<sup>1</sup> Видети: Hilf, Meinhard, „Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?“, *Journal of International Economic Law*, Volume 4, 2001, 111, 120.

<sup>2</sup> У основи принципа пропорционалности јесте идеја “оптимизације” деловања правних норми, што га чини предметом интересовања теоретичара заокупљених разматрањем улоге правних принципа у различитим правним системима. Видети: Alexy, Robert, „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris*, Vol. 13. No. 3, 2000, 297.



да се у његовом значају за просуђивање и евалуацију односа између општих циљева СТО и других јавноправних интереса (заштита животне средине; поштовање радноправних стандарда итд.). У овом значењу, начело пропорционалности је суштински критеријум за утврђивање приоритета конкурентних правнополитичких интереса и циљева који те интересе рефлектују. Стога су оправдани ставови теоретичара да је принцип пропорционалности „један од основних принципа који прожимају међународни трговински систем, мада на њега нема експлицитног упућивања у праву СТО. Међутим, базична идеја пропорционалности, то јест неопходност одржавања равнотеже између конкурентних права, одражава се више пута у обухваћеним споразумима“.<sup>3</sup> У праву СТО, принцип пропорционалности дефинисан је различитим формулацијама: „неопходно“, пропорционално, „мање штетно за трговину“ (енг. *less trade restrictive*), *odgovarajuće* (енг. *commensurate*).

У ширем смислу, пропорционалност је одраз идеје да између средства и циља мора постајати разумни однос. У правном смислу, ова идеја дефинисана је кроз став о потреби постојања баланса између повреде одређене правне норме и санкције која ту повреду прати. У контексту права СТО, пропорционалност је сублимирана кроз реченицу: „повреда трговинског споразума не може оправдати узимање талаца као одговор“.<sup>4</sup>

## 2. Принцип пропорционалности као начело права сто

Питање да ли је принцип пропорционалности елеменат права СТО предмет је различитих разматрања и ставова. Коментатори који су против прихватања става о постојању униформног принципа пропорционалности у праву СТО, своје мишљење заснивају на непостојању јединствене литерарне дефиниције принципа пропорционалности у систему права Светске трговинске организације. Различите формулације („неопходно“, пропорционално, „мање штетно за трговину“, *odgovarajuће–коресподентно*) стога су значајан индикатор да им се не може априори придати исто значење: да је то био циљ, и формулације би биле идентичне. Како члан 3. 2 ДСУ лимитира „судски

<sup>3</sup> Видети: Hilf, Meinhart, „Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?“, *Journal of International Economic Law*, Volume 4, 2001, 111, 120–121.

<sup>4</sup> Видети: Cannizzaro, Enzo, „The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures“, *1 European Journal of International Law*, 2001, 889.

активизам“ панела и апелационог тела условом да интерпретација одредаба „обухваћених споразума“ не може имати за резултат „наметање права или ограничење или искључење обавеза према обухваћеним споразумима“, јасно је, према овим ауторима, да панели и апелационо тело својим извештајима не могу установити принцип пропорционалности уколико га, као језичке формулације, нема у тексту СТО споразума: тако ће остати све док државе не буду постигле сагласност о укључивању принципа пропорционалности у систем права СТО.<sup>5</sup>

Супротно гледиште да принцип пропорционалности егзистира у праву Светске трговинске организације заснива се на аргументу да је „принцип пропорционалности, уз принцип недискриминације, један од два базична принципа мултилатералног трговинског система“.<sup>6</sup> Пропорционалност се одражава у различитим аспектима СТО споразума и не произилази искључиво из одлука панела и апелационог тела. Истина је да су формулације принципа пропорционалности различите, али се суштински ради само о градацији интензитета једног суштински идентичног правног начела. Стога се „плурализам термина“ којима се означава начело пропорционалности не може ни у ком случају сматрати чињеницом која онемогућава јасну препознатљивост овог принципа у праву СТО.

Панели и апелационо тело интерпретирали су различите формулације које упућују на потребу остваривања баланса између правнополитичких конкурентских циљева (пропорционалност у ужем смислу), односно између средства и циља (пропорционалност у ширем смислу). Тиме су суштински прихватили став о принципу пропорционалности као елементу права СТО.<sup>7</sup>

## **2.1. Принцип пропорционалности у ужем смислу у праву СТО**

Принцип пропорционалности у ужем смислу, схваћен као средство балансирања између начела слободне трговине и сувереног права држава чланица да регулаторним мерама остварују различите јавноправне интересе, не помиње се изричито у споразумима из оквира СТО, али егзистира под другим називима (неопходност – енг. *necessity*; мере са мање штет-

<sup>5</sup> Видети: Desmedt, Axel, “Proportionality in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, 2001, 479–480.

<sup>6</sup> Видети, Hilf, Meinhart, „Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?“, *Journal of International Economic Law*, Volume 4, 2001, 120.

<sup>7</sup> Видети: Andenas Mads, Zleptnig, Stefan, “Proportionality and Balancing in the WTO: A Comparative Perspective”, *20 Cambridge Review of International Affairs*, 2007, 71, 73–74.

ним трговинским дејством – енг. *least trade restrictive measures*).<sup>8</sup> Са друге стране, одсуство његовог *eo nomine* установљавача није спречило панелисте да у појединим нормама права СТО идентификују материјалноправну садржину овог принципа. Нужност ове идентификације лежи у потреби решавања противречности норми, принципа и вредности (економских и неекономских) које настају у процесу спровођења правила СТО.<sup>9</sup>

Светска трговинска организација, природом своје функције, значајем своје надлежности и интензитетом утицаја мора имати развијени, целисходни, правични и на праву засновани механизам решавања „сукоба конкурентних вредности“ (економских и неекономских интереса). **Овај, по својој суштини политички избор, могућ је само уз примену начела пропорционалности у ужем смислу, а уз поштовање интереса држава чланица да, уживајући погодности слободне трговине као аксиома на коме је СТО заснована, са позиције суверена одговарајућим мерама штите јавне интересе.**

Основ примене принципа пропорционалности у ужем смислу као инструмента одмеравања „конкурентних интереса“ садржаних у регулаторним мерама државе којима се искључују или ограничавају обавезе преузете СТО споразумима, може се наћи већ у преамбули Споразума о оснивању СТО. Њоме се између осталог предвиђа да су „стране уговорнице опредељене да очувају базичне принципе и реализују циљеве на чијем је остваривању заснован мултилатерални трговински систем“.<sup>10</sup> Конкретни правни основ примене принципа пропорционалности у ужем смислу налази се у члану XX GATT-а, којим се уређује механизам просуђивања о усклађености регулаторних мера државе уговорнице са изузетима предвиђеним овим чланом Општег споразума о царинама и трговини.

Бојазан да критеријум пропорционалности може бити „оружје“ панела и апелационог тела којим ће се неоправдано ограничити нацио-

<sup>8</sup> Изузетак је члан 46 TRIPS споразума (е. „Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods“; [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm)) који говори о „потреби за пропорционалношћу“, у контексту одредаба о извршењу обавеза из Споразума.

<sup>9</sup> Противници примене принципа пропорционалности у ужем смислу свој став заснивају на аргументу да структура, карактер и институционални оквир чине Светску трговинску организацију неподобном да функционише као форум за остваривање суштинског баланса између различитих, конкурентних вредности и интереса, а посебно оних економске и „неекономске“ природе. Видети: Andenas Mads, Zleptnig, Stefan, “Proportionality and Balancing in the WTO: A Comparative Perspective”, 20 Cambridge Review of International Affairs, 2007, 371–372.

<sup>10</sup> Видети т. 5 преамбуле Споразума; [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.doc](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.doc).

нална регулаторна аутономија и процењивати легитимност „политичких избора“ држава чланица у светлу права СТО, није неоправдана<sup>11</sup>. Ипак, анализа која следи показује да се релевантна правила из система СТО, пре свега члан XX ГАТТ-а (чији је циљ изналагање равнотеже између остваривања слободне трговине, са једне, и очувања права држава чланица да сопственим мерама штите јавне интересе, са друге стране, при чему је остваривање ове равнотеже у суштини принципа пропорционалности у ужем смислу), интерпретирају на начин који обезбеђује адекватно процењивање (не)сагласности поступања држава чланица у односу на обавезе преузете СТО споразумима.

### *2.1.1. Примена принципа пропорционалности у контексту члана XX ГАТТ-а*

Чланом XX ГАТТ-а предвиђена је листа „интереса” за чије остваривање држава уговорница може предузети регулаторне мере којима се ограничавају или искључују обавезе преузете другим одредбама Општег споразума о царинама и трговини. Примена ових изузетака, пракса показује, један је од најосетљивијих сегмената примене права СТО и очекивати је да се овај тренд настави. Принцип пропорционалности у ужем смислу примењиван је у циљу одмеравања легитимног права државе да штити јавне интересе, а у складу са изузетима предвиђеним чланом XX ГАТТ-а, пре свега у области:

- заштите људског здравља, биљног и животињског света (тач. б ст. 2);
- спровођења мера којима се обезбеђује спровођење царинске процедуре, заштита права интелектуалне својине и заштита од преварног понашања (тач. г ст. 2);
- заштите исцрпљивих природних извора (тач. е ст. 2).<sup>12</sup>

Било која регулаторна мера државе чланице којом се штите интереси у горенаведеним областима мора да испуни услове из члана XX ГАТТ-а да би била квалификована као валидно учињени изузетак од пуне примене одредаба Општег споразума о царинама и трговини.

<sup>11</sup> Видети више: Marceau, Gabrielle, Trachtman, Joel P., „The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade“, *Journal of World Trade*, Vol. 36, Issue 5, 2002, 811.

<sup>12</sup> Видети: GATT/WTO dispute settlement practice relating to GATT Article XX, §s (b), (d) and (g): note by the Secretariat. Geneva : WTO, 2002. (WT/CTE/W/203), §1-5.

Тест пропорционалности из члана XX ГАТТ-а први пут је дефинисан у извештају панела у спору „US-Gasoline“.<sup>13</sup> Панел је најпре установио претпоставку да су државе чланице слободне да изаберу одређени ниво заштите релевантног јавног интереса (у конкретном случају, радило се о слободи прописивања сопствених еколошких стандарда). При томе су, међутим, обавезне да ове циљеве остварују путем мера сагласних са обавезама преузетим ГАТТ-ом.<sup>14</sup>

У наведеном извештају панел је испитивао заснованост тврдњи САД да су мере предузете у складу са актом названим „Regulation of Fuels and Fuel Additives – Standards for Reformulated and Conventional Gasolin“, који је прописала Федерална агенција за заштиту животне околине САД (*Environmental Protection Agency*), у складу са чланом XX ст. 2 тач. б ГАТТ-а. Сједињене Америчке Државе тврдили су да је наведени акт валидан изузетак од примене одредаба ГАТТ-а, у смислу одредбе члана XX.

Панел је валидност регулаторне мере просуђивао кроз двостепени тест. Кумулативно испуњење услова предвиђених овим тестом дефинисано је као претпоставка пуноважног позивања САД на изузетак предвиђен тачком б) става 2. члана XX ГАТТ-а. При томе је неопходно напоменути да је *onus probandi* доказивања испуњења задатих услова на држави која је донела регулаторну меру која се испитује у смислу релевантне одредбе члана XX ГАТТ-а (држави туженику).<sup>15</sup>

Најпре, САД су морале да докажу да мера која је установљена својом садржином кореспондира са циљем заштите људског здравља и животињског и биљног света, те да је била неопходна за испуњавање

<sup>13</sup> Видети: Report of the Panel, “US-Gasoline”, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline Report of the Panel WT/DS2/R 29 January 1996.

<sup>14</sup> Видети: §7 1 извештаја апелационог тела у спору „US-Gasoline“. Овај приступ прихваћен је и у каснијим извештајима панела и апелационог тела. Видети нпр. извештај апелационог тела у спору „EC-Asbestos, EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES AFFECTING ASBESTOS AND ASBESTOS-CONTAINING PRODUCTS AB-2000-11 Report of the Appellate Body WT/DS135/AB/R, 12 March 2001 §172.

<sup>15</sup> Идентичан приступ у позиционирању терета доказивања *mutatis mutandis* присутан је и у пракси Европског суда правде. У пресуди донетој у случај “Franzén” (Case C-189/95, Judgment of the Court of 23 October 1997. – Criminal proceedings against Harry Franzén), Суд је заузео став да Шведска није доказала да се легитимни циљ (смањење употребе алкохола у циљу заштите јавног здравља), не може остварити мером која је мање штетна остварењу трговине унутар Европске заједнице, него што је то мера која је била предмет испитивања у смислу члана 30 Споразума о Европској заједници (реч је о обавези да произвођачи алкохола имају дозволу за коју се плаћа висока надокнада, те да располажу адекватним складишним капацитетима; мера је сматрана диспропорционалном у односу на њен прокламовани циљ). Видети: §76 наведене одлуке.

циљева заштите јавних интереса (у конкретном случају интереса заштићених одредбом тачке б става 2 члана XX ГАТТ-а);

Друго, било је потребно испитати да ли је мера која је предмет испитивања у складу са захтевима преамбуле члана XX ГАТТ-а (енг. *introductory clause; Chapeau of Article XX*).<sup>16</sup>

Систематизација кумулативних услова за утврђивање постојања пропорционалности регулаторне мере државе предузете у смислу изузетака из члана XX ГАТТ-а, прихваћена је у каснијим извештајима панела и апелационог тела. Најпре је испитивана усаглашеност мере са одредбама члана XX ГАТТ-а (анализа *in abstracto*; први степен теста пропорционалности), а потом је конкретно дејство анализиране мере сагледавано кроз призму преамбуле наведеног члана (анализа *in concreto*; други степен теста пропорционалности).

#### 2.1.1.1. Први степен теста пропорционалности: анализа *in abstracto*

Да би се мера, чија се валидност процењује, сматрала пуноважним коришћењем изузетака из члана XX Општег споразума о царинама и трговини, неопходно је установити однос између саме мере и циља који се њоме остварује. Овај процес захтева литерарно тумачење одредаба члана XX. Наиме, постоји литерарна разлика у формулисању захтеване везе мере и циља. Ова веза дефинише се како речима да је „мера била неопходна“ (енг. *necessity*) за заштиту прокламованих циљева утврђених као основ примене изузетака предвиђених чланом XX ГАТТ-а (заштита јавног морала; заштита људског здравља и биљног и животињског света), тако и формулацијом да се „мера односи“ (енг. *related to*) на остваривање наведених циљева.

Разлика у терминологији условила је разлику у правном тумачењу.

Тако је панел који је поступао у спору „Thai-Cigarettes“, сматрао да „**неопходност мере**“ постоји „једино и само уколико нема расположивих алтернативних мера конзистентних са ГАТТ-ом или мера мање неконзистентних са његовим одредбама, чију је примену у циљу остваривања интереса здравствене политике било разумно очекивати од Тајланда“.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Видети: §6 20 извештаја панела у спору „US-Gasoline“.

<sup>17</sup> Видети: „Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes“, Report of the Panel <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/thaicigarettes.pdf>, §75. Суштински идентично тумачење критеријума „неопходности мере“ заступљено је и у извештају панела у спору „US-Gasoline“, §625.

Ближа тумачења критеријума неопходности уследила су у извештајима Апелационог тела. У спору „Korea-Beef“, Апелационо тело заузело је став да евалуација неопходности регулаторне мере која се процењује мора укључити два критеријума:

- обим доприноса регулаторне мере остваривању њеног прокламованог циља, и
- интензитет ограничавајућег ефекта мере на међународну трговину.<sup>18</sup>

Сумирајући анализу „неопходности“ као једног од елемената теста пропорционалности у смислу члана XX GATT-а, панел је сматрао да у „процењивању да ли је регулаторна мера заиста неопходна, морају бити узајамно одмераване различите консеквенце мере у питању, а пре свега: њен допринос спровођењу законодавног оквира којим се регулише одређено питање; значај општег интереса или вредности који се штите законом или другим актом; утицај на регулативу увоза и извоза...“<sup>19</sup>

Из анализираних извештаја панела и апелационог тела може се закључити да је за процену неопходности мере у смислу члана XX GATT-а прихваћен флексибилни приступ који безусловно захтева значајан степен „судског активизма“, што узрокује очекивање да стране у спору сопствене аргументе структурирају и образложе у складу са оваквим приступом DSB тела.

**Терминолошка разлика и коришћење другог израза у појединим одредбама члана XX GATT-а („односи се на“; енгл. *related to*, у ставу 2 тач. в, г, д, е, з) као критеријума одмеравања конкурентних вредности регулаторне мере и интереса који се њоме штите, има за последицу да се наведени конфликт процењује флексибилније него што је то случај када се тест пропорционалности спроводи ангажовањем критеријума „неопходности“: **лакше је доказати да се мера „односи“ на одређени циљ, него да је „неопходна“ за његово остваривање.** Нижи интензи-**

<sup>18</sup> Видети §163 извештаја; <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/169abr.doc>.

<sup>19</sup> Апелационо тело је, очигледно прихватајући ставове панела у спору “Thai-Cigarettes”, нагласило да одмеравање конкурентних ангажованих интереса мора укључити и процењивање да ли би од државе уговорнице чија се мера процењује у светлу захтева „неопходности”, било разумно очекивати да примени алтернативну меру, као и да ли јој је на располагању била мера која је „мање неконзистентна са правом СТО него она о чијој се валидности просуђује“; *ibid*, §164 и 166. Приступ апелационог тела које је поступало у спору “Korea-Beef” прихваћен је и у извештајима апелационог тела у споровима „EC-Asbestos” (§221) и “Dominican Republic-Cigarettes” (Dominican Republic — Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes; [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/302abr\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/302abr_e.doc), §57–74).

тет захтеване повезаности између регулаторне мере и њоме прокламованог циља, као претпоставке пуноважне примене изузетака предвиђених чланом XX Општег споразума о царинама у трговини, олакшава држави која је усвојила регулаторну меру доказивање да је таква мера у складу са изузецима предвиђеним одредбама овог члана (одредбама које као критеријум валидности такве мере усвајају израз „односи се на“).<sup>20</sup>

#### 2.1.1.2. Други степен теста пропорционалности: анализа *in concreto*

Пракса панела и апелационог тела СТО установила је правило да сагласност регулаторне мере са критеријумима постављеним у члану XX ГАТТ-а креира само условну и привремену претпоставку валидности такве мере у смислу пуноважног позивања на изузетке од примене правила Општег споразума о царинама и трговини.<sup>21</sup> Поред анализе испуњености услова из текста члана XX ГАТТ-а, панели и апелационо тело интерпретирани су преамбулу наведеног члана да би утврдили да ли мера, посматрано кроз призму последица њене конкретне примене, задовољава опште, преамбулом обухваћене захтеве.<sup>22</sup>

Први корак ка развоју кохерентног дефинисања функције преамбуле члана XX ГАТТ-а и њеног односа са изузецима наведеним у овом члану, идентификован је у извештају апелационог тела које је поступало у спору „US-Gasoline“. Апелационо тело определило је циљ и сврху преамбуле члана XX као генералног механизма спречавања злоупотребе изузетака од примене ГАТТ-а садржаних у овом члану: ови изузеци валидни су (привремено и условно) само уколико последица њиховог признавања и примене није препрека остваривању, на материјалноправним нормама Општег споразума о царинама и трговини заснованих, права других држава уговорница.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Ова разлика у “интензитету повезаности” констатована је у извештају апелационог тела у спору “Korea –Beef”, §161.

<sup>21</sup> Видети: Appellate Body Report, „US – Shrimp” UNITED STATES - IMPORT PROHIBITION OF CERTAIN SHRIMP AND SHRIMP PRODUCTS AB-1998-4 Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R

<sup>12</sup> March 2001 § 147.

<sup>22</sup> “Под условом да се такве мере не примењују на начин који представља средство произвољне или неоправдане дискриминације између земаља или прикривено ограничавање међународне трговине, ништа се у овом споразуму неће тумачити тако као да је странама уговорницама забрањено да заводе или примењују мере“ (преамбула члана XX ГАТТ-а).

<sup>23</sup> Видети §22 извештаја апелационог тела у спору „US-Gasoline“, *op. cit.*



У каснијим одлукама апелационог тела добија на интензитету став о улози преамбуле члана XX ГАТТ-а као „бране“ фразулозом коришћењу његових одредаба. Преамбула обезбеђује „дух“ примене члана XX; њоме се установљава сагласност држава уговорница о постојању неопходности баланса између њиховог права да се позову на изузетке из члана XX са једне, и права других држава чланица заснованих на одредбама Општег споразума о царинама и трговини, са друге стране. Држава која сопствене регулаторне мере заснива на изузетцима предвиђеним чланом XX не може те мере спроводити на начин који спречава остваривање права других држава уговорница.

Из текста преамбуле члана XX ГАТТ-а, панели и апелационо тело апстраховали су три услова за валидност регулаторних мера државе као механизма коришћења изузетака од примене одредаба Општег споразума о царинама о трговини. Таква мера државе не сме бити:

- арбитарна;
- неоправдано дискриминаторна;
- представљати прикривено ограничење међународне трговине.<sup>24</sup>

Наведени услови имају за циљ да обезбеде разумну интерпретацију одредаба члана XX. Тиме се државе приликом усвајања регулаторних мера као форме одступања од одредаба ГАТТ-а (коришћењем изузетака предвиђених наведеним чланом), ограничавају и условљавају обавезом поштовања права других држава уговорница, заснованих на Општем споразуму о царинама и трговини. У извештајима панела и апелационог тела одмеравање конкурентних интереса (интереса који се штите регулаторном мером државе, са једне, и њених обавеза установљених ГАТТ-ом, са друге стране) спроводи се у светлу свих релевантних околности спора. **Овај процес по својој суштини и циљу јесте тест пропорционалности у ужем смислу, односно средство балансирања и одмеравања једног или више јавноправних циљева држава са правнополитичким циљевима на којима је заснован ГАТТ и сама СТО. При томе, панели и апелационо тело не оспоравају и не анализирају политичку легитимност регулаторном мером прокламованих циљева (што остаје у дискрецији држава чланица), већ њену конкретну последицу у светлу примене ГАТТ-а као целине.**

<sup>24</sup> Видети извештај апелационог тела у спору „US-Shrimp“, §150.

## 2.2. Пропорционалност у ширем смислу као принцип права СТО

Поред пропорционалности у ужем смислу (пропорционалност у функцији водича за остваривање баланса између конкурентних правно-политичких циљева), у праву СТО јавља се и шири концепт принципа пропорционалности, који је израз идеје да између средства и циља мора постојати разуман однос. Испитивање услова и домета примене принципа пропорционалности у ширем смислу није испитивано, посматрано по обиму и броју академских радова, као и релевантних одлука панела и апелационог тела, у толикој мери као услови за постојање пропорционалности у ужем смислу.<sup>25</sup>

Пропорционалност у ширем смислу функционише у систему међународног права као ограничење права државе да предузме противмеру против акта којим се крши неко њено право, а који чини друга држава. Ова функција пропорционалности прихваћена је у пракси, доктрини и јуриспруденцији.<sup>26</sup> У пракси ИСЈ, у спору „Gabčíkovo-Nagymaros Project“ (Мађарска против Словачке) ИСЈ је сматрао да „дејство контрамере мора бити одговарајуће и кореспондирати са претрпљеном штетом, узимајући у обзир повређено право; ово је пропорционалност коју захтева међународно право”.<sup>27</sup> Дакле, противмера државе је диспропорционална уколико није неопходна да би приморала другу државу да своје понашање уподоби правно преузетим обавезама: таква диспропорционална мера, дакле, има пунитивни циљ.

*Mutatis mutandis* примењено на право држава чланица СТО да користе противмере против понашања друге државе чланице којим се крше одредбе права СТО и штети правима других држава чланица, горе наведено схватање принципа пропорционалности у ширем смислу анализира се у светлу права државе чланице да суспендује концесије које је дала другој држави чланици. Могућност ове суспензије наступа у случају да та друга држава чланица сопствене мере, које су од стране панела и апелационог тела установљене као несагласне са правом СТО, не доведе у склад са нормама правног система Светске трговинске организације.

<sup>25</sup> Sebastian, Thomas, “World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness”, 48 Harvard Law Journal, 2007, 337.

<sup>26</sup> Видети: Crawford, James. The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. 2002, 294.

<sup>27</sup> Видети: “Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)” (1997) ICJ Rep. 7 (85); <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>.

Опште правило међународног јавног права је да „суштинско кршење двостраног споразума од стране једне чланице овлашћује другу чланицу да се позове на кршење као разлог за престанак уговора или обустављање његове примене у целини или делимично“ (чл. 60 ст. 1 Бечке конвенције о праву међународних уговора; енг. *Vienna Convention on the Law of Treaties*; даље и: „VCLT“). Међутим, државе чланице СТО не могу се користити овим правом. Оне су прихватиле да спорове, уместо наметањем компензаторних мера, решавају тако што ће их упућивати на поступање пред панелима и апелационим телом. Државе чланице СТО не могу да одступе од извршавања својих обавеза преузетих чланством Светској трговинској организацији, осим уколико то одступање није у складу са одредбама DSU. Ограничење права држава чланица да обуставе извршење сопствених обавеза у одсуству извршења кореспондентних обавеза других држава чланица СТО, засновано је и на одредби члана 60 ст. 4 VCLT. Њиме се предвиђа да се горенаведени став 1 члана 60, који даје право држави да обустави своје извршење уколико друга страна суштински крши међународни споразум чија је страна уговорница, не примењује у присуству одредаба међународног споразума у питању које предвиђају обавезу другачијег понашања. Ове одредбе, у смислу члана 60 ст. 4 VCLT, јесу одредбе члана 23 ст. 1<sup>28</sup> и 23 ст. 2 ц) Договора о правилима и процедурама за решавање спорова.<sup>29</sup>

Из одредаба DSU о условима за суспензију концесија, произлази да је у њему инкорпориран принцип пропорционалности са суштински истим карактеристикама које је признао Међународни суд правде у спору „*Gabčíkovo-Nagymaros Project*“. Поједини аутори указали су на сличност дефиниције принципа пропорционалности у наведеној пресуди ИЦЈ са одредбом члана 22 4 DSU, која предвиђа да ће ниво суспензије концесија или других обавеза који дозволи DSB бити „**еквивалентан**“ нивоу поништавања или умањивања користи: дакле, DSU, једнако као и пракса Међународног суда правде, захтева да компензаторне мере буду пропорционалне штети проузрокованој противправним радњама.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> „Када државе чланице траже да се отклони повреда обавеза или поништавање или умањивање користи из обухваћеног споразума или онемогућавање постизања неког циља из обухваћеног споразума, моћи ће да прибегну и да се придржавају правила и процедуре овог договора“ (чл. 23 ст. 1 DSU).

<sup>29</sup> Државе чланице ће, у случају да траже покретање поступка из члана 22 ст. 1, поштовати „процедуру из члана 22 приликом одлучивања о нивоу суспензије концесија или других обавеза и добијања овлашћења од ДСБ-а у складу са тим процедурама, пре суспензије концесија или других обавеза из обухваћених споразума, а када погођена чланица није применила препоруке и одлуке у разумном периоду“. Видети: чл. 23 ст. 2 в) DSU.

<sup>30</sup> Видети: Palmeter, David, Mavroidis, Peter, „The WTO Legal System: Sources of Law“, *American Journal of International Law*, 1998, 408.

Суспензија концесије у систему СТО је *ultima ratio*. Право на суспензију наступа уколико држава чланица пропусти да своју, са правом СТО несагласну меру, усклади са одредбама права Светске трговинске организације унутар разумног временског рока. Тек тада држава тужилац, која је успела са својим захтевом пред панелом или апелационим телом, има право да суспендује примену концесија или извршење других обавеза заснованих на обухваћеним споразумима. За тако нешто је, као што је већ речено, потребно да су исцрпљена средства предвиђена правилима DSU: **компензација и суспензија концесија или извршења других обавеза није преференцијално средство у компарацији са пуном применом препорука DSB да држава чланица своју меру усклади са обухваћеним споразумом у питању.**<sup>31</sup> Управо супротно: суспензија примене концесије или других обавеза према обухваћеном споразуму према држави чланици која своју обавезу предвиђену DSB препоруком не извршава, последње је средство које стоји на располагању оштећеној страни, која га може користити тек ако DSB тело такву меру одобри.<sup>32</sup>

Правило да држава чланица мора поштовати релевантну ДСУ процедуру пре суспендовања концесија као одговора на пропуст друге државе чланице да сопствену (са правом СТО несагласну) меру доведе у склад унутар захтеваног периода, констатовано је и у одлукама панела и апелационог тела.<sup>33</sup>

**Из одредаба ДСУ може се закључити да захтев пропорционалности у ширем смислу, у функцији отклањања последица непоштовања права СТО, има квалитативну и квантитативну компоненту.**

**А) Квалитативна компонента односи се на форму компензаторне акције која се предузима.** Она, као што је напред речено,

<sup>31</sup> Видети: чл. 22 ст. 1 DSU.

<sup>32</sup> Очигледно је, дакле, да између принципа пропорционалности у ширем смислу у међународном јавном праву и у систему СТО (пропорционалности као инструмента остваривања равнотеже средства и циља), постоје најмање две значајне разлике. Прва разлика је методолошке природе. Право на суспензију и обим те суспензије у функцији компензаторне мере предвиђене системом СТО (за случај да друга држава крши своје обавезе предвиђене споразумом), утврђује DSB; у међународном обичајном праву, компензаторне мере унилатерално спроводи држава. Друга разлика је што, према члану 22 ст. 6, DSB тело (на захтев државе чланице) даје овлашћење за суспензију концесија или других обавеза те државе у року од 30 дана од дана истека разумног временског периода, осим уколико DSB не одлучи консензусом да овај захтев државе чланице одбаци. У међународном обичајном праву овај „разуман рок милости“ у коме се држава која тражи право на суспензију има уздржати од противмере, не постоји.

<sup>33</sup> Видети: Report of the Panel, “United States-Import Measures on Certain Products from the European Communities”, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/us-ecproducts\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/us-ecproducts(panel).pdf), §6 87.

представља крајњу меру државе чланице према држави која пропусти да своју, са правом СТО несагласну меру, усклади са одредбама правног система Светске трговинске организације унутар разумног временског рока.<sup>34</sup> За „квалитет“ пропорционалности од значаја је навести да:

а) суспензија концесија требало би да се односи, уколико је то могуће, на сектор (или секторе) у којем је наступило поништавање или умањивање користи државе чланице у смислу члана 3. 2 DSU, које је утврђено извештајем панела или апелационог тела;

б) уколико ова прва опција по мишљењу стране која суспензију тражи „није практична или ефикасна“, суспензија се може захтевати у односу на концесије или преузете обавезе из других сектора истог обухваћеног споразума (у односу на чије је одредбе утврђено несагласно понашање тужене државе чланице);

в) у изузетним околностима, ако страна која тражи суспензију сматра да суспензија концесија или других обавеза у односу на друге секторе „није практична или ефикасна“, може тражити суспензију концесија или других обавеза из другог обухваћеног споразума.<sup>35</sup>

Уколико се држава чланица одлучи за опције наведене под б) и в), дужна је образложити свој захтев.<sup>36</sup>

**Б) Квантитативна компонента принципа пропорционалности у ширем смислу огледа се у обавези поштовања нивоа суспензије концесије или суспензије обавезе преузете обухваћеним споразумима.** У најкраћем, ниво суспензије концесије мора бити еквивалентан нивоу поништавања или умањивања користи које трпи држава чланица због мере друге државе чланице.<sup>37</sup> Акцент просуђивања о квантитативном сегменту принципа пропорционалности (ниво суспензије концесија) је, дакле, на проузрокованој штети а не на кривици државе која је повредила своје обавезе, нити на њеном кажњавању због такве повреде.

<sup>34</sup> Суштински, овлашћење на суспензију концесија идентично је праву државе које је утврђено чланом 60 ст. 2 б) VCLT да суспендује, у целини или делимично, дејство међународног споразума: “Суштинско кршење вишестраног споразума од стране једне чланице овлашћује: ...б) чланицу коју је посебно погодило кршење да се на њега позове као на разлог обустављања примене споразума у целини или делимично у односима између ње и државе кршитеља” (члан 60 ст. 2 б) VCLT).

<sup>35</sup> Видети: чл. 22 ст. 3 а), б) и в) DSU.

<sup>36</sup> Видети: чл. 22 ст. 3 е) DSU.

<sup>37</sup> Видети: чл. 22 ст. 4 DSU.

У извештајима панела<sup>38</sup> и Апелационог тела<sup>39</sup> одбачена је могућност да суспензија концесије, учињена у складу са правилима DSU, има пунитивни (казнени) карактер.

Питање квалитативног аспекта принципа пропорционалности у ширем смислу, панели и апелационо тело анализирали су приликом обрачуна нивоа штете у ситуацијама када се ради о штети која је нанета симултано већем броју држава.<sup>40</sup> **Арбитри су сматрали да принцип пропорционалности забрањује могућност вишеструког обрачунавања штете.** У конкретном случају, арбитри су одбили да штетом сматрају губитке које је САД претрпео због тога што је дошло до смањења извоза одређених пестицида који се користе за раст банана. Наведено смањење било је узроковано нижим нивоом извоза банана из држава Латинске Америке у земље ЕУ; мањи извоз узроковао је мању производњу, а самим тим и смањење потребе за пестицидима који су углавном увожени из САД. Став арбитраже био је да је ова штета већ урачуната приликом обрачуна штете коју су претрпеле државе Латинске Америке и која је релевантна за просуђивање о пропорционалности нивоа суспензије концесија у односу на претрпљену штету.<sup>41</sup>

Приликом процењивања нивоа штете коју трпи држава чланица због тога што друга држава поступа супротно правилима СТО, а у циљу утврђивања да ли је суспензија концесија пропорционални одговор на такво поступање, арбитри су се фокусирали на економске ефекте поступања које је противно нормама права Светске трговинске организације.<sup>42</sup> При томе су изразили резерву у погледу коришћења елемената за обрачун штете који нису базирани на поузданим и проверљивим чињеницама.<sup>43</sup> У спору „US-1916 Act (Article 22. 6.-US)“, арбитри су одбили захтев Европске заједнице да у обрачун укључе штету која је проузрокована такозваним „ефектом захлађења“ (енг. *chilling effect*). Европска заједница као тужилац, свој је захтев засновала на ставу да је „неспорно највећа ште-

<sup>38</sup> Видети: Decision by the Arbitrators, „EC-Bananas III (US) (Article 22. 6-EC)“ [http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/ec-bananas\(226\)\(us\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/ec-bananas(226)(us).pdf), §6. 3.

<sup>39</sup> Видети: Appellate Body Report, „US-Cotton Yarn“, UNITED STATES – TRANSITIONAL SAFEGUARD MEASURE ON COMBED COTTON YARN FROM PAKISTAN AB-2001-3 *Report of the Appellate Body* WT/DS192/AB/R 8 October 2001 §120.

<sup>40</sup> Видети: Decision by the Arbitrators, „EC-Bananas III (US) (Article 22. 6-EC)“, §6 16.

<sup>41</sup> *ibid*, §6.12; 6, 14; 6.15; 6. 16,

<sup>42</sup> Видети: Decision by the Arbitrators, „United States-Anti –Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities)“ [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds136\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds136_e.htm), §5. 23-5. 28.

<sup>43</sup> Видети: *ibid*, 5. 54.

та“ оспореног акта „ефекат замрзавања комерцијалног наступа европских компанија и коришћење оспореног акта као средства застрашивања таквих компанија које су већ активне на тржишту Сједињених Америчких Држава или размишљају да се укључе у утакмицу на том тржишту“. Овај је захтев одбијен: арбитри су сматрали да би урачунавање гореописаног „ефекта замрзавања“ значило укључивање у обрачун и штете која је последично исувише „удаљена“ од узрока који је до штете довео, односно од мере која је разлог суспензије концесија.<sup>44</sup>

**Важно је нагласити да чињеница да постоји кршење обавезе преузете СТО споразумом не значи аутоматски да постоји штета која правда увођење суспензије концесија.** Овакав став усвојен је у одлуци арбитра који су решавали о пропорционалности суспензије концесије са мером која је разлог суспендовања у спору „US-Offset Act (Byrd Amendment) (Brazil) (Article 22. 6-US)“.<sup>45</sup> Арбитри су свој став извели из тумачења члана 3 ст. 8 DSU, којим се предвиђа да повреда обавезе утврђене обухваћеним споразумима креира претпоставку поништења користи или наношења штете другим државама чланицама. Ова претпоставка је оборива, те се стога не може закључити да кршење *per se* конституише необориву презумпцију постојања штете и, даље, безусловно оправдање права на суспензију концесија.<sup>46</sup>

На трагу оваквог схватања о ограничавању, путем принципа пропорционалности у ширем смислу, права државе да суспендује концесије и друге обавезе због тога што друга држава није испунила своје обавезе преузете обухваћеним споразумом, јесте и став појединих теоретичара да је **циљ права на суспензију одржање баланса реципрочно учињених концесија које су дефинисане током преговора држава чланица СТО,**<sup>47</sup> **при чему је тај баланс могуће математички израчунати.**<sup>48</sup> Ипак, и даље има усамљених ставова да је суспензија концесија примарно замишљена као санкција, а да је идеја баланса (која је у корену принципа пропорционалности) од секундарног значаја.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Видети: *ibid*, §5. 64-5-72.

<sup>45</sup> Видети: Decision by the Arbitrators, “US-Offset Act (Byrd Amendment) (Brazil) (Article 22. 6-US)”. [http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/us-byrd\(226\)\(brazil\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/us-byrd(226)(brazil).pdf), §3.20-3.23; 3.30; 3.32; 3.54.

<sup>46</sup> Видети: *ibid*, §3. 21-3.23; 3.34; 3.55.

<sup>47</sup> Видети: Palmetier, David, Alexandrov, Stanimir, “Inducing Compliance in WTO dispute Settlement”, прилог у: *The Political Economy of International Trade: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Daniel Kennedy and James Southwick, (eds), 2002, 646–647.

<sup>48</sup> Видети: Sebastian, Thomas, “World Trade Organization Remedies and the Assesment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness”, 48 *Harvard Law Journal*, 2007, 350–351.

<sup>49</sup> Видети: Charnovitz, Steve, “Should the Teeth Be Pulled? An Analysis of WTO Trade Sanctions”,

### 2.2.1. Контрола поштовања принципа пропорционалности у ширем смислу

Суспензија концесија, као одговор на меру државе чланице која је супротна праву СТО (мера *contra legem*), или којом се не крши изричита норма права Светске трговинске организације, али се поништавају или спречавају користи држава чланица од чланства у СТО (мера са карактером *contra utile*)<sup>50</sup> не сме бити непропорционална. Члан 22 ст. 8 DSU предвиђа да је суспензија концесија привремена те да се може користити само док се мера која је несагласна са обухваћеним споразумом не отклони.

Држава чланица која је својим непоштовањем препоруке DSB дала основ за примену суспензије концесија, има право да изјави приговор да је одобрена суспензија противна одредбама 22. 3 и 22. 4 DSU. Приговор се износи пред арбитражу установљену у складу са чланом 22. 6 DSU.<sup>51</sup> Арбитражу по правилу чине арбитрари који су сачињавали панел који је првобитно решавао о захтеву државе која је суспензију тражила.

На овом месту потребно је напоменути да се, према Споразуму о субвенцијама и компензаторним мерама и Додатку 2 уз DSU, за суспендовање концесија због кршења одредаба овог споразума примењује специјална процедура која има предност над применом горе наведених DSU правила.

Тако, за оспорљиве субвенције<sup>52</sup> које нису доведене у склад са пра-

---

prilog u The Political Economy of International Trade Law. Cambridge University Press, 2002, 611.

<sup>50</sup> Процедурални механизам предвиђен нормама ДСУ примарно је намењен решавању спорова који укључују повреду облигација предвиђених СТО споразумима (захтеви „*contra legem*“). Одредбе DSU могу се применити и за решавање спорова између држава чланица, када једна од њих сматра да јој је нанета штета мерама друге државе чланице, при чему нису прекршене обавезе утврђене споразумима усвојеним у оквиру СТО (захтеви „*contra utile*“). Захтеви „*contra utile*“ не заснивају се на кршењу обавезе друге државе чланице, већ на тврдњи да та држава чланица примењује мере које, мада нису супротне одредбама „обухваћених споразума“, поништавају и штете користима које директно или индиректно проистичу из тих споразума или пак тим мерама спречавају остваривање циљева „обухваћених споразума“ (захтеви засновани на повреди „интереса очекивања“). Видети: GATT 1994, чл. XXIII:1(б); GATS, чл. XXIII:3; DSU, чл. 26. 1.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Оспорљиве субвенције један су од модалитета „недозвољених“ субвенција. „Недозвољене“ субвенције обухватају владине „финансијске доприносе“ који, према одредбама Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама (SCM споразум), својим карактеристикама потпадају под један од два основна типа недозвољених субвенција: забрањених (тзв. „црвене“ субвенције; енгл. „red light subsidies“) и оспорљивих (тзв. „жуте“ субвенције; енгл. „yellow light subsidies“). До 1999. године постојао је и трећи тип субвенција, тзв. „неоспорљиве“ („зелене“; енгл. „green light subsidies“) субвенције. Члан 31 SCM споразума предвиђао је да се ове субвенције примењују у року од пет година од дана ступања на снагу СТО споразума, осим уколико тај рок не продуже



вилама овог споразума у року од шест месеци од дана када је DSB тело усвојило налаз панела или апелационог тела (а у одсуству споразума о компензацији), DSB тело овластиће државу чланицу која је тражила одобравање суспензије да предузме контрамере. Ове контрамере морају бити сразмерне обиму и карактеру штетних ефеката мере која је разлог тражења суспензије. Евентуални спор о квантитативном аспекту компензаторних мера решаваће арбитар у складу са правилима члана 22. 6 DSU.<sup>53</sup>

У случају да изостане отклањања „забрањених“ субвенција у року који је утврдио панел, и који почиње да тече од дана усвајања извештаја панела или апелационог тела, DSB ће овласти државу тужиоца да предузме одговарајуће контрамере.<sup>54</sup>

### Закључак

Споразуми из система СТО не могу се окарактерисати као „библија неограничене слободне трговине“. У стварности, њихов је циљ стварање јасно структурираног, функционалног и ефикасног начина да се вредности слободне трговине остваре правично и принципијелно. Стога СТО нуди сигурност и предвидљивост услова за улазак на тржиште других земаља, одговарајући тиме на захтев трговаца и инвеститора. Истовремено, обезбеђује уравнотежене механизме верификације тих услова, дефинисаних у складу са потребом уважавања политичких, социјалних и економских датости и спровођења принципа слободне трговине у складу са тим датостима. Право СТО не забрањује заштиту домаћег тржишта, већ утврђује дисциплину у спровођењу те заштите.

Остварујући горенаведени циљ, у пракси је могуће преклапање овог, „економског“ циља, са другим, „неекономским“ интересима. Принцип пропорционалности у праву СТО има функцију водича за остваривање

државе чланице. Како се то није десило, ове субвенције престале су да буду део система SCM споразума 2000. године. „Забрањене“ субвенције деле се на: извозне субвенције (енг. „export subsidies“), и субвенције за супституцију увоза (енг. „import substitution subsidies“). Постојање оспорљивих субвенција (за разлику од забрањених субвенција, које се дефинишу сопственом природом), установљава се на основу критеријума ефекта. Видети више у: Цветковић, Предраг Н., Раичевић, Небојша, „Правни режим државне помоћи у Европској унији и Светској трговинској организацији“, *Право Републике Србије и право Европске уније - стање и перспективе*, Св. 2 (уредници Наташа Стојановић, Срђан Голубовић), Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, 537–570.

<sup>53</sup> Видети: чл. 7. 9–7. 10. Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама.

<sup>54</sup> Видети: чл. 4. ст. 9. Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама.

баланса између конкурентних правнополитичких циљева. Ову функцију принцип пропорционалности реализује кроз просуђивање и евалуацију односа између економских циљева СТО, с једне, и других јавноправних интереса (заштита животне средине; заштита платног биланса итд.) чијом се заштитом правда одступање од обавеза преузетих чланством у СТО, с друге стране. У овом значењу, начело пропорционалности суштински је критеријум за утврђивање приоритета конкурентних правнополитичких интереса и циљева који те интересе рефлектују. Типичан пример деловања принципа пропорционалности на напред наведени начин је одредба члана XX Општег споразума о царинама и трговини. У пракси решавања спорова констатовано је да механизам утврђен чланом XX решава природну тензију између:

- дефинисања одговарајућег и легитимног обима права да се примењују мере ограничења увоза, на једној страни, и
- спречавања да се те мере примењују као инструмент против првичне трговине (њиховом екстензијом изнад нивоа неопходног да би се установио ванредни и временски ограничени режим у корист националне економије), на другој страни.

Право државе чланице на примену ванредне и временски ограничене мере којом се одступа од правила СТО мора бити очувано како би се очувала политичка и економска мотивација за даљу економску либерализацију. Истовремено, држава која је погођена овим коришћењем „права на одступање“ од обавеза утврђених СТО споразумом, има право на поуздање да ће примена оваквих, ванредних и привремених мера бити ограничена у циљу очувања постигнутог интегритета и кохезије права СТО као система мултилатерализованих обавеза. Наведена тензија је природна и постигнути баланс између два наведена супротстављена интереса одражава се у релевантним одредбама СТО споразума.

## ЛИТЕРАТУРА

- Alexy, Robert, On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000.
- Andenas, Mads, Zleptnig, Stefan, Proportionality and Balancing in the WTO: A Comparative Perspective, 20 *Cambridge Review of International Affairs*, 2007.
- Desmedt, Axel, Proportionality in WTO Law, *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press 2001.
- Marceau, Gabrielle, Trachtman, Joel P., The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tarrifs and Trade, *Journal of World Trade*, Vol. 36, Issue 5, 2002.
- Palmeter, David, Alexandrov, Stanimir, *Inducing Compliance in WTO dispute Settlement*. Прилог у: Daniel Kennedy and James Southwick (eds), *The Political Economy of Interernational Trade: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. 2002.
- Palmeter, David, Mavroidis, Peter, The WTO Legal System: Sources of Law. *American Journal of International Law*, 1998.
- Sebastian, Thomas, World Trade Organization Remedies and the Assesment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness. 48 *Harward Law Journal*, 2007.
- Hilf, Meihnard, Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?. *Journal of International Economic Law*, Volume 4, 2001.
- Cannizzaro, Enzo, The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures, 1 *European Journal of International Law*, 2001.
- Цветковић, Предраг Н., Раичевић, Небојша, Правни режим државне помоћи у Европској унији и Светској трговинској организацији, *Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе*, Св. 2 (уредници Наташа Стојановић, Срђан Голубовић), Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009.
- Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. 2002
- Charnovitz, Steve, *Should the Teeth Be Pulled? An Analysis of WTO Trade Sanctions*. Прилог у: *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press 2002.

**Prof. Aleksandar Ciric, LL.D, Full Professor, Faculty of Law, University of Nis**

**Prof. Predrag Cvetkovic, LL.D, Associate Professor, Faculty of Law, University of Nis**

## **PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN THE LAW OF WORLD TRADE ORGANIZATION**

### *Summary*

*The proportionality principle is one of the basic principles of the international trade law. The above mentioned principle has a dual meaning: narrow and wider.*

*In a narrow sense, proportionality principle forms the guideline for e for achieving a balance between competing legal and political goals beyond application of certain norm. Proportionality in the narrow sense in the discourse of the WTO law is reflected in its importance for judging and evaluating the relationship between the general objectives of the WTO, on the one hand, and other public and legal interests (environmental protection, respect for labor rights, etc.). In this sense, the principle of proportionality is an essential criterion for the prioritization of competing legal and political interests and goals reflecting those interests. In a broader sense, proportionality is a reflection of the idea that between the employed measures and their proclaimed goal a reasonable relationship has to be established. In legal terms, this idea is embodied through the demand for balance between the breach of certain legal norms and sanctions for breach committed. The basis for implementation of proportionality principle in the narrow sense in the function of an instrument for measuring “competing interests” contained in the member states regulatory measures which exclude or limit the obligations undertaken by accepting WTO agreements, can be found in the preamble to the Agreement establishing the WTO. The example of more specified legal basis of applying the principle of proportionality in the narrow sense is Article XX of the GATT. This Article provides for the list of “interests” for which the realization Contracting States may impose regulatory measures in order to limit or exclude the obligations undertaken by other provisions of the*

*General Agreement on Tariffs and Trade. The case law of WTO panels and Appellate Body shows that the evaluation of this conditions is is one of the most sensitive segments of implementation of WTO law. The expectations are that this trend will continue in the future.*

*Proportionality principle in wider sense has the following notion: between measure imposed by Member States and the proclaimed aim of this measure the reasonable relationship has to be established. The wider notion of proportionality principle is of critical importance in analyzing the rights of Member States to suspend concessions made by another Member State.*

*The possibility of suspension of concessions arise when other Member State does not fulfill its obligation to brought its own measure in conformity with the norms of WTO law (in the situation when panels and Appellate body ruled that challenged measures is not in accordance with the WTO legal rules).*

**Key words:** *the proportionality principle; WTO law; Article XX of GATT.*



## ЗНАЧАЈ ЕУ УПУТСТВА О ПОСТУПЦИМА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗА РАЗВОЈ ПРИВАТНОПРАВНЕ ПРИМЕНЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Проф. др Радован Д. Вукадиновић\*  
Мр Владимир Вукадиновић\*\*

*Апстракт:* Повредом права о заштити конкуренције, пре свега правила садржаних у члановима 101 и 102 Уговора о функционисању Европске уније, настају штетне последице не само у погледу остваривања заједничких циљева на нивоу ЕУ и не само за непосредне прекршиоце и њихове конкуренте, већ и појединцима као потрошачима и корисницима конкретних услуга. Стога је Суд правде у више одлука признао право свим оштећеним на потпуну накнаду настале штете због повреде права ЕУ. Међутим, и поред тога, пред националним судовима врло су ретко покретани поступци за накнаду штете. Из тих разлога Европска комисија је предложила посебно Упутство о поступцима за накнаду штете, које је након добијања сагласности Европског парламента усвојио Савет ЕУ 26.12.2014. године. Циљ Упутства је да отклони препреке за брже, лакше и делотворније покретање поступака пред националним судовима ради остваривање права на накнаду штете. У раду су изнете неке карактеристике и указано на значај Упутства.

*Кључне речи:* упутство, штета, картелни прописи, поступак за накнаду штете, оштећени.

### Уводна разматрања

После више од деценије од тзв. модернизације ЕУ права конкуренције чији су задаци и циљеви објављени у Уредби број 1/2003,

\* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

\*\* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

у ЕУ је усвојено дугоочекивано Упутство о одређеним правилима којима се уређују поступци за накнаду штете према националном праву за повреду одредаба права конкуренције држава чланица Европске уније (у даљем тексту Уредба о накнади штете).<sup>1</sup> Ако је у оквиру процеса модернизације усвајање Уредбе о вертикалним изузецима<sup>2</sup> у литератури било означено као “друга револуција”,<sup>3</sup> Упутство о поступцима за накнаду штете означава “трећу револуцију” у праву конкуренције. Револуционарна улога Упутства огледа се у томе што свим оштећенима отвара пут за накнаду потпуне штете настале повредом комунитарних и националних правила о заштити конкуренције тако што обавезује државе чланице да у својим правним системима обезбеде делотворне судске и друге поступке. До модернизације правила о конкуренцији сматрало се да је првенствени задатак правила о заштити конкуренције да обезбеде остваривање општих или јавних циљева у поступку јавно правне примене.<sup>4</sup> Општи циљеви су у Уговору о оснивању били означени као успостављање и несметано функционисање заједничког и унутрашњег тржишта. Успостављање и функционисање унутрашњег тржишта је, са друге стране, посматрано у контексту слободе промета робе, па је задатак правила о конкуренцији био да обезбеде слободан промет робе на унутрашњем тржишту и слободну интракомунитарну трговину. Оваква примена правила о конкуренцији у функцији заштите јавних интереса означена је као јавноправна примена (*public enforcement*).

Међутим, повредом правила о заштити конкуренције не наноси се штета само непосредним конкурентима и не утиче се штетно само на интракомунитарну трговину, већ се штета наноси и појединцима као потрошачима: као купцима робе или корисницима услуга. Стога је било потребно на адекватан начин заштитити и појединце и трговачка друштва која нису непосредни конкурентни на тржишту субјектима који су својим понашањем повредили правила конкуренције и изазвали наставак штете. Иако је у теоријском смислу ову тзв. приватноправну зашти-

<sup>1</sup> Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ L 349, 5.12.2014, стр. 1–19.

<sup>2</sup> Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336, 29.12.1999, p. 21.

<sup>3</sup> Вид. Р. Вукадиновић, Друга револуција у комунитарном праву конкуренције – ново регулисање вертикалних споразума, *Право и привреда*, 2000, год. 37, бр. 5-8, стр. 763–772.

<sup>4</sup> Вид. С. Jones, *Private Enforcement of the Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1999, као и тзв. „Ashurst Report” D. Waelbroeck, D. Slater, D.; G. Even-Shoshan, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: Comparative Report*, Ashurst, Brussels, 2004.



ту било могуће остварити и у оквиру постојећих решења из Уговора о оснивању и секундарних извора права, осим у три државе чланице ЕУ она практично није постојала.<sup>5</sup> За то се наводе различити разлози, као што су: непостојање потпуних прописа и на комунитарном и на националном нивоу, неспремност појединаца да покрећу дуге сложене и скупе поступке накнаде са неизвесним исходом, релативно мале штете које настају појединцима и непостојање традиције судова у континенталним правима. Ново упутство требало је да обезбеђивањем делотворних судских поступака охрабри појединце на приватно правну примену правила о заштити конкуренције.

## 1. Два система примене правила о заштити конкуренције

Због дуалне природе правила о заштити конкуренције и очекивања да адекватном применом могу остварити и јавне и приватне циљеве, примену правила могу спроводити и јавноправни и приватноправни субјекти. Јавноправну примену у првом степену на нивоу ЕУ спроводи Европска комисија, а у државама чланицама тзв. независна регулаторна тела (НРТ: агенције, комисије, савети и слично). Против одлука ових тела могуће је изјавити жалбу Основном суду у ЕУ, и одговарајућим судовима у државама чланицама у складу са унутрашњим процесним правилима и прописима о организацији судова. То могу бити специјализовани судови, управни судови, трговачки и виши трговачки судови, врховни суд. Првостепене поступке по службеној дужности покреће Комисија или НРТ, али то могу учинити и на иницијативу заинтересованих појединаца. Циљ поступка је да се утврди да ли постоји наводна повреда права, односно да ли је закључен рестриктивни споразум из члана 101 УФЕУ, и да ли су учесници на тржишту злоупотребили доминантни положај из члана 102 УФЕУ. У случају да је утврђена повреда, такви рестриктивни споразуми се оглашавају незаконитим и ништавим, а странама у споразумима као учесницима на тржишту изричу се новчане казне. У случају повреде одредаба члана 102 УФЕУ, учесницима у доминантном положају се забрањује даља злоупотреба и изричу новчане казне. Без обзира на то што поступак утврђивања постојања повреде претпоставља и оцену да

<sup>5</sup> Према подацима изнетим у “Ashurst Report”, у ЕУ је само у 60 случајева поступак због повреде права конкуренције покренут пред националним судовима, док је само у 28 случајева штета досуђена.

ли је таквим понашањем настала штета и појединцима, Комисија и НРТ нису овлашћени да о томе одлучују.

Приватноправну примену правила о заштити конкуренције спроведе национални судови по појединачним захтевима. Надлежност националних судова да расправљају о тужбама за накнаду штете, о постојању рестриктивних споразума и злоупотреби доминантног положаја извлачи се из опште надлежности и општег начела о деликтној одговорности свакога ко другоме нанесе штету (у правима где је ово начело познато). Међутим, поступци пред судовима су, као што је напоменуто, осим у малом броју држава, избегавани или због тога што унутрашњим правом није била предвиђена одговорност за повреду права конкуренције, или због тога што процесним правилима није била предвиђена посебна тужба за накнаду штете.

Што се тиче материјалних правила чијом повредом се наноси штета чија накнада се може тражити, у питању су комунитарни и национални прописи. Међутим, да би странке у спору покренутим пред националним судом могао да се позове на комунитарни пропис, потребно је да је односним одредбама или целом пропису признато тзв. директно дејство.

## **2. Признање директног дејства као услов за примену права ЕУ пред националним судовима**

Појединци (правна и физичка лица) у државама чланицама ЕУ могу стећи права или обавезе не само на основу унутрашњих националних прописа већ и из прописа који чине право ЕУ. У том смислу су држављани држава чланица и њихова правна лица субјекти двају правних система: комунитарног и националног. Прописи права ЕУ се у државама чланицама или непосредно примењују, као на пример комунитарне уредбе, или преко тзв. имплементирајућих прописа. Имплементацију захтевају комунитарна упутства (директиве) које се у унутрашња права држава чланица уносе доношењем нових усклађених прописа или изменом постојећих. Након имплементације, домаћи судови примењују домаће (унутрашње) хармонизоване прописе, као и друге унутрашње прописе. Међутим, њихово тумачење подразумева коришћење посебних метода тумачења, као што је метод усклађеног тумачења.<sup>6</sup> Проблеми

<sup>6</sup> Вид. Р. Вукадиновић, Индиректни начини заштите субјективних комунитарних права у

настају у случају кад комунитарна упутства нису уопште имплементирани или нису имплементирани на прави начин. Као спорно, поставља се питање да ли домаћи судски и управни органи могу непосредно да примене одредбе таквог упутства и да ли се појединци могу непосредно позвати на примену одговарајућих одредаба из Уговора о оснивању, као што су одредбе чланова 101 и 102 УФЕУ. О приватноправној примени комунитарних правила о заштити конкуренције пред националним судовима могуће је говорити само ако је наведеним прописима признато тзв. директно дејство. Одредбама чланова 101 (1 и 2) и у члану 102 Суд правде је признао директно дејство релативно рано, већ од 1974. године, одлуком донетом у предметима *SABAM v BTR*<sup>7</sup> и *Courage v Crehan*.<sup>8</sup>

Што се тиче дејства неимплементираних комунитарних упутстава на права и обавезе појединаца, могућа су два решења. Прво, ако су у питању одредбе упутства које задовољавају захтеве за директно дејство, Суд правде је заузео став да се након истека рока за имплементацију појединци могу непосредно позвати на такве одредбе и из њих стицати права и обавезе које су национални судови дужни да штите на исти начин као и субјективна права из унутрашњих прописа.<sup>9</sup> Ако се, пак, конкретним одредбама не може признати директно дејство, појединци могу заштиту својих права тражити од државе која је одговорна за њихово неимплементирање.<sup>10</sup>

У конкретном случају, о евентуалним проблемима може се говорити након истека рока за имплементацију (27.12.2016) у оним државама које не имплементирају у потпуности и на прави начин Упутство о накнади штете.

### 3. Разлози за доношење Упутства

Без обзира на то што је одредбама чланова 101 и 102 из Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту УФЕУ), које су остале

---

државама чланицама Европске уније, *Ревизија за европско право*, 2010, год. XII, бр. 1, стр. 5–23,

<sup>7</sup> Предмет C-127/73 BRT v SABAM [1974] ECR 51, тач. 16.

<sup>8</sup> C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others* [2001] ECR I.

<sup>9</sup> Р. Вукадиновић, *Стварање и остваривање комунитарних права у Европској унији*, Београд, 1998, стр. 135–169.

<sup>10</sup> Вид. одлуку у предмету *Francovich* (здружени предмети C-90 и C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, [1991] ECR I-5357) потврђену у низу каснијих одлука, али и резерве које у погледу дејства ове одлуке износи Т. Lock, *Is Private Enforcement of EU Law through State Liability a Myth? An Assessment 20 years after Francovich*, *Common Market Law Review* (2012), 1675–1702.

непромењене од Римског уговора о оснивању, релативно рано било признато директно дејство, дуго времена је владало уверење да је за њих карактеристична само тзв. јавноправна примена. Разлоге за такво схватање могу се наћи у њиховом јавноправном карактеру и основној сврси да штите јавне интересе (слободан промет робе и заједничко тржиште), па је за њихову примену на нивоу ЕУ била задужена Европска комисија.

Поступци пред националним судовима у државама чланицама ретко су покретани не само због раније поменутих теоријских разлога, већ и из неки практичних разлога. Пре свега, појединци као обични купци (потрошачи) најчешће су трпели честе, али мале штете, на пример плаћањем веће цене за робу или услугу. Осим што су биле мале штете у односу на трошкове поступка, било их је тешко доказати или квантификовати у дуготрајним и сложеним судским поступцима. С друге стране, национални судови нису имали искуства са овом врстом поступка нити је постојала ранија традиција. Сматрало се и да судије нису довољно специјализоване у овој специфичној материји, као и да постоји низ неразјашњених питања у погледу карактера и дејства одлуке коју су доносили органи за заштиту конкуренције у поступку јавноправне примене.

У таквој ситуацији, подстицај за приватноправну примену правила конкуренције и покретање поступака за накнаду штете пред националним судовима, дао је Суд правде у одлуци донетој у предмету *Courage Greham*, од 2001. године. У одлуци Суд је појаснио да раније признато директно дејство обухвата и право сваког лица које је претрпело штету због повреде ЕУ права конкуренције да тражи накнаду штете, тј. да пред надлежним националним судом покрене одговарајући судски поступак. С обзиром на то да Суд правде није одредио који су то национални судови и у ком поступку се може захтевати накнада штете, о томе је требало да одлуче национални судови у складу са начелом делотворне примене права ЕУ и начелом једнаке заштите. Управо због ових, али и других питања заштите, Европска комисија је у “Зеленој књизи” из 2005. и сама подстакла дискусију о препрекама које стоје на путу приватноправне примене. Резултати расправа и бројних студија сакупљени су и објављени у “Белој књизи” 2008. године. У међувремену, Суд правде је у одлуци донетој у предмету *Manfredi*<sup>11</sup> не само потврдио право појединаца да захтевају накнаду штете настале повредом правила конкуренције, већ је заузео став да се накнадом мора у потпуности покривати настала штета.

<sup>11</sup> C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, [2006] ECR – I 6619, тач. 100. Вид. и C. van Dam, *European Tort Law*, OUP, Oxford, 2013, стр. 49.

#### 4. Циљеви и садржина Упутства

Након што је 17. априла 2014. године, већ у “првом читању”, ЕП дао сагласност на предлог који му је 11. јуна 2013. године, учинила Европска комисија, Упутство је формално усвојио Савет, 10. новембра 2014. године.<sup>12</sup> Упутство је потписано 26. новембра, а објављено у Службеном листу ЕУ 5. децембра 2014. године. Упутство је адресирано на све државе чланице и обавезује их да га имплементирају у своја национална законодавства до 27. децембра 2016. године. С обзиром на то да права држава чланица познају различита решења и, нарочито, да постоји различита судска пракса,<sup>13</sup> имплементација неће ићи истом брзином и неће бити реализована на исти начин. Стога је за имплементацију остављен рок од две године.

Као секундарни извор права ЕУ, Упутство обавезује државе чланице, али не и треће државе. Међутим, неким врстама споразума које Унија закључује са трећим државама, треће државе су преузеле обавезу усклађивања унутрашњих прописа са правом ЕУ, а по појединим питањима и обавезу да непосредно примене поједине одредбе права ЕУ. Тако су Република Србија и Република Српска (односно БиХ), споразумима о стабилизацији и придруживању преузеле и једну и другу обавезу. Обавеза усклађивања односи се на целокупно ЕУ право, док се обавеза непосредне примене односи на нека питања из права конкуренције.

Упутство је усвојено са општим циљем да омогући делотворну примену права конкуренције и да осигура ненарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту. Начело делотворне или ефикасне примене права ЕУ је широк појам и, зависно од конкретне ситуације, односи се на различита питања. Најчешће садржи захтев да се поступци остваривања права окончају у разумном року и да њихово вођење (покретање и окончање) не буде скопчано са посебно отежавајућим околностима, на пример у погледу трошкова, рокова застарелости, или прикупљања доказа. У случају повреде правила конкуренције, делотворним поступцима накнаде требало је оштећенима омогућити да у потпуности накнаде штету коју су претрпели због тога повреде чланова 101 и 102 УФЕУ.

<sup>12</sup> Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law, OJ No L 349/1.

<sup>13</sup> Истраживања која су у оквиру Ashurst извештаја су показала да се о приватној примени права ЕУ може говорити само у три државе: Уједињеном Краљевству, Немачкој и у Холандији, али и у њима у малом броју случајева.

Истраживања Европске комисије су показала да оштећени сваке године не наплате у просеку око 23 милијарде евра штете због повреде правила о заштити конкуренције.<sup>14</sup>

Конкуренција на унутрашњем тржишту може бити нарушена на различите начине и од стране бројних учесника на тржишту. У уговорима о оснивању ЕЕЗ/ЕЗ и ЕУ као недозвољени облици нарушавања конкуренције регулисани су рестриктивни споразуми, злоупотреба доминантног положаја, концентрације и државна помоћ. Подела на наведене облике извршена је према субјектима и начинима на који се врши повреда, па су у складу са тим донети одговарајући прописи. Према субјектима, разликују се прописи којима је регулисано понашање предузећа и прописи о понашању државе на унутрашњем тржишту.<sup>15</sup> Привредна друштва и предузетници могу нарушити конкуренцију закључивањем рестриктивних споразума, злоупотребом доминантног положаја и недозвољеним концентрацијама. Држава може нарушити конкуренцију додељивањем недозвољене државне помоћи. И у једном и у другом случају повредом се наноси штета, пре свега, непосредним конкурентима на тржишту, али и појединцима. Наношење штете непосредним конкурентима на тржишту манифестује се као негативан утицај на интракомунитарну трговину (кроз “скретање трговине”) и као ометање несметаног функционисања унутрашњег тржишта, чиме се угрожава остваривање тзв. јавноправних циљева. За остваривање јавноправних циљева задужена је Европска комисија и национална регулаторна тела. Наношењем штете појединцима кроз наметање већих цена, отежавањем услова код куповине или продаје или давања и примања услуга штетно се утиче на економски положај непосредних и других купаца или корисника услуга у ланцу продаје. Међутим, до усвајања Упутства о накнади штете основна пажња је била усмерена само на обезбеђивање делотворне јавноправне примене и јавноправне заштите, док је заштита интереса појединаца била потпуно запостављена. Стога је Упутством требало увести стандардизовани систем приватноправне примене права конкуренције и побољшати систем заштите и накнаде штете коју трпе појединци. У том циљу Упутство има за циљ да:

1. омогући националним судовима да наложе компанијама као учесницима на тржишту да открију или да на други начин учине до-

<sup>14</sup> Вид. [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary\\_impact\\_assessment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_en.pdf)

<sup>15</sup> Вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2014, стр. 391.

ступним податке и доказе оштећеним лицима, који су обавезани да тако добијене податке чувају и заштите;

2. омогући да коначне одлуке националних регулаторних тела у којима је констатована повреда права конкуренције буду аутоматски признате као доказ о постојању повреде у поступцима пред националним судовима;

3. оштећеним лицима омогући рок од најмање годину дана од дана доношења коначне одлуке од стране регулаторних тела у коме могу да покрену одговарајући поступак за накнаду штете;

4. крајњим купцима предвиди право на накнаду штете и у случајевима када је повредом узроковано повећање цена, ако је ово поскупљење пренето на следећег купца у ланцу продаје;

5. разјасни однос између поступака пред судовима и усменог поравнања и других облика нагодби између оштећених и штетника, тако да поравнање учини лакшим и јефтинијим.

Након што 27. децембра 2016. године ступи на снагу, на поступке који буду покренути пред судовима у државама чланицама примењиваће се и одговарајуће одредбе Упутства у погледу тумачења нејасних одредаба. У случају да до истека прелазног периода државе чланице не имплементирају у потпуности или делимично Упутство, могућа су два решења о којима је напред било речи. Међутим, циљ Упутства, као и осталих комунитарних упутстава, није непосредна примена његових одредаба, већ доношење усклађених националних прописа. Обавеза усклађивања односи се само на она питања која су као таква означена у Упутству. По бројним питањима Упутство не нуди готова решења, нити намеће одређени модел, на пример у погледу врсте тужбе и поступка. Стога ће разлике које у том погледу постоје између држава чланица остати и након имплементације. Међутим, оне не смеју довести у питање остваривање начела на којима почива Упутство: начело делотворне примене, еквиваленције и потпуне накнаде. Отуда у Упутству није дата предност одређеној тужби или поступку: самосталној или пратећој тужби или индивидуалном или колективном начину покретања поступка. Стога ће се тужбе и поступци који су коришћени у државама чланицама пре Упутства користити и након ступања на снагу, али у оквирима који су постављени Упутством и у складу са поменутиим начелима. Интересантно је поменути да је Комисија дуго времена сматрала да су колективне тужбе у оквиру колективног механизма заштите најподеснија

средства за остваривање права на накнаду штете, али је након различитих притисака, а посебно од стране ЕП, ова одредба изостала из коначног текста Упутства, у коме се не даје предност ни једном од коришћених средстава, нити се предлаже увођење јединственог средства. Комисија се задовољила Препоруком о заједничким начелима за механизме колективних захтева у одштетним тужбама у државама чланицама у вези са повредом права из права Уније.<sup>16</sup>

## 5. Садржина Упутства

Поред преамбуле, у којој је наведен поступак доношења, циљеви и задаци Упутства, Упутство садржи 24 члана, који су груписани у следећа поглавља – I: предмет, подручје примене и дефиниције (чл. 1–4); II: откривање доказа (чл. 5–7); III: дејство националних одлука, застарелост и солидарна одговорност (чл. 9–11); IV: преношење превисоких цена (чл. 12–16); V: квантификација штете (чл. 17–19) и поглавље VII: завршне одредбе (чл. 20–24).

Према одредбама члана 1, Упутство има за циљ да обезбеди да “свако ко је претрпео штету због повреде права конкуренције од стране предузетника или удружења предузетника може делотворно остварити право да захтева потпуну накнаду штете од тог предузетника или удружења”.

По својој правној природи, Упутство према класификацији правних аката из Лисабонског споразума спада у законодавне акте,<sup>17</sup> донете у редовном законодавном поступку. Већ у преамбули Упутства се констатује да одредбе чланова 101 и 102 УФЕУ “спадају у питања јавног поретка” која треба примењивати делотворно у целој Унији “како би се обезбедило ненарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту,”<sup>18</sup> чије јавноправно спровођење обезбеђују Европска комисија и национална тела за заштиту конкуренцију. Одмах након тога се констатује и да одредбе чланова 101 и 102 УФЕУ производе директно дејство између појединаца којима стварају права и обавезе које “национални судови

<sup>16</sup> Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, OJ L 201, 26.7. 2013, str. 60/65.

<sup>17</sup> О подели на законодавне и незаконодавне акте вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2014, стр. 134–136.

<sup>18</sup> Вид. алинеју 7(1) преамбуле.



морају примењивати”. Полазећи од тога да потпуна делотворност чланова 101 и 102 УФЕУ подразумева да свако лице, појединац, укључујући потрошаче и предузетнике, или тела јавне власти, могу пред националним судовима да траже накнаду штете која им је нанета повредом тих одредаба, Упутство има за предмет да утврди правила која су потребна да се остваре наведени циљеви. Самим Упутством се, међутим, не стварају материјална правила за јавноправну и приватноправну примену правила конкуренције, већ правила којима ће се осигурати да свако ко је претрпео штету повредом права конкуренције “може делотворно остварити право на захтев за потпуну накнаду штете”<sup>19</sup>. Отуда је правни основ за Упутство нађен у одредбама члана 103 и 114 УФЕУ. Према одредбама члана 103 УФЕУ, Савет је овлашћен да на предлог Комисије и након консултовања Европског парламента донесе одговарајуће уредбе или упутства за остваривање *принципа* који су наведени у члановима 101 и 102 УФЕУ. Отуда Упутство не прописује конкретан поступак за накнаду претрпљене штете, нити који су судови за то надлежни, већ “утврђује правила за координацију за спровођење правила о конкуренцији од стране тела надлежних за конкуренцију и примену тих правила у поступцима за накнаду штете пред националним судовима.”<sup>20</sup> Ово је потребно нагласити због тога што ће имплементација Упутства захтевати да се националним прописима ближе дефинишу ова питања, пре свега поступак за накнаду штете. Под поступком за накнаду штете подразумева се поступак у оквиру националног права у коме захтев за накнаду штете пред национални суд подноси наводно оштећена страна. Упутство не одређује врсту и садржину поступка или тужбу којом се може захтевати накнада штете, већ само начела која се морају поштовати. У том циљу се од држава чланица захтева да у поступку имплементирања поштују начело потпуне накнаде, начело делотворности и еквиваленције.<sup>21</sup>

### 5.1. Начело делотворности и еквиваленције

Будући да је стварано постепено и парцијално, зависно од циљева који су постављани пред ЕЗ/ЕУ и у границама додељених овлашћења, право ЕУ у односу на унутрашња права држава чланица представља непотпуни и неперфектни систем правних и других правила у коме су

<sup>19</sup> Чл. 1(1) Упутства.

<sup>20</sup> Чл. 1(2) Упутства.

<sup>21</sup> Ово произилази из наслова чланова 3 и 4 Упутства.



(у државама чланицама) пред националним судовима и према националним процесним правилима.

С обзиром на то да се процесна правила у правима држава чланица значајно разликују, постоји опасност да субјективна права не буду на прави начин заштићена или принудно остварена. Једно од таквих права је и право на накнаду штете настале повредом правила конкуренције. Истраживања која су вршена у погледу права на накнаду штете и њене реализације су показала да у националним правима постоје бројне разлике у материјалним и процесним правилима. Тако, постоје права у којима право на накнаду штете због повреде права конкуренције није познато, права у којима је начелно признато у оквиру опште обавезе на накнаду штете и права у којима постоји као посебно право. Међутим, чак и кад је у материјалном смислу позната штета због повреде права конкуренције, њено остваривање може бити значајно отежано разним процесним захтевима која је Упутством требало отклонити. Ради њиховог отклањања, Упутством су установљене две обориве претпоставке.

Прва претпоставка је да картели самим постојањем наносе штету. Претпоставка је заснована на резултатима посебне студије<sup>27</sup> која је показала да је у више од 90% случајева утврђено да је дошло повећања цене и да само у ретким случајевима стварање картела не воде повећању цена. Друга претпоставка је да сви ученици у повреди одговарају солидарно оштећенима за укупни износ штете. Пошто у случају картела повреду конкуренције чине најмање два учесника на тржишту који закључују недозвољени споразум или су обухваћени одлуком удружења предузећа или прилагођавају своје понашање (договорна равнања), у теоријском смислу се може поставити питање да ли свако од њих на исти начин доприноси повреди и од кога од њих оштећени могу тражити накнаду штете. С обзиром на то да утврђивање удела у повреди и насталој штети може бити сложен и дуготрајан поступак, у Упутству је установљена заједничка и солидарна одговорност свих саучесника картелног споразума. Солидарна одговорност важи и у случају кад злоупотребу доминантног положаја врши више учесника, који заједно имају доминантну позицију. Претпоставка заједничке и солидарне одговорности је установљена ради јачања делотворне заштите оштећених, с тим што је оном учеснику који је накнадио штету дато право да од осталих учесни-

<sup>27</sup> *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission*, Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by A. Komninos, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2009, доступно и на: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages>. Последњи приступ 05.09. 2015.

ка тражи повраћај износа који премашује његов удео у насталој штети. Одређивање удела као релативне одговорности односног субјекта као и релевантних критеријума, као што су приход, тржишни удео или улога у картелу се одређују према меродавном националном праву, у складу са начелима делотворности и еквивалентне заштите.<sup>28</sup> Од заједничке и солидарне одговорности изузети су учесници који учествују у тзв. покајничким програмима (*leniency program*), који уживају имунитет.

Начело еквиваленције (или једнаког поступања) дефинисано је кроз обавезу држава чланица да обезбеде да национална правила и поступци који се односе на накнаду штете која произилази из повреде чланова 101 или 102 УФЕУ, не буду неповољнији за наводно оштећене стране од оних којима се уређују слични поступци за накнаду штете који произилази из повреде националног права.<sup>29</sup> Ово је опште начело чија примена није ограничена само на случајеве накнаде штете због повреде права конкуренције, већ се односи на све случајеве примене права ЕУ у државама чланицама. Сврха његовог увођења је да се у погледу примене у унутрашњем правном поретку држава чланица комунитарно право изједначи са национални прописима тако што би и за његову примену важили исти услови као и за примену “чистих” унутрашњих прописа. С обзиром на то да однос између права ЕУ и унутрашњег права држава чланица ни у материјалном, ни у процесном смислу није регулисан у уговорима о оснивању, Суд правде је ради једнообразне примене креирао раније поменута начела. Тако је хијерархијски однос регулисан начелом примата права ЕУ над националним правима држава чланица и начелом директног дејства, док је однос националних процесних правила и права ЕУ регулисан начелом делотворне заштите и еквиваленције.

## **5.2. Дејство одлука националних регулаторних тела, застарелост и солидарна одговорност**

С обзиром на то да је могуће одвојено спроводити јавноправни и приватноправни поступак пред управним и судским телима, требало је регулисати њихов међусобни однос и дејство одлуке регулаторних тела на судски поступак. Међусобни однос у погледу примене начела *non bis in idem* и начела *res iudicata* регулисан је ранијом уредбом број 1/2003,<sup>30</sup> док Упутство о поступцима накнаде штете у поглављу III (чл.

<sup>28</sup> Вид. тач. 37 Преамбуле.

<sup>29</sup> Чл. 4 Упутства.

<sup>30</sup> Вид. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules

9) регулише дејство националних одлука тела надлежних за тржишну конкуренцију на поступак за накнаду штете пред националним судовима. Као спорна се постављају два питања. Прво, да ли се поступак за накнаду штете може покренути и окончати пред националним судом независно од поступка пред регулаторним телима, или суд мора сачекати одлуку регулаторног тела о постојању повреде. Ако је поступак пред њим покренут пре тога, да ли је дужан да застане са поступком и од регулаторног тела затражи да одлучи о постојању повреде као о претходном питању. Друго питање се односи на карактер и дејство одлуке донете од стране регулаторног тела. У Упутству је таквим одлукама дат значај неспорног доказа. Према одредбама члана 9, државе чланице су обавезне да осигурају да се повреда права конкуренције коју је правноснажном одлуком утврдило национално регулаторно тело или жалбени суд сматра неспорним доказом за потребе поступка за накнаду штете пред њиховим националним судовима у складу са члановима 101 или 102 УФЕУ, или у складу са националним правом конкуренције.

Када је реч о року у коме се може покренути поступак за накнаду штете, у Упутству се отишло даље од обавезивања држава чланица на хармонизацију сопствених решења, па је као јединствени рок у целој Унији прописан рок од пет година. У том циљу Упутство обавезује државе чланице да у својим правима осигурају да застарелост за покретање поступка за накнаду штете наступи истеком најмање пет година. Упутством је дефинисано и да застарелост не почиње да тече пре престанка повреде права конкуренције и пре него што тужилац сазна или се разумно може очекивати да зна за:

- а) поступање и чињеницу да оно представља повреду права конкуренције;
- б) чињеницу да му је повреда права конкуренције нанело штету и
- в) идентитет повредиоца.

Право да покрену поступак имају сва лица (правна и физичка) која су наводно претрпела штету. То могу бити не само директни, већ и индиректни купци. Међутим, тужени могу у поступку за накнаду штете истаћи као одбрану од захтева за накнаду чињеницу да је тужилац у потпуности или делимично пренео превисоку цену на следећег купца у ланцу продаје. Са друге стране, како би се избегло да поступци за накнаду штете тужилаца са различитих нивоа у ланцу продаје доведу до више-

---

on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 04.01.2003, стр. 1–25.

струке одговорности штетника, захтев за терет доказивања пребачен је на тужиоце.

Зависно од дејства који се признаје одлукама регулаторних тела, у пракси се користе две врсте тужби за накнаду штете: самосталне (*standalone*) и пратеће тужбе (*follow-on*). У домаћем Закону о заштити конкуренције у члану 73 предвиђено је да се “накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу овог закона, а која је утврђена решењем Комисије, остварује (се) у парничном поступку пред надлежним судом. Решење Комисије из става 1 овог члана не претпоставља да је штета наступила, већ се иста мора доказивати у судском поступку.”<sup>31</sup>

**Radovan D. Vukadinović, PhD**  
**Professor Faculty of Law, Kragujevac University**

**Vladimir Vukadinović, LL.M.**  
**Professor Faculty of Law, Kragujevac University**

## **IMPORTANCE OF EU DIRECTIVE ON ANTITRUST DAMAGES ACTIONS FOR DEVELOPMENT OF PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW**

### *Summary*

*Infringements of the EU antitrust rules, such as cartels or abuse of a dominant position in the market, are not only detrimental for the economy and consumers at large. They also cause concrete harm (e.g. higher prices, lost profits) to concrete victims (infringers' direct and indirect customers, infringers' competitors and their customers). In spite of the Court of Justice of the European Union has established that any citizen or business has a right to full compensation for the harm caused to them by an infringement of the EU*

---

<sup>31</sup> Слично решење је предвиђено у чл. 65 Закона о заштити конкуренције Црне Горе и чл. 58 Закона о заштити конкуренције у Македонији.

*antitrust rules, in practice most victims rarely obtain compensation. That is why the EU Council adopted Directive on antitrust damages actions entered into force on 26 December 2014.*

*The Directive on antitrust damages actions means one important step towards more effective enforcement of the EU competition rules, especially for private enforcement. After proper implementation, it will ensure that victims can exercise the EU right to full compensation, and guarantee better interaction between public and private enforcement of competition law. On the one side, the Directive removes practical obstacles to compensation for all victims of infringements of EU antitrust law. On the other side, the Directive ensures that enhanced private enforcement does not encroach on the effectiveness of public enforcement.*

*EU Member States need to implement it by 27 December 2016. After that the Commission will observe its implementation and submit a report to the Parliament and the Council by the end of 2020.*

**Keywords:** *EU, directive, damage, action, victim, cartel, abuse of dominant position, customer.*





## НОВЕ МЕРЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У САОБРАЋАЈНОЈ ПОЛИТИЦИ ЕУ<sup>1</sup>

Др Душанка Ђурђев\*  
Др Сандра Фишер Шобот\*\*

***Анстракт:** Саобраћајна политика ЕУ стално се осавремењује. Тако је покушано стварање транспортне заједнице ЕУ са државама у суседству ЕУ, како би се усвајањем правних тековина ЕУ у области саобраћаја, и пре него што ове државе приступе ЕУ, успоставила транспортна мрежа преко важних саобраћајних коридора на Балкану. Друга карактеристика саобраћајне политике је стално мењање прописа о превозу опасних материја које могу да изазову штете еколошких размера. Треће обележје је увођење интелигентног транспортног система (ИТС) .*

***Кључне речи:** транспортна заједница, превоз опасне робе, интелигентни транспортни системи (ИТС).*

### УВОД

Очито је да сваки вид саобраћаја производи ризике загађивањем ваздуха, земље или воде, али су ти ризици различити. Међународна заједница, кроз своје институције, доношењем бројних прописа инсистира на успостављању мера и механизма како би се ти ризици смањили, али и подстиче развој оних видова саобраћаја у којима је штета за животну окружење најмања, а то су железнички и саобраћај унутрашњим пловним путевима.

\* Редовни професор, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду

\*\* Доцент Универзитета у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду

<sup>1</sup> Рад је настао као резултат истраживања на пројекту *Биомедицина, заштита животне средине и право* (бр. 179079) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Европска унија кроз своје органе доноси прописе којима регулише саобраћај у оним питањима у којима има потпуну надлежност. Циљеви транспортне политике ЕУ су, пре свега, у функцији заједничког тржишта, али су и везани за одрживи развој поштујући постављене еколошке стандарде.

О политици и циљевима транспортне политике говори се још у Белој књизи о будућем развоју заједничке саобраћајне политике из 1991. године<sup>2</sup> (*White Paper on Common Transport Policy 1991*) која је прекретница у саобраћајној политици Заједнице, јер транспортни систем постаје комунитарна делатност која се развија и регулише на нивоу Заједнице. Један од циљева је и превазилажење доминације друмског саобраћаја и стварање могућности развоја транспортног система у духу одрживог развоја.

Европска комисија је прихватила измену Беле књиге 2001. године, названу Европска саобраћајна политика за 2010. – Време за одлучивање<sup>3</sup> (*European-Transport Policy for 2010 – Time to decide*). У овом документу јасно се уочавају кључни проблеми европског саобраћаја, а то су неуравнотеженост појединих саобраћајних грана, доминација друмског саобраћаја на копну, потреба повезивања саобраћајних грана, уклањање уских грла у превозу. Утврђено је шездесет мера за њихово постепено решавање до 2010. године. Као приоритети предвиђени су развој железничког и саобраћаја унутрашњим пловним путевима.

Европска комисија је 2011. године донела Европску стратегију за транспорт, изнесену у Белој књизи 2011. – Бела књига – Нацрт за јединствени европски прометни простор – На путу конкурентног и економски ефикаснијег саобраћајног система<sup>4</sup> (*White Paper 2011 – Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system*). У овом документу предвиђено је четрдесет конкретних мера у циљу стварања конкурентног транспортног система. Основни циљ је смањење употребе класичног горива које емитује штетне гасове. Зато се инсистира на модернизацији саобраћаја производњом нових возила која ће користити биогориво и друге мање штетне изворе енергије, као и модернизацији инфраструктурних објеката.

Посебан део у овој најновијој Белој књизи назван је Визија за конкурентнији и трајнији саобраћајни систем, у коме се истиче потреба

<sup>2</sup> COM (92) 494.

<sup>3</sup> COM (92001)370.

<sup>4</sup> COM /2011/144.

коришћења чистије енергије, модернизација инфраструктуре и директно смањивање негативног утицаја саобраћаја на животно окружење, воду, ваздух, земљу и екосистем. Предлажу се мере за унапређење железничког превоза, интегрисање железничког европског простора, подстицање унутрашње пловидбе, уклањање ограничења у каботажи, подстицање превоза на мору на кратким релацијама, као и развој мултимодалног саобраћаја.

Постављени циљеви и политика остварују се прописима комуни-тарног права и садржински регулишу различите аспекте саобраћаја од уговорних, преко техничких, безбедносних и еколошких. У најновијим међународним документима инсистира се на одрживом саобраћају или саобраћају у функцији одрживог развоја (*transport for sustainable development*).

Осим активности ЕУ, за Европу је значајна и Економска комисија УН за Европу (UN ECE) у оквиру које се Комитет за копнени превоз (ITC) посебно бави питањима везаним за саобраћај.

## 1. Стварање Транспортне заједнице – секторски приступ ЕУ?

Да би се постављени циљеви остварили, показало се да је потребно да се формира транспортна заједница са државама које су у суседству ЕУ, нарочито са државама Југоисточне Европе.<sup>5</sup> Један од кључних разлога за овај пројекат је што се на географском подручју Југоисточне Европе налазе важни транспортни коридори.

Идеја о стварању Транспортне заједнице формализована је 2009. године када је државама Југоисточне Европе понуђен нацрт Споразума о оснивању Транспортне заједнице између ЕУ и држава ЈИЕ (даље: Споразум 2009).<sup>6</sup>

У плану је да се Транспортна заједница формира Мултилатералним споразумом између ЕУ и држава Југоисточне Европе, при чему би у првом прелазном периоду државе морале да хармонизују национална законодавства са правним тековинама ЕУ у области транспор-

<sup>5</sup> Албанија, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Хрватска, Косово – статус на основу Резолуције 1244, Македонија и Србија.

<sup>6</sup> *Draft Treaty establishing the Transport Community*, December 21st, 2009. Extension of the major trans-European transport axes to the neighbouring countries – Guidelines for transport in Europe and neighbouring regions. Brussels, 31.1.2007, COM (2007) 32 final, 5. доступно на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52007DC0032>.

та, док би у другом прелазном периоду морале да их имплементирају у пракси. Позитивни резултати би свакој држави потписници Споразума дали могућност остваривања тржишних слобода и постепено пуну интеграцију у јединствено тржиште транспортних услуга ЕУ. Стварање Транспортне заједнице не би формално било везано за процес приближавања пуноправном чланству у ЕУ, него би Транспортна заједница била “секторски” приступ чланству у ЕУ у области транспорта уз примену правних тековина ЕУ у области транспорта и могућност да се национални судови обрате Европском суду правде са претходним питањем из ове области.<sup>7</sup>

Споразум из 2009. би наставио с политиком поступног стварања јединственог тржишта услуга у другим гранама превоза, осим ваздушног превоза, јер је још 2006. године створен Европски заједнички ваздушни простор (ЕСАА) као заједнички простор услуга ваздушних превозилаца.<sup>8</sup>

Стварање и спровођење транспортне политике ЕУ према државама Југоисточне Европе остварује се у складу с постојећом политиком ЕУ према суседним земљама, званом *European Neighbourhood Policy* (даље: ENP).<sup>9</sup>

ENP је најшира спољнополитичка платформа ЕУ чији је циљ помоћ и подстицање реформи и развоја у 12 држава које окружују ЕУ, од Грузије и Украјине на истоку, до Јордана и Марока на југу.<sup>10</sup> Циљ је да ENP омогући усвајање правних тековина ЕУ у области саобраћаја и пре него што ове државе приступе ЕУ и независно од тога. Врло је важно уочити да се у ENP истиче да су суседне државе суверене у одлучивању

<sup>7</sup> Николета Радионов, „Транспортна заједница: позадина и изазови“, *Годишњак Академије правних знаности Хрватске*, Vol 4, No 1 2013, стр. 93—110, доступно на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52010IE0463>.

<sup>8</sup> Међународни споразум о успостављању европског заједничког ваздушног простора закључен је између ЕЗ и њених 27 држава чланица, с једне стране, и једног броја европских држава, с друге стране, у Аустрији 2006. године. Главни задатак чланица је потпуна хармонизација домаће правне регулативе ваздушног саобраћаја са правилима ЕУ у областима безбедности, управљања ваздушним саобраћајем и заштите животне средине. *Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, The Republic of Bulgaria, The Republic of Croatia, The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Romania, The Republic of Iceland, The Republic of Montenegro, The Kingdom of Norway, The Republic of Serbia and The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on the Establishment of a European Common Aviation Area (ЕСАА)*.

<sup>9</sup> *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Strengthening the European Neighbourhood Policy* COM (2006) 726, 4.12.200613.

<sup>10</sup> *The EU and its neighbouring regions: A renewed approach to transport cooperation*, Brussels, 7.7.2011. COM (2011) 415 final.

о врсти и динамици реформи које ће се проводити, али је приступање финансијским фондовима ЕУ у директној вези са степеном остварених реформи.<sup>11</sup>

Иако је преговарање око Споразума о стварању Транспортне заједнице застало због политичких разлога (процес преговарања између Србије и Косова) поставило се питање оправданости, па и легитимитета секторског приступа чланству у ЕУ. Могуће је да ЕУ, у жељи да ограничи проширивање пуноправним члановима, жели да уведе нов, њој прихватљив систем секторског проширења, који би задовољио њене интересе и неке привредне интересе држава чланица. Свака држава Југоисточне Европе треба да процени свој интерес кроз предности и недостатке које пружа могућа Транспортна заједница.

Очигледно је да решавање проблема заштите животне средине од последица саобраћаја, уосталом као и многи други саобраћајни проблеми, могу боље да се решавају на јединственом тржишту ЕУ, али је потребно ширење тог процеса и на земље у окружењу ЕУ. Кључно је повезивање ЕУ преко подручја држава бивше Југославије и Албаније, јер преко овог подручја пролазе европски саобраћајни коридори који повезују исток, запад, север и југ европског континента. Десет основних коридора дефинисани су на Европској конференцији министара саобраћаја уз договор са ЕУ и Економском комисијом УН за Европу. Дефинисани су у Прагу 1991. године, допуњавани 1994. и 1997. године у Хелсинкију. Главни циљ био је усклађивање коридора са заједничким стандардима, техничким елементима, саобраћајним параметрима и нивоима пружања квалитета услуга. Они представљају мрежу железничких и друмских праваца, док је Коридор VII пловни пут Дунава. Ових десет коридора повезују Европу од Атлантика до Волге и од Скандинавије до Средоземног мора.<sup>12</sup>

Један од основних циљева саобраћајне политике ЕУ јесте повезивање основне мреже саобраћајне инфраструктуре са транссеверноевропским мрежама и коридорима, па ЕУ улаже сталне напоре да се омогући изградња саобраћајних путева, како би се интегрисале националне саобраћајне мреже у јединствену Транссеверноевропску транспортну мрежу (*Trans – European Network – Transport, TEN-T*).

<sup>11</sup> Commission proposes a Transport Community with the Western Balkans and takes further steps in strengthening cooperation with neighbouring countries in the transport sector, Brussels, 5 March 2008 доступно на <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/382&guiLanguage=en>.

<sup>12</sup> Видети <http://www.prometna-zona.com/koridori.php>.

Развој система Транссеверноевропске транспортне мреже захтевао је да обухвати и државе Западног Балкана. Стање саобраћајне инфраструктуре у овим земљама је застарело и не задовољава услове безбедног транспорта. Отуда су потребна улагања у основну инфраструктуру на коридорима V, VII, VIII, X. Ово мора да се уради у складу са прописима и стандардима ЕУ да би новоизграђена инфраструктура била компатибилна са свим захтевима TEN-T мреже.<sup>13</sup>

Европска унија подстиче TEN-T пројекат кроз неколико финансијских инструмената: Кохезиони фонд, Европски фонд за регионални развој и Европску инвестициону банку. Успостављање ефикасне Транссеверноевропске транспортне мреже је кључни елемент Лисабонске стратегије.<sup>14</sup>

Кохезиони фонд је финансијски механизам за финансирање великих инфраструктурних пројеката у ЕУ у области саобраћаја и заштите животне средине у циљу постизања привредне и социјалне кохезије ЕУ и подстицања одрживог развоја. Овај фонд финансира Трансевропску транспортну мрежу, као и транспортну инфраструктуру изван TEN-T мреже која доприноси одрживом транспорту, финансира рационално коришћење енергије и коришћење обновљивих извора енергије, као и финансирање инфраструктуре која испуњава високе стандарде заштите животне средине.<sup>15</sup>

## **2. Нова правила за превоз опасних ствари**

Могуће штете и реални ризици као узроци штета су у саобраћају бројни, али је чињеница да је саобраћај делатност која се може сврстати у правну категорију “опасних делатности”. Када се томе дода и превоз опасних ствари, онда се ризик настанка штета повећава. Потребно је предвидети превентивне мере које би спречиле настанак штета, али исто тако, и мере које би се примениле када штета настане. Ове мере морају да буду прецизне и врло строге, јер се само тако може остварити циљ, а то је контрола оваквог облика саобраћаја. Мере су техничке при-

<sup>13</sup> *Trans-European Transport Network – TEN-T priority axes and projects 2005. European Communities.* 2005, 3-4. доступно на [http://ec.europa.eu/ten/transport/projects/doc/2005\\_ten\\_t\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/ten/transport/projects/doc/2005_ten_t_en.pdf).

<sup>14</sup> European Council, Presidency conclusions, Lisbon, 23-24 March, 2000, доступно на [http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm). Детаљне информације о целом Лисабонском процесу на: [http://ec.europa.eu/archives/growthandjobs\\_2009/](http://ec.europa.eu/archives/growthandjobs_2009/).

<sup>15</sup> *Trans-European Transport Network – TEN-T priority axes and projects 2005. European Communities.* 2005. 3-4. доступно на [http://ec.europa.eu/ten/transport/projects/doc/2005\\_ten\\_t\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/ten/transport/projects/doc/2005_ten_t_en.pdf).

роде, али и правне, односно ради се о правилима која регулишу како уговорну одговорност, тако и вануговорну одговорност, јер обе долазе до изражаја у транспорту, поготово овако ризичном. Еколошке последице штета које могу да настану у превозу опасних ствари су реалност, па је оправдано да се високо ризични послови за екосистем строго санкционишу. За остваривање овог циља потребно је да, поред прописа, постоје јаке институције које ће то спроводити, као и да се развија узајамна солидарност свих учесника, од држава преко организација и самих привредних субјеката који се баве овим послом.

Када се говори о саобраћају и одрживом развоју, посебну пажњу захтева, поред уобичајених и то честих видова саобраћаја, као што су речни, железнички, друмски, ваздушни и указивања на њихове узајамне предности, нарочито с обзиром на еколошка питања, транспорт опасним материјалима, који је у односу на друге најмање правно регулисан.

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

Намера да се на целовит начин регулише одговорност за проузроковану штету превозом опасних материја конкретизована је још 1989. године Конвенцијом CRTD – Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану током превоза опасне робе друмом, железницом и бродовима унутрашње пловидбе, која се односи на друмски, железнички и превоз опасне робе унутрашњим пловним путевима, која још није ступила на снагу, али је предмет поновног интересовања ЕСЕ која се бави изменом постојећег текста. Иако је услов за ступање на снагу ратификација само пет држава, она није ступила на снагу. Питање како отклонити разлоге због којих се ова конвенција не прихвата, а то су границе одговорност и осигурање ризика, може да се реши само уз учешће свих учесника посла превоза опасних материја, корисника услуга, превозилаца и осигуравајућих друштава.<sup>16</sup> Одбор за унутрашњи транспорт (*Inland Transport Committee ECE*) упутио је упитник државама чланицама о разлозима неприхватања Конвенције. Одзив није био велики, а кључне примедбе су се односиле на висину граница одговорности, па је изнет предлог да се поново преговара о износима накнаде штета и да у те разговоре буду укључени и осигуратељи.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> ECE/TRANS/AC/8/2003/5i доступно на <http://www.unece.org/trans/main/dgdb/ac8/ac8age1.html>.

<sup>17</sup> ECE/TRANS/AC.8/8 доступно на [http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/crtd\\_e.html2003](http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/crtd_e.html2003).

Кључна је одредба члана 5, којом се предвиђа објективна одговорност превозиоца, при чему је она поопштрена у односу на уобичајене видове објективне одговорности у саобраћајном праву, јер су предвиђени само општи основи за ослобођење превозиоца од одговорности.<sup>18</sup> Осим ових примедба, указује се на недостатак CRTD конвенције и њена неусклађеност са Манхајским споразумом о пловидби Рајном, јер се сматра да би прихватање CRTD конвенције угрозило јединство рајнског пловидбеног подручја.

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

Такође, изнет је став да CRTD конвенција не конституише одговарајућу одговорност за катастрофалне штете, па би зато велике несреће могле да буду предмет других конвенција и њихова накнада би могла да буде реализована кроз фондове за накнаду великих штета. Та чињеница не би морала да буде отежавајућа, јер и у поморском саобраћају постоји више конвенција које регулишу поморски превоз опасних ствари, при чему су предвиђени различити степени одговорности за штете изузетно великих размера, па се те конвенције допуњују.<sup>19</sup>

Због свега наведеног, Одбор за унутрашњи транспорт ЕСЕ одржава и континуирано организује састанке експерата за Конвенцију CRTD, на којима се разматрају могуће измене, како би ова конвенција постала прихватљивија. Учешће на седницама, поред представника држава, узимају и представници међународних организација нпр. CCNR – Централна комисија за пловидбу Рајном, OTIF – Организација за међународне железничке превозе, IRU – Међународна унија друмских транспортера. Смисао заједничког рада је да се направи поређење режимима одговорности у CRTD конвенцији са другим правилима о одговорности за превоз опасних ствари садржаним у другим међународним конвенцијама. Тако су нпр. представници IRU сматрали да је лимит одговорности у нацрту ревидиране CRTD конвенције сувише висок за друмске превозиоце.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Душанка Ђурђев, „Нова правила за међународни превоз опасне робе“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 29/2011, стр 66.

<sup>19</sup> Иво Грабовац, „Нека размишљања о одговорности за штету у вези с превозом штетних и опасних твари морем“, *Зборник радова правног факултета у Сплиту*, год. XVII, 1996.

<sup>20</sup> ECE/ TRANS/AC. 8/2003/6. доступно на [http://www.unecce.org/trans/main/dgdb/ac8/ac8wrkdoc\\_2003.html](http://www.unecce.org/trans/main/dgdb/ac8/ac8wrkdoc_2003.html).



Насупрот овој конвенцији, у широкој су употреби и често се мењају, прилагођавајући се савременим техничким и безбедносним захтевима, споразуми којима се за поједине врсте саобраћаја предвиђају правила којима се утврђују механизми за спречавање настанка штета. У њима се дефинише шта су опасне ствари, предвиђају се услови за паковање, обележавање, утоваривање у превозно средство, као и правила које техничке услове морају да испуне превозна средства. Дакле, предвиђене су све мере за безбедан превоз опасних материја. Од ових прописа најзначајнији су:

ADR 2015 – Европски споразум о међународном друмском транспорту опасног терета (*European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road*)<sup>21</sup>. Прилози А и Б мењају се сваке две године и те измене утичу на националне прописе, па их треба пратити. Прилог А садржи опште одредбе у вези са превозом опасне робе (њихова класификација, попис, прописи о амбалажи, поступку отпремања и манипулација робом). Прилог Б садржи одредбе о опреми и радњама које мора да испуњава возилац (услови за чланове посаде и превозно средство). Извршене су измене правила које се односе на листу опасних ствари, уведен је појам еколошке опасне материје и структура споразума ADR 2015 је у складу са Препорукама УН о транспорту опасних ствари (*UN Recommendations on the Transport of Dangerous Goods*). ADR 2015 садржи новине у вези са литијумским батеријама, радиоактивним материјалима и сличним техничким питањима.

Србија је прихватила Европски споразум о међународном друмском транспорту опасног терета – ADR 2013 (Анекси А и Б).<sup>22</sup>

RID 2015 – Правилник о међународном железничком транспорту опасног терета (*International Rule for Transport of dangerous Substances by Railway*) као додаток бр. 1 уз Конвенцију о међународним превозима железницама COTIF из 1980. године, мењан 1999. године. Као и ADR, садржи листу опасних ствари, као и мере у циљу повећања опште безбедности у превозу.

Како се RID примењује само на међународне превозе, за националне железничке превозе опасних и штетних ствари у државама чланицама ЕУ донета је прво Директива 96/49.<sup>23</sup>

ADN 2015 – Европски споразум о међународном превозу опасних ствари унутрашњим пловним путевима из 2000. године (*European*

<sup>21</sup> ECE/TRANS/242.vol I and II (ADR2015).

<sup>22</sup> Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори» бр. 14/2013 од 17.12.2013.

<sup>23</sup> Directive 96/49 EC OJ L 235. Ова директива је 2008. године замењена Директивом 2008/68.

*Agreement concerning the International carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways*)<sup>24</sup> ступио је на снагу 2008. године. Најновије измене извршене су 2015. године. Србија је ратификовала текст из 2015. године.<sup>25</sup> Државе чланице ЕУ прописе о унутрашњим пловним путевима од међународног значаја морају да ускладе са ADN. ADN је основ за доношење мера националног права, при чему национални прописи не могу бити у супротности са условима из ADN, али могу бити строжи.

IMDG је скраћеница за Међународни поморски кодекс о превозу опасних ствари (*International Maritime Dangerous Goods IMDG Code*). IMDG верзија из 2014. године ступа на снагу 1. јануара 2016. године, а може да се добровољно примењује од 1. јануара 2015. године. У њему су сабрана обичајна правила и поступци у вези са превозом опасних материја. По својој природи ово није обавезујући документ, али се у пракси поштује као морални кодекс за крцатеље, бродаре и осигуравајућа друштва.<sup>26</sup>

IATA DRG 2015 – Правила за превоз опасних ствари (*Dangerous Goods Regulations*) су правила којима се хармонизују услови за превоз опасног материјала и садрже правила о класификацији, означавању и паковању робе у ваздушном саобраћају.<sup>27</sup>

Други значајни документи су Техничка упутства за безбедан транспорт опасних материја ваздушним путем, сачињени у оквиру ИКАО измена 2015.<sup>28</sup>

У оквиру UN ECE формиран је Комитет експерата за превоз опасне робе који је направио Модел правила за превоз опасне робе 1998. године. Последња измена ових правила је из 2013. године.<sup>29</sup>

Најновија УН Препорука о превозу опасне робе садржи као анекс Модел правила за превоз опасне робе (*Recommendations on the Transport of Dangerous Goods – Model Regulations on the Transport of Dangerous Goods*).<sup>30</sup> У погледу правне природе су *soft law*, необавезујућег су карактера. RID, ADR и AND су у великој мери усклађени са овим правилима. Модел правила садрже листу опасних роба, опште захтеве паковања, по-

<sup>24</sup> ECE/TRANS/220.

<sup>25</sup> Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори 7/15.

<sup>26</sup> Edgar Gold, "Legal Aspects of the Transportation of Dangerous Goods by Sea", *Marine Policy*, vol. 10, br. 3, 1986, стр. 186.

<sup>27</sup> Видети на [www.iata.org/whatwedo/cargo/dgr/pages/download.aspx](http://www.iata.org/whatwedo/cargo/dgr/pages/download.aspx).

<sup>28</sup> Доступно на <http://www.icao.int/safety/DangerousGoods/Pages/technical-instructions.aspx>.

<sup>29</sup> Видети на [http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev18/18files\\_e.html](http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev18/18files_e.html).

<sup>30</sup> Доступно на [http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev18/18files\\_e.html](http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev18/18files_e.html).

ступак тестирања робе, обележавање, превозне исправе. Модел правила дају могућност да се у таквом облику у коме су укључе у национална законодавства или међународне прописе, или да се приступи њиховом прилагођавању, при чему би они служили као модел за прављење сопствених националних или међународних прописа. На овај начин би се остварила постепена хармонизација правила о превозу опасне робе и то за све врсте превоза.

Стални су напори да се ускладе правила између RID, ADR и AND, па је и 2015. године одржан састанак у оквиру UN ECE са темом хармонизације RID, ADR и ADN са УН препорукама о превозу опасне робе.

У Европској унији донета је Директива о превозу опасне робе 2008/68.<sup>31</sup>

Овом директивом успоставља се заједнички режим за копнени (друмски, железнички и превоз унутрашњим воденим путевима) превоз опасне робе. Директива се примењује на превоз опасних ствари друмским, железничким и унутрашњим пловним путевима унутар или између држава чланица ЕУ. Пошто су ризици настанка несрећа велики, било је потребно да се предузму мере како би се такав превоз обављао што безбедније.

Већина држава чланица ЕУ потписала је одговарајуће међународне споразуме којима се регулише превоз опасних ствари у појединим саобраћајним гранама, као што су ADR за друмски превоз опасних ствари, RID за железнички и ADN за превоз опасних ствари унутрашњим пловним путевима. Овим међународним споразумима регулише се међународни превоз опасних ствари, а ова правила је било потребно проширити и на националне превозе, како би се обезбедило правилно функционисање заједничког транспортног тржишта.

Према Директиви, свака држава чланица ЕУ задржава право да примени строже мере на националне превозе опасних ствари на свом подручју. Усклађивање услова који се примењују на национални превоз опасних ствари не би требало да буде препрека за узимање у обзир посебних националних интереса, па се Директивом предвиђају “национална одступања” у тачно наведеним случајевима.

Превоз опасних ствари између држава чланица ЕУ и трећих земаља одобрава се ако је у складу са захтевима ADR, RID и ADN.

<sup>31</sup> *Directive 2008/68/EC of The European Parliament and of The Council of 24 September 2008 on the inland transport of dangerous goods*, 30.9.2008 Official Journal of the European Union L 260/13.

С обзиром на то да се у прилозима Директиви 2008/68 примењују одредбе међународних споразума о превозу опасних ствари ADR, RID, ADN, а они се мењају, била је потребна и измена Директиве 2008/68.<sup>32</sup>

Тако је донета Директива 2012/45/ЕУ о другом прилагођавању научном и техничком напретку прилога Директиви 2008/68/.<sup>33</sup> Државе чланице Европске уније које превозе опасну робу дужне су да поштују предвиђене стандарде, и то не само када се превози роба између држава чланица, већ и при превозу у треће државе. Ако се у случају удеса покаже да предвиђене безбедносне мере нису биле адекватне, државе чланице ЕУ дужне су да о томе обавесте Европску комисију.

Европска комисија посветила је велику пажњу превозу опасне робе која по својој природи може да угрози животну средину. Комисија је настојала да овај проблем решава као комплексно питање одговорности превозиоца, осигурања од одговорности и заштите човекове средине

У Србији је ова област регулисана Законом о транспорту опасног терета.<sup>34</sup> Овим законом створени су услови за решавање питања транспорта опасног терета која препознају међународни потврђени споразуми у својим техничким прописима: ADR у друмском, RID у железничком, ADN у воденом и ICAO TI у ваздушном саобраћају. Закон посебно уређује обавезе учесника у транспорту опасног терета.

Концепт Закона заснива се на ставу да се обезбеди примена решења садржаних у одговарајућим међународним споразумима, односно да се транспорт опасног терета обавља у складу са одредбама потврђених међународних споразума. Законом су у основи уведене две врсте новина у односу на ранији закон. Ради се о новинама којима је у складу са међународним споразумима проширен институционални оквир неопходан за унапређење безбедности у транспорту опасног терета, као и оним којима су унапређене процедуре које се односе на транспорт опасног терета.

### **3. Интелигентни транспортни системи (ITS)**

Почетком 21. века постало је јасно да је за решавање растућих и бројних саобраћајних проблема, па и оних везаних за загађивање живот-

<sup>32</sup> *Directive 2008/68/EC of The European Parliament and of The Council of 24 September 2008 on the inland transport of dangerous goods*, 30.9.2008 Official Journal of the European Union L 260/13.

<sup>33</sup> Official Journal of the European Union L 332/18, доступно на <http://faolex.fao.org/docs/pdf/eur118097.pdf>

<sup>34</sup> Службени гласник Републике Србије, број 88/2010.

ног окружења, неопходна примена концепта и технологије интелигентних транспортних система (ITS).

Интелигентни транспортни системи (ITS) представљају систем мера и технологија чији циљ је повећање нивоа безбедности саобраћаја, ефикасније одвијање саобраћаја са мање застоја и снижени ниво загађења животне средине. Ови системи имају потенцијал да пружи значајне користи везане за оперативну ефикасност, поузданост услуге, управљања инфраструктуром, као и повећану безбедност, смањен штетан утицај на околину и вредне информационе услуге за кориснике транспорта. Овај систем укључује системе за: аутоматско управљање саобраћајем; подршку операцијама јавног транспорта; управљање потражњом; информисање путника и услуге планирања путовања; управљање теретом и возним парком; решавање инцидената и подршку хитним службама; услуге електронског плаћања и наплате путарина; напредне технологије у возилу.<sup>35</sup>

Примена ITS може да омогући смањење загушења нарочито у друмском саобраћају и с тим у вези кашњења у саобраћају, повећање безбедности, повећање продуктивности, поузданости и протока саобраћаја, повећање квалитета услуга, смањење трошкова мањом потрошњом горива, еколошке предности (заштита човекове околине) кроз смањење емисија издувних гасова.

Мада су најразвијенији у друмском саобраћају, они укључују и системе и комуникацијске технологије за железнички, водени и ваздушни транспорт, као и навигационе системе.

Системско увођење интелигентних транспортних система до 2017. године може глобално омогућити управљање саобраћајем, планирање транспортних токова, повезивање службе за спасавање, праћење превоза опасног терета, контролу поштовања саобраћајних прописа, сарадњу са системом електронске наплате путарине, као и информисање и вођење учесника у саобраћају. Увођењем ITS на нивоу ЕУ може смањити загушење путева пет до 15%, емисија CO<sub>2</sub> 10 до 20%, број погинулих пет до 15% и повређених пет до 10%.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Планирање савременог транспортног система доступно на <http://www.frame-online.net/sites/default/files/first-view/further-reading/PlanningGuideSR.pdf>.

<sup>36</sup> Commission's communication entitled 'Action Plan for the Deployment of Intelligent Transport Systems in Europe' (COM(2008)0886, Texts adopted, P6\_TA(2009)0308).

**Faculty of Law, Novi Sad**

**University of Novi Sad**

**Dušanka Đurđev Ph.D, Full Professor**

**Sandra Fišer Šobot Ph.D, Assistant Professor**

## **NEW MEASURES FOR PROTECTION OF THE ENVIRONMENT IN THE EU TRANSPORT POLICY**

### ***Summary***

*EU Transport policy is constantly changing and developing. Transport is a cornerstone of the European integration process. Therefore, the European Commission proposed to create a Transport Community with the neighbouring EU countries. Transport Community aims to fully integrate those countries into EU transport policies even before their accession to the EU. The goal is to have a sustainable, affordable, efficient and safe transport in those countries, as well as better connections with the EU. Second characteristic of the EU Transport policy is permanent development of the legal norms regulating the transport of dangerous goods. Third important feature of the EU Transport policy is introduction of the Intelligent Transport Systems (ITS) to transport infrastructure and vehicles.*

**Keywords:** *Transport community, transportation of dangerous goods, Intelligent Transport Systems (ITS).*

## ЗАШТИТА ГМО У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ И ЊЕНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ<sup>1</sup>

Др Драго Дивљак\*

***Апстракт:** У раду анализирамо комплекс питања везаних за правну заштиту ГМО која је успостављена у праву Светске трговинске организације. У том оквиру, бавимо се и тачкама спорења и различитим импликацијама такве заштите, посебно оних везаних за здравље и заштиту животне средине. У оквиру тога, нарочита пажња посвећена је последицама по биодиверзитет и правним питањима која се јављају тим поводом. Такође смо сматрали важним и да размотримо питање о правним могућностима предупређења негативних импликација. Такође, рад има за циљ и да утврди оквире за будући развој у овој области.*

*Закључује се да је потребно приступити редефинисању релевантних правила СТО, на начин којим ће се приоритетно узети у обзир наведени јавни интереси. На тај начин би одредбе СТО о правима интелектуалне својине дошле у позицију да буду и у складу са релевантним међународним еколошким документима, као што је Конвенција о биолошком диверзитету и њеним основним циљем очувања биолошке разноврсности. Истовремено, несумњиво је да би се тиме у овој области постигли и позитивни ефекти и смањиле контроверзе у националним правним системима.*

***Кључне речи:** ГМО, биотехнологија, право СТО, права интелектуалне својине, патентбилност, конвенција, биодиверзитет, биолошка разноврсност.*

\* Редовни професор, Универзитет у Новом Саду Правни факултет у Новом Саду

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

У модерно доба, питања и проблеми везани за продукте биотехнологије, а посебно за генетски модификоване организме, постају све актуелнији и комплекснији,<sup>2</sup> при чему је његова правна димензија једна од важнијих. Приликом разматрања правних аспеката генетски модификованих организама (у даљем тексту ГМО) редовно су у првом плану питања везана за њихов промет, укључујући и обележавање, односно етикетање. Тек у другом плану је проблем правне заштите ГМО, посебно на међународном плану, иако је то проблем изворног карактера, а њихов промет је као проблем изведен из њега. Стога сматрамо оправданим да се у овом раду подробније бавимо управо питањем правне заштите ГМО и то оном која је успостављена у праву Светске трговинске организације.

Истовремено ћемо се аналитички бавити и тачкама спорења и различитим импликацијама такве заштите, посебно оних везаних за здравље и заштиту животне средине. У оквиру тога, нарочита пажња ће бити посвећена последицама по биодиверзитет и правним питањима која се јављају тим поводом, Сматрали смо важним и да размотримо питање о правним могућностима предупређења негативних импликација. Такође, рад има за циљ и да утврди оквире за будући развој у овој области.

## **1. Концепт заштите ГМО у праву СТО и тачке спорења**

Генетски модификовани организми су креација настала преносењем генетског материјала из једног организма у други. Ради се о организмима креираним за пољопривредне, интелектуалне и медицинске сврхе, код којих је један или више гена преобликован по пожељним особинама, путем процеса генетског инжењеринга.<sup>3</sup>

Од момента развијања генетског инжењеринга и почетка комерцијалне примене његових продуката,<sup>4</sup> стално се развијају нове

<sup>2</sup> Strauss, D. M., *The Application of TRIPS to GMOs: International Intellectual Property Rights and Biotechnology*, Stanford Journal of International Law, 45(2), 2009, стр. 288.

<sup>3</sup> Генетски модификовани организми (ГМО) могу се и дефинисати као организми, са изузетком људских бића, у којима је генетски материјал измењен на вештачки начин. Упореди: Satoko, K., *GMO trade in the context of TRIPS: From the perspective of an autopoietic system analysis*, Ritsumeikan Journal of International Affairs 10 2011, стр. 244; Council Directive 90/220/EEC, Official Journal of the European Communities, Legislation 106/ 17 (2001), Article 2(2). С друге стране, “биотехнологија“ је свака технологија која користи биолошке системе, живе организме или њихове делове, за производњу или промену производа или процеса за посебну намену (чл 2 ст. 1 Конвенција о биолошкој разноврсности из 1992. године).

<sup>4</sup> Генетски инжењеринг је развијен у 1980. године и његова комерцијална употреба почела је 1990. године.



генерације,<sup>5</sup> а њихова производња и промет се стално експоненцијално увећава.<sup>6</sup> То је захтевало и њихову регулацију и са аспекта међународне трговине. ГМО су, у контексту права СТО, повезани са више споразума. То су преваходно Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама и Споразум о техничким препрекама у трговини,<sup>7</sup> али се неке одредбе о овој материји налазе и у ГАТТ-у.<sup>8</sup>

Како је тема нашег рада заштита ГМО у праву СТО, консеквентно томе, предмет нашег разматрања ће у ствари бити документ СТО који се тиме и искључиво бави, а то је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs Agreement). Њиме се и формално потврђује колико се проблеми везани са њих логично манифестују и преламају и у праву интелектуалне својине.<sup>9</sup>

Током дужег временског периода високоразвијене земље, посебно САД, на националном плану су развиле комплексан систем заштите ГМО путем инструмената права интелектуалне својине,<sup>10</sup> која неспорно иду у корист имовинских права носилаца те технологије. С друге стране, мање развијене земље нису уопште имале или су знатно касиле у успостављању сопственог механизма правне заштите ових организама. Како истовремено ни релевантна међународна правила нису могла обезбедити делотворан ефикасан систем међународне заштите права интелектуалне својине,<sup>11</sup> САД је, као лидер у овој области, покушао и успео да овај проблем номинује и оквиру трговинских преговара који су претходили оснивању СТО,<sup>12</sup> са циљем да се заустави међународна злоупотреба патентираних технологија и интелектуалних знања, што свакако није био приоритет већине других земаља, а посебно за земље у развоју.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Satoko, K., op.cit., стр. 245.

<sup>6</sup> Само у првој деценији, од 1996. године до 2006. године, површина земљишта засејана под ГМО усевима, при чему каснији раст бележи и двоцифрене износе. Убедљиво предњаче САД и, као резултат тога, већина прехранбених производа на полицама америчких трговина садрже ГМО.

<sup>7</sup> Agreement on the Application of Sanitary and Phyto-Sanitary Measures (SPS), Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT), General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

<sup>8</sup> Одредбе Општег споразума о царинама и трговини (GATT) који се односе на права интелектуалне својине су члан 9 који се односи на обележавање земље порекла, члан 12 који се односи на ограничења ду циљу заштите платног биланса и члан 18, посвећен државној помоћи.

<sup>9</sup> Strauss, D. M., op.cit., стр. 288.

<sup>10</sup> Упореди: Stein, H., *Intellectual property and genetically modified seeds: the United States, trade, and the developing world*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop., 2004, 3, стр. 160.

<sup>11</sup> McManis, C. R., *Interface between International Intellectual Property and Environmental Protection: Biodiversity and Biotechnology*, The. Wash. ULQ, 76, 1998, стр. 265.

<sup>12</sup> Stein, H., op. cit., стр. 176.

<sup>13</sup> Stein, H., op. cit., стр. 169.

Полазећи од важности јачања међународне заштите права интелектуалне својине за подстицање међународне трговине,<sup>14</sup> и поред великих разлика у приступу овом питању, дошло је до компромиса. Као његов резултат, настао је споменути Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине као утицајни и дотад најобимнији међународни споразум о правима интелектуалне својине, укључујући и права на продуктима биотехнологије. Он обавезује све државе чланице СТО на задовољење минималних националних стандарда у погледу адекватне и ефективне заштите интелектуалне својине<sup>15</sup> а који се тичу њихове доступности, обима и коришћења,<sup>16</sup> али и обавезног лиценцирања.<sup>17</sup> Инкорпорисањем права интелектуалне својине у право СТО, заговорници њихове снажне заштите су успели у битном, а то је да, у случају кршења његових одредаба, земље чланице буду суочене са трговинским санкцијама. То је, заједно са релативно ефикасним механизмом решавања спорова, далекосежна предност у односу на релевантне специјалистичке конвенције из области интелектуалне својине.<sup>18</sup> Успостављањем, по први пут на међународном нивоу, правила о спровођењу ефективних санкција у овој области,<sup>19</sup> њихова заштита је подигнута на ниво без преседана,<sup>20</sup> што је квалификовало наведени споразум као досад најробуснији инструмент заштите ових права.<sup>21</sup>

У споразуму који је несумњиво акт глобализације права интелектуалне својине путем Светске трговинске организације, државе чланице су задржале свој аутономни статус у креирању свог националног система регулације, уз поштовање принципа и стандарда предвиђених у СТО. У том погледу, примарни значај су добили принцип недискриминације и принцип националног третмана.<sup>22</sup> Посебна могућност аутономног деловања држава утврђен је системом изузетка који је предвиђен наве-

<sup>14</sup> У преамбули се каже да се он доноси у жељи да се смање поремећаји и сметње у међународној трговини, а и узимајући у обзир и потребу за унапређењем ефикасне и одговарајуће заштите права интелектуалне својине на начин да се обезбеди да мере и поступци за заштиту права интелектуалне својине и саме не постану сметња легитимној трговини. Упореди: McManis, C. R., *op.cit.*, стр. 255.

<sup>15</sup> Tansey, G., *Trade, intellectual property, food and biodiversity*, 1999, London and Geneva, стр. 6.

<sup>16</sup> McManis, C. R., *op. cit.*, стр. 266.

<sup>17</sup> McManis, C. R., *op. cit.*, стр. 265.

<sup>18</sup> То се није могло постићи преко постојећих међународних организација у овој области као што је превасходно Светска организација за интелектуалну својину – World Intellectual Property Organisation (WIPO).

<sup>19</sup> Tansey, G., *op. cit.*, стр. 6.

<sup>20</sup> Strauss, D. M., *op. cit.*, стр. 305.

<sup>21</sup> Strauss, D. M., *op. cit.*, стр. 290.

<sup>22</sup> Чл. 2 и 3 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

деним споразумом. Оне се односе на сегмент патентбилности, али и сегмент који се односи на додељена права.

У погледу патентбилности, предвиђен је једна општи и један посебни изузетак. Општим изузетком предвиђа се да земље могу искључити из патентбилности проналаске чије би спречавање комерцијалне експлоатације на њиховој територији било неопходно да би се заштитио јавни ред и морал, укључујући заштиту живота или здравља људи, животиња или биљака, или да би се избегло нарушавање животне средине. Прецизирано је да то нарушавање животне средине мора бити озбиљно. При томе, искључење није могуће спроводити само зато што је експлоатација забрањена националним законом.<sup>23</sup>

Утврђени су и посебни изузеци од патентбилности за поједине секторе, која је требало да буду предмет преиспитивања четири године након ступања на снагу овог споразума.<sup>24</sup> За нас је од значаја изузетак којим омогућава земљама чланицама да искључи од патентбилности биљке и животиње, осим микроорганизама, али и суштински биолошке поступке за производњу биљака или животиња, осим небиолошких и микробиолошких поступака. Међутим, чланице ће обезбедити заштиту биљних сорти, било путем патената, било одговарајућим *sui generis* системом<sup>25</sup> или њиховом комбинацијом, а што би било најефективније за носиоце патента.<sup>26</sup>

Правило о изузетку постоји и у области искључивих права додељених патентом. У складу с њим, чланице могу прописати изузетке од наведених права, али само у ограниченом облику и под условом да такви изузеци не долазе неразумно у сукоб са уобичајеним искоришћавањем патента, као и да неразумно не наносе штету легитимним интересима власника патента, при чему се мора водити рачуна о легитимним интересима трећих страна.<sup>27</sup>

Овакво биотехнолошко третирање живих врста и њихова екстензивна заштита не налази на једнодушну подршку. Временом се шире тачке спорење, и оне су концептуалног карактера, али се често налазе у сфери конкретних примедба. Од посебне важности су ове тачке из прве групе, јер оне одсликавају сву сложеност проблематике.

<sup>23</sup> Чл. 27.2 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

<sup>24</sup> Чл. 27.3 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

<sup>25</sup> Креирање *sui generis* система заштите и њене садржине је обавеза држава чланица СТО, али се у пракси у том погледу није посебно одмакло.

<sup>26</sup> То обезбеђују највећи степен заштиту права интелектуалне својине, индустрији биотехнологије и семена. Tansey, G., *op. cit.*, стр. 11.

<sup>27</sup> Чл. 30 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

Концептуално је спорна сама могућност проширења патената на већ постојећи живи биљни свет и начин њиховог третирања у споразуму. Многи противници оваквог приступа виде ово и као непримерен пројекат приватних својинских права на нешто што припада свима,<sup>28</sup> и ефективан механизам<sup>29</sup> у корист интереса великих корпорација, чиме се додатно ојачава и иначе растућа моћ корпоративног сектора.

Због свега тога, патентбилност облика живота постаје све више контроверзно питање,<sup>30</sup> које захтева преиспитивање и темељних одређеница оваквог приступа. Истовремено, овај проблем има и своју формалноправну димензију, која задире у саму срж патентирања. Оспорава се постојање иновативности, као битне претпоставке за патентирање. Према оваквом мишљењу, поставља се питање да ли природни ресурси могу бити предмет патента, јер се биотехнологија посматра не као иновација већ као само откриће супстанци које се налазе у природи, чиме читав концепт заштите ГМО путем патента може бити доведен у питање. С друге стране, то се може видети и на начин да је биотехнологија пронашла начин за коришћење изоловане супстанце пронађене у природним ресурсима, те се може протумачити и да је и биотехнологија изум.

Разрешење ове дилеме у наведеном споразуму захтева додатна тумачење и утврђивање прецизног значења његових релевантних одредаба. У тексту споразума могуће је пронаћи упориште за оба тумачења.

Позивајући се на опште и посебне изузетке патентбилности, државе могу отклонити могућност патентирања ГМО. Оправдано се сматра да код посебног изузетка патентбилности постоји значајан простор за појединачне националне интерпретације које иду у прилог дерогирања општих правила СТО, без обзира на сву непрецизност правила о посебном изузетку и употребљених термина. Јасно је да су ти изузеци право, а не обавеза државе, стога оне имају факултативни значај. С друге стране, и правило о посебном изузетку патентбилности има корективно правило, којим се државе практично обавезују да свакако обезбеде заштиту биљних сорти, било путем патената, било одговарајућим *sui generis* системом или њиховом комбинацијом.

<sup>28</sup> Сматра се да је потребно ограничити приступ биолошким ресурсима и њиховој надградњи, полазећи од тога да се ради о јавном добру. Satoko, K., *op. cit.*, стр. 254.

<sup>29</sup> Земље у развоју се принуђују да поштују овај споразум путем система различитих инструмената, почев од едукативних програма, економске принуде до санкционисања пред грађанским и кривичним судовима,

<sup>30</sup> Tansey, G., *op. cit.*, стр. 8.

Све то наводи на закључак да је ово контроверзно питање још увек отворено и препуштено даљем тумачењу, националним законима и пракси СТО. У законодавној пракси, патентбилност ГМО призната је у већини чланица СТО.<sup>31</sup> Упркос томе што се она темељи на природном биљном материјалу, у САД не само да се дозвољава, већ се и снажно подстиче патентирање генетске модификације организама.<sup>32</sup> И пракса у овој области иде им у прилог.<sup>33</sup> И поред наведеног, проблем је због своје сложености далеко од коначног општеприхватљивог решења. Јасно је да нас у том погледу очекују дуготрајна правна натезања са неизвесним исходом.<sup>34</sup> Из глобалне перспективе, генетским материјалом биљака и других аспеката природно окружење не може да се даје у стандардном облику интелектуалне заштите имовине.

Проблем третирања живог света уско је повезан и са спором да ли и колико заштита генетских модификација сме да се прошири на саму биљну врсту, на којој би онда носилац патента стекао искључива права на свим биљкама са датим геном. Овде се не поставља питање колико је то праведно и етично, већ колико је то у складу са правим поретком уопште, па и правом СТО. Начелно, патенти могу бити засновани на различитим биолошким материјалима и процесима. Сматра се да је и прешироко тумачење ових права могуће сузбити националним законодавством по основу коришћења чл. 30, који даје флексибилну могућност креирања изузетака. При том је битније да законодавац може самостално одредити шта се сматра материјалом који постоји у природи или је изолован из ње.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> У Сједињеним Америчким Државама, патенти за ГМО се примењују од 1980. године. Број апликација за патенте на генетски модификованим организмима нагло су порасли од 1993. године. При томе, једна америчка компанија (Monsanto) поседује више од 80 одсто патената за семена са ГМО у САД-у.

<sup>32</sup> Као резултат тога, број пољопривредних биотехнолошких патената у Сједињеним Државама је драматично порастао. Satoko, K., *op. cit.*, стр. 288.

<sup>33</sup> Упореди околности случаја "Harvard Mouse" (2004).

<sup>34</sup> Tansey, G., *op. cit.*, стр. 7.

<sup>35</sup> Tansey, G., *op. cit.*, стр. 8.

## 2. Импликације, могућности предупредивања о правци развоја

### а) Промене у позицији мање развијених земаља

Заштита ГМО у праву СТО отворила је сложено питање о импликацијама те заштите. Као позитивна страна тог процеса често се наводи њихов утицај на побољшање општих економских кретања,<sup>36</sup> а посебно на увећање продукције хране и тиме смањене глади у свету, што се све више оспорава.<sup>37</sup> С друге стране, оваква приступ заштити ГМО у праву СТО неспорно је отворио низ етичких, економских, еколошких и социјалних проблема.

Док споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине позитивно утиче на јачање конкурентске предности за националне индустрије развијених земаља, а дотле за земље у развоју оно значи додатно и то далекосежно погоршање њиховог положаја у строго униформисаном систему заштите интелектуалне својине.<sup>38</sup> Због свега тога, у овим земљама, али не само у њима,<sup>39</sup> расте отпор концепту заштите ГМО који проистиче из права СТО. У нестабилном подручју генетског инжењеринга споразум је приморао земље у развоју да временом више пажње посвете заштити сопствених националних интереса у овој области.

Поставља се важно питање – колико се државе чланице СТО, посебно мање развијене, могу одупрети овом концепту штетном по њихове интересе, односно колике су формалне могућности одбране од таквог апсолутизовања права интелектуалне својине и колико су оне ефективне.

Начелно, та могућност формално о је творена самим концептом права СТО о индустријској својини, која оставља државама овлашћење самосталног регулисања ове области, уз поштовање стандарда утврђених

<sup>36</sup> Наглашава се улога заштите интелектуалне својине у омогућавању економског развоја кроз трансфер технологије и страна улагања.

<sup>37</sup> Међутим, у последње време се све више аргументовано побијају таква тумачења и указује на контрапродуктивни утицај ГМО, посебно на положај фармера у земљама у развоју и на глад у свету. Шире: Strauss, D. M., *Defying Nature: The Ethical Implications of Genetically Modified Plants*, 3 J. FOOD L. & POL'Y 1, 8–9 (2007).

<sup>38</sup> Сматра се да у тако успостављеном систему најмање развијене земље најлошије пролазе из више разлога. Islam, M. T., *Implications of the TRIPS Agreement in Bangladesh: prospects and concerns*, Macquarie Journal of Business Law, 2009, 6. стр. 17.

<sup>39</sup> Duncan, M., *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: Will the Uruguay Round Consensus Hold?* (June 2002). CSGR Working Paper No. 99/02, стр. 5.

у СТО. Разматрањем целог текста споразума видљиво је да ипак постоје формалне могућности држава чланица да делују у свом интересу у овој области. Оне се налазе у одредбама о споменутим изузецима, и то како у области патентбилности, тако и у области изузетака од додељених искључивих права.

Постоји основана бојазан да они у пракси неће бити посебно ефективни,<sup>40</sup> јер се сукобљавају са моћним системом заштите интереса носилаца патента у овој области,<sup>41</sup> што потврђује и пракса решавања спорова у СТО. Управо из схватања таквог односа, међу земљама у развоју се све више манифестује чврст отпор читавом концепту правне заштите ГМО<sup>42</sup> посебно у сегмент карактеризације живог света као предмета патентирања, без обзира на утицај и притиске високоразвијених земаља.<sup>43</sup>

#### б) Импликације по безбедност хране и биодиверзитет

Поред промена позиција држава, изразите негативне реперкусије заштите ГМО у праву СТО могуће су и услед њиховог потенцијалног деловања у области здравља људи и заштите животне средине. Наиме, биотехнологија и њени производи, у складу са својом природом, у себи садрже потенцијално велику, недовољно неистражену опасност по друштво, његово здравља и животну околину.

У области здравља људи, та опасност је акутна услед стално растућег степена коришћења у исхрани људи и животиња. То све јача потребу за координисаним напором на превентивном утврђивању њене ризичности и превентивом успостављања биолошке безбедности и пре патентирања.<sup>44</sup> Иако постоји општа сагласност да ови производи не смеју да представљају опасност по здравље и животну средину, нема сагласности о идентификацији прихватљивих нивоа ризичности. У таквој ситуацији, све актуелније постаје питање превентивног деловања у регулацији правне заштите ГМО, посебно стога што се због свог сек-

<sup>40</sup> Stein, H., op. cit., стр. 172.

<sup>41</sup> О системима који се користе при томе: Stein, H., op. cit., стр. 172–173.

<sup>42</sup> Отпор споразуму расте већ годинама у земљама у развоју, од којих су неки добили насилне облике, као у Индији 1998. године. Слично је било и у Бангладешу и на. Упореди: Satoko, K., op. cit., стр. 251.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Tansey, G., op. cit., стр. 21.

торске усмерености<sup>45</sup> и благонаклоног приступа, све чешће наведени споразум означава као инструмент промоције увођења ГМО у систем исхране.<sup>46</sup> По том основу се и негативне импликације по основу ГМО пребацују на овај споразум.

У таквој ситуацији, предупређивање штетних последица по здравље и животну средину могуће је и применом већ наведених, дозвољених изузетака из чл. 27 наведеног споразума. Остаје да се види како ће се тумачити ова одредба у пракси СТО. Међутим, како се ради о трговинској организацији, није очекивати да се она дубље укључи у разматрање ризика по здравље људи и окружења, поготово што је у више наврата пропуштено да се призна значај начела предострожности у систему међународне трговине у оквиру ове организације.<sup>47</sup>

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине је, успостављањем заштите за ГМО, нужно успоставио корелацију и са заштитом животне средине,<sup>48</sup> и она је због њених потенцијалних штетних еколошких последица изразито конфликтног карактера.<sup>49</sup>

Посебан сегмент еколошких импликација заштите ГМО везан је за биодиверзитет. Актуелна је бојазан од могућности да заштита и употреба ГМО не само да доводи до јачања осетљивости традиционалних биљних врста на болести, већ и да доводи до угрожавања биодиверзитета, његове ерозије и губљења значајне генетичке варијабилности, односно разноврсности.<sup>50</sup> Као последица свега тога, дошло је до отварања и фундаменталног сукоба права те организације са биолошком диверзитетом.<sup>51</sup> У правноформалној сфери, он се превасходно испољава као конфликт<sup>52</sup> Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине који не садржи ниједну референцу на биодиверзитет са Конвенцијом о биолошкој разноврсности (Nations' Convention on Biological Diversity

<sup>45</sup> Посебно је то везује за сектор пољопривреде. Tansey, G., op. cit., стр. 6.

<sup>46</sup> Satoko, K., op. cit., стр. 251.

<sup>47</sup> Шире о примени овог принципа у праву СТО: Börjeson, N., *WTO, GMO and the precautionary principle: the conflict between trade liberalisation and environmental protection*, 2007.

<sup>48</sup> Satoko, K., op. cit., стр. 247.

<sup>49</sup> Tansey, G., op. cit., стр. 23.

<sup>50</sup> Иако је расправа до сада је усмерена првенствено на заштиту домаћих сорти биљака, слична аргументација се везује и за дивље биљне сорте. McManis, C. R., op. cit., стр. 275.

<sup>51</sup> „Биодиверзитет“ је свеукупност свих живих организама који су саставни делови копнених, морских и других водених екосистема и еколошких комплекса; укључујући диверзитет унутар врста, између врста, те диверзитет између екосистема. Чл. 2 ст. 1 Конвенције о биолошкој разноврсности.

<sup>52</sup> Та корелација експлицитно се признаје и у самом њеном тексту.



(CBD)),<sup>53</sup> при чему свако од њих персонификује две потпуно различите визије будућности.<sup>54</sup>

Конвенција о биолошкој разноврсности је међународни камен темељац за интересе животне средине.<sup>55</sup> Заснована је на циљевима “очувања биолошке разноврсности“ и “одрживог коришћења њених компоненти“<sup>56</sup>, и поштене и правичне поделе предности употребе генетских ресурса. Читав концепт се темељи на принципима одговарајућег приступа генетским ресурсима и одговарајућег трансфера релевантних технологија.<sup>57</sup> У контексту заштите ГМО, од значаја су превасходно одредбе које се односе на приступ генетским изворима, приступ и пренос технологије, као и одредбе које се односе на руковање биотехнологијом и расподелом добробити.

Део конвенције који се односи на приступ и пренос технологија, а садржан је у чл. 16, фактички је можда и најважнији за дефинисање односа између интелектуалне својине и заштите животне средине.<sup>58</sup> У њему се наводи да су приступ и трансфер технологија, укључујући и биотехнологије, битни елементи за остваривање циљева ове конвенције. У уводном ставу изражава се и вредносни принцип, по којем се потписнице конвенције обавезују да осигурају и/или омогуће приступ и пренос технологија битних за очување и одрживо коришћење биодиверзитета или употребу других генетских извора другим уговорним странкама, али под битним условом да при том не смеју причинити већу штету по животну средину.<sup>59</sup>

Већ у следећем ставу суштински се дефинише однос заштите ГМО и конвенције о заштити биодиверзитета. Тако се утврђује да, ако дата технологија подлеже патентима и другим правима интелектуалне својине, такав ће приступ и пренос бити осигуран под условима који признају и који су у складу са адекватном и ефикасном заштитом интелектуалних својинских права. Овакав приступ на први поглед примарно јача елеменат заштите ових права. Међутим, он се већ у следећој речени-

<sup>53</sup> United Nations Convention on Biological Diversity („Biodiversity Treaty“ – CBD) из јуна 1992. године.

<sup>54</sup> McManis, C. R., op. cit., стр. 255.

<sup>55</sup> У њој се потврђује да је „биолошка разноврсност више од самих биљака, животиња и микроорганизама и њихових екосистема, јер се ради о људима и њиховој потреби за безбедношћу хране, лекова, свежег ваздуха, воде и чисте и здраве животне средине“.

<sup>56</sup> Strauss, D. M., op. cit., стр. 308.

<sup>57</sup> McManis, C. R., op. cit., стр. 260.

<sup>58</sup> McManis, C. R., op. cit., стр. 261.

<sup>59</sup> Чл. л 6 ст. 1 Конвенције о биолошкој разноврсности.

ци релативизује тиме што се одређује да се то мора одвијати у складу са следећа преостала три става овог члана,<sup>60</sup> чиме се та права подвргавају циљевима конвенције.

У наведеној конвенцији је утврђено право држава, а посебно земаља у развоју, да им за пружање генетских извора заузврат буде омогућен приступ и пренос технологије која се користи овим изворима, укључивши и технологију заштићену патентима или другим правима интелектуалне својине, и то под заједнички договореним условима, а у складу са међународним правом и преосталим ставовима чл. 16.<sup>61</sup> На овај начин се покушава успоставити компромисна формула између својине над биотехнологијом и етичких интереса, јер се захтева да резултати истраживања и користи „које произилазе из комерцијалног и другог коришћења генетичких извора“ деле на „фер и равноправан начин и по обострано договореним условима“.<sup>62</sup> Тиме се у Конвенцији промовише принцип поштене и правичне поделе предности која проистичу од употребе генетских извора, као један од суштинских њених циљева, што се додатно наглашава и у чл. 19 Конвенције.

Истовремено, у Конвенцији се признаје да патенти и друга права интелектуалног власништва могу утицати на спровођење Конвенције, и зато се пледира на сарадњу држава како би се осигурало да та права представљају подршку, а не супротност циљевима ове конвенције, а све у складу с националним законодавством и међународним правом. Тиме се указује на то да систем права интелектуалне својине мора бити ревидиран ако је у супротности са циљевима дате конвенције везаних за очување биолошке разноврсности, одрживо коришћење биолошких компоненти, као и фер и равноправну расподелу користи од употребе генетских извора.

Земље у развоју имају разлог да се позову на ову одредбу у циљу заштите својих интереса у вези са Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине, јер његове одредбе одступају од напред наведених правила Конвенције, посебно у сегменту правичне расподеле користи од биотехнолошких продуката са земљама снабдевачима генетских извора и заштите традиционалних знања у овој области.<sup>63</sup> Управо ове земље, али не само оне, с позивом на ову одредбу

<sup>60</sup> Примена овог правила треба да буде у складу са ставовима 3, 4 и 5 који следе.

<sup>61</sup> Чл. л 6 ст. 3 Конвенције о биолошкој разноврсности.

<sup>62</sup> Чл. л 9 ст. 3 Конвенције о биолошкој разноврсности.

<sup>63</sup> Концепт заштите традиционалног знања у пољопривреди инаугуриран је Конференцијом Уједињених нација о животној средини и развоју из 1992. године, као концепт противтеже заштити индустријских права у том сектору. Он укључује пољопривреду, знање које се односи

конвенције, покушавају да ускладе права интелектуалне својине са правним оквиром Конвенције, нарочито са циљем заштите традиционалних знања и врста и да приморају подносиоца захтева за патентирање на објављивање порекла генетских извора,<sup>64</sup> што се не тражи у праву СТО.<sup>65</sup> Такву могућност подупире и одредба Конвенције која дефинише њен однос са другим међународним конвенцијама и у којој се утврђује да одредбе ове конвенције неће утицати на права и обавезе било које уговорне странке, које произлазе из неког већ постојећег међународног споразума, осим уколико би испуњење тих права и обвеза узроковало озбиљну штету или претњу биодиверзитету, што је у напред наведеном примеру очигледно случај.<sup>66</sup> Међутим, могућности да се нешто ефикасно учини мале су с обзиром на то да наведена конвенција, као и друге конвенције у овој области, немају разрађен и ефикасан систем решавања спорова и санкционисања,<sup>67</sup> као што је то случај у праву СТО.

С обзиром на то да примена текста Конвенције фактички зависи од добре воље чланица, тешко је очекивати практичан утицај ове конвенције на право СТО у области права индустријске својине. Посебно што су неке земље, као што је САД, одбиле ратификовати ову конвенцију, инсистирајући на ексклузивности права интелектуалне својине,<sup>68</sup> посебно приговарајући да Конвенција даје основ другим земљама, посебно оним у развоју, да смање ниво заштите права интелектуалне својине у овој области. Као недостатак наводе и да она шире отвара врата принудној лиценци, супротно основним циљевима споразума СТО.<sup>69</sup> Основ приговора везаног за принудно лиценцирање налази се у правилу чл. 16.4, који омогућава да свака земља потписница проводи законске, управне или политичке мере, како је прикладно, с циљем да у приватном сектору омогући приступ, заједнички развој и пренос технологије, како би били од користи и државним институцијама и приватном сектору земаља у развоју.

---

на животну средину и генетичке ресурсе и посебно је усмерен према земљама у развоју.

<sup>64</sup> Управо су ова два питања и њихов третман у фокуса расправа и предлога везаних за измене релевантних правила СТО. Satoko, K., оп. цит., стр. 254.

<sup>65</sup> Потреба за откривањем биолошких извора наилази на ширу, али не и јединствену подршку, при чему се разликују ставови да ли то питање треба уредити мултилатералним правилима СТО или га препустити свакој земљи на регулисање. У пракси, у овом погледу пионирску улогу је имала Европска унија, а каснији развој је исказао значајна неслагања, што је доводило и до спорења.

<sup>66</sup> Чл. 22 Конвенције о биолошкој разноврсности.

<sup>67</sup> Упореди систем решавања спорова у конвенцији и систем решавања спорова у СТО.

<sup>68</sup> О неким ставовима: McManis, C. R., оп. cit., стр. 256 и даље.

<sup>69</sup> McManis, C. R., оп. cit., стр. 263.

в) Правци развоја

Све напред наведене импликације и јачање контроверзе у вези са заштитом ГМО у праву СТО, довели су до осипања почетне апсолутне подршке Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Јавља се широк фронт отпора, у који су ушли и актери чији су погледи у време његовог настанка били периферни.<sup>70</sup> Метод могућег решења овог сукоба види се или у рестриктивнијем тумачењу постојећих правила СТО о овој области, посебно у сегменту права носилаца патента биотехнологије<sup>71</sup> или у приступању изменама самог Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

Иако су постале предмет све јачег оспоравања, о променама<sup>72</sup> у овој области нема сагласности и тешко их је очекивати у догледно време. Наиме, ставови о могућим промена, искристалисани у контексту расправе о изменама чл. 27.3 (б) у Савету за примену Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине, дијаметрално су различити. Крећу се од предлога за пуким формалистичким изменама у циљу ефикасније примене већ постојећег концепта, преко ставова о потпуној концептуалној промени читавог система права интелектуалне својине у праву СТО, све до да забране патентирања генетски модификованих биљака и животиња, односно микроорганизама, како је предложила група афричких земаља.

У приступу решавању овог проблема потребно је променити парадигму посматрања. Уместо сукоба, потребно је успоставити однос разумевања, у којем би се међународна заштита интелектуалне својине ставила у функцију очувања безбедности хране и животне средине, као и одрживог коришћења биодиверзитета.<sup>73</sup>

Имајући у виду спорења и различите импликације патентирања ГМО, сматрамо потребним и пожељним редефинисање релевантних правила СТО померањем парадигме са међународне трговине на јавни ин-

<sup>70</sup> Ови нови актери укључују групе цивилног друштва пољопривреднике и народа који су на почетку процеса подизања свести о негативним ефектима који произилазе из овог споразума у погледу сиромаштва и биодиверзитета. Ти спадају глобалне институције, као што Конференција Уједињених нација о трговини и развој (UNCTAD) и Светска здравствена организација (СЗО), али друге земље коју у недостатку информације раније нису могле предвидети далекосежне ефекте овог споразума и сада траже поновне преговоре.

<sup>71</sup> Strauss, D. M., *op. cit.*, стр. 317.

<sup>72</sup> О могућим правцима развоја: Duncan, M., *Globalising intellectual property rights: the TRIPS Agreement*, Routledge, 2003, стр. 123 и даље.

<sup>73</sup> McManis, C. R., *op. cit.*, стр. 279.

терес. Према овом моделу, глобална правила треба да подстичу друштвено одговорне технологије, које ће, уместо вођења рачуна само о корпоративним интересима, водити рачуна о свима, тј. и о интересима свих других заинтересованих субјеката као што су потрошачи, добављачи, локалне заједнице, глобална заједница, али и о интересима заштите природног окружења и потомства.<sup>74</sup> У том процесу нужна је сарадња свих релевантних међународних организација.

### Закључак

Комплекс заштите коју ГМО добија у оквиру права СТО, прецизније путем Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине, комплексан је, релативно екстензиван и, што је најважније, ефективан захваљујући делотворним пратећим механизмима решавања спорова и трговинских санкција. Међутим, очигледно је да је овај споразум генерално превасходно усмерен ка заштити интереса носилаца патента на ГМО, при чему се не узима у обзир изразит потенцијал могућих негативних импликација таквог приступа, нити њиховог предупређивања, посебно у сегменту безбедности хране и заштите животне средине, односно биодиверзитета, што изазива бројне недоумице, бојазни и све јачи отпор.

Додуше, у самом тексту споразума креирани су и одређени правни механизми одбране од наведених лоших последица примене таквог концепта заштите, и то у одредбама које се односе на опште и посебне изузетке. Њима се омогућава државама да одступе од правила споразума с позивом на заштиту наведених вредности, и то како у области патентбилности, тако и у области изузетака од додељених искључивих права. То показује да ће национално законодавство, у том контексту, успоставити ова ограничења, али су њихове могућности лимитиране и не посебно ефективне, што показује и пракса решавања спорова у СТО.

Због свега наведеног, сматрамо потребним редефинисање ових правила, на начин којим ће се приоритетно узети о обзир наведени јавни интереси. На тај начин би одредбе СТО о правима интелектуалне својине дошле у позицију да буду и у складу са релевантним међународним еколошким документима, као што је Конвенција о биолошком диверзитету и њеним основним циљем, очувања биолошке разноврсности. Истовре-

<sup>74</sup> Упореди: Strauss, D. M., op. cit., стр. 317; Duncan, M., op. cit., стр. 3.

мено, несумњиво је да би се тиме у овој области постигли и позитивни ефекти и смањиле контроверзе у националним правним системима.

**Prof. Drago Divljak, PhD Full-professor**  
**University in Novi Sad**  
**Faculty of Law**

## **GMO PROTECTION IN THE LAW OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION AND ITS IMPLICATIONS**

### *Summary*

*The complex of protection that GMO is being assigned within the WTO law, or more precisely via the Agreement on Trade Aspects of the Industrial Property Right is complex, relatively extensive and, more importantly, effective thanks to the efficient accompanying mechanisms of resolving of disputes and trade sanctions. Meanwhile, it is obvious that this Agreement is generally prevalingly directed towards the protection of interests of holders of patents over the GMO, whereby an emphasised potential of possible negative implications of such an approach is not taken into the account, and neither is their prevention, in particular in the segment of food safety and environmental protection, namely biodiversity, which causes numerous doubts, fears and all the more resistance.*

*However, the mere text of the Agreement has created certain legal mechanisms of defence against the above-mentioned bad effects of implementation of such a concept of protection in provisions relating to general and special exceptions. They enable the states to digress from the rule of agreement with the reference to protection of the above-mentioned values both in the field of patentability and in the field of exceptions from the granted exclusive rights. This shows that national legislation, in that context, shall establish these restrictions but their possibilities are limited and not particularly effective, which has been evidenced by the practice of disputes in the WTO.*

*Therefore, due to everything that was mentioned above, we are of the opinion that redefining of these rules, in the way that the above-mentioned public interests shall be taken into account as priorities. This is the way that*

*WTO provisions on the rights of industrial property have been brought into the position to be in compliance with the relevant international environmental documents, such as the Convention on Biological Diversity and its basic objective to preserve biological diversity. At the same time, there is no doubt that this would help achieve positive effects in this field and reduce controversies in national legal systems.*

**Key words:** *GMO, biotechnology, WTO law, industrial property right, patentability, convections, biodiversity, biological diversity.*





**ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ У ПРЕДМЕТУ  
КРАЉЕВИНА ШПАНИЈА ПРОТИВ ПАРЛАМЕНТА И САВЕТА –  
УНИТАРНА ПАТЕНТНА ЗАШТИТА**

**Др Јелена Ћеранић\***

***Апстракт:** У раду се анализира пресуда Европског суда правде од 5. маја 2015. у предмету Краљевина Шпанија против Парламента и Савета. Рад на успостављању јединственог система заштите проналазака на тлу ЕУ трајао је скоро четири деценије. У децембру 2012. године коначно је усвојен тзв. патентни законодавни пакет. Он се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите, Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења и Споразума о јединственом патентном суду. Уредбе су ступиле на снагу у јануару 2013. године, а почеће да се примењују када Споразум ступи на снагу. У међувремену, Шпанија је поднела Европском суду правде две тужбе, једну против Уредбе о унитарној патентној заштити и другу против Уредбе о унитарној патентној заштити која се тиче превођења. Предмет овог рада је тужба и пресуда у случају Уредбе о унитарној патентној заштити. Након уводних напомена о успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ, први део рада посвећен је тужби Шпаније која почива на седам тужбених разлога. У другом делу детаљно је размотрена пресуда Европског суда правде којом се тужба одбија.*

***Кључне речи:** унитарна патентна заштита, Европски суд правде, Европска унија, уредба, тужба.*

---

\* Доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци  
Научни сарадник Института за упоредно право у Београду

## **I Уводне напомене**

Успостављање јединственог система заштите проналазака на тлу Европске уније скоро четири деценије заокупља њене државе чланице. Од самог почетка преговора спорно је било питање режима превођења који би се примењивао у оквиру система патентне заштите.

Рад на успостављању јединственог система заштите проналазака интензиван је почетком новог миленијума. Европска комисија је, најпре, у децембру 2009. године изнела Предлог уредбе о унитарној патентној заштити, а у јулу 2010. године Предлог уредбе о унитарној патентној заштити која се тиче превођења. Међутим, две државе чланице ЕУ, Краљевина Шпанија и Република Италија, од самог почетка нису се слагале са предложеним режимом превођења. Стога је преосталих двадесет пет земаља прибегло ближој сарадњи. Реч је о механизму предвиђеним уговорима који омогућава државама чланицама ЕУ да успоставе сарадњу и по питањима о којима није постигнут споразум међу свим чланицама ЕУ. У складу са тиме, Комисија је 13. априла 2011. предложила две уредбе о унитарној патентној заштити.

Након тога, 30. маја 2011. године Краљевина Шпанија и Република Италија поднеле су тужбе Европском суду правде (ЕСП) наводећи да покретање ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите представља повреду оснивачких уговора по више основа.<sup>1</sup>

Упркос овим тужбама, рад на успостављању унитарне патентне заштите је настављен. Ипак, да би Парламент и Савет могли да приступе гласању, било је неопходно да се општи правозаступник ЕСП изјасни поводом ове две тужбе. Он је у децембру 2012. године изнео мишљење да би ЕСП требало да одбије тужбе и тиме дао зелено светло Парламенту и Савету да приступе гласању. Дана 11. децембра 2012. године усвојен је тзв. патентни законодавни пакет, који се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите,<sup>2</sup> Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области

---

<sup>1</sup> Вид. Ј. Ћеранић, „Законитост ближе сарадње у области унитарног патента – случај Шпанија и Италија против Савета“, *Правна ријеч*, 37/2013, 111–126.

<sup>2</sup> *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 унитарне патентне заштите која се тиче превођења<sup>3</sup> и Споразума о јединственом патентном суду (СЈПС).<sup>4</sup>

Уредбе су објављене 31. децембра 2012. у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. Предвиђено је да ће почети да се примењују од 1. јануара 2014. или од датума ступања на снагу СЈПС, у зависности од тога који од та два датума наступи касније. СЈПС потписан је 19. фебруара 2013. и предвиђено је да ће ступити на снагу када га ратификује тринаест држава чланица које учествују у ближој сарадњи, укључујући Немачку, Француску и Уједињено Краљевство. Поступак ратификације Споразума и даље је у току.

У међувремену, ЕСП је у пресуди од 16. априла 2013. године одбио тужбе Шпаније и Италије. И таман када је деловало да се сага о унитарној патентној заштити полако приводи крају и да ће унитарни патент коначно почети да се примењује, Шпанија је у марту 2013. године поднела две нове тужбе ЕСП. Прва тужба односи се на Уредбу о унитарној патентној заштити, а друга на Уредбу о унитарној патентној заштити која се тиче превођења. Две године касније, ЕСП је у пресуди од 5. маја 2015. одбио обе тужбе, отварајући на тај начин врата коначном почетку примене унитарне патентне заштите.

У раду је представљен само предмет *C-146/13 Kingdom of Spain v Parliament and Council* који се односи на Уредбу о унитарној патентној заштити. У првом делу размотрена је тужба Шпаније, а у другом делу детаљно је анализирана пресуда ЕСП.

## II Тужба Краљевине Шпаније

Прва тужба коју је поднела Краљевина Шпанија односи се на Уредбу о унитарној патентној заштити.<sup>5</sup> У овој тужби захтева се од суда да:

- побијану уредбу прогласи правно непостојећом или да је, алтернативно, поништи у целини, или
- алтернативно поништи:
  - члан 9, став 1 у целини и члан 9, став 2 побијане уредбе како

<sup>3</sup> *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, OJ L 361/1.*

<sup>4</sup> *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), 11.7.2015.

<sup>5</sup> *Case C-146/13, Kingdom of Spain v Parliament and Council of the European Union, 2013 O.J. (C 171) 15.*

је то наведено у оквиру петог тужбеног разлога ове тужбе, и

- члан 18, став 2 те уредбе у целини, као и сва позивања у побијаној уредби на Јединствени патентни суд као судски режим и извор права европског патента са унитарним дејством.

У прилог тужби Шпанија истиче седам тужбених разлога који се односе на:

- повреду начела владавине права;
- непостојање правне основе;
- злоупотребу овлашћења;
- повреду члана 291, став 2 Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ) и начела из пресуде Мерони / Висока власт;
- повреду истих начела због преношења на Европски завод за патенте (ЕЗП) административних послова у вези са европским патентом са унитарним дејством;
- повреду начела аутономије права ЕУ; и
- повреду начела униформности права ЕУ.

С друге стране, Парламент и Савет, као тужени, захтевају од ЕСП да одбије тужбу.

### **III Пресуда Европског суда правде**

У пресуди од 5. маја 2015. ЕСП детаљно је образложио зашто је одбацио сваки од тужбених разлога Краљевине Шпаније и донео одлуку којом се тужба одбија.

#### **1. Повреда начела владавине права**

Као први тужбени разлог Шпанија је истакла да побијану уредбу треба поништити зато што је њоме повређено начело владавине права предвиђено чланом 2 Уговора о ЕУ (УЕУ). Побијана уредба уређује заштиту која се заснива на европском патенту, а управни поступак који претходи признању таквог патента није подвргнут судском надзору који би гарантовао исправну и уједначену примену права ЕУ и заштиту основних права. На тај начин је повређено начело делотворне правне за-

штите. Шпанија сматра да је недопустиво да побијана уредба инкорпорира у правни поредак ЕУ акте међународног тела који поменута начела не обавезују, као и да у законодавство ЕУ инкорпорира међународни правни систем чија усклађеност са принципима предвиђеним уговорима није загарантована. С једне стране, жалбена већа и Велико жалбено веће ЕЗП су тела основана у оквиру тог завода која у односу према потоњем немају никакав степен самосталности. С друге стране, против њихових одлука није предвиђен правни лек који омогућава судски надзор, с обзиром на то да Европска патентна организација (ЕПО) ужива имунитет у погледу судске надлежности и извршења.<sup>6</sup>

Парламент оцењује да је ниво заштите појединца који пружа побијана уредба и гарантују Конвенција о издавању европских патената (КЕП) и Јединствени патентни суд (ЈПС) у складу са начелима владавине права. Управне одлуке ЕЗП које се односе на признање европског патента са унитарним дејством могу се побијати управним правним лековима пред различитим телима унутар ЕЗП. Државе чланице које учествују у ближој сарадњи, а које су све уговорнице КЕП-а, оцениле су прихватљивим ниво заштите појединца који пружа та конвенција.<sup>7</sup>

Савет сматра да први тужбени разлог није јасан. Првобитно, пренос овлашћења на међународну организацију у складу је са заштитом људских права, под условом да основна права унутар те организације уживају једнаку заштиту. У конкретном случају управо је тако. Алтернативно, према мишљењу Савета, побијаном уредбом<sup>8</sup> успостављена је обавеза држава чланица да гарантују делотворну правну заштиту.<sup>9</sup>

ЕСП истиче да побијана уредба представља посебан споразум у смислу члана 142 КЕП-а.<sup>10</sup> Из те одредбе произилази да државе уговорнице таквог споразума одређују да европски патент признат за те државе има унитарно дејство на њиховим територијама, те могу одредити да европски патент може бити признат само заједно за све те државе.

Стога су побијаном уредбом успостављени услови који омогућавају да се, на територији држава чланица које учествују у ближој сарадњи, призна унитарно дејство европском патенту који је претходно, на основу одредаба КЕП-а, признао ЕЗП. Тачком 7 преамбуле побијане уред-

<sup>6</sup> Ibid., тач. 24.

<sup>7</sup> Ibid., тач. 25.

<sup>8</sup> Чл. 9, ст. 3 Уредба о унитарној патентној заштити (УУПЗ).

<sup>9</sup> Case C-146/13, тач. 26.

<sup>10</sup> Чл. 1 УУПЗ.

бе појашњено је да унитарна заштита, која је акцесорне природе, треба да се оствари „доделом унитарног дејства европским патентима у фази након признања на основу ове уредбе и у погледу свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи“. Као што је предвиђено побијаном уредбом, европски патент са унитарним дејством је европски патент, односно патент који је признао ЕЗП, у складу са прописима и поступцима утврђеним КЕП-ом, који има унитарно дејство у државама чланицама које учествују у ближој сарадњи.<sup>11</sup> Дакле, циљ побијане уредбе није утврђивање услова признања европских патената, који нису предвиђени правом ЕУ, већ само КЕП-ом. Уредба не инкорпорира поступак признања европских патената предвиђен КЕП-ом у право ЕУ.

Из квалификације побијане уредбе као посебног споразума у смислу члана 142 КЕП-а произилази да се том уредбом, с једне стране, само утврђују услови под којима европски патент који је претходно признао ЕЗП може, на захтев носиоца, да оствари унитарно дејство, а с друге стране, дефинише то унитарно дејство.

Стога први тужбени разлог треба одбацити.<sup>12</sup>

## **2. Непостојање правне основе**

Шпанија тврди да члан 118, став 1 УФЕУ<sup>13</sup> не представља одговарајућу правну основу за доношење побијане уредбе, те да потоњу треба сматрати правно непостојећом. Уредба нема материјални садржај и њено доношење нити прате мере које гарантују уједначену заштиту права интелектуалне својине у ЕУ, нити она доводи до усклађивања законодавстава држава чланица. Поменута уредба представља посебан споразум у смислу члана 142 КЕП-а, којим се спроводи ближа сарадња у области стварања унитарне патентне заштите. Међутим, предмет и сврха те уредбе не одговарају њеној правној основи.

Наиме, у побијаној уредби се не наводе дела за које европски патент са унитарним дејством пружа заштиту, већ се у том погледу упућује

<sup>11</sup> Чл. 2, тач. (б) и (ц) УУПЗ.

<sup>12</sup> *Case C-146/13*, тач. 28–32.

<sup>13</sup> Чл. 118, ст. 1 УФЕУ: „У оквиру успостављања и функционисања унутрашњег тржишта, Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовним законодавним поступком, утврђују мере у вези са оснивањем европских тела у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине у Унији и успостављања централизованог система ауторизације, координације и контроле на нивоу Уније.“

на национална законодавства држава чланица. Шпанија је мишљења да је то недопустиво, с обзиром на чињеницу да је европски патент са унитарним дејством успоставила ЕУ и да државе чланице своју надлежност врше само у мери у којој Унија не извршава своју. Даље, када је реч о дејствима европског патента са унитарним дејством, та уредба упућује на СЈПС, који представља међународни споразум склопљен између држава чланица које учествују у ближој сарадњи. Стога Шпанија сматра да је овакво упућивање у супротности са начелом аутономије правног поретка ЕУ.<sup>14</sup>

Парламент и Савет тврде да члан 118, став 1 УФЕУ представља одговарајућу правну основу за доношење побијане уредбе. Тим чланом се не захтева потпуна усклађеност националних законодавстава, под условом да успостављено право интелектуалне својине пружа уједначену, униформну заштиту у државама чланицама које учествују у ближој сарадњи. С обзиром на предмет и садржај поменуте уредбе, она испуњава тај захтев јер успоставља европски патент са унитарним дејством који пружа унитарну заштиту на територији држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи и дефинише природу, опсег и дејство унитарног патента.<sup>15</sup>

ЕСП истиче да се, у складу са устаљеном судском праксом, избор правне основе за неки акт ЕУ мора заснивати на објективним елементима који подлежу судском надзору, међу којима су циљ и садржај тог акта. Сходно томе, потребно је утврдити да ли су побијаном уредбом успостављене мере које гарантују заштиту права интелектуалне својине на територији држава чланица које учествују у ближој сарадњи, и према томе, да ли члан 118, став 1 УФЕУ може представљати правну основу побијане уредбе.

Када је реч о циљу побијане уредбе, њен циљ је стварање унитарне патентне заштите<sup>16</sup> која би, у складу са тачком 1 преамбуле те уредбе, требало да буде један од правних инструмената који омогућава предузећима да прилагоде своје активности у производњи и дистрибуцији производа изван националних граница. Тачка 4 преамбуле потврђује тај циљ наводећи потребу за побољшањем нивоа заштите тако што се омогућава добијање унитарне патентне заштите у државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, уз смањење трошкова и поједностављење поступка заштите широм Уније.

<sup>14</sup> *Case C-146/13*, тач. 33–35.

<sup>15</sup> *Ibid.*, тач. 36–37.

<sup>16</sup> Чл. 1, ст. 1 УУПЗ.

Што се тиче садржаја побијане уредбе, јасно је да њене одредбе, дефинисањем карактеристика европског патента са унитарним дејством, представљају израз воље законодавца ЕУ да обезбеди униформну заштиту на територији држава чланица које учествују у ближој сарадњи. Наиме, побијаном уредбом предвиђено је да европски патент који је у државама чланицама које учествују у ближој сарадњи признат са истим низом патентних захтева има унитарно дејство у тим државама под условом да је његово дејство уписано у Регистар унитарне патентне заштите.<sup>17</sup> Даље, европски патент са унитарним дејством има унитарна својства, пружа унитарну заштиту и има унитарно дејство у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, те да се може ограничити, опозвати или истећи само заједно у свим тим државама чланицама.<sup>18</sup>

У том погледу, одређивањем само једног националног права које се примењује на територији свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи, а чијим су материјалноправним одредбама одређена дела против којих европски патент са унитарним дејством пружа заштиту, као и његове карактеристике као предмета својине, обезбеђује се унитарно дејство ове заштите.<sup>19</sup>

Наиме, за разлику од тзв. класичних европских патената признатих у складу са КЕП-ом, која у свакој од држава уговорница обезбеђују заштиту чији је опсег одређен националним правом, уједначеност заштите коју пружа европски патент са унитарним обезбеђењем је одредбом побијане уредбе на основу које се једно национално право примењује на територији свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи у којима тај патент има унитарно дејство.<sup>20</sup>

Што се тиче аргумента Шпаније да побијана уредба нема материјални садржај, чланом 118, став 1 УФЕУ (који представља део Поглавља 3 Главе VII која се односи на „усклађивање законодавстава“) који позива на успостављене „мере за стварање европских права интелектуалне својине како би осигурали уједначену правну заштиту права интелектуалне својине у читавој Унији“, од законодавца ЕУ се не захтева потпуна хармонизација свих аспеката права интелектуалне својине.

<sup>17</sup> Чл. 3, ст. 1 УУПЗ.

<sup>18</sup> Чл. 3, ст. 2 УУПЗ.

<sup>19</sup> Вид. Ј. Теранић, „Примена националних прописа држава чланица ЕУ у оквиру система унитарне патентне заштите“, *Право и привреда*, 7–9/2015, 73–87.

<sup>20</sup> Чл. 5, ст. 3 и чл. 7 УУПЗ.



Упркос томе што у побијаној уредби нису набројана дела против којих европски патент са унитарним дејством гарантује заштиту, таква заштита јесте униформна, ако се примењује на тај европски патент са унитарним дејством на територији свих држава чланица у којима је поменути патент признат.<sup>21</sup>

Из тога произилази да та одредба представља одговарајућу правну основу за доношење побијане уредбе. Сходно томе, и други тужбени разлог треба одбацити.<sup>22</sup>

### 3. Злоупотреба овлашћења

Шпанија наводи да су Парламент и Савет злоупотребили своја овлашћења јер побијана уредба представља само „празну шкољку“ која правно не уређује унитарну патентну заштиту права интелектуалне својине у ЕУ.<sup>23</sup>

Парламент наглашава да је суд у пресуди Краљевина Шпанија и Република Италија против Савета из априла 2013. године одбацио аргументацију тужилаца која се односила на злоупотребу овлашћења. Савет додаје да побијана уредба и успостављање европског патента са унитарним дејством подстичу остваривање циљева ЕУ. Наиме, уколико не би постојало унитарно дејство европског патента, носилац патента који жели да оствари заштиту у двадесет пет држава чланица које учествују у ближој сарадњи морао би да тражи признање тог патента у свакој од тих земаља.<sup>24</sup> При томе се поменути патент мора одобрити и, у случају спора, процесуирати посебно у свакој од поменутих земаља.<sup>25</sup>

Суд истиче да се према устаљеној судској пракси може говорити о постојању злоупотребе овлашћења само ако се, на основу објективних, релевантних и усклађених показатеља, утврди да се искључиви или бар одлучујући циљ доношења акта разликује од оних за које је додељено овлашћење о коме је реч или је то пак избегавање поступка посебно предвиђеног УФЕУ за решавање тог случаја.

<sup>21</sup> Чл. 7 УУПЗ.

<sup>22</sup> *Case C-146/13*, тач. 39–53.

<sup>23</sup> *Ibid.*, тач. 54.

<sup>24</sup> Вид. С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 318.

<sup>25</sup> *Case C-146/13*, таџ. 55.

Дакле, у оквиру трећег тужбеног разлога Шпанија само понавља аргумент да се побијаном уредбом не утврђује правно уређење којим се може гарантовати унитарна заштита права интелектуалне својине у ЕУ. Међутим, та аргументација већ је одбачена у оквиру другог тужбеног разлога.

Дакле, трећи тужбени разлог није основан и треба га одбацити.<sup>26</sup>

#### **4. Повреда члана 291, став 2 УФЕУ и начела из пресуде Мерони / Висока власт**

У оквиру четвртог тужбеног разлога, Шпанија оспорава то што је чланом 9, став 2 побијане уредбе, државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, а које делују у оквиру ужег одбора Управног савета ЕЗП, додељено овлашћење за одређивање висине такси за одржавање унираног патента и удела у њиховој расподели. Додељивање таквог овлашћења представља повреду члана 291 УФЕУ и начела успостављеног пресудом Мерони / Висока власт.<sup>27</sup>

Шпанија тврди да члан 291 УФЕУ не допушта законодавцу да наведено овлашћење преноси на државе чланице које учествују у ближој сарадњи. Став 1 овог члана не може се применити, а ставом 2 одређено је да, када су потребни униформни услови за спровођење правно обавезујућих аката ЕУ, овлашћење за спровођење се додељује Комисији или Савету. Шпанија тврди да у овом случају, водећи рачуна о члану 9, став 2 побијане уредбе, услов за примену члана 291, став 2 УФЕУ очигледно није испуњен. Алтернативно, ако Суд закључи да члан 291, став 2 УФЕУ није повређен, Шпанија наводи да преношење овлашћења не испуњава услове утврђене у пресуди Мерони / Висока власт.<sup>28</sup>

У оквиру петог тужбеног разлога, Шпанија истиче да је чланом 9, став 1 побијане уредбе, којим се одређени административни послови преносе на ЕЗП, повређено начело успостављено пресудом Мерони / Висока власт. Реч је о овлашћењима ЕУ, а не држава чланица. Иако би оправдање за пренос овлашћења могла бити стручност ЕЗП, оно се не може односити на случајеве који укључују дискреционо тумачење, а управљање системом накнаде трошкова превоза подразумева таква овлашћења.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Ibid., тач. 56–59.

<sup>27</sup> Case Meroni v High Authority (9/56, EU:C:1958:7).

<sup>28</sup> Case C-146/13, тач. 60–62.

<sup>29</sup> Ibid., тач. 63.

У одговору на четврти тужбени разлог Парламент тврди да је додељивање одређених овлашћења заводима увек представљало изузетак од правила предвиђених уговорима. Парламент поставља и питање релевантности пресуде Мерони / Висока власт у случају доделе овлашћења међународном телу попут Управног савета ЕЗП.

Савет сматра да, у складу са чланом 291, став 1 УФЕУ, када институције доносе правно обавезујуће акте, на државама чланицама је да доносе одговарајуће мере потребне за њихово спровођење. Само у случају кад примена тих аката захтева униформне услове, мере доноси Комисија или Савет. Исто тако, Парламент и Савет оцењују да нису испуњени услови утврђени у пресуди Мерони / Висока власт.<sup>30</sup>

У одговору на пети тужбени разлог Парламент и Савет истичу да се судска пракса утврђена пресудом Мерони / Висока власт не може применити из разлога изнетих у одговору на четврти тужбени разлог. Задатак предвиђен чланом 9, став 1, тачка (ф) побијане уредбе, за разлику од осталих задатака из члана 9, став 1 те уредбе, подвргнут је критеријумима успостављеним посредно, упућивањем на одредбе Уредбе о унитарној патентној заштити која се тиче превођења.<sup>31</sup> Супротно тврдњама Шпаније, ЕЗП овде не располаже потпуном слободом, тачније оцена коју врши више је административне или техничке, него политичке природе.<sup>32</sup>

ЕСП је пошао од тога да се први аргумент истакнут у прилог четвртом тужбеном разлогу односи на повреду члана 291, став 2 УФЕУ. Други аргумент истакнут у прилог четвртом, као и петом тужбеном разлогу, односи се на повреду начела из пресуде Мерони / Висока власт.

Кад је реч о првом аргументу, неспорно је да побијана уредба представља посебан споразум у смислу члана 142 КЕП-а, због чега се на тај споразум примењују одредбе дела IX конвенције који се односи на посебне споразуме. Према одредбама КЕП-а,<sup>33</sup> група држава уговорница може поверити задатке ЕЗП и успоставити ужи одбор Управног савета ЕЗП, као што је то предвиђено тачком 16 преамбуле побијане уредбе. Поред тога, предвиђено је да, кад је група уговорница доделила ЕЗП додатне задатке, група сноси трошкове ЕЗП за спровођење тих задатака.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Ibid., тач. 65–66.

<sup>31</sup> Чл. 5 УУПЗ.

<sup>32</sup> Case C-146/13, тач. 67.

<sup>33</sup> Чл. 143 и 145 КЕП.

<sup>34</sup> Чл. 146 КЕП.

У циљу спровођења поменутих одредаба, члан 9, став 1 побијане уредбе предвиђа да државе чланице које учествују у ближој сарадњи, у својству држава уговорница КЕП-а, обезбеђују одређивање висине такси за одржавање и удела у расподели тих такси у складу са одредбама те уредбе. Тачком 20 преамбуле појашњено је да би одговарајућу висину и расподелу такси за одржавање требало одредити тако да се обезбеди да средства добијена на основу европског патента са унитарним дејством у потпуности покривају трошкове свих задатака поверених ЕЗП. Дакле, износ такси за одржавање мора покрити трошкове ЕЗП за спровођење додатних задатака које су му повериле државе чланице. Ти задаци повезани су са спровођењем унитарне патентне заштите.

Стога одређивање висине и расподела такси за одржавање из члана 9, став 2 побијане уредбе представља спровођење правно обавезујућег акта ЕУ у смислу члана 291, став 1 УФЕУ на основу кога државе чланице доносе националне мере потребне за спровођење правно обавезујућих аката ЕУ. Тим се актима, у складу са чланом 291, став 2 УФЕУ, овлашћења додељују Комисији или, у посебно утврђеним случајевима, Савету само када су потребни униформни услови за спровођење правно обавезујућих аката ЕУ. Међутим, Шпанија не износи разлоге због којих би такви униформни услови били потребни за спровођење члана 9, став 2 побијане уредбе, већ само тврди да потреба за таквим условима произлази из одредби те уредбе и из потребе за одређивањем унитарне таксе за одржавање за сваку државу чланицу. Међутим, такав аргумент не може се прихватити. Иако је чланом 9, став 1, тачка (е) побијане уредбе одређено да државе чланице које учествују у ближој сарадњи делегирају ЕЗП задатак „прикупљања и управљања таксама за одржавање за европске патентне са унитарним дејством“, ни из једне одредбе те уредбе не произлази да би износ тих такси требало да буде уједначен за све државе. Надаље, из квалификације побијане уредбе као посебног споразума у смислу члана 142 КЕП-а и околности да је одређивање висине и расподеле такси за одржавање у надлежности ужег одбора Управног савета ЕЗП произилази да управо државе чланице које учествују у ближој сарадњи, а не Комисија или Савет, морају да предузму све потребне мере за спровођење члана 9, став 2 побијане уредбе, с обзиром на то да ЕУ, за разлику од држава чланица, није уговорница КЕП-а.

Из наведеног произлази да Шпанија погрешно тврди да је повређен члан 291, став 2 УФЕУ.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> *Case C-146/13*, тач. 69–83.

Као друго, што се тиче аргумента који се односи на повреду начела успостављеног у пресуди Мерони / Висока власт, ЕСП је у тој пресуди, између осталог, закључио да преношење овлашћења од стране институција ЕУ на физичко лице, која подразумевају дискреционо тумачење и чије коришћење може онемогућити спровођење економске политике, није у складу са уговорима.

У том погледу треба подсетити да ЕУ, за разлику од држава чланица, није чланица ЕЗП. Законодавац ЕУ је стога у члану 9, став 2 побијане уредбе исправно предвидео да државе чланице које учествују у ближој сарадњи, као државе уговорнице КЕП-а, одређују висину и уделе у подели такси.

Кад је реч о члану 9, став 1 побијане уредбе, из формулације те одредбе произилази да државе чланице које учествују у ближој сарадњи поверавају ЕЗП задатке набројане у поменутој одредби.

Будући да законодавац ЕУ није пренео ни државама чланицама које учествују у ближој сарадњи ни ЕЗП овлашћења за спровођење која му припадају на основу права ЕУ, начела из пресуде Мерони / Висока власт не могу се применити.

Стога и четврти и пети тужбени разлог треба одбацити.<sup>36</sup>

## 5. Повреда начела аутономије и униформности права ЕУ

У оквиру шестог тужбеног разлога, Шпанија тврди да очување аутономије правног поретка ЕУ претпоставља да се овлашћења ЕУ и институција ЕУ не доводе у питање међународним уговором, што је у овом предмету случај.

У првом делу шестог тужбеног разлога, Шпанија истиче да не постоји садржинска разлика између СЈПС и Предлога споразума о суду за европски и унитарни патент, који је ЕСП у мишљењу 1/09 оценио као некомпатибилан са одредбама уговора. ЈПС нити представља део институционалног система ЕУ нити предвиђа гаранције за поштовање права ЕУ. Другим делом поменутог тужбеног разлога, Шпанија тврди да државе чланице које учествују у ближој сарадњи, приступањем СЈПС, извршавају надлежност која припада ЕУ, кршећи притом начело аутономије права ЕУ. Од ступања на снагу уговора из Лисабона, ЕУ има

<sup>36</sup> Ibid., тач. 84–88.

искључиву надлежност за склапање међународних споразума, у мери у којој њихово склапање може да утиче на прописе ЕУ или измени њихов опсег. СЈПС утиче на уредбу бр. 1215/2012<sup>37</sup> и Конвенцију о надлежности и признању и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима.<sup>38</sup> Напослетку, трећим делом шестог тужбеног разлога, Шпанија тврди да из члана 18, став 2 подстав 1 побијане уредбе произилази да примена те уредбе апсолутно зависи од ступања на снагу СЈПС. Члан 89 СЈПС условљава његово ступање на снагу ратификацијом тринаесте државе. Дакле, стварно извршавање надлежности зависи од воље држава потписница СЈПС.<sup>39</sup>

Седмим тужбеним разлогом, Шпанија тврди да члан 18, став 2 подстав 2 побијане уредбе државама чланицама даје могућност да једнострано одлуче да ли ће се на њих примењивати побијана уредба. Стога, ако би нека држава одлучила да не ратификује СЈПС, та се уредба на њу не би примењивала и ЈПС на територији те државе не би имао искључиву надлежност за европски патент са унитарним дејством. Према томе, европски патенти са унитарним дејством не би имали унитарно дејство. Дакле, начело аутономије и начело униформности је повређено.<sup>40</sup>

Парламент, најпре, истиче да је веза између побијане уредбе и СЈПС неопходан услов за функционисање унитарне патентне заштите и да не утиче на право ЕУ. СЈПС испуњава два кључна услова који се траже за поштовање аутономије правног поретка ЕУ. С једне стране, природа надлежности ЕУ и њених институција није измењена и, с друге стране, тај споразум не намеће посебно тумачење одредаба ЕУ самој Унији и њеним институцијама приликом вршења њихових надлежности. Поред тога, оснивање ЈПС не утиче ни на једно овлашћење ЕУ. Пре свега, овлашћење за оснивање заједничког суда за патенте и одређивање његових надлежности имају државе чланице, а не искључиво ЕУ. Затим, побијаном уредбом изричито се од држава чланица захтева да ЈПС доделе искључиву надлежност. Такође, више одредаба УФЕУ условљава ступање на снагу аката секундарног права ЕУ одобрењем од стране држава чланица. Парламент, такође, сматра да одбијање ратификације СЈПС од стране државе чланице које би довело до непримењивања побијане уредбе на њеној територији, представља повреду члана 4, став 3 УЕУ.

<sup>37</sup> *Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351/1.*

<sup>38</sup> *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed at Lugano on 30 October 2007 (OJ 2007 L 339).*

<sup>39</sup> *Case C-146/13*, тач. 89–92.

<sup>40</sup> *Ibid.*, тач. 93.

Савет истиче да не постоји никаква правна препрека успостављању везе између европског патента са унитарним дејством и ЈПС. У пракси постоји више примера када је примена аката ЕУ условљавана наступањем неког догађаја који није повезан са тим актом. Када је реч о броју ратификација потребних за ступање на снагу СЈПС, број тринаест представља израз воље држава чланица да осигурају брзо успостављање унитарне патентне заштите.<sup>41</sup>

ЕСП је на самом почетку истакао да са прва два дела шестог тужбеног разлога настоји да се докаже, с једне стране, да одредбе СЈПС нису у складу са правом ЕУ и, с друге стране, да државе чланице које учествују у ближој сарадњи не могу ратификовати СЈПС, а да не повреде своје обавезе које произилазе из права ЕУ. Суд није надлежан да одлучује ни о законитости међународног споразума склопљеног између држава чланица, ни о законитости акта који је донело национално тело. Стога прва два дела шестог тужбеног разлога треба одбацити. Када је реч о трећем делу тог тужбеног разлога, чланом 18, став 2 побијане уредбе одређено да се она примењује од 1. јануара 2014. или од дана ступања на снагу СЈПС, у зависности од тога који датум наступи касније. У складу са судском праксом ЕСП, када је реч о непосредној примени уредбе, за њено ступање на снагу и примену у корист или на штету правних субјеката није потребан пропис којим се она уноси у национално право, осим ако та уредба оставља државама чланицама да саме доносе законодавне и друге правне, управне и финансијске мере потребне за примену одредаба уредбе. Такав је случај у овом предмету, с обзиром на то да је законодавац ЕУ препустио државама чланицама да, у циљу примене одредаба побијане уредбе, с једне стране, доносе одређене мере унутар правног оквира који утврђује КЕП и, с друге стране, оснују ЈПС који је кључан за обезбеђење правилног функционисања патента, доследности судске праксе, правне сигурности и исплативости за носиоце патената.<sup>42</sup>

Када је реч о аргументу Шпаније који је изнесен у оквиру седмог тужбеног разлога, према коме члан 18, став 2, подстав 2 побијане уредбе даје могућност државама чланицама да једнострано одлуче хоће ли се она примењивати на њих, тај аргумент заснован је на погрешној претпоставци, с обзиром на то да та одредба представља одступање само од члана 3, став 1 и 2 и члана 4, став 1 побијане уредбе, док се на остале одредбе те уредбе не односи.

<sup>41</sup> Ibid., тач. 94–98.

<sup>42</sup> Ibid., тач. 100–106.

Стога и шести и седми тужбени разлог треба одбацити.<sup>43</sup>

Имајући у виду сва претходна разматрања, ЕСП је одбио тужбу у целини, као и алтернативно постављен захтев за делимично поништење побијане уредбе.<sup>44</sup>

#### **IV Закључна разматрања**

Иако је успостављање јединственог система заштите проналазака у ЕУ почело да подсећа на „Чекајући Годоа“, у децембру 2012. године коначно је усвојен тзв. унитарни законодавни пакет. Он је ступио на снагу у јануару 2013, а унитарна патентна заштита почеће да се примењује када СЈПС ступи на снагу, за шта је потребно да га ратификује најмање тринаест држава. И таман када је деловало да ЕУ дели још само корак од коначног почетка примене унитарне патентне заштите, унитарни патент се поново нашао пред ЕСП.

Краљевина Шпанија је 22. марта 2013. поднела две тужбе ЕСП. Прва тужба односила се на уредбу о унитарној патентној заштити, а друга на уредбу о унитарној патентној заштити која се тиче превођења. ЕСП је, у пресуди од 5. маја 2015, у потпуности одбио обе тужбе.

Оваква одлука ЕСП може се протумачити као, с једне стране, својеврсни одговор свима онима који се противе успостављању система унитарне патентне заштите, а с друге стране, „ветар у леђа“ онима који се залажу за нови систем у смислу да интензивирају рад на ратификацији СЈПС како би унитарна патентна заштита што пре почела да се примењује.

---

<sup>43</sup> Ibid., тач. 107–108.

<sup>44</sup> Ibid., тач. 109.



**Jelena Ćeranić, Ph.D,**  
**Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja**  
**Luka**  
**Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade**

**JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN CASE**  
**KINGDOM OF SPAIN V PARLIAMENT AND COUNCIL – UNITARY**  
**PATENT PROTECTION**

*Summary*

*The paper deals with the judgement of the European Court of Justice in Case Kingdom of Spain v Parliament and Council from 5 May 2015. The efforts on establishing the unified system of patent protection in Europe had begun just after the creation of the European Communities, but it was only in December 2012 when the unitary patent package was finally adopted. It consisted of three components: Regulation implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, Regulation implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements and Agreement on a Unified Patent Court. Two Regulations entered into force in January 2013 and its implementation will started when the Agreement comes into force. In the meantime, the Kingdom of Spain brouht two actions against these regulations. The focus of this article is on the first action against the Regulation on the unitary patent protection. After introductory notes with regard to efforts on establishing unitary patent protection, the first part of the article is devoted to the the action which relies on seven pleas in law. The judgment of European Court of Justice, by which the action was dismissed in its entirety, is presented in the second part of the article.*

**Key words:** *unitary patent protection, European Court of Justice, European Union, regulation, action.*



## ПРИВРЕДНА ДРУШТВА КАО СУБЈЕКТИ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПОСЛОВНОГ ПРАВА

Др Александар В. Поповић\*

### Увод

У веома значајне субјекте међународне трговине и међународног пословног права, поред државе, читавог низа разних облика и врста међународних организација и физичких лица, спадају и привредна друштва и мултинационалне компаније које у формалноправном смислу чине посебне облике организовања привредних друштава.

Сви ови субјекти међународне трговине и међународног пословног права морају бити националним прописима овлашћени, а у међународној пракси прихваћени да учествују у пословима који спадају у појам међународног пословног права. У том смислу, ове субјекте је могуће посматрати у ужем и у ширем смислу.

У ужем смислу, под овим се подразумејева само наступање у пословима у којима се преузимају имовинска права и обавезе, као нпр. у пословима међународне продаје, уговора о међународном превозу итд.

У ширем смислу посматрано, ово учешће обухвата и ангажовање субјеката на стварању правила међународног пословног права, као што чине међународне организације које се баве искључиво формулисањем правила међународне трговине, тзв. *formulating agencies*.<sup>1</sup>

Модерна техника, технологија и утакмица на тржишту захтијевају да привредне дјелатности обављају повезивањем рада и средстава више људи. Та потреба је несумњива и она је изражена како на националном, тако и на међународном тржишту. Организациони облик споја рада, ка-

\* Адвокат из Бање Луке

<sup>1</sup> Поближе о томе видјети, Витомир Г. Поповић, Радван Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, Општи дио*, Бања Лука – Крагујевац, 2005, 111.

питала и управљања, у циљу остваривања одређеног пословног подухвата, чији је крајњи мотив стицање добити, назива се трговачко друштво.<sup>2</sup>

## **Историја настанка привредних друштава**

Према неком писаним изворима, први историјски облици и претече привредних друштава јавили су се у Вавилону и античкој Грчкој у облику разних удружења, а касније и у Риму. Први облици оваквих удружења у форми *societasa* најчешће су се јављали између чланова једне породице и представљали су уговоре двају или више лица која удружују свој рад и средства ради стицања добити. Сваки од чланова овог облика удружења назван као *societas* задржавао је право својине на имовини унијетој у ту заједницу. Овакав облик удруживања чланова породице или других сродника представљаће претечу данашњег ортаклука.

За разлику од *societasa*, који није имао својство правног лица, у том периоду је настајао и други облик удружења познатији као *universitas*, који је имао својство правног лица, имао је своју имовину и представника који је иступао у име свих чланова.<sup>3</sup>

Први облик акционарских друштава који данас преовлађује у савременом свијету појављује се на прелазу из средњег у нови вијек у Холандији и Енглеској, које су тада важиле за поморске силе. Циљ оваквог повезивања био је у функцији финансирања трговине са удаљеним америчким и азијским земљама. Трговци и поморци удруживали су капитал и у замјену за њега добијали потврде (на холандском *aktie*), на основу којих су потраживали дио добити остварене продајом робе у прекоморској трговини.<sup>4</sup>

## **Појам и значај привредних друштава**

Привредна друштва представљају најзначајнији организациони облик обављања привредних дјелатности.<sup>5</sup>

Појам привредна друштва (ранија предузећа) основни су субјекти међународне трговине и међународног пословног права. Појам предузеће

<sup>2</sup> Ивица Јанковец, *Привредно право*, 1999, 40.

<sup>3</sup> Поближе о томе видјети, Жика Бујуклић, *Forum Romanum*, Београд, 2009, 226 и 685–688.

<sup>4</sup> Поближе о томе видјети, Дијана Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011, 18.

<sup>5</sup> Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац 2010, 27.

није правни и у основи означава предузетништво као дјелатност ради стицања профита. Стога се у правној теорији не третира као посебан правни субјекат. У правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа – дјелатности, а то су привредна (трговачка) друштва и физичка лица као трговци појединци (предузетници). У том смислу је у новом Закону о привредним друштвима напуштен овај израз и замијењен појмом привредно (трговачко) друштво.<sup>6</sup>

У правној теорији предузеће се по правилу не третира (као и трговачка радња) посебним субјектом права – не признаје му се правни субјективитет, већ се третира економском категоријом, као привредна активност – предузетништво. Појам предузећа (или трговачке радње) јавља се као објекат трговачког права или као елемент у дефинисању појма трговца (неко лице сматра се трговцем само ако обавља неки посао у форми предузећа).<sup>7</sup>

Међутим, и овдје постоје различити приступи у тзв. западним теоријама које појам „предузећа“ употребљава у различитом смислу. Прво, под „предузећем у објективном смислу“ подразумејева се скуп објективних елемената, тјелесних и бестјелесних, којима се обавља трговинска (привредна) дјелатност. Ово „економско јединство“ без људског супстрата назива се у Француској *fonds de commerce*, у Италији *azienda*, у Њемачкој *xandelsghaft*, а у англосаксонском праву *goodwill*. Друго, под „предузећем у субјективном смислу“ подразумејева се дјелатност трговца или скуп лица чија је дјелатност удружена ради постизања одређеног економског циља. За овај појам француско право има израз *lentreprise*, а италијанско *impresa*.<sup>8</sup>

Пошто предузеће нема правну способност, у правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа, који може бити правно лице (трговачко-привредно друштво) и физичко лице (трговац – појединац). Трговац – појединац има своју приватну имовину и своју имовину са којом улази у предузеће за обављање привредне дјелатности.<sup>9</sup>

У упоредном праву постоје различити приступи око дефинисања појма трговачког, односно привредног друштва. У земљама романског

<sup>6</sup> Пближе о томе видјети: Мирко Васиљевић, *Водич за читање Закона о привредним друштвима*, Београд, 2004, 28–29.

<sup>7</sup> Пближе о томе видјети, Мирко Васиљевић, *Привредна друштва – Домаће и упоредно право, Удружење правника СР Југославије*, Београд, 1999, 11.

<sup>8</sup> Види Hamel, Lagarde, Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, 338–344, Guiyon, *Droit des affaires*, Paris 1984, 622–623.

<sup>9</sup> М. Васиљевић, *Привредна друштва – Домаће и упоредно право, Удружење правника СР Југославије*, 12.

система (под утицајем француске правне доктрине) трговачко друштво се дефинише као уговор двају или више лица, правних и/или физичких, са циљем обављања неке трговачке дјелатности под персоналним или реалним пословним именом, на основу улагања одређених улога и/или рада, остваре одређену добит коју ће између себе подијелити према критеријумима утврђеним тим уговором.<sup>10</sup> За одређивање појма трговачког друштва најчешће се употребљава израз *societe*.<sup>11</sup> Трговачком друштву супротставља се појам *association* – грађанско друштво, удружење. Сви елементи из дефиниције трговачких друштава постоје и у грађанском друштву (удружењу), осим елемента стицања добити, будући да циљ ових друштава није стицање и расподјела добити међу члановима (лукративни циљ трговачког друштва и нелукративни циљ грађанских друштава – удружења).<sup>12</sup>

За разлику од романског система, у земљама германског система не постоји јединствен термин за „трговачко друштво“ адекватан таквом појму у романским земљама. Овдје се срећу два појма и то: *Gesellschaft* (за *societe*) и *Verein* (за *association*). Међутим, критеријуми разграничења између ових појмова нису адекватни критеријумима разграничења у романском систему, јер се и удружење, грађанско друштво (*Verein*), може образовати са циљем стицања добити, док може постојати трговачко друштво (*Gesellschaft*), које нема лукративни циљ.<sup>13</sup>

Англоамерички правни систем нема идентичног појма који би био компаративан појму „трговачко друштво“, континенталног права. Појму трговачког друштва у овом систему више одговара заједница појмова *partnership* и *company (corporation)*, под условом да (*company – corporation*) има лукративни циљ.<sup>14</sup>

Правни систем Републике Србије и Републике Српске у својим законима о привредним друштвима употребљавају термин „привредно друштво“ за њихово означавање, а не и термин „трговачка (трговинска) друштва“. Према овим законима, привредно друштво је правно лице које оснивају правна или физичка лица, ради обављања дјелатности у циљу стицања добити. Ова дефиниција на одређен начин представља хармонизујућу правну форму трговачких друштава (ортачког, командит-

<sup>10</sup> J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, нав. чланак, стр. 17–20; Y. Guyon, нав. чланак, 95–97.

<sup>11</sup> Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд 2010, 57.

<sup>12</sup> М. Васиљевић, *Компанијско право - Право привредних друштава*, 57.

<sup>13</sup> В. Јовановић, *Привредно право – Привредне организације*, Београд 1961, 25–26.

<sup>14</sup> М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 58.

ног, друштва за ограниченом одговорношћу и акционарског друштва), док за сваки од ових облика закон садржи појединачну дефиницију.<sup>15</sup>

Споразум о стабилизацији и придруживању, закључен 14. јуна 2008. године између Босне и Херцеговине и земаља чланица ЕУ,<sup>16</sup> под предузећем подразумијева предузеће основано у складу са законима неке државе чланице, односно Босне и Херцеговине, чије се регистровано сједиште, централна управа или главно мјесто пословања налази на територији заједнице, односно Босне и Херцеговине. Међутим, ако предузеће које је основано у складу са законима неке државе чланице заједнице, односно Босне и Херцеговине, има само своје регистровано сједиште на територији заједнице, односно Босне и Херцеговине, то се предузеће сматра предузећем заједнице, односно Босне и Херцеговине, ако је његово пословање стварно и трајно повезано са привредом једне од чланица заједнице, односно Босне и Херцеговине.<sup>17</sup>

## Врсте привредних друштава

Правна наука познаје више облика и класификација трговачких друштава. Међутим, најчешћа је подјела на **друштво лица** и **друштва капитала**.<sup>18</sup> Овакву подјелу заступа већина правних теоретичара, како у домаћем, тако и у упоредном праву<sup>19</sup>, али се ми ради природе овог рада нећемо тиме посебно бавити.

**1. Друштва лица** (трговачки ортаклуци), које одликују персонална својства, познанство и повјерење чланова, и отуда и неограничена одговорност за обавезе друштва. У друштвима лица доминирају персонална својства, познанство и повјерење чланова и отуда и неограничена одговорност за обавезе друштва. У овом облику друштава доминирају елементи *intuitu personae*. У ова друштва спадају: *ортачко* и *командитно друштво*.

<sup>15</sup> Побоље о томе видјети, члан 2 став 1 Закона о привредним друштвима Републике Српске, Сл. гласник Републике Српске, бр. 127/08, 58/09 и 100/11 и члан 2 Закона о привредним друштвима Републике Србије, Сл. гласник бр. 36/2011 и 99/2011.

<sup>16</sup> Овај споразум није ступио на снагу и има карактер прелазног рјешења.

<sup>17</sup> Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, глава V, поглавље 2 „Пословно настањивање“.

<sup>18</sup> Михајло Велимировић, *Привредно право*, Подгорица 1998, 51.

<sup>19</sup> Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2008; Драгутин Мирковић, Витомир Поповић, *Трговинско право, Статусни дио – привредна друштва*, Бијељина, 2007, 75; Хилмија Шемић, *Трговачко право*, Бихаћ, 2000, 44;

*Ортачко друштво* је привредно друштво, које оснивају два или више физичких и/или правних лица у својству ортака друштва ради обављања одређене дјелатности под заједничким пословним именом.<sup>20</sup>

*Командитно друштво* је привредно друштво које оснивају два или више физичка и/или правних лица у својству ортака, ради обављања одређене дјелатности, под заједничким пословним именом, од којих најмање једно лице одговара неограничено за његове обавезе (комплементар), а најмање једно лице сноси ризик до висине свог уговореног улога (командитор).<sup>21</sup>

**2. Друштва капитала** (компаније, корпорације) одликује их ишчезавање персоналних својстава и доминација интереса капитала. Удјели у друштву (посебно акције) релативно су лако преносиви и друштво не престаје због чињеница везаних за појединог члана или акционара. Друштвом капитала управљају органи друштва, а не чланови или акционари (што не значи да чланови или акционари не могу бити органима управе). У друштво капитала спадају: *друштво са ограниченом одговорношћу, акционарско друштво, командитно друштво на акције*.<sup>22</sup>

*Друштво са ограниченом одговорношћу* је привредно друштво које оснива једно или више правних и/или физичких лица, у својству чланова друштва, ради обављања одређене дјелатности под заједничким пословним именом.<sup>23</sup>

*Акционарско друштво* је привредно друштво које оснива једно или више правних и/или физичких лица у својству акционара, ради обављања одређене дјелатности, под заједничким пословним именом, чији је основни капитал утврђен и подијељен на акције.<sup>24</sup>

*Командитно друштво* на акције јесте облик командитног друштва која оснивају најмање два лица (правна, физичка), са циљем да, персоналном фирмом комплементара, обављају неку привредну дјелатност као регистровано занимање, уз солидарну неограничену одговорност комплементара који имају удјеле у друштву и ограничену одговорност за ризик пословања командитора, који имају акције у друштву (и евентуал-

<sup>20</sup> Члан 48 Закона о привредним друштвима Републике Српске (Сл. гласник РС, бр. 127/08).

<sup>21</sup> Члан 85 Закона о привредним друштвима Републике Српске (Сл. гласник РС, бр. 127/08).

<sup>22</sup> J. Hamel G. Lagarde, A. Jauffret, нав. чланак, стр. 93–102; R. Rodiere, 33–41; Y. Guyon, нав. чланак, 221–234; M. Cozian, A. Viandier, 21–24; M. Ebeling, B. Gomard, *Corporations and Partnership in Denmark*, De venter – Boston 1993, 36–50; O. Госпавић (1938), 95; В. Јовановић (1961), 227.

<sup>23</sup> Члан 99 Закона о привредним друштвима Републике Српске (Сл. гласник РС, бр. 127/08).

<sup>24</sup> Члан 179 Закона о привредним друштвима Републике Српске (Сл. гласник РС, бр. 127/08).



но комплементарна коју уз удјеле имају акције). Закон о предузећима Републике Српске и Републике Србије, за разлику од осталих врста друштава, не регулишу овај облик друштва.<sup>25</sup>

Међутим, поред организовања у форми правних лица, трговци могу бити организовани и у форми физичких лица. Најчешће су организовани у форми правних лица: *као предузећа, трговачка* (привредна) *друштва* или *корпорације* (мултинационалне компаније).<sup>26</sup>

Индивидуални трговци који се баве спољнотрговинским пословањем су у домаћем праву означени као предузетници и морају пословати као и привредна друштва у складу са посебним законима о привредним друштвима и бити организовани у некој од наведених форми.

Према форми организовања, субјекти спољнотрговинског промета (трговци) се разликују од субјеката унутрашње трговине и према законодавству већине држава право да обављају послове у међународном трговинском промету стичу аутоматски – самим конституисањем, што се означава као нормативни систем. У том смислу је у Закону о спољнотрговинском пословању изричито стимулисано да правна лица и предузетници у обављању спољнотрговинског пословања имају иста права као и у домаћем промету, што практично значи да је и за бављење спољнотрговинским пословима једино потребна претходна регистрација, тј. да се та дјелатност упише у одговарајући регистар.<sup>27</sup>

### Регистрација привредних друштава

Једини услов који се тражи од привредних друштава (предузећа) за обављање спољнотрговинског пословања јесте упис у одговарајући регистар. Националним законима држава регулисано је гдје се ти регистри воде. Раније су регистре водили трговински судови или судови удруженог рада, а предузетници су се углавном регистровали у надлежним општинама. Данас су та питања различито регулисана.

Тако, на примјер, у Републици Србији привредне регистре води Агенција за привредне регистре, која је почела да ради 4. јануара 2005. године. Овај регистар привредних субјеката представља јединствену, цен-

<sup>25</sup> Драгутин Мирковић, Витомир Поповић, *Трговинско право, Статусни дио – привредна друштва*, 105.

<sup>26</sup> Поближе о томе видјети, Драго Дивљак, *Право спољне трговине*, Нови Сад, 2009, 43.

<sup>27</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, 75–76.

трализовано електронску базу података по свим привредним субјектима на територији Републике Србије.<sup>28</sup>

У Црној Гори је, Измјенама и допунама Закона о привредним друштвима из 2011. године, надлежност регистрације привредних друштава пренијета из Централног регистра Привредног суда на Централни регистар привредних субјеката у оквиру пореске управе.

У Републици Српској привредне регистре воде окружни привредни судови.

У неким другим државама, поред регистарских судова и агенција за привредне регистре, регистре воде и привредне коморе, министарства трговине. Тако нпр. у Француској такве регистре воде трговачки судови, у Њемачкој грађански судови прве инстанце, у Енглеској тај посао је повјерен министарству трговине, у САД регистар воде административни или судски органи савезних држава, у Русији регистар предузећа води регистарска комора при министарству економије, у Италији овај регистар се води при привредним коморама, итд.

Готово цјелокупно спољнотрговинско пословање се обавља преко привредних друштава која су за то овлашћена и која се у сваком говору означавају као спољнотрговинска предузећа. Чак се и они послови у чијем закључивању учествују државни органи, извршавају преко или посредством одговарајућих привредних друштава.<sup>29</sup>

Сва национална законодавства имају читав низ закона којима се регулишу услови под којима се неко друштво може бавити спољнотрговинским пословима. То су, на примјер у Републици Србији, Закон о спољнотрговинском пословању Републике Србије<sup>30</sup>, као и други законски и подзаконски прописи, као што су Закон о привредним друштвима<sup>31</sup>, Царински закон<sup>32</sup>, Закон о царинској тарифи<sup>33</sup>, Закон о девизном пословању<sup>34</sup>, Закон о страним улагањима<sup>35</sup>, Закон о концесијама<sup>36</sup>, Закон о фонду за осигурање и финансирање спољнотрговинских послова<sup>37</sup>.

<sup>28</sup> Сл. гласник Републике Србије бр. 55/2004.

<sup>29</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, 71–72.

<sup>30</sup> Сл. гл. РС бр. 36/2009 и 36/2011

<sup>31</sup> Сл. гл. РС бр. 36/2011 и 99/2011.

<sup>32</sup> Сл. гл. РС бр. 18/2010.

<sup>33</sup> Сл. гл. РС бр. 62/2005; 61/2007 и 5/2009.

<sup>34</sup> Сл. гл. РС бр. 62/2006 и 31/2011.

<sup>35</sup> Сл. лист СРЈ бр. 3/2002 и 5/2003.

<sup>36</sup> Сл. гл. РС бр. 55/2003.

<sup>37</sup> Сл. лист СРЈ, бр. 3/2002.

Спољнотрговинским пословима у смислу наведених закона могу се бавити и домаћа и страна лица.

Члан 3 Закона о спољнотрговинском пословању Републике Србије дефинише **домаће лице**, као правно лице, огранак правног лица и предузетника који имају сједиште или су регистровани у Републици Србији и физичко лице са пребивалиштем у Републици Србији, док под **страним лицем** дефинише свако лице које није дефинисано као домаће лице.

Услови и начин обављања спољнотрговинског промета и привредних дјелатности у иностранству који обављају привредна друштва и друга правна лица (банке, осигуравајуће и реосигуравајуће организације, итд.) регулисан је Законом о спољнотрговинском пословању<sup>38</sup> и другим законима којима се уређује пословање оваквих субјеката.

На нивоу Босне и Херцеговине постоји тзв. Оквирни закон о спољнотрговинској политици БиХ.<sup>39</sup>

Тако нпр. услов за обављање спољнотрговинског пословања представља упис у судски регистар који се, у складу са Законом о регистрацији пословних субјеката Републике Српске,<sup>40</sup> води у окружним привредним судовима.

### Припадност привредних друштава

И привредна друштва и мултинационална предузећа, без обзира на облик организације и неке друге припадности, оснивају се као национална предузећа и правно су „везана“ за конкретну државу оснивања, чију националну припадност имају. Правно се то изражава кроз њихову националну припадност. Одређивање припадности од значаја је како за државе, тако и за односна привредна друштва. За државе је то од значаја јер преко „својих“ привредних друштава могу да спроводе економску политику, а за привредна друштва због тога да би унапријед знала услове оснивања и пословања, па у складу са њима водиле одређену пословну политику.<sup>41</sup> Ова припадност се у упоредном праву и пракси одређује

<sup>38</sup> Поближе о томе видјети: Закон о спољнотрговинском пословању, Сл. гласник Републике Српске бр. 5/93.

<sup>39</sup> Сл. гласник БиХ бр. 07/98.

<sup>40</sup> Поближе о томе видјети: члан 4 Закона о спољнотрговинском пословању, Сл. гласник Републике Српске бр. 5/93, у вези са чланом 26 Закона о регистрацији пословних субјеката, Сл. гласник Републике Српске 67/13.

<sup>41</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, 73.

кроз постојање читавог низа критеријума, а као најчешћи критеријуми се узимају:

1. мјесто сједишта главне управе и
2. мјесто оснивања предузећа.

Одређивање критерија припадности према сједишту предузећа, односно према стварном мјесту његовог административног центра, постоји у већини континенталноевропских држава као што су Њемачка, Француска, Швајцарска, Аустрија, итд.

Земље *Common law*-а одређују припадност правног лица на основу доминцила, тј. мјеста оснивања правног лица, односно мјеста регистрације оснивачког акта.

У домаћем праву припадност се одређује:

- према праву по коме је правно лице основано и
- према стварном сједишту правног лица.

Ако оба критеријума упућују на право исте државе, онда правно лице има припадност те државе.

Међутим, ако наведени критеријуми упућују на различите државе, на примјер у случају када домаће предузеће оснује предузеће у иностранству, али му стварно сједиште није у држави по чијем је праву основано, могућа су два рјешења:

1) ако према праву земље стварног сједишта предузеће има њену припадност, сматраће се да припада тој држави;

2) ако према праву земље стварног сједишта предузеће не припада тој држави, на основу првог критеријума ће се сматрати да предузеће припада оној држави по чијем праву је основано.<sup>42</sup>

## **Транснационалне компаније као посебни субјекти међународне трговине**

Поред привредних друштава као изузетно значајних субјеката међународне трговине и међународног пословног права, посебну улогу и значај имају и транснационалне компаније.

Састоје се од већег броја филијала или огранака, основаних у више држава, на чијем челу се налази једно доминантно друштво и више

<sup>42</sup> Тибор Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 1990, 190.

њему потчињених друштава међусобно повезаних ради координисаног обављања привредне дјелатности.<sup>43</sup>

Оне директно утичу на обим међународне трговине јер концентришу велики дио свјетске производње, па је према неким процјенама крајем прошлог вијека око 200 највећих транснационалних компанија контролисало око половине цјелокупне свјетске производње. Својом активношћу оне мијењају модел и структуру свјетске трговине, коју практично свде на интракомпанијску трговину, а својом моћи и активношћу оне утичу на положај не само домаћих предузећа, већ могу утицати на укупну политичку и економску структуру домаће државе.<sup>44</sup>

У циљу превазилажења различитих схватања њиховог значаја и могућих конфликта и конкуренције између њих са једне стране и домаћих предузећа или држава са друге стране, у оквиру УН и других међународних организација предузет је читав низ мјера и акција на доношењу одговарајућих правила понашања транснационалних компанија. Тако нпр. у оквиру ОУН и UNCTAD су 1975. године основани Комисија и Центар за транснационалне корпорације а у оквиру OECD-а су 1976. године усвојени водичи за мултинационална предузећа. Нема дилеме да су транснационалне компаније утицале и утичу на укупну глобализацију свјетске привреде, међународне трговине и међународних економских односа, у општем смислу ријечи.

Данас се у свијету и пракси појављују различити организациони облици транснационалних компанија у корпоративном систему пословања, од којих ћемо навести само неке:

**Холдинг компанија** (енг. *Holding Company*, фр. *Societe holding*, рус. *Холдинг общество*, њем. *Holdingsgesellschaft*) спада у најчешће облике по правилу трговачких акционарских друштава које се налазе на челу групације друштва. Холдинг компанија контролише групацију друштава на основу чињенице да контролише свако друштво у оквиру ње. Она има у власништву довољан број акција или удјела у сваком од друштава да би могла имати утицаја на избор и рад органа управљања ових друштава.<sup>45</sup> Карактеристично је за англоамерички правни систем, али постоји и у другим правним подручјима. „Централна холдинг организација“ најчешће се јавља у улози „финансијског центра и мозга“, цијелог си-

<sup>43</sup> А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, 217.

<sup>44</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, стр. 85.

<sup>45</sup> Поближе о томе видјети *Лексикон права међународних привредних односа*, Савремена администрација Београд 1982, стр. 146.

стема привредних друштава, при чему она као субјект непосредно не обавља привредну дјелатност, а каткад нема ни уговорни капацитет за послове у правном промету.<sup>46</sup> У пракси постоји више врста холдинга, као на примјер:

- акционарски холдинг,
- холдинг компаније са правом управљања друштвом,
- холдинг за пружање услуга,
- патентни и лиценцни холдинг,
- финансијски холдинг, итд.

**2. Труст** представља посебан облик удруживања већег броја трговачких друштава којима управља неко треће лице или друштво. Настао је из посебног института англоамеричког права *Trustee*, којим је неком лицу од повјерења повјеравано чување и управљање одређеном имовином. Данас се најчешће појављује као вертикалне интеграције, типа холдинга, код којег водеће предузеће (матично), управља зависним предузећем. У пракси су позната два начина настанка труста и то консолидацијом и откупом већине гласова.<sup>47</sup>

**3. Картел** представља облик споразумног хоризонталног удруживања истородних конкурентских друштава која удруживањем у картел теже монополском положају на тржишту у циљу увећања своје добити. Другим ријечима, споразумом о картелу ствара се удружење (савез) предузећа привредне гране у коме се учлањена предузећа обавезују да ће извршити одлуке картела ради постизања заједничких привредних циљева.<sup>48</sup> У пракси постоје разне врсте картела: зависно од подручја дјеловања могу бити национални и међународни; зависно од начина остваривања постављених циљева могу бити картел увоза и извоза, картели рабата, картели стандарда, итд.

Картели не спадају у стабилне облике удруживања ради непоштовања споразума о удруживању, а картелно удруживање у многим законодавствима је посебно контролисано или забрањено.

#### **4. Концерн**

Удруживањем у форми концерна, трговачка друштва рјешавају питање снабдијевања сировинама, енергијом, репроматеријалом и другим ресурсима за сопствену производњу, али и за пласман произ-

<sup>46</sup> А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, стр. 204.

<sup>47</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, стр. 84.

<sup>48</sup> Р. Ђуровић, *Мултинационалне компаније*, стр. 33.

вода. Тако производи једног дијела концерна постају сировине или репроматеријал за друге његове дијелове. Компаније се удружују у концерн и ради пласмана готових заједничких производа крајњим потрошачима.<sup>49</sup>

**5. Међународни конзорцијуми** представљају облике уговорног удруживања чланица ради заједничког обављања одређених привредних послова. По правилу их оснивају банке и друге финансијске институције ради финансирања сложенијих подухвата и давања кредита (случај финансирања испоруке „Заставиних“ аутомобила у САД средином деведесетих година), или продаје хартија од вриједности. У конзорцијуме се могу удруживати и велика привредна предузећа ради извршавања обимнијих и сложенијих послова, као што је извођење инвестиционих радова, извршење обимније поруџбине или у циљу оснивања нових предузећа.<sup>50</sup>

**6. Пулови** представљају облик уговорног удруживања више предузећа која и даље задржавају правну самосталност, с тим што уговором преузимају обавезу заједничког обављања одређених дјелатности, уз заједничко сношење ризика и подјелу добити сразмјерно учешћу у капиталу. Основни циљ пула је заједнички наступ његових чланица на тржишту.<sup>51</sup>

**7. Синдикати** представљају посебни облик картела код којих се ствара нова организација са својством правног лица која за своје чланице обавља одређени дио њихове привредне дјелатности, најчешће продају производа.<sup>52</sup>

**8. Off-shore** компаније, представљају самостална правна лица која обављају трговинску дјелатност сагласно законима земље регистрације. Данас постоје многа мјеста у свијету позната као *Off-shore* центри или *Off-shore* зоне, које су популарне у свјетским пословним круговима као крајеви „егзотичног пореског раја“, „пореске оазе“ или „луке“. „*Off-shore* финансијски центар“ (*off shore financial centre*) подразумејева државу са либералним правним системом и веома ниским пореским стопама, чија је инфраструктура специјализована за оснивање и управљање ***Off-shore* компанијама**.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> А. Ћирић, *Међународно трговинско право*, 206.

<sup>50</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, 84–85.

<sup>51</sup> А. Ћирић, *Међународно трговинско право*, 208–209.

<sup>52</sup> Р. Вукадиновић, *Спољнотрговинско пословање*, 84.

<sup>53</sup> А. Ћирић, *Међународно трговинско право*, 209

## **Закључак**

Привредна друштва представљају један од најзначајнијих субјеката међународне трговине и међународног пословног права. Њихов историјски развој могуће је пратити још из античке Грчке и Вавилона па све до данашњих дана, односно времена настанка глобализационих промјена.

У правној теорији постоје различити приступи у њиховом појмовном дефинисању и врстама. У правилу преовладава став да се она дијеле на друштва лица и друштва капитала. У друштва лица спадају ортачко и командитно друштво, а у друштво капитала – друштво са ограниченом одговорношћу, акционарско друштво и командитно друштво на акције.

Велику улогу и значај за развој међународне трговине и пословног права имају транснационалне компаније, као посебни облици удруживања предузећа.

**Aleksandar V. Popović**  
**Attorney in Banja Luka**

## **BUSINESS ENTITIES AS SUBJECTS OF INTERNATIONAL TRADE AND INTERNATIONAL CORPORATE LAW**

### ***Conclusion***

*Business entities are one of the most significant subjects of international trade and international corporate law. Their historic development can be traced from the ancient Greece and Babylon to date, i.e. times when the globalization changes started.*

*Legal theory includes various approaches to defining their terms and types. The most common approach is that they could be divided into two types: person business entities and capital business entities. Person business entities include general partnership company and limited partnership*



*company, and capital business entities – limited liability company, joint stock company and limited partnership with stocks.*

*Transnational companies, as a special form of business pooling, play a significant role and have great importance for development of international trade and corporate law.*



## ОБАВЕЗА ПРОДАВЦА НА ИСПОРУКУ САОБРАЗНЕ РОБЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ

Др Јелена В. Граховац\*

### Увод

Међународна трговина представља *conditio sine qua non* и без ње није могуће замислити одвијање међународних трговачких послова а тиме ни постојање међународне размјене у општем смислу ријечи. У правној и економској науци не постоје подударна гледишта о времену настанка међународне трговине и њеном правном регулисању, али у теорији постоје схватања да од међународне трговине нема бољег начина да се људи уједине и да народи живе у миру. Тако нпр. неки правни аутори сматрају да је несметано одвијање трговине подразумијевало постојање одговарајућих правних норми па се у том смислу међународна трговина може сматрати незаобилазним узроком настанка међународног трговинског права.<sup>1</sup>

Неки аутори иду и даље од овога постављајући тезу да је међународна трговина створила „читаво међународно право“.<sup>2</sup>

Једна од основних обавеза продавца је да робу преда, односно испоручи је купцу, док је купац са друге стране обавезан да прими ову испоруку.

Ако кажемо да је продавац обавезан да испоручи робу купцу, подразумијевамо да ову обавезу мора извршити не само у вријеме и на мјесту предвиђеном уговором, него и да испоручена роба не смије да

\* Виши стручни сарадник Окружног суда Бања Лука

<sup>1</sup> Поближе о томе видјети, Александар Љ. Ђирић, *Међународно трговинско право*, Општи део, Правни факултет Ниш., 2010, 1.

<sup>2</sup> Pillet, R.G.D.I.P., 1898, 72. О томе: Д. Милкотин-Томић, *Право међународне трговине*, Школска књига, Загреб, 1999, 3 и 7.

има неке материјалне или правне недостатке. Другим ријечима, роба мора бити у цијелости *саобразна* уговору. У противном, продавац није уредно извршио своју обавезу испоруке.

У упоредном праву и правној теорији постоје различити приступи, не само у погледу око дефинисања међународне трговине, него и у односу на уговор о међународној продаји као основни инструмент међународне размјене. Ове разлике су наглашене у скоро свим његовим елементима и саставним дијеловима, па и у односу на сам појам испоруке саобразне робе. Овдје је нарочито потребно разликовати несаобразну испоруку и испоруку несаобразне робе. При томе је потребно разликовати несаобразну испоруку и испоруку несаобразне робе, а о чему ће бити више говора у наредном дијелу овог рада.

### **Појам и значај саобразне испоруке робе**

Правно дејство уговора о продаји састоји се у томе што ствара одређена права и обавезе за уговорне стране. Једна од основних обавеза продавца је да робу преда, односно испоручи купцу, док је купац обавезан да прими ову испоруку. Ако кажемо да је продавац обавезан да испоручи робу купцу, подразумејемо да ову обавезу мора извршити, не само у вријеме и на мјесту предвиђеном уговором, него и да испоручена роба не смије да има неке материјалне или правне недостатке. Другим ријечима, роба мора бити у цијелости *саобразна* уговору. У противном, продавац није уредно извршио своју обавезу испоруке. При томе је потребно разликовати *несаобразну испоруку* и *испоруку несаобразне робе*. *Несаобразна испорука* односи се на начин како је продавац испунио обавезу испоруке у погледу мјеста, времена и начина. Ако је, испуњавајући ову обавезу, повриједио било који од наведених елемената, на примјер, испоруком у друго мјесто, у друго вријеме или утоваром на камион а не у жељезнички вагон, повриједио је обавезу испоруке. Таква испорука сматра се *несаобразном испоруком*. Несаобразност се не манифестује или се не види на самој роби, већ се тиче других радњи које су у вези са уговореном робом, а које правно представљају обавезе продавца.

И кад је приликом испоруке продавац повриједио мјесто, вријеме или начин, тако испоручена роба може имати сва уговорена својства и у погледу количине и у погледу квалитета. Роба може стићи са закашњењем, у друго место и у камиону, а не возом, али и поред тога, купац може до-

бити управо робу коју је уговорио. Из тих разлога је потребно разликовати правне појмове несаобразне испоруке и *испоруке несаобразне робе*.<sup>3</sup>

О томе како продавац треба да изврши обавезу испоруке робе било је ријечи у претходном дијелу овог рада. Иако повреда мјеста, времена и начина испоруке робе не мора довести до испоруке несаобразне робе, често се узроци несаобразно испоручене робе могу наћи управо у њима. На примјер, роба је оштећена приликом утовара на вагон, а не на камион. Али и обрнуто, може се десити да се продавац приликом испоруке у потпуности придржавао сва три елемента испоруке, али да је касније због неких других узрочника купцу стигла роба са недостацима, тј. несаобразна.

Испорука несаобразне робе производи штетне посљедице по интересе купца и отвара питање одговорности продавца за неуредну испоруку. У пракси се, у немалом броју случајева, дешава да продавац не испоручи купцу робу саобразну уговору, било да она има одређене материјалне или квантитативне недостатке.

Материјални недостаци постоје кад испоручена роба, односно ствар:

1. нема потребна својства или одлике за редовну употребу или промет;
2. нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која би била позната продавцу или му је морала бити позната;
3. ако нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене, односно прописане;
4. ако није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавјештења.<sup>4</sup>

Квантитативни недостаци постоје у случајевима када је продавац предао купцу само један дио одређене индивидуалне ствари, као и кад му је предао већу или мању количину од уговорене.<sup>5</sup>

Идентична рјешења садрже и Опште узансе за промет робом, а слична и Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Поближе о томе видјети Р. Вукадиновић (2012), 468.

<sup>4</sup> Овакав приступ прихваћен је у Закону о облигационим односима – члан 479, и дефинисан као „материјални недостаци“.

<sup>5</sup> Поближе о томе видјети, М. Константиновић, члан 407 тач. 3. став 1.

<sup>6</sup> Опште узансе за промет робом – Узанса број 115–134, Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе, члан 35, поближе о томе видјети, Јелена Перовић, *Битна повреда уговора – међународна продаја робе*, Београд 2004, 188–216. Владимир Стојиљковић,

## Теоријски ставови

У домаћој и у упоредноправној теорији не постоје идентична гледишта и ставови на основу којих би се могао извести јединствен приступ у појмовном дефинисању саобразности. Са друге стране, саобразност представља не само правни појам, него се користи и у другим областима, и не само код уговора о продаји, него и у свакодневном лаичком говору.

Тако у области заштите потрошача, нарочито у последње вријеме достизања тзв. европских стандарда и хармонизације са правом ЕУ, појам саобразности добија посебно мјесто. У овом смислу ваља разумјети одредбе члана 50 Закона о заштити потрошача Републике Србије, које носе наслов „саобразност робе“, а којима је прописано прво обавеза продавца да „испоручи робу која је саобразна уговору“.<sup>7</sup>

У свакодневном говору, појам саобразности значи уједначеност, истовјетност, у конкретном случају истовјетност робе која је испоручена, онеме што пише у уговору, декларацији, презентацији и сл. Она подразумијева да квалитет и квантитет робе мора бити једнак (саобразан) онеме што је договорено приликом склапања уговора о продаји.

У моменту закључења уговора о продаји робе, трговци често немају јасну представу о правном значењу и садржини појма саобразности. Они очекују да контрачинидба, са друге стране, буде еквивалентна њиховој чинидби, односно да оно за шта дају новац одговара вриједности тог новца и буде саобразна њиховим очекивањима и око тога се у суштини не јављају посебни проблеми. Они не постоје ни у случају када продавац ову своју обавезу испуни у цијелости у складу са очекивањима купца и испоручи робу коју је он тражио. Међутим, проблеми и теоријска питања се отварају тек ако роба није саобразна, односно ако није задовољила очекивања купца. У том смислу ће бити усмјерен и предмет овог рада који ће у нарави бити посвећен не само несаобразности, већ њеној негацији, односно случајевима постојања несаобразности. Тако посматрана несаобразност није у функцији, нити води циљу здравог дејства уговора. Она је супротна начелу *pacta sunt servanda*, односно правилу да је уговор закон за странке и да се закључује и извршава сагласно на-

---

Међународно привредно право, Београд 2003, 161–167.

<sup>7</sup> Поближе о томе видјети члан 50 Закона о заштити потрошача Републике Србије, Службени гласник РС број 73/2010, који је усвојен 12. октобра 2010. године, а ступио на снагу 1. јануара 2011. године.

челу *bona fide*. Он се закључује и извршава у доброј намјери. У пракси се ипак дешава да продавац ову своју обавезу испоруке робе не изврши на начин и под условима прописаним уговором, било у погледу њених квалитативних или квантитативних својстава, тако да се ово питање тзв. позитивне претпоставке и премисе саобразности која се претпоставља претвара у њену негацију и супротност коју називамо несаобразност.<sup>8</sup>

Постојање несаобразности са собом повлачи одређене правне посљедице са једне стране, а са друге стране намеће обавезу одговорности продавца за ове штетне посљедице.

Другим ријечима, питање саобразности испоруке робе поставља се као правнотеоријски проблем када дође до негације саобразности, односно када продавац купцу испоручи несаобразну робу. Ово са собом отвара читав низ других питања везаних за случајеве непостојања саобразности, начин њиховог утврђивања, правне посљедице њеног постојања и читавог низа других практично-теоретских питања.

## **Појам саобразне испоруке робе у униформним и упоредним изворима права продаје**

### **Униформни извори права**

Униформни и упоредноправни извори права продаје полазе од претпоставке да се обавеза продавца не исцрпљује само у предаји робе превозиоцу или у њеном стављању располагању купцу, тј. испоруком. Купац очекује од продавца не само да му испоручи робу, већ и да роба има одређена својства, она која има у виду приликом закључивања уговора, односно, она својства која је уговорио.<sup>9</sup>

Обавеза испоруке саобразне робе има свој коријен у установи *одговорности за материјалне недостатке* (мане), која представља посебну обавезу продавца у већини националних права. Тачније, обавеза испоруке саобразне робе произашла је као решење које треба да превазиђе све супротности и нејасноће, које је посебна обавеза продавца на гаранцију за недостатке са посебним санкцијама стварала у регулисању обавеза из уговора о продаји у националним правима.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Као и у животу, у правилу се здравом човјеку не посвећује посебна пажња. Тек када се разболи успоставља му се дијагноза и траже одређени лијекови.

<sup>9</sup> Р. Вукадиновић (2012), 468.

<sup>10</sup> М. Драшкић, М. Станивуковић, 318.

## Рјешења у Једнообразном закону о међународној продаји тјелесних покретних ствари

Саобразност робе први пут је регулисана у члану 19 (1), 33 (1) и 36, Једнообразног закона о међународној продаји тјелесних покретних ствари – *The Uniform Law for the International Sale of Goods – ULIS*, као обавеза продавца која се састоји из два елемента:

1. Обавезе да преда ствар у утврђено вријеме и на утврђеном мјесту;
2. Обавезу да преда ствар саобразну уговору.

Продавац је обавезу испоруке могао да повриједи било тако што у предвиђено вријеме уопште не преда ствар/робу,<sup>11</sup> кад робу преда у неком другом месту (а не предвиђеном), и када преда ствар која није саобразна условима уговора.<sup>12</sup>

Овакав приступ у дефинисању саобразности и из њега изведеног појма несаобразности назива се интегрисан, јер обухвата и случајеве када продавац не испоручи ништа и случај кад продавац испоручи ствар која није саобразна уговору. Оваквим приступом одступило се у односу на традиционалну доктрину римског права према којој се као неизвршење сматрала само доцња (*mora debitoris*), па су и санкције за случај скривених мана биле потпуно независне од правила о доцњи. Према рјешењу из УЛИС-а, испорука манљиве ствари не подлијеже више посебним прописима одговорности за мане, него се сматра као повреда уговорне обавезе на испоруку ствари без мане.

Ново рјешење добило је и свој терминолошки изражај у ријечи „несаобразност“, који раније у националним правима никада није коришћен у овом смислу.

Према томе, задоцњење испоруке је понашање продавца несаобразно уговору исто као и испорука манљиве ствари. Ипак, у Једнообразном закону није дата синтетичка дефиниција појма несаобразности, него су набројани случајеви кад ствар није саобразна.<sup>13</sup>

Према *Једнообразном закону* продавац није предао ствар саобразну уговору, тј. није извршио своју обавезу испоруке:

1. Кад је предао само један дио продате ствари или кад је предао већу или мању количину од уговорене;

<sup>11</sup> Поближе о томе видјети члан 24 Једнообразног закона.

<sup>12</sup> У појам несаобразности, као што смо раније видјели, улази и дјелимична испорука, по Младен Драшкић, *Међународно привредно уговорно право*, Београд 1990, 180.

<sup>13</sup> М. Драшкић (1990), 180.



2. Кад је предао неку другу, а не ону ствар која је уговорена или је предао ствар друге врсте;
3. Кад је предао ствар која није сагласна узорку или моделу који је уручен или упућен купцу, изузев ако овај није показан купцу само ради обавјештења без икакве обавезе у погледу саобразности;
4. Кад је предао ствар која нема потребна својства за њену редовну употребу или за њено искоришћавање у трговини;
5. Кад је предао ствар која нема потребна својства за нарочиту употребу, која је изрично или прећутно предвиђена уговором; и
6. Уопште кад је предао ствар која нема својства и особености предвиђене изрично или прећутно уговором.

### Рјешења у Бечкој конвенцији

Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе само донекле слиједи рјешења која регулишу саобразност робе Једнообразног закона. За разлику од Једнообразног закона, рјешење садржано у члану 35 Бечке конвенције садржи једноставнији и прегледнији текст.

У Конвенцији није на изричит начин одређен појам саобразности, али из наслова читавог Одсека II – *Саобразност робе и права или потраживања трећих лица*, као и из члана 35 до 44 Бечке конвенције можемо извести два закључка:

Као и у националним правима, у Конвенцији је направљена разлика између одговорности за саобразност робе, с једне, и одговорности за правне недостатке, с друге стране. Према томе, несаобразност робе представља све недостатке робе који не би могли бити обухваћени правним недостацима, и Бечка конвенција користи јединствен појам саобразности робе који обухвата сва физичка својства робе, односно не само одступања у квалитету, него и разлике у количини, испорука *aliud-a* и недостатке у паковању робе.<sup>14</sup>

Наиме, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе полази од морално-правног правила *caveat venditor* које, за разлику од схватања у римском праву (*caveat emptor*), представља општу тенденцију у уговорном праву продаје од краја XIX вијека“.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> С. Фишер Шобот (2009), 80–81.

<sup>15</sup> R. F. Henschel, „Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat

Овакво схватање је у Конвенцији, у члану 35, изражено кроз обавезу продавца да испоручи робу саобразну уговору и његову одговорност у случају да је купцу испоручио несаобразну робу. Чињеница да ли је продавац знао или није знао, као ни то да ли је крив за постојање несаобразности, нису од значаја за његову одговорност.<sup>16</sup>

У Нацрту заједничких правила за упућивање, гарантовање саобразности робе одређено је као основна обавеза.<sup>17</sup>

Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе обавезује продавца да испоручи саобразну робу. Члан 35 (1) Конвенције прописује да саобразност робе обухвата обавезу продавца да испоручи робу у количини, квалитету и врсти како је то предвиђено уговором и да роба буде запакована и заштићена на начин предвиђен у уговору. Поред наведеног, Конвенција полази од тога да је основно правило и да је за саобразност робе мјеродавно оно што су стране уговориле. У случају да такав споразум не постоји, саобразност се процјењује према објективним критеријумима предвиђеним у члану 35(2) Конвенције.

У Конвенцији је појам саобразности робе одређен као *јединствени појам*. Јединственост се огледа и манифестује у два аспеката. Прво, појам несаобразности је широк појам и обухвата видљиве и невидљиве или скривене недостатке и односи се и на испоруку друге, а не уговорене робе (*aliud*). Саобразност има свој основ у установи гаранције за физичке недостатке као посебне обавезе продавца.

Несаобразност представља шири појам у односу на физичке мане робе и обухвата случајеве манљивог извршења, односно кад испоручена роба има физичке недостатке и неизвршења. Тако се о несаобразности, осим у случајевима физичких мана, може говорити и у случају дјелимичне испоруке, испоруке мање или веће количине робе од уговорене и испоруке *aliud-a*.

У погледу правних недостатка, мишљења у правној теорији су подијељена. Док једни сматрају да је ријеч о техничком појму који се односи само на случајеве наведене у члановима 35 и 36 Конвенције, а не и на случајеве постојања права и захтева трећих лица из члана 41 Конвенције, други сматрају да се појам несаобразности односи и на

---

Venditor, Cavaet Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules“, *Nardic Journal of Commercial Law*, 2004, No 1, 3, наведено према В. Поповић, Р. Вукадиновић (2010), 128.

<sup>16</sup> Sonja Krusinga, (*Non-*) conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, *Interesentia* nv, 2004, 25.

<sup>17</sup> DCFR, IV.A. – 2:301(d).

последње случајеве.<sup>18</sup> Сматрамо да се појам саобразности односи и на правне захтјеве и да појам несаобразности обухвата и правне недостатке. У том смислу говори и чињеница да су питања саобразности робе и права и захтјеви трећих лица у Конвенцији регулисана у истом одсјеку. У том случају се о несаобразности може говорити не само на основу физичких, већ и на основу правних карактеристика испоручене робе.<sup>19</sup>

Физичка својства полазе од састава, облика, садржаја робе, и по томе се одређена роба разликује од друге, у оквиру једне врсте, или се прави разлика по врсти робе у оквиру рода и између родова.

Код правних својстава се полази од тога да купац очекује да може слободно и потпуно да располаже робом и да га у том располагању не ометају трећа лица својим захтјевима. Ако му испоручена роба то не омогућава, у питању је несаобразна роба. У Конвенцији су и једна и друга својства обухваћена појмом саобразности робе (*conformity of goods*). Према томе, роба је саобразна уговору ако има уговорена или уобичајена својства и ако је слободна од захтјева трећих лица. Другим ријечима, продавац је дужан, да би испунио обавезе из уговора, да купцу испоручи саобразну робу. Ако роба није саобразна, продавац је одговоран за несаобразност. Купцу у том случају стоје на располагању посебна правна средства.<sup>20</sup>

Други аспект у коме се манифестује јединствени појам саобразности односи се на правна средства која стоје на располагању купцу у случају несаобразности и на одговорност продавца за несаобразност, о чему ће касније бити речи.

### Упоредноправни извори права

Код одређивања појма саобразности и обавезе испоруке саобразне робе полази се од института **одговорности продавца за материјалне недостатке или** мане робе, који је познат у већини националних права.

Материјални недостатак најчешће се у теорији дефинише као недостатак природне или нормалне савршености која се мијења према

<sup>18</sup> Поболиже о томе видјети, Р. Huber and A. Mullis, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier, 2007, 247, по В. Поповић, Р. Вукадиновић (2010), 128. У домаћој теорији: Ј. Перовић (2004), 201.

<sup>19</sup> В. Поповић, Р. Вукадиновић (2010), 128.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 128–129.

свакој ствари и коју купац има право да очекује.<sup>21</sup> При томе постоје два приступа у одређивању појма недостатка. Према првом приступу, свака несавршеност или недостатак ствари представља несаобразност.

Према другом или функционалном приступу, само недостаци или имперфекције које онемогућавају или ометају употребу робе представљају несаобразност. Сва национална права, па и униформни акти, полазе од функционалног појма недостатка, према коме недостатак чини ствар неподобном за употребу којој је намењена, или ту употребу умањује. У том смислу се наводи да национална права у недостатку виде прије штетно дејство него његову саму природу.<sup>22</sup>

Међутим, и код оцјене функционалног недостатка може се поћи од различитих критеријума: према нормалној или редовној употреби робе (тзв. објективни недостаци), или према употреби које су стране изрично или прећутно предвидјеле уговором (субјективни недостаци), односно да ли продавчева одговорност за материјалне недостатке обухвата одговорност за посебна својства ствари која су потребна за посебну употребу предвиђену уговором.

Рјешења која су прихваћена у правној теорији и у националним правима у овом питању се разликују. Тако се у француској теорији сматра да се одговорност за недостатке примењује само на објективне недостатке, док су у уговору изричито обезбијеђене особине.<sup>23</sup>

У англосаксонском праву су сви облици неизвршења, па и недостатак ствари, обухваћени јединственим појмом повреде уговора (*breach of contract*). Одговорност због повреде уговора зависи од тога: у коме су садржане изричите гаранције (*express warranties*) или прећутне гаранције (*implied warranties*).<sup>24</sup>

У њемачком Грађанском законнику прихваћено је решење засновано на комбинацији објективних и субјективних елемената, па појам недостатка обухвата смањење подобности и вриједности, како за уобичајену, тако и за уговором претпостављену употребу. Са друге стране, као недостатак се сматра и испорука друге ствари (*aliud-a*), или мање количине ствари.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Богдан Прица, „Услови продавчеве одговорности за физичке мане робе“, *Привредноправни приручник*, 1965, бр. 6, 6, дефинише физичке мане као сва недозвољена одступања од уговорених својстава, а уколико својства нису уговорена или нису уговорена довољно исправно, и сва недозвољена одступања од законских својстава.

<sup>22</sup> М. Драшкић, М. Станивуковић, 318.

<sup>23</sup> J. Hamel, 1951, 343, по М. Драшкић, М. Станивуковић, 318.

<sup>24</sup> М. Драшкић, М. Станивуковић, 319.

<sup>25</sup> Њемачки Грађански законик, параграф 434 став 1 и 3.

Према аустријском Грађанском законнику, одговорност за недостатке обухвата како недостатак изрично уговорених својстава ствари, тако и својства које се код ње обично претпостављају.<sup>26</sup>

Идентична рјешења садржана су и у руском Грађанском законнику и Закону о облигационим односима – ЗОО.<sup>27</sup>

У погледу правних средстава која купцу стоје на располагању у случају испоруке робе са недостацима, могу се констатовати двије тенденције. У једној групи права прави се разлика између испоруке робе са недостацима (схваћене у ширем или у ужем смислу) и неиспоруке, док је у другим правима прихваћен јединствени појам повреде уговора који обухвата све врсте неизвршења или неуредног извршења. Зависно од тога, у првој групи права предвиђена су различита правна средства у случају неизвршења од случајева неуредног извршења испоруке. У другим правима, јединствени концепт повреде уговора (*breach of contract*), подразумева коришћење истих правних средстава. Савремена тенденција се састоји у изједначењу одговорности за испуњење и одговорности за материјалне недостатке.<sup>28</sup>

### Бивши југословенски извори права

Закон о облигационим односима не познаје термин саобразност, већ говори о одговорности продавца за *материјалне недостатке ствари*. Међутим, слично као и Бечка конвенција, закон не дефинише шта се сматра недостатком, већ набраја случајеве када материјални недостаци постоје.

У закону је направљена разлика између видљивих и скривених недостатака, а продавац одговара за све материјалне недостатке која је ствар имала у часу прелаза ризика на купца, без обзира на то да ли му је то било познато. Једино не одговара за незнатне материјалне недостатке.<sup>29</sup>

Појам материјални недостатак најприје подразумијева стварни (физички) недостатак који се према Општим узансама за промет робом

<sup>26</sup> Аустријски Грађански законик, параграф 922.

<sup>27</sup> Руски Грађански законик, члан 475 и 469, Закон о облигационим односима, члан 479.

<sup>28</sup> М. Драшкић, М. Станивуковић, 319–320.

<sup>29</sup> Поближе о томе видјети, члан 481 и 482, у вези са чланом 478 став 3 Закона о облигационим односима.

називају манама. Правна теорија познаје термине *физичке мане*<sup>30</sup> и *мане робе*.<sup>31</sup>

Физичка мана представља *свако одступање продане ствари од оних својстава која она треба да има по уговору, односно пословном обичају*, односно она представља одступање од квалитета робе коју продавац треба да испоручи.<sup>32</sup> То практично значи да уговорне стране могу на изричит и прећутан начин уговорити својства робе у самом уговору, али из различитих разлога могу и да пропусте то да учине. У том смислу и у националним и у међународним изворима се прави разлика између ове двије ситуације.

У првом случају, уговорне стране су у самом уговору повриједиле својства робе и свако одступање од уговорних сматра се недостатком, тј. повредом уговорне обавезе.

У другом случају су могућа два рјешења. Прво, ако стране нису уговориле својство ствари, потребно је да ствар која је испоручена има својства за редовну употребу или за промет. У супротном, испоручена је ствар са недостатком. Шта је редовна употреба, зависи од околности, То је оно чему ствар нормално служи и цијени се у сваком случају. Својства потребна за промет тичу се трговине и ствар мора бити таква да мора имати прођу у трговини.<sup>33</sup>

У већини континенталних права (француско, италијанско, њемачко, скандинавско и нека друга), подобност робе се цени у односу на редовну употребу. За разлику од континенталних права, англосаксонска права (америчко, енглеско и друга) траже да роба буде подобна за тржни промет. Међутим, странке могу уговорити испоруку ствари која има лош квалитет, али која одговара потребама купца и мора имати одговарајуће стандарде.<sup>34</sup>

Осим за редовну употребу, од испоручене робе купац може очекивати да има и својства за посебну или „нарочиту“ употребу. С обзиром на то да ни у једном ни у другом случају уговорне стране нису уговором одредиле својства робе, као практично поставља се питање кад роба мора имати својства за нарочиту употребу. ЗОО овај захтјев везује за два услова: за намјену за коју купац набавља робу и за знање продав-

<sup>30</sup> Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб 1967, 263.

<sup>31</sup> Владимир Капор, *Уговор о куповини и продаји робе – Тумач Општих узанси за промет робом*, Београд 1961, 149.

<sup>32</sup> А. Голдштајн (1967), 263.

<sup>33</sup> Б. Благојевић, В. Круљ (1980), 971.

<sup>34</sup> Ibid.

ца о томе (чл. 479 тачка 2 ЗОО). Нарочита сврха не може бити наведена у уговору, јер би се у том случају сматрала уговореним својствима, већ мора произлазити из других околности и разлога који су били познати продавцу, нпр. продавац и купац се налазе у другом пословном односу, или купац купује робу ради сјетве итд.

Продавац је обавезан и да преда ствар саобразну узорку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавјештења. У овом случају постоје одређене дилеме око тога у ком степену својства ствари морају одговарати мустри или моделу. Закон полази од „саобразности“ узорку или моделу, док Опште узансе за промет робом – Узанса број 141 став 1 и 2 прописују да испоручена роба мора „у свему одговарати узорку“, па су одступања од узорка допуштена само колико је то предвиђено уговором, посебним узансама или трговинским обичајима. За разлику од овако одређених строгих правила у Општим узансама, судска пракса полази од тога да није увијек могуће потпуно и тачно поклапање робе са мустром, те се стога сходно начелу савјесности и поштења може узети да сем допуштених случајева одступања, и одступања у извјесним небитним и сасвим неважним својствима, нису од утицаја на ваљаност испоруке, уколико странке нису другачије договориле.<sup>35</sup>

Што се тиче недостатка везаних за паковање – амбалажу и испоруку друге, а не уговорене робе (*aliud*), Закон не регулише ове случајеве, али правна теорија и пракса полазе од тога да се и у овом случају има сматрати да су у питању материјални недостаци, у ширем контексту тумачења појма *физичке мане*. Међутим, овакав приступ је отворио велике расправе у правној теорији, полазећи од тога да је употреба термина *материјални недостатак* непримјерена, и да би термин *саобразност* боље одговарао садржини овог појма, односно да би општим појмом (не)саобразност били обухваћени и случајеви везани за амбалажу, односно паковање и испоруку *aliud-a*.<sup>36</sup>

Судска пракса је у том погледу заузела став кроз тзв. шире тумачење појма *физичке мане*, у контексту коришћених термина, *материјални недостатак*, и/или *саобразност*, односно *несаобразност*.

<sup>35</sup> Пближе о томе видјети Пресуду бившег Врховног привредног суда број Сл 624/61 од 8.10.1964.

<sup>36</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима, књига II*, 1980, 73. В. Капор (1961), 170–171. Супротно становиште прихваћено је у судској пракси – поближе о томе видјети: И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд (1993) 144, као и у делу теорије – Борис Визнер, Иван Букљаш, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књига 3, Загреб 1979, 1596. А. Голдштајн, *Привредно уговорно право*, 267, по С. Фишер Шобот (2009), 83.

Из наведених разлога сматрамо сасвим прикладним рјешења која је у оваквим случајевима, у тумачењу термина *материјални недостатак*, заузела судска пракса и да замјена термином саобразност, како сматрају неки правни теоретичари, не би ништа суштински промијенила. Поготово имајући у виду да се саобразност, односно обавеза испоруке саобразне робе од стране продавца и претпоставља и очекује, а да испорука несаобразне робе у ствари представља њену негацију. Имајући у виду велики напредак у развоју међународних трговинских односа и промета робе и услуга, сматрамо да би било тешко, скоро немогуће утврдити и прописати све елементе саобразности таквих производа. Стога ће судска и арбитражна пракса, водећи рачуна о свим околностима датог случаја и намјене купљене робе, на много једноставнији начин заузети одговарајуће становиште. Другим ријечима, у овом контексту, сматрамо много примјеренијим говорити о материјалним недостацима, него њиховим замјенивањем општим појмом (не)саобразности.

Појам материјални недостатак обухвата *и испоруку мање количине робе*. Недостаци у количини испоручене робе нису обухваћени појмом материјални недостатак, у члану 479 ЗОО, али се из члана 492(1) ЗОО (који регулише права купца у случају постојања дјелимичних недостатака) који говори да дјелимични недостатак постоји кад само дио ствари има недостатке или кад је предат само дио ствари, односно мања количина од уговорене, може закључити и да испорука мање количине робе представља материјални недостатак.<sup>37</sup>

## **Закључак**

Уговор о међународној продаји робе представља основни правни посао међународне трговине и инструмент међународне размјене а обавеза продавца да испоручи робу представља његову основну обавезу. Обавеза испоруке саобразне робе изводи се из обавезе испоруке робе (у Бечкој конвенцији) или из обавезе предаје ствари (у Закону о облигационим односима).

Од несаобразне испоруке треба разликовати испоруку несаобразне робе. Ово разликовање је посљедица примјене тзв. јединственог или интегралног приступа повреди уговора и из тога изведених последица који је карактеристичан за униформне међународне изворе, прије свега

<sup>37</sup> С. Фишер Шобот (2009), 83.



за Једнообразни закон о продаји тјелесних ствари и за Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе.

Ни у упоредном праву, као и код униформних извора, не постоје јединствена рјешења у погледу саобразности робе. У упоредном праву обавеза испоруке саобразне робе има свој коријен у установи одговорности за *материјалне недостатке* (мане) која у већини националних права представља посебну обавезу продавца.

Закон о облигационим односима не познаје термин саобразност, него говори о одговорности продавца за материјалне недостатке, преузимајући на тај начин рјешења Једнообразног закона о међународној продаји тјелесних

**Jelena V. Grahovac, PhD**  
**Senior Expert Associate**  
**District Court in Banja Luka**

## **OBLIGATION OF SELLERS IN INTERNATIONAL SALE TRANSACTIONS TO DELIVER CONFORMING GOODS**

### *Conclusion*

*The Contract on international sale of goods is fundamental legal transaction of the international trade and the international trade instrument and the delivery of goods is seller's fundamental obligation. The obligation for the delivery of conformity of goods runs from the obligation for the delivery of goods (according to Vienna Convention) or the obligation to transfer goods (according to Civil Obligations Act).*

*Nonconformity of delivery differs from the delivery of nonconformity of goods. This difference is a consequence of the implementation of so called unitary or integral approach on breach of contract and its resulting consequences, which are typical for the international uniform sources, especially for the Uniform Law for the International Sale of Goods-ULIS, as well as UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods.*

*Neither comparative law nor uniform sources have unique solutions on conformity of goods. According to comparative law the obligation for the delivery of conformity of goods is based on the institution of liability for*

*material defects which is, according to most of National laws, a fundamental seller's obligation.*

*According to Civil Obligations Act, the term conformity is not adequate, so it refers to seller's duty for material defects, taking over the solutions from Uniform Law for the International Sale of Goods.*

**МЕЂУНАРОДНО ПРАВО НА ПОЧЕТКУ XXI ВИЈЕКА**  
**Теоријски поглед на савремену доктрину, процесе и проблеме**  
**међународног правног поретка**

Доц. др Матеј Савић\*

***Апстракт:** У анализи положаја међународног права на почетку XXI вијека, може се рећи да се међународни правни поредак развијао од класичног међународног права у периоду XIX до првих деценија XX вијека, преко модерног међународног права кроз XX вијек, до великих реформи и савремених тенденција с краја прошлог и у годинама XXI вијека. Велике промјене које се тренутно дешавају у међународном животу, довеле су међународно право у дубоку кризу и у први план избациле државни волунтаризам и политику моћи. Јасно је да право и политика не могу бити растављени. Они нису истовјетни, али ступају у интеракцију на неколико нивоа. Право и политика немају за циљ да дисциплинују или минимизирају значај једно другог. Међутим, уколико се настави овакав тренд међународне праксе, биће неопходно право дистанцирати од политике, а политику укротити правом. Ово су само нека од питања која се разматрају у овом раду.*

***Кључне ријечи:** међународни правни поредак, међународни систем, међународна политика, волунтаризам, објективизам, критичке правне студије, политика моћи.*

## 1. Увод

Од најстаријих дана централну улогу у развоју човјечанства заузима мала је идеја права и правде. У оним тренуцима када је право стављано

\* Доцент на Факултету политичких наука из области међународног права, Универзитет у Бањој Луци

у други план свијет је био попреште великих криза и недаћа.<sup>1</sup> Историја је показала да је правни поредак готово увијек гарант стабилности и развоја. Иако данас све гласније чујемо другачије мишљење, посебно од појединих англосаксонских писаца<sup>2</sup>, правни поредак је уистину неопходан, хаос је непријатељски према праведном и стабилном постојању.<sup>3</sup> Међутим, с краја XX вијека тенденција минимализације државе и права праћена је банализовањем појма суверености и сталним процесом дерегулације одређених области друштвеног живота. Критика и оспоравање (посебно) међународног права постала је свеprisутна, а у актуелном часу напад на државу и (државно) право је прилично интензиван, посебно из *западног свијета*.<sup>4</sup> У таквом амбијенту међународно право је под великим притиском, како у доктринарном погледу, тако и са практичне стране.

Правни квалитет међународног права је прво и најчешће питање које се поставља. То је питање остваривања, тј. стварања, примјене и извршења међународноправних норми и обезбјеђења правне сигурности у међународном животу. С друге стране, међусобна условљеност права и политике на међународном плану ствара потребу за сталном равноте-

<sup>1</sup> Још у античко доба у периодима када су се напуштале општеприхваћене вриједности (правног поретка, готово увијек је долазило до потпуне самовоље појединаца и исцрпљујућих ратова, нпр. пелопонески ратови. Такође, у средњем вијеку познајемо велики број случајева у којима се поредак замјењивао за хаос рата. Случај одустајања од права и кршења норми можемо примијетити и у поступцима европских држава у оквиру Друштва народа непосредно пред почетак Другог свјетског рата. Данас, у првим деценијама XXI вијека, свједочи смо (ре)афирмације (државног) волунтаризма у форми тзв. политике моћи (*Power politics*) која потискује међународно право и наглашава конфликти и сталну борбу за превласт.

<sup>2</sup> На првом мјесту мислимо на теоретичаре (политичке филозофије) либерално-анархистичке доктрине како их поименице наводи А. Савановић, и то: М. Родбарт (*Murray Rothbard*), Д. Фридман (*David Friedman*), Х. Х. Хопе (*Hans-Hermann Hoppe*), Р. Нозик (*Robert Nozick*), Л. вон Мисез (*Ludvig von Mises*), Ф. А. Хајек (*Friedrich A. Hayek*), М. Фридман (*Milton Friedman*), Џ. Бјукенен (*James Buchanan*) и др. Ову доктрину на правни језик су превели А. М. Слотер (*A. M. Slaughter*) и Ф. Бобит (*P. Bobbitt*) који наглашава да процес умирања националне државе увелико траје, при чему, према њему, њу замјењује тржишна држава, што има посебне последице за међународноправни поредак. Шире в. *The Shield of Achilles: War, Peace, and the Course of History*, 2002, стр. 353 и 667. Популарно названи либертаријанци пропагирају крајњи антиетатизам и, што је за нас посебно значајно, максималну правну дерегулацију (са хипотезом саморегулације) у којој су основне вриједности индивидуално право власништва и „тотална“ слобода. Како то наводи А. Савановић, „оно што је први резултат политичког успона либертаријанизма, а с њим и анархокапитализма, и корак већ подузет у многим земљама, јесте редуковање са једне стране социјалне државе и било каквих других нетржишних хуманизма, а с друге стране националне државе“ А. Савановић, *Анархокапитализам, политичка филозофија антидржавног капитализма*, Бања Лука 2011, стр. 15.

<sup>3</sup> Шире в. о правном поретку, М. N. Shaw, *International Law*, Seventh Edition, Cambridge University Press, 2014, стр. 1.

<sup>4</sup> Тај процес је у литератури популарно назван као *процес дерегулације*.

жом између ове двије категорије. Како то објашњава М. Н. Шо (*Malcolm N. Shaw*), „политика моћи (*Power politics*) наглашава надметање, конфликте и супрематију и прихвата у својој основи борбу за опстанак и утицај. Међународно право тежи ка хармонији и уређењу спорова.“<sup>5</sup> Правни поредак и право не могу обезбиједити правду ако постоји дисбаланс између права и политике. Политика мора бити укроћена правом. Међутим, данас се све више (спољне) политике, прије свега држава *политичког запада*, покушавају обући у униформу међународног права и тако прикрити своје стварне намјере за хегемонијом и свјетским утицајем. Таква пракса је приморала и неке западне државе да прибјегну сличним методама.<sup>6</sup> Сједињене Државе уз подршку савезника то већ деценијама раде с циљем остварења својих једностраних интереса. И онда када остану разоткривене, показујући прости политички прагматизам, занемарују и заобилазе норме међународног права, као да оно не постоји.<sup>7</sup> На тај начин се политике држава крећу од потпуног и досљедног прихватања и примјене међународноправних правила до његовог потпуног (најчешће прешутног) негирања. Иако је овакво опортунистичко разумијевање (и примјењивање) међународног права, у данашњим условима међународног живота изузетно опасно, оно није нов феномен. Баш као што ни државни волонтаризам и нови империјализам, данас обучени у ружичасте кошуље слободног тржишта, демократије и људских права, нису феномени новијег датума.

Тако је тридесетих година прошлога вијека, М. Владисављевић, у своме дјелу *Држава и међународна заједница*, писао о скептичном држању појединих аутора према међународном праву, које се, у поређењу са државним, сматра ипак као право, али као неко несавршено, будуће

<sup>5</sup> Исто, М. N. Shaw, *International Law*, Seventh Edition, стр. 9.

<sup>6</sup> С циљем развоја мултиполаризма у међународној заједници то кроз своје међународно дјеловање покушавају Руска Федерација и Народна Република Кина..., на регионалном плану сличним методама прибјегавају Бразил и Индија, а на Блиском истоку Република Турска и, с времена на вријеме, Исламска Република Иран, али то чине и неке друге земље у зависности од тренутних околности.

<sup>7</sup> Тако је нпр. успркос америчкој инвазији на Ирак, предсједник Џ. Буш (*George W. Bush*) тврдио да напад Руске Федерације на Грузију 2008. године представља акт који се не може толерисати. Једна оваква агресија на суверену државу у XXI вијеку, према њему је (била) неприхватљива, иако су оружане снаге НАТО алијансе, у том тренутку већ биле стациониране у Ираку. Свакако, напад на Грузију је, без сумње био протуправни акт – чин агресије против суверене и међународно признате државе, међутим, САД и НАТО савез који су у том тренутку Ирак, Афганистан, тзв. Републику Косово – дио Србије држале под демократском окупацијом нису имале и немају ни данас никакав нити правни, нити морални основ да наглашавају да је агресија на суверену државу у XXI вијеку протуправна и неприхватљива. Шире в. М. Савић, *Сувереност држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности*, Политеиа, ФПН БЛ, год. 4, број 8, 2014, стр. 84.

право, и које се налази у неком стању рађања.<sup>8</sup> „Две велике групе основа порицања међународног права појављују се ипак и код ових писаца у врло разноликом облику, једна поред друге и једна кроз другу. Ту је прво група основа по којима се пориче међународно право због тога што оно нема један централни правни извор у облику једне заједнице која би, као државни законодавац, формулисала правне прописе и која би располагала једном непристрасном силом као органом заједнице.

Поред ове, истиче се често друга група основа порицања међународног права која се базира на недостатку међународноправног остваривања (међународноправног позитивирања).<sup>9</sup> Иако и данас, у оквиру међународног права, постоје многобројна отворена питања, може се рећи да се у то вријеме, оправдано, могао заузимати такав став. Међутим, данас више не смије бити сумње да међународно право представља веома значајну правну област, регулатора односа у међународној заједници и, на неки начин, још увијек, каквог-таквог гаранта за очување међународне заједнице и држава као посебних субјеката права у њој. „Супротно популарном вјеровању, државе се придржавају међународног права и повреде су релативно ријетке. Међутим, те повреде (као што су оружани напади и расно угњетавање) су добро уочљиве и ударају у само срце система, стварања и очувања међународног мира и правде.“<sup>10</sup> Сваки дан се дешавају инциденти као што су убиства, пљачке или силовања у националним правним системима, што не значи да се тим инцидентима урушава правни систем једне државе. Држава се бори против тога примјеном санкције. Аналогно томе, злоупотребе и кршење међународноправних правила не доводе у питање ваљаност или неопходност међународног система, оне указују на његове слабости и недостатке, баш као што је немогућност примјене санкције. Данас, с обзиром на многобројне промјене које су се у међувремену догодиле, треба да се запитамо гдје се међународно право налази на почетку XXI вијека и каква је његова будућност.

## 2. Међународно право од модерног система до савремене кризе

Сматра се да је досадашњи развој међународног права показао да многобројни чиниоци политичког, економског, техничког, идеолошког и

<sup>8</sup> М. Владисављевић, *Држава и међународна заједница*, Београд, 1933, стр. 22.

<sup>9</sup> Исто.

<sup>10</sup> М. N. Shaw, цит. дј., стр. 5.

другог карактера играју важну улогу у одређивању садржаја и облика међународних правила и аката. “Сваки нови проналазак и нови друштвени односи који се на томе граде и стварају нужно утичу и на правно уређење у међусобним односима субјеката међународног права. Најновији научни проналасци и техничке иновације су најбољи доказ за ову тврдњу.”<sup>11</sup>

„Поглед бачен уназад, на XX век, указује нам на два правца и истине, једне другима супротстављајуће али и прожимајуће. Два убилачка и стравична рата и безброј других, локалних и простором ограничених оружаних сукоба али ништа мање рушилачких, с једне, и бележење успона формалног напретка развоја и кодификације међународноправног система, али и његовог непоштивања, с друге стране. И успони и падови истовремено.“ Стога се може рећи да се „ритам историјских догађаја одражава... и баца светло на међународно право и обрнуто.“<sup>12</sup>

Од доношења хашких правила на тзв. конференцијама мира од 1899. и 1907. године, па преко ограничења вођења рата и других правила у систему Друштва народа послје Првог свјетског рата, до садашњих важећих регула у међународноправном поретку Уједињених нација „пређен је велики пут у кодификацији правила међународног права којима се регулишу мир и рат, односно оружани сукоби. Последње деценије обележене су напорима да се донесу одговарајућа међународноправна правила о сарадњи и развоју држава, заштити животне средине, одговорности држава на међународном плану и др., а посебно доношењу корпуса људских права“<sup>13</sup>

Управо стога, у доктрини се често констатују старе истине о потреби да се међународно право мијења или пак треба да се мијења, с обзиром на чињеницу да се и сам свијет мијења. “Али, упоредо с тим, постоји и друга премиса која упућује на то да се свет мења. Или, ближе, друштво и међународна заједница преображавају право или, пак, ствара се право да би се утицало на промену друштва и међународне заједнице“<sup>14</sup>. Тако, у теорији међународног права волунтаризам односно консензуализам и правни позитивизам, почетком и током двадесетог вијека, уступају

<sup>11</sup> Ch. Rousseau, *Droit international public*, I, Paris, 1970, p. 16–24, 49–52.

<sup>12</sup> M.Lachns, *Le droit international a l'aube du XXI siecle*, Revue Generale de Droit International Public, tome 96/1992, p 530–549. као и Н. Thierry, *L' evolution du droit international*, Cours general de droit international public, Recueil des cour, 1990, III, 9–186; P. de la Pradelle, *Progres ou declin du droit international?*, Melanges offerts a Charles Rousseau, Paris, 1974, p 139–152.

<sup>13</sup> С. Ђорђевић, *Увод у међународно право*, Београд, 2007, стр. 63.

<sup>14</sup> Исто, стр. 63, а шире в. Р. Weil, *Le droit international en quete de son identite*, Cours general de droit international public, Recueil des cours, 1992, VI, 237, p. 27.

мјесто, истина тешко, ограниченом и усмјереном објективизму у међународном праву, који се, опет јавља у разним, фрагментисаним формама.<sup>15</sup> Такође, не смијемо занемарити вриједности које су последично остале иза идеје солидаризма, који је, опет на посебан начин комплементаран (иако је у основи погрешан) са објективизмом.<sup>16</sup> Није без одјека ни постмодернистички приступ у међународном праву, транспондиран под називом постпозитивизам који се јавио крајем XX вијека као реакција на строги позитивизам. Утемељен на критици апсолутног егатизма кроз који се и развило међународно право, постпозитивизам оспорава фундаменте међународноправног поретка и тиме на одређени начин кореспондира са идејом анархизма.<sup>17</sup> Може се рећи да се данас мијешају и иду упоредо двије струје, волунтаризам и објективизам<sup>18</sup> у најширим оквирима,

<sup>15</sup> Тако се у првој половини XX вијека преплићу становишта реалиста (Јелинек, Хелер, Ловелин и др.), која слиједе дуалистичке принципе, консензуализам и просту вољу држава и идеалиста (Келсен, Лаутерпахт, Радбрух, Тасић и др.) који у правилу прихватају монистичке вриједности, објективистички приступ, природна права и идеал правде и правичности.

<sup>16</sup> „Творац ове теорије је француски теоретичар Л. Диги (*Leon Duguit*) 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 тог времена у Француској, при чему је, с друге стране, оповргавала 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.“ М. Савић, *Међународно јавно право и његови субјекти – нека од теоријских одређења међународноправног субјективитета*, Правна ријеч, год. X број 37/2013, 162. Међутим, такав приступ (у другачијој форми) данас, посебно међу неким правним практичарима и политичким филозофима је прихваћен.

<sup>17</sup> Шире в. М. Савић, цит дј., стр. 164.

<sup>18</sup> Тако се послје Другог свјетског рата појавио тренд који је наглашавао анализу политике моћи (*Power politics*), при чему су се међународни односи разумијевали кроз могућност остварења утицаја и доминације. Међународно право је у оквиру овог приступа представљено само као резултат политичких процеса и инструмент за остваривање интереса држава – Х. Моргентхау (*H. Morgenthau*), К. Томпсон (*K. Tompson*), Р. Арон (*R. Aron*) и др. Оваква схватања, поред тога што су доводила до општег песимизма, имају велике недостатке зато што почињу и завршавају са унутардржавним активностима – реализација спољне политике, што не само да није довољна платформа за схватање међународног права, него је и погрешна. Ово је можда и најистакнутији модерни облик волунтаризма у XX вијеку. С друге стране, тзв. теорија правде (*Theory of Justice*), према којој је међународно право схватано као ујелотворење природног права, развила се у вријеме успостављања међународних организација и новонасталих проблема у погледу међународне правде. Представници ове теорије као што су Џ. Ровлс (*J. Rawls*), А. Д'Амато (*A.D. Amato*), Х. Лаутерпахт (*H. Lauterpacht*) наглашавали су неопходност природног права и значај етичких стандарда у правном поретку, као што су неагресивно постојање и људска права.



свакако са пуно нијанси, „уступајући једна другој место и преплићући се, зависно од ставова писаца, различитим убеђењем и тумачењем интереса држава у првом реду“.<sup>19</sup>

Управо је тако савремена бихејвиористичка теорија међународних односа имплементирана у теорију међународног права од стране великог броја англосаксонских писаца.<sup>20</sup> Популарно назван као слједећи *талас напретка*<sup>21</sup> овај, политички оријентисан концепт, одређује право као свеобухватни процес доношења одлука, занемарујући смисао права и усклађености правних правила и обавеза. Како је то нагласио и М. С. Мекдугл (*M. S. McDougal*), „то је активан, свеприхватајући приступ, који посматра међународно право као динамичан систем који функционише у оквиру посебног типа свјетског поретка.“<sup>22</sup> Иако се на први поглед може чинити другачије, бихејвиоризам као концепт у међународном праву представља само *широку лезу метода*<sup>23</sup> које у емпиријском (данас и у аксиолошком) смислу представљају заправо основу новог волунтаризма (појединих држава). Овај концепт је с разлогом критикован од стране модерних – традиционалних правних писаца зато што погрешно тумачи правну природу међународног права и игнорише чињеницу да су „нације (државе оп. аут.) те које су прихватиле међународно право такво какво јесте и да оне прихватају његове наредбе“.<sup>24</sup>

С друге стране, тзв. критичке правне студије (*Critical legal studies*)<sup>25</sup> новијег датума покушавају посматрати ситуацију другачије, више кроз перспективу ширења хоризонта међународноправног поретка, наспрам бихејвиоралистичког концепта према којем националне државе прихватају обавезе и одређена дефинисана ограничења у свом понашању.<sup>26</sup> Овај теоријски правац „наглашава да је традиционални приступ међународном праву у основи транспонирао либералне прин-

<sup>19</sup> С. Ђорђевић, цит. дј., стр. 64.

<sup>20</sup> То су, како наводи Малколм Шо, К. А. Мекклиланд (*C. A. McClelland*), М. А. Каплан (*M. A. Kaplan*), Р. А. Фалк (*R. A. Falk*) и други. Бихејвиорализам је подијелио област међународних односа на два учења. Прво које разматра технике спољне политике и друго које се састоји из приступа кроз анализу међународног система. Шире в. М.Н. Shaw, цит. дј., стр. 40.

<sup>21</sup> Енгл. *Wave of Advance*.

<sup>22</sup> Шире в. М. S. McDougal, *International Law, Power and Policy*, HR, 1952, стр. 195.

<sup>23</sup> Исто.

<sup>24</sup> Шире в. R. Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, ICLQ 17, 1986. стр. 58.

<sup>25</sup> Критичке правне студије су у земљама политичког Запада популарно називане термином нови приступи међународном праву – *New Approaches to International Law* – NAIL. Семантички посматрано, веза са појмом нови свјетски поредак – *New World Order* је недвојбена, најалост и суштински постоји веза, што нас опет враћа у империјални волунтаризам.

<sup>26</sup> M.N. Shaw, цит. дј., стр. 41.

ципе домицилних система на међународни план, што је довело до нових проблема.<sup>27</sup> Другим ријечима, „либерализам константно покушава направити баланс између индивидуалних слобода и друштвеног поретка и као такав је оспорен, неизбежно заузимајући страну једним или другим пропозицијама, што је погрешно. Постоје само две могућности у погледу правде као такве – субјективно, само по себи, или наметнуто (објективно – оп. аут.).“<sup>28</sup> Ово у одређеној мјери кореспондира у политичком смислу са ставом либертаријанаца.

Теоретичари критичке правне студије наглашавају да моћ државе и међународни правни концепт морају бити узети у обзир, као што правни оквир одражава политичке факторе.<sup>29</sup> Тако А. Коскениеми (*Antero Koskenniemi*) наглашава да „постреалистичка теорија покушава разријешити питање односа права и друштва, као и ограничења легитимности у свијету суверена као свијета једног проблема – проблема концепта моћи.“<sup>30</sup> Резултат је такав да је у оквиру критичке правне студије предложен концепт према коме не постоји кохерентан међународни систем, на основу којег би постојећи поредак требало, слиједом, да се центрише на *ad hoc* правне процесе, и то оне који одражавају стварно стање ствари у смислу концентрације моћи. Заправо, ријеч је о покушају да се воља држава на један прагматичан и, надасве уопште аналитички (политички) начин сегментира и детерминише у односу на међународноправни поредак. Постреализам је сам по себи, готово у свим модерним облицима, погрешан јер представља исконски облик волунтаризма, прилагођен савременом међународном животу. На тај, данас, софистициран начин само се враћамо на почетак. Правимо исте грешке, упркос бескрају објављених књига које осуђују такав примитивни приступ међународном животу, а који се огледа кроз прости волунтаризам у међународном праву.

На овом мјесту је потребно навести да је већ наведено становиште С. Ђорђевића да се данас у међународном праву мијешају и иду упоредо двије струје, волунтаризам и објективизам у најширим оквирима без дилеме, тачно. Нажалост, у првим деценијама XXI вијека све више, како у теоријском, тако и у практичном смислу преовладавају размишљања која представљају оличење волунтаристичке теорије. Још већи је про-

<sup>27</sup> А. М. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011, стр. 16.

<sup>28</sup> Шире в. А. М. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Helsinki, 1989. стр. 214.

<sup>29</sup> Шире в. R. St J. Macdonald и D. Johnston, *The Structure and Processes of International Law*, Dordrecht, 1983, као и S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000, стр. 190–211.

<sup>30</sup> А. М. Koskenniemi, цит дј., стр. 21.

блем што је извршена партикулација међународних процеса и што теоријске категорије више нису методолошки диверсификоване. Развој интердисциплинарног приступа, на првом мјесту критичке правне мисли, у изучавању међународног права је довео до тога да се у оквиру становишта поједних аутора могу пронаћи тврдње да се држава мора обавезати на поштивање партикуларних међународних правила и на тај начин додатно ограничити с циљем обезбјеђења међународног поретка, при чему је, истовремено, то ограничење условљено прерасподјелом моћи између држава.<sup>31</sup> Упркос присутној контрадикцији, очигледно се види да је крајње исходиште оваквог размишљања дефрагментација међународног система и то према квалитету и квантитету политичке моћи.

Због наведеног, многи аутори сматрају да вјечита дебата о постојању или непостојању међународног права и о његовом основу важења помало малаксава. Упркос томе, систем правила међународног права се стално надокнађује, обнавља и мијења. “На једној страни – тврђење да је међународно право само жеља идеалиста, а на другој – стална потреба за њим. Државе никад не испуштају прилику да се на њега позову, ако им то иде у корист. Па чак, и ако се прихвати да оно постоји, истиче се у доктрини, међународно право не заслужује лепо и добро име, тј. његов имиџ није тако сјајан.”<sup>32</sup>

Управо због тога, сматра се да упоредо живи убјеђење да се међународно право своди на правила игре која су „прописали најмоћнији и највећи за најслабије у име највиших начела, или мало одмереније и блаже – то је политика држава праћена другим средствима ако то помаже њиховим интересима. Но, и поред ове, само делимично тачне објективне истине, ништа мање није тачно и то да, ако међународно право и не би постојало, требало би га измислити“.<sup>33</sup>

Данас је чињеница да многе државе крше међународноправна правила, али се истовремено све оне труде да докажу да је оно на њиховој страни. Стога се често каже да „насупротив илузијама и хипокризији које иду упоредо, међународно право је стални изазов за ружну стварност која треба да се премости, преброди и упути ка највећим вредностима људске цивилизације.“<sup>34</sup> Често се истиче, а што је и наш став, да „мењање

<sup>31</sup> Овакав приступ су прихватили М. Ејскенс (*M. Eyskens*), А. Коскениеми (*A. M. Koskenniemi*), И. Скоби (*I. Scobbie*) и други.

<sup>32</sup> С. Ђорђевић, цит. дј., стр. 64–65.

<sup>33</sup> Исто, стр. 65.

<sup>34</sup> Исто, при чему М. Владисављевић у цит. дј., стр. 168, истиче да идеалитет уже друштвене

равнотеже између људске воље да се преобрази свет и политичке стварности која се томе одупире и иде својим неумитним путевима – то је слика данашње међународне заједнице и данашњег међународног права којим су регулисани односи у њој. И тако, непрекидно, сувише стварности рађа мучно фрустрирање а од сувише утопија остају само снови. Зато смо сагласни да не треба сувише очекивати само од међународног права, већ му треба оставити у дужност оно што превасходно зависи од њега<sup>35</sup>.

У анализи положаја међународног права на почетку XXI вијека, може се рећи да смо „за последња два века прошли пут од класичног међународног права од краја XIX века до почетка XX века, савременог међународног права кроз XX век и наговештаја новог светског поретка према XXI веку“,<sup>36</sup> при чему се поставља питање садржине и остварљивости новог светског поретка. Управо због тога, поједини аутори истичу да нам сутрашњица доноси глобализацију свих свјетских проблема, али истовремено и дезинтеграцију и фрагментаризацију држава и појединих друштава. Поред овога, истовремено тече и социјални развој у свим областима а при томе га прати национални и наднационални криминал, такође у свим областима. Упоредо са овим иде и хуманизација и дехуманизација свих људских односа.

“Нови светски поредак, ако је заснован само на превласти једне велесиле (сада САД), не може да рачуна да у прокрустову постелу смести све унутрашње правне поретке по својој мери и моћи. А, по неким показатељима, САД изједначују свој унутрашњи поредак са

---

заједнице треба да буде у складу са идеалитетом међународне заједнице. Ову исту мисао можемо изразити и Шојнеровим посматрањем, наиме да држава треба да усклади своје циљеве са циљевима човјечанства. Ако из овог факта ипак проистиче однос зависности једног идеалитета, који је ужи, од онога који је шири, то не мора значити да је ужа група потпуно апсорбована универзалном заједницом и да њен индивидуалитет не постоји.

<sup>35</sup> Исто.

<sup>36</sup> Исто, стр. 66. У потпуности се слажемо са историјском категоризацијом међународног права проф. С. Ђорђевића, међутим, мишљења смо да би период од XIX до краја XX вијека било прецизније одредити као епоху модерног међународног права, а која је услиједила са првим системским документима и организацијама, након класичног доба. С друге стране, крај XX вијека и вријеме у ком живимо политички запад уистину јесте одредио термином нови свјетски поредак (*New World Order*), ипак међународни живот се до данас није баш развијао у складу са његовим вриједностима. Добили смо низ алтернативних праваца, мултиполаризацију, формиране су *specialis* међународне организације нпр. BRICS, итд. Што је компромитовало идеју новог свјетског поретка и оспорило његову димензију свјетског. Он можда јесте нови, западни, свакако јесте, али више се не може сматрати свјетским. Из тог разлога период првих деценија XXI вијека неопходно је детерминисати као вријеме савремених тенденција у развоју међународног права, које ће се прецизно моћи именовати тек по окончању данас актуелних процеса у међународном животу.

међународноправним, боље речено, гоне овај потоњи да се управља по њиховом унутрашњем поретку (санкције, војне мере у вези са главом VII Повеље УН, превасходно војни интереси око ширења Северноатлантског пакта, уцењивање Организације Уједињених нација новчаним доприносом, одговорност појединаца за међународна кривична дела за неке изабране случајеве, али не и за све, укључујући грађане САД и др.).<sup>37</sup> Англоамеричка концепција *новог свјетског поретка* која се данас популарно прихвата као пројектовани систем постхладноратовског периода и јесте један од основних разлога јачања државног волунтаризма који својом спољном политиком намећу Сједињене Државе. Превласт једне силе неминовно доводи до потчињавања свих других, а чиме се, посљедично, право и правни поредак дерогира у корист управо политичке моћи. Међутим, како то наглашава С. Милне (*Seumas Milne*), „америчко обмањивање је завршило, њихов војни утицај поткопан је у рату против тероризма у Ираку и Афганистану. Након двије деценије у којима су САД опкорачиле свијет попут *Колосуса*, године неспорне америчке моћи су завршиле“<sup>38</sup> чиме је, сматра он, *нови свјетски поредак* пропао.

Стога, увијек морамо имати на уму чињеницу да право не може стварати стварност, стварне, фактичке друштвене односе (у најширем смислу ријечи), већ да стварност тј. воља, свијест његовог творца одређује његов садржај. О његовој примјени да и не говоримо. Управо стога, сматрамо да је на овом мјесту потребно поменути схватања њемачког аутора Урлиха Шојнера (*Ulrich Scheuner*) који је још 1931. године истицао потребу да се међународни односи поставе на сигурну базу, истичући да се свака заједница изграђује на једној стварној животној и непосредној заједници. „Не ствара међународно право међународноправну заједницу (против нормативиста), већ раније постојање узајамности животних односа једног цивилизованог човјека као и општост одређених етичких и основних правних уверења омогућава постојање једне заједнице држава. Ова узајамност међународноправне заједнице није само узајамност држава, већ узајамност и народа који у њима живи, социјалних група, на ниже индивидуе. Социолошки, међународно право не може се разумјети ако се не увиди како се међународна заједница увлачи кроз државни рам, како она свој живот одржава кроз хиљадоструке споне појединаца, које пролазе кроз државу, социјална удружења националног и интернацио-

<sup>37</sup> Исто.

<sup>38</sup> S. Milne, *The End of the New World Order*, The Guardian, Article, 2012, шире в. интернет, доступно на: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/oct/19/new-world-order>, приступљено у августу 2014. године.

налног облика, и како се у државама и даље, над њима, формира општа свијест заједнице држава“.<sup>39</sup>

Чини нам се да управо ова свијест још увијек недостаје. Управо због тога, сматрамо да нормативни систем међународног права треба ставити у службу циљева који треба да се остваре између субјеката међународног права, али не само између држава и међународних организација и других признатих цјелина, већ, у најширем смислу, међународне заједнице као цјелине, у вези са општим вриједностима људске цивилизације и људских права. Међутим, поставља се питање: “Да ли је овај циљ у име заједничке баштине човечанства остварљив или њему треба само тежити, без обзира на објективне историјске сметње (сиромаштво и богатство, демографија, економска зависност, технологија, војна моћ, природа људског друштва, интереси и др.)?”<sup>40</sup>

Такође, поставља се питање – гдје су данас основи важења савременог међународног права? С обзиром на постојеће друштвено-економске односе као и с обзиром на међузависност држава, потребно је констатовати, како то чине неки аутори,<sup>41</sup> да овај основ лежи у ширим разлозима који иначе важе за основе важења права као таквог. С обзиром на посебну природу међународног права као и с обзиром на његова обиљежја, може се рећи да је овај основ донекле преображен и да има своје посебности. С обзиром на наведено, може се рећи да, у новим условима, међународно право није и не може бити пуки одраз политичких и економских потреба и захтјева држава. Државе су приморане на сарадњу и на одрицање од извјесног степена свог суверенитета, без обзира на различите политичке системе и материјалну базу. Због свега тога, можемо рећи да се међународно право данас налази пред новим и све већим изазовима.

### 3. Нови изазови у савременом међународном праву

Можда је овај дио рада најбоље започети ријечима Л. Грина (*Leslie Green*), који каже: “Када би неко запитао обичног човека на улици што он схвата под међународним правом, вероватно је да би учинио грубу примедбу у погледу његовог ефекта. Наиме, ради се о појави која се на-

<sup>39</sup> U. Scheuner, *Staat und Staatengemeinschaften-Blatter fur Deutsche Philosophie*, V.B. 2-3 H.Berlin, 1931, p. 101.

<sup>40</sup> С. Ђорђевић, цит. дј., стр. 67.

<sup>41</sup> Исто.

жива право, о којој свако говори, али о којој нико не води рачуна.<sup>42</sup> Грин на пластичан начин указује на проблеме државног волунтаризма који од почетка притишће модерни међународни поредак (систем), иако га је консензуално у основи и створио. Ово је опет питање правног квалитета међународног права и његовог највећег недостатка – условљености политичком вољом држава и актуелном политиком моћи. Међутим, с друге стране, не смијемо заборавити и данас актуелне Кантове ријечи: “Но, како се међу народима на целој Земљи развило јединство до те мере да се повреда права извршена на једном месту на Земљи осећа на свим другим местима, самим тим идеја о праву грађана света није никаква фантастична и настрана правна замисао, већ је у неписаном кодексу и државног и међународног права нужна допуна за јавно право човека уопште, а тиме и за вечни мир“.<sup>43</sup> Нажалост, јединство народа о коме Кант говори данас је обесмишљено и злоупотребљено. Примијењена хипокризија политичког Запада, праћена војним арсеналом на крилима пропаганде свјетских медија, успјела је за нешто мање од тридесет година (од пада Берлинског зида 1989. године) разјединити међународну заједницу до те мјере да су отворени конфликти захватили готово трећину држава у свијету. Ово питање је посебно данас актуелно, с обзиром на интензитет и распрострањеност оружаних сукоба међународног карактера.<sup>44</sup>

Међутим, идеја јединства народа не смије бити занемарена и заборављена, јер то је један од највиших идеала. Јединство народа једна

<sup>42</sup> L. Green, *Priroda međunarodnog prava (La nature du droit international)*, JRMP, 2/1956.

<sup>43</sup> И. Кант, цит. према Г. Радбрех, *Филозофија права*, Београд, 1998, стр. 194.

<sup>44</sup> Од краја XX вијека до данас оружани сукоби, што грађански (унутардржавни), што међународни (међудржавни) раширили су се као пошаст, а протуправне, војне интервенције НАТО савеза, предвођеног Сједињеним Државама, максимално су интензивирани. Према подацима Међународног кривичног суда, ратни сукоби су у току или су непосредно окончани у ДР Конго, Уганди, Централноафричкој Републици, Судану, Кенији, Либији, Обали Слоноваче, Малију, Нигерији, Сијера Леонеу, Камбоџи, Грузији и Украјини. Такође, Блиски исток је у општем хаосу под притиском тзв. Исламске државе. Оружани сукоби се воде у Сирији, Либану, Ираку, Либији, Афганистану, Јемену итд. Корејско полуострво је још увијек у ратном стању, иако је оружани сукоб окончан 1953. године када је потписан споразум о престанку ватре, формално рат није завршен. Рат формално није завршен ни на простору Нагорно Карабаха између Јерменије и Азербејџана. Оружана конфронтација између Индије и Пакистана у вези области Кашмира још увијек траје (последња размјена артиљеријске ватре десила се 28. августа 2015. године, двије особе су страдале). Већини ових сукоба претходиле су војне интервенције (агресије) НАТО савеза, које су у демократском духу Запада и формулисани, под кодним називима операција *Милосрдни анђео* у СР Југославији, операција *Слобода Ираку*, те операција *Трајна слобода*, у Афганистану. Не смијемо заборавити ни војну интервенцију НАТО савеза против Ирака 1991. године, као ни бомбардовање Републике Српске 1995. године, затим Либије 2011. године и Сирије 2015. године. Поред наведеног, широм свијета је активан и велики број оружаних сукоба мањег интензитета.

је од највиших вриједности којој се мора тежити без државног волунтаризма, политике моћи и употребе оружане силе. Јединством народа обезбједило би се јединство међународног права, што би условило јединство међународног и унутрашњег права за које се Х. Келзен (*Hans Kelsen*) још у прошлом вијеку залагао. Међутим, морамо прихватити реалност која нам указује на то да је ова идеја од Канта, до Келзена, Лаутерпахта и других тешко остварива и да сама по себи има многих недостатака. То не значи да јединству утемељеном на једнакости, равноправности и правичности народа (држава) не треба тежити, јер тај пут, поткријепљен објективистичким приступом, морамо пратити. Ипак, на том путу налазимо велики број проблема. И сам Келзен, када говори о међународном праву као *civitas maxim*, каже да је теорија међународног права у противрјечности између тежњи ка заједници свјетског права изнад држава и суверености појединих држава. Он је, полазећи од Волфа, Калтенборна и других писаца, увјерен у примат међународног права, пошто је очигледно да је држава „највиши правни однос“ само ако се ограничава на један народ или ако би се човјечанство поклапало с појмом народа. „На тај се начин правни живот државе, који је, по себи, само националан, уздиже до наднационалне, општељудске правне заједнице, до међународног поретка права.“ Сагласно наведеном, Келзен је увјерен да ће се, превладавањем догме о суверености, остварити поредак свјетског права, једна *civitas maxima*. “А таква светска држава као организација света мора свакој политичкој тежњи бити постављена као бесконачан задатак“.<sup>45</sup>

Сматра се да може бити изненађујуће да Келзен стварање свјетске државе представља као политичку тежњу. Међутим, истиче М. Милојевић, “изненађења нема ако се прочитају... стране на којима Келзен политички оправдава примат међународног права.“<sup>46</sup> Наиме, он истиче да империјализам „наступа као брат-близанац субјективистичког примата поретка сопствене државе“, док је код примата међународног права империјализам противправан. “Правно јединство Човечанства, које је само привремено, а нипошто коначно, подељено на више или мање произвољно створене државе, *civitas maxima* као организација света: то је политичко језгро правне хипотезе о примату међународног права, а то је уједно основна идеја пацифизма који у области међународне политике представља супротност империјализму“ и стога „као што је

<sup>45</sup> Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права, прилог једној чистој теорији права*, Београд, 2003, стр. 268–269.

<sup>46</sup> М. Милојевић, *Келзеново схватање државе*, Правна ријеч, Бања Лука, 35/13, стр. 125.



за објективистички поглед на живот морални појам човека човечанство, тако је за објективистичку теорију права, појам права истоветан с појмом међународног права и баш због тога у исти мах етички појам<sup>47</sup>.

Показало се да је предвиђање могућности стварања свеопштег правног поретка који би постао свјетска држава недостижна утопија. Неки чак сматрају да је и у основи то погрешна идеја. „И још више, да је то само теоријска могућност у процесу интеграције, а то значи на основу међународног права које је иначе децентрализовани правни поредак. Очигледно је да то није било довољно, па су правници указивали, чак и из западноевропских држава, да је реч држава постала један од најгнуснијих и најтужнијих митова нашега времена.“<sup>48</sup>

Надаље, морамо поставити питање гдје је међународно право данас и какви су изазови у савременом међународном праву. У данашњем времену, бремениматом многобројним тешкоћама и проблемима, потребно је да се присјетимо Радбрухових ријечи: „Догма о суверенитету, међутим, која се неодлучно колеба између невољног признавања међународног права и отвореног порицања међународног права, носи обележје пристајања уз право рата, а рат је, сасвим у складу с тиме, истовремено и појава и негација међународног права“.<sup>49</sup> Истовремено, као предсказање су биле ријечи Ђ. Тасића да смо „у присуству друштва у оквиру којег треба водити рачуна о многобројним елементима како би се изградила нова правна организација. Ако је нетачно рећи да се ради само о давању форме ономе што постоји у стварности, извесно је, ипак, да се савремено друштво налази у таквом стању из кога могу произаћи нови облици.“<sup>50</sup>

Међутим, како смо већ истакли, савремено друштво бремениматом је тешкоћама „које спречавају споразум између народа ... и стварају климу узајамног неповерења, појачану разликама између речи и дела државника.“ На све ово „накалемила се још једна, ништа мање озбиљна, тешкоћа: разлика која постоји у политичкој структури различитих држава. Ради се о супротностима између држава у погледу њихове спољне политике, као и о супротностима у концепцији самог основа и принципа међународног права. То је реална политика, пракса, која је нарочито значајна, што ни-

<sup>47</sup> Х. Келзен, цит. дј., стр. 268.

<sup>48</sup> М. Милојевић, цит. дј., стр. 140.

<sup>49</sup> Г. Радбрух, цит. дј., стр. 201.

<sup>50</sup> Ђ. Тасић, *Међународна правна свест*, Београд, 2002, стр. 63, који, при овоме, стр. 79, истиче: „Шта учинити у једном свету испуњеном неправдама, у једном свету где, постављајући ствари на најбољи могући начин, остварење идеје правде захтева пролажење кроз разне sukcesивне фазе? Не може се признати право већ дужност борбе против неправде било којим средствима.“

пошто не спречава да и правне концепције имају такође извештан значај будући да ове концепције, одређене спољном политиком, са своје стране одређују политичку реалност.<sup>51</sup> На први поглед се можда не чини тако, али реал-политика (*Real-politics*) с почетка XX вијека, иако компромитована, па чак и осуђивана због радикалног волунтаристичког приступа који води ка сукобљавању, данас (у рукавицама) заправо доминира праксом међународних односа. На овом мјесту не смијемо занемарити и растуће транснационалне тенденције и утицај мултинационалних корпорација и међународних финансијских институција као што су Међународни монетарни фонд (*International Monetary Found*) или Свјетска банка (*World Bank*) и сл. који све више обавезују државе и учествују у процесу доношења одлука (стварању унутрашњих и међународноправних правила). Економска сфера све више постаје отворена за политичке агенде, на основу којих се остварују једностранни интереси у међународној заједници.

Стварање и еволуција међународног права везују се, прије свега, за развој међународних односа, мада су истовјетни импулси довели до њиховог настанка. “До успостављања међународних односа долази онда када због политичких, економских и других потреба унутрашњег развоја државе морају да траже њихово задовољавање изван својих граница. А међународно право се појављује у тренутку када су државе осетиле да треба донети правила понашања којима би се регулисало спровођење међународних обавеза и одвијање међународне сарадње.” Пошто је овај императив важећи и данас, „међународно право се у току свог модерног развоја, последња три столећа, конституисало као систем формално прихваћених принципа, правила и института, чије постојање државе признају као правну основу њихових међусобних контаката чије функције треба да одговарају функцијама унутрашњег права“.<sup>52</sup>

Но, ово очекивање се показало као илузорно, у првом реду због специфичне природе процеса у коме се долази до усвајања међународноправних норми. Како смо већ истакли, битна карактеристика овог процеса је непостојање наддржавне власти која би утврђивала ове норме. Наиме, правну природу међународног права, у првом реду, обиљежавају субјективни и компромисни карактер и недовољна ефикасност у пракси. Сматра се да је цјелокупна досадашња еволуција међународног права потврђивала ову специфичност природе

<sup>51</sup> Исто, стр. 83.

<sup>52</sup> М. Шаховић, *Међународно право на крају двадесетог столећа*, Архив за правне и друштвене науке, 1/1991, стр. 4.

међународног права и истицала је, у првом реду, субјективну вољу држава. Проблеми XIX вијека су, нажалост остали присутни кроз године прошлог вијека, данас су, свакако у другачијим и софистициранијим формама, можда још и актуелнији. Међутим, то не значи да се међународно право није мијењало. Напротив, „међународно право је производ свог окружења“.<sup>53</sup> Оно се развијало у складу са еволуцијом водећих држава и њиховим међусобним односима, као и према постојећим вриједносним тенденцијама у међународним односима и да би преживјело оно мора бити у хармонији са реалностима савременог доба.

“Са све наглашенијом међузависношћу и повећањем улоге међународне заједнице, научним и техничким прогресом, али и успостављањем новог политичког и економског односа снага у свету, и интензитет стварања принципа и правила међународног права је јачао ширећи се у разним правцима.“ И поред тога „што су се стално диференцирале снаге у сукобу, продубљивале супротности између великих сила, као и ових и осталих земаља, што се долазило до империјалистичких, колонијалистичких и хегемонистичких тенденција, до сталног продубљивања разлика између развијених и земаља у развоју и доминације политике силе, тежња за институционализацијом заједнице држава, усавршавањем система међународног права и јачањем његове улоге непрекидно је расла.“<sup>54</sup>

Управо стога се може рећи да је све што се догађало у међународној заједници неизбежно имало своје последице у сфери међународног права. Можемо рећи да су главни фактори, хронолошки посматрано, који су у том смислу дјеловали, били: 1) побједа антихитлеровске коалиције са прихватањем Повеље УН, 2) хладни рат и идеолошка подјела свијета, нуклеарна и конвенционална трка у наоружању са стварањем блокова сила, 3) успјешан процес деколонијализације који је довео до настанка нове заједнице (данас) од око 190 независних држава, углавном економски недовољно развијених али пуноправних и равноправних субјеката међународног права, од којих се већина у XX вијеку изјаснила за политику несврстаности, 4) достигнућа треће научне и технолошке револуције која су отворила врата стварању нових цивилизацијских стандарда, заснованих на заштити људских права и основних слобода, али деформисаних политиком силе која спречава коришћење ових достигнућа у мирнодопске сврхе, 5) оснивање свјетских организација, у првом реду ОУН

<sup>53</sup> М. N. Shaw, цит. дј., стр. 31.

<sup>54</sup> Исто, стр. 5.

и специјализованих агенција, као и великог броја других универзалних и регионалних међудржавних и невладиних организација и тијела, као израз реалне потребе за све већом интеграцијом чији се интензитет развија у правцу формирања надржавних заједница чији је прототип Европска унија, 6) пад Берлинског зида и пропаст једног од два блока сила и крах комунизма као идеологије, 7) експанзија НАТО пакта на исток Европе и прикривена реформа Организације Уједињених нација и међународних специјализованих агенција, 8) формирање свјетског тржишта и глобалних економских односа који, са мултинационалним корпорацијама, а упоредо са неким невладиним организацијама, посебно тангирају државе и њихове међусобне односе. На овај начин дошло је до успостављања нових веза међу државама које су на тај начин постале практично потпуно међузависне. “Штавише, може се сматрати да је у току посљедњих деценија почела да се формира нова заједница држава на бази поштовања интереса свих, независно од карактера њихових политичких система, нивоа економског развоја и величине.”<sup>55</sup>

Уколико погледамо постојеће стање међународног права у свјетлости ових промјена, видјећемо да се његова савремена еволуција кретала у смјеру успостављања јединственог, интегрисаног на заједничкој основи (Повеља УН) и усклађеног нормативног система. Сматра се да се овакав став може учинити пренаглашен и нереалан, „с обзиром на чињеницу да су државе и даље главни међународноправни субјекти“. Међутим, „ништа мање нису због тога државе у ситуацији да морају да се повинују захтевима међународног права који изражавају интересе међународне заједнице. Ова тенденција материјализована је у неколико веома значајних достигнућа која се тичу матрице развоја међународног права“.<sup>56</sup>

Тако се међу најзначајнија достигнућа међународног права свакако морају убројити одређена хијерархизација норми међународног права и постављање основа за коначно конституисање једног објективизираног међународноправног поретка независног у односу на државе и њихову појединачну вољу. Наравно, будући развој ће показати до које мјере и у ком смјеру ће ауторитет међународног права јачати. Интересантно је поменути да је у току протеклих деценија дошло до повећаног интересовања држава за уношењем у уставне акте одредаба о односу између њихових унутрашњих правних система и међународног права и међународних односа уопште. Због тога се може рећи да се постепено напушта два-

<sup>55</sup> Исто, стр. 6.

<sup>56</sup> Исто.

листички приступ у односу између држава и међународног права. “Монистички приступ добија на значају, што се објашњава сталним порастом међузависности држава и институционализацијом међународне заједнице.”<sup>57</sup> Међутим, преовлађујући монизам је у новије вријеме постао политички механизам појединих водећих држава у поступку институционализације и интеграције. Тако се оквиру ЕУ све гласније наглашава како се постојећа заједница држава окреће око њемачке осовине и да се кроз прихватање примарних извора права ЕУ државе чланице само стављају под утицај СР Њемачке која се „маскирала“ са тзв. европским интеграцијама. На свјетском нивоу то раде Сједињене Државе са својим НАТО савезницима тако што покушавају утилитаризовати органе ОУН, као што је то Савјет безбједности.<sup>58</sup> Такође, наглашава се да оне то раде и притискањем у погледу финансирања немалог броја међународних агенција. То са мање или више успјеха раде или покушавају да раде и неке друге државе као што су Руска Федерација, Кина и др., а које претендују на један од положаја предводника у новонастајућем мултиполарном свијету. Практична узурпација начела међународноправног поретка, заправо доводи до стања потпуне правне несигурности, одстрањивањем међународног права – диспозитивних норми, оног што се не може – војнотехнолошка надмоћ појединих држава остаје лимитирана једино политичком вољом, што је неизмјерљива пријетња по људски живот уопште.<sup>59</sup> У том смислу, како то наглашава С. Аврамов, „у савременој дипломатији људска права постала су елегантна етикета за мешање у унутрашње ствари државе. Једна велика идеја стављена је у службу, текуће, често прљаве политике“.<sup>60</sup>

Све ове промјене до којих је дошло у развоју међународног права морају се повезати уколико се жели схватити њихова суштина. Све оне су довеле до промјене у положају држава као најважнијих субјеката међународног права. “И заиста, иако и даље главни субјекти међународног права, и међународног живота уопште, захваљујући променама и настанку нове међународне заједнице, државе су почеле да

<sup>57</sup> Исто.

<sup>58</sup> Како то истиче О. Рачић, „након што су неколико деценија коезистирали, не мешајући се у послове оне друге, УН и НАТО, једина респектабилна организација за колективну самоодбрану, почели су након пада Зида да сарађују. Савет безбедности је с времена на време, давао овлашћење НАТО-у да употреби силу којом располаже ради подршке очувању међународног мира и безбедности... вођен тренутно најснажнијом државом света, почео је да показује зубе. И то не само у међународним, него и у унутрашњим кризама.“ Шире в. О. Рачић, *Уједињене нације између моћи и права*, Београд, 2010, стр. 181.

<sup>59</sup> Шире в. М. Савић, цит. дј., у Политеиа, стр. 86.

<sup>60</sup> С. Аврамов, *Постхеројски рат запада против Југославије*, Ветерник, 1997, стр. 314.

мењају своје правне перформансе. Налазимо се данас у фази еволуције у којој суверенитет држава доживљава дубоке трансформације. Механизам надзора над спровођењем међународних обавеза (у томе контексту најзначајнији су преображаји на пољу права човека) развио се до таквог ступња да међународна политичка и правна тела па чак и појединачне земље располажу повећаним могућностима за директно учешће у контроли унутрашњег живота појединих држава<sup>61</sup>.

С обзиром на чињеницу да се међународно право развија у складу са еволуцијом међународних односа, потребно је истаћи да још увијек „није довољно учињено на пољима мирног рјешавања међународних спорова и међународне јуриспруденције, као и превенције при настанку међународних конфликта... Дода ли се овим празнинама свакодневна пракса у којој стално долази до повреда, злоупотреба и непоштовања међународног права, види се да реалност спречава и отежава афирмацију и реализацију захтева за јачањем његовог ауторитета и ефикасности. Стално се потврђује да се овај циљ може постићи само постепено, дуготрајним и заједничким напорима научног истраживања и дипломатске акције“<sup>62</sup>. Међутим, фундаменталне промјене до којих је дошло у то вријеме „нису оставиле по страни међународно право“<sup>63</sup>. Наиме, може се рећи да, упркос свему, ефикасност примјене међународног права остаје подређена, у крајњој линији, вољи држава, нарочито моћних, супротно потребама савремене међународне заједнице. Имајући у виду однос између интереса држава и међународне заједнице, да би дошло до стварне примјене међународноправних норми, мора да постоји одређена равнотежа између задовољавања потреба држава и ауторитета међународних институција као носиоца интереса међународне заједнице. У ствари, историја нам показује да се стање ове равнотеже у сваком тренутку манифестује у облику једног клатна које је у сталном кретању и као такво омогућава да се види како до данас ауторитет међународних институција није могао да се подигне изнад правних прерогатива држава<sup>64</sup>.

Сматра се да објашњење ове појаве треба тражити у утицају ванправних фактора који одређују услове формирања и примјене међународног права. Наиме, борба политичких снага и њихов међусобни однос ограничавају могућности интервенције међународне заједнице и

<sup>61</sup> М. Шаховић, цит. дј., стр. 9.

<sup>62</sup> Исто, стр. 10.

<sup>63</sup> М. Шаховић, *Међународно право у дезоријентисаном свету*, Архив за правне и друштвене науке, 3, 1993.

<sup>64</sup> М. Шаховић, цит. дј., стр. 460.

њених институција и са њима одређују степен његове обавезне снаге и природу механизма његовог спровођења. На овај начин се утврђује и степен повјерења које државе гаје према међународном праву а нарочито према правосудним и другим средствима и методима мирног рјешавања спорова. На овај начин је међународно право, практично, суочено са једним „трајним, практично нерешивим проблемом. Формуле које теже његовом решењу и које се, временом, смењују, зависе од услова који постоје у тренутку у коме настају нове норме и институције. Ова решења одражавају више или мање директно и отворено реално стање ствари. Она су, као таква, израз политичког односа снага и њихове међусобне борбе за јачање утицаја у свету.“<sup>65</sup>

Тако се може рећи да стање у коме се налази постојеће међународно право представља само демонстрацију ове историјске линије његовог развоја. Стога, М. Шаховић истиче да се поводом овога (у првом реду поводом негативног стања које постоји на законодавном плану) могу поставити многобројна питања: Да није тај назадак изазван новим политичким условима који су довели до стагнације у овој сарадњи? Да није ријеч о историјској појави која одражава потребу консолидације или верификације у пракси резултата остварених у претходном периоду времена? Не ради ли се о процесу трансформације великих нормативних достигнућа у конвенционалном и обичајном праву? Можда је у питању опозиција против централизације законодавне активности у области међународног права у оквиру Уједињених нација? Нисмо ли свједоци новог полета државног прагматизма и оријентације на прихватање теорије о спонтаном стварању (*generation spontanee*) норми међународног права? Не види ли се како већ извјесно вријеме доктрина као креативни фактор није адекватно представљена у Комисији за међународно право и да се она, практично, повлачи пред дипломатском бирократијом чији су стваралачки капацитети ограничени њеним положајем у националном и међународном животу.<sup>66</sup>

У складу са наведеним, потребно је истаћи да се у многобројним радовима који се баве односом међународног права према догађајима из посљедњих деценија, као посебан примјер наводи југословенска криза из деведесетих година прошлог вијека. Сматра се да су се правни аспекти југословенске кризе, оружаних сукоба и преговора који су се водили поводом ње, временом претворили у „један изванредно сложен комплекс отворених питања који практично обухвата велики део савременог си-

<sup>65</sup> Исто, стр. 460–461.

<sup>66</sup> Шире в. исто, стр. 463–464.

стема међународног права“.<sup>67</sup> Тим поводом, М. Митић је констатовао да „међународно право, не само да је потврдило да је инструмент политике, већ и слепо оруђе у рукама монополистичких снага у светском поретку, лишеном равнотеже снага, а још недограђеном да обезбеди поштовање законитости рада појединих међународних организација, укључујући и Уједињене нације, кроз правну контролу аката њихових највиших органа“.<sup>68</sup> Такође, морамо констатовати да је крајем XX вијека дошло до значајних промјена у примјени међународног права. Како то наглашава Томас Вајс (*Thomas G. Weiss*), „две значајне норме међународног права су нестале. Међународно утврђене границе нису више светиња, нити је сецесија незамислива, као што је досад била.“<sup>69</sup>

Надаље, М. Шаховић истиче да је југословенска криза избацила на видјело читав низ питања од којих су нека од битног значаја за тумачење и примјену фундаменталних правила и принципа међународног права. „Али се показало да и ова питања, иако проистекла из југословенске кризе, истовремено одражавају опште стање међународног права, да су свеобухватна по својој природи, да имају универзални значај. Као таква, она заслужују да им се посвети изузетна пажња у напорима праксе и теорије усмереним у правцу даљег развоја и усавршавања његових норми, института и правних механизма у оквиру којих треба да делују и већ сада делују државе и међународне организације.“ Према његовом мишљењу, намећу се два задатка. „С једне стране, мора се прихватити императив сталног јачања правне снаге и ауторитета међународноправних обавеза држава и поштовања као и доследног спровођења међународног права у целини. У току избијања и еволуције југословенске кризе ово није био случај. Напротив, може се сматрати, генерално узевши, да је међународно право било и остало секундарни фактор који се злоупотребљавао, чије су норме кршене увек када су то захтевали политички интереси свих њених учесника. И страна у сукобу и заинтересованих страна, међународних посредника и међународних организација.“<sup>70</sup>

<sup>67</sup> М. Шаховић, цит. дј., стр. 12.

<sup>68</sup> М. Митић, *Међународно право у југословенској кризи*, Београд, 1996, стр. 211, при чему исти аутор у *Двоструки стандарди међународног поретка*, Правни живот, 12/2002, стр. 277, истиче да „југословенска криза деведесетих година и њене последице, а посебно мере које су употребљене ради њеног решавања, остаће дуго предмет не само политичких, већ и правних расправа“.

<sup>69</sup> Шире в. *Thomas G. Weiss, The UN and Civil War at the Down of the Twenty First Century – The UN and Civil War*, London, 1995, p. 196.

<sup>70</sup> М. Шаховић, исто, стр. 432–433. а шире в. М. Geistlinger, *The attack on SRJ an attack on public International Law*, зборник Југословенска криза – поуке за међународно право, Ниш, 2001.



#### 4. Закључак

Може се закључити да данас „међународно право представља један више-мање усаглашен и интегрисан, и свеобухватан, систем правних норми, института и механизма надзора, заснован првенствено на Повељи ОУН. Његово поштовање и спровођење није више тотално подложно слободној вољи држава. У њему има и данас области међудржавних и међународних односа које су недовољно или уопште нерегулисане. Има и празнина у већ уређеним областима као и оних које временом, са потребама држава, поново настају. Постоје и нејасне или непрецизно формулисане обавезе држава, што је углавном последица компромиса до којих долази у току преговора. Укратко, неравномерност обележава и развој међународног права као и уосталом и унутрашњег права и друштвених односа. Међународно право је, у ствари, као и све друге гране права, подложно сталним изменама и допунама.<sup>71</sup> Такође, неминовна условљеност између међународних односа и међународног права је све интензивнија. Та чињеница нам указује на повећану потребу сталног усаглашавања између међународноправног поретка и политике моћи.<sup>72</sup>

Међународно право се, без дилеме, данас налази у дубокој кризи. Међународни систем притиснут је сталним отвореним конфликтима, оружане, економске и свакако политичке природе. Кохерентност између правних правила, друштвених вриједности и политике моћи све више посустаје под налетом новог државног волунтаризма. Од тог притиска није поштеђена ни Организација Уједињених нација. Умјесто да је почетком деведесетих година XX вијека дошло до „враћања изворним принципима и прилагођавања Организације Уједињених нација *lege artis* измењеним условима живота, дошло је до покушаја да се Савет безбедности издигне изнад целокупне структуре УН и постави као нека врста светске владе, која ствара и намеће своје аутономне норме без икакве контроле, сем сопствене.<sup>73</sup> Суштински, савремена ОУН не може бити посматрана истовјетно као међународна организација која је формирана у Сан Франциску, ријеч је о, како то наглашава Р. Хигинс (*Rosalyn Higgins*), „новим Уједињеним нацијама“.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> М. Шаховић, *Улога међународног права у решавању југословенске кризе*, Зборник Међународно право и југословенска криза, Београд, 1996, стр. 11.

<sup>72</sup> Шире в. А. М. Slaughter, A. S. Tulumello and S. Wood, *International Law and International Relations Theory*, 1992. AJIL, 1998, стр. 367.

<sup>73</sup> С. Аврамов, цит. дј., стр. 302 и 303.

<sup>74</sup> R. Higgins, *The New United Nations and Former Yugoslavia*, International Affairs, vol. 69. no. 3,

У посљедњих пет година, од свјетске економске кризе, 2008. године, Сједињене Државе и савезници као да својим дјеловањем интензивно гурају остатак свијета у стање општег рата. То можемо примијетити кроз војне интервенције НАТО савеза и активну политичку улогу држава у ратним дејствовањима на Блиском истоку, Сјеверној Африци и Украјини. Политички интереси, ванправни прагматизам – волунтаризам у новом облику све више занемарују и потискују објективистичке вриједности међународног права. Поједине државе, чак и када се позивају на основне природне и етичке принципе, најалост то користе у политичке сврхе, с циљем остварења својих интереса.<sup>75</sup> Дисбаланс између права и политике сваким даном постаје све већи. Државе кроз своје спољно дјеловање све више злоупотребљавају правне норме, а право улази у службу политике, што је посебно опасно.

Јасно је да право и политика не могу бити одвојени. Оне нису истовјетне цјелине, али ступају у интеракцију на неколико нивоа. „Они су укључени у круцијални симбиотички однос. И немају циљ да дисциплинују или минимизирају значај једна другој.“<sup>76</sup> Међутим, уколико се настави овакав тренд међународне праксе, биће неопходно право дистанцирати од политике, а политику укротити правом. Наравно, колико је то у савременим оквирима могуће.<sup>77</sup> Једино ће на тај начин бити могућа изградња једне важне ствари – међународне правне свијести. Како је то рекао Ђ. Тасић: „У међународном друштву, у коме недостаје једна организација каква постоји унутар сваке државе и где обавезе настају путем споразума или обичаја, правна свест би можда могла имати још већи значај.“<sup>78</sup> Данас нам је она преко потребна, јер у супротном овај нови волунтаризам ће нас одвести у још жешће конфликте у међународном животу.

---

1993, р. 469.

<sup>75</sup> Нпр. Сједињене Државе су 1999. године заједно са државама НАТО савеза покренуле агресију на СР Југославију. Основни повод за војну интервенцију кодног назива *Милосрдни анђео* је био тзв. (избјегличка) хуманитарна криза на Косову и Метохији (дакле разлог је био заштита људских права). Међутим, постоје документи, видео-снимци и свједочанства која указују на то да су авиони НАТО савеза поред објеката (зграда РТС, болнице, мостови) у којима је страдало више стотина цивила, бомбардовали и колоне избјеглица на југу Србије, због којих су наводно и били ангажовани.

<sup>76</sup> М. N. Shaw, цит. дј., стр. 48.

<sup>77</sup> Шире в. М. Савић, *Како је међународно право (н)остало политика*, Новиполис, интернет извор, доступно на: <http://www.novipolis.rs/sr/dosije/28815/kako-je-medjunarodno-pravo-postalo-politika.html>, приступљено септембра 2015.

<sup>78</sup> Ђ. Тасић, цит. дј., стр. 27.

Можемо закључити да, посебно с обзиром на догађаје који се тренутно одигравају на међународном плану, пред међународним правом стоје нови и озбиљни изазови које ће оно морати да савлада, а све ради опстанка човјечанства и међународног мира.<sup>79</sup>

## ЛИТЕРАТУРА

1. Ch. Rousseau, *Droit international public*, I, Paris, 1970.
2. H. Thierry, *L' evolution du droit international*, Cours general de droit international public, recueil des cour, 1990.
3. L. Green, *Priroda међународног права (La nature du droit international)*, JRMP, 2/1956.
4. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Helsinki, 1989.
5. M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011, стр. 16.
6. M. N. Shaw, *International Law, Seventh Edition*, Cambridge University Press, 2014.
7. M. S. McDougal, *International Law, Power and Policy*, HR, 1952.
8. M. Geistlinger, *The attack on SRJ an attack on public International Law*, зборник *Југословенска криза – поуке за међународно право*, Ниш, 2001.
9. M. Lachs, *Le droit international a l' aube du XXI siecle*, Revue Generale de Droit International Public, tome 96/1992.
10. P. de la Pradelle, *Progres ou declin du droit international?*, Melanges offerts a Charles Rousseau, Paris,
11. P. Weil, *Le droit international en quete de son identite*, Cours general de droit international public, Recueil des cours, 1992, VI,
12. R. Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, ICLQ 17, 1986, стр. 58.
13. R. Higgins, *The New United Nations and Former Yugoslavia*, International Affairs, vol. 69, no. 3, 1993

<sup>79</sup> Овдје посебно мислимо на актуелне кризе на Блиском истоку, Сјеверној Африци, Украјини и Сирији, али и на све већу конфронтацију САД и НР Кине на Пацифику као и на питања самоопредјељења немалог броја покрајина, области и аутономних простора који теже новом, самосталном државноправном субјективитету. Такође, не смијемо занемарити ни актуелне проблеме на Балканском полуострву у вези са тзв. Републиком Косово и избјегличком кризом која притишће Европу.

14. R. St J. Macdonald и D. Johnston, *The Structure and Processes of International Law*, Dordrecht, 1983,
15. S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000.
16. S. Milne, *The End of the New World Order*, The Guardian, Article, 2012.
17. Thomas G. Weiss, *The UN and Civil War at the Down of the Twenty First Century – The UN and Civil War*, London, 1995.
18. U. Scheuner, *Staat und Staatengemeinschaften-Blatter fur Deutsche Philosophie* – V.B. 2-3 H. Berlin, 1931,
19. V.D.Degan, *Some Objective Features in Positive International law*, Theory of International Law at the Threshold of the 21 st century, Essays of Krzysztof Skubiszewski, The Hague 1996
20. A. M. Slaughter, A. S. Tulumello and S. Wood, *International Law and International Relations Theory*, 1992. AJIL, 1998.
21. А. Савановић, *Анархокапитализам, политичка филозофија антидржавног капитализма*, Бања Лука 2011.
22. Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1998.
23. Ђ. Тасић, *Међународна правна свест*, Београд, 2002.
24. М. Владисављевић, *Држава и међународна заједница*, Београд, 1933.
25. М. Милојевић, *Келзеново схватање државе*, Правна ријеч, Бања Лука, X 35/2013.
26. М. Митић, *Двоструки стандарди међународног поретка*, Правни живот, 12/2002.
27. М. Митић, *Међународно право у југословенској кризи*, Београд, 1996.
28. М. Савић, *Како је међународно право (н)остало политика*, Новиполис, интернет извор, <http://www.novipolis.rs/sr/dosije/28815/kako-je-me-djunarodno-pravo-postalo-politika.html>, 2015.
29. М. Савић, *Међународно јавно право и његови субјекти – нека од теоријских одређења међународноправног субјективитета*, Правна ријеч, Бања Лука, X 37/2013.
30. М. Савић, *Сувереност држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности*, Политеиа, ФПН БЛ, год. 4, број 8, 2014.
31. М. Шаховић, *Међународно право у дезоријентисаном свету*, Архив за правне и друштвене науке, 3, 1993.

32. М. Шаховић, *Међународно право на крају двадесетог столећа*, Архив за правне и друштвене науке, 1/1991,
33. М. Шаховић, *Улога међународног права у решавању југословенске кризе*, Зборник Међународно право и југословенска криза, Београд, 1996.
34. О. Рачић, *Уједињене нације између моћи и права*, Београд, 2010.
35. С. Аврамов, *Постхеројски рат запада против Југославије*, Ветерник, 1997.
36. С. Ђорђевић, *Увод у међународно право*, Београд, 2007.
37. Ф. Бобит (P. Bobbitt), *The Shield of Achilles: War, Peace, and the Course of History*, USA, 2002.
38. Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права*, прилог једној чистој теорији права, Београд, 2003.

**Matej Savić, PhD**  
**Associate Professor**  
**Faculty of Political Sciences**  
**University of Banja Luka**

## **INTERNATIONAL LAW AT THE BEGINNING OF THE 21ST CENTURY**

### **- Theoretical assessment of contemporary doctrine, processes and problems of international legal order -**

*Within the analysis of the position of International Law at the beginning of the 21<sup>st</sup> century, we can say that the international legal order evolved from classical International Law during the 19<sup>th</sup> century to the first decades of the twentieth century, over modern International Law through the twentieth century, to major reforms and contemporary trends at the end of the last century, and in the years of the 21<sup>st</sup> century. The major changes that are currently taking place in international life, brought International Law into a deep crisis and lead state Voluntarism and Power politics into the foreground. It is clear that Law and Politics can not be separated. They are not identical, but they interact on several levels. Law and Politics are not intended to discipline or minimize the importance of each other. However, if this trend in international*

*practice continues, it will be necessary to make the Law distance itself from Politics, and to tame Politics with the Law. These are just some of the issues discussed in this paper.*

**Key words:** *International Legal Order, International System, International Politics, Voluntarism, Objectivism, Critical Legal Studies, Power Politics.*

## ПРАВНИ РЕЖИМ ФРАНШИЗИНГА

Мр Милица Ј. Чизмовић\*

***Апстракт:** Уговор о франшизингу настао је крајем XIX вијека у САД-у да би се тек средином XX вијека његова примјена уочила у европским земљама. Примјењујући га кроз своје пословање, привредни субјекти су препознали могућност стицања профита са далеко мањим ризицима у односу на нове пословне подухвате који подразумијевају ступање у нов, неразрађен и тржишту (па и самим корисницима) непознат посао који мора проћи кроз све фазе прихватања. Уговор о франшизингу је изузетно сложен уговор са елементима других, класичних и новијих уговора, због чега се често са њима погрешно изједначује и замјењује. Савремени правни инструменти, којима се франшизинг посао правно уобличива, представљају креацију *соттон лау* правног система. Једнообразно закључени уговори обезбјеђују исти правни положај свих прималаца франшизе међусобно и у односу са даваоцем франшизинга, спречавајући тако спорове међу учесницима поводом једностраних привилегија неког од примаоца франшизе. Циљ рада је представити правни режим франшизинга, са посебним освртом на историјски развој франшизинга у послератном периоду (50-их и 60-их година прошлог вијека) до данас.*

***Кључне ријечи:** уговор о франшизингу, франшизинг, франшизинг посао, know-how, давалац франшизинга, корисник франшизинга, уговор *sui-generis*.*

---

\* Стручни сарадник за правне послове у адвокатској канцеларији адвоката Јована С. Чизмовића у Бањој Луци

## Увод

Правни режим франшизинга обухвата постојеће законске прописе (директне и индиректне), подзаконске акте (уредбе, одлуке) и међународне акте као резултат процеса унификације на међународном плану.

Правни режим франшизинга не чине само они закони који се директно односе на материју франшизинга, већ и други закони који су са овом материјом у посредној вези. То су закони који својим одредбама штите слабију уговорну страну од, за њу, претешких одредаба садржаних у општим условима пословања или формуларним уговорима (општи грађански законици или посебни закони), закони о нелојалној конкуренцији односно антитрустовско законодавство, као и закони о хартијама од вриједности (у области регулисања пословног капитала, и у вези са тим, издавања хартија од вриједности). Коначно, правни режим франшизинга чине они закони чији је предмет регулисања управо франшизинг посао, односно поједини његови аспекти.

Форма и карактер конкретног закона условљени су у великој мјери и правном традицијом земље која га доноси. Донекле је парадоксално да највећи број законских прописа из области франшизинга има САД, земља *common law-a*, коју не карактерише законодавна већ превасходно пракса прецедентног регулисања. Ипак, имајући у виду веома велики обим франшизинг пословања у САД-у, као и нужност регулисања неких спорних питања, релативно велики број прописа не треба да изненађује. Упркос овој чињеници, многа питања нису регулисана ни обухваћена прописима, што у пракси може бити, а често и јесте, предмет спорова.

### 1. Законски прописи о заштити слабије уговорне стране

Код уговора који се закључују између економски неравноправних страна, на основу општих услова уговарања, односно формуларних уговора које саставља једна (економски јача) страна, а друга уговорна страна истом приступа без могућности да на услове уговора утиче, слобода уговарања може бити, а у пракси то често и јесте, основ за неравноправан положај страна у уговору.

У циљу ублажавања неравноправног положаја уговорних страна, као и заштите слабије уговорне стране, државе интервенишу у dome-



ну формуларних уговора и општих услова уговарања. Оваква државна интервенција може се реализовати у домену законодавства, судства или управе.<sup>1</sup>

Законска интервенција у домену формуларних уговора спроводи се на један од два могућа начина: или се заштита слабије стране реализује уношењем посебних одредаба у грађанске и трговачке законике или се ова материја регулише посебним законима.<sup>2</sup>

Амерички Једнообразни трговачки законик (*Uniform Commercial Code – UCC*) у чл. 2-302 овлашћује суд да, уколико нађе да су уговор или нека уговорна клаузула у вријеме закључења уговора били недопуштени, може одбити принудно извршење таквог уговора или може принудно спровести преостали дио уговора, изостављајући недопуштену клаузулу, чиме може ограничити примјену недопуштене клаузуле и спријечити да њеним дејством настану штетне посљедице.

Италијански грађански законик (*Codice civile*) је први грађански законик у коме су се нашле одредбе о регулисању општих услова формуларних уговора. Према члану 1341 став 2, немају дејства уколико нису посебно писмено одобрени услови којима се у корист онога ко их је створио постављају ограничења одговорности, право одустајања од уговора или обустављања извршења, односно којима се на терет другог сауговорача утврђују губици, ограничава право стављања приговора, ограничава уговорна слобода у односу на трећа лица, прећутно продужује и обнавља уговор, мијењају надлежности судске власти. Иако доста критиковано, као круто и неадекватно, италијанско рјешење је извршило највећи утицај на даље рјешавање проблема у вези са формуларним уговорима у свијету.

Према члану 143 Закона о облигационим односима “ништаве су одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа”. У ставу 2 овога члана наводи се да “суд може одбити примјену појединих одредаба општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове или које су иначе неправичне или претјерано строге према њој”.

Члан 100 Закона о облигационим односима садржи одредбу према којој „у случају да је уговор закључен према унапријед одштампаном

<sup>1</sup> Јелена Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, Београд, 1976, стр. 157.

<sup>2</sup> *Ibid.*, стр. 183.

садржају, или када је уговор био на други начин припремљен и предложен од једне уговорне стране, нејасне одредбе тумачиће се у корист друге стране“.

Шведска, Израел и Њемачка донијеле су посебне законе чија се материја односи на опште услове пословања и стандардне уговоре. Њемачка и Израел регулишу питања општих услова формуларних уговора опште, у Шведској се уређење општих услова формуларних уговора односи углавном на област промета са потрошачима, па представља својеврсну заштиту потрошача.

Према њемачком Закону о уређењу права општих услова пословања из 1976. године регулисана је примјена и пуноважност општих услова као и заштита равнотеже међу странкама (односно заштита слабије уговорне стране). Централно мјесто имају клаузуле о контроли садржине општих услова путем генералне клаузуле. Према члану 3 Закона одредбе општих услова пословања које су према околностима и спољном изгледу уговора тако неуобичајене да уговорни партнер о њима не мора водити рачуна, не постају саставни дио уговора. Те одредбе би биле неважеће уколико се утврди да су биле нејасне другој уговорној страни као и да се њима угрожава слобода уговарања и равноправност друге уговорне стране. Члан 9 допуњава овакво становиште прописујући неважност одредаба општих услова које би уговорном партнеру наносиле прекомјерну штету.

Супротно њемачком закону, израелски закон о стандардним уговорима из 1964. године усвојио је систем енумерације, односно навођење рестриктивних клаузула (чл. 15) што искључује примјену принципијелног начела на остале случајеве који нису набројани. Систем енумерације допуњен је системом посебне управне контроле која је требало да допринесе ефикасности. Без обзира на велико интересовање и позитивне ставове које су неки теоретичари имали према њему, овај закон у пракси није показао неке значајније резултате.

Шведски закон о забрани неразумних клаузула од 1971. године намијењен је превасходно заштити потрошача па се његове одредбе односе на стандардне (формуларне) уговоре намијењене потрошачима. Релативна једноставност је уједно и једна од највећих замјерки на овај закон.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Иванка Спасић, *Franchising nocaо*, Београд, 1996, стр. 139.

## 2. Утицај права конкуренције на уговоре о франшизингу

Циљ права конкуренције у правним системима је ефикасност у привређивању и благостању потрошача омогућавањем слободне утакмице међу независним привредним субјектима. Право конкуренције треба да штити процес конкуренције, а не конкуренте једне од других.<sup>4</sup> Подијељена су мишљења о циљевима права конкуренције па се тако, поред слободне конкуренције, као циљеви појављују и разноврсност понуде, лојална утакмица, заштита потрошача и малих предузећа, прерасподјела друштвеног богатства, приступ тржишту и ширење тржишта.

Када је ријеч о Европској унији, поред слободне утакмице, право конкуренције за основни циљ има интеграцију заједничких тржишта која су, након уклањања трговинских баријера између држава, знатно угрозила конкурентност малим и средњим предузећима у односу на велика предузећа. За остваривање циљева, којима право конкуренције тежи, неопходно је разјаснити сам појам конкуренције.

Законска дефиниција конкуренције не постоји нити у упоредном, нити у нашем праву. Правни појам конкуренције је дјело теорије. Садржај појма зависи од циља ради којег се дефинисање врши, с тим да је приликом дефинисања конкуренције неопходно поштовати бит конкуренције онако како је одређује економска мисао.<sup>5</sup> Конкуренција се одређује као “неограничено надметање субјеката у привреди, које функционише на бази личне слободе и установе индивидуалне својине”<sup>6</sup>, као “тежња ка истом или сличном циљу”<sup>7</sup> или “ривалство... ради освајања клијентеле”<sup>8</sup>. За поједине ауторе “четири елемента су битна за истински такмичарски однос: (1) више аспираната, (2) један те исти циљ, (3) награда или

<sup>4</sup> Милан С. Париводић, *Право међународног франшизинга*, Службени гласник, Београд, 2003, стр. 200.

<sup>5</sup> Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево, 2004, стр. 418.

<sup>6</sup> Дарваш Ернест, *Нелојална утакмица у трговини и индустрији са гледишта приватног права*, Београд, 1933, стр. 7 (цитирано према Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево, 2004, стр. 418).

<sup>7</sup> Reimer Eduard, *Wettbewerbs und Wareneichenrecht*, C. Heinemanns Verlag, 3. Aufl, Koln-Berlin, 1954, стр. 512 (цитирано према Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево 2004, стр. 418).

<sup>8</sup> Roubier Paul, *Le droit de la propriete industrielle*, Sirey, Paris, vol. I, 1954, стр. 498 (цитирано према Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево 2004, стр. 418).

хијерархија награда, (4) један или неколико изабраних судија”.<sup>9</sup> Оваквом ставу може се придружити и група правних писаца која у центар правног појма конкуренције ставља “борбу између више учесника на тржишту око исте супротне стране са циљем размјене робе и услуга”.<sup>10</sup>

Основни циљеви права заштите конкуренције јесу заштита ефикасности тржишта путем контроле монопола, спречавање злоупотребе монопола или доминантног положаја као и сваке друге праксе (уговорне, усаглашене) која за циљ има ограничење или елиминацију конкуренције (тзв. *рестриктивна пословна пракса*). Право заштите конкуренције посредно штити и интересе потрошача.

### 3. Законски прописи о нелојалној конкуренцији – (антитрустовско законодавство)

У теорији се праве извјесне разлике између права конкуренције и антитрустовског законодавства иако су им коријени, али и циљеви, заједнички. Већина ових прописа настала је у Сједињеним Америчким Државама.

Конгрес је 1890. године донио Шерманов закон (*Sherman Antitrust Act*) у којем су садржани прописи о забрани монопола, трустова и монополизацији на савезном нивоу. Отуда и потиче назив антитрустовско законодавство. Слиједи период у којем се доносе још неки законски прописи који забрањују и друге облике недозвољеног понашања у привреди, а који се односе на питања дискриминације при утврђивању цијена, искључиву продају (и куповину), ограничења промета вриједносних папира (*Robinson – Patman Act, Clayton Act*) као и *FTC Act* који проглашава противправним све недопуштене методе у трговини уопште.

У америчкој доктрини искључиво се употребљава термин *antitrust laws* за све поменуте облике недозвољеног и несавјесног понашања у привреди. У Европи се, пак, користи углавном термин нелојална конкуренција (или право конкуренције) без обзира на то да ли се регулише самостално

<sup>9</sup> Callmann Rudolf, *The Law of Unfair Competition, Trade Marks and Monopolies*, Callaghan and co., Mundelein, 1967, стр. 174 (цитирано према Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево 2004. стр. 418).

<sup>10</sup> Ulmer Eugen, *Unlauterer Wettbewerb, Band I, EWG*, Becksche - Heymanns, Munchen - Koln, 1965, стр. 33 (цитирано према Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево 2004. стр. 418).

или се сматра дијелом привредног права чији се одређени дијелови могу примијенити на послове (нелојалне) конкуренције уопште. Утицај ових прописа на франшизинг уговоре је велик будући да франшизинг уговори у многим својим аспектима могу потпасти под одредбе овог законодавства, што може отежати, па и сасвим онемогућити, њихову успјешну реализацију. Антитрустовско законодавство најразвијеније је у САД, која је уједно и зачетник законског регулисања ове области.

За разлику од САД, у којој је право конкуренције (антитрустовско законодавство) веома развијено, у европским земљама то није случај у толикој мјери, иако поједине земље имају цјеловите законе о конкуренцији (нпр. Њемачка). Већина европских земаља нема јединствене законе о конкуренцији (Француска, Италија) већ се у конкретним случајевима позивају на различите прописе, а у највећем броју случајева на општа правила грађанског права. Неке европске земље имају и специфичне прописе којима је регулисана ова област права али им учинак није задовољавајући (Швајцарска). Од значаја је и право конкуренције конципирано у оквиру ЕЕЗ-а.

Француска нема јединствен законски текст о праву конкуренције већ је у примјени више правних текстова, углавном подзаконског карактера (уредбе и укази који се односе првенствено на споразуме о цијенама и искључиве послове).<sup>11</sup> Поред ових подзаконских аката првенствени значај имају општа правила грађанског права.

Ни после вишегодишњег разматрања у парламенту, Италија (као ни Француска), нема право којим би се регулисала конкуренција, па су у примјени правила грађанског права садржана у Грађанском законнику (*Codice civile*).

Према томе, европско компаративно антитрустовско законодавство или право конкуренције (са изузетком Њемачке) скоро да и не постоји. У оквиру ЕЕЗ-а постоји картелно право, односно право конкуренције које донекле подсећа на америчко право.<sup>12</sup>

#### 4. Законски прописи који се односе на франшизинг послове

Прописи који се непосредно односе на франшизинг послове не регулишу исцрпно сва релевантна питања која се односе на овај посао,

<sup>11</sup> Philippe Bessis, *Le contract de franchisage*, Paris, 1986, стр. 91–92.

<sup>12</sup> Иванка Спасић, *Franchising nocaо*, Београд, 1996, стр. 140–148.

напротив, ови прописи регулишу само поједине аспекте франшизинга. Највећи број постојећих прописа о франшизингу односи се на обавезу саопштавања података (обавеза даваоца франшизинга), којом се успоставља извјесна равнотежа између странака и онемогућава економски јача страна (давалац франшизинга) да злоупотребљава своју економску надмоћ.<sup>13</sup> Обавеза преноса know-how представља суштину франшизинг посла. Know-how је резултат истраживачких или развојних активности и искустава стечених примјењивањем индустријских или пословних техника у пословању предузећа – даваоца know-how-а. Пренос know-how-а представља услов конститутивности важења уговора, односно, ако уговорне стране не могу да се договоре о обавези уступања know-how-а, такав уговорни однос не може се сматрати франшизинг уговором. Обавеза преноса know-how-а на корисника франшизинга представља услов пуноважности уговора о франшизингу.

Know-how може да буде саопштен у материјалном и у нематеријалном облику, и то:

- у материјалном облику у виду докумената, фотографија, техничких планова, компјутерских карти, микрофилмова, опреме, цртежа или техничких скица, приручника за руковање машинама или састављање компоненти, упутства за паковање и складиштење, опис послова за технички и професионални персонал итд. Овакав know-how у материјалном облику назива се још и техничким информацијама или подацима, односно технички know-how, и

- у нематеријалном облику у виду образовања кадрова у више нивоа (комплетна обука за почетнике и додатна обука за оне који већ имају искуство у струци) познатије као техничка помоћ, давање стварних упутстава за производњу или поступке планирања, финансијског и персоналног управљања и маркетинга који се дефинише као услуге управљања или увођења у посао, односно комерцијални know-how.

Иако не постоји законска обавеза преноса know-how-а, судска пракса и правна теорија заступају став даваоачеве обавезе преноса know-how-а. Наиме, давалац франшизинга је у обавези да кориснику франшизинга обезбиједи потребан и адекватан know-how, како би корисник франшизинга на адекватан начин и у складу са потребама и циљевима франшизинг система успјешно водио франшизинг јединицу тј. франшизинг пословање. Обавеза преноса know-how од стране даваоца франшизинга постоји током цијелог трајања уговорног односа.

<sup>13</sup> Ibid., стр. 150.

Поред обавезе саопштавања података, ту су и прописи о условима трајања и раскида уговора, обнављању уговора и сл. У правној теорији влада подијељено мишљење о томе да ли је надзор над пословањем корисника франшизинга, право или обавеза.

У извјесном смислу, надзор над пословањем корисника франшизинга третира се као обавеза даваоца франшизинга, међутим, имајући у виду његов значај за даваоца франшизинга, учесталост и интензитет којим даваоци у уговорима на њему инсистирају, он се у много већој мјери може окарактерисати као право даваоца, а не као обавеза. Стога, право надзора је општепризнато право даваоца франшизинга. Предмет и обим надзора проистичу из врсте и садржине конкретног уговора. Сврха и циљ надзора је заштита од евентуалне злоупотребе или погрешне примјене уступљених права продаје робе или вршења услуга, односно употребе фирме, жига, робних знакова и других уговором пренијетих права. Право надзора штити интересе даваоца франшизинга, али и трећих лица која би могла бити оштећена уколико корисник франшизинга не послује у складу са стандардима даваоца. Могуће је и дешава се у пракси да давалац, користећи своје право надзора, почне да се мијеша у управљање и руковођење пословима корисника франшизинга. У том случају надзор постаје својеврсна злоупотреба права даваоца и инструмент за наметање његове воље, као и средство одузимања самосталности кориснику. У пракси оваквих случајева има доста, будући да код овог уговора (као и код великог броја уговора у пословној пракси) постоји евидентна економска неравноправност партнера.

Законски прописи, чији је непосредни предмет регулисања франшизинг посао, постоје у већем броју земаља. Предмет регулисања ових закона сличан је за већину земаља, док је њихов квантитет различит са квантитативном предношћу на страни САД.

#### 4.1. Прописи о франшизингу у САД

Вјековно присуство франшизинга на америчком континенту карактерише и неуспјех бројних предлагача да законски регулишу његова облигационоправна дејства.<sup>14</sup> Историја америчке регулативе уговора о франшизингу показује да су се даваоци франшизинга, преко својих асоцијација, и отворено супротстављали сваком покушају законодавца

<sup>14</sup> Закони Franchise Competitive Practice Act (познатији као *Hart Bill*) и Franchising Termination Reform Practices Act (познатији као *Mikva Bill*) током шездесетих и седамдесетих година XX вијека.

да императивним нормама регулише облигационоправне ефекте овог уговора, препуштајући овај уговор аутономији воље уговорних страна, намећући корисницима своје услове, у виду унапријед одштампаних уговора, тако да су сви предлози закона наилазили на неуспјех.

Највећи број прописа којима се утврђује минимум података који морају бити саопштени кориснику да би могао да послује донијети су у САД-у, како на савезном (федералном) нивоу, тако и на нивоу федералних држава (јединица) у саставу савезне државе.

Први прописи који су донесени на савезном нивоу односили су се на уговорни однос франшизинга у аутомобилској и нафтној индустрији. Основни разлог доношења ових прописа била је заштита економски слабије стране, односно примаоца франшизинга. Први закон донесен је 1956. године под називом *Automobile Dealers Day In Court Act*. Основни циљ овог закона био је да заштити примаоца франшизинга (дилера) од евентуалне штете причињене од стране произвођача аутомобила као даваоца франшизинга усљед несавјесног поступања у погледу испуњења, престанка, раскида или неизвршавања уговорних обавеза. Циљ овог закона је био заштита економски слабије стране кроз норме које су се заснивале на правним стандардима попут савјесности и добре воље, као и разумног понашања који нису могли бити примијењени осим на случајеве у којима је већ наступила штета по једну од уговорних страна. Стога, основни циљ доношења овог закона није ни остварен. Такође, прописи из области нафтне индустрије донесени са истим циљем заштите и обезбјеђивања равноправног положаја уговорних страна нису остварили циљ због којег су и донесени. Евидентна је била потреба законског регулисања франшизинга. У вези са тим на савезном нивоу подношено је низ нацрта закона са циљем правног уређења франшизинг посла.

Приједлог закона који је изазвао највише пажње био је приједлог сенатора Филипа Харта (Philip Hart). Харт је 1967. године поднио приједлог закона под називом „Закон о конкуренцији у области франшизинга“ (*Franchise Competitive Practices Act – FCP Act*). Закон је забранио било који облик нелојалне конкуренције тако што је забранио даваоцу франшизинга вршење оних радњи којима би на нелојалан начин конкурисао примаоцу франшизинга. Нацрт закона је регулисао и питање престанка, раскида или необнављање уговора, као и обавезу даваоца франшизинга да од примаоца откупи цјелокупан инвентар, робу и опрему



коју је прималац купио од даваоца.<sup>15</sup> Због великог противљења давалаца франшизинга, предлог овог закона није усвојен. Седамдесетих година поднесени су нови приједлози и иницијативе за правно регулисање франшизинг посла, али су због оштрог противљења од стране удружења даваоца франшизинга исти и одбијени.

Године 1979. франшизинг је први пут регулисан, и то на федералном нивоу, доношењем од стране Федералне трговачке комисије – ФТЦ тзв. *Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, односно ФТЦ правила. Основни циљ доношења овог модела закона је, као и код највећег броја прописа који се односе на франшизинг, заштита економски слабије стране – корисника франшизинга, и то првенствено у фази закључивања уговора о франшизингу.<sup>16</sup>

Због свог изузетног значаја, обавеза предуговорног откривања података постала је и законска обавеза у многим земљама (САД, Француска, Шведска, ЕУ, Канада, Мексико, Аустралија, Бразил).

У фази преговарања за закључење уговора (предуговорној фази) давалац франшизинга има обавезу да саопшти потенцијалном кориснику франшизинга најбитније податке о свом пословању (*disclosure*). Откривање и саопштавање ових података има најчешће одлучујући утицај на опредјељење будућег корисника франшизинга за закључење уговора или одустајање од њега. Увођењем ове обавезе бар донекле је успостављена уговорна равнотежа између странака будући да њено постојање умањује могућност даваоца да искористи своју економску надмоћ приликом закључивања уговора.

ФТЦ правила су у форми модел – закона (формулар) и садрже податке који се морају унијети у писмени документ – формулар, познатији као „проспект понуде“.

Подаци које садржи формулар садрже информације економског, правног и финансијског карактера и груписане су у 20 група, и то:

1. подаци о идентитету даваоца франшизинга,
2. пословно искуство (главних) функционера фирме даваоца франшизинга,
3. пословно искуство даваоца франшизинга,

<sup>15</sup> Мр Тамара Миленковић-Керковић, *Уговор о франшизингу – тајна успеха*, СКЦ Ниш, 1998, стр. 51–53.

<sup>16</sup> Иванка Спасић, *Franchising nosao*, стр. 140–148.

4. грађанска и кривична одговорност (евентуалне) осуде,
5. подаци о стечају,
6. опис франшизинг посла (са свим детаљима),
7. подаци о плаћањима која мора извршити корисник франшизинга,
8. подаци о сталним плаћањима,
9. листа лица са којима корисник франшизинга треба да послује,
10. листа набавки које треба да изврши корисник франшизинга,
11. накнаде (провизије) које трећа лица плаћају даваоцу франшизинга,
12. подаци о финансијском учешћу даваоца франшизинга,
13. рестрикције у погледу вођења послова,
14. лично учешће корисника франшизинга,
15. трајање, окончање уговора, евентуалне измјене,
16. подаци о франшизинг пословању даваоца,
17. право даваоца да учествује у одређивању мјеста (локације) за пословање и вријеме (рок) које је за то потребно,
18. програм обучавања,
19. коришћење имена познатих личности, и
20. финансијске податке.

Документ о откривању мора садржати све наведене информације које, при том, морају бити ажуриране и односити се на текућу фискалну годину. Истеком фискалне године давалац франшизинга мора поднијети ревидиране податке у периоду не дужем од деведесет дана (tromјесечје). Уколико послје предаје документа дође до битних измјена у пословању даваоца франшизинга, подаци се морају ревидирати и исти подносити свако тромјесечје (сваких деведесет дана). Поред обрасца (модела) документа о откривању, ФТЦ правила садрже и објашњења значења информација које су дате у модел закону, као и извјесна упозорења клијентима у вези са њима. Повреда обавезе презентовања података повлачи одговорност и даје кориснику право на подизање тужбе за накнадом штете.<sup>17</sup>

Поред ФТЦ правила, постоје и УФОЦ стандардни формулари (*Uniform Franchise Offering Circular*) које су издала удружења трговаца. УФОЦ формулар садржи све податке које садрже и ФТЦ правила али и неке податке које предвиђају федералне јединице.

<sup>17</sup> Иванка Спасић, *Нормативно уређење франшизинг послова – међународни аспект*, Страни правни живот, бр. 2/2010, стр. 280-281.

## 5. Унификација франшизинга

На међународном плану је до краја 80-их година извршена значајна унификација обичајних правила франшизинг пословања и активности у оквиру регионалних удружења за франшизинг попут Европске франшизинг федерације – ЕФФ (*European Franchising Federation*), али и националних удружења за франшизинг, приликом креације етичких кодекса за франшизинг ових асоцијација. Потребно је истаћи да је и некадашња тзв. Југословенска франшизинг федерација прихватила Европски етички кодекс за франшизинг.

У области међународне унификације франшизинг пословања учинак УНИДРОИТ-а је, такође, био изузетно велики. Процес унификације у овој области трговинског пословања није резултирао доношењем међународне конвенције, будући да су стручњаци УНИДРОИТ-а процијенили да конвенција не би била најпогоднији облик унификације. Умјесто ригидног облика, какав је конвенција, употријебљен је водич (*guide*), као најлабавији облик унификације. Водич за франшизинг (*Guide to International Master Franchise Arrangements*), који је усвојен 1998. године, односи се само на генерални споразум о франшизингу (мастер франшизинг), док су остали облици франшизинга, као много једноставнији, остављени националном регулисању. Водич је истакао специфичности мастер франшизинга у односу на друге методе реализације франшизинг посла, као и начин избора најоптималнијег облика франшизинг пословања у зависности од конкретног случаја и датих околности. Једно од најзначајнијих питања које се врло детаљно разматра у Водичу је питање врсте, облика и природе права која се уступају франшизинг уговором.<sup>18</sup> Водич исцрпно анализира неку област или питање указујући на проблеме и могуће варијанте рјешења, док предговорне обавезе треба издвојити из тог корпуса и дати им, на унификацијском плану, нешто већи степен егзактности. Стога је питање предговорног откривања података (обавјештавања) издвојено из Водича и уређено Модел законом који је израдио УНИДРОИТ 2002. године. Модел закон (*Model Franchise Disclosure Law*) је облик аутономне регулативе који представља необавезујући тзв. *Soft Law* који служи како уговорним странама, тако и државама које по први пут предузимају законодавну иницијативу у тој области. Модел закон УНИДРОИТ-а има десет

<sup>18</sup> Иванка Спасић, УНИДРОИТ – допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права, Страни правни живот, бр. 2/2009, стр. 43–45.

чланова, а његов најбитнији дио представљају одредбе члана 6, који садржи листу података које је давалац обавезан саопштити кориснику пре закључења уговора,<sup>19</sup> и то:

- информације о прошлости даваоца франшизинга (стечај, банкрутства, судски спорови, привредни преступи и сл.),
- подаци о пословном искуству даваоца и његових руководилаца, као и њихових повезаних друштава,
- подаци о стању и статусу интелектуалних и права индустријске својине, који су предмет франшизинга, финансијски и други подаци.

Модел закон доводи до мањег степена униформисаности у примјени јер свака земља самостално прихвата поједина рјешења и мијења их према својим потребама. Овај инструмент гарантује ширу прихваћеност на међународном нивоу. У току израде Модел закона, исти је критикован од стране правника са подручја *civil law*-а, чија техника формулисања подразумијева уопштене и кратке одредбе, умјесто дугих и свеобухватних листи података, чиме се иде у прилог правној сигурности али се истовремено оптерећује текст будућег законског акта.

У претходној верзији Модел закона постојао је захтјев да текст документа буде на језику који је у службеној употреби у сједишту корисника. Овај захтјев је изостављен из усвојене верзије Модел закона. Једно је сигурно – да овакав захтјев може да представља, поготово у условима српске привреде, значајно средство за заштиту домаћих корисника франшизинга, као економски инфериорније уговорне стране.

## ЗАКЉУЧАК

Разматрајући потребу уношења франшизинга у домаћи правни систем, неопходна је анализа његовог актуелног стања. Правни водич УНИДРОИТ тешко је доступан домаћим пословним субјектима, а недостаје и његов превод на српски језик. Са друге стране, домаће правно окружење франшизинга оличено је правом облигационих односа, које је кодификовано Законом о облигационим односима од 1978. године (који представља једну од најмодернијих кодификација свога времена) који не регулише уговор о франшизингу, али се на њега могу примијенити општа начела овог закона, као што су: начело савјесности

<sup>19</sup> Иванка Спасић, *Нормативно уређење франшизинг послова – међународни аспект*, стр. 281.

и поштења, начело једнаке вриједности узајамних давања, поступање у складу са добрим пословним обичајима, начело забране злоупотребе права, правила о превари, правило *neminem laedere* о тумачењу нејасних одредаба код уговора са унапријед одштампаним садржајем<sup>20</sup>, правила о одређености предмета уговора. Посебан значај има императивно правило Закона о облигационим односима, о томе да предмет уговорне обавезе мора бити одређен односно одредив, које се може тумачити у прилог доношења домаћег прописа о предуговорном обавјештавању, јер је франшиза као предмет уговора, којим се изнајмљује и дијели успјех, клијентела и *goodwill* даваоца франшизинга толико комплексан да се без информисања будућег корисника о свим релевантним подацима (које он, као економски слабија страна и са далеко мање искуства, не може ни познавати прије уласка у пословни однос франшизинга) не може сматрати да је предмет уговора о франшизингу одређен.

Упоредноправна искуства показују да се уговор о франшизингу путем националне легислативе може уредити на три начина:

- први је доношење правних правила облигационоправног карактера, којима се регулише уговорни однос између даваоца и корисника франшизинга (енг. *Relationship Law*),
- друга врста законског уређења не задире у сам уговорни однос франшизинга, већ се бави само једном фазом у закључењу уговора и то сегменту који претходи закључењу уговора, и то кроз регулисање обавезе предуговорног давања података (енг. *Disclosure Law*),
- трећи метод регулативе је онај који франшизинг нормира административним правилима о регистрацији (и одобрењу) уговора о франшизингу, чиме се настанак уговора подвргава дискреционом праву и одобрењу, односно дозволи државних органа (енг. *Registration Law*).

У упоредном законодавству, које је до деведесетих година прошлог вијека постојало само у САД-у (на федералном нивоу), дијелом у Канади и Француској, да би се након тога појавио примјетан пораст националне регулативе, посебно у земљама у транзицији могу се уочити прије свега тенденције да се ова три метода комбинују (законодавства Малезије, Кореје, Мексика, Шпаније, Индонезије), само ријетка законодавства не уређују област предуговорног обавјештавања (Русија, као и законодавства под њеним утицајем, попут Литваније, Казахстана и Бјелорусије), док највећи број националних легислатива садржи императивна прави-

<sup>20</sup> Члан 100 Закона о облигационим односима „Службени гласник РС“, број 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04).

ла о предуговорном обавјештавању. Правила о регистрацији и одобрењу уговора показала су се веома дестимулишућа, па су укинута у већини законодавстава која су их предвиђала (Канада).

И поред тога што је наша земља у донекле апсурдној ситуацији, да се након бројних и дугогодишњих искустава са франшизингом током осамдесетих година сада изнова налази на почетку, са једним бројем домаћих франшизинг система, са најављеном ревитализацијом домаћих франшизинг асоцијација, домаћи законодавац је јасно показао своју намјеру да уговор о франшизингу унесе у регуле будућег Грађанског законика.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Bessis, Philippe, *Le contract de franchisage*, Paris, 1986.
2. Callmann, Rudolf: *The Law of Unfair Competition, Trade Marks and Monopolies*, Callaghan and co., Mundelein, 1967.
3. Дарваш, Ернест, *Неложална утакмица у трговини и индустрији са гледишта приватног права*, Београд, 1933.
4. Миленковић-Керковић, Тамара, *Уговор о франшизингу – тајна успеха*, СКЦ Ниш, 1998.
5. Париводић, С., *Право међународног франшизинга*, Службени гласник, Београд, 2003.
6. Reimer, Eduard, *Wettbewerbs und Wareneichenrecht*, C. Heinemanns Verlag, 3. Aufl, Koln-Berlin, 1954.
7. Roubier, Paul, *Le droit de la propriete industrielle*, Sirey, Paris, vol. I, 1954.
8. Спасић, Иванка, *Franchising posao*, Београд, 1996.
9. Спасић, Иванка, *УНИДРОИТ – допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права*, Страни правни живот, бр. 2/2009.
10. Спасић, Иванка, *Нормативно уређење франшизинг послова – међународни аспект*, Страни правни живот, бр. 2/2010.
11. Трифковић, М., Симић, М., Тривун, В., *Пословно право – уговори, вриједносни папири и право конкуренције*, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево, 2004.
12. Ulmer, Eugen, *Unlauterer Wettbewerb, Band I, EWG*”, Becksche - Heymanns, Munchen - Koln, 1965.

13. Вилус, Јелена, *Општи услови формуларних уговора*, Београд, 1976.

## НЕАУТОРИЗОВАНИ ИЗВОРИ

- Закон о облигационим односима („Службени гласник РС“, број 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04)

**M. Sc. Milica J. Cizmovic**

**Expert Associate for Legal Affairs at Jovan S. Čizmović's Attorney's Office in Banja Luka**

## THE LEGAL REGIME FOR FRANCHISING

### *Summary*

*The franchising agreement originated at the end of the nineteenth century in the United States and in European countries it use was noted only in mid-twentieth century. By applying it through their business, companies have recognized the possibility of making a profit with far less risk in relation to new business ventures that imply entering into a new, undeveloped and both to a market (and the users) unknown work that has to go through all the stages of acceptance. The franchising agreement is extremely complex agreement with elements of other classic and recent contract, which is often mistakenly both equated and replased with them. The modern legal instruments, whith whom franchising business legaly harmonize, represent the origination of the common law legal system. Uniformly concluded contracts provide the same legal position of all franchisees to each other and in relation with the franchiser; thereby preventing disputes among the participants on the occasion of the unilateral privileges of a franchisee. The aim of scienticic work is to present the legal regime for franchising nowadays, with particular reference to history of franchising from post-war period (1950's and 1960's) up to the modern age.*

**Key words:** *franchise agreement, franchise, franchisees, know-how, the provider of franchising, the user franchising, contract sui generis.*





## ARBITRAŽA I KORUPCIJA

Mr Jelena Vukadinović\*

**Apstrakt:** *Da bi sporovi mogli da budu rešavani pred arbitražama moraju biti arbitrabilni. Dugo vremena se smatralo da su sporovi iz prava korupcije nearbitrabilni. Ovakav stav je vremenom napušten. Dozvoljavanjem da se arbitražnim putem rešavaju sporovi iz korupcije otvoreno je niz pitanja od kojih su dva pitanja ključna: dopuštenost prava arbitara da ispituju postojanje korupcije po sopstvenoj inicijativi (sua sponte) i pravna sudbina posla u kom postoji korupcija. Pored njih, u radu su analizirana i pitanja autonomije arbitražnog ugovora i princip *compétence-compétence*.*

**Ključne reči:** *arbitraža, arbitrabilnost, spor, korupcija, sopstvena inicijativa.*

### Uvod

Ugovaranje arbitraže u međunarodnim poslovnim odnosima postalo je pravilo u međunarodnoj trgovini. Razlozi zbog kojih se ugovorne strane opredeljuju za ovakav način rešavanja sporova mogu se tražiti u brzini i tajnosti postupka, stručnosti arbitara, efikasnosti izvršenja donete odluke.<sup>1</sup>

\* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд

<sup>1</sup> Više o prednostima arbitraže u odnosu na državni sud vid.: J. Perović, "Formulisane klauzule u arbitraži u međunarodnim privrednim ugovorima", *Pravni život*, 11/2012, str. 199, napomena br. 1; G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010, str. 18 i dalje; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012, str. 573, 574; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd 2012, str. 187; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, str. 5–9; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides (dalje: A. Redfern i drugi), *Law and practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, str. 23–25; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter (N. Blackaby i drugi), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009, str. 31–44.

Međunarodna trgovinska arbitraža<sup>2</sup> rešava sporove koji su po svojoj pravnoj prirodi međunarodnog<sup>3</sup> i trgovinskog karaktera.<sup>4</sup> Sporovi, međutim, moraju biti arbitrabilni. Pod arbitrabilnošću spora u opštem smislu podrazumeva se podobnost nekog spora da bude predmet arbitražnog odlučivanja. U pravnoj teoriji razlikuju se dve vrste arbitrabilnosti: arbitrabilnost predmeta spora (objektivna arbitrabilnost, *ratione materiae*) i arbitrabilnost stranaka (subjektivna arbitrabilnost, *ratione personae*).<sup>5</sup> Za potrebe ovog rada, arbitrabilnost spora će biti posmatrana isključivo u objektivnom smislu, odnosno kao arbitrabilnost predmeta spora.

Prema rešenjima koja postoje u međunarodnim izvorima arbitražnog prava приметно je da ne postoji definicija ni tačno određenje koji se sporovi smatraju arbitrabilnim. Na taj način data sloboda je nacionanim zakonodavcima da uredе ovo pitanje, čije su granice određene stepenom spremnosti države na međunarodnu saradnju.<sup>6</sup> Što je odnos države prema arbitraži rigidniji, veći broj sporova je proglašen nearbitrabilnim. U nearbitrabilne sporove dugo godina su svrstavani sporovi koji su se ticali korupcije, koji se generalno označavaju kao sporovi iz korupcije. Novija arbitražna i sudska praksa pokazuje da je ovaj stav napušten. Međutim, "otvaranje" sporova iz korupcije u arbitražnom rešavanju otvorilo je i neka pitanja kao što je pitanje ovlašćenja arbitara da ispituju postojanje korupcije po sopstvenoj inicijativi (*sua sponte*) i na taj način odluče o pravnoj sudbini posla u kome postoje elementi korupcije. Navedeno pitanje čini predmet rada i analizirano je u tri dela. Prvi deo rada posvećen je pitanju arbitrabilnosti sporova iz korupcijskih odnosa, drugi deo se bavi pitanjem prava arbitara da istražuju korupciju *sua sponte*, dok se u trećem delu analizira pravna sudbina ugovora koji služi kao osnov korupciji kao i ugovora koji je nastao kao posledica korupcije.

<sup>2</sup> Više o ovom pojmu vid. J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 1998, str. 15 i dalje; M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, 2013, str. 23 i dalje.

<sup>3</sup> Vid. UNCITRAL Model zakon od 1985. sa izmenama od 2006, čl. 1(3); Član 3 Zakona o arbitraži RS, Službeni glasnik RS, broj 46/06.

<sup>4</sup> Prema UNCITRAL Model zakonu, izraz „trgovinski” treba široko tumačiti, tako da obuhvati stvari koji proističu iz svih odnosa trgovinske prirode. Koji odnosi su trgovinske prirode vid. više Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International commercial arbitration*, Kluwer, 1999, str. 38–47.

<sup>5</sup> Pojedini autori priznaju i treću vrstu –arbitrabilnost nadležnosti (*ratione iurisdictionis*). Vid. više M. Cukavac, "Arbitrabilnost spora", *Arbitraža* 1/2000, Beograd 2000, str. 39–40; G. Stanković i drugi, *Arbitražno procesno pravo*, Niš 2002, str. 96; K. Sajko, "On arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline", *Zbornik PFZ*, 60, (5), Zagreb 2010, str. 962.

<sup>6</sup> A. Goldštajn, S. Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987, str. 16.

## I Arbitrabilnost sporova iz korupcije

*Uopšte o korupciji.* Određivanje pojma korupcije je složeno pitanje i može se analizirati na različite načine. Kao korupcija se u međunarodnim poslovima može smatrati svako zahtevanje, nudenje, davanje ili primanje, direktno ili indirektno, mita ili bilo koje nezaslužene koristi ili njeno stavljanje u izgled, koje remeti pravilno obavljanje bilo koje dužnosti ili ponašanje koje se traži od primaoca mita, nezaslužene koristi ili koristi koja se stavlja u izgled.<sup>7</sup> Ona se može javiti u javnom i privatnom sektoru. Korupcija u javnom sektoru, u najširem smislu shvaćena, predstavlja svaku zloupotrebu položaja od strane državnog službenika ili osobe koja vrši određenu javnu funkciju, a koja ima za cilj ličnu ili materijalnu korist.<sup>8</sup> Posmatrana sa stano- višta davaoca, korupcija predstavlja radnju davanja novca ili bilo čega drugog što ima određenu materijalnu vrednost stranom javnom službeniku direktno ili indirektno u cilju dobijanja povoljnih odluka u međunarodnoj trgovini.<sup>9</sup>

Osim u javnom sektoru, davanje i primanja mita postoji i u privatnom sektoru.<sup>10</sup> U radu će biti reči samo o korupciji kao davanju i primanju mita (podmićivanju) u javnom sektoru.

Korupcija je regulisana međunarodnim i nacionalnim izvorima prava. Na međunarodnom planu, doneto je niz akata<sup>11</sup> koji imaju za cilj iskorenji- vanje korupcije i dovođenje društva na tzv. nultu toleranciju. Najznačajnija je Konvencija o borbi protiv korupcije<sup>12</sup>, doneta u okviru Ujedinjenih nacija (UNCAC). Konvencijom je predviđeno da države potpisnice u okviru svojih nacionalnih zakona sankcionišu korupciju u javnom sektoru.<sup>13</sup> Pod uticajem

<sup>7</sup> Čl. 2 Građanske konvencije o korupciji, Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori 102/2007.

<sup>8</sup> V. više J. Čirić, M. Reljanović, N. Nenadić, M. Jovanović, D. Dobrašinović, D. Pejović (J. Čirić i drugi), *Korupcija – problemi i prevazilaženje problema*, Beograd 2010, str. 8 i dalje.

<sup>9</sup> A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, xxiii.

<sup>10</sup> Više o terminološkom određenju ovih pojmova vid. M. Hwang, K. Lim, *Corruption in Arbitration – Law and Reality*, Herbert Smith Freehills-SMU Arbitration Lecture Series, 2011, str. 2–4.

<sup>11</sup> OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction, Convention on the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, Criminal Law Convention on Corruption i dr. Vid. popis ostalih dokumenta u R. Kreindler, „Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and Unclean Hands Doctrine” u *Between East and West : Essays in Honour of Ulf Franke* (K. Hóber i dr. ured), Juris Publishing, 2010, str. 309, 310.

<sup>12</sup> Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije doneta je 31. oktobra 2003. godine, Rezolucijom Ujedinjenih nacija. Do sada ju je potpisalo 176 država, među kojima i Srbija i Bosna i Hercegovina.

<sup>13</sup> Pored korupcije u javnom sektoru, Konvencija poznaje i korupciju u privatnom sektoru. Sankcionisanje ove vrste korupcije ostalo je na nivou preporuke.

Konvencije, većina država je donela svoje propise u kojima je korupcija sankcinisana kao krivično delo.<sup>14</sup>

*Korupcija u arbitraži.* U međunarodnim poslovnim odnosima često se angažuju lica koja za potrebe naručioca posla prikupljaju informacije, obrađuju tržište, daju savete i vrše druge neophodne usluge u cilju zaključenja ugovora između principala i trećeg lica. Ovakvi ugovori, nezavisno od naziva, imaju u osnovi nalog i karakteriše ih obaveza isplate naknade angažovanom licu. Tako posmatrani, u pitanju su ugovori međunarodnog prometa o vršenju usluga nastali iz ugovora o nalogu.<sup>15</sup> U ove ugovore ubrajaju se ugovori o posredovanju, zastupništvu, komisijonu i dr. Za predmet ovog rada od značaja je ugovor o posredovanju.

Ugovor o posredovanju jeste ugovor o pružanju usluga u kome se jedna strana, posrednik, obavezuje da nastoji da nađe i da dovede u vezu sa nalogodavcem lice koje bi sa njim pregovaralo o zaključenju određenog ugovora, a nalogodavac se obavezuje da mu isplati određenu naknadu, ako ugovor bude zaključen. Posao posredovanja realizuje se putem dva ugovora: ugovora o posredovanju koji zaključuju nalogodavac i posrednik i ugovor koji zaključuju nalogodavac i treće lice. Ugovor o posredovanju čini pravni osnov posredničkog posla.<sup>16</sup> Ovi pravni poslovi su međusobno odvojeni i proizvode nezavisna (samostalna) pravna dejstva. Ugovor će biti međunarodni ako se mesta poslovanja ugovornih strana nalaze u različitim državama.

Radi dobijanja određenog međunarodnog posla u konkurenciji sa ostalim subjektima često se angažuje posrednik koji na koruptivni način utiče na ponuđača da donese odluku u korist nalogodavca. Posrednik je najčešće iz zemlje ponuđača, koji poznaje lokalne prilike i običaje. Visina naknade posrednika najčešće se obračunava kao procentualno izražen deo vrednosti posla. Visoki iznos naknade posrednika čini osnovanu pretpostavku i sumnju da se iz tako visokog novčanog iznosa naknade vrši podmićivanje javnog funkcionera. Na taj način plaćanje mita ostaje potpuno prikriveno i gotovo nedokazivo na direktan način.<sup>17</sup> Da bi se izbegla mogućnost ispitivanja postojanja korupcije od strane nadležnih nacionalnih sudova, često se predviđa nadležnost arbitraže.

<sup>14</sup> Čl. 321 švajcarskog Krivičnog zakonika; čl. 333 i 334 nemačkog Zakonika o krivičnom postupku; čl. 321 italijanskog Krivičnog zakona; čl. 367, 368 Krivičnog zakonika Republike Srbije; čl. 27 Krivičnog zakona Republike Srpske.

<sup>15</sup> Više R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2012, str. 643.

<sup>16</sup> Više o ugovoru o posredovanju M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica 2000, str. 297 i dalje.

<sup>17</sup> R. Ignjačević, „Arbitraža i korupcija kao protivpravna radnja”, *Pravni život* 9–10/1994, str. 1416.

Ugovaranjem arbitražnog načina rešavanja sporova, ugovorne strane derogiraju nadležnost nacionalnih sudova i prorogiraju nadležnost arbitraža. Za razliku od nacionalnih sudova, arbitraža nema mogućnost krivičnog gonjenja počinioca krivičnog dela, već se u slučaju postojanja korupcije njena nadležnost iscrpljuje u određivanju građanskopravnih posledica. Iako se otvara dilema da li arbitražni sud, u slučaju kad otkrije da je izvršeno krivično delo korupcije, ima obavezu da o tome obavesti nadležne organe, ovo pitanje ostavljamo van domašaja ovog rada.

Nadležnost arbitraže može biti predviđena ugovorom koji je zaključen između nalogodavca i posrednika, ali i ugovorom koji je zaključen između nalogodavca i trećeg lica, kao posledica angažovanja posrednika. Najčešće postupak pred ugovorenim arbitražom pokreće posrednik na osnovu ugovora o posredovanju, zahtevajući isplatu ugovorene naknade.<sup>18</sup> Nalogodavac se u tim slučajevima uglavnom poziva na to da ugovorena naknada predstavlja osnov za davanje mita javnom funkcioneru.

U takvim slučajevima, pred arbitražom se prvo postavlja pitanje nadležnosti da odlučuje u konkretnom slučaju. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je spor podoban, arbitrabilan, da bude rešen pred arbitražom. Nakon slučaja broj 1110,<sup>19</sup> pred Arbitražom pri MTK iz Pariza, dugo godina se

<sup>18</sup> Vid. slučajeve *Broker v. Contractor*, 19 YBCA (1988) str. 105 (1988); *Consultant v. German Company*, 31 YBCA (2005), str. 685; *Thales v Y&Z Swiss Federal Tribunal* 4A.596/2008.

<sup>19</sup> Slučaj 1110 (1963), 10(3) Arb. Int' 1 282. Krajem 50-ih godina na području Buenos Ajresa, država Argentina je oglasila ponudu izgradnje sistema elektromreže. Kompanija X iz Velike Britanije angažovala je posrednika Y iz Argentine da putem uticaja koje je imao u Peronovom sistemu vlasti, zastupa njene interese i učini šta je potrebno da kompanija X dobije posao vredan nekoliko miliona. Ugovorom je precizirano da posrednik od svakog zaključenog posla dobija 10% od ukupne vrednosti. Sam postupak izgradnje elektromreže sastojao se iz niza etapa koje su pratili zaključenje posebnih ugovora. Kompanija X naročito je bila zainteresovana da dobije centralni projekat iz 1950. godine. Posrednik Y je preko funkcionera u Peronovoj vlasti, sa kojima je bio u bliskim odnosima, uspeo da posreduje u zaključenju ugovora sa kompanijom X. Na osnovu izvršenih usluga, posrednik Y je dobio naknadu od 10% od ukupne vrednosti posla, s tim što je 8% od te naknade podeljeno funkcionerima na vlasti. Nakon ovog posla, kompanija X je bila angažovana i u drugim poslovima izgradnje u okviru elektromreže, u kojima je isplaćivala procenat vrednosti posla posredniku kao naknadu. Nakon nekoliko godina, raspisan je konkurs za izvođenje radova na manjoj elektrocentrali u okviru elektromreže. U to vreme, posrednik X nije se nalazio u Argentini, a kompanija X nije dobila posao kao glavni izvođač već je bila angažovana na projektu, posredno, kao neka vrsta podizvođača. Ugovor je potpisan 1956. godine, kada na vlasti nije bila politika predsednika Perona. Posrednik X se nije nalazio u to vreme u Argentini, jer je predstavljao persona non grata. Kada je saznao da je britanska kompanija zaključila ugovor iz 1956. godine, posrednik je zahtevao isplatu naknade iz vrednosti posla, navodeći da je kompanija dobila posao na osnovu angažovanja na bivšim projektima. Kompanija X je, sa druge strane, negirala da posrednik snosi zasluge za dobijeni posao, navodeći da je do angažovanja u projektu došlo nezavisno od njegovog uticaja na osnovu ad hoc partnerstva sa kompanijom koja je bila nosilac glavnih radova na projektu. Arbitražni postupak pokrenut je kompromisom zaključenim između posrednika i britanske kompanije.

smatralo da sporovi iz korupcije nisu arbitrabilni. Razmatrajući pitanje svoje nadležnosti i nadležnosti arbitraže, arbitar Lagergren je zauzeo stav da arbitraža nije nadležna u konkretnom sporu. U obrazloženju odluke o odbijanju nadležnosti, arbitar navodi i da su stranke koje su učestvovalе u poslovima ove prirode (nemoralnom poslu) izgubile svako pravo da se obrate pravosuđu (državnim sudovima i arbitražama) u rešavanju nastalih sporova.

Nakon ove odluke, u pravnoj teoriji<sup>20</sup> je postavljeno pitanje da li je arbitar Lagergren svoju odluku zasnovao na nearbitrabilnosti spora ili je svoju nenadležnost tumačio kao posledicu poništaja arbitražnog ugovora. U drugom slučaju, to bi značilo da je arbitar punovažnost arbitražnog ugovora tumačio zajedno sa punovažnošću osnovnog posla, pa je postojanje korupcije tumačio kao razlog za poništaj arbitražnog ugovora.

### **Pitanje arbitrabilnosti i *compétence-compétence***

Arbitrabilnost spora ne bi trebalo mešati sa pitanjem odlučivanja o sopstvenoj nadležnosti (*compétence-compétence*)<sup>21</sup> i principom autonomije arbitražnog ugovora.<sup>22</sup>

Doktrinom *compétence-compétence* označava se pravna fikcija po kojoj je arbitražni tribunal uvek nadležan da odlučuje o svojoj nadležnosti.<sup>23</sup> Fikcija predstavlja pravo tribunala<sup>24</sup> da odlučuje o postojanju sopstvene nadležnosti na osnovu punovažnog ugovora o arbitraži. Tribunal će pre odlučivanja o svojoj nadležnosti morati da ispita da li postoji punovažan arbitražni ugovor kojim je predviđena njegova nadležnost. Prilikom tumačenja punovažnosti arbitražnog ugovora, tribunal će primeniti načelo autonomije arbitražnog ugovora.

Pod autonomijom arbitražnog ugovora podrazumeva se njegova pravna samostalnost i odvojenost (separabilnost, eng. *separability, severability*) od osnovnog posla,<sup>25</sup> bez obzira na to što se može u fizičkom smislu nalaziti u njemu kao arbitražna klauzula ili biti fizički odvojen u drugom dokumentu

<sup>20</sup> R. Ignjačević, n. delo, str. 1423.

<sup>21</sup> Vid. više o ovom pojmu kao i terminološkoj razlici sa nem. terminom Kompetenz-Kompetenz u J. Perović, n. delo, 1998, str. 156 i dalje.

<sup>22</sup> Vid. više J. Perović, "Autonomija ugovora o arbitraži", *Pravo i privreda* br. 5-8/2008, Beograd, str. 535-544; isti autor *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, str. 217 i dalje.

<sup>23</sup> G. Knežević, V. Pavić, n. delo, str. 70

<sup>24</sup> U Rusiju odlučivanje o sopstvenoj nadležnosti predstavlja dužnost, a ne pravo.

<sup>25</sup> V. S. M. Sewebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, CUP, Cambridge, 1987, str. 2 i dalje.

(kompromis). Osnovna praktična posledica priznanja načela autonomije jeste stav da arbitražni sporazum može da postoji i proizvodi pravno dejstvo i kad je osnovni posao prestao da postoji ili nije ni punovažno nastao.

Prema ovom načelu, arbitražni ugovor je posebna pravna celina čija je pravna sudbina nezavisna od sudbine glavnog ugovora. Ovo naročito dolazi do izražaja kod kompromisorne klauzule. Materijalna odvojenost arbitražne klauzule ogleda se u tome što se punovažnost arbitražne klauzule ispituje posebno u odnosu na valjanost glavnog ugovora i prema posebnim materijalnim pravilima. U koliziono-pravnom smislu, punovažnost ugovora o arbitraži ceni se prema pravu različitom od prava koje se primenjuje na punovažnost glavnog ugovora. Dosledna primena ovog principa znači da će arbitražni ugovor biti poništen isključivo iz razloga koji se odnose na njegovu punovažnost.<sup>26</sup>

U sporu br. 1110, nadležnost arbitraže bila je zasnovana posebnim sporazumom koji je zaključen nakon nastanka spora. Iako *arbitar u svojoj odluci nije eksplicitno istakao načelo autonomije, tumačenjem odluke zaključuje se da je punovažnost kompromisa i glavnog posla odvojeno razmatrana.*<sup>27</sup>

*Prilikom tumačenja arbitražnog ugovora arbitar se pozivao na francusko pravo, kao pravo arbitražnog postupka (lex sitte) i pravo Argentine, kao pravo koje se primenjuje na ugovor (lex cause). Prema francuskom pravu, ugovori koji su protivni javnom poretku, dobrim običajima i moralu, nedopušteni su i ne mogu biti izvršeni.<sup>28</sup> Ovi ugovori su po sili zakona (ex lege) ništavi i o njima ne mogu odlučivati arbitri, ali ni sudije. Arbitar je kao merodavno materijalno pravo primenio pravo Argentine, kao pravo koje je u najtešnjoj vezi sa predmetom spora. Prema pravu Argentine, ugovori protivni dobrom moralu su nezakoniti. Prema odredbama čl. 502 Zakona o građanskom postupku, svaki odnos koji je protivan javnom poretku, moralu i dobrim običajima je nezakonit.*

*Arbitar Lagergren je istakao da postoji sumnja da je ugovor zaključen između kompanije X i posrednika Y imao za cilj podmičivanje argentinskih funkcionera, te bi kao takav bio protivpravan. Arbitar ne umanjuje rad koji je posrednik uložio u izvršenje naloga, ali isto tako ne može svojom odlukom dati pravni legitimitet nezakonitim odnosima. U obrazloženju kojim odbija nadležnost konstatuje da ovakvi sporovi koji su nastali iz nedopuštenih odno-*

<sup>26</sup> M. Stanivuković, n. delo, str. 78–81.

<sup>27</sup> V. više o odluci u G. Wetter, "Issues of Corruption before international tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No 1110" 10 *Arb Intl* 277 (1994).

<sup>28</sup> U osnovi, ovde se radilo o nedopuštenoj kauzi osnovnog posla. Vid. uopšte o pojmu nedopuštene kauze u S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, str. 334 i dalje.

*sa ne mogu biti rešeni pred arbitražom, ali ni pred sudovima. Odbijanje nadležnosti obrazložio je opštim principima koji su prihvaćeni u svim civilizovanim državama, izbegavajući pozivanje na određeno nacionalno rešenje o arbitrabilnosti spora.*

### **Koreni arbitrabilnosti korupcijskih sporova**

Dugo godina nakon donete odluke smatralo se da sporovi u kojima se postavlja pitanje korupcije ne mogu biti arbitrabilni.<sup>29</sup> Posledica nearbitrabilnosti spora lišava arbitražu nadležnosti. Međutim, ovo pitanje se može posmatrati i kao pitanje dopuštenosti rešavanja pred bilo kojim organom pravosuđa. Naime, postojanje korupcije u osnovnom poslu ne čini arbitražni ugovor ništavim i spor nearbitrabilnim, već čini nedopuštenim nadležnost bilo kog organa pravde – ovi sporovi ne mogu biti rešeni ni pred jednim organom pravde, jer postojanje korupcije čini da ovi ugovori ne postoje u pravu.<sup>30</sup> U odnosu na pitanje arbitrabilnosti, postojanje korupcije čini ugovorne odnose, iz kojih nastaju sporovi, nedopuštenim u meritumu, više nego što ih čine nearbitrabilnim.<sup>31</sup> Stoga bi se pre moglo konstatovati da arbitraža ima nadležnost da odlučuje o predmetu spora, pa ako se dokaže postojanje korupcije, može poništiti ugovor.

Čak i u ovom slučaju, smatramo da je arbitar Lagergren već zasnovao nadležnost kako bi utvrdio da je odlučivanje o ovom pitanju nedopušteno. Na takav zaključak ukazuje da je saslušanjem svedoka i primanjem podnesaka od strane stranaka,<sup>32</sup> arbitar ipak morao da uđe u meritum spora da bi utvrdio postojanje korupcije. Tako posmatrano, arbitar je ugovor o arbitraži posmatrao odvojenim od osnovnog posla, a arbitrabilnost u širem smislu, kao *dopuštenost odlučivanja pred sudovima i tribunalima*. Shvatanje “nearbitrabilnosti” ovih sporova kasnije je napušteno, što dokazuju i primeri iz arbitražne i sudske prakse. U tom smislu, ove sporove, iako mogu postati nedopušteni što dovodi do toga da nije moguće doneti odluku u meritumu, treba smatrati arbitrabilnim.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> G. Wetter, “Issues of Corruption before international tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No 1110” 10 *arb Intl* 277 (1994).

<sup>30</sup> A. Mourre “Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal”, *Arbitrability: International & Comparative Perspective* (L. Mistelis, S. Brekoulakis ur.), Kluwer 2011, str. 211.

<sup>31</sup> Isto, napomena 10.

<sup>32</sup> Vid. tačku 23 presude, ICC case no. 1110, *Arbitration International*, vol. 10 br. 3(1994), str. 282–294

<sup>33</sup> A. Mourre, n. delo, str. 212, videti posebno napomenu broj 17.



Ovakvo shvatanje potvrđeno je kasnije u slučaju *Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov (Fiona Trust)* u kome je, takođe, postavljeno pitanje postojanja korupcije. Dom Lordova Engleske je, primenjujući načelo autonomije arbitražnog ugovora, zauzeo stav da nepunovažnost ili raskid glavnog ugovora ne utiču na pravnu sudbinu arbitražne klauzule. Primenjujući ovaj stav na spor o korupciji, zaključio je da će ugovor koji predstavlja osnov primanja i davanja mita biti poništen jer je suprotan osnovnim moralnim načelima društva. Međutim, to neće uticati na “preživljavanje” arbitražne klauzule koja će nastaviti da postoji i proizvodi dejstva. Na osnovu principa *compétence-compétence*, tribunal će odlučivati o određenom sporu.

Isto shvatanje potvrđeno je kasnije u slučaju *Westinghouse International Projects Company et al. v. National Power Corporation iz 1991. godine*. Tuženi se, osporavajući nadležnost arbitraže, pozivao na postojanje korupcije koja čini arbitražnu klauzulu ništavom. Tužilac se, sa druge strane, pozivao na princip autonomije arbitražne klauzule koji je posle slučaja *Fione* postao opšteprihvaćen u arbitražom pravu. Arbitražni tribunal u ovom slučaju primenio je načelo autonomije arbitražnog ugovora, navodeći da u određenim slučajevima može doći do poništaja arbitražne klauzule ako postoje razlozi koji se neposredno odnose na arbitražnu klauzulu. Takav slučaj će biti u slučaju postojanja prinude. Postojanje prinude čini ništavim glavni i arbitražni ugovor. U slučaju korupcije takav *prima facie* dokaz nije moguće izvesti. Neophodno je dokazati neposredni uticaj korupcije na arbitražni ugovor. Slučaj je od značaja jer je prekinuta dotadašnja praksa prema kojoj su sporovi koji su pogodeni korupcijom smatrani nearbitrabilnim.<sup>34</sup>

## II Pravo i obaveza tribunala da istražuju postojanje korupcije po službenoj dužnosti (ex officio ili sua sponte)

O postojanju korupcije arbitri mogu saznati na osnovu navoda stranaka ili će ih na to uputiti elementi odnosa ili posredne indicije koje stvaraju sumnju o postojanju korupcije.

U svojim podnescima stranke se mogu pozivati na postojanje protivzakonitog ponašanja druge strane ili navesti da je saglasnošću volja ugovorena korupcija. Ukoliko je na ovaj način ukazano na postojanje korupcije u spornom odnosu, tribunal ima obavezu da ispita ove navode. Takva obaveze proi-

<sup>34</sup> Vid. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2009, str. 804, 805. Mali broj država, među kojima je i Pakistan, ove sporove još uvek smatra nearbitrabilnim.

stiče iz mandata koji su stranke dale arbitratima da donesu odluku u spornom odnosu. Uslov da doneta odluka bude izvršena jeste da je doneta na osnovu relevantnih činjenica i poštujući pravila postupka. U tom smislu, uslov za ispunjenje poverenog mandata arbitara je da razmotre i utvrde navode da je ugovor nevažeći, protivzakonit ili na drugi način protivan javnom poretku.<sup>35</sup> Samo ukazivanje od strane stranaka na postojanje korupcije nije dovoljan razlog da se ugovor poništi. Neophodno je da postoji valjani dokaz o postojanju korupcije da bi ugovor mogao da bude poništen. Ovakav stav prihvaćen je i u arbitražnoj praksi.<sup>36</sup>

Međutim, ako stranke u svojim podnescima ne navedu postojanje korupcije, a tribunal posumnja na postojanje korupcije, nejasno je da li ima pravo da po sopstvenoj inicijativi istražuje postojanje korupcije i donosi odluku na osnovu ovih indicija.<sup>37</sup> Drugim rečima, da li arbitri kvalifikaciju pravnog odnosa mogu učiniti isključivo na osnovu *prima facie* ugovora ili mogu ispitivati stvarnu volju stranaka. Ne treba zaboraviti da je, za razliku od nacionalnih sudova, osnovni zadatak arbitra da donese arbitražnu odluku koja će biti izvršena.<sup>38</sup> Pri čemu, odluka koja je suprotna javnom poretku neće se moći izvršiti. Sa druge strane, arbitri se mogu posmatrati na način da vrše određenu pravosudnu funkciju tako što donose odluke koje su izjednačene sa pravosnažnim sudskim presudama.<sup>39</sup> U tom smislu, arbitraža se može posmatrati kao dodatak pravosuđu koji je privatnopravne prirode, ali ipak ne predstavlja deo njega.

Ne ulazeći u pravnu prirodu arbitraže, ovde treba napomenuti da i država i stranke očekuju od arbitara da reše spor u skladu sa principima javnog poretka i imperativnih propisa, poštujući obim ovlašćenja dobijen od stranaka. U tom smislu, arbitar nema dužnost niti je ovlašćen da ispituje povredu javnog poretka (ispitujući postojanje korupcije) bez indicija stranaka ili bez očiglednih indicija koje ukazuju na postojanje korupcije<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Isto, str. 2183.

<sup>36</sup> U nizu arbitražnih odluka, vid. ICC slučaj br. 4145, Clunet 985(1985), YBCA (1987); ICC slučaj 5622, 3 Collection of ICC Awards 220, YBCA 105(1994); ICC slučaj 8891, Clunet 1076(2000) u kojima su odbačeni navodi o postojanju korupcije zbog nedovoljnih i slabih dokaza o njenom postojanju.

<sup>37</sup> N. Blackaby i drugi, n. delo, str. 134.

<sup>38</sup> A. Mourre, n. delo, str 229.

<sup>39</sup> Ph. Fouchard i drugi, n. delo, str. 10.

<sup>40</sup> Autori Cremades i Cairns smatraju da arbitri mogu sua sponte istraživati samo u slučajevima kada postoji *prima facie* dokaz o nezakonitom ponašanju. Vid. više BG. Cremades, D. Cairns, „Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud”, *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud* (K. Karsten, A. Berkeley), ICC Institute of World Business Law, 2003, str. 81.

Ako arbitri po sopstvenoj inicijativi, *ex officio*, istražuju postojanje korupcije, arbitražna odluka može biti poništena ili će joj biti uskraćeno priznanje. Članovi 34 (2) (iii) i 36 (1)(2)(iii) UNCITRAL Model Zakona kao i čl. V(1)(c) Njujorške konvencije, predviđaju prekoračenje ovlašćenja arbitara kao razloge za poništaj i nepriznavanje arbitražne odluke. Međutim, ovo ne treba shvatiti tako da je tribunal vezan prevarnim ugovorom na taj način da isključi istraživanje postojanja korupcije i donese odluku koja je suprotna stvarnom stanju. Ukoliko tribunal na osnovu predočenih činjenica ili analizom elemenata ugovora posumnja na postojanje korupcije, ima pravo da traži od stranaka da pruže dodatna objašnjenja. Može se opravdanim smatrati da tribunal ispituje da li je naknada u iznosu od 10% od ukupne vrednosti nesrazmerno visoka u odnosu na izvršeni posao ili uobičajenu vrednost ugovarane naknade. U tom smislu, smatraće se da tribunal nije prekoračio svoja ovlašćenja sve dok su radnje koje preduzima u cilju dokazivanja navoda relevantne za rešenje slučaja koji je podnet arbitraži.<sup>41</sup> Istraživanje i prikupljanje dokaza *sua sponte* prihvaćeno je i u arbitražnoj praksi.<sup>42</sup> Prilikom istraživanja i prikupljanja dokaza o postojanju korupcije, tribunal bi trebalo da dokazuje samo činjenice koje su relevantne za sporni odnos. Tako je sud u postupku povodom poništaja arbitražne odluke, u predmetu *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd*,<sup>43</sup> u kome se tuženi pozivao da prekoračenja ovlašćenja arbitara, istakao da je tribunal delovao u okviru svog mandata sve dok se oslanjao na dokaze koje su relevantni za rešavanje spora podnetog od strane stranaka, čak i kada takvi dokazi nisu podneti od strane stranaka.

To praktično znači da bi se davanjem prava arbitrima da ispituju postojanje korupcije *sua sponte*, smanjila i mogućnost da stranke zaključivanjem arbitražnog ugovora budu nagrađene za nemoralne ciljeve i simulovane poslove.

### III Posledice postojanja korupcije na pravni život ugovora

Korupcija je sankcionisana na nacionalnom i međunarodnom planu. U većini nacionalnih prava predviđena je, pored građanske, i krivična odgovornost za počiniocima ovih dela. Nadležnost arbitražnog tribunala ograničena je na odlučivanje o građanskopravnim posledicama korupcije u određenom poslu. Arbitri će prilikom donošenja odluke o posledicama korupcije na pravnu

<sup>41</sup> M. Hwang, K. Lim, n. delo, str. 10.

<sup>42</sup> Vid. Slučaj *CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK* [2011] SGCA, str. 33.

<sup>43</sup> *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd*, [1999] 1 All ER (Comm), str. 315.

sudbinu ugovora primeniti merodavno pravo (pravo koje su stranke odabrale, pravo mesta sedišta tribunala ili pravo zemlje u kojoj će se posao izvršiti) ili pravila transnacionalnog javnog poretka.<sup>44</sup>

Ukoliko se dokaže da je ugovor zaključen između nalogodavca i posrednika predstavljao osnov korupcije, biće poništen. Ova sankcija nije sporna u međunarodnoj arbitražnoj praksi.<sup>45</sup> Primenjujući nacionalna pravila na sporni odnos, u većini država ovo delo je okarakterisano kao nezakonito i suprotno javnom poretku. U ovom smislu je i Odbor Međunarodne trgovačke arbitraže (International Commercial Arbitration Committee – ILA) na svom zasedanju posvećenom razvoju javnog poretka u poslednjih 20 godina, istakao da postoji međunarodna saglasnost da su dela davanja i primanja mita suprotna međunarodnom javnom poretku.<sup>46</sup> I citirani sudija (i arbitar) Lagergren je, mnogo ranije, u svojoj odluci opisao delo korupcije koje je bilo predmet spora kao “grubo kršenje dobrog morala i međunarodnog javnog poretka”.<sup>47</sup>

Međutim, kako poništaj ugovora nije sporan, postavlja se pitanje povraćaja datog u tim okolnostima. Prema opštim pravilima ugovornog prava, poništaj ugovora dovodi po prava povraćaja datog i naknadu štete. U ovim ugovorima primena ovog načela nije moguća. U nezakonitim, odnosno nemoralnim pravnim poslovima primenjuje se princip *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.<sup>48</sup> Primena ovog principa može rezultirati i time da posrednik zadrži naknadu koju nije iskoristio u podmićivanju, te bude nagrađen na neki način. To je rizik sa kojim se učesnici ovih transakcija suočavaju. Dovoljavanje povraćaja datog, strane koje su učestvovalе u nemoralnom poslu ostale bi nekažnjenje.

U drugom slučaju, kada je posrednik izvršio svoju obavezu, postavlja se pitanje punovažnosti ugovora zaključenog između nalogodavca i trećeg lica. Na postojanje korupcije može ukazati lice ili državni organ koji je zaključio posao, navodeći da je do zaključenja ugovora došlo kao posledica podmićivanja nekog od javnih funkcionera. Ovaj ugovor može se posmatrati na isti način kao ugovor zaključen između posrednika i nalogodavca i smatrati ga ništavim *ex lege*. Međutim, ovakav stav nije privlačen kao opšti princip međunarodnog prava.<sup>49</sup> Takav ugovor bi se pre mogao smatrati kao rušljiv

<sup>44</sup> V. više V. Pavić, n. delo, str. 678–682.

<sup>45</sup> Isto, str. 679.

<sup>46</sup> International Law Association Committee (ILA) on International Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*, London Conference 2000, str. 22.

<sup>47</sup> Tačka 23 odluke.

<sup>48</sup> S. Perović, n. delo, str. 458, 459.

<sup>49</sup> V. Pavić, n. članak, str. 681

za stranu koja je savesna,<sup>50</sup> jer bi priznanje ništavosti ugovora drugu savesnu stranu lišilo legitimnih očekivanja. Međutim, savesna strana može tražiti njegov poništaj.<sup>51</sup> U slučaju poništaja, savesna strana ima pravo na povraćaj datog.

## Zaključak

Bez obzira na to što vlada uverenje da krivično i arbitražno pravo stoje na dijametralno suprotnim krajevima pravnog sistema, sporovi iz korupcije približavaju ove dve oblasti. Stav da su sporovi koji pružaju osnov korupciji nearbitrabilni, napušten je u arbitražnoj praksi. Ono što je pak ostalo nejasno jeste pravo tribunala da *po svojoj inicijativi* istražuje postojanje korupcije.

U strogom smislu posmatrano, prema pravilima međunarodnog arbitražnog prava, arbitri nemaju nadležnost da prema sopstvenoj inicijativi ispituju postojanje korupcije. Takvo istraživanje obuhvatalo bi ispitivanje činjenica i radnji koje stranke nisu iznele pred arbitražu i na taj način bi prekoračili poverene nadležnosti. Takvo ponašanje arbitara protivno je rešenjima Model zakona i Njujorške konvencije i predstavlja osnov za poništaj donete odluke. Međutim, kako je osnovna obaveza arbitara da reše spor na način da odluka bude izvršiva, neophodno je ispitati sve činjenice koje su relevantne za sporni odnos. Ukazivanje na nezakonit pravni odnos od strane stranaka predstavlja dovoljno relevantnu indiciju koju arbitri moraju ispitati.

Sa druge strane, ako arbitri sumnjaju da je spor nastao iz nezakonitog posla, obaveza donošenja izvršive odluke daje im pravo da takve sumnje i ispituju. Oni neće delovati *ultra petita* sve dok ispituju činjenice koje su od značaja za određeni odnos. U tom smislu se izjašnjava i sudska i arbitražna praksa. Ukoliko ispitivanje pokaže da postoji korupcija, tribunal će poništiti ugovor na osnovu pravila ugovornog prava pozivajući se na poštovanje javnog poretka.

<sup>50</sup> Vid. slučaj *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID case no. ARB/00//, Award (Octobar 4, 2006), tac. 164.

<sup>51</sup> Čl. 8(2) Građanske konvencija o korupciji.

**Jelena Vukadinović, LL.M.**  
**Research Associate,**  
**Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **ARBITRATION AND BRIBERY**

### *Summary*

*The issue of bribery in international commercial arbitration throws up complex issues throughout the proceedings. The paper addresses the three concerns associated with claims tainted by bribery – arbitrability, investigative powers of arbitral tribunal( sua sponte) and legal consequences of a finding of bribery. Regarding arbitrability, it is clear that claims tainted by bribery are no longer non-arbitrable in nature. Sua sponte investigation of bribery by a tribunal fall within its mandate, if the existence of bribery is relevant to the resolution of the dispute submitted to it. Lastly, if a tribunal makes a finding of bribery, contracts procured by bribery must be set aside.*

# **КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ**

**- Кривично материјално право**

**- Кривично процесно право**





## OTKUP IZREČENE KAZNE ZATVORA

Dr Miloš Babić\*

**Apstrakt:** U radu se raspravlja pitanje krivičnopravne ustanove zamjene izrečene kazne zatvora novčanom kaznom koja je, u nešto drugačijem obliku, u naše krivično zakonodavstvo prvi put uvedena Krivičnim zakonikom RS iz 2000. godine. Izmjenama krivičnog zakonodavstva iz 2010. godine ovu ustanovu su prihvatili i ostali krivični zakoni u BiH, koji su mogućnost ove zamjene proširili na sve izrečene kazne zatvora do jedne godine.

Autor naglašava da postoje veoma različiti pristupi i tumačenja odredaba kojima je regulisana ova zamjena, što je dovelo do njene različite primjene i do nejednakog položaja osuđenih učinilaca krivičnih djela kojima su izrečene iste kazne zatvora. Kakve je razmjere različito postupanje u primjeni ove ustanove dobilo, pokazuje i činjenica da je ono bilo predmetom raspravljanja i na Ustavnom sudu BiH, čiji stavovi se bitno razlikuju od stavova ostalih sudova u praktičnoj primjeni ove ustanove.

U radu se posebno ukazuje na to da nije osnovan i prihvatljiv stav Vrhovnog suda FBiH da se presuda kojom je izrečena kazna zatvora preinačava, jer bi to, po mišljenju autora, značilo ponovno preispitivanje pravosnažne presude, tj. praktično novo suđenje, a za to nema osnova niti je zakon predvidio posebnu vrstu postupka za takvu zamjenu.

Na kraju, autor upozorava da ovakav stav može da ima ozbiljne krivičnopravne posljedice. Naime, postavlja se pitanje koja je od dvije kazne (ranija kazna zatvora i nova novčana kazna) relevantna kada je u pitanju zastarjelost, od kog momenta ona počinje da teče, zatim pitanje koja se od ovih kazni uvodi u kaznenu evidenciju, što za sobom povlači i pitanje pravnih posljedica osude, te najzad pitanje izvršenja kazne zatvora u slučaju neplaćanja, ili samo djelimičnog plaćanja, novoizrečene novčane kazne.

**Ključne riječi:** zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom, preinačenje pravosnažne presude, novčana kazna u dnevnim i određenim iznosima, otkup kazne zatvora.

\* Професор Правног факултета у Бањој Луци

## 1. Uvod

Izmjene u strukturi kriminaliteta i izuzetno povećanje zatvorske populacije, posebno one sa kratkim kaznama zavora, nametnuli su potrebu da se traga za rješenjima kojima bi se ostvarili ciljevi kažnjavanja kao i primjenom kazne, a istovremeno otklonila njena negativna dejstva. Treba naglasiti da se zapravo radi o veoma staroj ideji čijim se utemeljivačem smatra *E. Ferri* koji je, u svom sistemu mjera socijalne zaštite, isticao potrebu zamjene kratkotrajnih kazni zatvora izrečenih manje opasnim delinkventima sa probacijom ili institucijom naknade štete. Ova ideja je u krivičnom pravu i kriminalnoj politici posebno osnažena u vremenu *Franza v. Liszta* koji je smatrao da kratkotrajne kazne zatvora nisu odgovarajuće krivične sankcije, da su one neprikladne za ostvarivanje tretmana prevaspitanja, da su štetne i da umjesto resocijalizacije dovode do desocijalizacije primarnih učinilaca krivičnih djela njihovim izlaganjem uticaju iskusnijih, odnosno profesionalnih kriminalaca. Posmatrano iz današnjeg vremena, tome se posebno mogu dodati i štetne posljedice koje se sastoje u gubljenju zaposlenja, ostvarivanju privredne ili neke druge djelatnosti i stvaranju prihoda, odvajanju od porodice, ali isto tako i velikim troškovima države oko organizacije izvršenja takvih kazni.<sup>1</sup>

Ovo pitanje je u današnje vrijeme postalo globalni problem koji je u manjoj ili većoj mjeri prisutan u gotovo svim zemljama i to predstavlja jedan od najozbiljnijih izazova savremenog sistema izvršenja krivičnih sankcija u kome dominira kazna zatvora.<sup>2</sup> Može se reći da se u tom pogledu već neko

<sup>1</sup> Međutim, valja imati u vidu da u krivičnopravnoj teoriji postoji i shvatanje koje opravdava kratkotrajne kazne zatvora. Riječ je o jednom drugačijem pristupu koji ima pozitivan stav prema kratkim kaznama zatvora; zagovornici ovog shvatanja se zalažu za njihovu reafirmaciju. Takav zaokret koji se desio u kriminalnoj politici dobrim dijelom je podstaknut neuspjehom modela resocijalizacije, skoro bi se moglo reći krahom tretmanske koncepcije. Time su oslabljene pozicije individualne prevencije i individualizacije u kažnjavanju, pa sve veći značaj u odmjeravanju kazne ponovo dobija *princip srazmjernosti između težine djela i kazne*. Ovakav obrt u krivičnom pravu naročito je intenziviran u skandinavskim zemljama i SAD. Stoga se ponekad naglašava da je kaznama zatvora glavna prednost upravo njihovo kratko trajanje, pa se stoga smatra da ih savremeno krivično pravo ne samo da ne može odbaciti, nego se čak govori o renesansi ovih kazni. Ovo shvatanje ili novi pristup kratkotrajnim kaznama zatvora koji se temelji na tzv. terapijskom šoku (tzv. *šok terapija*) nastao je u engleskom pravu (*short sharp shock*). Ono se zasniva na stavu da postoje i takvi učinioci krivičnih djela kod kojih su dosta efikasne i kratke kazne zatvora koje ga jasno upozoravaju da je izabrao pogrešan životni put, a koje opet nemaju posebno negativno dejstvo ni za osuđenog ni za društvo. Ova ideja je jedno vrijeme bila prihvaćena u Krivičnom zakoniku Švajcarske koji je predviđao posebnu kratkotrajnu kaznu zatvora (*Haftstrafe arrest*) koja je mogla trajati od jednog dana do tri mjeseca i izvršavala se u posebnim zatvorima kako bi se onemogućio negativni uticaj starijih zatvorenika (§. 39). Osuđenicima na ove kazne je bilo omogućeno da sami biraju rad koji im odgovara, što uključuje i rad izvan zatvora.

<sup>2</sup> Da je to tako potvrđuje i stanje u najrazvijenijim zemljama, posebno u SAD, u kojem je, iako se stalno grade novi zatvori, broj zatvorske populacije u porastu, što je u najvećoj mjeri posljedica strogosti

vrijeme savremena kaznena politika nalazi u fazi koja bi se mogla označiti kao veliko preispitivanje sistema krivičnih sankcija; traženja adekvatnih zamjena za kaznu zatvora, posebno one kraćeg trajanja, a sve u cilju prevazi- laženja stanja u kojem se nalazi kazna zatvora i ustanove za njeno izvršenje. Mnoge zemlje, naročito u posljednjih nekoliko decenija, otvorile su proces forsiranog uvođenja različitih krivičnopravnih mjera ili sankcija iz domena alternativne krivičnopravne reakcije, kako bi se otklonile negativne posljedi- ce primjene kazne lišenja slobode (prvo Engleska i Francuska, a u novije vri- jeme i mnoge druge zemlje). Pored novčane kazne i uslovne osude (sa razli- čitim varijantama), kao već provjerenih i moglo bi se reći klasičnih alternati- va kazni lišenja slobode, tu je i mjera opštekorisnog rada ili rada za opšte do- bro na slobodi (*community service; gemeinnutzige Arbeit*), zatim polusloboda ili djelimično izvršenje kazne zatvora (*semi-liberte, semidetention*); kućni zatvor (*house Arrest, Detenzione domisiliare*); zadržavanje krajem nedjelje (*Weekend Detention*); ustanova *izuzetnosti kratkih kazni zatvora* prema kojoj se kazna zatvora u kratkom trajanju (uglavnom do šest mjeseci) izriče samo izuzetno, kao krajnje sredstvo. Tu su i neke druge sasvim specifične alterna- tivne mjere, kao što je izdržavanje kazne u nekoj zdravstvenoj ili drugoj slič- noj ustanovi (npr. u Engleskoj – „*hospital order*“); uslovna obustava krivič- nog postupka ili tzv. *skretanje (diversion)*; naknada štete ili restitucija (Engle- ska i Švedska); različite profesionalne zabrane (Francuska, Švedska i Holan- dija); mjere kontrolisane slobode (zaštitni nadzor) i dr.

## 2. Rješenje u našem krivičnom zakonodavstvu

1. Zamjena pravosnažno izrečene kazne zatvora novčanom kaznom (čl. 33 st. 2 KZ RS; 42a KZ BiH, 43a KZ FBiH, i čl. 43a KZ BDBiH) nije posve nova krivičnopravna ustanova u našem krivičnom zakonodavstvu. Slično rje- šenje poznao je i raniji Krivični zakonik RS iz 2000. godine, koji je predvi- đao da izrečenu kaznu zatvora do tri mjeseca sud može, na zahtjev osuđenog, zamijeniti novčanom kaznom, a izuzetno i radom za opšte dobro na slobodi (čl. 36 st. 3). Izmjenama KZ RS iz 2003. godine ta odredba je preuzeta, ali je izostavljena mogućnost zamjene radom za opšte dobro na slobodi, a izmje- nama iz 2010. granica izrečene kazne zatvora koja je mogla biti zamijenje-

---

zakona koji se odnose na neovlašteni promet opojnim drogama. To, kao i ekonomska kriza, primorali su SAD da na nacionalnom nivou postigne konsenzus o neophodnosti smanjenja zatvorske populacije, o čemu je nedavno govorio i sam predsjednik SAD B. Obama, naglašavajući posebno strogost zakono- davstva o drogama.

na, podignuta je sa tri na šest mjeseci (vid. čl. 33 st. 2 KZ RS). Nešto drugačiju odredbu predviđao je i Krivični zakon Federacije BiH iz 1998. godine u odredbi člana 37 stava 3, u kojoj je bilo predviđeno da „sud kad odmjeri i izrekne kaznu zatvora u trajanju do tri mjeseca, može istodobno odlučiti da se ta kazna, uz pristanak osuđenog, zamijeni novčanom kaznom, a iznimno i radom za opće dobro na slobodi“. Ovo rješenje KZ FBiH iz 2003. godine nije preuzeo. Važeći KZ FBiH u odredbi člana 43c predviđa da lica kojima je izrečena kazna zatvora do jedne godine tu kaznu mogu izdržavati i kao kućni zatvor sa elektronskim nadzorom.

Sva navedena rješenja su na liniji tzv. alternativne krivičnopravne reakcije u odnosu na lakše oblike kriminala, odnosno rješenja kojima se otvara mogućnost otklanjanja primjene kratkotrajnih kazni zatvora i niza negativnih posljedica koje izvršenje takvih kazni može da ima.

2. Prihvatajući u naše krivično zakonodavstvo ovakvo rješenje kojim se daje mogućnost zamjene (u suštini otkupa kazne zatvora, „kupovanje slobode“) kazne zatvora do šest mjeseci (u ostalim krivičnim zakonima do godine dana) novčanom kaznom, podrazumijeva se da je naš zakonodavac ocijenio da postojeći sistem alternativnih krivičnih sankcija koji postoji u našem krivičnom zakonodavstvu nije dovoljan ili funkcionalan, pa ga je trebalo dopuniti i sa ovakvom „alternativnom mjerom“. Kako nema nikakvog zvaničnog obrazloženja, o razlozima kojima se pri tome rukovodio zakonodavac možemo samo nagađati. Sigurno je jedino to da ovakvom zakonodavčevom izboru nije prethodilo ozbiljno i studiozno ispitivanje i analiza efekata primjene (bolje reći neprimjene, jer se rad za opšte dobro na slobodi i novčana kazna u dnevnim iznosima ne primjenjuju) drugih alternativnih krivičnih sankcija koje postoje u našem krivičnom zakonodavstvu. Logičnim se nameće pitanje zašto se zakonodavac opredijelio za ovo izuzetno rješenje (ni jedna zemlja u okruženju ne sadrži ovakvu odredbu), a ne neko od rješenja koje je u zakonodavstvu poznato i već provjereno. Ovdje se prvenstveno misli na zamjenu izrečene kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi koja mogućnost već postoji u našem krivičnom zakonodavstvu i što je prihvaćeno u najvećem broju zakonodavstava. Zamjena kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi je najcjelishodnije rješenje i najviše odgovara u postizanju krivičnopravnih ciljeva koji se u ovakvim slučajevima žele postići, što je već pokazala praksa primjene ove alternativne mjere u mnogim zemljama. Time bi se istovremeno otklonila i sva negativna dejstva, ne samo kratkog zatvaranja, već i niz problema koje je izazvalo ovakvo rješenje i njegovo različito tumačenje i primje-

na u praksi, a što je već dovelo do ozbiljnih nejednakosti osuđenih učinilaca na kaznu zatvora u istom trajanju.<sup>3</sup>

Jedno od rješenja je i već poznato rješenje iz nekih zakonodavstava prema kojem se *kazna zatvora do šest mjeseci izriče samo izuzetno* kada je ona neophodna, odnosno samo ako posebne okolnosti djela i učinioca pokazuju da je neophodno izreći kaznu lišenja slobode. Takvo rješenje sadrži npr. §. 47 KZ Njemačke pod naslovom „Izuzetno izricanje kratkih kazni zatvora“, a isto tako i §. 47 KZ Austrije i §. 41 KZ Švajcarske. Gotovo istu odredbu ima i novi KZ Hrvatske (na snazi od 1. 1. 2013. godine) koji u odredbi čl. 45 predviđa da “kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci sud može izreći samo ako se može očekivati da se novčana kazna ili rad za opće dobro neće moći izvršiti ili ako se novčanom kaznom, radom za opće dobro ili uvjetnom osudom ne bi mogla postići svrha kažnjavanja”.

3. Neka krivična zakonodavstva za ovakve situacije predviđaju i neka druga rješenja. Tako npr. krivični zakonici Srbije i Crne Gore daju mogućnost da “učiniocu krivičnog dela kome je izrečena kazna zatvora do jedne godine, sud može istovremeno odrediti da će se ona izvršiti tako što će je osuđeni izdržavati u prostorijama u kojima stanuje ukoliko se s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje posle učinjenog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinio može očekivati da će se i na taj način ostvariti svrha kažnjavanja” (čl. 45 st. 5 KZ Sr.; čl. 45 st. 5 KZ CG). Dakle, slično našem rješenju rada za opšte dobro na slobodi, sud može učiniocu kome je izrekao kaznu zatvora do jedne godine, shodno ocjeni navedenih okolnosti, *istovremeno odrediti* da se ona izvršava u prostoru u kojem stanuje, tj. u tzv. *kućnom zatvoru*. Ovakvu mogućnost kod nas predviđa i KZ FBiH (čl. 43c). Dakle, umjesto da se prihvate već provjerena rješenja i modeli, odnosno da se *konačno započne sa izricanjem rada za opšte dobro na slobodi*, kao i novčane kazne u dnevnim iznosima (model koji je kod nas predviđen kao primaran i svaka presuda bi morala sadržavati obrazloženje zbog čega je nov-

<sup>3</sup> Pored ostalog, loša strana ovakvog rješenja sastoji se i u tome što ono pogoduje tzv. „štimanje“ kazni u praktičnoj primjeni, kako bi se omogućilo njihovo otkupljivanje. To je posebno istaknuto i na Panelu za ujednačavanje sudske prakse održanom od 2. juna 2015. godine u VSTV, pri čemu je navedeno da u praksi već ima takvih slučajeva. Ovu slabu stranu ovakvog rješenja svakako ne bi trebalo potjecenjivati, jer je teško tvrditi da u praksi neće biti zloupotreba u primjeni ove ustanove. Već je u našoj praksi primjene odredbe iz člana 42a bilo i takvih slučajeva u kojima su sudovi izricali kazne zatvora od jedne godine za krivična djela sa prilično visokom minimalnom propisanom kaznom zatvora za taj oblik djela (tri godine), ublažavajući kaznu po osnovu osobito olakšavajućih okolnosti (porodična situacija, korektno držanje optuženog na sudu, ranija neosuđivanost), iako se radi o višekratnom ponovljenom izvršenju djela, visokom stepenu krivične odgovornosti, imovinskoj koristi koja nekoliko puta prelazi prag kvalifikatorne okolnosti i sl. Indikativno je da se to čini kod krivičnih djela kod kojih je to najmanje kriminalnopolitički opravdano, kao što su djela poreske utaje i djela organizovanog kriminala.

čana kazna izrečena u određenom, a ne u dnevnom iznosu), naš zakonodavac se opredijelio za najkomotnije rješenje. Takvo rješenje jest najjednostavnije i ne zahtijeva bilo kakvo angažovanje nadležnih organa vlasti a donosi prihode, ali se pri tome posve zanemaruju ciljevi i svrha postojanja i primjene krivičnog prava. Na kraju, različito tumačenje i primjena ove ustanove dovodi do nejednakog položaja osuđenih učinilaca krivičnih djela sa istim izrečenim kaznama, što istovremeno predstavlja kršenje principa ravnopravnosti građana pred zakonom, odnosno princip vladavine prava kao osnov pravne sigurnosti u društvu.

### 3. Tumačenje i primjena ove ustanove

3.1. *Da li se mijenja – preinačava pravosnažna presuda kojom je izrečena kazna zatvora.* Imajući u vidu dosadašnje različito postupanje sudova u primjeni ove ustanove, teško je naći odredbu materijalnog krivičnog prava koja je izazvala takve probleme u njenoj praktičnoj primjeni (reklo bi se – ni manje odredbe ni većih problema). Ne radi se o uobičajenim razilaženjima u shvatanju određenog krivičnopravnog pitanja, već o posve suprotnim stavovima u njegovom tumačenju i primjeni. To je na kraju dovelo do posve različite primjene ove ustanove u praksi i do nejednakog položaja osuđenih učinilaca krivičnih djela kojima su izrečene kazne zatvora u *istom trajanju*. Ovo nije posljedica samo različitog regulisanja ovog instituta, već i nepreciznog ili „nespretnog“ formulisanja i određenja nekih pitanja vezanih za njegovu primjenu. To se prvenstveno odnosi na pitanje njegove obavezne ili fakultativne primjene (atribut „može“ sugeriše fakultativnost u primjeni), ali i prirodu postupka u kojem se odlučuje o zahtjevu osuđenog o zamjeni kazne zatvora, a time i formu same sudske odluke (presuda ili rješenje), itd. Tome na izvjestan način doprinosi i sam njen naziv: „*zamjena kazne zatvora*“, što po nekim shvatanjima upućuje na ponovnu sudsku ocjenu opravdanosti takve zamjene. To se i naglašava u Materijalu Vrhovnog suda FBiH koji je raspravljan na Panelu za ujednačavanje sudske prakse održanom 2. jula 2015. godine, pri čemu se ističe da i sam naziv „*zamjena kazne zatvora*“ ukazuje na takvu prirodu postupka. Tu su svakako i dva modela novčane kazne koji su predviđeni kao mogući oblici zamjene, iako novčanu kaznu po modelu dnevnih iznosa, kako je već rečeno, naši sudovi uopšte ne izriču. Prilikom razmatranja i prihvatanja ovakvog rješenja naš zakonodavac je sve ovo trebalo da ima u vidu.

Kao što je već navedeno, različita primjena ove ustanove dovela je do nejednakog položaja osuđenih lica, odnosno nejednake primjene krivičnog

prava na iste slučajeve. To je bio razlog (kako se navodi u Materijalu na navedenom Panelu) što je Krivično odjeljenje Vrhovnog suda FBiH već 1. 1. 2011. godine usvojilo *Pravno shvatanje* (u daljem tekstu Pravno shvatanje VS FBiH) u kojem su u vezi sa ovim pitanjem zauzeti određeni stavovi koji se odnose na njegovo tumačenje i primjenu, a sve u cilju ujednačavanja sudske prakse u primjeni ovog instituta. Kakve je razmjere različito postupanje u primjeni ove ustanove dobilo, pokazuje i činjenica da je ovo pitanje bilo predmetom raspravljanja i na Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine. Valja naglasiti da tumačenje ove ustanove od strane Ustavnog suda BiH (Odluka Ustavnog suda u predmetu broj: AP 2809/12 od 24. maja 2013) nije na liniji stavova zauzetih u Pravnom shvatanju Vrhovnog suda FBiH, kao ni stavova dobrog dijela sudske prakse u Bosni i Hercegovini. Iz obrazloženja navedene odluke Ustavnog suda jasno se vidi da je ovaj sud prihvatio shvatanje i tumačenje odredbe iz člana 42a KZ BiH dato u predmetu, broj: S12K006662 12Kž od 29.2.2012 godine (Odluka Apelacionog vijeća Suda BiH u predmetu I. Č. kojom je preinačena odluka prvostepenog suda i prihvaćen zahtjev osuđenog da se izrečena kazna zatvora zamijeni novčanom kaznom u dnevnom iznosu).

Uz dužno poštovanje autoriteta Vrhovnog suda FBiH i kolega iz Krivičnog odjeljenja i značaja njihovih odluka i stavova, čini se da je navedeno Pravno shvatanje prije usvajanja nedovoljno prostudirano. Naime, entitetski sudovi su u najvećoj mjeri, u razmatranju zahtjeva osuđenih, slijedili navedene stavove i odbijali zahtjeve kao neosnovane, pozivajući se uglavnom na samu prirodu i težinu krivičnog djela, kao i neke druge okolnosti (npr. da se radi o povratniku), pa se u tom smislu ocjenjuje da se sa novčanom kaznom ne bi mogla postići svrha kažnjavanja. Ovakav pristup u tumačenju ove ustanove upravo je na liniji stava iz navedenog Pravnog shvatanja VS FBiH prema kojem se o zahtjevu osuđenog odlučuje nakon održanog ročišta na kojem se kontradiktorno raspravlja o zahtjevu, odnosno svim relevantnim okolnostima koje se odnose na ličnost osuđenog i učinjeno krivično djelo, kao i o svrsi kažnjavanja i svrsi izvršenja kazne (tač. 3 i 6). To praktično znači da se ponovo preispituje pravosnažno izrečena kazna, ponovo cijeni priroda i težina krivičnog djela, okolnosti koje se odnose na ličnost osuđenog učinioca krivičnog djela, srazmjernost tako izrečene kazne sa težinom djela i mogućnost postizanja svrhe kažnjavanja. Nije teško zaključiti da se ovdje zapravo radi o ponovnom suđenju, *preispitivanju i preinačenju pravosnažne presude*, a da za to u zakonu nisu predviđeni bilo kakvi osnovi i poseban postupak, što je u nekim drugim sličnim situacijama predviđeno, npr. u žalbenom postupku ili ponavljanju krivičnog postupka: pravom i nepravom.

Navedeni stav Vrhovnog suda FBiH iznesen je od strane sudija ovog suda i na navedenom Panelu za ujednačavanje sudske prakse u krivičnopravnoj oblasti. Naime, u pisanom materijalu koji je predöčen na tom panelu, zastupa se i dalje stanovište da se to čini nakon održanog ročišta na kojem je strankama i braniocu omogućeno kontradiktorno raspravljanje o zahtjevu odnosno okolnostima koje su od značaja za donošenje odluke o zahtjevu. Prema tom tekstu, odredbe u kojima je predviđena predmetna zamjena kazne zatvora novčanom kaznom podrazumijevaju *mijenjanje pravosnažne presude* u pogledu izrečene kazne, pa je stoga to nužno i činiti na jednom takvom ročištu i to *presudom*, jer je u svim procesnim zakonima predviđeno da se *kazne izriču samo presudom*. Pri tome se ukazuje da na to upućuje i sam naziv „zamjena kazne zatvora“. Pored toga, pravi se i poređenje sa institutom nepravog ponavljanja krivičnog postupka iz člana 34a ZKP FBiH kod kojeg se, kako se ističe, takođe radi o preinačenju pravomoćnih presuda u odluci o kazni bez ponavljanja krivičnog postupka, a koje se takođe vrši presudom (str. 3 Materijala).

Ovakvo shvatanje i tumačenje krivičnopravne prirode ove ustanove nije pravilno i prihvatljivo, a pogotovo nije prihvatljivo navedeno poređenje sa institucijom nepravog ponavljanja krivičnog postupka, niti pozivanje na sam naziv ove ustanove. *Prvo*, ovdje se ne radi o mijenjaju pravosnažne presude u pogledu kazne, niti se radi o „izricanju“ već o „zamjeni“ (kao i kod zamjene novčane kazne supletornim zatvorom), što predstavlja samo poseban način ili model izvršenja *već izrečene kazne* presudom koja je postala pravosnažna. U suštini, ovdje je riječ o otkupu pravosnažno izrečene kazne zatvora do jedne godine, a ne o ponovnom suđenju koje je već obavljeno i donesena pravosnažna presuda, krivični postupak je ovdje pravosnažno okončan. *Drugo*, krivičnopravna priroda ove i ustanove nepravog ponavljanja krivičnog postupka se *bitno razlikuju*, jer kod nepravog ponavljanja zakon izričito govori o *preinačenju pravosnažne presude* zbog pogrešne primjene odredaba o odmjeraivanju kazne za djela u sticaju i o *izricanju* (jedinstvene) kazne. Riječ je, dakle, o kazni koja je *pogrešno izrečena* odnosno *odmjerena*, jer je povrijeđena zakonska norma koja se odnosi na odmjeraivanje kazne za krivična djela koja se nalaze u sticaju (na štetu osuđenog), pa to valja ispraviti u ponovnom postupku u kojem, i pored toga, nema suđenja u pravom smislu. Ništa od navedenog nije predviđeno u odredbama o zamjeni kazne zatvora novčanom kaznom, niti je zakon za ovu situaciju predvidio *poseban postupak* kao što je to učinio kod nepravog ponavljanja.

Ni stav prema kojem na ovakvo postupanje sudova u primjeni ove ustanove ukazuje i sam njen *naziv*, takođe nije osnovan. Naime, ako se ima u vidu



krivičnopravna priroda i namjena ove ustanove, onda nije teško zaključiti da se radi o odredbi sličnoj institutu „zamjene novčane kazne kaznom zatvora“ (dakle isti naziv) njenim prostim prevođenjem u tzv. *supletorni zatvor*, s tom razlikom što je ovdje zamjena kazne zatvora novčanom kaznom uslovljena zahtjevom osuđenog, tj. prepuštena je njegovom vlastitom izboru. Dakle, ako se bez ikakvih dodatnih i posebnih uslova novčana kazna kao lakša (i to do visine kazne propisane za to djelo, *sic!*)<sup>4</sup>, bez održavanja ročišta na koje se pozivaju stranke i branilac i preinačavanja pravosnažne presude kojom je ta kazna izrečena, može da prevede u zatvor kao težu kaznu za osuđenog, zašto bi se u obrnutom slučaju, kada se teža kazna, tj. kazna zatvora prevodi u lakšu – novčanu kaznu, postavljali neki dodatni uslovi, a pogotovo oni koji se odnose na ponovnu ocjenu težine i prirode krivičnog djela, zatim okolnosti vezane za ličnost osuđenog, svrhu kažnjavanja, itd. Kao što je već rečeno, to bi se pretvorilo u ponovno suđenje, ponovnu ocjenu okolnosti relevantnih za odmjeravanje kazne, a to je sve perfekuirano već postojećom presudom koja je pravosnažna i više ne može biti preispitivana, osim pod zakonom predviđenim uslovima, a to nikako nije ova situacija.

3.2. *Da li je primjena ove krivičnopravne ustanove obavezna ili fakultativna.* Kada je u pitanju stav iz Pravnog shvatanja VS FBiH prema kojem je primjena ove ustanove fakultativna, valja reći da je u najvećoj mjeri to posljedica pogrešne upotrebe izraza „može“ koji zaista upućuje na fakultativnost u njenoj primjeni. Zakonopisac je ovdje pogriješio, iako prema mišljenju nekih članova tima koji je radio predmetnu izmjenu KZ, taj izraz je podrazumijevao fakultativnost samo u kontekstu podnošenja zahtjeva optuženog, a ne i to da li će sud ili neće prihvatiti ovu zamjenu po jednom od predviđenih modela. Ovu nepreciznost krivičnih zakona Ustavni sud je navedenom odlukom promijenio i u tom smislu već su učinjene intervencije u zakonskim tekstovima ovih odredaba, čime bi ova dilema u primjeni ovih odredaba trebalo da bude otklonjena. Istina, to nije do kraja učinjeno jer u KZ RS ta korekcija još nije izvršena (autor nije našao da je to učinjeno i u KZ BDBiH). Na navedenom Panelu u VSTV i sudije iz RS su istakle da i dalje ostaju pri stavu da ova zamjena kazni podliježe ponovnoj ocjeni suda, tj. vrednovanju svih okolnosti koje su od značaja za donošenje odluke o zamjeni. Pri tome se posebno ističu neke od okolnosti koje su od posebnog značaja pri izboru i odmjeravanju kazne, kao što je to npr. okolnost da se radi o osuđenom učinicu koji je povratnik.

Ni ovo shvatanje nije osnovano, jer previđa činjenicu da je kod ove ustanove relevantna samo izrečena kazna, pa su osuđeni učinioци sa *kaznom*

<sup>4</sup> O kritici ovakvog rješenja kod zamjene novčane kazne supletornim zatvorom, vid. u mom radu objavljenom u Biltenu Suda BiH, broj: 4/2014, str. 18.

u istom trajanju u posve jednakoj krivičnopravnoj poziciju, pa i onda kada se odlučuje o njihovom zahtjevu za zamjenu kazne zatvora novčanom kaznom. To radi toga što više nema osnova za dodatno ispitivanje i ocjenu već vrednovanih okolnosti koje je sud cijenio kao relevantne u predmetnom slučaju i na osnovu toga izvršio izbor i odmjerio kaznu. To znači da između kazni zatvora izrečenih u jednakom trajanju nema razlike, jer se zasnivaju na istoj težini krivičnog djela i svim drugim okolnostima koje je sud već cijenio. Dakle, sva lica pravnosnažno osuđena na kaznu zatvora u istom trajanju (npr. od šest mjeseci ili godinu dana) imaju istu krivičnopravnu poziciju, bez obzira na vrstu krivičnog djela i okolnosti pod kojim je ono učinjeno.

Može se, dakle, zaključiti da iz prirode i namjene (otklanjanje štetnih posljedica zatvorskih kazni, rasterećenje zatvorskih ustanova – Preporuka Savjeta Evrope<sup>5</sup>) navedene ustanove proizilazi da njena primjena ne podliježe naknadnoj ocjeni opravdanosti zamjene pravosnažno izrečene kazne zatvora do jedne godine (ili šest mjeseci) novčanom kaznom. Ova dilema je otklonjena navedenom odlukom Ustavnog suda u kojoj je izričito navedeno da je primjena ove odredbe obavezna. Kao što je već istaknuto, jedino ostaje pitanje primjene ove ustanove u RS, jer u KZ RS nije učinjena izmjena u smislu odluke Ustavnog suda, a ni raspoloženje da se odredba iz člana 33 stava 2 obavezno primjenjuje, jer to, kako su istakle sudije iz RS na navedenom panelu, nije opravdano u svim slučajevima u kojima je izrečen zatvor do šest mjeseci. Već je rečeno zbog čega ovaj stav nije osnovan, pa stoga nije potrebno ponovo obrazlagati da su osuđeni učiniooci sa istim kaznama u istoj krivičnopravnoj poziciji. Pored toga, ako se pažljivije analizira tekst odredbe iz člana 33 stava 2 u vezi sa tekstom odredbe iz člana 36 stava 2 i 3 KZ RS na koje ona upućuje (zamjena neplaćene novčane kazne zatvorom), onda je diskreciona ocjena suda o primjeni odredbe iz člana 33 stava 2 dosta upitna. Naime, kako se ova odredba odnosi na zamjenu novčane kazne zatvorom, a koja se čini bez odlaganja i bez posebnih ročišta u kojima se preinačava pravnosnažna presuda, to znači da i u ovoj situaciji sud postupa *shodno ovoj odredbi*, tj. bez odlaganja zamjenjuje kaznu zatvora novčanom kaznom.

3.3. *Pitanje modela novčane kazne kojim se zamjenjuje kazna zatvora.* Pitanje načina zamjene izrečene kazne zatvora novčanom kaznom izaziva posebne probleme u primjeni ove ustanove i njegovo različito tumačenje u najvećoj mjeri dovodi do različitog položaja osuđenih lica. Kao i kod novčane kazne, i ovdje je svrha modela novčane kazne u dnevnim iznosima da

<sup>5</sup> Preporuka br. R (99) 22 Komiteta ministara Savjeta Evrope državama članicama o prenatrpanosti zatvora i porastu broja zatvorenika – *Council of Europe, Committee of Ministers: Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation.*

se osuđena lica učine jednakopravnim u primjeni zakona, shodno njihovom imovnom stanju. Međutim, teško je očekivati da sudovi u primjeni ove ustanove koriste ovaj model novčane kazne, ako to ne čine kod primjene novčane kazne kao krivične sankcije. Stoga sudovi u većini slučajeva odbijaju takve zahtjeve kao neosnovane, nalazeći da optuženi nije priložio svu neophodnu dokumentaciju na osnovu koje može valjano utvrditi imovno stanje učinioca, pa zamjenu vrše po modelu određenih iznosa, uzimajući 100,00 KM kao jedan dan zatvora.

Zbog svih navedenih problema u primjeni, trenutno preovlađuje stav da model određenih iznosa treba prihvatiti kao jedini model u primjeni ove ustanove u budućim izmjenama krivičnih zakona. U navedenom materijalu Vrhovnog suda FBiH sugeriše se i jedan novi, *kombinovani model* kao prihvatljiviji u ovakvim slučajevima. Naime, kako bi se osigurala jednakost građana pred zakonom i omogućilo poštovanje principa prema kojem je u odmjeravanju novčane kazne potrebno uzimati u obzir imovno stanje učinioca, predlaže se primjena modela određenih iznosa, odnosno pravilo prema kojem se dan zatvora izjednačava sa 100,00 KM, ali samo prema onim osuđenim učiniocima koji su slabijeg imovnog stanja, odnosno kod kojih visina dnevnog iznosa ne prelazi 100,00 KM. Drugi model bi se primjenjivao prema onim bogatijim, tj. prema onim osuđenim učiniocima kod kojih visina dnevnog iznosa prelazi granicu od 100,00 KM. U ovom slučaju bi se jedan dan zatvora izjednačavao sa jednim dnevnim iznosom i broj dana novčane kazne bi se množio sa visinom jednog dnevnog iznosa. U svim ovakvim slučajevima visina novčane kazne kojom je zamijenjena kazna zatvora bi bila veća od najvećeg zbira novčane kazne dobijene primjenom modela u fiksnim iznosima (36.000,00 KM), a ako bi kod nekih osuđenih učinilaca visina jednog dnevnog iznosa bila veća, npr. dva ili više puta, onda bi i visina novčane kazne bila toliko puta veća od najveće koja se dobija po drugom modelu.

Iako se ovaj model temelji na potrebi osiguranja jednakosti građana i poštovanju principa prema kojem je nužno uvažavanje imovnog stanja pri odmjeravanju novčane kazne (tako se ističe u navedenom materijalu), nije teško zaključiti da se upravo prema osuđenim učiniocima ove kategorije (koji su lošijeg imovnog stanja) odstupa od tih principa i primjenjuje model određenih iznosa. To djelimično stoji samo u odnosu na drugu kategoriju, ali kako njima ne odgovara upravo ovaj model novčane kazne, oni bi vjerovatno u najvećem broju slučajeva tražili navedenu zamjenu u određenim iznosima (100,00 KM jedan dan). U svim takvim slučajevima sud bi bio u obavezi da utvrđuje imovno stanje osuđenog učinioca kako bi ispitao postojanja eventualnog os-

nova za zamjenu kazne zatvora novčanom kaznom po modelu dnevnih iznosa. Teško je očekivati da bi naši sudovi na taj način postupali, ako se ima u vidu da to ne čine ni prilikom izricanja novčane kazne, iako im je to zakonska obaveza (npr. čl. 36 st. 1 KZ BiH).

Sve izneseno pokazuje da je naše rješenje o zamjeni kazne zatvora novčanom kaznom izuzetno problematično i stoga valja ozbiljno razmisliti o njegovom napuštanju ili drugačijem zakonskom uređenju ove ustanove. Ovo pogotovo ako se ima u vidu da već imamo rad za opšte dobro na slobodi, alternativnu krivičnu sankciju koja je u ovakvim slučajevima najprihvatljivija i, kako je već rečeno, u gotovo svim zemljama primjena ove mjere ima dobre rezultate. Pored toga, u eventualnoj novoj izmjeni krivičnog zakona u vezi sa ovakvim slučajevima, bilo bi dobro da zakonodavac razmisli o prihvatanju već navedenog rješenja nekih zakonodavstava o *izuzetnoj primjeni kazni zatvora do šest mjeseci*, čime bi se otklonili mnogi problemi vezani za krivičnopravne situacije na koje se odnosi ustanova zamjene kazne zatvora novčanom kaznom. U istom smislu bi se moglo razmisliti o prihvatanju odredbe da se za sva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine može izreći i novčana kazna ukoliko sud ocijeni da se sa tom kaznom može postići na bolji ili isti način svrha kažnjavanja kao i sa kaznom zatvora.

#### 4. Neka posebna pitanja u vezi sa primjenom ove ustanove

4.1. *Krivičnopravne posljedice preinačavanja presude*. Primjena odredaba o zamjeni kazne zatvora novčanom kaznom na način koji zagovara Vrhovni sud FBiH otvara neka značajna krivičnopravna pitanja. Već je prethodno postavljeno pitanje *krivičnopravnog osnova* za preispitivanje pravosnažno izrečene kazne zatvora i pitanje procesnih odredaba na kojima sud temelji preispitivanje tako izrečene kazne (što bi moralo da stoji u obrazloženju nove presude). Ako se to čini nakon ovako provedenog postupka poslije kojeg je novom presudom izrečena nova (novčana) kazna, to bi trebalo da znači da ranija presuda i kazna zatvora više ne egzistiraju. Odmah se otvara sljedeće pitanje ili problem: šta će biti ukoliko osuđeni ne plati novčanu kaznu ili je plati samo djelimično; kako će sud odlučiti o izvršenju kazne zatvora, jer te kazne više nema. Ovdje nije riječ o neplaćenju novčanoj kazni koja se prevodi u supletorni zatvor, jer se u odredbi stava 3 član 42a KZ BiH kaže da sud donosi „odluku o izvršenju kazne zatvora“ (a ne o zamjeni novčane kazne zatvorom), koje u ovom slučaju nema. Ovakva situacije će se kod nas dešava-

ti često, s obzirom na to da većina osuđenih učinilaca zahtijeva zamjenu po modelu dnevnih iznosa, a sud prihvata drugi model koji njima ne odgovora, nakon čega slijedi žalba, pa dalji zahtjevi za odgađanje plaćanja ili plaćanje u ratama, a sve u cilju izbjegavanja izvršenja bilo koje kazne i s krajnjim ciljem „uvlačenja“ u zastaru. Čak nije isključeno da bude postavljeno i pitanje da li ovdje uopšte postoji izrečena kazna. Nadalje, postavlja se pitanje koja će od ove dvije kazne biti uvedena u kaznenu evidenciju, što za sobom povlači pitanje pravnih posljedica osude; njenog brisanja i davanja podataka iz kaznene evidencije; koja kazna je relevantna kada su u pitanju rokovi zastarjelosti, da li apsolutni rok teče od momenta izricanja jedne ili druge kazne, da li se navedenom zamjenom prekida rok relativne zastarjelosti, itd., itd. Imajući u vidu da se po navedenom shvatanju preinačava pravosnažna presuda u dijelu o izrečenoj kazni, te da je nova (novčana) kazna izrečena presudom, to bi značilo da je u ovakvoj situaciji relevantna novoizrečena novčana kazna, što nije prihvatljivo jer ne odgovara prirodi ove krivičnopravne situacije.

4.2. *Pitanje otkupa jedinstvene kazne za krivična djela u sticaju.* U primjeni ove ustanove mogu da nastanu i neki drugi sasvim specifični problemi. Oni su se već pojavili u situacijama kada je odmjerena jedinstvena kazna za krivična djela u sticaju, pa se nametnulo pitanje da li se za neke od utvrđenih kazni zatvora do jedne godine, u slučajevima kada je žalbeni sud prvostepenu presudu u tom dijelu potvrdio, a u drugom dijelu ukinuo, takva kazna može otkupiti prije nego je drugostepeni postupak u predmetnom slučaju okončan. Ima mišljenja da bi to trebalo omogućiti, jer je u tom dijelu presuda postala pravosnažna i stoga nema razloga da se osuđenom onemogućiti primjena zakonske odredbe koja mu daje takvu mogućnost.

Ovakvo stanovište krivičnopravno nije osnovano i takvu mogućnost u ovakvoj situaciji treba isključiti. Radi se, naime, o tome što u ovom slučaju nema *izrečene kazne*, jer je kazna za pojedina djela koje ulaze u sastav jedinstvene ili zajedničke kazne samo *utvrđena* kao dio jedinstvene nepravosnažno izrečene kazne (stoga se u takvim slučajevima osuđeni ne može ni upućivati na izdržavanje takve kazne). To bi zapravo značilo da se jedinstvena kazna zatvora izrečena za krivična djela u sticaju može otkupljivati u dijelovima, za pojedina krivična djela. Dakle, u ovakvim slučajevima može se, u smislu navedenih odredaba, zamjenjivati samo *pravosnažno izrečena jedinstvena kazna*, a ne i pojedine utvrđene kazne koje kao takve krivičnopravno nemaju bilo kakvo dejstvo. U protivnom, moglo bi se doći u posve paradoksalne situacije, s obzirom na to da bi se moglo desiti da osuđeni učinilac u takvim slučajevima otkupi utvrđenu kaznu zatvora od jedne, a nakon okonča-

nja drugostepenog postupka, sud mu i za preostalo(la) djela utvrdi kaznu ili jedinstvenu kaznu zatvora do jedne godine koju takođe otkupi.

4.3. *Odlučivanje po zahtjevu za zamjenu samo po jednom modelu.* U većini slučajeva, osuđena lica svoje zahtjeve postavljaju tako da zamjenu izrečene kazne zatvora traže samo po jednom modelu, gotovo redovno po modelu dnevnih iznosa. Ukoliko sud ne nađe da su ispunjeni uslovi za zamjenu kazne zatvora po tom modelu, gotovo redovno odobrava zamjenu po drugom modelu. U žalbama osuđenih katkada se u vezi sa tim postavljaju prigovori kojima se ukazuje da je to neosnovano, pri čemu se ističe da sud može da odluči samo u odnosu na onaj model za koji se osuđeni u svom zahtjevu opredijelio, te mu ne može zahtjev odobriti po drugom modelu. Ovo se obrazlaže na način da sud ne može optuženom odrediti ono što on nije tražio, te se ističe da je sud prekoračio svoje ovlaštenje (tako npr. u žalbi u predmetu, broj: S1 3 K 017724 15 Kž 2, od 26.2.2015. godine).

Ovakav stav nije osnovan jer optuženi u svom zahtjevu traži zamjenu izrečene kazne zatvora novčanom kaznom i naravno on se opredjeljuje za model koji je za njega povoljniji, ali samo pod uslovom da za to ima osnova, što sud cijeni na osnovu odgovarajuće, uz zahtjev priložene dokumentacije. Ako sud nađe da za taj model nema osnova, onda nije potrebno odbijati takav zahtjev kao neosnovan, već taj zahtjev može da odobri primjenjujući drugi model, što na kraju proizlazi i iz pravila odmjeravanja novčane kazne (vid. čl. 46 st. 1 KZ BiH). Ovakvo rješenje je i praktičnije, jer ukoliko optuženom i ovaj model odgovara više od kazne zatvora, zašto bi se to činilo u dva navrata, odnosno postupka. A ako mu to ne odgovara, situacija je posve jasna, jer neplaćanjem novčane kazne u predviđenom roku (30 dana), sud donosi odluku o izvršenju kazne zatvora ili u slučaju djelimičnog plaćanja, preostalog dijela te kazne.

4.4. Na kraju se može zaključiti da iz prirode i namjene ove krivičnoppravne ustanove proizlazi da njena primjena ne *podrazumijeva promjenu* ili *preinačenje pravnosnažne presude* kojom je izrečena kazna zatvora, kao ni *naknadnu ocjenu opravdanosti zamjene* izrečene kazne zatvora novčanom kaznom. To znači da za njenu primjenu nije potrebno zakazivanje posebnog ročišta na kojem bi strankama i braniocu bilo omogućeno kontradiktorno raspravljavanje o zahtjevu osuđenog, odnosno okolnostima koje se odnose na ličnost osuđenog i učinjeno krivično djelo, kao i svim drugim okolnostima relevantnim za odmjeravanje kazne i svrsi kažnjavanja. Sud o zahtjevu osuđenog odlučuje u nejavnoj sjednici u formi rješenja kojim se prihvata zahtjev osuđenog o zamjenu izrečene kazne zatvora novčanom kaznom po jednom od navedenih modela, a što zavisi od ocjene suda o ispunjenosti uslova za zamjenu.

**Miloš Babić, PhD**

**Professor at the Faculty of Law in Banja Luka**

## PRISON SENTENCE REDEMPTION

### *Summary*

*In his paper, the author discusses the criminal institution of substitution of sentences of imprisonment with fines, which was, in a somewhat different manner, first introduced to our criminal legislation by the 2000 RS Criminal Code. By relevant 2010 amendments to the criminal legislation, this institution was then accepted also by other criminal laws in BiH, which expanded the possibility to have this substitute so as to include all imposed sentences of up to one year of imprisonment.*

*The paper particularly points out that there exists rather different approaches and readings of the provisions regulating this substitute, which has led to its different application and uneven positions of the sentenced perpetrators of criminal offenses who have received identical sentences of imprisonment. The extent of this different treatment in the application of this institution is best illustrated by the fact that it has been a subject of discussion at the BiH Constitutional Court, whose positions differ significantly from those of other courts (including the position taken by the FBiH Supreme Court) concerning the practical application of the institute.*

*Finally, the author warns of serious criminal consequences that may be caused by the position allowing judgments imposing a sentence of imprisonment to be altered and a new judgment to be delivered instead, imposing but a fine. A question arises here as to which of the punishments is relevant with regard to the statute of limitations, what is the moment the period of statute of limitations starts to run, and also the question which of the punishments is entered into criminal record, which again entails the issue of legal consequences of conviction, and ultimately the issue of the execution of the sentence of imprisonment in case of failure to pay the newly-imposed fine.*

**Keywords:** *exchange of prison sentence for fine, effective verdict modification, fine paid daily and in specified amounts, prison sentence redemption*





## ZAKONSKO I SUDSKO ODMERAVANJE KAZNE: DISKURS O SUDSKOJ NEZAVISNOSTI

**Akademik prof. dr Vlado Kambovski\***

### Uvodne napomene

Gotovo ni jedno pitanje sa područja sudstva i njegove reforme ne zaokuplja toliku pažnju pravnih teoretičara i praktičara, kao što je pitanje nezavisnosti suda kao temeljnog načela demokratske pravne države. Tome doprinosi svakako njegov značaj sa aspekta realnog statusa ljudskih sloboda i prava, koji je u savremenom društvu nezamisliv bez efektivnog ostvarivanja prava na sudsku zaštitu pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. Sa druge strane, sam pojam nezavisnosti suda je nepotpun i, u određenoj meri – kontradiktoran, jer implicira određenu vrednosnu osnovu za utvrđivanje njegovog sadržaja: nezavisnost suda u odnosu na šta i koga? Na zakonodavca? Na vladu i državnu upravu? Na javno mnjenje? Na stranke? itd. Njegov atributivni sadržaj u institucionalnom smislu očito ne može da bude određen sam po sebi, već u relaciji suda sa institucijama sa kojima je funkcionalno povezan. Veća nezavisnost suda od zakonodavca znači ograničenje funkcionalne nadležnosti skupštine, vlade ili državne uprave. Takav zaključak je neposredna konsekvencija načela podele vlasti, koje podrazumeva unutrašnju ravnotežu, koordinaciju i uzajamnu kontrolu zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.

Ne može se reći da je u raspravama o ostvarivanju ovog načela pravne države postignut veliki napredak u procesu tranzicije naših društava. Ona su u glavnom ostala na ustavnopravnom i institucionalnom nivou, zadovoljavajući se više sa formom, nego sa sadržajem, više sa objašnjenjem formalnih ustavnih i zakonskih proklamacija o samostalnosti i nezavisnosti suda, nego sa analitičkim pristupom u razglabanju realnih pretpostavki i stvarnog, učinkovanog domašaja sudske nezavisnosti. I šta ona zaista predstavlja!

---

\* Председник македонске академије наука и уметности Скопље

Otuda u našim redovima (protagonista suštinske reforme sudstva!) zabuna i nezadovoljstvo sa postignutim rezultatima, koji se mere brojem usvojenih zakona u oblasti sudskog prava, stvaranjem novih institucija (sudskog saveta kao garanta nezavisnosti sudstva!), reformom sudskih postupaka, promenom načina izbora i stalnošću sudijske funkcije itd. I ocene evropskih institucija (izveštaji Evropske komisije o napretku u procesu integracije država iz našeg regiona) izražavaju postojanje duboke diskrepance između forme u kojoj je postavljeno ovo načelo – zakoni i institucije uređeni prema evropskim standardima, i njihovih stvarnih efekata koji produbljavaju krizu sudskog sistema i njegovu nemoć da se spravlja sa različitim oblicima povreda ljudskih sloboda i prava – od korupcije i organizovanog kriminala do zloupotrebe moći i nezakonitosti partizovanih državnih institucija.

Ovaj rad je posvećen tendencijama koje potiskuju načelo sudske nezavisnosti, usmerene u suprotnom pravcu od verbalnih zalaganja i formalnih institucionalno-pravnih osnova za njegovo jačanje. Razrađeni su primeri iz novije makedonske legislativne prakse na području kaznene pravde u kojem je načelo sudske nezavisnosti *conditio sine qua non* za ostvarivanje i zaštitu ljudskih sloboda i prava, ali mislim da su oni, ili bar određeni od njih, svojstveni i drugim zakonodavcima iz našeg regiona. Ili bar mogu da posluže kao negativni primeri o tome šta ne treba da radi zakonodavac koji je ustavom obavezan da načelo sudske nezavisnosti ispuni njegovim pravim i punim sadržajem.

## **Primena prava (*ius dicere*) i ekskluzivnost sudske zaštite ljudskih sloboda i prava**

### **I.**

Primena prava usko je povezana sa položajem i ulogom suda, bilo neposredno, u onim granama prava gde je on isključivo nadležan za primenu zakona, bilo u odnosu na norme čiji adresati su pravni subjekti ili državni organi, u odnosu na koje se nadležnost suda uspostavlja posle iscrpljivanja drugih mehanizama primene (ugovori, upravni akti itd.). Sud rešava sve sporove koji nastaju povodom ostvarivanja ljudskih sloboda i prava i zaštićenih interesa pravnih subjekata. Njegova nadležnost je komplementarna (tako Zakon o sudovima Republike Makedonije, čl. 8: nadležan je da odlučuje o svim

zahtevima, o kojima nije zakonom predviđena nadležnost drugog državnog organa. I kada nije predviđena njegova nadležnost niti nadležnost drugog državnog organa, sud ne može da se proglasi nenadležnim i mora da postupa po zahtevu za zaštitu prava). Ustavom Republike Makedonije (krat. *URM*, čl. 50, tako i Zakon o sudovima, čl. 5), predviđeno je i pravo na sudsku zaštitu od pojedinačnih upravnih akata kao osnov njegove opšte nadležnosti. Ovim formulacijama se pridružuje i opšti princip (Zakon o sudovima, čl. 2), prema kome “sudije u primeni prava zaštićuju ljudske slobode i prava” što daje široka ovlašćenja sudu da se u primeni Ustava, zakona ili ratifikovanih međunarodnih ugovora poziva na sve izvore i doktrinu prava o ljudskim pravima. U kontekstu ovog opšteg razmatranja položaja suda u odnosu na njihovu zaštitu spada i princip prema kome sud ne može da odbaci zahtev za ostvarivanje određenog prava sa obrazloženjem da postoji pravna praznina i dužan je da odlučuje o njemu pozivanjem na opšta načela prava, osim kada je to izričito zabranjeno zakonom (Zakon o sudovima, čl. 8 st. 2). Usput, poslednji princip načelno isključuje takvo postupanje suda u kaznenom pravu, koje počiva na načelu stroge zakonitosti, ali moglo bi da se zamisli da od zabrane pozivanja na opšta načela prava, naložene tim načelom, mogu da postoje i izuzeci koje se odnose na “zakonske praznine” (nejasnoće ili nepostojanje zakonske norme) i pojavljuju se ili kao legislativno-tehnički nedostaci, ili kao vrednosne praznine koje imaju određene pravne konsekvencije (v. *Zippelius* (2005), 64). Prve sud može da popuni ekstenzivnim, teleološkim ili sistematskim tumačenjem, a druge pozivanjem na opšta ustavna načela, načela predviđena međunarodnim konvencijama (Evropska konvencija o ljudskim pravima i dr.), ili opšta načela pravde, jednakosti, pravne sigurnosti itd. Sve to, naravno, ni u kom slučaju *in malam partem* (na štetu osumnjičenog ili optuženog, jer to izričito zabranjuje načelo zakonitosti!), već jedino *in bonam partem* (u njegovu korist: tako kod osnova za isključenje protivpravnosti kaznenog dela van Krivičnog zakonika).

Rezime ovog ponavljanja nekih opštih mesta od značaja za daljnje izlaganje jeste zaključak da je glavna i jedina pretpostavka za ostvarivanje koncepta ljudskih sloboda i prava garantovanje kao *ultima ratio* ekskluzivnosti njihove sudske zaštite. Pored svih državnih organa koji su dužni da cilj, sredstva i metode ostvarivanja svojih funkcija podrede apsolutnom zahtevu za njihovo poštovanje, najviša i poslednja instanca njihove zaštite jeste samostalan i nezavisan sud (v. opširnije *Kambovski* (2010), 136).

## II.

Kratak diskurs o istoriji današnje uloge suda i prirode njegove nezavisnosti (u odnosu na koga?) više je nego potreban da bi se rasvetlile nove tendencije koje determinišu domašaj osnovnog postulata o sudskoj zaštiti kao *conditio sine qua non* ljudskih sloboda i prava. U odnosu na kontinentalno pravo, ona počinje Francuskom revolucijom i Deklaracijom o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine, koja podiže na ravništu političke i pravne platforme liberalna načela novog društva (“sloboda, jednakost, bratstvo!”), razvijajući novu doktrinu narodnog suvereniteta, društvenog ugovora, neprikosnovenih ljudskih sloboda i prava i pravne države. Njene tekovine, na kojima je utemeljena savremena koncepcija o sudu kao javnoj službi pravde, jesu koncept urođenih i prirodnih slobode i prava i njihova jednakost i načelo podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Ovo načelo je razrađeno prvim francuskim ustavom od 1791. godine, koji u odnosu na sudsku vlast sadrži dve rezerve: ona nije definisana kao “sudska vlast” (*pouvoir judiciaire*), već je nazvana “sudski autoritet” (*autorite judiciaire*; tako i francuski ustav od 1958. godine); prerogative suda su ograničene, saglasno striktnom tumačenju načela podele vlasti *Montesquiea* i *Beccariae*, prema kome sudija je “usta koja izgovara zakon”; taj pristup je dosledno primenjen u prvom revolucionarnom KZ od 1792. godine koji je za kaznena dela propisivao apsolutno, tj. fiksno određene kazne. Ove istorijske činjenice objašnjavaju izrazito nepoverenje prema sudu, nastalo kao reakcija na srednjovekovnu arbitrarnu primenu prava od strane sudova!

U savremenoj pravnoj misli postoji veliki stepen saglasnosti da eri savremene države, započete u Evropi Francuskom revolucijom, posebne karakteristike daje evolucija položaja i uloga suda, koja je prošla kroz četiri faze (v. *Leone / De Mattia* (1984), 5). Prva faza, koja se poklapa sa periodom liberalne buržoaske države u toku XIX veka, obuhvata razvoj zakonodavne vlasti i načela zakonitosti (vreme velikih kodifikacija prava, počev od francuskog *Code civil* od 1804. godine); nasuprot dominacije parlamenta, sud predstavlja samo deo egzekutivnog mehanizma za primenu zakona, čija je pozicija slična ulozi izvršne vlasti: u primeni rigidnih zakonskih normi sud, čija se funkcija svodi na “administriranje pravdom” (*Rousseau*), nema ni velika ovlašćenja da tumači zakon i da ga prilagođava potrebama svakodnevnog života (v. *Mišelo* (2005), 65).

Druga faza počinje transformacijom liberalne u intervencionističku državu krajem XIX i u prvoj polovini XX veka. To je period u kome na scenu

države stupa izvršna vlast, čija se dominantna pozicija opravdava potrebom za efikasnim i brzim reagovanjem na nagomilane socijalne konflikte i ekonomske probleme (ekonomske krize, pripreme evropskih država za globalne ratove itd.). Sud kao institucija i dalje ostaje na marginalnoj poziciji, bez ovlašćenja da kontroliše izvršnu vlast i da garantuje “fer-plej” između države i pojedinca u uslovima slabljenja načela zakonitosti usled hipertrofije zakona i donošenja vanrednih zakona i akata izvršne vlasti. Simptom krize prava uopšte je pojava “vanrednog zakonodavstva” u niz oblasti (kazneno, radno i druge grane prava), široka primena analogije u kaznenom pravu, uvoženje vanrednih sudova, enormno proširivanje kaznenih ovlašćenja administracije itd. (v. *Kambovski* (2006), 70). Kulminacija negativnih tendencija instrumentalizacije i pretvaranja suda u produženu ruku totalitarne vlasti predstavljaju u tom periodu nacistički i staljinistički sudski sistem.

Treća faza se poklapa sa drugom polovinom XX veka i nastupa posle gorkih iskustava sa diktatorskim sistemima. Ona se poklapa sa transformacijama društva u “postindustrijsko”, informatičko društvo i sa probojem u pravnoj misli i u konceptu prava ideje prirodnih i urođenih ljudskih sloboda i prava i demokratske pravne države. “Slobodno tržište” i “snažna država” – to je glavna paradigma oko koje gravitiraju političke i pravne institucije savremenog razvijenog društva. Javne strukture društva postaju sve brojnije i uticajnije, zajedno sa sve većim pritiskom građana za participaciju u upravljanju državom. Pojava sve težih oblika nasilja, zloupotrebe vlasti, kriminala, korupcije, socijalno-patoloških pojava i drugih oblika ugrožavanja sve dragocenijih sloboda i prava podstiče kolektivni osećaj anksioznosti i nesigurnosti, koji kao masovni socijalni i psihološki sindrom povećava opštu konfliktnost, podvojenost i samoizolaciju. Savremeni čovek koji živi u strahu, suočen sa agresijom svih vrsta, žudi za pravnom sigurnošću, za pravdom, za nezavisnim i stabilnim institucijama koje će štititi njegove slobode i prava. Sva njegova očekivanja i poverenje su okrenuta prema sistemu pravde i prema snažnoj, stabilnoj i nezavisnoj poziciji suda. Sa druge strane, društvena klima generisana globalizacijom, raspadom država i društava u tranziciji, opštom konfliktnošću, porastom nasilja i kriminala i drugim pojavama, veoma je pogodna za razvijanje autoritarnih sistema vladavine, politike “čvrste ruke” i policijske države koja treba da izađe na kraj sa “džunglom na asfaltu”. Iznad takve konfuzne društvene situacije lebdi opasnost za ponovno oživljavanje autoritarnog sistema pravde sa poznatim karakteristikama: hipertrofija prohibitivnih normi, široka policijska ovlašćenja, korišćenje različitih oblika pritisaka u kaznenim postupcima (savremena tortura), nekontradiktorni kazneni postupak,

posmatranje retribucije i strogog kažnjavanja kao osnovnih ciljeva kaznenog prava itd. (*Radzinovicz* (1997), 538: u dve trećine zemalja članica UN sistem kaznene pravde ima takve karakteristike!).

Multifaktorska analiza ključnih determinanti promena savremenog društva vodi zaključku da, nasuprot zakonodavnoj i izvršnoj vlasti, centralna institucija ka kojoj su usmerena očekivanja građana postaje sud. “Jurisdikcionalizacija” društva nije rezultat nekog konkretnog pokreta, svesno upravljano od strane države (*Martens* (2001), 113), već proizlazi iz zahteva za poštovanje neprikosnovene prirode ljudskih sloboda i prava. Pod njegovim pritiskom, u šemi podele vlasti balans polako nateže ka jačanju uloge suda, kao arbitra između građanina i države u sve brojnijim konfliktnim situacijama izazvanim neracionalnom legislativnom intervencijom u sve šire društvene sfere (hiperinflacija propisa!). Sud postaje sve traženiji arbitar ne samo u sporovima između samih građana, već i između građana i pervertirane (i korumpirane) vlasti. Ali takva njegova pozicija, koja prirodno podstaknut aktivizam suda pretvara u aspiracije za stavljanje pod sve većom kontrolom akata izvršne vlasti, pa čak i za oponiranje i zakonodavcu koji napušta racionalnu linije pravne regulacije, kao što ćemo videti nije nimalo neosporavana i sigurna, već se sudara sa stalnim otvorenim ili latentnim smetnjama naročito od strane izvršne vlasti. Ti otpori su razumljivi u meri u kojoj jačanje načela sudske nezavisnosti i “traženje pravde” postaju osnovni pokretači sudskih reformi kao centralni oslonac za konstituisanje demokratske pravne države. Jačanje pozicije suda je, prema tome, refleksija etabliranja polaznih osnova savremenog koncepta demokratije i njegovog podupiranja na pravo i sistem pravde u redefinisanoj institucionalnih odnosa između suda i političke moći i u transformaciji sudske funkcije (v. *Bancaud / Robert* (2001), 161). Karakteristično za ovu, aktuelnu fazu, jeste ustavno određivanje načela sudske nezavisnosti, garantovanog danas u svim evropskim ustavima. Ostvarivanje tog načela postavljeno je kao prioritet i za ustavne reforme u svim državama u tranziciji.

U kontinuitetu sa trećom, četvrta, isto tako aktuelna faza, vezana je, početkom XXI veka, za stvaranje sistema međunarodne (kaznene) pravde, osnivanjem stalnog Međunarodnog kaznenog suda, pored drugih međunarodnih sudskih institucija (Međunarodnog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava). Njihovom pojavom uspostavlja se nova, supranacionalna vertikala pomoću koje zaštita ljudskih prava nije prepuštena samo nacionalnoj državi i nacionalnom sudstvu.

Afirmacija nezavisnog položaja suda je u savremenom društvu tesno povezana sa promenama političkog i pravnog sistema, u kojima sa svojim aktivizmom učestvuje i sud kao glavni protagonist demokratske pravne države.

### III.

Pravo na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom je osnovno ljudsko pravo, predviđeno *Evropskom konvencijom o ljudskim pravima* (čl. 6 – pravo na pravično suđenje), *Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima* (čl. 10), *Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima* (čl. 14), *Poveljom o osnovnim ljudskim pravima Evropske unije* (čl. 47) i brojnim međunarodnim dokumentima o osnovnim standardima nezavisnosti i nepristrasnosti suda (poseban značaj imaju *Osnovna načela nezavisnosti sudstva UN*, usvojena na VII kongresu UN za prevenciju kriminala i tretman prestupnika u Milanu 1985. godine). To pravo implicira kompleksno određivanje funkcije suda u rešavanju sporova ili kažnjavanju učinilaca kaznenih dela. Sud je dužan da nezavisno i nepristrano izriče pravo (*ius dicere*) u rešavanju konkretnih slučajeva i u kontroli nad vršenjem javnih ovlašćenja koja se dotiču prava pojedinaca. Svoje funkcije sud može da ostvaruje ako je njegova pozicija u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast ustavom zagarantovana na način koji mu daje (relativnu) slobodu u donošenju odluka zasnovanih na zakonu i na načelu pravde i pravičnosti. U svetlu osnovnog ljudskog prava na nezavisan i nepristrasan sud, osnovna funkcija suda – izricanje prava, dobija novu kvalitativnu dimenziju, koja je komponovana od nekoliko elemenata koje Evropski sud za ljudska prava smatra ključnim (v. *Mole / Harbs* (2001), 28): nezavisnost od izvršne vlasti i od stranaka u postupku, koja podrazumeva institucionalnu i ličnu nezavisnost sudije od političkih ili drugih uticaja; i subjektivnu (nepostojanje predrasuda i ubeđenja u konkretnom slučaju) i objektivnu nepristrasnost (nepostojanje činjenica koje stvaraju sumnju u nepristrasnost sudije). Prema Evropskoj povelji o statutu sudija, ne samo što sudija mora da bude nepristrasan, već njegova nepristrasnost mora da bude vidljiva i jasno demonstrirana (tako i Evropski sud o ljudskim pravima u slučaju *Thorgeirson vs. Ireland* 1992).

Za ovu raspravu je bitno da se podvuče i to da pravo na nezavisan i nepristrasan sud ima širi sadržaj i uključuje i druga prava koja su sintetizovana u zahtevu da pojedincu sudi sud koji ima takvu poziciju (pravično suđenje, pravo na odbranu, kontradiktornost postupka, pravo na žalbu itd.). Isto tako, institucionalno postavljanje suda u funkciji “oponenta” političke moći i uticaja u razvijenim sudskim sistemima već predstavlja savladani deo azbuke pravne države, podložnog egzaktnom ocenjivanju koje je fokusirano na: način imenovanja sudija i (neograničenog) trajanja mandata, postojanje efektivnih garancija za zaštitu od spoljnih uticaja i percepiranje suda kao nezavisne institucije od strane građana.

Priznavanje prava na nezavisan i nepristrasan sud kao osnovnog ljudskog prava predstavlja danas jednu od najvažnijih tekovina koncepta demokratske pravne države sa dalekosežnim konsekvencijama u odnosu na funkcije suda i načelo podele vlasti. Njegovi derivati predstavljaju: uvođenje sistemskih rešenja kontrole zakonitosti pojedinačnih akata državne uprave koji tangiraju ljudska prava, proširivanje nadležnosti ne samo ustavnog sudstva već i redovnih sudova da ocenjuju ustavnost zakona (uz mogućnost da se odloži donošenje presude do donošenja odluke ustavnog suda), prihvatanje monističkog sistema primene međunarodnih normi i standarda o ljudskim pravima, koji postaju neposredni izvori domaćeg prava, kao i sve veća sloboda suda u tumačenju zakona. Te tendencije su snažni faktori koji daju dinamiku sudskim reformama i proboju novog koncepta prava kao autonomnog normativnog sistema putem kojeg, kao zajednica zasnovana na pravu, država obezbeđuje izbegavanje konflikata i jačanje poštovanja individualnih sloboda i prava.

Smisao opštih načela prava, pa tako i načelo o kome je reč, jeste da kao koncentrat određenih polaznih apsolutnih ideja prava inspirišu i stalno podstiču razvoj pojedinih pravnih instituta, obogaćivanje njihovog sadržaja i stvaranja novih. Takva unutrašnja energija načela sudske nezavisnosti dovela je do toga da se u svetlu strukturalizma kao dominantnog pristupa u razvijenim demokratskim državama pravni sistem razvija kao autonoman, originalan i organski sistem, čiji su konstitutivni elementi izvedeni iz njegove racionalne strukture. U tom sistemu, načelo nezavisnosti suda dobija dublji i širi sadržaj, koji prevazilazi formalnopravne i institucionalne okvire određene spoljnim odnosima suda i drugih vlasti. Značajna konsekvencija strukturalističkog pristupa je pre svega relativizacija hijerarhije izvora prava, odnosno normi koje primenjuje sud. Pod uticajem univerzalnog korpusa ljudskih prava poljuljan je i formalni autoritet ustava kao osnovnog zakona države i u hijerarhiji najvišeg pravnog akta. Relativizovan je i rigidni značaj zahteva da sud mora da bude vezan za zakon time što, uvodeći u njegovom tumačenju superiornu liniju zaštite sloboda i prava, on osvaja za sebe veću interpretativnu slobodu.

Sud je vezan za zakon, koji sadrži opšte norme putem kojih na apstraktan način određuje sadržaj ljudskih sloboda i prava i odnose među pojedincima u njihovom ostvarivanju. Pravna norma je gornja premisa prava, koju postavlja zakonodavac i od koje mora da pođe sud u izricanju prava njenim tumačenjem i korišćenjem pravnog silogizma. Nema izricanja prava bez utvrđivanja donje premise, koju ispunjavaju činjenične pretpostavke za primenu opšte norme u konkretnom slučaju. Ako zakonodavac stvara (oblikuje) objek-



tivno i opšte pravo, sud stvara (oblikuje) subjektivno pravo, pravo pojedinca u konkretnom slučaju (v. i *Horn* (2004), 23). Pri tome sud nije obična transmisija volje zakonodavca, a njegov postupak stvaranja (priznavanja, utvrđivanja, oduzimanja) subjektivnog prava nije mehanički čin. Bez njegovog postupka zakon nije pravo, već samo predviđanje šta treba da bude pravo, a zakonodavac – običan kolektivni pravni pisac čija je fantazija pretočena u tekstu nazvanom zakon.

Koliko god da se strukturalističkom pristupu zamera za formalizam, treba da se istakne da je on ipak neizbežan u postavljanju šireg okvira za integrisanje u pravnom sistemu univerzalnih vrednosti, a zajedno sa tim i za otvaranje novog suštinskog aspekta sudske nezavisnosti. Uvažavanje univerzalno priznatih ljudskih sloboda i prava, u okviru ili mimo pozitivnih zakona, osnova je nove, racionalističke i liberalne epohe u razvoju prava kao civilizacijske tekovine i postupnog slabljenja njegove instrumentalne funkcije povezane sa uskim političkim, ekonomskim ili drugim interesima. Ta tendencija, u suštini antitotalitarna i demokratska, ima šansi za uspeh ako u operativnom i kreativnom delu autonomnog pravnog sistema nalazi podršku u snažnoj i nezavisnoj ulozi suda kao glavnog protagonista ideje pravde.

Osnovna uloga suda u takvom državnompravnom i demokratskom kontekstu premešta se od dosledne i bespogovorne primene prava, takvog kakvo jeste, ka zaštiti ljudskih sloboda i prava. Sud postaje glavni garant načela vladavine prava i individualne slobode pred različitim oblicima njihovog ugrožavanja i od strane same države, simbol pravde, institucija koja je podređena pravu, koje interpretira racionalno u saglasnosti sa kriterijumima određenih samim pravom (prema “realističkoj teoriji” francuskog teoretičara *Tropera*, time sud postaje pravi zakonodavac koji faktički kreira pravo putem njegovog tumačenja, v. *Hasebe* (1999), 139; ova teorija je, ipak, preterano apsolutizovanje sudske nezavisnosti, koje danas ne odražava čak ni položaj suda u anglosaksonskom sistemu!).

U meri u kojoj putem prihvatanja univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava poslednjih dekada dolazi do približavanja političkih ideologija, političkih i pravnih sistema, približavaju se i stavovi o položaju i ulozi suda između anglosaksonskog i kontinentalnog sistema (v. *Damaška* (1986), 92). Vladajuće je stajalište da sud ne može da kreira pravo (*ius dare*), ali može i treba da prilagođava njegov sadržaj, funkcije i ciljeve na sve dinamičnije društvene promene. On ne može da zameni zakonodavca, ali nije njegov slepi poslušnik niti oponent, već njegov saradnik, koji zajedno sa njim učestvuje u jedinstvenom procesu promovisanja novih univerzalnih vrednosti (“koopera-

tivna uloga” suda!). Analiza ovog koncepta od značaja je za posmatranje transformacije uloge suda u sistemu kontinentalnog prava, u kome je još dominantna ideja da sam zakon obezbeđuje pravdu i pravičnost, pravnu sigurnost i druge pravne vrednosti. Njena konsekvencija je tvrdo ubeđenje da sud ne treba da bude konkurencija zakonodavcu i da ni u kom slučaju ne može da oduzima snagu zakonima koje on donosi (takav je i dalje stav francuske teorije i sudske prakse: sudija ne može da ima “normativnu vlast”, v. *Mišelo* (2005), 76). “Kooperativna uloga” suda i njegov aktivizam, saglasno tom stajalištu, ograničeni su na tumačenje zakona i ispunjavanje sa konkretnim sadržajem opšte i neodređene pravne pojmove.

Sa takvim opravdanjem, koje i danas ima implikacije na razmatranje pitanja nezavisnosti suda u makedonskoj pravnoj misli, odbijen je kao neuspešan pokušaj u vreme donošenja Zakona o sudovima (1995. godine), da se predvidi mogućnost da sud donosi odluke zasnovane na Ustavu, zakone i međunarodne ugovore “vodeći računa o načelima pravde i pravičnosti” (čl. 2). Ustavni sud je suspendovao tu odredbu sa obrazloženjem da ona daje mogućnost da sudija pri presuđivanju izađe van okvira Ustava, zakona i međunarodnih ugovora, u samom korenu poništavajući možda najprefinjeniju konsekvenciju državnopravnih postulata o nezavisnom sudstvu. Time je rečeno da kriterijume i meru pravde, koja je ideja-vodilja prava shvaćenog kao kompleksni pojam koji obuhvata protivnopravne norme (zakone), primenu prava (*law in action*) i pravedne sudske presude, određuje samo zakonodavac! Ne samo da je u samoj biti takva teza nelogična i suprotna ideji prava (zakon može da bude nejasan, neodređen ili suprotan univerzalnim standardima o ljudskim pravima), već i kontradiktorna, jer poništava ovlašćenje suda da se drži načela pravde u brojnim slučajevima određenih pozitivnim zakonima (tako, na primer, makedonski KZ sadrži ovakvu odredbu o ciljevima kažnjavanja, čl. 32: “Pored ostvarivanja pravde, cilj kažnjavanja je...”; ona sadrži jasan zahtev da kazna koju izriče sud mora da bude pre svega pravedna!).

Tumačenje zakona, na što se u kontinentalnom sistemu svodi aktivizam suda, otvara pitanje njegovih granica. Sud ne može da ima apsolutnu slobodu da arbitrarno tumači zakon, jer bi u tom slučaju bilo suspendovano načelo vladavine prava koje implicira zahtev za jednakost svih pred zakonom i za jednako tretiranje jednakih slučajeva (*Rouls* (2002), 270). Preterano ograničavanje slobode tumačenja, sa druge strane, vodi ka napuštanju objektivnog značaja pravne norme kao opšteg pravila ponašanja. Jer, kao što kaže *Wittgenstein* (cit. *Hasebe* (1999), 144): “Naš jezik može da se usporedi sa nekim antičkim gradom: lavirint od malih uličica i ploštada, od starih i novih

kuća... Kada govorimo o vladavini prava naše oči pokušavaju da se fiksiraju na ‘prave i pravilne ulice i na jednoobrazne kuće’”!

Pitanje sudske nezavisnosti sa ovog aspekta koncentrisano je na postavljanje racionalnih granica slobode sudskog tumačenja, koje omogućavaju sudu da ostvaruje svoju kompleksnu funkciju institucije koja izriče pravo sprovodeći volju zakonodavca, istovremeno štiteći ljudske slobode i prava, nalazeći kod toga pravu meru koja ne stvara nikakav sukob između ta dva zahteva. Osnovna pretpostavka za postavljanje takvih granica je princip da volja zakonodavca nikako ne bi mogla da bude u suprotnosti sa interesom za ostvarivanje i zaštitu ljudskih sloboda i prava!

Složenost problema povlačenja granica slobode tumačenja i drugih ovlašćenja suda – slobodna ocena dokaza i slobodnog sudijskog uverenja u odmeravanju kazne, koje određuju realni stepen nezavisnosti i samostalnosti suda, proizlazi iz opasnosti da preširoka diskreciona ovlašćenja suda mogu da imaju za posledicu ugrožavanje sloboda i prava i njihove jednakosti. Radi toga, svaki sudski sistem mora da unapređuje metode i instrumente tumačenja i primene zakona uz njihovo stalno usaglašavanje sa potrebom za obezbeđivanje njihove zakonite i jednoobrazne primene. Takvu ulogu preuzimaju vrhovni sudovi, koji putem načelnih stavova mogu da utiču na niže sudove i usaglašavanje sudske prakse, a da se to ne smatra ograničavanjem sudske nezavisnosti. Razvijanje takve “autoregulatorne” funkcije viših sudova veoma je ozbiljan izazov za sudske reforme.

#### IV.

Deo savremene pravne misli ima skeptične stavove prema tendenciji jačanja pozicije i uloge suda u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast, zasnovane na argumentu nedostatka legitimiteta: da li sudije, koji nisu neposredno birani na slobodnim izborima, imaju veći legitimitet i autoritet od izabраних predstavnika legislativne i izvršne vlasti? Ovo pitanje se ponavlja kako u sistemima koji su zasnovani na anglosaksonskoj koncepciji “stare decisis” (precedentno pravo), tako i u sistemima u kojima postoji samo supremacija ustavnog suda nad zakonodavcem. Da li je realna opasnost da sud, koji ima neprikosnovenu poziciju i najšira ovlašćenja, može da se odmetne od svake druge vlasti i da stekne apsolutni imunitet od svake odgovornosti za svoje nezakonite ili nepravedne odluke?

Pitanja ovog tipa nagomilavaju se zajedno sa saznanjem da su savremeni pravni sistemi u krizi izazvanoj hiperinflacijom zakona, koji se

donose u skraćenom postupku, bez velikih priprema, ili se menjaju veoma brzo, sadrže brojne nepotpune ili kontradiktorne norme itd., a posledica takvog legislativnog haosa je enormno povećanje broja “tražilaca pravde”. Sa druge strane, masovna potraga za pravdom i sudskom zaštitom izazvana je i procesima urbanizacije, promene vlasničkih odnosa, migracija i drugih nusprodukata postindustrijskog društva, sa kojima se drugi državni organi (posebno javna administracija!) sve teže spravljaju. Priliv ogromnog broja predmeta pred sudovima, koji su dovedeni u poziciji da budu poslednja odbrana prava i pravde usled neefikasnosti izvršne vlasti i uprave, nalaže zahtev za traženje pragmatičnih rešenja, koja se po pravilu svode na uvođenje rutiniziranih postupaka i administriranje pravdom putem tehniciziranog načina rešavanja predmeta, kojim se gubi individualna dimenzija sudskih slučajeva (automatsko izvršenje kaznenih naloga, kažnjavanje i za teže prekršaje bez vođenje rasprave itd.). Svi ti novi i moderni metodi ubrzavanja pravde, isticanje zahteva efikasnosti postupka ispred načela materijalne istine ili garancija za zaštitu procesnih prava, kriju velike opasnosti za moderni sudski sistem koji treba da predstavlja stožer demokratske pravne države. Nesposobnost države da rešava osnovne protivrečnosti društva i da se suprotstavlja preventivnim merama ekspanziji kriminala i njegovih novih formi, nasilju i drugih oblika ugrožavanja ljudskih prava kompenzuje se ulaganjima u povećanju efikasnosti sudstva koje daju samo kratkoročne rezultate i negativno se odražavaju na pravilnu ocenu uloge i značaja suda za stabilnost i razvoj društva (v. *Zippelius* (2007), 108).

U takvim uslovima koje karakteriše, s jedne strane, slabljenje normativne moći zakona i, sa druge strane, nedovoljno izgrađenih uporišta za proširivanje ovlašćenja suda u tumačenju i primeni zakona i za sudski aktivizam, prioritetni značaj dobija upozorenje adresirano na zakonodavca, kao jedino potpuno autonomnog organa koji ima nadležnost da sam određuje svoju nadležnost (*kompetenz-kompetenz*; v. *Horn* (2004), 213). Prostor sudskih ovlašćenja je *in fine* omeđen zakonom, tako da je minuciozna razrada materijalnih i procesnih normi koje se dotiču nezavisnosti suda prvi uslov za ostvarivanje tog načela.

## Sud kao javna služba pravde

### I.

U postavljanju zakonskog okvira za ostvarivanje funkcija suda, zakonodavac mora da pođe od stava da je sud institucija koja primenjuje zakon na konkretne slučajeve (kaznena dela ili sporove), istovremeno štiteći ljudska prava i pravne i moralne vrednosti društva. Ako sudskom odlukom može da se postigne maksimum pravde za pojedinca, maksimum koristi za socijalnu stabilnost i harmoniju može da se izvuče iz unošenja socijalnog i moralnog aspekta u poštovanju formalnih zakonskih odredaba. Time se formalni respekt zakona stalno prilagođava novim socijalnim vrednostima, što daje dinamizam celom sistemu pod uslovom da je sud nosilac takvog procesa. U uslovima dinamičnih društvenih promena zakon (zakonodavna vlast) ne može da obuhvati i detaljno reguliše društvene odnose i da ih konzervira na određenom ravništu. Zakonodavac treba da odredi ciljeve i interese kojima sud treba da da prednost kod donošenja odluka, a koji visokim stepenom generalizacije sadržaja zakonskih normi treba da budu izvedeni iz opštih ciljeva društva i njegovog razvoja.

Pored toga, ustavni i zakonski okvir nezavisnosti suda mora da uvažava transformaciju njegovih funkcija, koja ga udaljava od određivanja njegovog statusa kao (sudska) "vlast" u generičkom značenju tog pojma kao "sposobnost za stvaranje opštih pravila ponašanja i njihovu prinudnu primenu". Sudska "vlast" ima takvu prirodu (vlasti) samo u jednom delu, u kome sud sprovodi donošenjem presuda volju zakonodavca, sadržanu u zakonima. Ali funkcija pravde i zaštite ljudskih prava dovodi sudiju u poziciji istraživača i kreatora novih vrednosti u primeni prava, pomoću metoda interpretacije sa kojim se sadržaj zakona prilagođava realnim društvenim odnosima i vrednostima (*Leone / De Mattia* (1984), 10). Prema tome, sud je javna služba pravde, a ne vlast u klasičnom i uskom značenju tog pojma. Njegova funkcija spaja u sebi elemente prinudne primene zakona i zaštitu ljudskih prava. U odnosu na prve, njegova sloboda tumačenja i prilagođavanja apstraktne norme individualnom slučaju je više ograničena nego o odnosu na druge elemente, koje se podupiru na široki fundus univerzalnih normi i standarda.

Redefinisanje statusa suda kao javna služba pravde je podređeno ispunjavanju dvaju ciljeva: njegovo postavljanje u ulogu nezavisnog arbitra između vlasti i pojedinca i njegovu efektivnu zaštitu u primeni prava i

izricanju presuda od uticaja i pritiska politike i vlasti. Ova koncepcija reflektuje se i na karakter sudskog postupka i ovlašćenja suda u vođenju postupka, implicirajući jačanje akuzatornih elemenata (v. *Vincent* i dr. (2003), 158: za nezavisnu i samostalnu sudsku vlast može biti reči u akuzatornom postupku; u inkvizitornom postupku sud i nije nikakva vlast, već stvarni gospodar postupka je država, koja gospodari i nad sudom!). Sud može da se transformiše u javnu službu pravde ako je ne samo nezavisan u odnosu na druge vlasti, već i nadređen nad izvršnoj vlasti u smislu uspostavljanja kontrole nad zakonitosti njenih pojedinačnih akata koja tangiraju individualna prava.

Polazeći od pretpostavke da je uvažavanje i zaštita ljudskih prava opšti zadatak svih državnih institucija, kako bi moralo da bude u svakoj normalnoj državi, ostvarivanje ovog koncepta podrazumeva koordinaciju i saradnju suda sa nosiocima zakonodavne i izvršne vlasti: oni treba da daju punu podršku njegovoj nezavisnosti, stvarajući sve za to potrebne pravne, materijalne i druge uslove.

## II.

Za određivanje neprikosnovene unutrašnje, suštinske dimenzije nezavisnosti suda veoma je važno minuciozno razgraničenje njegovih nadležnosti od nadležnosti izvršne vlasti (vlade) i državne uprave. Taj zahtev naložen je činjenicom da se sudska funkcija ponekad preklapa sa upravnom funkcijom u primeni pozitivnog prava i odlučivanju o priznavanju ili oduzimanju prava građana ili o njihovom kažnjavanju u prekršajnom postupku. Radi veće zaštite nije štetna konkurencija i preklapanje njihovih nadležnosti, u meri u kojoj to ne usporava pravdu ili ne stvara komplikacije u razgraničavanju nadležnosti u konkretnom slučaju. Ali kada se radi o ograničavanju ili oduzimanju prava, mora da bude uvažavano imperativno načelo prioriteta sudske nadležnosti: ekstenzivna nadležnost suda i restriktivna nadležnost izvršne vlasti! To znači da ustavom, i to na krajnje limitiranim osnovama, može da se dopusti da organi državne uprave u konkretnim slučajevima mogu da primenjuju sankcije ili druga ograničavanja prava građana, u meri u kojoj je to nužno za vršenje izvršne i upravne funkcije, i pod finalnom kontrolom zakonitosti njihovih akata od strane suda!

Pitanje ustavnih garancija za jasno razgraničenje izvršne i sudske funkcije države u sudskim sistemima u našem regionu nije rešeno na način koji potpuno odgovara načelu nezavisnosti suda. I makedonski ustav sadrži niz

rešenja koja slabe ovo načelo: tako, na primer, ministar pravde je po položaju član Sudskog saveta koji imenuje i razrešava sudije i Javnotužilačkog veća koje imenuje i razrešava javne tužioce; članove Saveta koje nisu iz redova sudija izabire Sobranje (što će reći – poslanici iz redova vladajuće partije); Sobranje na predlog Vlade izabire javnog tužioca Republike Makedonije u javnom tužilaštvu koje je Ustavom (čl. 106) definisano kao samostalni i jedinstveni, ali ne i nezavisan državni organ; ministarstvo finansija (Vlada) predlaže sudski budžet kao deo državnog budžeta ne primenjujući fiksno određene parametre za njegovo formiranje iz Zakona o samostalnom sudskom budžetu itd. Kao protivteža stalne tendencije za mešanje i uticaje izvršne vlasti u rad sudova, Ustav predviđa određene kočnice, kao što je garancija prava na sudsku zaštitu protiv konačnih odluka organa državne uprave ili drugih organa sa javnim ovlašćenjima (URM, Amandman XX, čl. 13), i pravo žalbe ili druge vrste pravne zaštite protiv prvostepenih pojedinačnih akata organa državne uprave ili drugih organa sa javnim ovlašćenjima (URM, Amandman XXI, čl. 15). Međutim, određivanje uslova i postupaka za ostvarivanje sudske zaštite prepušteno je zakonima, i upravu tu nastaju sve moguće devijacije koje izražavaju konstantnu aspiraciju izvršne vlasti pomoću zakona, a još više u praksi, da se nametne nad sudstvom. O njima će biti više reči u daljnjim izlaganjima.

### III.

Nezavisnost suda u sistemu podele vlasti i javnih funkcija nameće pitanje njegove odgovornosti, jer kao i svaka javna funkcija, i sudska funkcija mora da bude podređena institucionalnoj kontroli. U suprotnom, a praksa o tome pruža puno dokaza, ona može da se izvitoperi u koruptivno izricanje “privatne pravde” od strane sudije ili presuđivanje pod uticajem izvršne vlasti ili stranaka. Načelo podele vlasti (funkcija) podrazumeva i uzajamnu kontrolu i ograničavanje različitih vlasti, što mora da se odnosi i na sud.

Sudskim reformama u državama iz našeg regiona ovo osetljivo pitanje je prevaziđeno tako da je kontrola nad radom sudova koncentrisana u posebna tela – sudski saveti, sastavljeni od predstavnika sudija, skupštine i izvršne vlasti. Ustavom Republike Makedonije je statuiran Sudski savet RM kao samostalan i nezavisan organ sudstva koji garantuje njegovu nezavisnost. Pri tome, Ustavom, Zakonom o sudovima i Zakonom o Sudskom savetu konsekventno je sproveden princip da većinu članova tog tela čine sudije, izabrane na opštoj izbornoj skupštini svih sudija u zemlji. Praksa dosadašnjeg dugogodišnjeg funkcionisanja ovog tela je pokazala da u njemu dominiraju

članovi po položaju (ministar pravde i predsednik Vrhovnog suda Makedonije) i članovi koje bira Sbranje, a da same sudije, koji biraju u njemu svoje predstavnike, nemaju nikakvu mogućnost da ih pozovu na odgovornost za donošenje neispravnih odluka u odnosu na izbor, disciplinski postupak ili razrešenje sudija. Na taj način, telo koje po Ustavu treba da garantuje nezavisnost sudstva, praktično se transformiše u telo koji ga ugrožava, otvarajući široka vrata za partijske i slične uticaje kod odlučivanja o izboru sudija, ocenjivanju njihovog rada ili o njihovom razrešenju. Nedostaju, prema tome, efikasni instrumenti za kontrolu nad radom samog Saveta od strane sudija i jasna rešenja o odgovornosti njegovih članova za garantovanje nezavisnosti sudstva!

Slaba strana ostvarivanja načela nezavisnosti sudstva jeste i nepostojanje instrumenata odgovornosti suda pred građanima za ostvarivanje funkcije zaštite njihovih sloboda i prava. Sredstva zaštite su zatvorena u samom sudskom sistemu i instancionu nadležnost sudova (sistem pravnih lekova), tako da je jedina mogućnost građana da izađu iz tog kruga ograničena na predstavke pred Sudskim savetom, ili, posle pravosnažnosti presude, na podnošenje tužbe za povredu prava pred Evropskim sudom za ljudska prava. Dosadašnja negativna iskustva, koja veoma retko poznaju (ali ne isključuju) i pojave kriminala “pod zaštitom suda” i potreba za proširivanje zaštite prava i u odnosu na pravosnažne sudske odluke, navode na potrebu statuiranja prava građana na podnošenje ustavne tužbe i proširivanje nadležnosti Ustavnog suda (po primeru Ustava Hrvatske).

## **Nezavisnosti sudstva i savremena kaznenopravna reforma: panacea ili Pandorina kutija**

### **I.**

U prethodnim izlaganjima bilo je reči uglavnom o institucionalnom, formalnopravnom sadržaju načela sudske nezavisnosti i o isto tako institucionalnopravnim smetnjama za njegovo statuiranje kao vrhunskog načela vladavine prava i zaštite ljudskih sloboda i prava. Sociološke i druge pravne studije ulaze dublje u njegovo otelotvorenje u praksi (o novijim tzv. “bihevioralnim” studijama o ponašanju sudija i o tome zašto oni odlučuju onako kako odlučuju v. *Fridmen* (2014), 193). One potvrđuju saznanja do kojih se egzaktno, u brojnim složenim pravnim slučajevima, može doći putem



neposrednih opažanja ili površnim istraživanjem. To da sudovi selektivno (kao i drugi državni organi) sprovode zakone, da rade pod pritiskom izvršne vlasti, partija, moćnih pojedinaca, da postoji visok stepen korupcije, nameštanja predmeta, zastarevanja slučajeva, montiranih procesa itd., i nije nikakva naročita novina, već konstatacija o krajnje nezadovoljavajućem stanju sudstva koja kompletira sliku o napretku našeg regiona u etabliranju demokratske pravne države.

Sistem kaznene pravde danas stoji pred velikim izazovima zahteva za efikasnu prevenciju, gonjenje i presuđivanje sve težih oblika kriminala koji prerastaju u najozbiljniju pretnju za ljudske slobode i prava i za pravnu državu (organizovani kriminal, korupcija, ekonomski kriminal, terorizam itd.). Njegova modernizacija odvija se putem veoma dinamične ustavne, zakonske i institucionalne promene koje se, simbolično predstavljene, razvijanju na liniji skretanja “od desna ka levo” kroz apostrofiranje značaja ranijih faza otkrivanja i gonjenja i institucija koje su nadležne za te faze (v. opširnije *Kambovski* (2005), 351). Pored pragmatičnih i utilitarnih razloga povećanja efikasnosti represivnih aktivnosti, oslonac za tu tendenciju jeste i stav da “konzervativna” pozicija suda ne može da pruži odgovarajuće odgovore na nove nekonvencionalne forme kriminala, koje (navodno) traže i nekonvencionalne odgovore. Skretanje “nalevo”, koje vodi ka institucionalnom jačanju uloge javnog tužioca i njegovih ovlašćenja u kaznenom postupku, predstavlja danas jedna od opštih karakteristika reformi u većini evropskih zakonodavstava. Proširivanje njegovih ovlašćenja usmereno je u dva pravca: u preuzimanju rukovođenja sa aktivnostima policije u otkrivanju kriminala i, što je bitno za temu ovih izlaganja, u prenošenju dela sudske nadležnosti na javnog tužioca (tužilačka istraga, sporazumevanje o krivnji, izricanje u nekim zakonodavstvima kaznenog naloga itd.).

Sve te promene nisu praćene odgovarajućom reformom položaja i uloge javnog tužilaštva. Ako one imaju za rezultat otkidanje pojedinih ovlašćenja od suda i njihovo prenošenje na javnog tužioca, onda je potpuno logično pitanje – da li time javno tužilaštvo postaje organ sudstva i da li njegov status treba da bude određen u skladu sa načelom nezavisnosti posebno u odnosu na izvršnu vlast? Prema Ustavu Republike Makedonije, a tako je definisan njegov ustavni položaj i u drugim državama iz našeg regiona, javno tužilaštvo je “jedinstveni i samostalni državni organ” koji goni učinioce kaznenih dela i druga zakonom utvrđena kažnjiva dela (čl. 106 st. 1). Ne slučajno odsustvo iz te definicije atributa “nezavisan” nameće pitanje određivanja položaja javnog tužilaštva u sistemu podele vlasti: očito da nema veze sa zakonodavnom,

ali da li pripada sudskoj ili izvršnoj vlasti? Nema apriornog odgovora bez sveobuhvatne analize ne samo ustavnog rešenja, već ukupnosti zakona koji određuju njegove funkcije i odnose sa drugim državnim organima, posebno sa sudom. I komparativna analiza pokazuje razlike u njegovom sistemskom položaju; u nekim (Italija, Portugal, Švedska i dr.) je naglašena njegova nezavisnost od izvršne vlasti, dok je u drugim (Francuska, Belgija, Holandija, Nemačka i dr.) podređeno ministru pravde, odnosno izvršnoj vlasti (v. *Pradel* (1995), 326). Odredba Ustava Republike Makedonije (Amendman XXV) o sudu kao isključivom nosiocu sudske vlasti implicira zaključak da javno tužilaštvo nije deo te vlasti i da pripada izvršnoj vlasti (tom zaključku naginju i već pomenuta rešenja o načinu izbora državnog javnog tužioca na predlog Vlade itd.). Sa druge strane, ustavna odredba da je javno tužilaštvo “samostalan” državni organ koji svoje funkcije vrši na osnovu ustava, zakona i ratifikovanih međunarodnih ugovora, dakle ne na osnovu naloga ili uputstava vlade, implicitno sadrži u sebi postulat njegove nezavisnosti od izvršne vlasti. Podrška takvoj interpretaciji je i izričito stavljanje u njegovu nadležnost zaštite ljudskih sloboda i prava. Konstatacija da je javno tužilaštvo samostalni državni organ koji je između sudske i izvršne vlasti i da su njegove funkcije i kazneno gonjenje učinilaca kaznenih dela, ali i zaštita ljudskih prava, nameće *in fine* sledeći zahtev: prenošenje dela sudske nadležnosti na javno tužilaštvo nužno pretpostavlja podizanje stepena i statuiranje garancija njegove nezavisnosti koje su jednake sa stepenom i garancijama nezavisnosti suda!

## II.

Reforma kaznenog postupka, motivisana potrebom za podizanje efikasnosti sistema kaznene pravde, donela je i druge inovacije koje kolidiraju sa načelom sudske nezavisnosti, ili bar stavljaju to načelo na ozbiljno preispitivanje i traženje novih garancija. Među njima je posebno važno uvođenje novih dokaznih pravila i novih dokaznih sredstava, koja zadiru u ustavom zagarantovane individualne slobode i prava.

Takve su, u prvom redu, “specijalne istražne mere”, koje su se u savremenom kaznenoprocenom pravu pojavile bez velike teoretske pripreme i sa puno nepoznanica i otvorenih pitanja koja su zahtevala stalne modifikacije kroz njihovu praktičnu primenu (u makedonskom kaznenom procesu su uvedene reformom ZKP od 2004 godine). Iza njihovog prodora u savremenom kaznenoprocenom pravu stoje utilitarni razlozi (efikasnost gonjenja), ali

njihova penetracija u sferi neprikosnovenih ljudskih sloboda i prava stavlja na probu čvrstinu nezavisne pozicije suda u odlučivanju o njihovoj primeni i kontroli nad njihovim sprovođenjem od strane javnog tužilaštva i policije. Dosadašnja praksa, ne samo u Makedoniji, pokazuje da se njihova primena pojavljuje kao novi izvor pritisaka na sud od strane javnog tužilaštva i policije (u makedonskoj praksi sudovi gotovo bez izuzetaka prihvataju takve predloge javnog tužioca!).

Pored toga, treba da se istakne da uvođenje (u prvo vreme kao izuzetne mere za najteže oblike kriminala), a potom i proširivanje područja primene specijalnih istražnih mera (lista dela kod kojih je dopuštena njihova primena iz godine u godinu se povećava!), do alarmantnih granica problematizuje središnje aspekte sudske nezavisnosti: slobodno sudijsko uverenje i slobodna ocena dokaza. Njihovo korišćenje postalo je gotovo redovni način prikupljanja dokaza, tako da se opasno približava prihvatanju teorije o legalnim, odnosno formalnim dokazima, čije izvođenje isključuje slobodu njihovog ocenjivanja od strane suda! Uloga suda se svodi na to da donese odluku o primeni specijalnih mera, posle čega mu ne ostaje nikakav prostor za formiranje svog slobodnog uverenja ili slobodnog ocenjivanja svih prikupljenih dokaza, jer se njihovi rezultati pojavljuju kao *probatio probatissima!*

Zaslugom i druge bitne inovacije u naše procesna zakonodavstva – sporazum o priznavanju krivice (*plea bargaining* preuzetog iz anglosaksonskog prava, tako novi makedonski ZKP od 2013. godine), u presuđivanju se pojavljuje još jedan takav vrhunski dokaz – priznanje optuženog! I korišćenje tog procesnog instituta dovodi do potiskivanja uloge suda od strane javnog tužioca (pored tužilačke istrage), nezavisno od toga što sud, bar formalno, kako je predviđeno u ZKP, treba da prihvati sporazum javnog tužioca i optuženog i da na osnovu njega donese presudu. Logično je da se pretpostavi da je sudija koji treba da potvrdi sporazum uvek izložen velikom pritisku, naročito od strane javnog tužioca, ali i od jednostavne činjenice da se na taj način najlakše oslobađa od obaveze da vodi raspravu, izvodi dokaze itd. To je razlog zašto ovaj institut postaje sve popularniji i sve više se primenjuje u kaznenim postupcima u zemljama iz našeg regiona. Buduća praksa u Makedoniji će pokazati da li njegova primena, pored erozije načela sudske nezavisnosti, ima negativne efekte i u odnosu na druga načela, kao što su načela pravičnog postupka i utvrđivanja materijalne istine. Ne treba zapostavljati mogućnost da se i ovaj institut, kao i specijalne istražne mere, zloupotrebljava od strane korumpirane ili autoritarne vlasti!

Neracionalnim promenama procesnog zakonodavstva koje idu u pravcu jačanja pozicije javnog tužilaštva treba suprotstaviti sledeći principijelni

zahtev: bilo koje prenošenje dela nadležnosti sa nezavisnog suda na javno tužilaštvo mora da bude uslovljeno zahtevom za uspostavljanje garancija za nezavisnost javnog tužioca u odnosu na izvršnu vlast i za efikasnu kontrolu suda nad vršenjem njegovih nadležnosti! To se odnosi i na danas aktuelnu reformu kaznenog postupka, kojom se uvodi tužilačka istraga i institute sporazumevanja o krivici kao način bržeg rešavanja kaznenopravnih slučajeva.

Koliko nesmotreno se forsira podizanje efikasnosti kaznenog postupka potvrđuju i izmene makedonskog KZ iz 2014. godine. Da bi uveo u život procesni institut sporazumevanja o krivici, makedonski zakonodavac je napravio sledeću (nedozvoljenu i na uštrb nezavisnosti suda!) intervenciju: u odredbi KZ o ublažavanju kazne (čl. 40), kojom je ranije bilo predviđeno da sud, pored u zakonu predviđenih slučajeva, može da ublaži kaznu i kad utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje opravdavaju izricanje blaže kazne od kazne propisane za konkretno delo, to široko ovlašćenje suda je isključeno i zamenjeno rešenjem prema kome sud može da ublaži kaznu samo kada postoji predlog sporazuma o priznavanju krivice, ili kada optuženi prizna krivicu na glavnoj raspravi! Novi zakonski režim ublažavanja kazne očitó je podređen uvodenju i široj primeni instituta podrazumevanja o krivici, na način koji ima vidljive primese pritiska na okrivljene da priznaju krivicu ili da se sporazumevaju sa javnim tužiocem o tome. Ako se, međutim, ceo sistem sudskog ublažavanja kazne svede na tu procesnu okolnost – da li okrivljeni priznaje delo, to znači da su oni učinioci koji ne priznaju i traže da javni tužilac dokaže njihovu krivicu na glavnoj raspravi lišeni te privilegije ako je delo učinjeno pod posebnim olakšavajućim okolnostima! Time je povređeno osnovno načelo pravde, koje je ideja-vodilja kaznenog prava. Pored toga, nezavisno od dikcije nove odredbe, ona nikako ne bi mogla da isključi zakonsko-sudsko ublažavanje kazne u slučajevima gde sam zakon predviđa neku fakultativnu ublažavajuću okolnost (kod prekoračenja nužne odbrane i krajnje nužde, bitno smanjene uračunljivosti, pokušaja itd.). Ovo treba podvući jer nije isključeno da nezajazljiva aspiracija za podizanje efikasnosti postupka može da inspiriše i (*ad absurdum*) tumačenje da ta odredba i u tim slučajevima dopušta ublažavanje kazne samo kad postoji priznanje okrivljenog!

### III.

Potiskivanje načela nezavisnosti suda nije inspirisano samo utilitarnim razlozima forsiranja uloge javnog tužilaštva kao vodećeg organa na području

represije kriminala u ime veće efikasnosti kaznenog gonjenja. Još su ozbiljnije konsekvencije koje trpi ovo načelo usled arogantnih pokušaja organa državne uprave do dobiju kaznena ovlašćenja i da se pretvore u organe kaznene pravde na području prekršaja kao lakših kažnjivih dela. U makedonskom pravnom sistemu, u kome je pojam kažnjivog dela opšti pojam koji obuhvata i kaznena (tj. krivična) dela i prekršaje, njihov status sa aspekta načela sudske nezavisnosti je određen na jedinstven način Ustavom Makedonije (čl. 13): lice okrivljeno za kažnjivo (sic!) delo smatra se nevinim dok njegova krivnja ne bude utvrđena pravosnažnom sudskom presudom. Načelo presumpcije nevinosti, sadržano u ovoj odredbi, ima nekoliko značajnih političkih i pravnih konsekvencija. Ono se odnosi, pre svega, na samu srž represivne vlasti države: u sistemu podele vlasti kao temeljne vrednosti (čl. 8 URM) propisivanje kažnjivih dela je u isključivoj nadležnosti Sobraanja, dok je presuđivanje i izricanje kazni i drugih sankcija za ta dela isključiva nadležnost nezavisnog suda. To znači da izvršna vlast i državna uprava nemaju nikakva ovlašćenja niti da propisuju kažnjiva dela, niti da izriču kakve bilo sankcije za ta dela! To je osnovni postulat demokratske pravne države, čija je sledeća konsekvencija sudska kontrola nad zakonitošću pojedinačnih akata izvršne vlasti i uprave (čl. 50 URM).

Međutim, 2005. godine izvršena je izmena Ustava Makedonije, usvajanjem Amandmana XX kojim je dopunjena odredba o načelu presumpcije nevinosti (čl. 13 URM) i predviđeno da za prekršaje određene zakonom sankciju može da izriče organ državne uprave ili organizacija i drugi organ koji vrši javna ovlašćenja; protiv konačne odluke o prekršaju garantuje se sudska zaštita pod uslovima i u postupku uređenim zakonom. Ovaj ustupak, koji ima velike i nenadomestive štetne posledice za ostvarivanje načela vladavine prava, napravljen je iz pragmatičnih razloga: smanjivanje broja prekršajnih predmeta pred sudovima (godišnje u Makedoniji taj broj se kretao oko 200.000 novih predmeta!) i povećanje efikasnosti državne uprave dopuštanjem određenog doziranog stepena prinude koja je pod kontrolom suda i ima drugostepeni, supsidijarni značaj. Polazeći od ideje da izuzeci u pravu, naročito ako se radi o osnovnim načelima koje tangiraju položaj suda, moraju da se tumače i primenjuju krajnje restriktivno, Zakonom o prekršajima, usvojenom 2006. godine, predviđeno je da se nadležnost organa uprave kao prekršajnih organa odnosi samo na masovne i bagatelne prekršaje. Njegovim odredbama (čl. 53 i 54) bio je naglašen supsidijarni karakter nadležnosti tih organa, po pravilu za izricanje mandatne globe, kada je ona propisana zakonom u fiksnom iznosu, ili za prekršaje za koje je zakonom

propisana globa do 500 evra za fizička i 1.000 evra za pravna lica, osim kada je zakonom o konkretnom prekršaju propisana globa u većem iznosu. Pored tih ograničenja, tim zakonom je bilo predviđeno pravo lica kome je izrečena sankcija na podnošenje tužbe pred upravnim sporom, kojom se slučaj prenosi u nadležnost suda; tek pravosnažnom sudskom presudom može da bude potvrđena a potom i izvršena izrečena prekršajna sankcija.

Posle usvajanja ovog modela, pod pritiskom izvršne vlasti i javne administracije došlo je do velikih deformacija ne samo sudskog, već i političkog sistema, njihovim pretvaranjem u sve eksponiranije organe represije. Umesto da jača komponenta državne uprave kao javnog servisa građana i društva, ona se sve više podupire na represiju, pomoću stalnog proširivanja kruga prekršaja, koje potpadaju pod nadležnost upravnih organa, kao i pooštavanjem globa koje izriču prekršajni organi. Zakonodavac ne samo što se ne suprotstavlja, već i sam podržava tu tendenciju, zapostavljajući objektivne kriterije za razgraničenje prekršaja od kaznenih dela, arbitrerno određujući koje ponašanje je prekršaj, a koje kazneno delo, i propisujući za prekršaje i teže novčane globe nego što su novčane kazne za kaznena dela prema KZ. Na taj način su naširoko zaobiđena i kruta kaznenopravna načela i instituti i načela koja se odnose na nezavisnost suda. Uloga upravnog suda, koji postupa u upravnim sporovima povodom takvih odluka, postaje sve slabiji mehanizam sudske zaštite, jer između ostalog, primenjujući procesna pravila Zakona o upravnim sporovima, ima veoma malo prostora za meritorno rešavanje predmeta.

Vrhunac tendencije dezavuiranja načela podele vlasti i sudske nezavisnosti dostignut je donošenjem novog Zakona o prekršajima od 2015. godine, kojim se represivna funkcija uprave, suprotno ustavnom načelu podele vlasti, gotovo potpuno izvlači od domašaja sudske kontrole. Dve su, naime, osnovne novine koje donosi ovaj zakon. Prvo, napušta se načelno ograničenje nadležnosti upravnih organa za sitnije prekršaje, tako da zakonom mogu da se propišu bilo kakvi, i najteži prekršaji, sa najtežim novčanim globama, o kojima oni mogu da vode prekršajni postupak i da izriču prekršajne sankcije. Drugo, što je još tragičnije, u drugom stepenu po žalbama protiv prvostepenih upravnih organa, odluke donosi drugostepena komisija za prekršaje, čije su odluke konačne i (sic!) – izvršne! Konačnu i izvršenu odluku učinilac prekršaja može da napada tužbom pred upravnim sudom, i ako se u tom postupku dokaže da nije kriv za učinjeni prekršaj, ima pravo na povraćaj oduzetih novčanih sredstava i otklanjanje drugih posledica odluke o prekršaju! Radi se o flagrantnoj, “pod zaštitom zakona”

povredi ljudskih prava, pre svega prava svojine! Prekršilac je doveden u situaciji da vodi upravnosudski postupak, koji može da traje duže vreme, da bi došao do presude koja je osnov za reizvršenje, a da se posle toga sudara sa velikim problemom izvršenja potraživanja prema državnom budžetu, otežano svim mogućim ograničenjima (prema makedonskim izvršnim propisima, izvršenje može da bude onemogućeno fleksibilnim određenjem od strane suda “minimuma sredstava” koja su neophodna za rad javnih institucija!). Sa aspekta predmeta ove rasprave potpuno je jasno na kakve probleme nailazi i kakvim pritiscima od strane državnih organa je izložen upravni sud (sudija), koji treba da ukine pravosnažno upravno rešenje!

Ustavom predviđena sudska zaštita od “konačnih” (dakle, neizvršnih) prekršajnih odluka uprave ne bi mogla da ima drugi smisao, osim da spreči kakvo bilo njihovo izvršenje pre potvrđivanja od strane suda; ako je upravna odluka izvršena i nastupi ograničavanje ili oduzimanja nekog individualnog prava, onda ne postoji nikakva “zaštita”, već nekakvo nejasno i uslovljeno pravo na reparaciju. To ne može da bude smisao ove odredbe, između ostalog i zato što stavlja sud u nekakvoj rezervnoj, supsidijarnoj poziciji u odnosu na izvršnu vlast i državnu upravu.

I ova devijacija makedonskog sudskog sistema pokazuje da ne treba da se prave nikakvi kompromisi sa ustavnim načelima vladavine prava i podele vlasti!

## **Zakon o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne: potpuna negacija načela sudske nezavisnosti**

### **I.**

Slobodno sudijsko uverenje i (relativna) sloboda suda u izboru i odmeravanju kazni i drugih sankcija bitne su odrednice samostalnosti i nezavisnosti suda. To su upravo metodi kojima sud i može da ostvaruje svoju funkcije – izricanje prava (*ius dicere*) i zaštitu ljudskih prava. Sud ne bi bio to što jeste, a primena zakona bi izgledala potpuno drugačije, ako se u sudskom postupku do primene zakona u konkretnom slučaju umesto diskurzivnim dolazi prekim putem, bez ikakve rasprave, utvrđivanja činjenica kroz kontradiktorno sučeljavanje dokaza, upoznavanja ličnosti učinioca, uvažavanja načela individualizacije i racionalnim odlučivanjem o kaznenopravnoj sankciji na

osnovu slobodne ocene svih okolnosti dela. Savremeno kazneno pravo je složena pitanja primene prava u konkretnom slučaju rešilo postavljanjem sistema relativno određenih kazni (kazneni okviri, mogućnost ublažavanja kazne itd.) i opštih pravila o sudskom izboru i odmeravanju sankcije.

U savremenim kaznenopravnim sistemima postoje različiti pristupi ka problemu sinhronizacije zakonske i sudske linije izbora i odmeravanja sankcija i obezbeđivanja jedinstvene kaznene politike. Nejednakost u kažnjavanju predstavlja odstupanje od načela pravde i jednakosti građana pred zakonom i otežava ostvarivanje ciljeva kažnjavanja i izricanja drugih sankcija. Teorija i sudska praksa fokusirani su na razloge za odstupanje sudske linije kod odmeravanja kazne, od zakonske linije propisivanja njihove vrste, visine i uslova za izricanje. Veliki deo problema u njihovom usaglašavanju proizlaze iz prečestih izmena KZ i kaznenih okvira za pojedina dela, što izaziva nestabilnost u sistemu sudskog odmeravanja kazne. Neujednačenost kaznene politike u makedonskom sudskom sistemu proizlazi i iz neadekvatnih rešenja o stvarnoj nadležnosti sudova, prema kojim na vrhovima sudske hijerarhije praktično stoje apelacioni sudovi, dok Vrhovni sud, koji je prema URM (čl. 101) kao najviša sudska institucija koja obezbeđuje jedinstvo u primeni zakona od strane sudova, nema instrumente preko sistema pravnih lekova da utiče na kaznenu politiku sudova. Njegova načelna pravna mišljenja i načelni stavovi po obuhvatu i po svom dejstvu su ograničeni i ne mogu da nalažu podrobna pravila nižim sudovima.

Pod velikim uticajem američkog modela, veoma nekritički i bez dubljeg proučavanja njegovog funkcionisanja, u makedonskom kaznenom zakonodavstvu tokom 2014. godine su učinjena dva pokušaja prevazilaženja problema nejednakosti između sudova u izboru vrste i odmeravanju sankcija. Prvi, neuspeli, predstavlja izmena opšte odredbe u KZ o odmeravanju kazne (čl. 39 st. 3), kojom je statuirana dužnost suda da odmeravanje vrši saglasno Pravilniku o načinu odmeravanja kazne koji donosi predsednik Vrhovnog suda po prethodnom mišljenju javnog tužioca i Advokatske komore Makedonije. Pored nepostojanja ustavnog osnova (prema URM, čl. 98, sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i međunarodnih ugovora, a ne i na osnovu podzakonskih propisa), problematično je i stavljanje takvog pravilnika u nadležnost predsednika Vrhovnog suda (koju on nema, prema Zakonu o sudovima), kao i zahtev za prethodno mišljenje javnog tužioca ili Advokatske komore (mešanje u sudsku vlast!). I pored toga što je pravilnik bio usvojen, nije bio prihvaćen od strane sudija nižih sudova i nije primenjen u praksi.



## II.

Drugi pokušaj izveden je ponovnom promenom opšte odredbe o odmeravanju kazne u KZ (čl. 39 st. 3), kojom je sada predviđeno da odmeravanje kazne sud vrši saglasno odredbama Zakona o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne (Služben vesnik na RM, 199/14). Ovim zakonom je uređeno i dogovaranje vrste i visine kazne između javnog tužioca i okrivljenog u okviru sporazumevanja o krivnji (ponovo!), kao i formiranje, sastav i nadležnost posebne Komisije za ujednačavanje kaznene politike. Ovakvim rešenjem naš kaznenopravni sistem se približava anglosaksonskim sistemima (posebno SAD i Velika Britanija), u kojima posebna tela, uglavnom sastavljena od sudija, određuju objektivne kvantificirane kriterijume za vrednovanje svake pojedine okolnosti relevantne za odmeravanje kazne. Ali glavna i bitna razlika između makedonske nesrećne inovacije i tog rešenja je ta da kriterijumi koje utvrđuje telo za odmeravanje kazne u pomenutim sistemima predstavljaju samo korisna uputstva bez obvezujućeg dejstva za sudiju kod odmeravanja kazne u konkretnom slučaju. Nasuprot tome, makedonski zakon obavezuje sud da striktno primenjuje utvrđene kriterijume i kvantifikacije svake pojedine relevantne okolnosti, izražene poenima! Na taj način jednim potezom zakonodavca sudija je pretvoren u matematičara koji sabire i oduzima poene, vrednujući svaku pojedinačnu okolnost i na kraju sastavljajući njihov ukupan zbir.

Bodovanje otežavajućih i olakšavajućih okolnosti vrši Sobraње Republike Makedonije na predlog Komisije za ujednačavanje kaznene politike, izabrane od njega i sastavljene od sedam članova od kojih su samo dva iz redova sudija (taj broj je jednak broju članova iz redova javnih tužilaca!). Prema potpuno neznačaki i arbitrarno sastavljenoj listi bodova za svaku pojedinačnu okolnost, koja je sastavni deo zakona, nije uvek decidirano dato vrednovanje neke okolnosti kako olakšavajuće tako i otežavajuće. Tako, na primer, kao olakšavajuće okolnosti su vrednovane: mentalne ili telesne smetnje – 10 poena; krajnja nužda (koja je fakultativna ublažavajuća okolnost!) – 10 poena; bitno smanjena računljivost (isto!) – 7; nehat, ukoliko nije element dela (??) – 6; pokušaj, ukoliko nije predviđeno posebno kažnjavanje za pokušaj (??) – 6 itd. Iz ovih primera je očito da vlada opšta konfuzija u određivanju okolnosti koje su konstitutivni elementi samog dela (krajnja nužda) ili krivnje (nehat)! Pored toga, određivanje fiksnih iznosa poena nema veze sa činjenicom da se brojne okolnosti pojavljuju u lakšim ili težim oblicima i moraju da se stepenuju (na primer stepen krivnje!). Iz bodiranja pojedinih okol-

nosti proizlazi da sastavljači zakona pokazuju flagrantno nepoznavanje kaznenog prava: tako, na primer, kao olakšavajuća okolnost je navedeno učešće u realizaciji kriminalnog poduhvata, ako učinilac nije direktni izvršilac (čuvar je, na primer, stražu) – 4 poena, što je sasvim nejasno jer čuvar straže može da bude i saizvršilac. Ili, kao olakšavajuća okolnost izdvojen je eventualni umišljaj, ukoliko nije element dela (??) – 3 poena; ako nije element dela nema umišljenog dela, odnosno krivnje, pa ni kažnjavanja!

Teške improvizacije, nedozvoljene u kaznenom pravu, sadržane su i u odredbama o dogovaranju javnog tužioca i okrivljenog o priznavanju krivice: u tom slučaju ne može da bude dogovorena kazna koja je manja od 50% od kazne koja bi bila izrečena primenom ovog zakona u redovnom postupku (čl. 20 Zakona). Postavlja se pitanje – ocenom kojih okolnosti može da se dođe do određenog kvantuma poena i time do “kazna koja bi bila izrečena”, ako te okolnosti mogu i treba da se utvrde tek u redovnom postupku, odnosno na glavnoj raspravi? Ova odredba je i u direktnoj suprotnosti sa odredbom KZ o ublažavanju kazne (čl. 41), prema kojoj kod sporazumevanja o krivici sudu može da bude predložena samo kazna u granicama propisanim za učinjeno delo, ublažena u granicama određenim zakonom (dakle ne “najviše do 50%” itd.). Pri postojanju ovakve očite kolizije pravnih normi, sud je dužan da ignoriše odredbe Zakona o odmeravanju kazne.

### III.

Zakon o izboru vrste i odmeravanju kazni je unikatni propis u svet-skim razmerima. I što ja najvažnije – primer koji ne sme da se prati, jer odstupa od osnovnih legislativnih načela koja se odnose na kaznenopravnu oblast, pre svega od načela kodifikacije kaznenopravnih odredaba. Ne samo da nije uobičajeno, nego je nedopustivo i štetno da se pored KZ pojavljuju zakoni koji odstupaju od načela na kojim je on utemeljen, u ovom slučaju – načela pravde, individualizacije i slobode sudijskog odmeravanja kazne, koje je emanacija načela sudske nezavisnosti. I sa legislativno-tehničkog aspekta ovaj zakon je katastrofalni promašaj, čak može da posluži kao primer pravne besmislice, radi arbitrarnog određivanja vrednosti u poenima pojedinih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i nepostojanja pravila po kojima okolnosti dobijaju određeni broj poena, veći ili manji u odnosu na druge. S obzirom na to da je lista relevantnih okolnosti i fiksiranje njihove vrednosti (poenima) aneks, a time i sastavni deo zakona, to znači da bilo kakva promena, dodavanje ili oduzimanje poena mora da prođe kroz proceduru njegove izmene. Predvidive su i daljnje konsekvencije takve “klizave” regulative, kao na

primer, problemi koji mogu da nastanu oko retroaktivne primene blažeg zakona. Eto čemu se izlaže zakonodavac kada se povede po lakomisleno smišljenim “čarobnim” rešenjima problema, koji je kompleksan i ne može da se reši mačem!

Već sama postavljenost novog sistema koji praktično odbacuje koncept sudskog odmeravanja kazne i nezavisnost suda, prenoseći taj najsuptilniji element sudijskog odlučivanja u nadležnost Sobraanja, ne može da izdrži objektivni test ustavne zasnovanosti ovog zakona. Zakon je, drugim rečima, protivustavan i rezultat je puste težnje zakonodavca i izvršne vlasti da uspostave potpunu kontrolu nad sudom i da mu ograniče svaki iole slobodniji prostor za samostalno donošenje odluka. Dosledno primenjen, ovaj zakon ugrožava ne samo načelo sudske nezavisnosti, već i načela krivnje, individualizacije kazne i resocijalizacije učinilaca kaznenih dela.

Radi izbegavanja njegovih štetnih posledica nužna je brza intervencija Ustavnog suda koji bi morao bez odlaganja prvo privremenom merom da obustavi njegovu primenu. Već prve sudske presude posle početka njegove primene (1. jul 2015) donele su skandalozne rezultate, kao u sledećem slučaju: vozač koji je vozio dvaput većom brzinom od dozvoljene po prometnoj ulici, pod dejstvom alkohola i narkotika, usmrtio je ženu koja je stajala pored zgrade desetak metara dalje od trotoara; na osnovu tabele svih okolnosti, izražene u poenima, učinilac ovog umišljenog (alkohol, narkotici!) ugrožavanja saobraćaja sa smrtnom posledicom je dobio samo pet godina zatvora, mada je za teži oblik tog dela predviđena kazna zatvora od najmanje četiri godina (do dvadeset godina). Pod takvim okolnostima, naravno bez zakonski obvezujuće besmislene tabele, on bi morao da dobije najmanje dvostruku kaznu zatvora!

#### IV.

Problem usaglašavanja zakonske i sudske linije kažnjavanja i ujednačavanja kaznene politike sudova zaslužuje ozbiljno razmatranje u cilju pronalazjenja rešenja koja moraju da budu u saglasnosti sa načelom sudske nezavisnosti. Ona ni u kom slučaju ne bi mogla da podrazumevaju vezivanje suda kod ocenjivanja svih okolnosti konkretnog dela za obvezujuća pravila, naročito pravila koja su propisana od strane vansudskih tela.

Jer i sama ideja pravde, kojoj je podređen i sistem prava i sudstva, traži sa jednakima da se postupa jednako a sa različitima različito, sa svakim prema njegovoj individualnoj meri!

## Zaključak

Kao što se urođene ljudske slobode i prava probijaju kroz neprestanu borbu za njihovo ostvarivanje, ometano silama koje otuđuju pojedinca od njegove antropološke esencije, tako i načela prava i sudstva koja gravitiraju oko ljudskih sloboda i prava uspevaju da postanu za svakog obavezujuće norme i standardi u meri u kojoj ljudi i institucije koji ih promovišu odolevaju i uspevaju da ih nametnu silama koje nisu ovladane zakonom, već vladaju pomoću zakona.

Načelo sudske nezavisnosti, koje je srž koncepta demokratske pravne države, nije formalni ukras sudskog sistema i ustavnih načela koji određuju njegov sadržaj, već postulat kompleksnog odnosa suda sa drugim institucijama i sa građanima u ostvarivanju njegovih funkcija: izricanje prava i zaštita ljudskih sloboda i prava. Da li se to načelo ostvaruje, i u kojoj meri, ne može da se ocenjuje samo na ustavnopravnom ili legislativnom nivou uređivanja tog odnosa. Za ocenu njegovog domašaja više je ključna analiza zakonskih i stvarnih pretpostavki koje određuju autonomni prostor za slobodu suda u interpretaciji i u izricanju prava, uključivši slobodno sudijsko uverenje i slobodu u izboru i odmeravanju kazne i drugih sankcija saglasno razumnim zakonskim ograničenjima i načelu pravde.

## Bibliografija

1. Bancaud, Alain, Robert, Philippe (2001), *La place de la justice en France: un avenir incertain*, u: Robert, Cottino, *Les mutations de la justice*, Paris Justice. A Compendium of UN Norms and Standards, New York
2. Damaška, Mirjan R. (1986), *The Faces of Justice and State Authority*, A Comparative Approach to the Legal Process, New Haven-London
3. Fridmen, Lorens M. (2014), *Pravni sistem*, Aspekt društvene nauke, Podgorica
4. Hasebe, Jasuo, (1999), *Vladeeweto na pravoto i uslovite za negovoto ostvaruvawe*, Zbornik vo cest na Evgeni Dimitrov, Praven fakultet Skopje
5. Horn, dr Norbert (2004), *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Heidelberg
6. *International Principles on the Independence and Accountability of Jud-*

- ges, Lawyers and Prosecutors (2004): A Practitioner's Guide Series No1, International Commission of Jurists, Geneva, Switzerland
7. Kambovski, dr Vlado (2010), *Sudsko pravo*, Skopje (2006), *Kazneno pravo*, Opšt del, Treto izd., Skopje (2005), *Organiziran kriminal*, Skopje
  8. Leone, Ugo, De Mattia, Angelo (1984), *The Role of the Judge in Contemporary Society*, UNSDRI/IAJ, Rome
  9. Martens, Paul (2001), *Le pouvoir judiciaire en Belgique: Institutions et mutations*, u: Robert, Cottino, *Les mutations de la justice*, Paris
  10. Mičelo, Awes (2005), *Pravoto na "dobar sudija" – od nezavisnosta na sudiite do razvojot na sudskata vlast*, Zbornik na trudovi od Megunarodnata konferencija "Makedonsko-francuski denovi na pravoto – 200 godini od *Code civil*", Skopje
  11. Mole, Nuala/Harby, Catharina (2001), *Pravoto na pravično sudenje*, Vodič za implementacija na člen 6 od Evropskata konvencija za čovekovi prava, Sovet na Evropa, Strazbur
  12. Pradel, Jean (1995), *Droit pénal comparé*, Paris
  13. Radzinowicz, Sir Leon (1997), *Penal Regressions*, u: *Criminal Policy Making*, Edited by Andrew Rutherford, Aldershot
  14. *Recommendation No.R (94) 12* of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges, Adopted on 13 October 1994, Council of Europe
  15. Rouls, Xon, (2002), *Teorija na pravednosta*, Skopje
  16. *The Universal Charter of the Judge*, 17 November 1999, International Association of Judges 35 godini pravosudstvo vo SR Makedonija, (1982), Skopje
  17. *United Nations Basic Principles on the Indenpendency of Judiciary*, General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August-6 September 1985: report prepared by the Secretariat, United Nations publication, Sales No.E.86.IV.1
  18. Vincent, Jean, Guinchard, Serge, Montagnier, Gabriel, Varinard, André (2003), *Institutions judiciaires*, 7e edition, Paris
  19. Zippelius, Reinhold, (2005), *Juristische Methodenlehre*, 9. Auflage, München (2007), *Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, München

**Vlado Kambovski, PhD, Academic  
Professor  
President of the Macedonian Academy of Science and Arts**

## **LEGAL AND JUDICIAL SENTENCING: A DISCOURSE ON JUDICIAL INDEPENDENCE**

### *Abstract*

*The principle of independence of the court is a fundamental principle of the state of law, because it is associated with the real status of human rights and freedoms, which in contemporary society is unthinkable without the effective exercise of the right to judicial protection in an independent and impartial court. However, the very notion of independence of the court is incomplete and, to some extent, contradictory, because it implies a certain valuable basis for the determination of its content: the independence of the court in relation to what and whom? The legislator? The government and the state administration? The public opinion? The parties, etc. Its attribute content in institutional terms cannot be defined itself as a descriptive, but as ascribed term in relation to the court with the institutions with which it is functionally linked to a system of division of powers.*

*In the discussions on the realization of this principle great progress has not been made in the transition of our societies. They have in mainly remained at the constitutional and legal and institutional level, being satisfied more with the form than with the content, more with the explaining of the formal constitutional and legal proclamations of the independence of the court, rather than the analytical approach in discussing the realistic assumptions and the actual scope of the judicial independence.*

*This work is dedicated to the tendencies that suppress the principle of judicial independence, aimed in the opposite direction of the verbal commitments and formal institutional and legal bases for its strengthening. Certain innovations have been developed from the Macedonian legislative practice in the area of criminal justice that are, or at least some of them, typical for other legislators from our region and may serve as negative examples of what the legislators should not do.*

## ЗАСТАРЕЛОСТ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Проф. др Драган Јовашевић\*

**Апстракт:** Опште је правило да свако кривично дело, кривица његовог учиниоца и изречена кривична санкција протеком одређеног времена застаревају. То значи да се држава протеком законом одређеног времена одриче од права на кажњавање учиниоца кривичног дела. Застарелост је општи основ гашења свих кривичних санкција предвиђен у националном кривичном законодавству. Од овог општег правила постоје изузеци утврђени универзалним и регионалним међународним правним актима. То су случајеви када одређена кривична дела (међународна кривична дела у ужем смислу) не застаревају. То значи да је прихваћен принцип универзалне примењивости кривичног закона на учиниоце посебно тешких кривичних дела. Управо о појму, карактеристикама, правној природи, садржини и обиму примене института застарелости у складу са међународним стандардима и кривичном законодавством Републике Србије говори овај рад.

**Кључне речи:** кривично дело, учинилац, кривична санкција, застарелост, рок, закон, међународни стандарди

### УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Свака кривична санкција<sup>1</sup> гаси се извршењем над учиниоцем кривичног дела (осуђеним лицем) од стране надлежних државних органа (органа пенитенсијарне администрације) на начин, у поступку и по ус-

---

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш

<sup>1</sup> Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Ниш, 2012. године, стр. 198–201.

ловима које уређује Закон о извршењу кривичних санкција<sup>2</sup>. То је, управо, и циљ прописивања и изрицања свих кривичних санкција у функцији спречавања и сузбијања дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством<sup>3</sup>.

Но, сва савремена кривична законодавства, па тако и законодавство Републике Србије, познају и јавноправне основе који доводе до гашења државног права на кажњавање и примену других кривичноправних мера. То су основи који гасе право државе на изрицање и извршење кривичне санкције (*ius puniendi*), не дирајући при томе у само постојање кривичног дела, нити у кривицу његовог учиниоца.

То су јавноправни институти утврђени у општем интересу о чијем постојању суд води рачуна по службеној дужности, без обзира на то да ли се учинилац дела на кога се они односе позвао на њихово постојање или није. До гашења кривичних санкција доводе<sup>4</sup>:

- 1) смрт учиниоца кривичног дела,
- 2) застарелост,
- 3) амнестија и
- 4) помиловање<sup>5</sup>.

## ЗАСТАРЕЛОСТ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

### 1. Појам и садржина застарелости

Застарелост<sup>6</sup> је законом предвиђени основ који доводи до гашења кривичне санкције услед протекла одређеног времена што има за последицу губитак права државе или на кривично гоњење или на извршење изречене кривичне санкције<sup>7</sup>. Пошто се застарелост одређује од стране државе путем правних прописа, то се она јавља као потпуно одрицање

<sup>2</sup> Службени гласник Републике Србије број 55/2014.

<sup>3</sup> М. Симовић, Д. Јовашевић, М. Симовић, *Извршно кривично право*, Источно Сарајево, 2013. године, стр. 167–169.

<sup>4</sup> Б. Чејовић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2002. године, стр. 587; Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2005. године, стр. 309–315.

<sup>5</sup> Д. Јовашевић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 156–158.

<sup>6</sup> С. Теофиловић, *Застарелост у кривичном праву*, Избор судске праксе, Београд, број 2/1994. године, стр. 20–23.

<sup>7</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 148.



државе од права кажњавања због протека времена. То је, заправо, “протек времена” после кога се не може предузети кривично гоњење учиниоца кривичног дела, нити извршити изречена казна или друга кривична санкција<sup>8</sup>. Застарелост се даје у јавном интересу. Интересантно је да сам Кривични законик Републике Србије из 2005. године<sup>9</sup> овај институт уређује у самосталној глави десет под називом “Застарелост”, не дајући при томе правац који би одређивао правну природу овог института.

На сличан начин је поступао и први Криминални (Казнитељни) законик за Књажество Србију из 1860. године који у глави осмој под називом “О застарелу” у члану 74<sup>10</sup> одређује да се злочинство и преступљеније неће пред судом истраживати, нити кривац казнити кад дело застари, а оно застарева протеком одређеног времена чија дужина зависи од врсте и висине прописане казне за учињено кажњиво дело. На овај начин Законик дефинише застарелост као процесну сметњу услед које надлежни суд неће водити кривични поступак (истраживати кривицу, нити казнити кривца) према учиниоцу кривичног дела услед протека законом одређеног времена.

И Кривични законик Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године у глави деветој под називом ”Застарелост” уређује појам и дејство овог института када у члану 78. дефинише “да право на гоњење учиниоца кривичних дела застарева протеком одређеног времена чија дужина зависи од врсте и висине у закону прописане казне”<sup>11</sup>. Дакле, застарелост искључује гоњење кривичног дела и извршење казне. То је правни основ по чијој снази отпада право државе на гоњење кривичног дела или на примењивање казне.

Дакле, примена застарелости оправдава се снагом протека времена који гаси штетне последице кривичног дела и успомене на то дело, па на тај начин смањује, а понекад и ништи узбуђеност и раздраженост код друштва, али и код оштећеног лица. Са дужим протеком времена све пада у заборав и престају оправдани протести против кривца које је по учињеном делу диктирала друштвена савест. Поред тога, да би се испунили циљеви казне, она треба да је изречена и извршена што брже по-

<sup>8</sup> М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право*, Београд, 2014. године, стр. 122–124.

<sup>9</sup> Службени гласник Републике Србије број 85/2005. Више : Д. Јовашевић, *Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром*, Београд, 2007.

<sup>10</sup> Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш, 1991. године, стр. 212.

<sup>11</sup> М. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934. године, стр. 219.

сле извршења кривичног дела, те не би било целисходно, нити паметно гонити или казнити за учињено дело после великог протека времена<sup>12</sup>.

## 2. Правна природа застарелости

Интересантно је да у делу правне теорије<sup>13</sup> преовладава схватање да је застарелост, истина, институт општег дела материјалног кривичног права који временски одређује могућност кривичноправног гоњења учиниоца кривичног дела. То указује на то да се овде ипак више ради о процесном институту који представља негативну процесну претпоставку која онемогућава почетак или окончање кривичног поступка или извршење кривичне санкције изречене у спроведеном кривичном поступку. Застарелост се, према томе, темељи на схватању да по протеку законом одређеног времена није могуће кривично гоњење учиниоца кривичног дела, оно постаје “без смисла и оправдања” због временске удаљености између учињеног кривичног дела и позивања на кривицу његовог учиниоца од стране надлежних државних органа. На тај начин није могуће рачунати да “закаснеле” кривичне санкције могу да остваре своју законом прописану сврху (циљ, намену)<sup>14</sup>. Тако се застарелост јавља као захтев за гашење државе на кажњавање учиниоца кривичног дела (екстинцијски учинак).

И Законик о кривичном поступку Републике Србије (ЗКП) из 2011. године<sup>15</sup> на више места помиње институт застарелости и његово дејство што јасно указује да он има ванредно значајно процесно дејство.

Тако у члану 308. ЗКП-а јавни тужилац може у току истраге да одустане од кривичног гоњења осумњиченог лица и да обустави истрагу ако је према ставу 2. кривично гоњење застарело. Дакле, овде се застарелост јавља као основ за обуставу истраге, али се према одредби члана 338. став 2. ЗКП-а јавља и као основ за обуставу кривичног поступка против окривљеног ако је кривично гоњење застарело што веће суда из члана 21. став 4. ЗКП-а утврђује решењем. И коначно, застарелост је основ за доношење одбијајуће пресуде на главном претресу у смислу чла-

<sup>12</sup> М. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, ибид., стр. 220–221.

<sup>13</sup> В. Грозданић, М. Шкорић, И. Мартиновић, *Казнено право, Опћи дио*, Ријека, 2013. године, стр. 72–74.

<sup>14</sup> Љ. Селиншек, *Казенско право, Сплошни дел ин основе посебнега дела*, Љубљана, 2007. године, стр. 359–360.

<sup>15</sup> Службени гласник Републике Србије број: 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

на 422. став 3. ЗКП-а будући да представља основ који трајно искључује кривично гоњење учиниоца кривичног дела. Иако, дакле, на више места кривично процесно право придаје велики значај институту застарелости, ниједном одредбом не упућује на појам, карактеристике и услове за примену овог института препуштајући да то учини материјално кривично право<sup>16</sup>.

Овакво законско одређење има и своје правнотеоријско оправдање. Наиме, застарелост се односи на немогућност примене кривичног законодавства било које државе (домаће или стране) када протекне одређено време од извршења кривичног дела<sup>17</sup>. На бази оваквог правног схватања Кривични закон Републике Хрватске из 1997. године<sup>18</sup> је у члану 18. као разлог за немогућност примене казненог законодавства због протекла времена предвиђао институт застарелости. Дакле, овде протек времена гаси “право на примену кривичног закона”.

С друге стране, гашење права државе на примену кривичног закона услед протекла законом одређеног времена не представља реализацију неког људског права. То значи да не постоји право учиниоца кривичног дела да након одређеног времена против њега не буде покренут кривични поступак или да му не буде извршена изречена кривична санкција. Али овај институт није ни у функцији остварења правде и правичности. Он је уведен првенствено из разлога: а) процесноправне природе (јер је значајно отежано вођење кривичног поступка након протекла дужег временског периода) и б) из криминалнополитичких разлога<sup>19</sup>.

У теорији<sup>20</sup> постоје различита схватања која одређује правну природу (садржину) застарелости. Но, ова расправа није само теоријског карактера, већ има и важне практичне импликације, посебно у вези са ретроактивном применом закона. За разлику од процесних прописа, у материјалном кривичном праву важи правило забране ретроактивне примене закона (што је у складу са принципом законитости или легалитета кривичног дела и казне). Зато, ако је застарелост институт материјалноправне природе, тада повратну снагу не би имао онај закон који би продужио већ започете рокове застарелости, већ само онај закон

<sup>16</sup> Више: С. Бељански, Г. Илић, М. Мајић, *Законик о кривичном поступку*, Београд, 2011. године.

<sup>17</sup> Ж. Хорватић, *Казнено право, Опћи дио*, Загреб, 2003. године, стр. 260.

<sup>18</sup> Народне новине Републике Хрватске број 110/97.

<sup>19</sup> М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Општи део*, Бања Лука, 2007. године, стр. 529.

<sup>20</sup> Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007. године, стр. 75–76.

који би те рокове скратио (принцип примене блажег закона)<sup>21</sup>. Тако се разликују три схватања о правној природи (значају) застарелости.

Према једном схватању, протеклом одређеног времена од извршења кривичног дела (застарелост кривичног гоњења) или од правноснажности донете судске одлуке (застарелост извршења изречене кривичне санкције) гаси се државно право кажњавања учиниоца таквог кажњивог дела (материјални значај застарелости). То је, дакле, институт који представља негацију државног права на кажњавање. Његовим наступањем гаси се право државе на кажњавање учиниоца кривичног дела јер га надлежни државни органи нису у одређеном временском периоду реализовали<sup>22</sup>. Наступање застарелости на тај начин представља и једну врсту санкције за државне органе због непредузимања процесних радњи у току одређеног времена. Постојање овог института, са друге стране, може да делује и стимулативно на ове органе у правцу њиховог ефикасног и благовременог предузимања процесних радњи у циљу откривања и хватања учиниоца кривичног дела.

Према другом схватању, предност се даје процесном значају застарелости, па се њеним наступањем гаси могућност остварења права државе на примену казне. То је процесна сметња, односно негативни облик процесне претпоставке, те је непостојање застарелости један од услова који кривично процесно право предвиђа за могућност доношења мериторне одлуке о кривичној ствари<sup>23</sup>.

Постоји и треће мешовито (еклектичко) схватање о правној природи застарелости, према коме се овде спајају материјалноправни садржаји права на кажњавање са процесном компонентом његовог остварења. Примаран је материјални карактер овог института (на шта указује и чињеница да га прописује материјални Кривични законик), док се његова процесна страна огледа у чињеници да се последица наступања застарелости управо јавља као процесна сметња за вођење кривичног поступка. Тако се застарелост одређује као лични разлог гашења казне или посебна врста личног разлога за искључење кажњивости дела који, опет, појмовно улази у допунске услове кажњивости<sup>24</sup> управо онако како овај институт данас третира и Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године.

<sup>21</sup> В. Грозданић, М. Шкорић, И. Маргиновић, *Казнено право, Опћи дио*, оп.цит., стр. 75.

<sup>22</sup> М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Општи дио*, оп.цит., стр. 528.

<sup>23</sup> М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Општи део*, оп.цит., стр. 530.

<sup>24</sup> Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, оп.цит., стр. 75–77.

## ВРСТЕ ЗАСТАРЕЛОСТИ

У правној теорији, али и позитивном кривичном законодавству, зависно од критеријума, разликује се више врста застарелости.

Тако се према моменту од када почиње да тече рок застарелости, разликује:

1. застарелост кривичног гоњења (аболиција) која има најшире дејство примене јер уопште и не доводи до примене кривичног закона на учиниоца кривичног дела, па се уопште не води кривични поступак, нити долази до осуде учиниоца кривичног дела, тако да нема ни повратника ако такво лице поново учини кривично дело и

1. застарелост извршења казне и друге кривичне санкције (одређених мера безбедности).

Према дејству застарелости, разликује се:

1. релативна застарелост чији се рок може продужавати из законом предвиђених разлога и

2. апсолутна застарелост (чијим наступањем уопште се више не може покренути, нити окончати кривични поступак, нити извршити изречена казна или друга кривична санкција)<sup>25</sup>.

### 1. Застарелост кривичног гоњења

Застарелост кривичног гоњења наступа када се после истека законом одређеног времена од извршења кривичног дела<sup>26</sup> не може предузети кривично гоњење његовог учиниоца<sup>27</sup>. Ово је основ који има најшире дејство примене јер услед њеног наступања нема вођења, нити окончања кривичног поступка, па се учинилац кривичног дела не сматра осуђеним лицем (односно повратником у случају да поново изврши кривично дело). Време које треба да протекне да би наступила ова врста застарелости назива се рок застарелости<sup>28</sup>. Рок застарелости кривичног гоњења

<sup>25</sup> Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 256–259.

<sup>26</sup> Када дан и месец извршења кривичног дела није могуће утврдити, а позната је само година извршења, као датум извршења узима се онај датум који је за окривљеног најповољнији (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 106/92 од 24.1.1992. године).

<sup>27</sup> После ступања оптужнице на правну снагу, решење о обустави кривичног поступка због застарелости кривичног гоњења не може донети председник већа, већ само веће из члана 24. став 6. ЗКП или веће на главном претресу (решење Окружног суда у Београду Кж. 1321/2006).

<sup>28</sup> Институт застарелости познају многи инострани кривични закони : према члану 81. Кривичног закона Републике Хрватске застарелост је основ за немогућност примене кривичног закона

је различит за поједина кривична дела. Он зависи од врсте и висине у закону прописане казне за учињено кривично дело<sup>29</sup>. Ако је за кривично дело алтернативно или кумулативно у закону прописано више казни, за одређивање дужине овог рока је од значаја најтежа врста и мера прописане казне.

У члану 103. Кривичног законика (КЗ РС)<sup>30</sup> предвиђено је да се кривично гоњење не може предузети када протекне:

- 1) двадесет и пет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора од тридесет до четрдесет година,
- 2) двадесет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко петнаест година,
- 3) петнаест година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко десет година,
- 4) десет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко пет година,
- 5) пет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко три године,
- 6) три године од извршења кривичног дела за које се може по закону може изрећи казна затвора преко једне године и
- 7) две године од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора до једне године или новчана казна.

Рок застарелости кривичног гоњења почиње да тече од дана када је кривично дело извршено. Кривично дело је извршено (члан 16. КЗ РС) у време када је извршилац радио или био дужан да ради без обзира

---

због протека времена с тим што је најдужи рок застарелости 40 година; према чл. 78–79.б. немачког Кривичног законика застарелост је основ за искључење права на кажњавање и права на одређивање мере за учињено кривично дело с тим да је најдужи рок застарелости 30 година; према члану 90. Кривичног законика Републике Словеније најдужи рок застарелости је 50 година; према члану 107. Кривичног законика Републике Македоније најдужи рок застарелости је 30 година; према кривичном праву Босне и Херцеговине (чл. 14. КЗ БИХ, чл. 15. КЗ ФБИХ, чл. 15. КЗ БД БИХ и чл. 111. КЗ РС) најдужи рок застарелости је 35 година; према првој секцији осмог одељка Кривичног законика Републике Финске најдужи рок застарелости је осам година, док члан 83. Кривичног законика Руске Федерације одређује застарелост као основ за ослобођење од издржавања казне у вези са роком застарелости (са применом само на осуђена лица што значи да је аболација искључена) при чему је најдужи рок застарелости 15 година за најтежа кривична дела, док застарелост изречене смртне казне или казне доживотног затвора наступа када суд донесе одлуку по слободном уверењу

<sup>29</sup> К. Турковић et al., *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2013. године, стр. 119–121.

<sup>30</sup> Службени гласник Републике Србије број 85/2005. Више: Д. Јовашевић, *Кривични законик са уводним коментаром*, Београд, 2007. године, стр. 45–46.

на то кад је последица дела наступила. Уколико је последица кривичног дела наступила касније, застарелост кривичног гоњења почиње да тече од дана када је последица наступила<sup>31</sup>.

Код продуженог<sup>32</sup> и колективног кривичног дела рок застарелости кривичног гоњења почиње да тече од дана када је извршена последња радња која улази у састав конструкције продуженог, односно колективног кривичног дела.

Код трајног кривичног дела<sup>33</sup> застарелост почиње да тече од тренутка када је престало противправно стање.

За покушано кривично дело овај рок се одређује према року застарелости за свршено кривично дело. Рок застарелости за саучеснике рачуна се од дана када је саучесник радио или био дужан да ради (члан 16. став 2. КЗ РС).

У правној теорији<sup>34</sup> се истиче да постоји посебан вид застарелости за кривична дела која су извршена од стране млађег малолетника под условом да је у међувремену навршило 18 година живота (дакле, постало пунолетно лице). У случају да је то лице у међувремену навршило 21 годину не може му се судити за извршено кривично дело иако још увек није протекао законом предвиђени рок застарелости<sup>35</sup>.

## 2. Обуштава и прекид застарелости

Обуштава (мировање) застарелости<sup>36</sup> значи да услед дејства извесних околности кривично гоњење учиниоца кривичног дела не може отпочети или се не може наставити. За време постојања и дејства ових околности рок застарелости кривичног гоњења не тече, а када те окол-

<sup>31</sup> Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, оп.цит., стр. 76–77.

<sup>32</sup> Застарелост кривичног гоњења одвојено тече за сваку радњу која улази у састав продуженог кривичног дела (пресуда Врховног суда Војводине Кж. 8/81); Код продуженог кривичног дела време апсолутне застарелости кривичног гоњења се рачуна засебно за сваку кривичноправну радњу која улази у састав продуженог дела (пресуда Округног суда у Пожаревцу Кж. 99/2003).

<sup>33</sup> Код трајних кривичних дела застарелост кривичног гоњења почиње да тече од момента престанка противправног стања (решење Округног суда у Београду кж. 393/2001); Кривично дело недавања издржавања је трајно кривично дело које се врши у континуитету, па обавеза окривљене траје све до момента престанка законске обавезе издржавања, а наступање застарелости кривичног гоњења за неки период не утиче на постојање кривичног дела за радње за које је оглашена кривом, а за које није наступила застарелост (пресуда Врховног суда Србије Кж. 62/2003).

<sup>34</sup> Г. Марјановић, *Македонско кривично право, Општ дел*, Скопје, 1998. године, стр. 385.

<sup>35</sup> Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне Херцеговине, Општи дио*, Сарајево, 2005. године, стр. 380–383.

<sup>36</sup> Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Београд, 2011. године, стр. 98.

ности престану, рок се наставља тамо где је и престао наступањем ових околности. Постоје две врсте сметњи које доводе до обуставе застарелости. То су:

1. фактичке и
2. правне сметње<sup>37</sup>.

Фактичке сметње су околности стварне природе: окупација државе, ратно<sup>38</sup> или ванредно стање, стање непосредне ратне опасности, стање пожара, поплаве, земљотреса или епидемије опасне заразне болести, недоступност учиниоца кривичног дела надлежним државним органима итд.

Правне сметње су околности правне природе: душевно обољење учиниоца које наступи после извршења кривичног дела, имунитет учиниоца кривичног дела, претходно решење питања екстрадиције и др.

Ако је у извршењу кривичног дела учествовало више лица, обустава застарелости делује само према лицу на кога се односи сметња за кривично гоњење, док у односу на остала лица рок застарелости тече. Обуставом застарелости кривичног гоњења рок застарелости се повећава за онолико времена за колико је управо и трајало дејство околности које су је и проузроковале<sup>39</sup>.

Прекид застарелости значи да се услед дејства извесних околности рок застарелости прекида, тако да се престанком њиховог дејства рок не наставља, већ почиње поново да тече<sup>40</sup>. Два су основа која доводе до пре-

<sup>37</sup> П. Новоселец, *Опћи дио казненог права*, Загреб, 2004. године, стр. 107–110.

<sup>38</sup> Застарелост кривичног гоњења тече и за време ратног стања (решење Окружног суда у Београду Кж. 1073/2001).

<sup>39</sup> Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске, Општи део*, Бања Лука, 2012. године, стр. 218–221.

<sup>40</sup> Предлог јавног тужиоца да се окривљеном суди у одсуству представља процесну радњу тако да од тренутка стављања овог предлога застаревање кривичног гоњења почиње поново да тече (решење Окружног суда у Београду Кж. 390/90); Предлог војног тужиоца за предузимање одређених истражних радњи представља процесну радњу која прекида застаревање кривичног гоњења без обзира што је тужилац касније повукао тај предлог и након прикупљања потребних обавештења подигао непосредну оптужницу (решење Врховног војног суда К. 92/96); Када је између дана када је расписана потерница и дана када је учинилац притворен прошао релативан рок застарелости за то кривично дело, не може се сматрати да је наступио апсолутни рок застарелости јер предузете радње органа унутрашњих послова по расписаној потерници представљају континуирану делатност све до њене реализације (решење Окружног суда у Београду Кж. 543/96); Под процесном радњом којом се прекида релативна застарелост кривичног гоњења сматра се и позив суда приватном тужиоцу ради изјашњавања о његовом здравственом стању у намери даљег гоњења окривљеног пре заказивања главног претреса (решење Окружног суда у Београду Кж. 575/2001); Када истражни судија донесе наредбу о расписивању потернице, тада то представља процесну радњу која се предузима ради гоњења учиниоца кривичног дела и



кида застарелости кривичног гоњења (члан 104. КЗ РС). То су:

1. предузимање процесне радње<sup>41</sup> надлежног државног органа ради откривања кривичног дела или ради откривања и гоњења његовог учиниоца и

2. када учинилац за време док тече рок застарелости кривичног гоњења поново учини исто тако тешко или још теже кривично дело (тежина ових дела се процењује на основу законом прописане казне).

Будући да се услед дејства околности које доводе до обуставе или прекида застарелости, рок застарелости кривичног гоњења учиниоца кривичног дела може повећавати унедоглед, сва савремена кривична законодавства предвиђају апсолутну застарелост. Апсолутна застарелост значи немогућност кривичног гоњења која наступа када протекне дво-струко време које се по закону тражи за застарелост кривичног гоњења.

### 3. Застарелост извршења кривичних санкција

Застарелост извршења кривичних санкција значи да је против учиниоца кривичног дела окончан кривични поступак пред надлежним судом и да му је изречена казна или друга кривична санкција, али да се она услед протеча законом одређеног времена не може извршити<sup>42</sup>. То значи да се ово лице сматра осуђеним без обзира на то што му изречена казна потпуно или делимично може да застари. За наступање ове застарелости потребно је да је суд изрекао казну, али да се услед наступања одређених околности није приступило њеном извршењу или да је њено извршење услед дејства тих околности прекинуто.

---

иста има трајни карактер, па се тиме прекида застаревање (решење Окружног суда у Чачку Кж. 89/2005).

<sup>41</sup> У правној теорији нема јединственог схватања о појму процесне радње – да ли се она схвата само у објективном или у објективно-субјективном смислу (Г. Марјановик, *Македонско кривично право, Општ дел*, оп.цит., стр. 386).

<sup>42</sup> Приликом одлучивања о застарелости извршења казне под осудом се сматра само она казна изречена правноснажном пресудом, а не казна изречена касније у поступку ванредног ублажавања казне (пресуда Савезног суда Кзс. 25/2002); При одлучивању о застарелости извршења казне затвора узима се у обзир правноснажно изречена казна затвора, а не казна затвора која је смањена по Закону о амнестији (решење Врховног суда Србије Кж. 1674/2003); Када после донете одлуке о понављању кривичног поступка раније донета пресуда остане на снази у целисти, застарелост извршења изречене казне почиње да тече од дана правноснажности те раније пресуде, а не од дана правноснажности нове пресуде којом је ранија пресуда одржана на снази (решење Врховног суда Србије Кж. 791/2004); Застарелост извршења казне настаје у сваком случају када протекне двапут онолико времена колико се по закону тражи за то дело без обзира што је правноснажна пресуда осуђеног на казну затвора достављена установи за извршење кривичне санкције јер тим чином није започето издржавање казне затвора (пресуда Врховног суда Србије Кзз. 97/2004).

Рок застарелости извршења казне<sup>43</sup> рачуна се од дана правноснажности судске одлуке којом је казна или друга кривична санкција изречена (осим када је одлука о условној осуди опозвана, када тај рок почиње да тече од дана правноснажности одлуке о опозивању условне осуде). У теорији се као спорно поставља и питање да ли рок застарелости извршења изречене кривичне санкције почиње да тече моментом правноснажности судске одлуке или њене касније измене (путем ванредних правних лекова, амнестије или помиловања)<sup>44</sup>. Када се ради о стицају кривичних дела, тада је за овај рок застарелости меродавна јединствена казна изречена за сва учињена кривична дела. Дужина трајања рока застарелости извршења казне зависи од врсте и висине изречене казне.

Према члану 105. КЗ РС, предвиђено је да се изречена казна не може извршити када протекне:

- 1) двадесет пет година од осуде на казну затвора од тридесет до четрдесет година,
- 2) двадесет година од осуде на казну затвора преко петнаест година,
- 3) петнаест година од осуде на казну затвора преко десет година,
- 4) десет година од осуде на казну затвора преко пет година,
- 5) пет година од осуде на казну затвора преко три године,
- 6) три године од осуде на казну затвора преко једне године и
- 7) две године од осуде на казну затвора до једне године, новчану казну, казну рада у јавном интересу или казну одузимања возачке дозволе.

Застарелост извршења новчане казне и одузимања возачке дозволе (које су изречене као споредне казне) настаје када протекне две године од правноснажности пресуде којом су те казне изречене. Ако је актом амнестије или помиловања или одлуком суда по ванредном правном леку изречена казна смањена, тада се време које је потребно за наступање застарелости одређује према новоутврђеној казни, али се рок застарелости рачуна од дана раније правноснажне пресуде<sup>45</sup>.

Застарелост извршења мера безбедности: а) обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, б) обавезног психијатријског лечења на слободи, в) обавезног лечења наркомана,

<sup>43</sup> Ј. Лазаревић, *Нека питања везана за застарелост извршења казне*, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, број 2/1999. године, стр. 29–33.

<sup>44</sup> Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, оп.цит., стр. 80–81.

<sup>45</sup> Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио*, оп.цит., стр. 328–330.

г) обавезног лечења алкохоличара и д) одузимања предмета настаје кад протекне пет година од дана правноснажности одлуке којом су те мере изречене.

Застарелост извршења мера безбедности: а) забране вршења позива, делатности и дужности, б) забране управљања моторним возилом и в) протеривања странца из земље настаје кад протекне време за које су те мере изречене (члан 106. КЗ РС).

Интересантно је да Кривични законик ништа не говори о застарелости извршења изречене: а) мере одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом (што неки савремени кривични закони чине, као нпр. Кривични закон Републике Хрватске који у члану 85. изричито предвиђа да ова мера не застарева), б) мере безбедности забране приближавања и комуникације са оштећеним и в) мере безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама.

Према Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије из 2005. године<sup>46</sup> (члан 33) предвиђено је да се изречена казна малолетничког затвора не може извршити ако је протекло<sup>47</sup>:

- 1) десет година од осуде на малолетнички затвор преко пет година,
- 2) пет година од осуде на малолетнички затвор преко три године и
- 3) три године од осуде на малолетнички затвор до три године.

За остале санкције које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела (васпитне мере) Закон не предвиђа могућност наступања њихове застарелости будући да је код њих примењив принцип мутабилитета (члан 24) према коме се у законом предвиђеним случајевима по протеклу одређеног времена изречена васпитна мера може обуставити од извршења или заменити другом васпитном мером ако у међувремену она није извршена у целисти или делимично.

И коначно, Закон о одговорности правних лица за кривична дела Републике Србије из 2008. године<sup>48</sup> у члану 33. предвиђа да се изречена казна правном лицу као учиниоцу кривичног дела не може извршити када протекне:

- 1) три године од осуде на новчану казну и
- 2) осам година од осуде на казну престанка правног лица<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Службени гласник Републике Србије број 85/2005.

<sup>47</sup> Д. Јовашевић, *Малолетничко кривично право*, Ниш, 2011. године, стр. 178–181.

<sup>48</sup> Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

<sup>49</sup> Д. Јовашевић, *Корпоративно кривично право*, Ниш, 2012. године, стр. 109–110.

На сличан начин је одређено наступање застарелости извршења изречених мера безбедности правном лицу. Ова застарелост наступа кад протекне:

- 1) време на које је правном лицу изречена мера забране обављања одређених регистрованих делатности или послова,
- 2) пет година од изрицања мере безбедности одузимања предмета и
- 3) три месеца од изрицања мере јавног објављивања пресуде.

Према члану 107. КЗ РС, застарелост не тече за време за које се по закону извршење казне не може предузети (обустава застарелости извршења казне). До обуставе ове врсте застарелости доводе околности које предвиђа Закон о извршењу кривичних санкција за време чијег трајања овај рок застарелости не тече.

Прекид застарелости извршења казне<sup>50</sup> настаје предузимањем радње надлежног државног органа ради извршења казне: позив осуђеном лицу да се јави на издржавање казне, расписивање потернице за одбеглим осуђеним лицем итд<sup>51</sup>.

И коначно, апсолутна застарелост извршења изречене казне или мере безбедности наступа када протекне двоструко време које се по закону тражи за застарелост извршења казне. Она може да наступи и у току издржавања казне затвора<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Застарелост извршења казне прекида се радњом надлежног органа за извршење казни када су осуђеном упућени позиви ради извршења казне (решење Окружног суда у Београду Кж. 456/93); Када дође до прекида извршења казне затвора, застарелост се не може рачунати за део казне затвора коју осуђени није издржао, већ на казну на коју је био осуђен (решење Врховног суда Србије Кж. 597/97); Застарелост извршења казне затвора прекида се када се донесе пресуда којом је изречена јединствена казна затвора у коју је та раније изречена казна урачуната (пресуда Врховног суда Србије Кзп. 1674/2003); Застарелост извршења казне не тече (прекид застарелости) за време док се окривљени налази на издржавању казне по другој пресуди (решење Окружног суда у Београду Кж. 2069/2006); Достављање пресуде МУП-у ради извршења мере безбедности одузимања предмета, достављање пресуде Одељењу за извршење казни, као и давање налога да се по укидању притвора по другом предмету осуђени спроведе на издржавање казне затвора представљају радње које прекидају ток застарелости (решење Окружног суда у Београду Кж. 484/2009).

<sup>51</sup> М. Радвановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1975. године, стр. 331.

<sup>52</sup> З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2005. године, стр. 341–342.

## НЕЗАСТАРЕЛОСТ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

### 1. Међународни стандарди

Далеке 1974. године у Стразбуру је донета Европска конвенција о незастаревању кривичних дела против човечности и ратних злочина. Но, Република Србија ју је тек недавно ратификовала, чиме је преузела обавезу да своје национално кривично законодавство у овој области усклади, усагласи са релевантним европским стандардима о застарелости у кривичном праву<sup>53</sup>. Као циљеви доношења Европске конвенције о незастаревању кривичних дела против човечности и ратних злочина, како је то у преамбули наведено, наводе се да су државе чланице Савета Европе, потписнице Конвенције, с обзиром<sup>54</sup>:

1) на потребу да се заштити људско достојанство у време рата и у време мира,

2) да кривична дела против човечности и најозбиљније повреде закона и обичаја рата (ратни злочини) представљају озбиљно кршење људског достојанства,

3) забринуте за последицу да се обезбеди да казна за таква кривична дела није спречена застарелашћу у односу на гоњење или издржавање казне и

4) на основни интерес у промовисању заједничке политике у борби против криминала у овој области, циљ Савета Европе је да се постигне веће јединство његових чланова, преузеле обавезу да у свом националном законодавству предузму све неопходно потребне мере и радње како би се обезбедило да се институт застарелости неће применити на гоњење и кажњавање најтежих кривичних дела данашњице.

То су следећа кривична дела која су изузета од опште примене института застарелости кривичног гоњења или застарелости издржавања изречених казни за таква дела, уколико су кажњива према домаћем законодавству:

1) кривична дела против човечности предвиђена Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида, која је усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација 9. децембра 1948. године,

<sup>53</sup> Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори број 13/2010.

<sup>54</sup> Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, Сарајево, 2010. године, стр. 187–192.

2) кривична дела која се састоје у тешком кршењу женевских конвенција, где спадају:

а) повреде предвиђене у члану 50. Женевске конвенције о побољшању положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату из 1949. године, члану 51. Женевске конвенције о побољшању положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору из 1949. године, члану 130. Женевске конвенције о поступању са ратним заробљеницима из 1949. године и члану 147. Женевске конвенције о заштити грађанских лица за време рата из 1949. године и

б) свако слично кршење ратног права које се примењује у време када ова Конвенција ступа на снагу и обичаја рата који постоје у то време, који већ нису предвиђени у горе наведеним одредбама женевских конвенција, када одређена повреда која се разматра има нарочито озбиљан карактер из разлога фактичких или намерних елемената или због обима предвиђених последица и

3) било које друго кршење правила или обичаја међународног права које може у будућности да буде установљено и које се сматра упоредивим са наведеним међународним кривичним делима у ужем смислу<sup>55</sup>.

Заправо, Европском конвенцијом само је преузета обавеза раније успостављена на нивоу Организације уједињених нација, да државе у свом националном кривичном законодавству изузму одређена кривична дела и њихове учиниоце од примене института застарелости. Овакво решење засновано је на одредбама Међународне конвенције о непримењивању законске застарелости за ратне злочине и злочине против човечности коју је ОУН усвојила 1968. године (а тадашња СФР Југославија ратификовала 1970. године) и чије су одредбе инкорпорисане у новодонето кривично законодавство 1976. године. Одредбу сличне садржине предвиђа и члан 29. Статута сталног Међународног кривичног суда (Римског статута) из 1998. године.

## **2. Право Републике Србије**

Застарелост кривичног гоњења и извршења казне и других кривичних санкција представља општи институт кривичног права, па се примењује у односу на свако извршено кривично дело, на сваког учиниоца и у односу на сваку изречену кривичну санкцију. Од овог правила постоје два изузетка.

<sup>55</sup> Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, Ниш, 2011. године, стр. 212–214.

Први изузетак је општег карактера јер га предвиђа сам Кривични законик у одредби члана 108. КЗ РС. Према овом законском решењу, кривично гоњење и извршење казне не застаревају за следећа кривична дела<sup>56</sup>:

1. геноцид,
2. злочин против човечности,
3. ратни злочин против цивилног становништва,
4. ратни злочин против рањеника и болесника,
5. ратни злочин против ратних заробљеника,
6. организовање и подстицање на извршење геноцида и ратних злочина и

7. кривична дела за која по ратификованим међународним уговорима застарелост не може да наступи.

Значај ових решења за нашу државу је тим већи јер су последње године 20. века донеле на просторима Југоисточне Европе грађанске ратове и оружане сукобе<sup>57</sup> у којима је извршен велики број наведених међународних кривичних дела чији највећи број учинилаца још увек није изведен пред лице правде. На тај начин би се онемогућило да ова лица избегну примене казне за извршене тешке злочине против човечности и међународног права самом чињеницом да је од наведених дешавања протекло скоро две деценије.

Други изузетак када не наступа застарелост кривичног гоњења и извршења казне предвиђа Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима из 2013. године<sup>58</sup>. Према члану 5. став 3. овог закона застарелост не наступа када су према малолетним лицима извршена следећа кривична дела:

1. силовање,
2. обљуба над немоћним лицем,
3. обљуба са дететом,
4. обљуба злоупотребом положаја,

<sup>56</sup> Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010. године, стр. 278–281.

<sup>57</sup> Д. Јовашевић, В. Икановић, *Међународно кривично право*, Бања Лука, 2015. године, стр. 180–183.

<sup>58</sup> Службени гласник Републике Србије број 32/2013.

5. недозвољене полне радње,
6. подвођење и омогућавање вршења полног односа,
7. посредовање у вршењу проституције,
8. приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетних лица за порнографију,
9. навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама и
10. искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу.

## **ЗАКЉУЧАК**

Правилно је, законито и правично да сваки учинилац кривичног дела изађе пред лице правде и добије заслужену казну. На тај начин се најпотпуније остварује заштитна (гарантивна) функција кривичног законодавства – а то је заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара, вредности и интереса. Та се заштита остварује на два начина. То су: 1) прописивањем која су људска понашања забрањена и кажњива – дакле, прописивањем кривичних дела и 2) прописивањем врсте и мере кривичних санкција које надлежни судски органи изричу учиниоцима кривичних дела. Но, примена казне (или друге кривичне санкције) није примарни циљ кривичног законодавства, већ је то, заправо, утицање на грађане да се уздржавају од вршења кривичних дела и кршења закона, дакле њихово дисциплиновање да у свом животу и раду поштују норме позитивног правног поретка.

Но, ако је од извршења кривичног дела или изрицања судске одлуке о кривици његовог учиниоца прошло одређено, дуже или краће време, са основом се поставља питање о оправданости кажњавања у таквом случају, првенствено са аспекта правне сигурности грађана, али и ефикасности државних органа кривичног правосуђа. Стога сва савремена кривична законодавства као општи институт (који се, дакле, примењује на сва лица, у свим случајевима испуњења законских услова) предвиђају институт застарелости који се може јавити у два облика. То су:

- 1) застарелост кривичног гоњења (аболиција) и
- 2) застарелост извршења изречене кривичне санкције.

Но, из разлога правичности, сва законодавства на основу преузетих обавеза после потписивања и ратификовања релевантних међународних стандарда у универзалним (ОУН) и регионалним документима (у првом



реду актима Савета Европе) предвиђају изузетке од примене овог института.

То значи да за најтежа кривична дела данашњице, а то су кривична дела против човечности и међународног права (у првом реду за дела геноцида, злочина против човечности и ратне злочине) застарелост кривичног гоњења и кажњавања њихових учинилаца уопште не може да наступи. Идентично решење садржи и ново кривично законодавство Републике Србије, с тим што је каталог кривичних дела за која застарелост не може да наступи проширен и на кривична дела против полне слободе малолетника.

**Prof. Dragan Jovašević, L.L.D.**  
**Full professor**  
**Law Faculty, University of Niš**

## THE EXPIRATION IN CRIMINAL LAW

### *Summary*

*The general rule is that during the course of time any criminal act, the guilt of its perpetrator and the pronounced criminal sanctions expire. This means that after the expiration of a period defined by the law the state renounces its right to punish the perpetrator of a criminal act. Expiration is the general condition for suspension of all criminal sanctions provided for by the national criminal legislation. There are exceptions to this rule that are defined by universal and regional international documents. These are the cases when some criminal acts (international criminal acts in a narrow sense) do not expire. It means that the principle of universal applicability has been adopted for perpetrators of serious breaches of criminal law. This paper deals with the notion, characteristics, legal nature, contents and scope of application of the institute of expiration in the legislation of the Republic of Serbia to be in accordance with the international acts.*

**Key words:** *criminal act, perpetrator, criminal sanction, expiration, deadline, law, international standards*



**КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ  
– ИЗМЕЋУ МИТА И УТОПИЈЕ –**

**Др Саша Кнежевић\***  
**Др Горан Ђорђевић\*\***

***Апстракт:** Аутори у раду, полазећи од теоријских поставки и ретких примера судске праксе, проблематизују идеју о држави као субјекту кривичне одговорности. Овај приступ заснива се на вишеструком проблемском пољу, почев од проблема воље, могућности примене кривице на државу, али и проблема приписивања кривичних санкција које прате сваки облик утврђивања кривичне одговорности. Сагледава се и могућност утврђивања кривичне одговорности извршних органа.*

***Кључне речи:** држава, кривична одговорност, приписивање одговорности, државна воља*

## **1. Историјски осврт**

Питање кривичне одговорности правних лица присутно је од најранијих дана, истовремено са разматрањем кривичне одговорности физичких лица. За разлику од одговорности физичких лица, правна лица као субјекат кривичне одговорности и данас представљају предмет значајних полемика. Историјски развој оставио је недвосмислени печат на људско организовање, које оправдава диференцирање између организованих ентитета, како у погледу обављања делатности из свог домена, тако и у односу на вршење деликта. Свако правно лице, као и сваки облик организације који проистиче из организованог деловања, представљају својеврстан апстрактни ентитет, будући да своје деловање

\* Редовни професор Правног факултета у Нишу.

\*\* Адвокат у Нишу.

не врше непосредно, већ преко физичких лица. Овакав став проистиче из чињенице што правна лица немају своју свест и вољу, а тиме и њихова кривична одговорност постаје упитна категорија. На оваквим премисама је конструисана дуго времена владајућа теза *societas non potest delinquere* (друштво не може учинити кривично дело).

Хуго Гроцијус, у свом делу *De iure belli ac pacis*, развио је општу теорију о одговорности државе. Прокламовао је субјективно одређење одговорности, као радње особе, чије се деловање може приписати држави. Одговорност државе успостављена је сходно постојећим грађанскоправним деликтима. Основа Гроцијусове доктрине огледа се у постојању одговорности државе, у условима када се утврди узрочна веза између повреде права, настале штете и кривице државе.

У каснијем историјском развоју, позитивистичка школа је кренула другим правцем и одговорност је тражила кроз теорију аутолимитације државних воља. Константин Обрадовић наводи да се тек почетком XX века из волунтаристичко-позитивистичке школе ствара теорија о објективној одговорности или теорија о противправном чину, чији је креатор Дионизио Анзилоти<sup>1</sup>. За ово схватање одговорности карактеристична је поновна актуелизација принципа приписивања одговорности, која се овог пута јавља као последица међународног противправног чина (*fait illicite international*). Противправна радња, сагласно овом приступу, представља основ одговорности која се проширује на област кривице. Кривица постаје основни услов приписивања противправног чина држави, а тиме и њене одговорности. Иако су још антички и средњовековни писци (Платон, Цицерон, Августин) разматрали питање одговорности за повреду мира, одговорност држава остала је везана за личност владара.

Сами почаци кодификације међународног ратног права у оквиру Института за међународно право, у виду доношења Приручника о законима сувоzemног рата из 1880. године, чврсто су опредељени ка индивидуалној кривичној одговорности<sup>2</sup>. Четврта Хашка конвенција о законима и обичајима рата на копну из 1907. године, у члану 3. утврђује обавезу државе (у виду зараћене стране) на накнаду штете у случају повреде Правилника о законима и обичајима рата на копну. У односу на наведене акте који представљају израз оновременог стања у међународном праву, истински изузетак представља Резолуција о криминалитету напа-

<sup>1</sup> К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 37.

<sup>2</sup> З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999, стр. 42.

дачког рата и о организацији међународне репресије, усвојена од стране Интерпарламентарне уније 1925. године, која уводи кривичну одговорност држава<sup>3</sup>.

Статут Међународног војног суда у Нирнбергу изричито је на позицијама индивидуалне кривичне одговорности. У члану 6 прописује се: „Суд установљен Споразумом наведеним у члану 1, као суд за суђење и кажњавање главних ратних злочинаца земаља Европске осовине надлежан је да суди и кажњава лица која су, било као појединци, било као чланови организације извршили ма који од следећих злочина...“<sup>4</sup>. Пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу је децидирана: „Злочине против међународног права врше људи, а не апстрактна бића, и само кажњавањем појединаца који овакве злочине врше могу да се спроведу одредбе међународних закона“<sup>5</sup>. Закон број 10 Контролног савета за Немачку такође остаје на принципима индивидуалне кривичне одговорности, разрађујући одговорност службених лица и организација којима се утврђује злочиначки карактер. Међународни војни суд за Далеки исток такође се задржава на принципу индивидуалне кривичне одговорности са одређеним специфичностима. Током разматрања предлога Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида било је предлога (који су долазили од британских и француских представника) да се, уместо владара или јавних службеника, установи кривична одговорност државе за акте геноцида<sup>6</sup>. Усвојени текст Конвенције остао је на позицијама индивидуалне кривичне одговорности, с тим што је у члану 4 изричито утврђена одговорност државних руководиоца, службеника или појединаца. Одредба члана 9 односи се на тумачење, примену и извршење Конвенције. Тиме је прихваћена одговорност државе, с тим што се у смислу члана 9 одговорност државе односи на примену одредаба Конвенције, али не и на кривичну одговорност државе за саме акте геноцида. Јасно је да суђења у Нирнбергу, на супрот теоријским залагањима у периоду између два светска рата у коме се активно разматрала кривична одговорност државе, и каснија Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, престављају својеврсну рехабилитацију државе као могућег субјекта кривичне одговорности. Каснији захвати у

<sup>3</sup> Ibid., стр. 39.

<sup>4</sup> Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, Службени лист СРЈ, Београд, 1992, стр. 39.

<sup>5</sup> Ibid., стр. 58.

<sup>6</sup> Official Records of the General Assembly, Third session, Part I, Sixth Committee, Annexes, Doc. A/C.6/236.

виду Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба од 12. августа 1949. године<sup>7</sup> и Први допунски протокол о заштити жртава међународних оружаних сукоба<sup>8</sup> у члану 91, утврђујући обавезу државе на накнаду штете, остају на нивоу грађанске одговорности државе за повреду женевских норми. Конвенција о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности из 1968. године<sup>9</sup> такође се чланом 2 ограничава на појединце. Као још један од значајних подухвата наводи мо и Нацрт одредаба о одговорности државе из 1966. године, који иако није ступио на снагу, представља вредан покушај одређивања кривичног дела државе. У члану 19 став 2 дефинише се кривично дело као повреда обавезе, која је у тој мери битна за заштиту фундаменталних интереса међународне заједнице, да се њена повреда сматра кривичним делом“.

Крајем XX века, статути *ad hoc* судова за бившу СФРЈ и Руанду изричито су у свом непрепознавању кривичне одговорности држава. Статут Хашког трибунала у члану 6 прецизно одређује да: „Међународни суд има надлежност над физичким лицима, у складу са одредбама овог статута“, док се у члану 7 став 1 такође разрађује појединачна кривична одговорност. Хашки трибунал и Међународни кривични суд за Руанду следе традицију Међународног војног суда, прихватајући индивидуалну кривичну одговорност „шефа владе или одговорног државног функционера“. Куриозитет представља чињеница да саме одредбе Статута Хашког трибунала нису спречиле Трибунал да у појединим случајевима утврђује приписивост противправних радњи државама,<sup>10</sup> о чему сведочи поступање Хашког трибунала у предмету Тадић. Статут Међународног кривичног суда такође остаје чврсто на линији индивидуалне кривичне одговорности, с тим што у члану 25 став 4 изричито наглашава да „ниједна одредба овог Статута која се односи на индивидуалну кривичну одговорност не утиче на одговорност државе по међународном праву“. Извесну релативизацију у погледу одговорности примећујемо у члану 7 став 2 тачка и – злочин против човечности који „присилно нестајање физичких лица“ одређује као радњу која се предузима од стране државе или политичке организације, чиме се ипак шири круг субјеката одговорности и на државу и друге организоване ентитете.

Последњи покушај конституисања одговорности државе вредан пажње представља Нацрт чланова о одговорности држава за

<sup>7</sup> Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

<sup>8</sup> Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, број 16/78.

<sup>9</sup> Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, број 50/70.

<sup>10</sup> Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 146–162.

међународно противправне акте из 2001. године. Значај овог документа огледа се у дефинисању међународног противправног акта државе у погледу приписивости одређене радње држави, затим, у одређивању околности које искључују противправност, као и у погледу санкција које се намећу „одговорној“ држави. Указујемо да и овај акт не употребљава термин „кривично дело“, већ користи термине „тешке и систематске повреде“ или „озбиљне повреде фундаменталних интереса<sup>11</sup>“. Међутим, и у овом схватању налазимо примесе *stricto sensu* схватања приликом приписивања одговорности. О томе сведочи Анзилоти, који закључује: „Обичан догађај који је проузроковао штету, уколико није последица повреде дужности која проистиче из одређеног обавезивања, није довољан да се конституише у противправан чин, било зато што - имајући у виду још увек строго индивидуализирани карактер међународних односа – државе нису дужне да се уздрже од аката подобних да нанесу штету другим државама, сем у мери у којој су на то обавезане, било, пак, зато што међународне дужности, по правилу, немају садржину економске природе и што правно релевантна штета не може да се издвоји од прекршаја неког одређеног права<sup>12</sup>“.

Знатно касније, тек са кодификацијама и идејама које су се развиле у крилу ОУН-а, са Амадором креће процес раздвајања одговорности државе по основу противправног чина и одговорности по основу кажњивог дела кривичноправне природе. Комисија за међународно право дефинисала је противправни чин на следећи начин: „Постајаће међународни противправни чин државе: а) када се неко понашање које се састоји у чињењу или нечињењу може на основу међународног права приписати држави и б) кад а то понашање представља прекршај неке међународне обавезе такве државе<sup>13</sup>“.

## 2. Правна природа кривичне одговорности државе

Питање правне природе одговорности државе старо је колико и питање постојања деликта уопште. Упоредо са разматрањем одговорности државе, поставило се и питање врсте одговорности и применљивих

<sup>11</sup> Нацрт Конвенције усвојила је Комисија за међународно право на 53. седници, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10(A/56/10), новембар 2001, превод Београдски Центар за људска права, приредио В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – Збирка докумената*, Београд, 2005, стр. 210..

<sup>12</sup> К. Обрадовић, *op. cit.*, стр. 45.

<sup>13</sup> *Ibid.*, стр. 97.

санкција, полазећи од тога да природа одговорности директно условљава примену и врсту санкција. Анзилоти сматра да се однос одговорности исцрпљује у обавези да се да задовољење. Келсен и Гугенхајм су, полазећи од принуде као основе међународног поретка, указали на потребу принудне примене одређених санкција. У том смислу врста санкције зависи од природе и карактера самог противправног чина.<sup>14</sup> Аутори као што су Луј ле Фир, Анзилоти или Л. Х. Арехаги остају на становишту да одговорност државе представља, пре свега, одговорност за накнаду штете.<sup>15</sup> Може се поставити питање у којој мери су одредбе Конвенције примењиве на међународна кривична дела које узрокују кривичну одговорност? Карактеристике појединих кривичних дела, као што су геноцид или злочини против човечности, у тој мери указују да светски мир и безбедност човечанства уопште у првом реду, угрожавају саме државе својим ставовима и активностима, а не појединци<sup>16</sup>. Иако и сама Конвенција представља доказ несавршености међународног права, па и преовлађујућих друштвених и политичких околности у време њеног настанка, сматрамо да су одређене одредбе Конвенције примењиве и са становишта кривичне одговорности. У том смислу указујемо на везу коју успоставља Конвенција и са међународним кривичним делима, а која омогућава њену примену и на расправе о кривичној одговорности. У члану 49 одређене су одговарајуће противмере које оштећена држава може предузимати у односу на одговорну државу.

С циљем утврђивања постојања кривице, посебно одговорности државе, као неминовност се јавља питање државне воље. Појам државне воље, не само да је значајан са аспекта утврђивања виности, већ је од значаја и за утврђивање државне личности. Келсен истиче да државна личност представља „супстрат државне воље“<sup>17</sup>. С друге стране, утврђивање државне воље подразумева постојање државе као личности. Сматрамо да држава поседује субјективитет. Међутим, питање субјективитета државе не само да се не може изједначити са личношћу државе, већ се може поставити питање постојања државне личности уопште. Ендрју Винсент истиче: „Погрешно је посматрати државу, као личност која постоји по себи. То је правни мистицизам. Држава нема властито унутрашње биће, него је оруђе које се може употреби-

<sup>14</sup> Ibid., стр. 75.

<sup>15</sup> З. Вучинић, *op. cit.*, стр. 24.

<sup>16</sup> Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Ниш, 2011, стр. 156.

<sup>17</sup> Х. Келсен, *op. cit.*, стр. 151.



ти у одговарајућим ситуацијама<sup>18</sup>. Полазећи од оваквог става, можемо приступити приписивању радњи дела држави, што само по себи не значи њену кривичну одговорност. Стога, постоји искључива одговорност за деликт, која се огледа у виду разнородних облика репатријације, не искључујући кривичну одговорност појединаца.

Поставља се питање момента настанка државне воље, имајући у виду конкретне радње великог броја државних органа који учествују у њеном креирању и то законодавних, извршних или судских органа. Полазећи од наведеног, тешко је уопште говорити о постојању државне воље, пре него што буде остварена реализација физичких аката индивидуалне воље, будући да се „као државна воља спознаје индивидуална психичка воља оних људи који својим вољним актима опскрбљују сврху државе.<sup>19</sup>“ На другој страни су схватања која деловање свих државних органа без обзира на принципе поделе власти, сматрају као деловање државе<sup>20</sup>. Наведена схватања свој израз добила су у Нацрту Конвенције о одговорности државе за међународне противправне акте<sup>21</sup>.

Сва теоријска схватања која иду у прилог кривичној одговорности државе полазе од чињенице да државна власт предузима радње које се као такве могу приписати држави. У основи одговорности државе стоји јединство државних органа и институција, као и физичких лица, која у својству државних органа или репрезентативних представника државе предузимају радњу кривичног дела. Сва наведена схватања проблем државне воље свODE на индивидуалне воље појединаца, који делују у својству државних органа или представника државе. Међутим, наведена схватања не дају одговор на питање како се индивидуалне воље појединаца тј. физичких лица транспортују на државу, и које омогућавају кривицу државе као субјекта одговорности за кривична дела.

Једини критеријум који наведена схватања нуде јесте да се ради о државним службеницима, другим релевантним представницима државе или лицима који *de facto* представљају државу. Овом критеријуму често се додаје и чињеница да је сама радња дела предузета употребом механизма моћи, којима располаже држава. С једне стране, постоји индивидуална воља и појединачна радња физичког лица који припада државном механизму, а, с друге стране је држава као таква, коју са радњом

<sup>18</sup> Е. Винсент, *Теорије државе*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 19.

<sup>19</sup> Х. Келсен, *op.cit.*, стр. 158.

<sup>20</sup> С. Аврамов, М. Крећа, *op.cit.*, стр. 107.

<sup>21</sup> З. Вучинић, *op.cit.*, стр. 18.

физичког лица повезује само чињеница да је радња дела предузета уз помоћ или уз употребу државних механизма силе или моћи. Одговорност државе се тражи у приписивању радњи појединаца држави, путем којих се индивидуалне воље третирају у основи као еменација државне воље, а потом и као државна воља сама по себи.

Келсен чак прави разлику у погледу утврђивања државне воље између законодавних активности (који за последицу имају стварање државне воље) и активности извршних органа, јер се воља извршних органа мора кретати у оквиру државне воље која је омеђена законодавном активношћу. У том смислу, поставља се питање да ли се поступање извршних органа, не само појединаца, може сматрати реализацијом државне воље. Илустрације ради, у предмету Ојданић и др., Хашки трибунал је утврдио постојање заједничког злочиначког подухвата, у коме су учествовали сви окривљени, користећи државне механизме. Кршење закона и обичаја рата представљало је део заједничког плана уклањања цивилног становништва. Са аспекта приписивости, указујемо на чињеницу да је у исто време од стране правосудних органа (цивилних или војних судова) покренуто више стотина кривичних поступака због разних прекршаја и кривичних дела против одговорних лица због кршења закона и обичаја рата<sup>22</sup>. То доказује да и разни државни органи могу поступати различито у погледу односа према радњи дела, што свакако релативизује, додаћемо и компромитује, сва теоријска и нормативна решења, која сваку радњу било ког државног органа сматрају довољном за приписивање одговорности држави.

### **3. Одговорност извршних органа у контексту одговорности државе**

Историјски развој идеје кривичне одговорности организованих ентитета омогућава расправу о одговорности извршних органа правних лица. Ова могућност надвладава аргументе о апстрактном карактеру правних лица, поједностављује процес идентификовања кривично одговорних лица, омогућава избегавање расправа о карактеру правних лица и могуће оптужбе о колективној одговорности.

У том смислу, потребно је указати на закључак Међународног војног суда који није утврдио злочиначки карактер Владе Рајха, с

<sup>22</sup> И. Марковић, *Војска Југославије и Косово и Метохија 1998–1999. – примена правила међународног права оружаних сукоба*, Војска, Београд, 2001, стр. 117–122.

образложењем да су чланови Владе већ оптужени на основу индивидуалне кривичне одговорности, и то због доношења одлука и њиховог спровођења. На овај начин манифестована је могућност утврђивања кривичне одговорности извршних органа, који су у својим рукама имали моћ контроле, издавања наредби и ефективног поступања.

Један од протагониста одговорности владе као извршног органа био је Опенхајм. Он предлаже еквивалентан однос између објекта одговорности и одговорности извршне власти: „Једна интерпретација кривичне одговорности државе може, дакле, бити да видите појам као еквивалент кривичне одговорности владе. Док држава може бити аморални ентитет, владине организације чине препознатљивим појединце који имају моћ да чине зло у великим размерама, остављајући народ потиснут или неинформисан... Ово би имало исти ефекат као осуда државе, полазећи од чињенице да влада више нема легитимитет, избегавајући ризик осуде целокупног народа, чиме се омогућава да легитимна влада започне процес обнове. Санкције такође могу бити усмерене ка самој влади, као ентитету који представља државу<sup>23</sup>“. На истом трагу је и Дрост, који прихвата кривичну одговорност владе: „Криминогена држава је правно говорећи нелогична; криминогена влада, с друге стране, је правна реалност и изазов првог реда. Држава је аморална; влада је умногоме неморална. Кажњавање државе је истовремено легално и практично немогуће. Владе могу и треба да буду кажњене, уколико међународни поредак обезбеди могућност примене казнене политике.<sup>24</sup>“ Опенхајм описује акте који су приписиви државама преко владиних акција, или који су предузети од званичника или приватних лица који делују под контролом или наређењем владе, наводећи као пример апартхејд. Иако се одговорност државе и владе не могу поставити као еквивалент, видљиве су значајне разлике у погледу субјективитета...“. Сматрамо да се ова два ентитета, као потенцијални носиоци одговорности, разликују до мере да се може прихватити кривична одговорност само владе, али не и државе, и у том смислу се придружимо оваквим ставовима.

Уколико се вратимо на критеријуме и принципе одговорности на којима се темељи одговорност правних лица, видећемо да је ова подела потребна и пожељна. На ово нас упућује и Статут Међународног кривичног суда, који подразумева одговорност за злочине против човечно-

<sup>23</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of states for international crimes*, Oxford University Press, 2005, p. 70.

<sup>24</sup> P. N. Drost, *The crime of state: penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples 1: Humanicide - international governmental crime against individual human rights*, Leyden, 1959, p. 305.

сти (члан 7), између осталог, и за нападе на цивилно становништво, као деловање које је проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације која је својим програмом подстрекавала да се такво дело изврши“ (став 2 тачка а). Одговорност постоји и код дела апартхејд (члан 7 став х), који „поступци који уживају подршку одређеног режима, а намењени су његовом даљем одржавању“, као и код дела „присилно нестајање физичких лица“ (став 2 тачка и) које подразумева „хапшење, затварање или отмицу лица од стране државе или политичке организације, односно предузетих са њиховим одобрењем, односно уз њихову подршку, при чему држава, односно политичка организација одбија да да информације о лишењу слободе или информације о судбини или боравишту тих лица...“<sup>25</sup>.

Говорећи о одговорности државе, указујемо на још једно проблемско поље. То је случај одговорности државе, у условима када држава не функционише или нема контролу над својим субјектима, без обзира на то да ли је реч о територији, делу територије, становништву или у условима подела, грађанског рата и сл. На првом месту, поставља се питање легитимитета такве државе да буде носилац суверене власти, па и кривичне одговорности. Држава, као субјект међународног права, свој субјективитет заснива на више критеријума. То су: способност да учествује у правним односима (правна способност), способност да у међународном праву производи одређене правне последице (пословна способност), одговорност за кршења права (деликтна способност), способност покретања поступка и учешћа у поступцима ради заштите својих права (процесна способност). Међутим, у реалном животу, посебно у условима оружаних сукоба, који по правилу представљају плодно тло за вршење међународних кривичних дела, често се као активни субјекти могу јавити и квазидржавни ентитети или „субјекти слични државама“, којима међународно право признаје изванредноправни субјективитет<sup>26</sup>. Мисли се на различите облике организовања, који укључују критеријуме као што су: територија, власт, становништво, чак и могућност ступања у односе са другим државама (која је по правилу резултанта политичке одлуке) – као што су то непризнати режими, устанички и ослободилачки покрети, али и „пропале или недовршене државе“<sup>27</sup>. Полазећи од наведених чињеница, поставља се питање у којој мери се овакве *de facto* творевине могу јавити као субјект кривичне одговор-

<sup>25</sup> Службени лист СРЈ – Међународни уговори, број 7/2002.

<sup>26</sup> Б. Кривокапић, *Државе као субјекти међународног права*, Правни живот, број 13/2008, Београд, стр. 603–611.

<sup>27</sup> *Ibid.*, стр. 603–611.

ности полазећи од чињенице да још увек не представљају државу, али су подједнако далеко и од других облика организованих ентитета.

#### 4. Проблем приписивања радње дела држави

Правна теорија не даје одговор на питање о могућности приписивања одговорности држави, у условима када једна држава (или организовани ентитет) ставља своје органе другим властима, тј. властима друге државе или квазидржавног ентитета на располагање. У овим случајевима, органи једне државе, иако припадајући органи те државе, не иступају у име и за рачун државе „уступиоца“, већ у име и за рачун других власти. Овакве хипотезе отварају низ других питања, као што су: контрола, финансирање, могућност утицаја, могућност спречавања дела итд. Сматрамо да у овом случају питање приписивости не зависи од самих органа (или појединаца) уколико желимо да останемо на трагу Конвенције. Могућност приписивања морала би се тражити у сферама односа између саме државе „уступиоца“ и друге јавне власти, с тим што је потребно доказати намеру употребе органа друге државе и евентуалног пристанка државе „уступиоца“ на такву употребу. Овакве празнине отварају велике и подједнако опасне могућности приписивања одговорности државама, које не учествују директно у радњама кривичних дела.

Из тих разлога, сматрамо да је и у случајевима када се приписивање врши на основу критеријума контроле, неопходно да се могућност контроле испитује од случаја до случаја, и да овај принцип не сме да трпи било какве изузетке. У супротном, уколико се могућност контроле посматра у целини или *an generale*, велике су могућности да се приписивање врши путем интерпретације историјских или геополитичких амбиција или планова. Такав пример налазимо у пракси Хашког трибунала, који закључује: „Држава која врши контролу је први сусед држави у којој се одвијају сукоби, који улазе у политику која тежи да оствари експанзионистички план. У овом случају, генерална контрола је довољна да тужена страна буде реално и ефикасно умешана у активно дејство различитих српских снага које су оперисале на територији Босне и Херцеговине<sup>28</sup>“.

Овакав закључак омогућава лако приписивање одговорности. На потпуно супротном стандарду закључивања је Међународни суд правде

<sup>28</sup> Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 138–139.

у предмету Никарагва против САД. Овај суд радње обуке, финансирања, организовања, снабдевања и опремања не сматра довољним основом за приписивање одговорности, већ захтева као стандард приписивања „ефективну контролу над војним и паравојним операцијама током којих су наводне повреде учињене“<sup>29</sup>. Очигледно је да Међународни суд правде захтева додатни услов за приписивање, а то је ефективна контрола на војним и паравојним операцијама, које се предузимају, у оквиру временског периода, а које су исходиле повреде правних норми. Уколико узмемо у обзир услов “контроле над војним операцијама“, јасно је какав квалитет ефективне контроле се захтева. Овај предмет је значајан зато што је Међународни суд правде одредио критеријуме за приписивост одговорности на више нивоа: 1. да ли су у питању државни органи или 2. да ли су под ефективном контролом државе (односно, да ли их држава плаћа, да ли координише и надгледа њихове акције и да ли им издаје посебна упутства за сваки противправни акт).

Приликом одлучивања, суд је одредбе о приписивости примењивао *stricto sensu*: „...Учешће (...) Сједињених Држава, чак иако је премоћно или одлучујуће у финансирању, организовању, обуци, снабдевању и опремању Контри, избору војних или паравојних циљева, планирању операција у целини, је, према доказима којима Суд располаже, још увек само по себи недовољно, да би се акти које су починиле формације Контре током војних или паравојних операција у Никарагви приписали Сједињеним Државама. Сви горе поменути облици учешћа Сједињених Држава, па чак и општа контрола тужене државе над снагама које су биле у високом степену зависности од ње, не би сами по себи, без додатних доказа, значили да су Сједињене Државе наредиле или приморале на извршење дела супротних људским правима и хуманитарном праву, које наводи држава тужилац. Та дела су припадници Контре могли лако починити изван контроле Сједињених Држава. Да би се говорило о правој одговорности Сједињених Држава, требало би, у принципу, доказати да је та држава имала ефективну контролу над војним и паравојним операцијама током којих су наводне повреде почињене“<sup>30</sup>.

Питањима приписивања радње дела држави бавио се и Хашки трибунал, који је изнео критички осврт према закључцима Међународног суда правде у предмету Никарагва против САД, заснивајући критике

<sup>29</sup> Пресуда Међународног суда правде у предмету Никарагва против САД, Извештаји Међународног суда правде, 1986, параграф 109, 115.

<sup>30</sup> Наведено према М. Сасоли, А. Бувије, *Како право штити у рату? Случајеви и документа*, Међународни комитет Црвеног крста, Београд, 2003, стр. 48.

на разликовању (у предмету Никарагва) између индивидуалне кривичне одговорности и одговорности државе, покушавајући да одговорност државе изједначи са индивидуалном кривичном одговорношћу починиоца и одбацујући „тест зависности и контроле“ као неадекватан одговор у односу на постављени тест „агентуре“ и „ефективне контроле“<sup>31</sup>. Хашки трибунал у предмету Тадић, разматрајући „услове под којима се може сматрати да оружане снаге које се боре против централних власти исте државе у којој живе и делују, заправо делују у име друге државе“<sup>32</sup>. Указујемо на то да куриозитет овог случаја представља деловање оружаних формација у односу на централну власт које имају домицилни карактер, али које делују у име друге државе. Видимо да је Хашки трибунал у овом случају третирао радње оружаних формација као деловање у име друге државе, а не као радња побуњеничког покрета у смислу члана 10 Нацрта чланова о одговорности држава. Касније Хашки трибунал одређује предмет разматрања као одговорност државе по основу „неке мере“ контроле над починиоцима,<sup>33</sup> чиме се удаљава од првобитно постављеног питања које се заснива на *de facto* чињењу. С циљем утврђивања одговорности за радње *de facto* органа, Хашки трибунал је могућност приписивања разматрао кроз утврђивање следећих чињеница: 1) да ли појединци или неорганизоване војне групе поступају по посебним упутствима државе или по њеном накнадном одобрењу; 2) контролише ли држава у целини оружане групе или неорганизоване војне групе и 3) да ли се појединци понашају као државни органи у оквиру неке структуре државе<sup>34</sup>. Основна тенденција Хашког трибунала била је напуштање принципа ефективне контроле *stricto sensu*, који је прихватио Међународни суд правде у предмету Никарагва, уз одбацивање критеријума високог прага контроле. Хашки трибунал закључује: „Степен контроле може, међутим, варирати зависно од чињеница и околности сваког појединог случаја. Жалбено веће не види зашто би у свим замисливим околностима међународно право захтевало високи праг контроле. Напротив, могуће је раздвојити различите ситуације“<sup>35</sup>.

Наведеном релативизовању ставова у предмету Никарагва додатно је допринео закључак Хашког трибунала, који захтева само „оп-

<sup>31</sup> Пресуда Жалбеног већа МКСЈ у предмету Тадић, параграф 112.

<sup>32</sup> Ibid., параграф 91.

<sup>33</sup> Ibid., параграф 96.

<sup>34</sup> Ibid., параграф 98.

<sup>35</sup> Ibid., параграф 117.

шту контролу над групом као целином<sup>36</sup> не улазећи у однос државе и појединаца – починилаца дела. Хашки трибунал основ за ово тумачење налази у одредбама члана 10 Нацрта одредаба о одговорности држава и закључује: „Уопштено говорећи, може се тврдити да је читав корпус међународног права и одговорности држава заснован на прагматичном схватању одговорности, које се не обазире на правне формалности, него му је циљ обезбедити да државе које неке функције повере појединцима или групама појединаца одговарају за њихова дела, чак и када су она супротна упутствима које је издала држава<sup>37</sup>“. Посебно је споран закључак Хашког трибунала: „Праг се може лакше установити, ако је држава која врши контролу уједно суседна држава са територијалним претензијама према држави у којој се одвија сукоб, при чему држава која врши контролу покушава остварити територијално повећање путем оружаних снага које контролише<sup>38</sup>“. Овим закључком, Хашки трибунал омогућава да се приписивање одговорности држави заснива на искључиво политичким критеријумима, као што су: „територијалне претензије“ или „територијално повећање“, као политичким циљевима који не морају да буду јавно објављени. Овако широко постављен тест приписивања одговорности захтева од суда, између осталог, да крене у процес утврђивања геополитичких, историјских и политичких циљева државе којој се приписује одговорност<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Ibid., параграф 120.

<sup>37</sup> Ibid., параграф 121.

<sup>38</sup> Ibid., параграф 140.

<sup>39</sup> Карикатуралне размере оваквог приступа видљиве су у делу пресуде Жалбеног већа Хашког трибунала у предмету Тадић, у коме се однос зависности подобан за приписивање одговорности доказује улогом органа Савезне Републике Југославије при закључивању Дејтонског и Париског мировног споразума 1995. године, као и каснијим политичким разлазом између политичких вођстава Савезне Републике Југославије и Републике Србије, те саставима делегација и преписком руководства СРЈ са земљама учесницима мировног процеса. Хашки трибунал закључује: „Ех пост факто потврду чињеница да је кроз више година (у сваком случају између 1992. и 1995. године) Савезна Република Југославија вршила општу контролу над Републиком Српском у политичком и војном домену могуће је наћи у процесу преговора и закључењу Дејтонско-париског споразума 1995. године. Наравно, склапање Дејтонско-париског споразума 1995. године не може представљати непосредан доказ о природи везе која је постојала између војске босанских Срба и војске СРЈ након маја 1992. године, и стога нипошто нема одлучујућу важност за питање контроле у том периоду. Ипак, Дејтонско-париски споразум може се посматрати као врхунац дугог процеса. Тај процес је изискивао дијалог са свим политичким и војним снагама које су вршиле стварну власт на терену (било *de facto*, било *de iure*), као и сталну спремност да се реагује на промењиву војну и политичку ситуацију тих снага. Политички процес који је кулминирао Дејтоном, почео је убрзо након избијања непријатељстава и трајао је током кључног периода који овде разматрамо. У оној мери, у којој је обим тог процеса одраз стварне структуре моћи која је постојала у Босни и Херцеговини током читавог сукоба. Дејтонско-париски споразум омогућава нарочит увид у политичку, стратешку и војну стварност која је владала у Босни и



## 5. Кривична одговорност државе и санкције

Свака кривична одговорност подразумева изрицање одговарајућих санкција. У разматрању кривичне одговорности држава, питање кривичних санкција представља посебно важно питање.

У време након Првог светског рата, са установљавањем Лиге народа, предузимају се прве радње ка утврђивању мера против оних земаља које прекрше Конвенцију Лиге народа из 1919. године. У Пакту Друштва народа санкције су предвиђене у члану 16<sup>40</sup>. На примену мера није се дуго чекало. Након напада Италије на Етиопију, Координациони комитет Друштва народа је 1935. године предложио примену четирију врста санкција: ембарго оружја и ратног материјала, забрану финансирања и уопште спровођења финансијских трансакција са Италијом, забрану увоза из Италије и забрану извоза у Италију одређених врста производа који су могли да олакшају вођење рата<sup>41</sup>. У члану 16 Конвенције указује се на санкције, које у овом документу више фигурирају као мере на готово идентичан начин као и мере из члана 41 Повеље ОУН, а које се односе на употребу војних и ваздушних снага чланова Лиге народа. Иако се и у овом случају водила полемика о томе да ли је реч о кривичним санкцијама<sup>42</sup>, сматрамо да се и у овом случају, као и у случају мера из члана 41 Повеље ОУН ради, пре свега, о мерама, а не о кривичним санкцијама. С циљем сагледавања санкција против држава од-

---

Херцеговини до 1995. године, укључујући мај 1992. године. Чињеница да је од 04.08.1994. године СРЈ, чини се, прекинула подршку Републици Српској јер југословенско вођство није имало поверења у Републику Српску, није без значаја. У ствари, тај „раскид веза“ управо наглашава висок степен опште контроле Савезне Републике Југославије над Републиком Српском јер је убрзо након повлачења подршке Савезне Републике Југославије, Република Српска увидела да нема много избора осим да се повинује власти СРЈ. Стога, Дејтонско-париски споразум може индиректно осветлити стварно стање командовања и руковођење војском босанских Срба, која је постојала у време кад је наизглед прекинута веза између Војске Републике Српске и Војске Југославије, а може помоћи и у оцени да ли је након тога СРЈ наставила да контролише војску Босанских Срба.“, Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 157–160.

<sup>40</sup> „Ако један члан друштва прибегне рату противно обавезама које је узео на себе по чл. 12, 13 или 15, сматраће се да је он *ipso facto* извршио ратни злочин против свих других чланова Друштва. Ови се обавезују да са њим одмах прекину све трговачке и финансијске везе, да забране све односе између својих држављана и држављана државе која је раскинула овај Пакт и да обуставе сва финансијска, трговачка или лична општења између држављана ма које друге државе, било да је она члан Друштва или не“, Љ. Аћимовић, *Санкције Уједињених нација: Искуства и дилеме у постхладноратовској ери међународних односа*, Југословенска ревија за међународно право, 1-3/1995, Југословенско удружење за међународно право, Београд, 1995, стр. 44.

<sup>41</sup> М. Сукијасовић, *Међународна кривична одговорност за агресију*, објављено у Ђорђе Лопичић, *Међународно кривично право*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 380.

<sup>42</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of states for international crimes*, op. cit., p. 12.

говорних за међународна кривична дела, указујемо да су одговорност Немачке, као и одговарајуће репарације биле утврђене још на Кримској конференцији. Касније, тзв. Потсдамском декларацијом, отишло се корак даље и предвиђена је потпуна „денацификација“ Немачке. У том правцу су се кретали и предлози за лишавањем суверенитета Немачке и потпуном окупацијом Немачке, као што је био предлог Донедијеа де Вабреса, француског члана Међународног војног суда у Нирнбергу<sup>43</sup>. Повеља ОУН у члану 41 одређују санкције у виду „потпуног или делимичног прекида привредних односа и железничких, поморских, ваздушних, поштанских, телеграфских, радиографских и других саобраћајних средстава, као и прекид дипломатских односа“, да би тек у члану 42 била утврђена могућност употребе оружаних снага.

Питање правне природе одговорности државе може се посматрати и са аспекта правне природе санкције. Наведени став представља опште место чак и за Хашки трибунал. У предмету Блашкић, Хашки трибунал закључује: „По међународном праву, државе не могу бити подвргнуте санкцијама, попут оних које предвиђају национални кривичноправни системи<sup>44</sup>“. Имајући у виду појам државе као правног лица са одређеним субјективитетом, који је различит од субјективитета свих осталих организованих ентитета, јасно је да су једини примењиви облици санкција накнада штете – која не спада у домен кривичноправног кажњавања, као и мере као што су стигматизација државе или ускраћивање других права у међународној заједници, што је садржано и у Повељи ОУН (члан 41). Симпсон као доказ „кривичних санкција против државе“ наводи мере као што су лишавање права и имунитета, промена статуса, примена санкција и трајан надзор или мере које је донео Савет безбедности према Ираку, у виду размештања војних посматрача, надгледања уништавања хемијског и биолошког оружја, неспорне контроле нуклеарних капацитета, па и економске санкције<sup>45</sup>. Аутори као што су Дан (Dahn), као и Милан Бартош, мерама које су предвиђене чланом 42 Повеље ОУН-а такође приписују кривичноправни карактер<sup>46</sup>. С друге стране, Смиља Аврамов сматра да се санкције које се могу предузети од стране ОУН-а, укључујући и војне мере, не могу подвести под појам кривичне одговорности, јер се ради о мерама које имају за циљ успостављање мира, те да

<sup>43</sup> , Ibid., p. 26.

<sup>44</sup> Пресуда Претресног већа МКСЈ у предмету Блашкић, параграф 250.

<sup>45</sup> Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе – неравноправни суверени у међународном правном поретку*, Београдски центар за људска права, Београд, 2008, стр. 310.

<sup>46</sup> З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op. cit., стр. 36.

се цео поступак изрицања санкција не води пред правосудним органима, већ пред политичким органима као што су Савет безбедности или Генерална скупштина, тако да се ради о политичкој одговорности<sup>47</sup>.

Имајући у виду опште елементе кривичних санкција, закључујемо да у постојећим нормативним оквирима не можемо да говоримо о кривичним санкцијама против државе као субјекта кривичне одговорности, и то како са аспекта органа који изриче кривичне санкције, тако и са аспекта специфичности државе као објекта на који се примењују кривичне санкције. С друге стране, остаје јасно да се у постојећим оквирима не може говорити о кривичним санкцијама против држава, него о предузимању одређених ретрибутивних мера, које су ближе грађанскоправној одговорности за међународни деликт. Зато се оне данас јављају искључиво као мере које изриче ОУН<sup>48</sup>, које ипак немају атрибуте међународне правосудне институције, иако поједини аутори резолуције Савета безбедности, донете након терористичких напада 2001. године, виде као реакцију Савета безбедности „која се креће у правцу кривичноправног приступа, а не у правцу колективне безбедности<sup>49</sup>“. Говорећи о санкцијама као изразу и последици кривичне одговорности држава, осим изнетог става о природи могућих кривичних санкција, указујемо на то да је тешко и у начелу прихватити постојеће кривичне санкције као показатеље или примере санкција које би се примењивале према државама. Уосталом, и Нацрт Конвенције о одговорности државе у члану 45 утврђује само „право оштећене државе да добије сатисфакцију, што не укључује захтеве који би нарушили достојанство државе која је извршила повреду међународног права“. Имајући у виду унутрашњу структуру ОУН-а и одредбе Повеље ОУН-а, сматрамо да се мере ОУН-а (без обзира да ли је реч о колективним мерама или принудним мерама из чл. 41 и 42 Повеље ОУН-а) не могу третирати као кривичне санкције. У том смислу, тешко је прихватљив закључак да се мере блокаде могу поистоветити са класичним кривичноправним санкцијама, чији је смисао у лишењу слободе, као што је затвор<sup>50</sup>.

Постојећа решења не пружају основ за квалификовања система санкција као кривичноправних санкција. Реч је о мерама које се

<sup>47</sup> С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, *op. cit.*, стр. 106.

<sup>48</sup> ОУН је у својој историји више пута уводила разне облике санкционисања држава: Родезија (1966), Иран (1980), Јужна Африка (1986), Ирак (1990), Савезна Република Југославија (1992), Либија (1992), Либерија (1993).

<sup>49</sup> Г. Симпсон, *op. cit.*, стр. 351.

<sup>50</sup> З. Вучинић, *op. cit.*, стр. 90.

предузимају од стране ОУН-а, чак и када подразумевају војно ангажовање у смислу одредаба чл. 41 и 42 Повеље ОУН-а, или примену колективних мера ОУН-а, односно када се оне предузимају од стране појединих међународних организација у форми тзв. „хуманитарних интервенција“, у којима питање легитимитета додатно оптерећује и компромитује, не само поступак утврђивања одговорности (који по правилу изостаје), већ и општу идеју права. Уопштено говорећи, поставља се питање које мере би се могле сматрати кривичним санкцијама против државе, која је одговорна за међународна кривична дела. Уколико апстрахујемо мере ретрибутивне природе (које се налазе у корпусу грађанскоправне одговорности), као мере које стоје на располагању ОУН-а, као једина делотворна санкција за међународна кривична дела попут геноцида, агресије или злочина против човечности јавила би се делегитимизација државе,<sup>51</sup> како истиче Вин Чао Ли. Слободни смо да закључимо да у условима одсуства универзалне јурисдикције сваки приговор легитимитета, не само да је основан, већ омогућава да се свако санкционисање одговорне државе може претворити у деловање једне или више држава против „одметничке“ државе.

### **Закључна разматрања**

Разматрајући идеју кривичне одговорности државе, видљиво је да је од почетка XX века присутан својеврстан конфликт између две теоријске школе у погледу схватања о одговорности државе – субјективистички и објективистички<sup>52</sup>. Разлике у схватањима заснивале су се на третирању извора одговорности државе. Наиме, поставља се питање да ли се одговорност заснива на противправном чину или једноставно на чињеници постојања штете која је узрокована противправним чином. Иако су постојали покушаји стварања компромисне теорије,<sup>53</sup> може се сматрати да објективистички приступ представља тенденцију, посматран на теоријском нивоу. Иако је карактеристика међународног права дуализам у погледу одговорности државе, почев од Анзилотија који је прокла-

<sup>51</sup> L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and philosophy-ASIL Studies in International Legal Theory*, op. cit., p. 13.

<sup>52</sup> И. Јелић, *Основ међународне одговорности држава за противправне акте физичких лица*, Зборник радова Правни живот – Право и међународне интеграције, Београд, бр. 13/2008, стр. 745.

<sup>53</sup> С. Аврамов, М. Крећа, op. cit., стр. 112.

мовао став о искључиво грађанској одговорности, у виду обештећења за противправне чине, до Келсена и Гугенхајма, који правни, па и међународноправни однос заснивају на санкцији, до данас нема сагласности о правној природи одговорности државе. Спорно је да ли је одговорност грађанскоправна или кривичноправна.

У том смислу, и Нацрт Конвенције о одговорности држава из 2001. године, иако представља напредак у кодификацији међународног права, и даље не даје одговоре на суштински значајна питања приписивања одговорности држави, као и уосталом о одговорности државе као субјекта међународног права за међународна кривична дела. Утисак је да је Нацрт Конвенције, у свом ентузијазму ка нормирању ове значајне области права, занемарио сву комплексност, не само државе као организованог ентитета, већ и фактичке услове у којима државе као субјекти међународног права функционишу, а који су у време глобализације и десуверенизације знатно другачији, и захтевају филигранску прецизност у установљењу и приписивању одговорности државе. У том смислу, одређивање радње државног органа, статуса државног органа, односа појединца и државног органа, радње државног функционера, те радње којом управља или коју контролише држава, уз усвајања специфичности карактера самих држава и унутрашњег уређења, захтевају посебну прецизност која треба да омогући њихову одговорност, али не по сваку цену. Вучинић, сагледавајући резултате историјског развоја идеје о одговорности државе, закључује да се овај процес завршио неуспехом. Гери Симпсон уопште идеју о кривичној одговорности државе, услед непостојања дефинисане процедуре, назива „грешком у категоризацији”<sup>54</sup>, полазећи од закључка да су државе једнаке, а концепт кривичног дела захтева неки облик хијерархије.

Многи теоријски приступи, који афирмативно говоре о идеји кривичне одговорности државе, заснивају се на чињеници да иза великог броја међународних деликата стоји држава. То је препознато и у најзначајнијим међународним правним актима. Сматрамо да овакав закључак јесте неспоран. Штавише, он своју потврду у највећој мери добија управо кроз међународна кривична дела, као што су геноцид, агресија или злочин против човечности. Међутим, утврђивање државе као субјекта међународног кривичног дела не омогућава аутоматски и одређивање државе као субјекта кривичне одговорности.

<sup>54</sup> Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе – неравноправни суверени у међународном правном поретку*, *op. cit.*, стр. 304.

Диференцијација између субјекта међународноправног односа и субјекта напада на међународноправни однос<sup>55</sup> представља неминовност.

Једно од најважнијих питања јесте постојање правосудне инстанце која би могла да цени „злочиначки“ карактер једне државе<sup>56</sup>. Спорно је да ли данашње међународно право уопште пружа могућност да један број држава (делујући кроз међународне кривичне судске инстанце) утврђује кривичну одговорност других држава. Ова идеја представља израз антиплурализма<sup>57</sup> у међународном праву, који се заснива на „практици да се успостављају правне разлике између држава, на основу њиховог спољашњег понашања или унутрашњих карактеристика<sup>58</sup>“. Слободни смо да закључимо да је и Статут Међународног кривичног суда устројен на овој антиплуралистичкој тенденцији.

Залагања дела правне теорије о увођењу кривичне одговорности држава заснивају се на оптимистичком схватању стања у међународној заједници, те улози и деловању ОУН. Насупрот томе, сматрамо да се стање у међународној заједници на почетку XXI века у већој мери заснива на равнотежи снага или чак на војним савезима, а не на систему колективне безбедности, који је једини у стању не само да креира механизам који би утврђивао кривичну одговорност држава, већ и извршио кодификацију кривичних дела и субјеката кривичних дела, међу којима би се нашла и држава. Штавише, постојећи систем није остварио свој циљ у виду успостављања мира, већ је ограничен на успоставу система равнотеже и (какве-такве) стабилности.

Сматрамо да ни предлози који кривичну одговорност државе заснивају на постојању санкција међународних организација, којима неки аутори, као што су Гари Симпсон<sup>59</sup> или Милан Бартош,<sup>60</sup> дају кривичноправни карактер, не пружају одговор на питање суштине кривичне одговорности држава. Најпре, указујемо да је погрешан пут који кривичну одговорност установљава, крећући се од санкција преко кривичног дела до одговорног починиоца, јер овакав приступ нарушава узроч-

<sup>55</sup> Б. М. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш, 2005, стр. 182.

<sup>56</sup> *Ibid.*, стр. 181.

<sup>57</sup> Гари Симпсон под антиплурализмом подразумева: „додељивање благодети суверености појединим државама на основу њиховог прихватања одређених стандарда понашања или на основу њихових моралних особина“. Наведено према Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе – неравноправни суверени у међународном правном поретку*, *op. cit.*, стр. 345.

<sup>58</sup> Г. Симпсон, *op. cit.*, стр. 11.

<sup>59</sup> *Ibid.*, стр. 310.

<sup>60</sup> З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, *op. cit.*, стр. 36.

но последични низ утврђивања постојања кривичног дела, а тиме и кривичне одговорности. С друге стране, истичемо аргументацију да и сама Повеља ОУН-а, као ни Пакт Друштва народа не употребљавају термин „санкција“ или „казна“, већ се употребљава генерички термин „мере“. Посебно указујемо на чињеницу да се мере доносе с циљем спречавања даљег поступања, а не за извршено дело које изискује изрицање казне, као и да се изричу од стране политичког органа као што је Савет безбедности, а не од стране правосудне институције. Куриозитет ових мера јесте да имају колективни карактер, за разлику од казне која проистиче из индивидуалне кривичне одговорности. Коначно, сврха ових мера није кривичноправно кажњавање на основу репресивног деловања казне, већ су оне усмерене на привремени прекид противправног понашања.

Проблемско поље за утврђивање кривичне одговорности држава је веома широко, и заснива се на елементарним условима кривичне одговорности, које додатно оптерећују услови, као што су приписивање радње дела, облик кривице (са нагласком на умишљај као облик кривице код међународних кривичних дела у ужем смислу), активна легитимација за утврђивање кривичне одговорности држава у међународном друштву, те врста кривичних санкција. Кључно питање које омогућава или искључује одговорност државе јесте питање утврђивања њене кривице<sup>61</sup>.

У таквим условима, тешко је поистоветити категорије као што су свест, воља, могућност постојања свести, са државом као организованим ентитетом. Оглашавање државе, као личности која предузима радњу кривичног дела, представља „систематски завааравајући израз“, који се путем деловања физичких лица претвара у „надлични субјекат“<sup>62</sup>. С друге стране, држава свој субјективитет заснива на критеријумима, као што су „постојано становништво, утврђена територија и суверена власт“<sup>63</sup> и способност извршења међународних обавеза. Јасно је да основни постулати државе као субјекта права представљају својеврсни амалгам чињеничног и правног стања, те да психолошке категорије не могу да се поистовеће са државом као таквом.

Генерално, питање утврђивања *mens rea* остаје несавладива препрека успостављању кривичне одговорности државе, посебно уколико га прихватимо као субјективно психолошки појам. На питање кривице државе ниједна од афирмативних теоријских поставки не даје одго-

<sup>61</sup> Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, *op. cit.*, стр. 157.

<sup>62</sup> Е. Винсент, *Теорије државе*, *op. cit.*, стр. 19.

<sup>63</sup> С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, *op. cit.*, стр. 75.

вор, нудећи одговор само кроз приписивање радње дела држави. Остаје спорно како утврдити намеру државе, као и однос према радњи дела и очекиваној последици, на начин који би био различит од индивидуалне кривичне одговорности, а који се у случају кривичне одговорности држава јавља као неминовност. Дакле, држава нема своју вољу, која би била различита од воље појединаца који креирају, доносе (или намећу) и спроводе одлуке – употребом државног апарата као организованог система моћи, без обзира на то да ли је реч о извршној, судској или законодавној власти. Државна воља је еманација воље физичких лица (посебно у лаичким државама) и зашто би се воља физичких лица (која несумњиво представљају основ за утврђивање одговорности) преносила путем теорије „државне воље“ на државу омогућавајући кривичну одговорност државе.

Разматрања конвенција и предлога Конвенција о одговорности државе јасно указују не само колико је тешко извршити приписивање одговорности радње кривичног дела држави, већ је тај процес данас додатно усложен и знатно комплекснији него што је то било пре педесет година. Такође, указујемо на то да осим огромног, нерешивог проблема *mens rea* на на државу није примењив ни један од познатих облика искључивања кривичне одговорности. Уосталом, може ли међународно кривично право да прескочи индивидуалну кривичну одговорност оних, који управљају, руководе или врше контролну функцију над органима или појединцима, под чијим окриљем је наступило међународно кривично дело. На тај начин би се поистоветила воља физичких лица (и то физичких лица који врше дело) са вољом државе, а потом би се она приписала кривици државе.

На крају, закључујемо да државе не могу да буду кривично одговорне. Сматрамо да кривична одговорност треба да остане на нивоу индивидуалне кривичне одговорности, која је као таква примењива и на државне вође, највише државне представнике или државне службенике. Изузетак се односи на већ постојеће могућности утврђивања криминалног карактера појединих организација, о чему сведочи искуство Међународног војног суда.



## ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов Смиља, Крећа Миленко, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд, 2001;
- Бабић Милош, *Међународно кривично право*, Бањалука, 2011;
- Вучинић Зоран, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999;
- Гатман Рој, Риф Дејвид, *Лексикон ратних злочина*, Самиздат, Београд, 1999;
- Јовашевић Драган, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Ниш, 2011;
- Келсен Ханс, *Главни проблеми теорије државног права*, Службени лист СРЈ-ЦИД Подгорица, 2001;
- Марковић Иван, *Војска Југославије и Косово и Метохија 1998–1999. – примена правила међународног права оружаних сукоба*, Војска, Београд, 2001;
- Обрадовић Константин, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000;
- Прљета Љубомир, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, Службени лист СРЈ, Београд, 1992;
- Симпсон Гари, *Велике силе и одметничке државе – неравноправни суверени у међународном правном поретку*, Београдски центар за људска права, Београд, 2008;
- Drost Pieter Nicolas, *The crime of state: penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples 1: Humanicide- international governmental crime against individual human rights*, Leyden, 1959,
- Jorgensen H.B. Nina, *The Reponsibility of states for international crimes*, Oxford University Press, 2005;
- Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић (IT-94/01).

**Saša Knežević, Ph. D.**  
**Full Professor**  
**Faculty of Law, University of Niš**

**Goran Đorđević**  
**attorney at Law**

## **CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE STATE BETWEEN MYTH AND IDEAS –**

### *Summary*

*The authors of this paper, based on theoretical assumptions and rare examples of case law, problematize the idea of the state as the subject of criminal liability. The idea of the criminal responsibility of the state its old as the old idea of the state as a form of human organization. Over time, this idea exist like the idea of criminal liability of legal entities in general. This approach is based on a multiple problematic field starting problems mens rea, possibility of application of the responsibility on the state, attributing the problem of penal sanctions that threaten every form of establishing criminal liability. At the same authors point out that the state as a complex concept further complicates not only the notion of criminal responsibility, but also the process of proving the connection between the act and. In addition to the critical attitude to the idea of the criminal responsibility of the State, the author discussing the theoretical experience of working on this idea of leaving the possibility of determining the criminal liability of executive bodies.*

**Key words:** *state, criminal responsibility, application responsibility, mens rea*

## POLICIJSKO UPOZORENJE U NOVOM PREKRŠAJNOM ZAKONODAVSTVU I MOGUĆNOSTI NJEGOVE PRAKTIČNE PRIMJENE

**Prof. dr Ljubinko Mitrović\***  
**Doc. dr Nikolina Grbić Pavlović\*\***

***Apstrakt:** Prema novom Zakonu o prekršajima Republike Srpske<sup>1</sup>, odredbe o maloljetnim učiniocima prekršaja, zatim odredbe o prekršajnim sankcijama koje se mogu izricati maloljetnim učiniocima prekršaja, te odredbe o prekršajnom postupku koji se vodi prema ovoj kategoriji učinilaca prekršaja jesu specijalne i sistematizovane su u posebno poglavlje Zakona o prekršajima Republike Srpske (to je Glava VI Zakona koja nosi naziv "Odredbe prema maloljetnicima"). Kada su u pitanju prekršajne sankcije, važno je napomenuti da su za kategoriju maloljetnih učinilaca prekršaja i u ovom, najnovijem, Zakonu predviđene posebne mjere i prekršajne sankcije. Shodno tome, po uzoru na Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u Republici Srpskoj iz 2010. godine<sup>2</sup> propisana je i posebna mjera upozorenja pod nazivom policijsko upozorenje. Kako ova mjera predstavlja najznačajniji novitet Zakona kada su u pitanju maloljetnici, autori će u ovom radu prikazati odredbe koje se odnose na ovu alternativnu mjeru. S obzirom na to da je veoma rano govoriti o praktičnoj primjeni policijskog upozorenja za učinjene prekršaje od strane maloljetnika, u radu će se prikazati praktična primjena ove alternativne mjere za učinjena krivična djela od strane maloljetnika.*

***Ključne riječi:** maloljetnici, prekršaji, policijsko upozorenje.*

\* Факултет правних наука Универзитета АПЕИРОН Бања Лука

\*\* Висока школа унутрашњих послова Бања Лука

<sup>1</sup> Zakon o prekršajima Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2014). U daljem tekstu: Zakon.

<sup>2</sup> Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/2010 i 61/2013).

## UMJESTO UVODA

Maloljetnička delinkvencija obuhvata široku lepezu različitih ponašanja maloljetnika – od njihovog neprilagođenog do kaznenim pravom predviđenog (odnosno sankcionisanog) ponašanja. Zbog složenosti ove negativne društvene pojave, postoje i različita shvatanja pojma maloljetničke delinkvencije. Ipak, preovladavaju dva osnovna shvatanja – ono šire i uže. Prvo, dakle šire shvatanje, proširuje pojam maloljetničke delinkvencije i na ona ponašanja mladih lica, odnosno maloljetnika koja se mogu okarakterisati kao socijalna neusklađenost u najširem smislu te riječi (dakle, to su ona ponašanja koja su u suprotnosti sa uobičajenim ili propisanim oblicima ponašanja u jednom društvu). Drugo, uže shvatanje obuhvata samo ona ponašanja koja su inkriminisana po pozitivnim krivičnim (odnosno prekršajnim) zakonima pojedinih zemalja.<sup>3</sup>

U ovom radu, pojam maloljetničke delinkvencije podrazumijevaće sva ona ponašanja maloljetnika kojima se ispunjavaju (ostvaruju) obilježja prekršaja u jednoj, po svako savremeno društvo, izuzetno važnoj oblasti – oblasti javnog reda i mira, svakako prema važećem zakonodavstvu Republike Srbije.

S obzirom na to da su gotovo svi registrovani prekršaji od strane maloljetnih lica oni iz oblasti javnog reda i mira, u ovom radu smo analizirali učesće maloljetnika u izvršenju prekršaja protiv javnog reda i mira, a na osnovu zvaničnih statističkih podataka Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije, za period od 2009. do 2014. godine. Podaci prikazani statistički i tabelarno prilagođeni su potrebama ovog rada.

---

<sup>3</sup> Mitrović, Ljubinko, *Komentar Zakona o prekršajima Republike Srbije*, PPGP Comesgrafika d.o.o, Banja Luka, 2006, str. 41.

**Tabela 1: Javni red i mir – Podaci o registrovanim prekršajima na području Republike Srpske, za period 2009–2014. godine**

Redni broj	Javni red i mir	Godina						Ukupno (2009–2014)
		2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	
1.	Broj prekršaja	5.574	4.994	10.719	9.841	8.755	7.255	47.138
2.	Zahtjevi za prekršajne postupke	3.392	3.108	2.931	3.127	2.553	2.478	17.589
3.	Prekršajni nalozi	4.523	4.671	5.424	4.474	4.463	3.257	26.812
4.	Prijavljena lica – ukupno	5.416	4.993	10.314	9.411	8.562	7.173	45.869
5.	<b>Prijavljeni maloljetnici</b>	<b>351</b>	<b>320</b>	<b>353</b>	<b>302</b>	<b>308</b>	<b>219</b>	<b>1.853</b>
6.	<b>Prijavljeni maloljetnici – % učesća</b>	<b>6,48</b>	<b>6,40</b>	<b>3,42</b>	<b>3,20</b>	<b>3,59</b>	<b>3,09</b>	<b>4,04</b>

U tabeli 1 prikazani su podaci o registrovanim prekršajima iz oblasti javnog reda i mira, a za period od 2009. godine do 2014. godine na području Republike Srpske. Javni red i mir, u smislu Zakona o javnom redu i miru<sup>4</sup>, ispoljava se kao “usklađeno stanje međusobnih odnosa građana nastalo njihovim ponašanjem na javnom mjestu i djelovanjem organa i službi u javnom životu, radi obezbjeđivanja jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu bezbjednost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, zaštitu ljudskog dostojanstva i prava maloljetnika i drugih lica”.<sup>5</sup>

Iz navedenih podataka o javnom redu i miru za prethodnih pet godina u Republici Srpskoj svakako se da primijetiti da se smanjuje broj maloljetnika

<sup>4</sup> Zakon o javnom redu i miru, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 11/2015.

<sup>5</sup> Vidi šire o zaštiti javnog reda i mira u: Mitrović, Ljubinko, *Policijsko pravo – pravo unutrašnjih poslova*, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2008.

koji su prijavljeni zbog izvršenja nekog od zakonom predviđenih prekršaja iz oblasti javnog reda i mira. Tako su u 2009. godini maloljetnici predstavljali 6,48% od ukupnog broja prijavljenih lica za prekršaje, dok je u 2014. godini taj broj bio znatno manji i on iznosi 3,09%.

**Tabela 2: Javni red i mir – Podaci o registrovanim prekršajima po centrima javne bezbjednosti Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske za 2014. godinu**

Redni broj	Prekršaji po Centrima	2014. godina						Ukupno svi Centri
		Banja Luka	Prijedor	Doboj	Bijeljina	Istočno Sarajevo	Trebinje	
1.	Broj prekršaja	2.859	876	944	1.695	535	346	7.255
2.	Zahtjevi za prekršajne postupke	1.093	274	379	412	179	141	2.478
3.	Prekršajni nalozi	1.160	414	348	944	268	123	3.257
4.	Prijavljena lica – ukupno	2.946	823	968	1.578	541	317	7.173
5.	<b>Prijavljeni maloljetnici</b>	<b>118</b>	<b>30</b>	<b>36</b>	<b>27</b>	<b>8</b>	<b>0</b>	<b>219</b>
6.	<b>Prijavljeni maloljetnici – % učešća</b>	<b>4,0</b>	<b>3,64</b>	<b>3,71</b>	<b>1,71</b>	<b>1,47</b>	<b>0,0</b>	<b>3,05</b>

U tabeli 2 prikazani su podaci o izvršenim prekršajima iz oblasti javnog reda i mira, po centrima javne bezbjednosti u sastavu Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske za 2014. godinu. Iz navedenih podataka evidentno je da je najveći broj ove grupe prekršaja od strane maloljetnika izvršen na području Centra javne bezbjednosti Banja Luka. Veoma značajan podatak jeste i onaj da na području Centra javne bezbjednosti Trebinje nije evidentiran nijedan prekršaj iz ove oblasti počinjen od strane maloljetnika. Ovakvi podaci su i očekivani s obzirom na činjenicu da su gotovo sva empirijska istraživanja sprovedena do sada pokazala da se maloljetnici u većim gradovima znatno češće pojavljuju kao izvršioци krivičnih djela i prekršaja u odnosu na manje gradove i opštine.

Iako se, generalno, odnosno statistički posmatrano, bilježi smanjeno učešće maloljetnika u vršenju prekršaja, ipak smo stava da ukupan broj registrovanih maloljetnika kao počinilaca prekršaja javnog reda i mira i njihovo učešće u narušavanjima javnog reda i mira zaslužuje odgovarajuću i pojačanu pažnju (sasvim je izvjesno da određeni, nemali broj prekršaja iz ove oblasti počinjenih od strane maloljetnih lica ostaje neregistrovan, jer je tzv. “tamna brojka” u ovoj oblasti i te kako prisutna), i to ne samo policijskih organa, već i ostalih nadležnih struktura savremenog društva. S druge strane, evidentno je i da se stanje u ovoj oblasti stabilizuje, odnosno da se bilježi manji broj registrovanih prekršaja i ujedno manji broj prijavljenih lica ukupno.

Osim smanjenja broja prijavljenih, kao i broja maloljetnih lica prema kojima je pokrenut prekršajni postupak, zapaža se i velika razlika između broja prijavljenih i broja maloljetnika prema kojima je pokrenut prekršajni postupak, što predstavlja značajnu posljedicu korjenitog mijenjanja prekršajnog zakonodavstva u Republici Srpskoj, još od perioda između 2004. do 2006. godine. Jer, i ranijim i novim Zakonom o prekršajima Republike Srpske, predviđeno je da je jedini način pokretanja prekršajnog postupka protiv maloljetnog lica podnošenjem zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka, dok je izdavanje prekršajnog naloga, kao drugi način pokretanja prekršajnog postupka, prema maloljetnicima zakonom isključen.

## POLOŽAJ MALOLJETNIH IZVRŠILACA PREKRŠAJA U PREKRŠAJNOM PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Prekršajno zakonodavstvo Republike Srpske, svakako od njenog nastanka do danas, polazi od specifičnosti i posebnih karakteristika maloljetnika u odnosu na punoljetna lica, te na poseban način reguliše i njihov položaj. Prema posljednjem Zakonu o prekršajima Republike Srpske, odredbe o prekršajnim sankcijama koje se propisuju i izriču maloljetnim učiniocima prekršaja, te odredbe o prekršajnom postupku prema maloljetnicima jesu specijalne, i sistematizovane su u posebno poglavlje ovog zakona, te one derogiraju odredbe opšteg dijela Zakona o prekršajima Republike Srpske<sup>6</sup>. Zbog toga se odredbe opšteg dijela ovog zakona primjenjuju prema maloljetnim učinioci-

<sup>6</sup> Mitrović, Ljubinko, Grbić, Nikolina, *Prekršajne sankcije koje se izriču maloljetnim učiniocima prekršaja*, Maloljetnička delinkvencija kao oblik društveno neprihvatljivog ponašanja – Zbornik radova, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 19–20. novembar 2008. godine, str. 319.

ma прекршаја искључиво под условом да nisu u protivrječnosti sa odredbama iz poglavlja koje se odnosi na малолјетне учиноце прекршаја.

Прекршајна одговорност субјекта прекршаја претпоставка је примјене прекршајне санкције према њему. Прекршајна одговорност, као посебна врста правне одговорности, испољава се као обавеза одређеног субјекта одговорности да извршава обавезе прописане правном нормом или, у супротном, да трпи последице (правне санкције) због свог понашања које није у складу са правном нормом. С друге стране, прекршаји почињени од стране малолјетника, по правилу, nisu резултат њиховог зрелог размишљања и чврсте воље за извршење радње прекршаја. Због тога се кривица и урачуњљивост малолјетних учинилаца прекршаја манифестују у посебној форми, различитој од урачуњљивости и виности одраслих, односно пунолјетних лица.

Прекршајној одговорности подлијежу малолјетна лица старости од 14 до 18 година. С друге стране, против малолјетника који није навршио 14 година не може се ни у ком случају покренути нити водити прекршајни поступак. Новину у односу на ранија законска рјешења представља одредаба Закона према којој ће се у оним ситуацијама када малолјетник млађи од 14 година почиње прекршај због пропуштања дужног надзора његових законских заступника који су били у могућности да такав надзор врше, они кажњени за почињени прекршај као да су га сами учинили.

Ранијим прекршајним законодавством у Републици Српској било је предвиђено да су се према малолјетним учиниоцима прекршаја могле примјенјивати слjedeће прекршајне санкције: новчана казна, укор, условна осуда, заштитне мјере и васпитне мјере. Поред наведених, за учињени прекршај малолјетнику су се могле изрећи и слjedeће непеналне мјере: одузимање имовинске користи, обавеза накнаде штете и казни поени<sup>7</sup>. У новом Закону о прекршајима Републике Српске, систем санкција за малолјетнике који почиње прекршаје прописан је одредбама чл. 87 и 88 Закона. Тако се малолјетнику могу изрећи искључиво васпитне мјере, и то двије врсте:

1. васпитна мјера упозорења или
2. васпитне мјере појачаног надзора.

Такође, малолјетнику се, уз васпитну мјеру, може изрећи и заштитна мјера (у оним случајевима када је то због природе прекршајног дјела неопходно).

<sup>7</sup> За разлику од Републике Српске, Закон о прекршајима Федерације Босне и Херцеговине предвиђа да је старијем малолјетном учиниоцу прекршаја могуће изрећи васпитне мјере, али и све друге прекршајне санкције или посебне непеналне мјере предвиђене у одредби члана 21 став 1 и став 2 тачка 1) Закона о прекршајима Федерације Босне и Херцеговине. Наравно, предња одредаба подразумијева, односно даје могућност суду и овлашћеном органу изрицања слjedeћих прекршајних санкција, и то: новчане казне, укора, условне осуде и заштитних мјера, те непеналних или посебних прекршајноправних мјера *sui generis* попут одузимања имовинске користи и обавезе накнаде штете.



Važno je takođe napomenuti da zakonodavac ne pravi razliku između mlađih i starijih maloljetnika (onih između 14 i 16, odnosno između 16 i 18 godina), te propisuje potpuno identične prekršajne sankcije koje se mogu prema njima primjenjivati.

Vaspitne mjere predstavljaju osnovnu vrstu prekršajnih sankcija koje se primjenjuju prema maloljetnim učiniocima prekršaja. To su zakonom određene mjere čijom se primjenom prema maloljetnim učiniocima prekršaja ostvaruje zaštita javnog poretka od vršenja prekršaja putem vaspitanja i prevaspitanja maloljetnika, koje izriče isključivo sud, a koje se sastoje u ograničavanju njihovih sloboda i prava.<sup>8</sup> Prema zakonskoj odredbi, vaspitne mjere se izriču isključivo prema uračunljivim maloljetnim učiniocima prekršaja. Svakako, to su oni maloljetni učinioци prekršaja koji su u vrijeme izvršenja prekršaja prema svojoj duševnoj razvijenosti mogli shvatiti značaj svoje radnje i upravljati svojim postupcima (opravdano se postavlja pitanje da li su to i mlađi maloljetnici).

Smisao primjene ovih posebnih prekršajnih sankcija jeste da se prioritetoно obezbijedi prevaspitanje maloljetnog učinioca (tzv. socijalizacija), svakako uz što manju primjenu elemenata prinude. Prema tome, vaspitne mjere imaju izrazitu specijalno-preventivnu funkciju. Dakle, primjenom vaspitnih mjera nastoje se prioritetoно ostvariti ciljevi specijalne prevencije, posebno kroz vaspitno djelovanje na maloljetnika i pokušaje njegovog prevaspitavanja.<sup>9</sup>

Vaspitne mjere taksativno su pobrojane u Zakonu, te shodno tome ne postoji mogućnost izricanja maloljetnom učiniocu prekršaja neke druge vaspitne mjere. Prema odredbi člana 88 Zakona, prema maloljetnom počiniocu mogu se odreditи sljedeće vaspitne mjere, i to:

1. mjera upozorenja – sudski ukor, i
2. mjere pojačanog nadzora, i to: a) pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca i b) pojačani nadzor od strane nadležnog organa starateljstva.

Propisivanjem navedenih vaspitnih mjera u punom smislu se uvažavaju zahtjevi savremene prekršajnoppravne i krivičnoppravne nauke, kao i potreba sasvim drugačijeg načina kažnjavanja, odnosno sankcionisanja maloljetnih lica за učinjeni prekršaj, posebno uzimajući u obzir brojne okolnosti subjek-

<sup>8</sup> Dimitrijević, Predrag, Jovašević, Dragan, *Prekršajno pravo*, Javno preduzeće Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 128.

<sup>9</sup> Mrvić-Petrović, Nataša, Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2007, str. 67.

tivne prirode koje se tiču maloljetnika. Shodno tome, prilikom izricanja vaspitne mjere maloljetnom učiniocu prekršaja, sud je dužan uzeti u obzir naročito starost maloljetnika, stepen njegovog duševnog razvoja, psihičko stanje maloljetnika, odnosno psihičke karakteristike maloljetnika i motive i pobude zbog kojih i iz kojih je izvršio prekršaj, sklonosti maloljetnika, dosadašnje vaspitanje maloljetnika, okolinu i uslove pod kojima je živio, odnose u porodici maloljetnika, težinu prekršaja, ranije kažnjavanje maloljetnika, kao i sve druge okolnosti koje utiču na izbor vaspitne mjere kojom će se najbolje postići svrha kažnjavanja.<sup>10</sup>

Vaspitne mjere imaju isključivo vaspitni i rehabilitacijski karakter i njima se želi pozitivno uticati na maloljetnog učinioca prekršaja da ubuduće ne čini prekršaje. Izbor i primjena vaspitnih mjera vrši se u saradnji sa roditeljima, odnosno starateljima maloljetnog učinioca prekršaja i organima socijalnog staranja.<sup>11</sup>

Prije izricanja vaspitne mjere postupajući sudija pribavlja mišljenje nadležnog organa starateljstva, koje dodatno utiče na izbor prekršajne sankcije. S druge strane, sudija koji vodi prekršajni postupak obavezan je u postupku prema maloljetnom učiniocu prekršaja izbjegavati svako nepodesno držanje i izražavanje, neozbiljnost, neumjesne šale, ali i pretjeranu strogost prema maloljetnom učiniocu prekršaja. U postupku prema maloljetnom učiniocu prekršaja posebnu pažnju treba obratiti na stepen duševne razvijenosti maloljetnika, njegovo zdravstveno stanje, lične okolnosti, njegovo vladanje i sklonosti, lične i porodične prilike, učenje i vladanje u školi, itd. U izboru vaspitne mjere sudija koji vodi prekršajni postupak posebno sarađuje sa roditeljima, odnosno starateljima maloljetnog učinioca prekršaja.

## **POLICIJSKO UPOZORENJE**

Uloga policije, odnosno policijskih službenika u postupku prema maloljetnicima izuzetno je obimna, složena i značajna. Naravno, razlog je jednostavan, a on se odnosi na činjenicu da prvi kontakt, odnosno prvu komunikaciju sa maloljetnim licem, po pravilu, ostvaruju pripadnici policije.<sup>12</sup> S druge strane, policijski službenici, po pravilu, čine i prvu, a često i najvažniju kariku

<sup>10</sup> Mitrović, Ljubinko, op. cit., str. 43–44.

<sup>11</sup> Mitrović, Ljubinko, Grbić, Nikolina, op. cit., str. 319.

<sup>12</sup> Bačanović, Oliver, Jovanova, N., *Prevenција maloletničkog prestupništva u Republici Makedoniji (zakonski okvir, strategija, preventivni programi, perspektive)*, Zbornik radova, Suzbijanje kriminala u okviru međunarodne policijske saradnje, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2011, str. 211.

organizovane i stručne borbe, kako protiv maloljetničkog prestupništva, tako i u krivičnopravnoj zaštiti djece i maloljetnika oštećenih krivičnim djelima.<sup>13</sup> Prethodno navedeno podrazumijeva i dodatne obaveze svake savremene države u smislu dodatnog osposobljavanja, odnosno usavršavanja svih službenih učesnika u postupku prema maloljetnicima, pa tako i policijskih službenika jer i iz najnovijeg zakonskog teksta o prekršajnim djelima proizilazi da prema maloljetnim učiniocima prekršaja mogu isključivo postupati samo oni policijski službenici koji posjeduju posebna znanja iz oblasti prava djeteta i prestupništva mladih.<sup>14</sup>

No, kako su predmet našeg rada alternativne mjere<sup>15</sup> i prekršajne sankcije predviđene najnovijim Zakonom o prekršajima Republike Srpske, možda najznačajnija novina, kada su u pitanju maloljetnici i njihovo sankcionisanje

<sup>13</sup> Mitrović, Ljubinko, Grbić-Pavlović, Nikolina, *Uloga policije u postupku prema maloljetnicima*, Zbornik radova, Suzbijanje kriminala u okviru međunarodne policijske saradnje, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2011, str. 141.

<sup>14</sup> Potreba specijalističkog obučavanja svih službenika organa za sprovođenje Zakona koji su uključeni u sistem maloljetničkog pravosuđa je Zakonom posebno definisana (član 197 stav 2), te je tako propisano da se Ministarstvo pravde, Ministarstvo rada i boračko-invalidske zaštite, Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite, Ministarstvo unutrašnjih poslova, Udruženje medijatora BiH i Advokatska komora Republike Srpske brinu o stručnom usavršavanju lica koja rade na poslovima prestupništva mladih i krivičnopravne zaštite djece. Dakle, radi se o edukaciji svih službenih aktera postupka prema maloljetnicima, odnosno ovlašćenih službenih lica policije, socijalnih radnika, medijatora, advokata kao i radnika zaposlenih u kazneno-popravnim zavodima i zavodskim ustanovama u smislu njihove specijalizacije za postupanje sa maloljetnim učiniocima krivičnih djela, kao i za njihovo postupanje sa djecom i maloljetnim licima kada se pojavljuju kao oštećeni u krivičnom postupku. *Program edukacije o sticanju posebnih znanja i kontinuiranom stručnom osposobljavanju i usavršavanju lica koja rade na poslovima prestupništva mladih i krivičnopravne zaštite djece i maloljetnika* (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 101/2010), odnosno „ostalih“ učesnika u postupku prema maloljetnicima shodno odredbi člana 197. Zakona donio je ministar pravde oktobra 2010. godine.

<sup>15</sup> Skoro sva savremena kaznena zakonodavstva predviđaju jednu ili više parapenalnih mjera, odnosno sankcija koje se izvršavaju u okrilju zajednice. Kao parapenalne kaznene mjere danas se smatraju naročito sljedeće mjere: naknada imovinske štete oštećenom, odnosno posredovanje ili poravnanje učinoca i oštećenog (Austrija, Estonija, Francuska); finansijska nagodba ili transakcija (Češka, Holandija, Francuska); kaucija (Češka, Estonija); ambulantni socijalno-pedagoški tretman, odnosno podvrgavanje liječenju učinioca krivičnog djela ili njegovo upućivanje na obuku, odnosno pohađanje obuke (Francuska, Engleska i Vels, Mađarska, Bugarska); privremena probacija (Austrija); policijski nadzor (Litvanija, Italija, Bugarska); zabrana pristupa određenom mjestu ili osobi (Slovenija); društveno koristan rad; rad u korist društvene zajednice; vikend zatvaranje, odnosno vikend pritvor (Portugal); kućni zatvor, odnosno pritvor (Francuska, Italija, Srbija, Federacija Bosne i Hercegovine, Engleska i Vels; modaliteti sa policijskim časom ili bez policijskog časa, odnosno sa elektronskim nadzorom ili bez elektronskog nadzora); novčana kazna (koja se u nizu pozitivnih krivičnih zakonodavstava javlja kao supstitut kazni zatvora kao najtežoj kaznenopravnoj mjeri); oduzimanje vozačke dozvole koja se pojavljuje kao kazna, ali i kao mjera bezbjednosti (Srbija) i vaspitne preporuke, odnosno vaspitni nalozi (Srbija, Republika Srpska, Crna Gora, Makedonija, Njemačka, Francuska) koji kao diverzione mjere predstavljaju alternativne mjere prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela. (vidi šire u: Mitrović, Ljubinko, *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, AIS – Banja Luka, 2012. godine, str. 19–20).

za počinjene prekršaje, jeste uvođenje mjere policijskog upozorenja u sistem alternativnih mjera i prekršajnih sankcija za maloljetnike. Dakle, najnovijim Zakonom o prekršajima Republike Srpske, a svakako po uzoru na Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u Republici Srpskoj iz 2010. godine propisana je i posebna mjera upozorenja (u svakom slučaju, radi se o alternativnoj mjeri) pod nazivom policijsko upozorenje. Ovdje se, dakle, radi o formalnoj opomeni, odnosno posebnom upozorenju koje izriče policija, odnosno policijski službenik maloljetnom učiniocu prekršaja. Ovakvo rješenje je svakako bilo i logično, s obzirom na činjenicu da je policijsko upozorenje već ranije predviđeno za maloljetne učinioce tzv. “lakših” krivičnih djela. Upravo na ovom mjestu ćemo prikazati i podatke o izrečenim mjerama policijskog upozorenja prema maloljetnicima koji su učinili neko od krivičnih djela, a na osnovu zvaničnih statističkih podataka Republičkog tužilaštva Republike Srpske za period od 2009. do 2014. godine. Podaci prikazani statistički i tabelarno prilagođeni su potrebama ovog rada.

**Tabela 3: Policijsko upozorenje – statistički podaci za period 2011–2015. godine**

Policijsko upozorenje		2011.	2012.	2013.	2014.	(1–6) 2015.
<b>Banja Luka</b>	Predloženo	3	12	26	21	4
	Odobreno	3	12	26	21	4
	Ukupno lica	3	15	29	28	7
<b>Bijeljina</b>	Predloženo	4	2	8	11	1
	Odobreno	4	2	8	11	1
	Ukupno lica	4	2	8	11	1
<b>Doboj</b>	Predloženo	13	12	12	11	6
	Odobreno	13	12	12	11	7
	Ukupno lica	13	17	19	15	7

<b>Istočno Sarajevo</b>	Predloženo	2	4	1	1	2
	Odobreno	2	4	1	1	2
	Ukupno lica	3	4	2	4	2
<b>Trebinje</b>	Predloženo	–	1	1	2	2
	Odobreno	–	1	1	2	2
	Ukupno lica	–	2	1	2	2

Iz podataka koji su prikazani u tabeli 3 sasvim jasno može se zaključiti da je mjera policijskog upozorenja, kada su u pitanju maloljetni počinioci tzv. bagatelnih krivičnih djela, zauzela značajno mjesto u praksi i primjeni policijskih organa. Naime, praksa pokazuje da se za ovu alternativnu mjeru posljednjih nekoliko godina češće odlučuju i policijski službenici i tužioci. Ono što je neophodno uraditi jeste svakako izvršiti detaljnu analizu svakog pojedinačnog slučaja kako bi se utvrdilo da li je ova alternativna mjera zaista ispunila svoju svrhu.<sup>16</sup>

Policijsko upozorenje, prema važećem Zakonu o prekršajima Republike Srpske, izriče “policija” maloljetnom učiniocu prekršaja, i to isključivo onog prekršaja za koji je propisana novčana kazna u iznosu do 300 KM, svakako uz jedan poseban, dodatni uslov – naime, da je to u skladu sa ličnim svojstvima maloljetnika, zatim prilikama i sredinom u kojoj maloljetnik živi, te okolnostima i težinom učinjenog prekršaja. S obzirom na prednju odredbu, policijsko upozorenje se može (ali i ne mora, što svakako zavisi od odluke konkretnog policijskog službenika) izreći maloljetnom učiniocu prekršaja ukoliko je u konkretnom slučaju ispunjen onaj formalni uslov koji se tiče visine propisane novčane kazne, odnosno da se radi o maloljetnom učiniocu koji je počinio prekršaj za koji je propisana novčana kazna do 300 KM. S druge strane, izricanje ove alternativne mjere podrazumijeva ispunjenje još nekoliko uslova, i to:

- da je izricanje mjere policijskog upozorenja u skladu sa ličnim svojstvima maloljetnika, te prilikama i sredinom u kojoj maloljetnik živi, ali i okolnostima i težini učinjenog prekršaja,

<sup>16</sup> Primjena mjere policijskog upozorenja reguliše se posebnim podzakonskim aktom, odnosno Pravilnikom o primjeni mjere policijskog upozorenja koji donosi ministar unutrašnjih poslova Republike Srpske. Pravilnik o primjeni mjere policijskog upozorenja (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 117/2010).

- da maloljetnik priznaje prekršaj,
- da je priznanje maloljetnika slobodno i dato dobrovoljno,
- da postoji dovoljno dokaza da je maloljetnik učinio prekršaj i
- da prema maloljetniku nije ranije izricano policijsko upozorenje ili maloljetniku nije ranije izrečena vaspitna mjera u prekršajnom postupku.

Izricanje mjere policijskog upozorenja u prekršajnom postupku svakako predstavlja alternativno sankcionisanje maloljetnika, jer se ovdje radi o mjeri koja je isključivo specijalno-preventivnog karaktera i čije izricanje se tretira tzv. vansudskim oblicima intervencije ovlašćenih organa.<sup>17</sup>

Svrha izricanja mjere policijskog upozorenja posebno je zakonom istaknuta i ona, u svakom slučaju, podrazumijeva nepokretanje prekršajnog postupka prema maloljetniku za učinjeni prekršaj (prekršajni postupak za izvršeni prekršaj se završava izricanjem policijskog upozorenja, čime se stigmatizujući uticaj “suđenja”, zatim sudnice i formalnog postupanja prema maloljetniku izbjegava). S druge strane, primjenom policijskog upozorenja utiče se i na pravilan razvoj maloljetnika, te jačanje njegove lične odgovornosti kako on ubuduće ne bi činio prekršaje.

Policijsko upozorenje izriče policijski službenik nadležne organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, i to onaj koji posjeduje posebna znanja iz oblasti prava djeteta i prestupništva mladih, ali i izraženu sklonost za vaspitanje, potrebe i interese mladih (o stručnom usavršavanju “svojih” policijskih službenika brigu vodi Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske), uz prethodno pribavljenu socijalnu anamnezu organa starateljstva<sup>18</sup>. Cilj izrade, odnosno pribavljanja socijalne anamneze je-

<sup>17</sup> Mitrović, Ljubinko, Grbić, Nikolina, op. cit., str. 142.

<sup>18</sup> Socijalna anamneza predstavlja jedan od najvažnijih pisanih dokumenata socijalnog radnika. Ona prati životni put maloljetnika od njegovog rođenja do trenutka u kojem je u njegov život ušao socijalni radnik. Anamnezom se nastoje utvrditi okolnosti koje su djelovale na maloljetnikov razvoj i ponašanje, te odrediti putokaz koji bi mogao pomoći maloljetniku da se opredijeli za ponašanja i mogućnosti koje bi pomogle napretku njegove ličnosti i životnih okolnosti. Socijalna anamneza sadrži: a) opšte podatke maloljetnika: ime i prezime, datum i mjesto rođenja, adresu, telefonski broj, ime roditelja i djevojačko prezime majke; podatke o djetinjstvu, školovanju, školskoj spremi, dodatnim edukacijama ili osposobljavanjima, vještinama i znanjima koja bi maloljetniku mogla pomoći u ostvarenju kvalitetnijeg života, zaposlenosti, bračnom stanju, licima koja žive ili su u bliskom dodiru i imaju uticaja na maloljetnikov život, te na kraju podatke o odnosu maloljetnika prema sebi, porodici, poslu, organizaciji života, aktivnostima, načinu provođenja slobodnog vremena, interesima i sklonostima; b) podatke o porodici maloljetnika: roditeljima, braći i drugim srodnicima koji imaju značajnu ulogu u maloljetnikovom životu, njihovi opšti podaci (starost, obrazovanje, zdravstveno stanje, zaposlenost, socijalni status, mjesto življenja), odnos s navedenim licima, međusobna povezanost i nivo uzajamne spremnosti na pomoć i podršku, te eventualno postojanje nekih drugih lica koja su značajna za maloljetnikov život; c) podatke

ste svakako razjašnjenje osnovne dileme koja se javlja kod postupajućeg policijskog službenika: dakle, da li u konkretnom prekršajnom predmetu uopšte primijeniti mjeru policijskog upozorenja?

Prilikom izricanja policijskog upozorenja maloljetniku se ukazuje na društvenu neprihvatljivost i štetnost njegovog ponašanja, posljedice koje takvo ponašanje može imati i na njega, kao i na mogućnost vođenja prekršajnog postupka i izricanje prekršajne sankcije u slučaju ponovnog izvršenja prekršaja. Upravo ova činjenica ukazuje na to da policijski službenik koji izriče ovu mjeru mora biti osoba, koja pored posjedovanja posebnih znanja iz oblasti prava djeteta i prestupništva mladih, mora imati naročito izraženu sklonost za vaspitanje, potrebe i interese mladih ljudi.

Primjena, odnosno čin izricanja mjere policijskog upozorenja podrazumijeva konkretne aktivnosti policijskog službenika, a tim da posebno treba istaći važnost njegove ozbiljnosti i odlučnosti u konkretnom slučaju. S obzirom na to, policijski službenik će, prilikom izricanja mjere policijskog upozorenja, maloljetniku ukazati na svu društvenu neprihvatljivost i štetnost njegovog ponašanja (okarakterisanog kao prekršaj), te na posljedice koje takvo ili slično ponašanje može imati ubuduće na njega. Istovremeno, policijski službenik će maloljetniku predočiti i mogućnost vođenja prekršajnog postupka i izricanja neke od prekršajnih sankcija (koje su po svom dejstvu svakako teže od ovog upozorenja) za slučaj ponovljenog izvršenja prekršaja. Nakon što donese odluku o izricanju mjere policijskog upozorenja, policijski službenik o svojoj odluci obavještava maloljetnika, zatim njegove zakonske zastupnike i organ starateljstva, kao i oštećenog, svakako uz navođenje razloga za donošenje ovakve odluke.

Da se radi o posebnim mjerama alternative prema maloljetnim učiniocima prekršaja jasno je i iz posebne zakonske odredbe kojom se uređuje veoma važno pitanje koje se odnosi na vođenje posebne evidencije izrečenih mjera

o zdravstvenom stanju maloljetnika: prošla i sadašnja slika, te eventualna prognoza; ako maloljetnik ima zdravstvenih teškoća, mora se utvrditi odakle su uzimani zdravstveni podaci: izjava maloljetnika, srodnika, medicinska dokumentacija; d) podatke o materijalnim prilikama maloljetnika: redovni i dopunski prihodi, neiskorišćene mogućnosti zarade, postojeće neiskorišćene mogućnosti (pravo na izdržavanje od srodnika, pomoć za njegu i sl.), potrebe koje maloljetnik ne uspijeva zadovoljiti s obzirom na postojeće prihode; e) podatke o stambenim prilikama maloljetnika: sadašnje – udovoljavaju li potrebama s obzirom na broj članova porodice, predviđanja i mogućnosti povoljnijih rješenja, do koje mjere je maloljetnik sposoban sam rješavati stambene probleme, postoji li neko u porodici ko mu može i voljan je pomoći, čiju tuđu pomoć bi bilo realno očekivati i potražiti, da li je s tim u vezi nešto učinjeno; f) mišljenje socijalnog radnika i g) prijedlog socijalnog radnika o mjerama koje treba preduzeti (vidi šire u: Mitrović, Ljubinko, *Uloga organa starateljstva u postupku prema maloljetnicima*, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa: Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Brčko, 2011. godine).

policijskog upozorenja. Naime, za ovu vrstu evidencije zakonodavac ne upotrebljava uobičajeni naziv “prekršajna evidencija”, čime sasvim jasno potencira na razlici između ovih mjera (kao vrste alternativnih maloljetničkih prekršajnih mjera izrazito specijalno-preventivnog karaktera) i “klasičnih” prekršajnih sankcija (u prvom redu kazni, ali i ostalih prekršajnih sankcija) koje su predviđene za punoljetne učinioce prekršaja i koje se zasnivaju na odgovornosti i osudi tih lica. Dakle, svi podaci o izrečenim mjerama policijskog upozorenja vode se u posebnim evidencijama koje nemaju karakter prekršajne evidencije. Ove, posebne evidencije vode isključivo policijski organi, a podaci koji se nalaze u njima se ne mogu upotrijebiti na bilo koji način kojim bi se mogao ugroziti maloljetnik i njegovo vaspitanje.

## ZAKLJUČAK

Skretanje pažnje na maloljetne učinioce prekršaja svakako da je bio osnovni cilj ovog rada. Čini se da je ova kategorija maloljetnika potpuno neopravdano zapostavljena. Svakako da ova tema zaslužuje veću pažnju, jer činjenje radnji prekršaja u doba maloljetstva nesumnjivo spada u oblike devijantnog ponašanja koje se često nastavlja u doba punoljetstva. Iako je novim zakonom uneseno niz novina u pogledu sankcija za maloljetnike, ipak najznačajnija novina jeste uvođenje mogućnosti da se maloljetnicima za učinjeni prekršaj, pod određenim uslovima, može izreći policijsko upozorenje. Ovom novinom ponovo se stavlja akcenat i daje veći značaj policiji i policijskim službenicima. Kako bi policijski službenici ispunili očekivani zadatak potrebno je uložiti niz promjena i dodatnih napora. Kontinuiranom edukacijom policijskih službenika, kontinuiranim sistematizovanim mjestima za one koji se bave maloljetnim prestupnicima, ažurnim policijskim evidencijama o počinjenim prekršajima i krivičnim djelima od strane maloljetnika, te dobrom saradnjom sa svim akterima društva koji učestvuju u postupku prema maloljetnicima, načiniće se prvi koraci kojima će se adekvatno djelovati na pojavu maloljetničke delinkvencije. Ono što je obaveza zakonodavca jeste decidiranje preciziranje primjene policijskog upozorenja za počinjene prekršaje kroz adekvatan podzakonski akt.



## LITERATURA

- Baćanović, Oliver, Jovanova, N., *Prevenција maloletničkog prestupništva u Republici Makedoniji (zakonski okvir, strategija, preventivni programi, perspektive)*, Zbornik radova, Suzbijanje kriminala u okviru međunarodne policijske saradnje, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2011.
- Dimitrijević, Predrag, Jovašević, Dragan, *Prekršajno pravo*, Javno preduzeće Službeni list SCG, Beograd, 2005.
- Mitrović Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014.
- Mitrović, Ljubinko, Grbić-Pavlović, Nikolina, *Uloga policije u postupku prema maloljetnicima*, Zbornik radova, Suzbijanje kriminala u okviru međunarodne policijske saradnje, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2011.
- Mitrović, Ljubinko, *Komentar Zakona o prekršajima Republike Srpske*, PPGP Comesgrafika d.o.o, Banja Luka, 2006.
- Mitrović, Ljubinko, *Policijsko pravo – pravo unutrašnjih poslova*, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2008.
- Mitrović, Ljubinko, Grbić, Nikolina, *Prekršajne sankcije koje se izriču maloljetnim učiniocima prekršaja*, Maloljetnička delinkvencija kao oblik društveno neprihvatljivog ponašanja – Zbornik radova, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 19–20. novembar 2008.
- Mrvić-Petrović, Nataša, Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2007.
- Mitrović, Ljubinko, *Uloga organa starateljstva u postupku prema maloljetnicima*, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa: Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Brčko, 2011.
- Zakon o prekršajima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2014.
- Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 63/2014.
- Zakon o javnom redu i miru, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 11/2015.
- Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/2010 i 61/2013.

Program edukacije o sticanju posebnih znanja i kontinuiranom stručnom osposobljavanju i usavršavanju lica koja rade na poslovima prestupništva mladih i krivičnopravne zaštite djece i maloljetnika, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 101/2010.

Pravilnik o primjeni mjere policijskog upozorenja, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 117/2010.

## CONCLUSION

*Distraction on juvenile offenders of misdemeanors was the main aim of this work. It seems that this category of minors were completely unjustifiably neglected. This topic deserves more attention, because committing misdemeanors in the minority is undoubtedly among the forms of deviant behavior that often continues in adulthood age. Although the new law entered a number of novelties in sanctions for juveniles, however, the most important novelty is police warning. With this novelty it has been given again importance to the police and law enforcement officials. Because of that it is necessary to make a number of changes and the extra effort in this area. Continuous education of police officers, continuously systematized places for those who deal with young offenders, police records up to date on committed offenses and criminal offenses by minors, as well as good cooperation with all social actors involved in juvenile proceedings, will be made the first steps which will be adequately act on the incidence of juvenile delinquency. The obligation of the legislator is adopting adequate bylaw with decisive specifying of applying police warning.*

**Prof Ljubinko Mitrović, PhD**  
**Faculty of Law, APEIRON University**  
**Banja Luka**

**Nikolina Grbić Pavlović, PhD, Assistant Professor**  
**Junior College of Internal Affairs**  
**Banja Luka**

## **POLICE WARNING IN NEW LAW ON MISDEMEANOURS AND OPPORTUNITIES FOR ITS PRACTICAL USE**

### *Summary*

*According to new Law on Misdemeanours of Republic of Srpska , provisions for juvenile perpetrators, provisions for misdemeanour penalties prescribed for juvenile perpetrators, as well as provisions for misdemeanour procedure against this category of perpetrators, are special and categorized into a separate chapter of the Law on Misdemeanours of Republic of Srpska (Chapter VI of the Law titled “Provisions for Juveniles”). As for the misdemeanour sanctions, it is important to mention that for the category of juvenile perpetrators the latest Law stipulates special measures and misdemeanour sanctions as well. In accordance with that, and pursuant to the Law on Protection and Treatment of Children in Criminal Procedure in Republic of Srpska from 2010 , it also stipulates a special warning measure called Police Warning. Since this measure is the most prominent novelty of for the Law which refers to juveniles, the authors will, in the following text, indicate which provisions refer to this alternative measure. Since it is too early to talk about practical use of police warning in cases of misdemeanours committed by juvenile perpetrators, this paper will show practical use of this alternative measure for misdemeanours committed by juvenile perpetrators.*

**Keywords:** *juveniles, misdemeanours, police warning.*



## ЖЕНЕ ОСУЂЕНИЦЕ – О КРИМИНОЛОШКОМ ДИСКУРСУ И ПЕНОЛОШКОМ ТРЕТМАНУ

Проф. др Миомира Костић\*  
Асс. Иван Илић\*\*

*Анстракт:* Аутори се у раду баве феноменологијом и етиологијом криминалитета жена, на глобалном плану, као и специфичности-ма на подручју Србије. Након кратког резимеа историјског развоја пенитенцијарних установа за жене, аутори представљају карактеристике једину такву установу у Србији – Казнено-поправни завод за жене у Пожаревцу. Тежиште рада налази се на анализи стања пенитенцијарног система за жене у Србији. Аутори коментаришу важећу регулативу, тражећи меру примене достигнутих међународних стандарда заштите основних права осуђених лица. На основу до сада спроведених истраживања и сачињених извештаја, аутори критички сагледавају примену појединих облика третмана за осуђенице, у КПЗ за жене. На основу изведених закључака дати су предлози побољшања имплементације постојеће регулативе, као и сугестије за унапређење појединих одредаба ЗИКС-а, и одговарајућих подзаконских аката.

*Кључне речи:* осуђена лица, затвори за жене, пенолошки третман

### 1. Феноменолошке и етиолошке карактеристике криминалитета жена

У криминолошкој литератури се о криминалитету жена разматра успутно, будући да је учешће мушкараца у чињењу кривичних дела доминантно. Стопа криминалитета жена се разликује у појединим

\* Правни факултет Универзитета у Нишу

\*\* Правни факултет Универзитета у Нишу

земљама, а креће се између 5 и 25 процената.<sup>1</sup> У Србији је тај постотак од 8 до 9 процената.<sup>2</sup> У структури криминалитета жена доминирају лакша кривична дела, извршена без употребе насиља. Жене најчешће врше имовинска кривична дела, усмерена на стицање противправне имовинске користи. Знатно мање је учешће жена у извршењу професионалног криминалитета. Осим имовинског криминалитета, жене често врше лакша насилна кривична дела, као и нарко деликте. Учешће жена у вршењу убистава је вишеструко мање у односу на мушкарце.<sup>3</sup> Често се дешава да жене убијају након дуговременог насиља, којима су изложене од супружника или других чланова породице.<sup>4</sup> Није реткост ни убиство детета при порођају (чедоморство), најчешће узроковано постпорођајним синдромом,<sup>5</sup> али и другим факторима, као што су лоше породичне и економске прилике. Последњих неколико деценија у свету се уочавају промене у структури и динамици криминалитета жена. Генерално, криминалитет жена расте, и то не само у транзиционим државама, већ и у водећим земљама у свету. У САД је уочен пораст стопе криминалитета жена, који предњачи у односу на пораст стопе криминалитета мушкараца.<sup>6</sup> Само током 80-их година прошлог века у САД је криминалитет жена порастао за 200%, а од тада до данас је забележен пораст од 400%. Таква динамика криминалитета објашњава се строгошћу Закона о дрогама, што је резултирало фрапантним порастом криминалитета везаних за дрогу. Такође је уочен пораст броја извршених кривичних дела, уз употребу насиља, као и пораст броја женских банди. У укупном броју жена криминалки, у САД, доминира црначка популација у односу на белкиње (чак осам пута више).<sup>7</sup> У теорији се, такође, упозорава на пораст броја жена које учествују у вршењу терористичких аката. Сматра се да у терористичким групама жене учествују у готово једнаком броју као и мушкарци, те да често имају руководећу улогу у њима. У Србији је криминалитет жена алоциран на кривична дела против имовине, против части и

<sup>1</sup> Милутиновић, М., *Криминологија*, Београд, 1979, стр. 186.

<sup>2</sup> Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Ниш, 2009, стр. 98. Исто показују и подаци Републичког завода за статистику (<http://webzrs.stat.gov.rs>).

<sup>3</sup> О феноменологији жена убица на подручју југоисточне Србије види: Димовски, Д., *Убиства у југоисточној Србији*, Ниш, 2014, стр. 128–131.

<sup>4</sup> Више о томе: Николић Ристановић, В., *Од жртве до затворенице: насиље у Србији и криминалитет жена*, Београд, 2000, стр. 115.

<sup>5</sup> Шепаровић, З., *Криминологија и социјална патологија*, Загреб, 1981, стр. 210.

<sup>6</sup> Сингер, М., *Криминологија*, Загреб, 1994, стр. 167.

<sup>7</sup> Белушић, И., *Криминалитет жена*, Криминологија и социјална интеграција, бр. 2/2003, стр. 168.

угледа, против живота и тела (доминација убистава и лаких и тешких телесних повреда), као и кривична дела против привреде и службене дужности.<sup>8</sup> Међу женама криминалкама доминирају незапослене, необразоване, често неписмене жене, које најчешће потичу из социопатолошких породица. Често су у детињству, или касније, биле жртве злостављања у примарној или секундарној породици. Мотиви за извршење кривичних дела се не разликују од мотива мушкараца, осим код убиства супружника. Стопа рецидивизма је значајније мања у односу на мушкарце, и износи око 10%. Врста криминалитета мења се у односу на старосну доб. Тако је код млађих жена присутнији насилнички криминалитет, док код старије популације доминира имовински криминалитет, са изузетком присуства убистава у овом животном добу.

Први радови о етиологији криминалитета жена појавили су се почетком 20. века. Чезаре Ломброзо у свом делу „Жена преступница“, из 1900. године, износи тезу да су жене криминалке знатно опасније од мушкараца, те да често врше кривична дела из освете или љубоморе. Томас криминалитет жена објашњава великом количином сексуалне енергије, која се нагомилава услед ограничења које жена има у браку. Та енергија се ослобађа вршењем кривичних дела.<sup>9</sup> Биолошке теорије нижу стопу криминалитета жена у односу на мушкарце правдају слабијом телесном конституцијом, постојањем генеративних фаза код жена, као што су менструација, трудноћа и менопауза, нижим степеном лучења хормона андрогена и недостатком „Y“ хромозома.<sup>10</sup> Веза између менструације и криминалитета није доказана, док трудноћа и период непосредно пре и након порођаја, може бити праћен депресивним стањем. У том периоду може доћи да извршења кривичног дела убиство детета при порођају. Такође, у климактеријуму долази до физичких, психичких и социјалних промена код жена, што може бити праћено депресивним стањем и склоношћу ка суициду. Од психолошких фактора, криминолози истичу осећај зависности и беспомоћности, низак ниво самопоуздања, већу емоционалност, плашљивост и пасивност.<sup>11</sup> Све наведене особине делују инхибиторно на вршење кривичних дела код жена. Психоаналитичари криминалитет жена објашњавају специфичностима које се код жена формирају у пубертету, а Фројд сматра да жене врше кривична дела услед осећаја инфериорности, због недостатка мушког полног органа. Од

<sup>8</sup> Константиновић Вилић С., Николић Ристановић В., Костић М., *op. cit.*, стр. 237.

<sup>9</sup> Ивана Белушић, *op. cit.*, стр. 166.

<sup>10</sup> Сингер, *op. cit.*, стр. 170.

<sup>11</sup> Константиновић Вилић, С., *Жене убице*, Ниш, 1986, стр. 9.

социолошких схватања, ваља истаћи теорију етикетирања. Криминалитет жена се, у оквиру овог схватања, посматра као друштвена реакција на тај феномен. Пораст криминалитета жене објашњава се већим присуством жена у раније типичним мушким занимањима. Теорија аномије мањи удео криминалитета жена у укупном криминалитету објашњава оријентисаношћу жена на брак и материнство, што утиче на нижи ниво стреса и фрустрације. Феминистички оријентисане ауторке истичу да пораст криминалитета жена кореспондира са еманципацијом и порастом економских могућности. Оне, такође, наводе угњетавање у патријархалном друштву као један од значајних фактора криминалитета жена.<sup>12</sup> Иако о криминалитету жена постоји низ схватања, и даље се може говорити о недовољно истраженој појави, на коју утиче низ фактора, биолошких, психолошких и социолошких.

## **2. Историјат затвора за жене**

Први затвор за жене отворен је 1645. године у Амстердаму („Spilnius“). У ову установу, у којој су владали уредност и ред, смештане су жене скитнице, просјациње, као и проститутке. Под утицајем цркве, у Шпанији је 1608. године настала Магдаленина кућа, намењена „непослушним“ женама, проституткама, које је требало „поправити“, уз грех и кајање. Репресивни третман у Магдалениној кући био је заснован на схватању мајке Магдалене, која је двадесет година руководила затвором, да затвор треба да има строгу дисциплину и да служи као упозорење за многе посрнуле жене, да се поправе кроз ужас кажњавања и бола. Магдаленин третман је изазвао пажњу због окрутности поступања са женама, јер је измишљен „од стране жене за жену“.<sup>13</sup> Касније су у различитим областима Шпаније, у манастирима, сестре – исповеднице контролисале „преображај“ проститутки и њихово преваспитање.

Заједничке карактеристике првих пенитенцијарних установа за жене, у погледу типа затвореница и њиховог институционалног третирања, могу се сагледати кроз три главне тачке. Најпре, жене су у затвору обављале традиционално женске послове (нпр. шивење, ткање, везење). Оне су се у затвору налазиле због имовинских деликата, проституције, или на основу захтева чланова породице, јер су биле ока-

<sup>12</sup> Ивана Белушић, *op. cit.*, стр. 167.

<sup>13</sup> Константиновић Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Ниш, 2011. стр. 219.



рактерисане као „раскалашне“, „неморалне“ и „луде“, због непоковања патријархалног моралу. Најзад, у затвору је било највише оних жена које су биле „девијантне“ и „грешне“ због своје сексуалности. То значи да је, у време настанка првих установа за затварање жена и дуго година после тога, надзор над криминалитетом и девијантним понашањем жена био у првом реду усмерен ка осигурању поштовања традиционалних основа између полова.<sup>14</sup>

Крајем 19. и почетком 20. века, под утицајем идеја Џона Хауарда и Бентама, долази до прогресивних промена у европским земљама и САД, које су се тичале услова живота осуђеница. Долази до екстерне класификације осуђеника по полу и узрасту, те су осуђенице одвајане од осуђеника у посебна одељења мушког затвора. Одвајање је вршено највише због страха од сексуалног промискуитета и због боље контроле хомосексуалности, али су услови издржавања казне осуђеница и даље били у лошем стању. У посебним одељењима мушких затвора, где су биле смештене, коришћене су као радна снага и биле изложене нехигијени, заразама, сексуалном искоришћавању.

У другој половини 19. века женске групе у САД и жене у црквеним организацијама организовале су протесте. Социјалне феминисткиње су тражиле оснивање посебних поправних завода за одрасле жене, по угледу на сличне затворе за малолетнике. Њихови напори резултирали су оснивањем првог поправног затвора за жене и девојке у Индијани, 1873. године. Установе за смештај осуђеница јављају се или као посебна одељења за жене у казнено-поправној установи, грађеној за мушкарце, или као посебне установе за осуђене жене.

Крајем 19. века, у САД су се јавили захтеви за озбиљном реформом женских затвора. Социјалне феминисткиње предлагале су оснивање посебних поправних завода за жене, који би били организовани попут породичног дома, где се осуђенице уче разним вештинама и подучавају о врлинама узорне мајке.<sup>15</sup> Истовремено се појављује схватање да затвори затвореног и полуотвореног типа не могу допринети ресоцијализацији осуђеница, већ се треба окренути ка алтернативним кривичним санкцијама. Посебно се апострофира примена новчане казне, рада у јавном интересу, условне осуде, накнаде штете. За зависнике од употребе психоактивних супстанци и за зависнике од алкохола треба основати посебне заводе за лечење.

<sup>14</sup> Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, стр. 220.

<sup>15</sup> Nikolić Ristanović, V., *Družbeno nadzorstvo in kriminaliteta žensk*, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 1991, št. 1, стр. 16–26.

Већина затвора за жене у свету данас има застарелу затворску архитектуру. Веома се мало улаже у реконструкцију старих затвора, а сами затвори имају максимални степен обезбеђења, што је несразмерно друштвеној опасности кривичних дела, које су већина жена извршиле. У таквим затворима репресивног типа тешко је спровести интерну класификацију и извршити диференцијацију третмана према великом броју мање опасних преступница и мањем броју опасних преступница. За установе затвореног типа карактеристично је спољашње и унутрашње обезбеђење, које се огледа у постојању двоструких врата, вишеструких аларма, високих зидова и сл. Такође је карактеристично и постојање одељења са слободнијим режимом долазака и одлазака. Спроводи се ригорозна контрола кретања дневних и слободних активности у установама затвореног и у установама отвореног типа, намењених женама.

У Србији данас постоји само један казнено-поправни завод за жене. То је КПЗ за жене у Пожаревцу. Реч је о пенитенцијарној установи полуотвореног типа, која има три одељења – отворено, полуотворено и затворено одељење. КПЗ за жене у Пожаревцу је капацитета укупно 260 лица, од тога 240 места за лица, осуђена на затворску казну, а 20 места за прекршајно кажњена лица. Иако је Законом о извршењу кривичних санкција предвиђено да је КПЗ за жене у Пожаревцу установа полуотвореног типа, она по архитектури и степену обезбеђења одговара стандардима установе затвореног типа. На тај начин се извршење казне затвора, када су у питању жене, у Србији спроводи у неадекватном типу установе. Више од половине осуђеница чине жене осуђене за убиство, а остале за имовинска кривична дела (крађе, преваре), за економска кривична, као и за кривична дела везана за дрогу. Међу осуђеницама које су извршиле убиство већину чине оне које су убиле мужеве или рођаке, након вишегодишњег физичког и вербалног злостављања. Већина осуђеница је неписмена, 21,6% осуђеница је завршило средњу школу, а само три су завршиле факултет. Више од половине осуђеница су домаћице и пољопривреднице. Већина затвореница је старости између 25 и 45 година. Међу осуђеницама има највише удовица, претежно услед околности да су убиле мужеве. Остале осуђенице су или разведене, или удате, а најређе неудате. Већи део осуђеница има децу.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Николић Ристановић, В., *Бесмисао казне затвора, или ка феминистичкој анализи казне*, Женске студије, бр. 2-3/2015, текст доступан на: <http://www.zenskestudie.edu.rs/izdavastvo/elektronska-izdanja/casopis-zenske-studije/zenske-studije-br-2-3/260-bez-smisao-kazne-zatvora-ili-ka-feministickoj-analizi-kazne>, приступ: 27.06.2015. године.

### 3. Међународни стандарди о људским правима жена у затворима

На међународном плану ретко се указује на специфичност положаја жена осуђених на казну затвора. Документа којима су регулисана права жена, као што је нпр. Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW) и Пекиншка декларација и платформа деловања, не садрже одредбе које се односе на жене у затворима. Положај осуђених лица, без обзира на пол, регулисан је Универзалном конвенцијом УН-а о људским правима, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, Европском конвенцијом о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака, Европским затворским правилима и Стандардним минималним правилима о поступању са затвореницима. Сва ови документа истичу потребу заштите угледа и части затвореница, као и заштиту од свих поступака који представљају мучење, понижавање или додатно кажњавање.

На основу Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Одбор за права човека је препоручио да чувари женских затвора, посебно они који долазе у непосредни контакт са осуђеницама, или врше надзор у току ноћи, морају бити жене, а да мушки чувари затвора не би смели учествовати у мерама које укључују телесни додир као што је нпр. претрес. Медицинско особље за затворенице би такође требало да буде женског пола. Затвореницама мора бити осигурана лекарска нега гинеколога, а такође им се мора омогућити обављање личне хигијене и снабдевање потребним санитетским материјалом.

Постоји одређени број међународних докумената који садрже посебне одредбе о женским лицима у пенитенцијарним установама. Та документа су Стандардна минимална правила УН-а о поступању са затвореницима, Резолуција Конгреса УН-а из 1980. године и Резолуција о третману према женама у кривичном правосуђу из 1985.<sup>17</sup>

Према Стандардним минималним правилима УН-а о поступању са затвореницима, мушка и женска лица треба да буду затворена у различите заводе, а уколико су смештена у исти завод, просторије одређене за смештај осуђеница треба да буду одвојене. У заводима за жене морају постојати посебни уређаји који су потребни за лечење трудница, као и

<sup>17</sup> Више о томе: Константиновић Вилић, С., Соковић, С., *Прописи о извршењу кривичних санкција Србије из угла родне равноправности: потенцијална дискриминација осуђеница* (текст доступан на: <http://www.chr-nis.org.rs/wp-content/uploads/2011/05/ZIKS-i-rodna-ravnopravnost.pdf>, приступ: 26.06.2015. године).

жена које се опорављају од порођаја или болести. Ако је дете рођено у затвору, та околност се не помиње у изводу из матичне књиге рођених. Уколико је мајкама затвореницама дозвољено да задрже своје новорођенче, потребно је предузети све мере да се организују посебне просторије за боравак новорођенчади, са квалификованим особљем.

Резолуција УН-а донета је у Каракасу 1980. године. Она се односи на третман према осуђеницама. Предвиђа да са женама у току суђења, притвора и издржавања казне треба поступати праведно, уз поштовање начела равноправности. Резолуција посебно подвлачи посебну пажњу коју треба посветити женама које су трудне и њиховој новорођенчади.

Резолуција о третману према женама у кривичном правосуђу донета је на Конгресу УН-а у Милану, 1985. године. Она садржи неколико препорука. Истиче се да у затворима треба да постоје службе које ће водити бригу о посебним потребама пунолетних и малолетних жена преступница. Резолуција тражи да се испитају алтернативе затварања у свакој фази поступка, те да се осигура адекватно одмеравање и изрицање казни, сразмерних тежини кривичног дела. Такође се истиче потреба да се разради стратегија за осигурање коректног поступања према женама преступницама, и да се подстакне сарадња са медицинским и службама социјалне заштите.

Канцеларија УН за дрогу и криминал (UNODC) усвојила је Приручник о женама у затвору, 2008. године. Овај документ апострофира посебне потребе осуђеница, са акцентом на права осуђеница са децом. Осим тога, у Приручнику је наглашена потреба да се осуђеницама нагласи приступ свим активностима, које имају осуђеници. За службе у пенитенцијарним установама установљена је обавеза да раде на реализацији контаката осуђеница са породицом.<sup>18</sup>

На регионалном плану, документ Савета Европе од круцијалног значаја за успостављање стандарда о заштити људских права су Европска затворска правила.<sup>19</sup> У овом документу се, најпре, успоставља стандард одвојености осуђених лица по полу (Правило 18 став 8). У Правилу 19 став 7 регументиран је захтев за обезбеђење посебних услова за хигијену жена. У ЕЗП је, такође, наглашена потреба за уважавањем физичких, психолошких и друштвених потреба жена осуђеница (Правило 34 став 1). У истом Правилу (став 2) успостављена је обавеза пружања подршке и помоћи жртвама свих видова злостављања, у пенитенцијарној

<sup>18</sup> UN Office on Drugs and Crime (2008) *Handbook on Women in Prison*.

<sup>19</sup> [www.coe.int/dgh/standardsetting/prisons/EPR/EPSSerbian](http://www.coe.int/dgh/standardsetting/prisons/EPR/EPSSerbian), приступ: 26.06. 2015. године.

установи. За децу рођену у затвору постоји дужност управе установе да обезбеди све неопходне услове. Новорођенчад могу да остану са мајком у установи само ако је то у најбољем интересу детета (Правило 36 став 1). Осим тога, захтева се посебан смештај у посебне просторије за боравак детета док се налази са мајком у установи.

Већина земаља је усвојила Стандардна минимална правила, као и Европска затворска правила, и у своје законе унела одредбе које се тичу жена затвореница. Међутим, спровођење законских одредаба у пракси зависи од низа околности, пре свега од материјалних могућности, али и од степена поштовања женских људских права и слобода осуђеница.<sup>20</sup> Закон о извршењу кривичних санкција из 2014. године<sup>21</sup> имплементира достигнуте међународне стандарде у области заштите основних права осуђених лица, а посебним потребама жена осуђеница бави се у неколико одредаба, које ће бити предмет анализе у наредним одељцима.

#### 4. Основне карактеристике затвора за жене

Према важећим прописима, жене у затвору, као уосталом и током вођења кривичног поступка, имају иста права као осуђена лица мушког пола, али у пракси оне немају једнак приступ тим правима, нити су у правним нормама, које се примењују према лицима лишеним слободe, сагледане специфичне потребе жена затвореница. Те родно специфичне потребе<sup>22</sup> жена у затвору односе се на исхрану, повећану хигијену, здравствену заштиту, посебно у случајевима хроничних болести, ХИВ-а, хепатитиса, других инфекција и полно преносивих болести, психолошку помоћ и терапију у случају преживљеног насиља, посттрауматског стреса, употребе алкохола и опојних дрога, постојања ризика од самоубиства и самоповређивања, репродуктивних права и права деце.<sup>23</sup>

Питање остваривања контакта осуђеница са децом регулисано је на различите начине. Мало је земаља у чијим је затворима дозвољен дужи боравак новорођеног детета с мајком. У америчким затворима

<sup>20</sup> Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, стр. 218–219.

<sup>21</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 55/2014. године, у даљем тексту: ЗИКС.

<sup>22</sup> О потреби узимања у обзир специфичности пола приликом заштите сведока и жртава у кривичном поступку види: Илић, И., „Кривичнопроцесна заштита жена сведока и жртава“, у: *Правна клиника за заштиту права жена – нормe и пракса*, Београд, 2013, стр. 149–165.

<sup>23</sup> Константиновић Вилић, С., Соковић, С., *Родна димензија правилника у области извршења кривичних санкција*, део пројекта „Корак по корак кроз реформу система затварања“ Центра за људска права, Ниш, стр. 1.

само изузетно је могуће да дете, које осуђеница роди у току издржавања казне, остане уз мајку неко време. С друге стране, у већини европских затвора оваква могућност постоји. У Србији, дете рођено за време док је мајка на извршењу затворске казне, остаје уз мајку до навршене две године (члан 119 став 1 ЗИКС-а). Ово је измена, у односу на раније законско решење, да дете остаје уз мајку годину дана по рођењу. Поређења ради, у Хрватској дете остаје уз мајку до навршене треће године живота. У погледу времена до ког дете остаје са мајком осуђеницом, поставља се питање оправданости боравка детета у затворским условима, са једне стране, и могућности да расте уз мајку, са друге стране. Према мишљењу психолога, за дете је боље да буде уз мајку до тренутка настанка потребе за социјализацијом. Од тог момента, целисходније је да се дете развија ван пенитенцијарне установе, или да се обезбеди да већи део дана борави у вртићу, ван затворске установе. Како је почетак социјализације везан за узраст након две године живота, чини се оправданим ново законско решење у новом ЗИКС-у.

Према одредбама ЗИКС-а, труднице, породиље и мајке које негују дете смештају се одвојено од осталих осуђеница (члан 78 ЗИКС-а). Просторије у којима бораве осуђенице са децом и труднице морају да одговарају по стандардима установама деље заштите (члан 120 став 2 ЗИКС-а). У КПЗ Пожаревац за жене, труднице, и породиље су смештене у посебном делу, који се колоквијално назива „Породилиште“. Бебама су обезбеђена средства за хигијену, играчке и храна, из буџета Републике Србије, што је стандард, прописан ЗИКС-ом, да су порођај, нега и смештај осуђеница са децом бесплатни. Породиљама је обезбеђена медицинска нега, 24 часа дневно. Имајући у виду могућност појаве постпорођајног стреса код жена, поготово у специфичним условима у пенитенцијарним установама, од великог је значаја обезбедити помоћ психолога. Осуђена жена која негује дете има, такође, према одредбама ЗИКС-а, право на помоћ стручног особља. Осим тога, труднице, породиље и мајке које негују дете имају право на одсуство са рада, сходно регулативи, која уређује права из радног односа (члан 110 ЗИКС-а). За посете деце, након навршене две године, важе иста правила као за супружнике. Постоји могућност реализовања посете у посебним просторијама завода, најдуже до три сата, једном у два месеца. У неким земљама постоји могућност боравка два до три дана, у малим породичним апартманима, у којима су осуђеница и њена породица сами, припремају оброке, забављају се, гледају телевизију. Имајући у виду да се дете, након што је навршило две

године, одваја од мајке осуђенице, потребно је обезбедити механизме постепености одвајања, у најбољем интересу детета. Наведеним стандардима за мајке са децом треба додати могућност одлагања извршења казне затвора, када је осуђеница навршила шести месец трудноће, или када има дете млађе од годину дана. Ова могућност постоји најкасније до навршене треће године детета. Могућност одлагања извршења казне затвора постоји и у случају рођења мртвог детета, или смрти детета, након порођаја.

У већини женских затвора затворенице су смештене у спаваонице са неколико осуђеница. Ретко се могу срести пенитенцијарне установе у којима осуђеница има своју собу. Нажалост, таква је ситуација и са КПЗ за жене у Пожаревцу. Пренасељеност пенитенцијарних установа у овом делу Европе не заобилази ни Србију. Капацитет КПЗ за жене у Пожаревцу је 260 места. Ранијих година је број осуђеница, међутим, био знатно већи. Ипак, од 2013. године, број осуђеница се креће у оквиру капацитета завода, или мало изнад тога.<sup>24</sup> Имајући у виду да је КПЗ за жене у Пожаревцу једина установа тог типа у Србији, у њу се смештају жене осуђене на казну затвора, прекршајно кажњене на казну затвора, као и малолетнице осуђене на казну малолетничког затвора. Смештањем у исту установу отежава се контакт осуђеница са породицом, а доведен је у питање и принцип смештаја што ближе пребивалишту осуђеног лица.

Особености третмана жена, у односу на мушкарце, није препозната приликом примене мере притвора. У подзаконској регулативи, такође, нема посебних одредаба које се односе на жене осуђенице. То је крупан недостатак, имајући у виду да се уредбама и правилницима операционализују законске одредбе о третману осуђеница. Специфичности ове категорије<sup>25</sup> затворске популације захтева посебну регулативу, која уважава потребе жена.

<sup>24</sup> Током 2013. године у КПЗ Пожаревац је боравило 273 осуђеница (Извештај о посети КПЗ за жене у Пожаревцу, Београд 2013, стр. 12. Текст доступан на: [http://www.ombudsman.rs/attachments/3218\\_IZVESTAJ%20POZAREVAC%20ZENE%20final.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/3218_IZVESTAJ%20POZAREVAC%20ZENE%20final.pdf), приступ 25.6.2015. године).

<sup>25</sup> Непрепознавање специфичних потреба појединих категорија у осуђеничкој популацији једна је од карактеристика домаће легислативе. Више о положају старијих осуђеника види: Костић, М., Михајловић, А., „Положај старијих осуђеника у пенитенцијарним установама“, у: *Кривично законодавство – de lege lata et de lege ferenda*, Приједор, 2015, стр. 399–416.

## **5. Облици третмана према осуђеницама**

Најзначајнији облици третмана, који се примењују према осуђеницама, јесу образовање и професионално оспособљавање, радна терапија, организовање слободног времена, групна терапија и приближавање условима живота на слободи.

Образовање и професионално оспособљавање неопходан је део третмана, јер је већина осуђеница с нижим степеном образовања. За већину затвора карактеристично је постојање професионалног оспособљавања, које је усмерено на типично женска занимања без могућности избора. У Канзасу се жене и девојке обучавају у кувању, шивењу или вртларству. Као пример добре праксе у овој области наводи се поправни дом за жене у Њу Џерсију у коме сви наставници са универзитетским образовањем и све затворенице похађају школу, а оне које су заинтересоване имају могућност да прате течајеве из књиговодства и трговине. У тој установи такође постоје и посебни разреди за неписмене девојке.

У већем броју пенитенцијарних установа, програми општег и професионалног образовања су ретки и лоше организовани, те је у њих укључен мали број осуђеница (нпр. затвори Tanguay, Kongston, Framingham, Waynesburg). Женама у затвору стоје на располагању искључиво традиционални женски послови, попут шивења, ткања, преправљања одеће, плетења, рада у кухињи и фризерских послова. Тако је, примера ради, у затвору Ринге у Данској, једини посао који обављају осуђенице ручна израда намештаја, што иначе представља посао типичан за просечну Данкињу.<sup>26</sup>

Према Извештају Казнено-поправног завода за жене у Пожаревцу из 2010. године, професионално оспособљавање осуђеница и даље подразумева примарно кројачку и пољопривредну делатност. С обзиром на мале капацитете у кројачкој радионици и на пољопривредној економији, готово половина осуђеница је распоређена на тзв. лакше мануелне послове. Практично и професионално образовање своди се само на кројачке и пољопривредне послове, с тим да су технологија рада (застареле кројачке машине, недостатак средстава за пољопривредну опрему, пластенике...), капацитети (максимално по 30) и услови (нема мо-

<sup>26</sup> Николић Ристановић, В., *(Без)смисао казне затвора или ка феминистичкој анализи казне*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1995.



круг чвора, грејање не функционише, под је од бетона...) и за ове послове на граници подношљивог.<sup>27</sup>

На овај проблем надовезује се и чињеница да половина осуђеница нема завршену средњу, односно основну школу. У Заводу не постоји ниједан формални облик образовања, односно стручног усавршавања осуђеница. Ангажовање особља своди се на спорадично организовање курса описмењавања, који углавном добровољно држи нека од писмених осуђеница.<sup>28</sup> Неспровођење програма основног и средњошколског образовања у оквиру КПЗ у Пожаревцу један је од највећих недостатака третмана. Спровођење програма описмењавања, курс грнчарије и обука за рад на рачунару недовољни су за остваривање зацртаних циљева ове врсте третмана осуђеница. Није тешко закључити да у КПЗ за жене у Пожаревцу остваривање програма образовања није на задовољавајућем нивоу. Омогућено је једино похађање програма описмењавања. Осим тога, *ad hoc* се спроводе програми основне информатичке писмености. Осуђеницама које похађају факултет омогућен је одлазак на испите. У поређењу са осталим пенитенцијарним установама (за мушкарце), право на образовање се остварује у знатно мањој мери. Тиме се отежава укључивање осуђеница у друштвене токове након извршења казне затвора.

Радна терапија у функцији је преваспитавања осуђеница. Међутим, реализацију радног процеса тешко је спровести у оним установама, које немају средства и сировине за рад, или имају застарелу опрему. Послови које жене могу да обављају у таквим условима традиционално су женски послови, као што је шивење, ткање, кување, прање подова, прање судова и сл. Поставља се питање да ли овакав рад, уз одсуство материјалног стимулисања, може да представља облик третмана и да има васпитну функцију. У КПЗ за жене у Пожаревцу забележена је недовољна упошљеност. Мали број упошљених осуђеница последица је недостатка квалификација, за које постоји потреба за радним ангажовањем. Са друге стране, недостају инструктори који би извршили едукацију осуђеница за та занимања. Обука се спроводи најчешће за по-

<sup>27</sup> Извештај Казнено-поправног завода за жене у Пожаревцу од 2010. године. Текст доступан на: [http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.helsinki.org.rs%2Fserbian%2Fdoc%2Fzatvori%2520-%2520KPZ%2520za%2520zene%2520pozarevac.doc&ei=rsCRVZzeI-K\\_ywOdqoCYDg&usq=AFQjCNEr-6g3GY1srYnae9gkiCMnDP4OLg&sig2=LOPcXjelZU9LGVtk7GVvTg&bv=96783405,d.bGQ](http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.helsinki.org.rs%2Fserbian%2Fdoc%2Fzatvori%2520-%2520KPZ%2520za%2520zene%2520pozarevac.doc&ei=rsCRVZzeI-K_ywOdqoCYDg&usq=AFQjCNEr-6g3GY1srYnae9gkiCMnDP4OLg&sig2=LOPcXjelZU9LGVtk7GVvTg&bv=96783405,d.bGQ), приступ: 29.06.2015. године.

<sup>28</sup> Ibidem

слове кројача и за пекара. Чак ни обука за рад на одржавању баште није спровођена. Ни услови рада у радионицама нису на завидном нивоу. Као крупни недостаци помињу се недостатак расхладних уређаја и застареле машине. Упошљеност између 20 и 50%<sup>29</sup> свакако је један од горућих проблема у реализацији третмана. Упошљавање, додуше само спорадично, на пословима уређења јавних површина и на паковању робе, ван Завода, свакако је добар начин да се већи број осуђеница укључи у овај, по много чему, одлучујући облик третмана.

Организовање слободног времена значајан је облик третмана који се примењује у установама. Међутим, истраживања показују да је у установама за жене главна активност у слободно време гледање телевизијског програма и филмова. Врло мали број жена чита књиге, јер у затвору често нема библиотека, или су библиотеке мале и слабо снабдевене, што је према Извештају Казнено-поправног завода за жене у Пожаревцу из 2010. године, такође случај. Бављење жена спортским активностима такође је веома значајно, али се примењује у мањем броју установа, у којима постоје спортски терени.

Приближавање условима живота на слободи остварује се на више начина. Посебно је важно одржавање контакта осуђеница са члановима породице, нарочито са децом. Треба настојати да се обезбеди што чешћи контакт мајке са децом. Такође, потребно је омогућити представницима друштвених организација и невладиних организација, заинтересованих за помоћ затвореницама, приступ затворима и држање радионица, предавања, курсева, семинара, за која су осуђенице заинтересоване.

Групна терапија веома је значајан део третмана, јер се осуђенице уче ненасилном решавању конфликта. Као добар пример издваја се примена групне терапије у женском затвору у Игу у Словенији. У оквиру третмана „социотерапијска оријентација“ значајно место заузела је групна интеракција. Формиране су четири групе осуђеница, којима је руководио тим састављен од четири стручњака, оспособљених за групни рад. Састанци су одржавани једном недељно у исто време и на истом месту. Почетни разговори су се односили на уобичајене ствари, као што су хигијена и кућни ред, а касније се почело расправљати о погодностима. Групе нису могле саме о томе да одлучују, већ су предлагале стручном колегијуму давање погодности. Повремено је долазило до конфликта међу групама, па је требало увести нови облик рада, који би одстранио напетост. Формирана је домска или терапијска заједница, састављена од

<sup>29</sup> Извештај о посети КПЗ за жене у Пожаревцу, *op. cit.*, стр. 44.

свих радника завода и свих осуђеница, која се састајала једном недељно. На састанцима је дискутовано о поступцима појединаца, радника и осуђеница, без обзира на њихов статус. Одлучивало се о важним стварима, које се тичу живота у заводу, или изван њега. Супервизори за овакав начин рада били су радници Министарства правосуђа Словеније.<sup>30</sup> У КПЗ за жене у Пожаревцу периодично се реализују програми у оквиру групне терапије. Неке од недавно реализованих су психолошког карактера („Препознај, оснажи, реагуј” и „Упознај своје емоције, будимо бољи у комуникацији с другима”). Осим тога, реализују се облици групне терапије, с циљем подизања свести о потреби здравствене заштите и личне хигијене, за превенцију насиља и за одвикавање од конзумирања наркотика.<sup>31</sup> Напори на плану спровођења групне терапије свакако су за похвалу, и требало би их спроводити континуирано, уз учешће већег броја припадника стручних служби у КПЗ у Пожаревцу.

## 6. Затвори за жене и криминалитет жена

Анализа стања у затворима за жене показује одсуство воље да се у ове установе омогући продор модерних трендова у извршавању казне затвора. Отворене установе у затворима за жене још увек су реткост, тако да се према женама примењује оштрији третман, који је у апсолутној контрадикцији са њиховом реалном друштвеном опасношћу, имајући у виду чињеницу да су већина осуђеница или жртве насиља у породици, или мајке које врше кривична дела, с циљем прехрањивања породице. Припрема за укључивање у нормалан живот на слободи, односно програм ресоцијализације, или не постоји или је неадекватан. Начин на који је организован образовни процес и процес стручног усавршавања нигде у свету не ствара претпоставке за економски независан живот жене на слободи. Женама се не омогућава школовање и стручно оспособљавање, или се оспособљавају искључиво за традиционална женска занимања, за која је најтеже наћи запослење и која су најслабије плаћена.<sup>32</sup>

Криминалитет жена је, у највећем броју случајева, тесно повезан са тешким економским положајем жена, када оне врше имовинска и економска кривична дела. Економска зависност, у односу на супруга, оца или неког другог члана породице, доводи до вршења кривичних дела

<sup>30</sup> Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, стр. 224.

<sup>31</sup> Више о томе: Извештај о посети КПЗ за жене у Пожаревцу, *op. cit.*, стр. 41.

<sup>32</sup> Николић Ристановић, В., *op. cit.*

против живота и тела. Убиство, због дуготрајног злостављања од члана породице, повезано је са ниским образовним и социјалним статусом, који им умањује способности и реалне могућности за тражење легалних излаза из економске, социјалне или породичне ситуације у којој се налазе. Из наведеног је јасно да првенствено деловањем на те факторе треба утицати на спречавање криминалног понашања жена у будућности. Данас највећи део криминалитета жена врше необразоване жене, које су се налазиле у односу зависности према другима. За овакве жене веома је важан процес ресоцијализације у затвору. Реалност је сасвим другачија. Уместо да буду оспособљене и психички оснажене за независтан живот на слободи, оне се формирају за зависне улоге, уз помоћ већ постојеће зависности, да би се у њој даље одржавале, под изговором заштите. На тај начин ствара се погодно тле за даљу криминализацију. Тако ће жена, која је на издржавању казне због извршеног имовинског деликта, јер није била у могућности да издржава себе и своју децу, уколико из затвора изађе без способности да на легалан начин нађе запослење, или без могућности да користи социјална давања, наставити да не поштује закон после изласка из затвора. Жена која је у затвору због убиства мужа, после дугогодишњег насиља над њом, за коју се може рећи да је ситуационо криминалка, уколико није оспособљена за живот на слободи, после изласка из затвора лако може поново постати жртва или криминалка.<sup>33</sup> Нису непознати случајеви да се овакве жене, немајући алтернативу, поново везују за примитивне и насилне партнере и тако улазе у зачарани круг, из којег је поново једини излаз криминалитет.<sup>34</sup>

## **7. Примери добре праксе**

Установа Пурди у Вашингтону, основана 1973. године, доста се разликује од класичних установа јер подсећа на студентски град, где су зграде модерне, нема бодљикавих жица, високих зидова и стражарских кула. Као установа отвореног типа има само минимално обезбеђење због сигурности затвореница, иако се у установи налазе жене осуђене за различита кривична дела, између осталог и убиства. Бекство се не спречава силом, већ се сматра делом терапије, јер треба да покаже жени која је побегла да је погрешила и да је неопходно да се укључи у корекциони

<sup>33</sup> Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, стр. 225.

<sup>34</sup> Николић Ристановић, В., *op. cit.*

програм. Све се заснива на одговорности жена. Од њих се не тражи да устају у одређено време ујутру, нити да тачно долазе на оброке, али се тражи да посећују часове, секције или друге програме по распореду. С обзиром на то да већина из центра има децу, дозвољено је да деца често посећују мајке и да остану са мајкама преко викенда у установи која је добро опремљена дечјим играчкама.<sup>35</sup>

Аскам Грејнц је женски затвор отвореног типа, основан 1947. године у Енглеској. Садржи болнички део са двадесет кревета, за породиље са својим бебама. Он представља прогресивну установу, у оквиру казненог система женских затвора. Смештај затвореница је по спаваоницама са више лежачева. Режим кажњавања сведен је на преиспитивање, стручно оспособљавање и психолошко саветовање. Едукацију затвореница врше васпитачи и професори с Манчестерског државног колеџа. Здравствена нега је доступна затвореницама дванаест часова дневно.

Затвор Винчестер у Енглеској основан је 1846. године. То је затвор за мушкарце, али садржи и посебан део за жене затворенице, са посебним улазом. Ово је типичан затвор викторијанског стила и радијалног дизајна. Затвореници се налазе у истој згради, без обзира на пол и узраст, што је изводљиво, јер затвореницима није дозвољено да међусобно комуницирају. Године 1963. дограђен је један део за младе преступнице, који је 1995. године претворен у женски затвор за пунолетне преступнице, познат под називом „Вест хил“. Смештај осуђеница је по ћелијама. Режим кажњавања заснован је на едукацији и раду у башти, или у затворским радионицама, али постоје и психолошки програми, који се одnose на начине контролисања беса и унапређење размишљања.

Један од савремених затвора за жене је Казнено-поправни дом за жене у Игу, у Словенији. Реч је о установи полуотвореног типа, са полуотвореним и отвореним одељењима. Смештен је у старом грофовском дворцу, чији је капацитет око три стотине осуђеница. Осуђенице немају униформе, облаче се по сопственој жељи и могућностима, носе накит, могу да користе шминку, имају уредне фризуре. Поред спаваоница, у склопу зграде постоји: клупска просторија са ТВ-ом, радио апаратом и грамофоном, чајна кухиња, у којој саме осуђенице спремају чај и кафу, соба за фризирање, амбуланта. Изван зграде је отворени базен за купање, кућа за посете без надзора. Постоји мало породилиште са јаслама, а у оближњој шуми трим стаза, за рекреацију. Капија је дању откључана

<sup>35</sup> Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, стр. 221–222.

и нема стражара (наоружан полицајац дежура код капије само ноћу, од осам до шест сати ујутру), из разлога безбедности осуђеница.

## **8. Закључак**

Садашње стање целокупног пеналног третмана у Србији поседује низ значајних недостатака, који отежавају циљ примене казне затвора. Иако се, у теорији, оправдано поставља питање примене казне затвора према женама, није тешко приметити да је примена алтернативних санкција и парасанкција недовољна. Са друге стране, затворски систем, у коме постоји само једна установа, номинално, полуотвореног, а фактички, затвореног типа, онемогућава диференцијацију осуђеница према тежини извршеног кривичног дела и потребама третмана. У односу на мушкарце осуђенике, доведен је у питање принцип извршења казне затвора у околини пребивалишта. На тај начин је отежана и комуникација са породицом. Услови у КПЗ за жене су недовољно добри, што може имати неповољне реперкусије по здравље жена осуђеница. Недостаци у третману косе се ца циљем ресоцијализације, коме се тежи. Курс описмењавања, уместо осмишљеног образовног система, оспособљавање за два до три заната и недовољна упошљеност, не може представљати помак напред за индивидуу, која се налази на извршењу казне затвора. Постпенални третман, који је ионако веома лоше организован, готово да представља немогућу мисију, ако осуђеница изађе из установе без икаквих могућности да применом свог знања или вештине заради за живот. Поврх свега, доминантна категорија осуђеница су жене убице, које су лишиле живота свог мужа или члана породице након дугогодишњег злостављања. Поставља се питање каква се порука шаље друштву уопште, када се једино пише егзекуција, а предисторија, која је кулминирала јединим могућим излазом за жену, остане заборављена. Превенцијом насиља у породици и оштром реакцијом према насилницима, број жена убица био би рапидно смањен. За остале извршитељке, претежно имовинских деликата, опортунa је примена алтернатива казни затвора, у виду рада у јавном интересу. Од ове кривичне санкције корист би имала држава и друштво, уз избегавање похађања „школе за криминалце“, након чега се осуђеница тешко интегрише, најпре у сопствену породицу, а касније и у ширу заједницу.

## Резиме

У криминолошкој литератури о криминалитету жена разматра се успутно, будући да је учешће мушкараца у чињењу кривичних дела доминантно. Стопа криминалитета жена се разликује у појединим земљама, а креће се између 5 и 25 процената. У Србији је тај постотак од 8 до 9 процената. У структури криминалитета жена доминирају лакша кривична дела, извршена без употребе насиља. Жене најчешће врше имовинска кривична дела, усмерена на стицање противправне имовинске користи. Знатно мање је учешће жена у извршењу професионалног криминалитета. Осим имовинског криминалитета, жене често врше лакша насилна кривична дела, као и нарко деликте. Учешће жена у вршењу убистава је вишеструко мање у односу на мушкарце. У Србији данас постоји само један казнено-поправни завод за жене. То је КПЗ за жене у Пожаревцу. Реч је о пенитенцијарној установи полуотвореног типа. КПЗ за жене у Пожаревцу је капацитета укупно 260 лица, од тога 240 места за лица, осуђена на затворску казну, а 20 места за прекршајно кажњена лица. Више од половине осуђеница чине жене осуђене за убиство, а остале за имовинска кривична дела, за економска кривична, као и за кривична дела везана за дрогу. Међу осуђеницама које су извршиле убиство већину чине оне које су убиле мужеве или рођаке након вишегодишњег физичког и вербалног злостављања. Већина осуђеница је неписмена, 21,6% осуђеница је завршило средњу школу, а само три су завршиле факултет. Више од половине осуђеница су домаћице и пољопривреднице. Већина затвореница је старости између 25 и 45 година. Међу осуђеницама има највише удовица, претежно услед околности да су убиле мужеве. Остале осуђенице су или разведене или удате, а најређе неудате. Већи део осуђеница има децу. Затворски систем, у коме постоји само једна установа, номинално полуотвореног, а фактички затвореног типа, онемогућава диференцијацију осуђеница према тежини извршеног кривичног дела и потребама третмана. У односу на мушкарце осуђенике, доведен је у питање принцип извршења казне затвора у околини пребивалишта. На тај начин је отежана и комуникација са породицом. Услови у КПЗ за жене су недовољно добри што може имати неповољне реперкусије по здравље жена осуђеница. Недостаци у третману косе се са циљем ресоцијализације, коме се тежи. Курс описмењавања, уместо осмишљеног образовног система, оспособљавање за два до три заната и недовољна упошљеност не може представљати помак напред за инди-

видуу која се налази на извршењу казне затвора. Постпенални третман, који је ионако веома лоше организован, готово да представља немогућу мисију ако осуђеница изађе из установе без икаквих могућности да примени свог знања или вештине заради за живот.

**Miomira Kostić**

**Faculty of Law, Niš**

**Ivan Ilić**

**Faculty of Law, Niš**

## **FEMALE PRISONERS – ABOUT CRIMINOLOGICAL DISCOURSE AND PUNITIVE TREATMENT**

### *Summary*

*The authors of the paper dealing with the phenomenology and etiology of female crime, globally, as well as specifics on the territory of Serbia. After a brief summary of the historical penitentiary institutions for women development, the authors present features of the only such institution in Serbia - The Correctional Institute for Women in Pozarevac. The focus of the paper is on the analysis of the situation in penitentiary system for women in Serbia. The authors comment on the valid regulations, seeking a measure of achieved international standards for protection of fundamental rights of prisoners application. Based on the research conducted so far, and reports composed, the authors critically observe the application of some form of treatment for prisoners in the penitentiary for women. Based on the findings, indicated a need to improve the implementation of existing regulations, as well as suggestions for the improvement of certain provisions of the LECS, and relevant bylaws.*

**Keywords:** *prisoners, prisons for women, punitive treatment*



## CYBER TERORIZAM

**Prof. dr Branko Vučković\***

**Prof. dr Vesna Vučković\*\***

***Apstrakt:** Cyber terorizam je relativno nov oblik terorizma. Danas, teroristi su sve veći korisnici informatičke opreme i interneta, međutim, svaka nelegalna upotreba informacionog sistema nije sama po sebi cyber terorizam. Teroristi se sve više stručno obučavaju, koriste internet, čime se povećava prijetnja od cyber terorizma. Postoji veliki broj različitih klasifikacija ovog oblika kriminala: cyber criminal u užem i u širem smislu, haking, oštećenje kompjuterskih podataka ili programa, kompjuterska špijunaža, upadi u kompjutersku mrežu i razni drugi oblici, a što sve ukazuje na kompleksnost ove vrste kriminala. U radu će se analizirati problematika cyber terorizma, mjere koje treba preduzeti u cilju sprečavanja vršenja ovog oblika kriminala. Cyber terorizam je kriminalni rat u cyber prostoru, koji ima za cilj da se zaplaši vlada i njeni građani u cilju ostvarivanja političkih ciljeva.*

***Ključne riječi:** cyber terorizam, cyber prostor, planiranje terorističkih napada, napad na informacionu mrežu.*

### 1. Uvod

Danas, širom planete Zemlje veliki je broj korisnika internet usluga i to ga čini „ranjivim“ i nesigurnim, a samim tim ono postaje dobro mjesto –

\* Председник Основног суда у Котору,  
Председник Удружења за кривично право и криминалну политику Црне Горе,  
Професор на Правном факултету Универзитета “Медитеран” у Подгорици и на  
Факултету за медитеранске пословне студије Тиват

\*\* Судија Управног суда Црне Горе,  
Професор на Правном факултету Универзитета “Медитеран” у Подгорици и на  
Факултету за медитеранске пословне студије Тиват

skrovište za različite tipove kriminalaca. Sa razvojem i umnožavanjem povjerljivih računarskih mreža u sistem globalne internet mreže, rastu prijetnje od različitih napada.

Brzi razvoj kompjuterske tehnike i informacionih tehnologija doveli su do novih, pojava oblika kriminaliteta i upotrebe novih sredstava za izvršenje krivičnih djela, a što je dovelo do većeg zanimanja istraživača za sve fenomene koji su proizašli iz takvog razvoja. Cyber terorizam jedan je od takvih fenomena, koji je, s obzirom na razorne posljedice i medijske atraktivnosti, u centru sve veće pažnje velikog broj autora, koji nastoje da definišu ovaj oblik terorizma.

Informaciono-komunikaciona tehnologija stvorila je novo okruženje – cyber prostor, koji obuhvata stanovnike raznih dijelova svijeta. Cyber prostor je *online* svijet interneta – računarskih mreža.

Terorizam je najznačajnija prijetnja savremenom društvu, iako je postojao kroz istoriju, od postanka čovjeka do danas; njegovi su se oblici ispoljavanja stalno mijenjali, usklađujući djelovanje prije svega političkim procesima, dostignućima nauke, razvojem tehnike i tehnologije uopšte.

Mogli bismo reći da ne postoji opšteprihvaćena definicija pojma terorizam, pa samim tim nije moguće dati sveobuhvatnu definiciju za cyber terorizam.

### **Kako se definiše terorizam?**

Terorizam je jedna od najvećih prijetnji danas u svijetu. Iako su se javni oblici terorizma mijenjali tokom istorijskog razvoja, ipak je on uvijek postojao u svim društveno-političkim sistemima, u svim fazama razvoja civilizacije. Bez obzira na okolnost što su se pojedini teroristički akti izvršavali na različitim geografskim prostorima i u neodređenim vremenskim razmacima, to nije smetalo da među teroristima budu zastupljene gotovo sve religije, ideologije, društvene klase i slojevi, što je zavisilo od terorističkih akata.

Terorizam je akt organizovane subverzivne djelatnosti, sa svrhom izazivanja straha, panike i nesigurnosti kod ljudi, s ciljem izazivanja opasnosti za bezbjednost zemlje.

Prema jednoj od definicija, „terorizam je metod izazivanja straha preduzimanjem ponavljajućih nasilnih djela od strane ilegalnih grupa ili organizacija (moguće i pod pokroviteljstvom ili u organizaciji nekih država) zbog kriminalnih, političkih ili ideoloških razloga. Za razliku od klasičnog ubistva,

ciljevi nasilja nijesu ujedno i glavni ciljevi tih organizacija. Neposredne ljudske žrtve nasilja najčešće se biraju nasumično (ciljevi prilike) ili selektivno (ciljevi predstavnici/simboli) iz ciljane populacije i služe kao poslužitelji/generatori poruke. Komunikacija prijetnjom ili nasiljem između žrtve i glavnih ciljeva ima za svrhu manipulaciju glavnog cilja (u ovom slučaju glavni cilj je i u ulozi publike/posmatrača) terorisanjem, postavljanjem zahtjeva ili privlačenjem pažnje<sup>1</sup>.

Imajući u vidu iznijete definicije, zaključuje se da je vrlo teško dati jedinstvenu definiciju terorizma koja bi bila prihvatljiva za sve zemlje svijeta, ali s druge strane, nesporno je da je vrlo teško djelovati preventivno i voditi borbu protiv terorizma, jer to više nije problem jedne države, on je internacionalni problem.

Postoje određene karakteristike, a to su:

Terorizam se može pojaviti na bilo kojem području, ali je njegova posljedica globalna, a u korišćenju sredstava za krajnji cilj ne postoje ograničenja. Cilj napada su uvijek objekti čije razaranje izaziva teške posljedice, najčešće posljedice koje se odnose na nuklearne, biološke, hemijske prijetnje, za čiji oporavak je potrebno duže vrijeme i veća materijalna sredstva.

## Šta je cyber terorizam?

Globalne računarske mreže stvorile su mogućnost za nove oblike kriminala. Naime, prisustvo terorista i terorističkih organizacija na internetu nije novost. Internet koji je dosta nesiguran zbog velikog broja korisnika, otvorenosti i neregularnosti, postoji pogodno tlo za rad kriminalaca različitih vrsta. Cyber prostor, njegova širina, različitim tipovima kriminala daje osjećaj neuhvatljivosti i moći. Kompjuterski kriminalitet, zbog svoje specifičnosti, širokog „cyber“ prostora, daje mogućnost neuhvatljivosti, i na taj način kompjuteri postaju sredstvo kojim se vrše različiti oblici nedozvoljenih, protivpravnih djelatnosti. Internet ima svoje prednosti, zbog čega je podoban za aktivnost terorista, a te pogodnosti su „da ima jednostavan pristup; malo ili nimalo regulacije, cenzure ili drugih oblika kontrole od strane vlasti; potencijalno ogromnu publiku raštrkanu širom svijeta; anonimnost komunikacije; jeftin razvoj i održavanje pristupa na mreži; multimedijalno okruženje (mogućnost

<sup>1</sup> Schmid, P. A., Jongman, J. A., *Political Terrorism*, North - Holland Publishing Company, Amsterdam, 1988, str. 28.

da se kombinuje tekst, slika, audio i video i da se dozvoli korisnicima da 'skidaju' filmove, pjesme, knjige, postere itd.); mogućnost da se uobličava izvještavanje u tradicionalnim masovnim medijima, koji sve više koriste internet kao izvor svojih informacija“.<sup>2</sup>

Postavlja se pitanje koje se aktivnosti terorista na internetu mogu smatrati terorističkim. U tom smislu postoji stanovište da se sve aktivnosti terorista mogu svrstati u jednu od osam grupa: psihološki rat; publicitet i propaganda; traženje informacija; prikupljanje fondova; regrutovanje i mobilizacija; umrežavanje; dijeljenje informacija; planiranje i koordinacija.<sup>3</sup>

Cyber terorizam ima potencijalno razorne posljedice, još uvijek nije definisan, ali nije sporno da prisustvo terorista i terorističkih organizacija na internetu nije novost. Nasuprot, danas se internet smatra omiljenim sredstvom terorista u njihovoj međusobnoj komunikaciji i u komunikaciji s javnošću.

## 2. Pojam i oblici cyber kriminala

Od prvih pojavnih oblika kompjuterskog kriminala pa do njegovog definisanja prošao je dug vremenski period. Odmah nakon prvih definicija kompjuterskog kriminala, pojavio se nov oblik kriminala – cyber kriminal.

Cyber kriminal je kompleksan i pokriva raznovrsne kriminalne aktivnosti vezane za napade na kompjuterske podatke i sisteme, napade vezane za računare, sadržaje, intelektualnu svojinu i slično.

Postoji nekoliko definicija cyber kriminala:

1. Cyber kriminal ili e-kriminal ili visokotehnoški kriminal obuhvata aktivnosti u kojima su kompjuteri i slični informatički uređaji i kompjuterska mreža, predmet, sredstvo, cilj ili mjesto krivičnog djela.

2. Cyber kriminal predstavlja kriminalne aktivnosti koje uključuju korišćenje novije informatičke tehnologije za nedozvoljen pristup, oštećenja podataka, oštećenje ili upad u kompjuterske sisteme, elektronsku prevaru, elektronsku krađu.

3. Cyber kriminal je kriminal počinjen na internetu uz korišćenje kompjutera ili sličnog uređaja kao sredstvo ili cilj krivičnog djela.

4. Cyber kriminal je kriminalna aktivnost počinjena uz upotrebu kompjutera ili počinjen uz upotrebu sličnog sredstva.

<sup>2</sup> G. Weimann, *How Modern Terrorism Uses the Internet*, Washington, 2004, United States Institute for Peace, <http://www-usip.org/pubs/specialreports/sr116.html> (pregledano 09.05.2012).

<sup>3</sup> Ibid.

Pod pojmom cyber kriminal podrazumijevamo bilo koji oblik kriminala koji se može izvršavati upotrebom kompjuterskih sistema i mreža, zatim u kompjuterskim sistemima i mrežama ili protiv kompjuterskih sistema i mreža.

Jednom riječju, cyber kriminal je kriminal koji se odvija u elektronskom okruženju, u širokom cyber prostoru.

Konvencija o cyber kriminalu (*Convention on Cybercrime*)<sup>4</sup> pod kompjuterskim sistemom podrazumijeva svaki uređaj ili grupu međusobno povezanih uređaja kojima se vrši automatska obrada podataka ili bilo kojih drugih funkcija.

Postoji više definicija cyber terorizma.

Cyber terorizam označava unaprijed smišljene, politički motivisane napade podnacionalnih grupa ili pojedinaca protiv informacionih i kompjuterskih sistema, kompjuterskih programa i podataka koji rezultiraju nasiljem protiv civilnih meta.<sup>5</sup>

Cyber terorizam je smišljena upotreba remetećih aktivnosti, ili prijetnja njima, protiv kompjutera ili mreža, sa namjerom da se prouzrokuje šteta ili ostvare dalji društveni, ideološki, religijski, politički ili slični ciljevi, ili da se zastraši osoba zarad ispunjenja tih ciljeva.<sup>6</sup>

Kompjuterske mreže, odnosno, informaciono-komunikaciona tehnologija pojavljuju se kao:

- a) Cilj napada – napadaju se servisi, funkcije i sadržaj na mreži, uz krađu usluga, identiteta, oštećuju ili uništavaju dijelovi ili cijela mreža ili kompjuterski sistemi ili se ometa njihov rad;
- b) Kao sredstvo (alat) – danas se sve više koriste kao oruđe za realizaciju namjera, najčešće kod zloupotrebe intelektualne svojine, *on line* prodaje i kupovine razne nedozvoljene robe i sl.
- c) Kao okruženje u kojem se napadi realizuju – okruženje služi za prikrivanje kriminalnih radnji;
- d) Kao dokaz – podrazumijeva da se mogu mreža i ICT koristiti kao dokaz za cyber kriminal.

Cyber kriminal je takav oblik kriminaliteta kod koga je cyber prostor okruženje, u kome se kompjuterske mreže pojavljuju kao sredstvo, cilj, dokaz i okruženje izvršenja krivičnog djela. Cyber prostor je „prostor u kome

<sup>4</sup> European Committee on Crime Problems; European Committee of Experts on Crime in Cyber – Space, Draft Convention on Cyber – crime, April, 2000, <http://europa.eu.int>

<sup>5</sup> A.M. Colarik, *Cyber Terrorism*, Political and Economic Implication, 2006, Hersey, str. 46.

<sup>6</sup> K. Coleman, *Cyber Terrorism*, Directions Magazine, 2003, str. 84.

funkcionišu kompjuterski programi i kreću se podaci“, koji u velikoj mjeri pogađaju metu.<sup>7</sup>

Cyber terorizam, kao napad na računare i računarske mreže, problematično je odrediti, jer treba utvrditi namjeru, identitet ili politički motiv napada.

Centar za zaštitu nacionalne infrastrukture Sjedinjenih Američkih Država definiše cyber terorizam kao „kriminalni akt izvršen kroz računare rezultirajući nasilju, smrti i/ili destrukciji, stvarajući teror radi ubjeđivanja vlade da promijeni svoju politiku“.

Marc Pollitt definiše cyber terorizam kao unaprijed smišljeni, politički motivisan, napad protiv informacija, računarskih sistema programa i podataka koji izazivaju nasilje i strah kod civilnih meta.<sup>8</sup>

James Lewis iz Centra za strategije i međunarodne studije i Marcus Hendershot definišu cyber terorizam kao „korišćenje računarskih mreža i alata radi prekida rada kritičkih nacionalnih infrastrukture ili da primora ili zastraši vladu i njene građane“.<sup>9</sup>

Nesporno je da veliki broj definicija o cyber terorizmu upućuje na to da se radi o vrlo kompleksnom problemu, ali u svakom slučaju mogli bismo zaključiti da je to kriminalni akt u cyber prostoru koji ima za cilj da se zaplaši vlada ili njeni građani u cilju ostvarenja političkih ciljeva.

Prijetnje u cyber prostoru karakteriše izrazita dinamičnost, veliki broj forma, oblika, širenje novih oblika paralelno sa većom upotrebom računarskih mreža, njegovo otežano otkrivanje i dokazivanje.

Prijetnje u cyber prostoru definišu se kao cyber kriminal, cyber terorizam i cyber ratovanje.

### 3. Oblici cyber kriminala

Cyber kriminal postoji u dva svoja oblika:

1. cyber kriminal u *užem smislu* – koje predstavlja svako nezakonito ponašanje usmjereno na elektronske operacije sigurnosti kompjuterskih sistema i podataka koji se u njima obrađuju;

<sup>7</sup> B. C., Collin, *The Future of cyberterrorism*, Symposium On Criminal justice Issues, 2000, preuzeto sa <http://afgen.com/terrorism1.html>, 09.05.2012.

<sup>8</sup> M. Pollit, *Cyberterrorism – fact or fancy*, na internet stranici [www.cs.georgetown.edu/denning/infosec/pollitt.html](http://www.cs.georgetown.edu/denning/infosec/pollitt.html) (preuzeto 12.05.2012)

<sup>9</sup> J. Lewis, *Assessing the Risk of Cyber Terrorism*, Center for Strategic and International Studies, Washington, 2002; M. Hendershot, *CyberCrime 2003, - Terrorists' Activity in Cyberspace*, <http://www.isedj.org/3/44Jain.v1.txt> (preuzeto 12.05.2012)

2. cyber kriminal u *širem smislu* – koje predstavlja svako nezakonito ponašanje koje je u vezi sa kompjuterskom mrežom i sistemom, uključujući i nezakonito posjedovanje, nuđenje i distribuiranje preko kompjuterskih sistema i mreža.

Na 10. kongresu Ujedinjenih nacija koji je bio posvećen prevenciji od kriminala i tretmanu počinioca<sup>10</sup>, u dokumentu Kriminal vezan za kompjutersku mrežu (*Crime related to computer networks*), navode se neki konkretni oblici ove vrste kriminala, cyber terorizma u užem smislu, a to su:

- neautorizovani pristup kompjuterskom sistemu ili mreži kršenjem mjera sigurnosti (haking);
- oštećenje kompjuterskih podataka ili programa;
- kompjuterske sabotaze;
- neovlašćeno presretanje komunikacija od i u kompjuterskim sistemima i mrežama;
- kompjuterska špijunaža.

Djela cyber kriminala u širem smislu najčešće obuhvataju:

- kompjuterske falsifikate;
- kompjuterske krađe;
- tehničke manipulacije uređajima ili elektronskim komponentama uređaja;
- zloupotrebe sistema plaćanja kao što su manipulacije i krađe elektronskih kreditnih kartica ili korišćenje lažnih šifri u nezakonitim finansijskim aktivnostima.

Evropska konvencija o cyber kriminalu<sup>11</sup> propisuje četiri grupe djela:

1. djela protiv povjerljivosti, integriteta i dostupnosti kompjuterskih podataka i sistema (nezakonit pristup, presretanje, uplitanje u podatke ili sisteme, korišćenje uređaja, programa, lozinke);
2. djela vezana za kompjutere (falsifikovanje i kompjuterske krađe);
3. djela vezana za sadržaje (dječja pornografija);
4. djela vezana za kršenje autorskih prava i srodnih prava (reprodukcija i distribucija neautorizovanih primjeraka djela kompjuterskim sistemima).

<sup>10</sup> Održan u aprilu 2000. godine

<sup>11</sup> Convention on Cyber crime, April 2000.

Pored ovih oblika, cyber kriminal može biti:

1. politički (cyber špijunaža, haking, cyber sabotaža, cyber terorizam i cyber ratovanje);
2. ekonomski (cyber prevare, haking, piratstvo softvera, baze podataka, cyber industrijska špijunaža, prevarne internet aukcije);
3. proizvodnja i distribucija nedozvoljenih i štetnih sadržaja (dječja pornografija, pedofilija, vjerske sekte, širenje rasističkih i nacističkih ideja i stavova, zloupotreba žena i djece);
4. manipulacija zabranjenim proizvodima, supstancama i robom (drogama, ljudskim organima, oružjem);
5. povreda cyber privatnosti (nadgledanje e-mail pošte, prisluškiivanje, snimanje, tzv. „pričaonice“, praćenje e-konferencija).

#### 4. Cyber ratovanje

Cyber ratovanje predstavlja poseban oblik ratovanja upotrebom računara, interneta i drugih sredstava za širenje informacija, a provođenje napada na neprijateljske informacijske sisteme pomoću informatičke tehnologije. Veliki broj računara koji su međusobno povezani, sa velikim brojem pristupnih tačaka, predstavljaju za cyber napadača „bogatstvo“ izbora mjesta, načina i vremena napada.

Prefiks „cyber“ je termin vezan za kibernetiku, kao nauku o zajedničkim načelima i zakonitostima upravljanja prenosa i obrade informacija u tehničkim, biološkim i ekonomskim sistemima.

U svojoj analizi Vatis Maikla navodi da će cyber napadači, tokom borbe u cyber terorizmu, najvjerojatnije:

1. Izmijeniti elektronske informacije na internet stranicama SAD-a i savezničkih zemalja sa namjerom da šire dezinformacije i propagandu;
2. Blokirati pristup legitimnim računarskim korisnicima u SAD-u i savezničkim zemljama pomoću napada „Denial of Service“, koristeći crve i viruse, kao i bezbjednosne propuste u računarskim centrima.
3. Vršiti nedozvoljene upade u sisteme i mreže koje pripadaju SAD-u i saveznicima.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Citat preuzet od: D. Vuletić, *Kiber ratovanje kao oblik informacionog ratovanja*, Vojno delo, Beograd, 2011, str. 72.



Cyber ratovanje podrazumijeva sukob u virtualnom prostoru, sredstvima informatičkih tehnologija.

Cyber ratovanje uzrokuje mnoge opasnosti, prije svega za međunarodni mir, narušavanjem neutralnosti statusa država. To je novi oblik međudržavnog sukoba i samim tim otvara neka nova pitanja u međudržavnim odnosima tokom sukoba.

Zbog svoje povezanosti vojnih i civilnih informacijskih sistema, cyber ratovanje ima određene rizike da se može proširiti na civilne mreže i na taj način mogu uticati na širenje sukoba u svijetu.

## 5. Primjena interneta od strane terorista

Internet predstavlja novi globalni medij koji ne koriste samo teroristi, već je i u rukama drugih ljudi, od kojih zavisi kako će ga koristiti. Ono je novo oruđe u rukama službi zaduženih za suzbijanje i kontrolu terorizma.

U operativnom smislu, među prilikama koje pruža mreža postoji mogućnost praćenja terorističkih aktivnosti, infiltracija u forume, pravljenje fiktivnih veb-sajtova da se zavaraju i namame teroristi i simpatizeri, zatim tu je i međunarodna saradnja organa i službi bezbjednosti u smislu transfera tehnologije, znanja i informacija, te mobilizacija što šireg kruga subjekata za borbu protiv terorizma (npr. [www.antiteror.ru](http://www.antiteror.ru)).<sup>13</sup>

Internet ima neke svoje karakteristike koje od slabih prave jake, a ogledaju se u: lakom pristupu, brzom protoku informacija, stalnom kretanju u stvaranju i brisanju adresa, mogućnosti umrežavanja, lakom prikupljanju podataka, dijeljenju raznih informacija i sl.

Nova elektronska opasnost uslovlila je da se teroristi sve više koriste najsavremenijom tehnologijom.

Internet terorizam odnosi se na politički motivisane napade u kompjuterske sisteme i programe.

Novim oružjem, internet teroristi mogu uz pomoć programa opteretiti telefonsku liniju (*software*); mogu uticati na ometanje avio-saobraćaja, njegove kontrole; mogu šifrovati programe finansijskih institucija; vršiti izmjene u proizvodnji medikamenata, u farmakologiji uopšte, kao i druge poslove od kojih zavisi život ljudi na jednom prostoru i u jednom vremenu.

Internet se koristi kao sredstvo komunikacije među aktivistima – teroristima. Poznata je činjenica da je Osama bin Laden imao komunikaciju sa pri-

<sup>13</sup> Ž. Kešetović, *Internet kao oruđe terorista*, Revija za bezbednost, 2009, Beograd, str. 41.

padnicima Al Kaide sa laptopa, uz korišćenje bežične mreže – enkriptovanih (zaštićenih od neželjenog čitanja) poruka.

Kako se najčešće odvija komunikacija terorista na internetu?

Danas, u međusobnoj komunikaciji teroristi koriste internet i servise dostupne na internetu. Postupak je sljedeći: teroristički centri imaju komunikaciju sa operativnim grupama, koje su najčešće sastavljene od trojice terorista, i ta komunikacija se vrši provjerom preko elektronske pošte (*web e-maila*) na internet stranici koja se otvara u anonimnim servisima za poštu (npr. *Yahoo* i sl.). Nakon otvaranja internet pošte, za slučaj da elektronska adresa nema prometa ka spolja, prema mreži, odnosno prema trećim licima i korisnicima adresa, takvu poštu dobijaju pripadnici određene terorističke operativne grupe, preko pošte koja se čita u samom internet prostoru. Dakle, adresa se ne koristi za slanje poruka trećim osobama ili sa adrese na adresu, već se samo vrši međusobna komunikacija i poruke ostaju u posebnom folderu (*Draft – skice*). Pošto samo njih troje (prim. aut., primjer je dat na troje terorista) imaju lozinku i korisničko ime, poruke su jedino njima dostupne, a u takvim porukama najčešće su data uputstva za dalje terorističke akcije. Pored ovih načina, postoje i još neki drugi načini komunikacija od strane terorista uz korišćenje interneta.

Danas je moguće vršiti nadzor između određenih elektronskih adresa, ali je jedno nesporno – ovakvo djelovanje teško se otkriva i prati, jer se moraju znati “šifre”.

Terorističke organizacije danas se sve više na internetu prikazuju kao legalne političke organizacije koje demantuju upotrebu nasilja, ili uopšte ignorišu te teme.

Teroristi koriste internet da zadobiju publicitet, vrše propagandu i vode psihološki rat. Internet je značajno povećao mogućnost teroristima da obezbijede publicitet. Može se koristiti kao oružje u psihološkom ratu, odnosno za širenje dezinformacija i upućivanje prijetnji.

Terorističke organizacije brzo su prihvatile potencijale interneta. Još 1998. godine, manje od polovine organizacija koje su Sjedinjene Američke Države označile kao strane terorističke organizacije imale su svoje veb-sajtove, a do kraja 1999. godine skoro su sve bile na internetu, dok danas te grupe imaju bar jedan oblik prisustva na internetu.

Komunikacija terorista preko interneta može biti otvorena, ali se mogu koristiti i kodirane informacije, informacije koje se vide ali se ne mogu razumjeti ukoliko se ne dešifruju, kao stenografija, gdje se poruka uopšte ne vidi, ali i njihova kombinacija.

Internet nije isključivo oruđe terorista. Internet je novo oruđe koje stoji na raspolaganju službama koje su zadužene za suzbijanje i kontrolu terorizma. Teroristi često mijenjaju strategiju i napadače preko interneta.

Najvažniji otežavajući faktor u borbi protiv korišćenja interneta od strane terorista jeste nepostojanje legislative, odnosno njena nedorečenost i nepreciznost u važnim pitanjima – šta su nova krivična djela, kako ih dokazivati, procesuirati i kažnjavati.

## 6. Моћ cyber terorista

Rat u virtuelnom svijetu nije mašta. To potvrđuje činjenica da su razvijene zemlje sve više počele da formiraju cyber vojsku.

Hakeri, kao normalna vojska, marširaju u cyber prostoru, oni su angažovani i plaćeni da to rade. Amerikanci su uveli poseban rod u svojoj vojsci koji se bavi cyber ratom, borbom na internetu i to nije jedina cyber vojska u svijetu. Ruski hackeri mogu da se pohvale da su pobijedili u prvom cyber ratu, jer je Rusija u sukobu protiv Gruzije u Južnoj Osetiji, 2008. godine, paralelno vodila vojni i cyber rat. Tvrđilo se da iza ovih napada stoji Rusija kao država, iako to nije dokazano. Obaranjem gruzijskih sajtova, a zatim potpunim presijecanjem infrastrukture, hackeri iz Rusije onemogućili su vladi i predsjedniku Gruzije da komuniciraju sa svojim narodom i svijetom. To je prvi put u istoriji čovječanstva da je jedna zemlja koristila modernu tehnologiju u ratovanju. Pretpostavlja se da Rusija i Kina imaju više hiljada cyber ratnika.<sup>14</sup>

Njemačka i Engleska najavile su oštru borbu protiv cyber terorizma. Njemačka je bila posebno ranjiva 2007. godine, kada je za cyber ratnika postala "lak plijen", što se pokazalo kada su strani hackeri prodrli u centralu njemačke vlade i službenicima poslali falsifikovana elektronska pisma. Kada su otvorili zakačena dokumenta, u njihove računare neprimjetno je učitani program štetočina, što je hakerima omogućilo da uđu u informacionu mrežu vlade.

Ključni dio ratovanja u budućnosti je rat preko interneta, uništavanjem računarskih sistema ili ometanjem elektronskog poslovanja u nekoj državi, poput smetnji rada vlade, banaka, platnih sistema i nuklearnih postrojenja.

<sup>14</sup> Ž. Spalević, M. Vrhovšek, M. Jovanović, *Računarske mreže kao logistička podrška terorističkih i kriminalnih organizacija*, Zbornik radova – Terorizam kao globalna prijetnja, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2012, str. 304.

Cyber kriminal je postao svakodnevica, a nevjerovatan razvoj tehnologije uslovio je nevjerovatnu diferencijaciju vrsta nedozvoljenih djela koja se njegovim korišćenjem može izvršiti, počev od naivnih, bezopasnih, do veoma opasnih ponašanja koja spadaju među teška, ponekad čak i najteža krivična djela u mnogim nacionalnim zakonodavstvima. Ipak, nije sporno da je život mnogo ispred mogućnosti zakonodavca da inkriminiše sve potencijalno opasne pojave koje ugrožavaju društvo u cjelini vezane za savremenu tehnologiju.

## 7. Zaključak

Cyber kriminal jedan je od oblika kriminalnog ponašanja gdje se u cyber prostoru kao okruženju u kome se pojavljuju računarske mreže, kao sredstva, objekat, dokaz od zločina; to je kriminalno ponašanje učinjeno korišćenjem računara ili slične naprave i interneta.

Cyber terorizam je *delictum sui generis*, posebna vrsta rata u cyber prostoru s ciljem da se zaplaši vlada i njeni građani radi ostvarivanja političkih ciljeva.

Cyber prostor po svojim karakteristikama pruža veoma povoljne uslove za kriminalno ponašanje pojedinaca, ali i grupa.

Cyber prostor postaje prijetnja da se užurbanom informacionom tehnologijom, a naročito povezivanjem mreža, u bliskoj budućnosti ne pojave problemi koji su vezani za kompjutersku mrežu i cyber prostor.

Najveći korak u suprotstavljanju prijetnjama u cyber prostoru predstavlja povećanje svijesti korisnika o štetnosti informacija. U tom smislu, posebno je važno da se vrši stalno osposobljavanje kadrova i uopšte "praćenje tehnike". Virtuelni prostor danas predstavlja novo mjesto ratovanja u kome djeluju "novi" igrači, koristeći novo oružje. Nije nepoznanica da obavještajne službe, kriminalističke službe, zaštitne procedure i oprema postaju bespomoćni protiv novog tipa protivnika, koji "napada" koristeći sve mogućnosti tehnike, kompjuterskih sistema, pa upravo zbog te njegove specifičnosti ovi oblici kriminalnih ponašanja se ne otkrivaju lako; naprotiv.

Za suzbijanje cyber terorizma treba obezbijediti odgovarajuće zakonske norme. Visok stepen razvoja informatike predstavlja još veću prijetnju u evoluciji cyber terorizma, s obzirom na to da se uz pomoć tehnike vrlo vješto mogu prikrivati teroristi, da se mogu organizovati i planirati teroristički akti,

a “pogodnost” je i što se ona teško otkrivaju, odnosno, kada se otkriju, ta djela su uglavnom već izvršena.

Prijetnje u cyber prostoru karakteriše dinamičnost, veliki broj formi – oblika, širenje novih oblika paralelno sa većom upotrebom računarskih mreža, što takođe onemogućava njihovo brzo otkrivanje i dokazivanje.

Kompjuterski – cyber terorizam postaje sve veći problem, zbog napretka u kompjuterskom sistemu, njegove anonimnosti, s jedne strane, a s druge strane, širenja užasa i straha, i bez obzira što nemamo njegovu definiciju, prepoznaćemo ga, kada i ako se desi.

## LITERATURA

- A. M. Colarik, *Cyber Terrorism, Political and Economic Implication*, Hersey, 2006.
- K. Coleman, *Cyber Terrorism*, Directions Magazine, 2003.
- B. C., Collin, *The Future of cyberterrorism*, Symposium On Criminal justice Issues, 2000, preuzeto sa <http://afgen.com/terrorism1.html>, 09.05.2012.
- Convention on Cyber – crime, April 2000.
- European Committee on Crime Problems; European Committee of Experts on Crime in Cyber – Space, Draft Convention on Cyber – crime, April, 2000. <http://europa.eu.int>
- J. Lewis, *Assessing the Risk of Cyber Terrorism*, Center for Strategic and International Studies, Washington, 2002; M. Hendershot, *CyberCrime 2003 - Terrorists' Activity in Cyberspace*, <http://www.isedj.org/3/44Jain.vl.txt> (preuzeto 12.05.2012.)
- Ž. Kešetović, *Internet kao oruđe terorista*, Revija za bezbednost, Beograd, 2009.
- M. Pollit, *Cyberterrorism – fact or fancy*, na internet stranici [www.cs.georgetown.edu/denning/infosec/pollitt.html](http://www.cs.georgetown.edu/denning/infosec/pollitt.html) (preuzeto 12.05.2012)
- Schmid, P. A. Jongman, J.A., *Political Terrorism*, North - Holland Publishing Company, Amsterdam, 1988.
- Spalević, Ž., Vrhovšek, M., Jovanović, M., *Računarske mreže kao logistička podrška terorističkih kriminalnih ponašanja*, Zbornik radova – Terorizam kao globalna prijetnja, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi sad, 2012.

- G. Weimann, *How Modern Terrorism Uses the Internet*, Washington, 2004, United States Institute for Peace, <http://www-usip.org/pubs/specialreports/sr116.html> (pregledano 09.05.2012)
- D. Vuletić, *Kiber ratovanje kao oblik informacionog ratovanja*, Vojno delo, Beograd, 2011.

**Prof Branko Vučković, PhD**  
**President of the General Jurisdiction Court in Kotor,**  
**President of Montenegrin Association for Criminal Law and Criminal Policy,**  
**Professor at the Faculty of Law, University “Mediteran” in Podgorica,**  
**and**  
**Professor at the Faculty for Mediterranean Business Studies in Tivat**

**Prof Vesna Vučković, PhD**  
**Judge of the Administrative Court in Montenegro,**  
**Professor at the Faculty of Law, University “Mediteran” in Podgorica,**  
**and**  
**Professor at the Faculty for Mediterranean Business Studies in Tivat**

## CYBER-TERRORISM

### *Summary*

*Cyber terrorism is relatively new form of terrorism. Today, terrorists are becoming larger users of it equipment and internet, however, each illegal use of the information system itself is not cyber terrorism. Terrorists are more professionally trained, they use internet, increasing the threat of cyber terrorism. There is a great number of different classifications of this type of crime: cyber criminal in the narrow and in the broader sense, haking, damage to computer data or programs, computer espionage, intrusions in computer network and various other forms, all points to the complexity of this type of crime. This work will analyze the problem of cyber terrorismes to be taken to prevent commission of this type of crime. Cyber terrorism is war criminal in*

*cyber space that is intended to intimidate the government and its citizens in order to achieve political goals.*

**Key words:** *cyber terrorism, cyber space, planning terror attacks, attack on an information network.*





**MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR PROTIV TERORIZMA****Doc. dr Mile Šikman\***

***Apstrakt:** Međunarodnopravni okvir protiv terorizma predstavlja značajan izvor nacionalnih zakonodavstava jer su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni dio pravnog poretka i mogu se neposredno primjenjivati ili pak utiču na norme nacionalnog zakonodavstva putem harmonizacije i usklađivanja sa međunarodnim standardima. Strukturu međunarodnog pravnog okvira protiv terorizma čine univerzalni sporazumi, konvencije i rezolucije, koji se odnose na sprečavanje i suzbijanje međunarodnog terorizma, usvojene na nivou Ujedinjenih nacija, kao i instrumenti koji su usvojeni na regionalnom nivou, uključujući konvencije, deklaracije, rezolucije, odluke, preporuke i druga relevantna dokumenta. Posebno su važne aktivnosti Ujedinjenih nacija protiv terorizma, koje koriste svoje instrumente nastojeći dati odgovarajuće shvatanje terorizma, pozivaju zemlje na suprotstavljanje terorizmu i daju određene smjernice suprotstavljanju terorizmu, ali i pravno obavezujuće norme putem rezolucija Savjeta bezbjednosti. Sličan je pristup i koncept Savjeta Evrope protiv terorizma, koja kao regionalna organizacija omogućava primjenu rezolucija Savjeta bezbjednosti UN-a, kao i Globalnu strategiju Ujedinjenih nacija protiv terorizma (2006). Pravni okvir Evropske unije protiv terorizma, uzimajući u obzir specifičnost pravnog sistema Evropske unije, kreće se od davanja određenih preporuka zemljama članicama, do donošenja odluka koje imaju obavezujući karakter. U radu je dat prikaz najznačajnijih međunarodnopravnih dokumenata protiv terorizma.*

***Ključne riječi:** Ujedinjene nacije, Evropska unija, Savjet Evrope, konvencije, deklaracije, rezolucije, preporuke, odluke.*

---

\* Висока школа унутрашњих послова, Универзитет у Бањој Луци

## Uvod

Terorizam je jedan od fenomena koji je obuhvaćen međunarodnim pravom više decenija<sup>1</sup>. Naime, u okvirima međunarodnog prava terorizam se smatra ponašanjem kojim se ugrožava međunarodni mir i bezbjednost, a sam akt terorizma se osuđuje u svim njegovim oblicima i manifestacijama, počinjelog od strane bilo koga, bilo gdje i u bilo koju svrhu, kao jedne od najozbiljnijih prijetnji međunarodnom miru i bezbjednosti<sup>2</sup>. Pitanje terorizma se pred međunarodno pravo postavlja kao pitanje stvaranja pravnih pojmova i primjene normi koje bi spriječile neke terorističke akte i ublažile ili otklonile njihove posljedice po odnose subjekata međunarodnog prava<sup>3</sup>. Ujedno, ovo je i najsloženiji zadatak, jer se pri pokušajima pravnog određivanja i definisanja pojma terorizma kod pojedinih država uočavaju krupne razlike, budući da se unutar zakonodavstva jedne države određeno djelo ne kvalifikuje kao u drugoj državi. Ipak, iako u međunarodnom pravu ne postoji univerzalno prihvaćena definicija terorizma, čini se prihvaćenim pravilo da označiti neki akt kao „terorizam“ znači tvrditi ne samo da taj akt posjeduje određene karakteristike, već i da se on apsolutno ne može opravdati nikakvim političkim, filozofskim, ideološkim, rasnim, etničkim, vjerskim ili drugim razlozima. Do sada je međunarodno pravo bilo ograničeno na određivanje pojedinih manifestacija terorizma (otmice vazduhoplova, uzimanje talaca, atentati, bombaški napadi i dr.), dok se posljednjih godina ovaj okvir proširio i na nove forme terorizma kao što je fenomen „stranih terorističkih boraca“ ali i sprečavanje finansiranja terorizma.

<sup>1</sup> Tako je Liga naroda 1934. godine pripremila nacrt Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju terorizma, koja je usvojena 1937. godine. Iako ona nikada nije stupila na snagu, njen značaj je veliki jer je otvorila pitanje inkriminacije terorističkih akata, a terorizam je proglašen apsolutno neprihvatljivim načinom ponašanja. Potom su Ujedinjene nacije od šezdesetih godina prošlog vijeka započele sa donošenjem međunarodnopravnih akata protiv terorizma, od kojih je prvi bila Konvencija o krivičnim djelima i drugim aktima izvršenim u vazduhoplovu (1963). Ono što je činjenica, jeste da je od samog početka diskusija o terorizmu bila opsežna i suprotstavljenim stajalištima država članica, što je odlika i današnjih diskusija o terorizmu.

<sup>2</sup> U preambulama međunarodnih dokumenata uobičajeno je da se izražava zabrinutost zbog terorizma, osuđuju se teroristički akti, te se poziva na prethodna relevantna međunarodna dokumenta. U Rezoluciji 1368 Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija od 12.09.2001. godine terorizam je eksplicitno naveden kao prijetnja međunarodnom miru i bezbjednosti, a Rezolucijom 1377 od 12.11.2001. godine označen je kao jedna od najtežih prijetnji međunarodnom miru i bezbjednosti u 21. vijeku. Vidi detaljnije: Text and Status of the United Nations Conventions on Terrorism, Resolution 1368 (2001) Adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001, Resolution 1377 (2001) Adopted by the Security Council at its 4413th meeting, on 12 November 2001.

<sup>3</sup> Đurić-Atanasievski, K. (2008), „Uloga međunarodnog prava u suzbijanju terorizma“, *Srpska politička misao*, br. 4, str. 31–56.

S druge strane, iako se konstatuje da se terorizmom ugrožava međunarodni mir i bezbjednost, a međunarodnopravna dokumenta se donose upravo radi zaštite tih vrijednosti, međunarodno krivično pravosuđe još nije nadležno za krivična djela terorizma. Naime, prilikom usvajanja Statuta Međunarodnog krivičnog suda u Rimu 1998. godine bilo je prijedloga da njegova nadležnost obuhvati i terorizam, ali to nije učinjeno<sup>4</sup>. Postavlja se pitanje da li bi bar u nekim slučajevima taj sud mogao biti nadležan, ako se vršenjem terorističkog akta ostvare elementi zločina protiv čovječnosti<sup>5</sup>, ili bi se pak terorizam mogao smatrati međunarodnim krivičnim djelom. Pojedini autori smatraju da bi to bilo pretjerano ekstenzivno tumačenje pojma zločina protiv čovječnosti, između ostalog i zato što se teroristička organizacija ne može izjednačiti sa državom i državnim strukturama koje su umiješane u vršenje zločina protiv čovječnosti (podržavanje terorističke organizacije od strane neke države ovdje ne bi bilo dovoljno), tako da bi bilo opravdano proširiti nadležnost Međunarodnog krivičnog suda propisivanjem u njegovom statutu i krivičnog djela međunarodnog terorizma<sup>6</sup>. Na drugoj strani terorizam se već shvata kao zasebno međunarodno krivično djelo<sup>7</sup>, a klasifikuje se kao međunarodni delikt u koje spadaju ponašanja koja se prema međunarodnim konvencijama mogu označiti kao teroristički akti<sup>8</sup>. U tom smislu Savjet Evrope je u Rezoluciji 1258 od 26.09.2001. godine naveo Međunarodni krivični sud kao instituciju koja bi trebalo da bude nadležna za terorizam, kao međunarodno krivično djelo<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Međunarodni krivični sud je, prema članu 5. Rimskog statuta, nadležan za „najteža krivična djela koja izazivaju zabrinutost čitave međunarodne zajednice”, a radi se o sledećim krivičnim djelima: zločin genocida, zločin protiv čovječnosti, ratni zločini i zločini agresije. Prema: Rome Statute of the International Criminal Court A/CONF.183/9, Rome on 17 July 1998. Vidi opširnije: Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013), *Međunarodno krivično pravo*, Istočno Sarajevo, Pravni fakultet, str. 52–60.

<sup>5</sup> Stojanović, Z., Kolarić, D. (2010), *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd, Crimena, str. 72.

<sup>6</sup> Prema: Mavany, M. (2007), Terrorismus als Verbrechen gegen die Menschlichkeit – Analyse und Konsequenzen der Zuordnung zum Völkerstrafrecht ZIS 8/2007, 324-333. U: Stojanović, Z., Kolarić, D. (2010), *op.cit.*, str. 72.

<sup>7</sup> Međunarodno krivično djelo predstavlja djelo čovjeka učinjeno s vinošću, opasno za širu međunarodnu zajednicu, koje je protivpravno i određeno u zakonu kao krivično djelo. Prema: Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013), *op.cit.*, str. 104.

<sup>8</sup> Bez striktno podjele na međunarodna krivična djela u užem i u širem smislu, detaljnu klasifikaciju međunarodnih krivičnih djela izlaže Bassiouni, koji u ta djela, pored međudodnih delikata, svrstava i međunarodni zločini, kao najteža krivična djela i međunarodni prekršaje. Prema: Bassiouni, C. (ed.). (2008), *International Criminal Law, Volume 1: Sources, Subjects, and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp 116 i 117 i 136–158. U: Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013), *op.cit.*, str. 197–198.

<sup>9</sup> Prema: Resolution 1258 (2001) *Democracies facing terrorism*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, 26 September 2001 i Recommendation 1534 (2001) *Democracies facing terrorism*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, 26 September 2001.

## **Pravni okvir Ujedinjenih nacija protiv terorizma**

Najveći doprinos suprotstavljanju terorizmu na globalnom nivou imaju Ujedinjene nacije, pri čemu međunarodnopravni standardi protiv terorizma Ujedinjenih nacija podrazumijevaju postojanje određenih međunarodnopravnih mehanizama, koji propisuju uspostavljanje određenih uslova u oblasti borbe protiv terorizma, kako bi se postigao što veći stepen i nivo suprotstavljanja terorizmu, kao globalnoj društvenoj prijetnji, izazovu i riziku. Ovi standardi određuju tip procedure koji bi država trebalo da primijeni kako bi prevela svoja međunarodna zalaganja i obaveze u odgovarajuća pravila i prava kako bi ih mogli koristiti svi pojedinci pod njenom nadležnošću. Navedeni pravni okvir stvara Generalna skupština putem konvencija, koje su pravno obavezujuće za one države koje postanu stranke konvencija i Savjet bezbjednosti, putem rezolucija, koje su obavezujuće za sve države članice Ujedinjenih nacija.

### **Pravni instrumenti Generalne skupštine Ujedinjenih nacija protiv terorizma**

Trenutno postoji 14 univerzalnih pravnih instrumenata (konvencija) i dodatnih amandmana (protokola) Ujedinjenih nacija protiv terorizma<sup>10</sup> koje razvijaju borbu protiv terorizma na međunarodnom planu i podstiču stvara-

<sup>10</sup> To su sledeće konvencije i protokoli: 1) Konvencija o krivičnim djelima i nekim drugim aktima izvršenim u vazduhoplovu (1963); 2) Konvencija o suzbijanju nezakonitih otmica vazduhoplova (1970) i Protokol iz 2010. godine koji dopunjuje Konvenciju o suzbijanju nezakonitih otmica vazduhoplova (2010); 3) Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata usmjerenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva (1971); 4) Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih djela lica pod međunarodnom zaštitom, uključujući i diplomatske agente (1973); 5) Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca (1979); 6) Konvencija o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala (1980) i Amandmani na Konvenciju o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala; 7) Protokol iz 1988. godine o suzbijanju nezakonitih akata nasilja na aerodromima koji služe međunarodnom civilnom vazduhoplovstvu (1988), kao dopuna Konvenciji o suzbijanju nezakonitih akata usmjerenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva; 8) Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata protiv sigurnosti pomorske plovidbe (1988) i Protokol iz 2005. godine o suzbijanju nezakonitih akata protiv sigurnosti pomorske plovidbe (2005); 9) Protokol iz 1988. godine o suzbijanju nezakonitih akata usmjerenih protiv sigurnosti platformi za bušenje nafte, koje se nalaze u epikontinentalnom pojasu (1988) i Protokol iz 2005. godine uz Protokol iz 1988. godine o suzbijanje nezakonitih akata usmjerenih protiv sigurnosti platformi za bušenje nafte, koje se nalaze u epikontinentalnom pojasu; 10) Konvencija o obilježavanju plastičnih eksploziva radi njihove detekcije (1991); 11) Međunarodna konvencija o sprečavanju terorističkih napada bombama (1997); 12) Međunarodna konvencija o suzbijanju finansiranja terorizma (1999); 13) Međunarodna konvencija o sprečavanju akata nuklearnog terorizma (2005) i 14) Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata koji se odnose na međunarodnu civilnu avijaciju (2010). Vidi opširnije: <http://www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml>

nje specijalizovanih agencija za borbu protiv terorizma unutar Ujedinjenih nacija, a koje su otvorene za učešće svih zemalja članica<sup>11</sup>. Tokom 2005. godine, Ujedinjene nacije uvele su značajne promjene u tri od tih univerzalnih instrumenata: izmjene i dopune Konvencije o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala<sup>12</sup>, izmjene i dopune Protokola uz Konvenciju o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv sigurnosti pomorske plovidbe<sup>13</sup> i izmjene i dopune Protokola o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv sigurnosti fiksnih platformi smještenih na epikontinentalnom pojasu<sup>14</sup>. Takođe su još dva pravna instrumenta uvedena tokom 2010. godine: Konvencija iz 2010. godine o suzbijanju nezakonitih akata koji se odnose na međunarodnom civilnom vazduhoplovstvu<sup>15</sup> i Protokol iz 2010. godine –Konvencija o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova<sup>16</sup>.

Pored navedenog, države članica Ujedinjenih nacija pregovaraju o posebnom međunarodnom ugovor, tj. nacrtu sveobuhvatne konvencije o međunarodnom terorizmu, koja bi trebalo da nadopuni postojeći okvir međunarodnih instrumenata za borbu protiv terorizma<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Konvencijama se propisuju dužnosti i nadležnost država ugovornica o načinu međunarodnopravne inkriminacije pojedinih akata međunarodnog terorizma i imaju pravno obavezujuću snagu za države potpisnice.

<sup>12</sup> Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, signed at Vienna on 3 March 1980.

<sup>13</sup> 2005 Protocol to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation.

<sup>14</sup> Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at Rome on 10 March 1988.

<sup>15</sup> Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation, done at Beijing on 10 September 2010 (Doc 9960).

<sup>16</sup> Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, done at Beijing on 10 September 2010 (Doc 9959).

<sup>17</sup> Usvajanje sveobuhvatne konvencije Ujedinjenih nacija protiv međunarodnog terorizma razmatra se više od tri decenije, te su u tu svrhu Ujedine nacije 1996. godine uspostavile *Ad hoc* komitet, čiji je osnovi zadatak da stvori pretpostavke za donošenje navedenog dokumenta. Generalna skupština, putem *Ad hoc* komiteta, jednom godišnje u svojim rezolucijama razmatra pitanja pod tačkom dnevnog reda: „mjere za otklanjanje međunarodnog terorizma“. Shodno navedenom 2005. godine od strane *Ad hoc* komiteta pripremljen je nacrt sveobuhvatne konvencije protiv međunarodnog terorizma, o kojem se i dalje vode rasprave. Čini se da su ključna pitanja koja se tiču razlikovanja terorizma i prava na samoopredjeljenje, kao i pitanje obima i primjene principa univerzalne nadležnosti. *Ad hoc* komitet je 2013. godine razmatrao navedeno, kao i pitanje sazivanja konferencije na visokom nivou pod pokroviteljstvom Ujedinjenih nacija u vezi sa usvajanjem navedene konvencije. Vidi šire: Draft comprehensive convention against international terrorism, A/59/894; The scope and application of the principle of universal jurisdiction, A/RES/68/117; Legal Committee Urges Conclusion of Draft Comprehensive Convention on International Terrorism, GA/L/3433.

## Pravni instrumenti Savjeta bezbjednosti protiv terorizma

Pored Generalne skupštine, Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija je od početka 1990-ih godina preduzeo aktivnosti u suzbijanju terorizma<sup>18</sup>, pri čemu su značajnije aktivnosti nastale krajem prošlog vijeka i to donošenjem rezolucija<sup>19</sup>. Prva od njih usvojena je 15. oktobra 1999. godine kao Rezolucija 1267<sup>20</sup>, kojom se od država članica traži preduzimanje mjera, posebno finansijskih, protiv pojedinaca i entiteta, koje ne obuhvataju samo ekonomska i finansijska sredstva, već i poduhvate i organizacije, uključujući sredstva dobijena iz imovine u vlasništvu ili pod kontrolom, direktnom ili indirektnom, pojedinaca i grupa povezanih sa Al Kaidom<sup>21</sup>. Zatim je usvojena Rezolucija 1269<sup>22</sup>, u kojoj je Savjet pozvao zemlje da zajedno rade na prevenciji i suzbijanju svih terorističkih akata. Nakon terorističkih napada 11. septembra 2001. godine u Sjedinjenim Američkim Državama Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija donio je Rezoluciju 1373<sup>23</sup> od 28. septembra 2001. godine, kojom je svim državama nametnuta obaveza da uspostave odgovarajući zakonodavni, regulatorni i institucionalni okvir, uključujući i obavezu da preduzmu mjere za sprečavanje terorizma<sup>24</sup>. Nadalje, Savjet bezbjednosti je donio i Rezoluciju 1377<sup>25</sup> iz 2001. godine, kao ministarska deklaracija o globalnoj borbi protiv terorizma, kojom se države članice UN pozivaju da pojačaju napore u borbi protiv međunarodnog terorizma, posebno promovišući najbolju praksu borbe protiv terorizma, kao i uključivanje u programe materijalne, tehničke i finansijske pomoći u borbi protiv terorizma. **Rezolucijom 1456**<sup>26</sup> iz 2003. godine,

<sup>18</sup> U tom periodu najznačajnije akcije Savjeta bezbjednosti ogledale su se u uvođenju sankcija protiv država za koje se smatralo da imaju veze sa određenim djelima terorizma (Libija 1992. godine, Sudan 1996. godine i talibanima 1999. godine).

<sup>19</sup> Glavna karakteristika rezolucija koje donosi Savjet bezbjednosti jeste njihov pravno obavezujući karakter, kao i to da njihovo donošenje nije više vezano za specifične incidente i nisu vremenski ograničene, nego se odnose na svaki čin terorizma koji je prijetnja miru i bezbjednosti, bez obzira na ozbiljnost i međunarodne efekte.

<sup>20</sup> Resolution 1267 on measures against the Taliban [S/RES/1267\(1999\)](#)

<sup>21</sup> Iste mjere potvrđivane su i rezolucijama u narednim godinama, kako slijedi: 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1566 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009), 1989 (2011), 2083 (2012), 2160 (2014), 2161 (2014).

<sup>22</sup> Resolution 1269 (1999) Adopted by the Security Council at its 4053rd meeting, on 19 October 1999 [S/RES/1269\(1999\)](#)

<sup>23</sup> Security Council resolution 1373 (2001) on international cooperation to combat threats to international peace and security caused by terrorist acts [S/RES/1373\(2001\)](#)

<sup>24</sup> Ovom rezolucijom osnovan je Protivteroristički komitet (Counter-Terrorism Committee – CTC), čiji je zadatak da prati sprovođenje mjera navedenih u Rezoluciji.

<sup>25</sup> Resolution 1373 on international cooperation to combat threats to international peace and security caused by terrorist acts [S/RES/1377–2001](#)

<sup>26</sup> Resolution 1456 on high-level meeting of the Security Council on combating terrorism [S/RES/1456-2003](#)

kojom je usvojena ministarska deklaracija o pitanju borbe protiv terorizma, identifikovano je petnaest ključnih koraka sprečavanja terorizma. Rezolucija 1624<sup>27</sup> iz 2005. godine zahtijeva da se nacionalnim krivičnim zakonodavstvima inkriminiše kao krivično djelo podsticanje na terorizam i da se spriječi svaki oblik subverzivnog djelovanja terorista kroz vjerske i obrazovne organizacije. Rezolucijama 2083<sup>28</sup> iz 2012. godine, 2129<sup>29</sup> iz 2013. godine i 2133<sup>30</sup> iz 2014. godine potvrđuje se da su djela, metode i prakse terorizma u suprotnosti sa ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija i da su svjesno finansiranje, planiranje i podsticanje terorističkih akata u suprotnosti sa ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija, te se pozivaju države članice da preduzmu mjere i aktivnosti iz ranijih dokumenata na planu međunarodne borbe protiv terorizma.

Budući da je pitanje stranih terorističkih boraca naročito izraženo od 2013. godine, Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija je djelovao i u tom pravcu. Tako je svojom Rezolucijom 2170<sup>31</sup> od 15. avgusta 2014. godine ukazano na opasnost od stranih terorističkih boraca i njihovog finansiranja te zatraženo od država članica da preduzmu aktivnije mjere na kažnjavanju učestvovanja u stranim terorističkim aktivnostima i finansiranju njihovog putovanja i učešća u terorizmu, kao i regrutaciji novih stranih terorističkih boraca. Takođe, značajno je navesti da je Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija 24. septembra 2014. godine usvojio Rezoluciju 2178<sup>32</sup> kojom se od država članica UN-a zahtijeva da inkriminišu putovanje u inostranstvo u terorističke svrhe te finansiranje i olakšavanje takvog putovanja, pri čemu je definisan pojam "strani teroristički borac"<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Resolution 1624 on prohibition of incitement to commit terrorist acts S/RES/1624-2005

<sup>28</sup> Resolution 2083 (2012): Threats to international peace and security caused by terrorist acts [S/RES/2083 \(2012\)](#).

<sup>29</sup> Resolution 2129 (2013): Threats to international peace and security caused by terrorist acts [S/RES/2129 \(2013\)](#).

<sup>30</sup> Resolution 2133 (2014): Threats to international peace and security caused by terrorist acts [S/RES/2133 \(2014\)](#).

<sup>31</sup> Resolution 2170 (2014): Foreign Terrorist Fighters, Terrorist Financing, Sanctions S/RES/2170 (2014).

<sup>32</sup> Resolution 2178 (2014): Condemning Violent Extremism, Underscoring Need to Prevent Travel, Support for Foreign Terrorist Fighters, adopted unanimously on 24 September 2014

<sup>33</sup> Ovom rezolucijom „strani teroristički borci“ određuju se kao pojedinci koji putuju u države koje nisu mjesto njihovog prebivališta i nemaju njihovo državljanstvo u svrhu izvršenja terorističkih akata, planiranja, pripreme ili učešća u njima, kao i pružanje ili primanje obuke za teroriste u kontekstu oružanih sukoba. S tim u vezi od zemalja članica se traži inkriminacija, krivično gonjenje i kažnjavanje: (a) njihovih državljana koji putuju ili pokušavaju da putuju u neku drugu državu koja nije njihovo prebivalište niti imaju njihovo državljanstvo u svrhu izvršenja, planiranja, pripreme i/ili učešća u, terorističkim aktima i/ili pružanje terorističke obuke; (b) namjerno pružaju ili prikupljaju, na bilo koji način, direktno ili indirektno, finansijska sredstva sa namjerom da se koristi kako bi se finansirala putovanja pojedinaca koji putuju u strane države radi izvršenja, planiranja, pripremanja i/ili učešća u izvršenju terorističkih akata ili pružanje ili primanje

## Pravni okvir Evropske unije protiv terorizma

Polazna pretpostavka Evropske unije jeste da terorizam nije nova pojava u Evropi, već da predstavlja prijetnju bezbjednosti, vrijednostima demokratskog društava i pravima i slobodama evropskih građana<sup>34</sup>. U tom smislu od posebne važnosti je pravni okvir Evropske unije protiv terorizma, koji se razvijao uporedno sa izgradnjom pravnog sistema Evropske unije<sup>35</sup>. Danas se ciljevi Evropske unije u borbi protiv terorizma ostvaruju sprovođenjem mjera prevencije, suzbijanja, zaštite i neutralisanja štete od terorističkog napada, mjerama krivičnog gonjenja i procesuiranja lica i subjekata povezanih s terorizmom, jačanjem međuresorske koordinacije i međunarodne saradnje<sup>36</sup>. Takođe, uticanje na uzroke i uslove koji pogoduju razvoju terorizma, kao i na ključne resurse i kapacitete terorizma ima posebno mjesto u djelovanju Evropske unije na terorizam. Pored toga, koordinacija između agencija za sprovođenje zakona i pravosudnih organa u okviru Evropske unije i međunarodna saradnja neophodni su da se obezbijedi efikasnost borbe protiv međunarodnog terorizma. Ipak, čini se da je Evropska unija, kada je u pitanju suzbijanje terorizma, djelovala prilično reaktivno<sup>37</sup>.

terorističke obuke; (c) namjerno omogućavanje lakšeg putovanja takvih lica.

<sup>34</sup> Tako je u 2013. godini u državama članicama Evropske unije izvršeno 152 teroristička napada, sedam lica je ubijeno, 532 lica su lišena slobode, a pred sudovima je procesuirano 313 pojedinaca. Pored navedenog, terorističke grupe širom svijeta su otele ili ubile više građana biti iz zemlja članica Evropske unije. Takođe, procjenjuje se da će i u narednim godinama biti izražena prijetnja terorizmom, u smislu prisutnosti stranih terorističkih boraca iz Evrope koji putuju na različite lokacije, kao što je Sirija, kako bi učestvovali u terorizmu, kao i prijetnja bezbjednosti koja oni mogu biti u Evropskoj uniji po povratku. Vidi detaljnije: Te-Sat 2014 European Union Terrorism Situation And Trend Report 2014. (2014). Hague: European Police Office.

<sup>35</sup> Naime, kompetencije Evropske unije u suprotstavljanju terorizmu baziraju se na više decenija saradnje između zemalja članica, kao i integracione saradnje među pomenutim zemljama. Tako su aktivnosti Evropske unije na organizovanom i planskom suzbijanju terorizma započele 1976. godine osnivanjem Grupe za terorizam, radikalizam, ekstremizam i međunarodno nasilje, poznata i kao TREVI grupa. TREVI grupa je djelovala do 1992. godine, kada je zamijenjena odredbama iz trećeg stuba Ugovora iz Maastrichta koje se odnose na imigraciju, azil, policijsku djelatnost, carinu i pravosudnu saradnju. Osim TREVI grupe, Evropska unija osnovala je dodatne organizacije za borbu protiv terorizma, kao što su Policijska radna grupa o terorizmu osnovana 1979. godine i Protiteroristička grupa. Vidi detaljnije: Bunyan. T. (1993), Trevi, Europol and the European state. *Statewatching the New Europe. A Handbook on the European State*. London, Statewatch.

<sup>36</sup> Ovaj koncept koji je na snazi i danas proklamovan je Strategijom Evropske unije protiv terorizma iz 2005. godine, koji je potom nekoliko puta doradivan. Vidi opširnije: Council of the European Union, The European Union Counter-Terrorism Strategy, 14469/4/05, REV 4, Brussels, 30 November 2005.

<sup>37</sup> Tako se odgovor Evropske unije terorizmu može posmatrati kroz četiri perioda: *prvi*, period do 2001. godine, *drugi*, period nakon terorističkih napada na Sjedinjene Američke države 11. septembra 2001. godine do 2004. godine, *treći*, period nakon terorističkih napada u Madridu 2004. godine i Londonu 2005. godine i *četvrti period*, nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine. U međuvremenu, mogli bismo govoriti i o *petom periodu*, koji se tiče reagovanja na strane terorističke borbe, jačanje radikalizma, nasilnog ekstremizma i prijetnje koju ove pojave imaju za Evropsku uniju.



Najznačajniji mehanizam saradnje u borbi Evropske unije protiv terorizma predstavljaju redovna zasjedanja ministara unutrašnjih poslova i ministara pravde u okviru Savjeta Evropske unije, kao i aktivnostima putem institucija i agencija Evropske unije, kao što su Evropski savjet, Evropski parlament, Savjet Evropske unije, Evropska komisija, Evropol, Eurojust i drugi, a koristeći instrumente zajedničke spoljne i bezbjednosne politike Evropske unije. Osnivački ugovori čine primarne izvore prava Evropske unije protiv terorizma, a iz njih se izvode sekundarni izvori putem uredaba, direktiva i odluka. Osim tih formalnih izvora prava, borba protiv terorizma navodi se i u neformalnim izvorima prava kroz mišljenja, preporuke, zaključke sa sastanaka, izjave i sl., kao i u nekim presudama Evropskog suda. Ovo bi zapravo bio pravni i institucionalni okvir reagovanja Evropske unije protiv terorizma.

### Pravo Evropske unije protiv terorizma

Ugovorom o osnivanju Evropske unije iz Maastrichta<sup>38</sup> borba protiv terorizma uključena je u formalnu strukturu Evropske unije u odredbe o pravosuđu i unutrašnjim poslovima<sup>39</sup>. Jedan od prvih dokumenata u borbi protiv terorizma usvojen od strane Savjeta ministara pravosuđa i unutrašnjih poslova jeste Deklaracija o terorizmu, tzv. La Gomera Deklaracija<sup>40</sup> iz 1995. godine, kojom se potvrđuje da terorizam predstavlja prijetnju demokratiji, slobodnom ostvarivanju ljudskih prava i privrednom i socijalnom razvoju, te da je borba protiv terorizma prioritetan cilj među pitanjima od zajedničkog interesa. Isto tako vrijedi navesti i Zajedničku akciju<sup>41</sup> iz 1996. godine kojom se zahtijeva

---

Navedeni problemi su u fokusu Evropske unije od 2013. godine, a naročito su aktuelizovani od januara 2015. godine i terorističkog napada u Parizu. Svakim narednim periodom, Evropska unija je dodatno jačala pravni okvir i kapacitete za reagovanje na terorizam, što je sigurno doprinijelo bezbjednijem okruženju unutar Evropske unije. Međutim, ovaj proces nije završen, a i dalje su prisutne mnogobrojne dileme, nedorečenosti, pri čemu opasnost od terorizma postaje još izražajna. Uporedi: Przelj, I. (2008), *Role of the European Union in the Fight Against International Terrorism. The Fight Against Terrorism And Crisis Management In The Western Balkans*, IOS Press, 16–34.

<sup>38</sup> Ugovor o osnivanju Evropske unije potpisan 7. februara 1992. godine u Maastrichtu, a stupio na snagu 1. decembra 1993. godine. Treaty of Maastricht on European Union, 1992.

<sup>39</sup> Ugovorom o osnivanju Evropske unije iz Maastrichta 1992. godine, Evropska unija je bila zasnovana na tri stuba: prvi stub uključuje evropske zajednice, drugi spoljnu i bezbjednosnu politiku, a treći saradnja u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, kojim su uspostavljeni novi oblici saradnje između država Evropske unije u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova.

<sup>40</sup> La Gomera Declaration, Anex 3. Terrorism. Madrid European Council 15 And 16 December 1995 Presidency Conclusions.

<sup>41</sup> Joint action of 15 October 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union concerning the creation and maintenance of a Directory of specialized counter-terrorist competences, skills and expertise to facilitate counter-terrorist cooperation between the Member States of the European Union, 96/610/JHA

kreiranje i razvoj Direktorata specijalizovane nadležnosti u borbi protiv terorizma, osposobljavanje i ekspertizu u državama članicama.

Ugovor iz Amsterdama 1997. godine<sup>42</sup> pružio je pravnu osnovu za harmonizaciju krivičnog zakonodavstva<sup>43</sup> zemalja članica. Isto tako, ovim ugovorom određuje se da je cilj Unije pružanje visokog stepena bezbjednosti svojim građanima, a koji se, između ostalog, postiže suzbijanjem raznih oblika krivičnih djela među kojima je izričito naveden terorizam. Nakon toga, Evropski savjet je na nivou Evropske unije 3. decembra 1998. usvojilo dva dokumenta, i to: Akcioni plan<sup>44</sup> Savjeta i Komisije o najboljem sprovođenju odredaba Ugovora iz Amsterdama iz područja slobode, sigurnosti i pravde i Odluku Savjeta<sup>45</sup> kojom se Evropolu nalaže rješavanje učinjenih krivičnih djela ili krivičnih djela koja će se vjerovatno učiniti tokom terorističkih aktivnosti usmjerenih protiv života, tijela, lične slobode ili imovine. U istom periodu usvojena je i Zajednička akcija Savjeta 98/428/PUP<sup>46</sup> od 29. juna 1998. o stvaranju Evropske pravosudne mreže, s nadležnostima u području terorističkih krivičnih djela, posebno člana 2. koji se tiče formiranja kontakt tački na način da se vodi računa da bude obuhvaćena cijela teritorija Evropske unije, kao i sva teška krivična djela, uključujući i terorizam. Pored navedenog, od značaja je navesti i Zajednički stav Savjeta 1999/727/CFSP<sup>47</sup> od 15. novembra 1999. čiji je cilj sprovođenje Rezolucije Savjeta bezbjednosti 1267

<sup>42</sup> Ugovor iz Amsterdama potpisan je 02. oktobar 1997. godine, a stupio na snagu 1. maja 1999. godine. Treaty of Amsterdam on European Union, 1997.

<sup>43</sup> Odredbama Ugovora iz Amsterdama (čl. 31e) prvi put su izričito normirana harmonizacijska ovlaštenja Unije na stvaranju zajedničkih minimalnih pravila o obilježjima krivičnih djela i kaznama u području terorizma, organizovanog kriminaliteta i nezakonite trgovine drogama. Kasnije je zauzeto stajalište da su područja kriminaliteta u čl. 31e Ugovora o Evropskoj uniji navedena samo egzemplarno, a da je harmonizacija dopuštena u svim područjima ako je to potrebno za ostvarenje ciljeva iz čl. 29 Ugovora o Evropskoj uniji, ako se odnose na zajedničke politike Unije ili imaju prekograničnu dimenziju. Vidi šire: Đurđević, Z. (2008), „Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Evropi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 15, broj 2/2008, 1077–1127.

<sup>44</sup> Action plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice — Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998, Official Journal of the European Communities 1999/C 19/01

<sup>45</sup> Council Decision of 3 December 1998 instructing Europol to deal with crimes committed or likely to be committed in the course of terrorist activities against life, limb, personal freedom or property, Official Journal of the European Communities 1999/C 26/06

<sup>46</sup> Joint Action of 29 June 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the creation of a European Judicial Network, Official Journal of the European Communities SL L 191, 7.7.1998, 4

<sup>47</sup> Council Common Position of 15. November 1999 Concerning restrictive measures against the Taliban, (199/727/CFSP), Official Journal of the European Communities L 294, 16/11/1999 P. 001-001

iz 1999. godine i Zajednički stav Savjeta 2001/154/CFSP<sup>48</sup> od 26. februara 2001. godine o preduzimanju dodatnih restriktivnih mjera protiv talibana<sup>49</sup>, kao i Preporuku Savjeta<sup>50</sup> od 9. decembra 1999. godine o saradnji u suzbijanju finansiranja terorističkih grupa kojom se zemlje članice pozivaju da intenziviraju svoju saradnju u oblasti sprečavanja finansiranja terorizma. Takođe, terorizam je dobio važno mjesto u Zaključcima Evropskog savjeta iz Tamperea<sup>51</sup> 15. i 16. oktobra 1999. godine, te u Zaključcima Evropskog savjeta iz Santa Maria da Feira<sup>52</sup> 19. i 20. juna 2000. godine, kojima je potvrđena važnost postupanja u prevenciji kriminaliteta i sprečavanju pranja novca, kao i uspostavljanje zajedničkih istražnih timova u suzbijanju prekograničnog kriminala, posebno u oblasti trgovine drogom, trgovine ljudskim bićima i terorizmom. Navedeni zaključci dalje su sprovedeni i razvijani putem Haškog programa od 2005. do 2010. godine, koji su kasnije nastavljeni kroz Stokholmski program 2010–2014. godina.

Aktivnosti Evropske unije na suzbijanju terorizma intenzivirane su nakon terorističkog napada na Sjedinjene Američke Države 11. septembra 2001. godine. Tako je 14. septembra 2001. godine, potpisana Zajednička deklaracija šefova država i vlada članica Evropske unije, predsjednika Evropskog parlamenta, predsjednika Evropske komisije i visokog predstavnika ZVSP<sup>53</sup> kojom je iskazana puna solidarnost sa SAD, te potreba adekvatnog odgovora terorizmu, koji je postavljen kao prioritet. Zatim je Savjet 27. decembra 2001. godine usvojio dva zajednička stava o borbi protiv terorizma (2001/930/CFSP<sup>54</sup> i

<sup>48</sup> Council Common Position of 5 November 2001 Concerning restrictive measures against the Taliban and amending Common Positions 1996/746/CFSP, 2001/56/CFSP and 2001/154/CFSP (2001/771/CFSP), *Official Journal L 289*, 06/11/2001 P. 0036 - 0036

<sup>49</sup> U narednom periodu su takođe preduzimane aktivnosti protiv talibana. Vrijedi navesti zajednički stav Evropskog savjeta protiv Osame Bin Ladena, Al Kaide i talibana, usvojen 27. maja 2002. godine, od posebne je važnosti zbog toga što se dopunjuje postojeći spisak lica povezanih sa Osamom bin Ladenom, Al Kaidom i talibanima, te se onemogućava prikupljanje novčanih i drugih transakcija kojima se pruža podrška navedenom terorističkom kolektivitetu. Vidi: Council Common Position of 27 May 2002 concerning restrictive measures against Usama bin Laden, members of the Al-Qaida organisation and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them and repealing Common Positions 96/746/CFSP, 1999/727/CFSP, 2001/154/CFSP and 2001/771/CFSP, 2002/402/CFSP.

<sup>50</sup> Council recommendation of 9 December 1999 on cooperation in combating the financing of terrorist groups, *Official Journal of the European Communities* 1999/C 373/01

<sup>51</sup> Tampere European Council 15 And 16 October 1999, Presidency conclusions.

<sup>52</sup> Santa Maria Da Feira European Council 19 And 20 June 2000, Conclusions Of The Presidency.

<sup>53</sup> Joint Declaration by the Heads of State and Government of the EU, the President of the European Parliament, the President of the European Commission and the High Representatives for the CFSP, Council documents no. 11795/01 and Press release 140/01.

<sup>54</sup> Council Common Position of 27 December 2001 on combating terrorism (2001/930/CFSP), *Official Journal of the European Communities*, L 344/90

2001/931/CFSP<sup>55</sup>) čiji je cilj sprovođenje Rezolucije Ujedinjenih nacija 1373 iz 2001. godine, kao i dodatnih mjera protiv pojedinaca, grupa i entiteta uključenih u terorizam. Zatim je usvojen Akcioni plan Evropske unije protiv terorizma<sup>56</sup> od 21. septembra 2001. godine, koji je bio prvi dokument takve vrste i naredne tri godine predstavljao je osnovni dokument Evropske unije u sveobuhvatnoj borbi protiv globalnog terorizma, a sadržao je ambicioznu listu mjera kojom se unapređuje policijska i pravosudna saradnja, razvijaju međunarodne krivičnopravne mjere, jača bezbjednost vazdušnog prostora i dr. Nakon terorističkih napada u Madridu (2004) i Londonu (2005) unutar Evropske unije oštro je kritikovana slaba implementacije mjera dogovorenih nakon terorističkih napada 11. septembra 2001. godine, i to posebno u dijelu koji se odnosi na policijsku i pravosudnu saradnju. Tako, zahtijevajući odlučnu akciju i donošenje konkretnih mjera u borbi protiv terorizma, Evropska unija je 25. marta 2004. godine donijela Deklaraciju o borbi protiv terorizma<sup>57</sup>, koja se poziva na Povelju Ujedinjenih nacija i obaveze odlučne borbe protiv terorizma koje proizlaze iz Rezolucije 1373 Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija. Nakon toga, u junu 2004. godine Evropska unija je prihvatila revidirani Akcioni plan za borbu protiv terorizma<sup>58</sup>, a iste godine, u okviru Evropske unije, imenovan je Koordinator za borbu protiv terorizma<sup>59</sup>, čiji je zadatak da ojača i koordinira sve instrumente koji su na raspolaganju Evropskoj uniji, kao i praćenje sprovođenja Strategije Evropske unije o borbi protiv terorizma. Nadalje, u tom periodu izuzetno važnu ulogu imao je Haški program jačanja slobode, bezbjednosti i pravde u Evropskoj uniji (2004)<sup>60</sup> koji je definisao aktivnosti Evropske unije na području pravosuđa i unutrašnjih poslova za period od 2004. do 2010<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Council Common Position of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism (2001/931/CFSP), Official Journal of the European Communities, L 344/93

<sup>56</sup> Conclusions and Plan of Action of the Extraordinary European Council Meeting on 21 September 2001, Press Release 21/9/2001 No 140/01.

<sup>57</sup> Vidi: Declaration On Combating Terrorism, Brussels, 25 March 2004.

<sup>58</sup> Prema tom dokumentu, predviđeni su strateški ciljevi Evropske unije koji se ogledaju u jačanju međunarodnih napora u borbi protiv terorizma, smanjenju pristupa terorista finansijskim sredstvima, unapređivanju sposobnosti otkrivanja, istrage i suđenje teroristima, uspostavljanju efikasne granične kontrole, kao i bavljenje faktorima koji doprinose terorizmu i regrutovanju terorista. Plan, takođe, predviđa osposobljavanje trećih država (nečlanica) za borbu protiv terorizma. Vidi detaljnije: EU Plan of Action on Combating Terrorism, Council of the EU, 10586/06, Brussels, 15.06.2004.

<sup>59</sup> Vidi opširnije putem internet sajta: Counter-Terrorism Coordinator – CTC <http://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/counter-terrorism-coordinator/>.

<sup>60</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 10 May 2005 – The Hague Programme: ten priorities for the next five years. The Partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice [COM(2005) 184 final – Official Journal C 236 of 24.9.2005].

<sup>61</sup> Borba protiv terorizma dominira samim tekstom Haškog programa, ali i cjelokupnim periodom

Tokom 2005. godine usvojena su dva nova strateška dokumenta od direktnog značaja za suzbijanje terorizma: 1) Strategije Evropske unije za borbu protiv terorizma<sup>62</sup> i 2) Strategija Evropske unije za borbu protiv radikalizma i regrutovanja terorista<sup>63</sup>. Navedeni strateški okvir postavio je osnovni cilj borbe protiv terorizma: borba protiv terorizma na globalnom planu uz poštovanje ljudskih prava radi podizanja bezbjednosti Evrope kako bi njeni građani živjeli u prostoru slobode, bezbjednosti i pravde. Jedan od prioriteta u području borbe protiv terorizma jeste utvrđivanje i rješavanje faktora koji doprinose radikalizaciji, kao i procesa kojima se pojedinci regrutuju za izvođenje terorističkih akata. Konačno, Plan protivterorističke strategije za Siriju i Irak s posebnim težištem na pitanje stranih boraca<sup>64</sup> usvojen je 16. januara 2015. godine, a kao prioritet djelovanja postavljeno je sprečavanje pristizanja novih stranih terorističkih boraca kao i sprečavanje daljeg širenje prijetnje izvan granica Sirije i Iraka.

U navedenom periodu Evropska unija počela je preduzimati i sistematičnije aktivnosti na sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma. Tako je 2004. godine Evropska komisija u svom saopštenju od 20.10.2004. godine<sup>65</sup> preporučila mjere u prevenciji terorizma i sprečavanju pranja novca. Pored toga, Evropska unija je 2005. godine donijela Direktivu o sprečavanju upotrebe finansijskih sistema u svrhu pranja novca i finansiranja terorizma<sup>66</sup> kojom se definiše pranje novca i finansiranje terorizma, utvrđuju obaveze država članica i utvrđuje obaveza uspostavljanja finansijsko-obavještajnih odjeljenja u državama članicama. Navedena direktiva predstavlja vrlo značajan instrument u sprečavanju pranja novca, a tokom narednih godina više puta je dopunjivana (2007, 2008, 2009, 2011), da bi Evropski savjet i Parlament postigli u decembru 2014. dogovor o novim pravilima za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma, koji treba da budu usvojeni kroz novu Direk-

---

njevogov sprovođenja, pri čemu se navodi se da približavanje krivičnog materijalnog prava olakšava uzajamno priznavanje odluka i sudskih odluka te saradnju policije i sudova u krivičnim predmetima.

<sup>62</sup> The European Union Counter-Terrorism Strategy, Council Of The European Union, 13613/05 JAI 366 ECOFIN 320 TRANS 208 RELEX 547 ECO 119 PESC 890 COTER 59 COSDP 701 PROCIV 150 ENER 158 ATO 91.

<sup>63</sup> The European Union Strategy for Combating Radicalisation and Recruitment to Terrorism, Brussels, 24 November 2005, 14781/1/05, Rev 1, JAI 452, ENFPOL 152, COTER 81

<sup>64</sup> Revised EU Strategy for Combating Radicalisation and Recruitment to Terrorism, Council Of The European Union, Brussels, 5643/5/14, 19 May 2014.

<sup>65</sup> Communication from the Commission to the Council and European Parliament of 20 October 2004 on the prevention of and the fight against terrorist financing through measures to improve the exchange of information, to strengthen transparency and enhance the traceability of financial transactions [COM(2004) 700 - Official Journal C 14 of 20 January 2005].

<sup>66</sup> Directive [2005/60/EC](#) of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing

tivu o sprečavanju upotrebe finansijskih sistema u svrhu pranja novca i finansiranja terorizma<sup>67</sup>. Isto tako, navedeni period karakteriše i početak stvaranja pravnih osnova za zaštitu kritične infrastrukture od terorizma unutar Evropske unije. Tako je 20. oktobra 2004. Evropska komisija usvojila Komunikaciju o zaštiti kritične infrastrukture u borbi protiv terorizma<sup>68</sup>, u kojoj se iznose prijedlozi o tome što bi Evropi omogućilo bolje sprečavanje terorističkih napada koji zahvataju kritične infrastrukturne objekte. Nakon toga je Evropska komisija 17. novembra 2005. usvojila Zelenu kartu o Evropskom programu zaštite kritične infrastrukture<sup>69</sup>, u kojoj se nude moguća rješenja za uspostavljanje programa i formiranje Informativne mreže za uzbunjivanje vezano uz kritičnu infrastrukturu. Potom je, 12. decembra 2006, usvojen Evropski program zaštite kritične infrastrukture<sup>70</sup> čiji je opšti cilj poboljšavanje zaštite kritične infrastrukture u Evropskoj uniji kroz implementaciju evropskog zakonodavstva koje se odnosi na navedenu oblast. Nadalje je Savjet Evropske unije usvojio, 2. decembra 2008. godine, Direktivu o utvrđivanju i označavanju evropske kritične infrastrukture i procjeni potrebe poboljšanja njene zaštite<sup>71</sup> kojom se definiše kritična infrastruktura, uspostavlja se postupak za utvrđivanje i označavanje evropske kritične infrastrukture i zajednički pristup procjeni potrebe poboljšanja zaštite takve infrastrukture kako bi se doprinijelo zaštititi ljudi.

## Odluke Evropske unije protiv terorizma

Okvirne odluke i odluke Evropske unije, tj. Savjeta Evropske unije predstavljaju izuzetno značajne pravne mehanizme suzbijanja terorizma. Svakako da je najznačajnija Okvirna odluka 2002/475/JHA o borbi protiv terorizma<sup>72</sup>, koja je usvojena 13. juna 2002. godine od strane Evropskog savjeta, a čija je osnovna svrha bila usklađivanje nacionalnih zakonodavstva

<sup>67</sup> Predložena direktiva zamijenila bi postojeću direktivu o pranju novca (2005/60/EZ) i direktivu Komisije o utvrđivanju mjera sprovođenja (2006/70/EZ). Prijelag direktive dostupan je putem internet sajta: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0045&from=EN>, pristupljeno 10.04.2015.

<sup>68</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 20 October 2004 – Critical Infrastructure Protection in the fight against terrorism [COM(2004) 702final].

<sup>69</sup> Green Paper on a european programme for critical infrastructure protection, COM(2005) 576 final, Brussels, 17.11.2005.

<sup>70</sup> Communication from the Commission of 12 December 2006 on a European Programme for Critical Infrastructure Protection [COM(2006) 786 final – Official Journal C 126 of 7.6.2007].

<sup>71</sup> Council Directive 2008/114/EC of 8 December 2008 on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection.

<sup>72</sup> Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on Combating Terrorism, Official Journal of the European Communities, L.164/3, 13 June 2002, pp. 4.

država članica, kako bi se na istovjetan način definisao terorizam<sup>73</sup>, kao i s njim povezani oblici krivičnih djela (npr. pojam terorističke grupe). Pored toga, Okvirnom odlukom se ukazuje na potrebu propisivanja kazni i sankcija za fizička i pravna lica koja su počinila ili su odgovorna za takva krivična djela. Uzimajući u obzir da je teroristička prijetnja postala sve veća i da se brzo razvila proteklih godina, s promjenama u načinu djelovanja terorističkih aktivista i sponzora terorizma, Evropska unija se odlučila na usvajanje izmjena Okvirne odluke o suzbijanju terorizma iz 2002. godine. Tako je usvojena Okvirna odluka Savjeta<sup>74</sup> 2008/919/JHA od 28. novembra 2008. o izmjeni Okvirne odluke o suzbijanju terorizma. Ovom se Okvirnom odlukom predviđa kriminalizacija krivičnih djela povezanih s terorističkim aktivnostima kako bi se doprinijelo opštem cilju politike sprečavanja terorizma, smanjenjem širenja onih materijala kojima se lica mogu podstaknuti da učine terorističke napade<sup>75</sup>. Zatim su se u oktobru 2014. ministri pravosuđa i unu-

<sup>73</sup> Krivično djelo terorizma, Okvirnom odlukom, definiše se kao čin, koji s obzirom na svoju prirodu i kontekst, može ozbiljno naštetiti državi ili međunarodnoj organizaciji, a koji je učinjen sa namjerom: (i) ozbiljnog zastrašivanja stanovništva, ili (ii) nezakonitog iznuđivanja (prisiljavanja) vlade ili međunarodne organizacije da nešto učini ili ne učini, ili (iii) ozbiljnog destabilizovanja ili uništavanja temeljne političke, ustavne ili privredne strukture zemlje ili međunarodne organizacije. Krivično djelo terorizma može se ostvariti: (a) napadom na život lica koje može uzrokovati smrt, (b) napadom na fizički integritet lica, (v) otmicom ili uzimanjem talaca, (g) uzrokovanjem ekstenzivnog razaranja vladinih ili javnih objekata, transportnih sistema, infrastrukture, uključujući informacione sisteme, fiksne platforme na epikontinentalnom pojasu, javna mjesta ili privatnu imovinu sa vjerovatnošću ugrožavanja ljudskih života nanošenjem znatne privredne štete, (d) otmicom aviona, broda ili drugog sredstva javnog transporta ili transporta dobara, (đ) proizvodnjom, posjedovanjem, sticanjem, prevozom, nabavljanjem ili korišćenjem eksploziva, ili nuklearnog, hemijskog ili biološkog oružja, (e) ispuštanjem opasnih materija ili uzrokovanjem požara, eksplozija ili poplava, koje imaju za posljedicu ugrožavanje ljudskih života, (ž) ometanjem opsluživanja vodom, energijom ili drugim fundamentalnim prirodnim izvorima, a koje ima za posljedicu ugrožavanje ljudskih života, i (z) prijetnjom da će se učiniti bilo koje od kojih gore navedenih djela. Takođe, u smislu navedene Okvirne odluke „terorističkom grupom” označava se strukturirana grupa s više od dva lica, koja je osnovana na duži vremenski period i djeluje organizovano radi činjena terorističkih krivičnih djela. „Strukturirana grupa” se odnosi na grupu koja nije slučajno nastala zbog neposrednog činjena krivičnog djela i koja ne mora imati formalno definirane uloge za svoje članove, kontinuitet članstva ili razvijenu strukturu. S tim u vezi svaka država članica preduzima potrebne mjere kako bi osigurala da se kažnjavaju sljedeća namjerna djela: (a) vođenje terorističke grupe i (b) učestvovanje u aktivnostima terorističke grupe, uključujući prikupljanje informacija ili materijalnih sredstava, ili finansiranje njihovih aktivnosti na bilo koji način, znajući za činjenicu da takvo učestvovanje doprinosi kriminalnim aktivnostima terorističke grupe. Takođe, Okvirnom odlukom predviđaju se i krivična djela vezana za terorističke aktivnosti, koja bi trebalo da obuhvate sledeća djela: (a) teška krađa s ciljem činjena jedne od gore navedenih radnji; (b) ucjena s ciljem činjena jedne od navedenih radnji navedenih i (c) izrada lažnih upravnih dokumenata s ciljem činjena jedne od navedenih radnji.

<sup>74</sup> Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism.

<sup>75</sup> Tako se predviđaju tri krivična djela, i to: javno podsticanje radi činjena krivičnog djela terorizma, regrutovanje za terorizam i obuka za terorizam. Javno podsticanje radi činjena krivičnog djela

trašnjih poslova složili, između ostalog, o potrebi za poboljšanjem pravosudnih mjera, naročito za ažuriranjem Okvirne odluke o borbi protiv terorizma i potrebi za boljom razmjenom informacija, uz naglasak na ulozi Evropolu i Eurojusta<sup>76</sup>. Posebno se ukazuje na značaj proširenja popisa terorističkih krivičnih djela<sup>77</sup> kako bi se suzbila prijetnja stranih boraca šira od one sadržane u Okvirnoj odluci (2002. i 2008. godine), kao i činjenicu da zbog nedostatka zajedničkoga krivičnog pristupa i zajedničkih minimalnih normi na nivou Evropske unije prijete opasnost propusta u krivičnom progonu. Isto tako, ukazuje se na značaj međunarodne pravne pomoći i razmjene najbolje prakse s obzirom na prikupljanje dokaza<sup>78</sup>.

Takođe, značajno je spomenuti Odluku Evropskog Savjeta, broj 2002/584/JHA<sup>79</sup> od 13. juna 2002. godine, kojom je usvojen poseban okvir krivičnog saradnje evropskih država u suzbijanju posebno teških oblika kriminaliteta, uključujući i terorizam, a koji se ogleda kroz uvođenje Evropskog naloga za hapšenje. Isto tako, prihvaćena je Odluka Savjeta 2005/671/JHA<sup>80</sup> od 20. septembra 2005. godine o razmjeni informacija i saradnji u pogledu terorističkih akata, kao i Okvirna odluka 2006/960/JHA<sup>81</sup> od 18. de-

terorizma znači širenje, ili drugačije stavljanje na raspolaganje, poruke javnosti s namjerom podsticanja na činjenje jednog ili više terorističkih krivičnih djela, kada takvo ponašanje, bez obzira nagovara li direktno krivičnog djela terorizma ili ne, uzrokuje opasnost od činjenja jednog ili više takvih krivičnih djela. Regrutovanje za terorizam znači podstrekavanje drugog lica da učini jedno ili više terorističkih krivičnih djela, a obuka za terorizam znači davanje uputstava za izradu ili korištenje eksploziva, vatrenog oružja ili drugog oružja ili štetnih ili opasnih tvari, ili za druge posebne metode ili tehnike, za potrebe činjenja jednog ili više terorističkih krivičnih djela.

<sup>76</sup> Justice and Home Affairs, 3336th Council meeting, Luxembourg, 9 and 10 October 2014, Council Of The European Union.

<sup>77</sup> Prije svega misli se na inkriminisanje radnji povezanih sa putovanjem stranih boraca, za koje se Rezolucijom Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija 2178 (2014) od država članica zahtijeva da ih kriminalizuju. Vidi detaljnije: Resolution 2178 (2014): Condemning Violent Extremism, Underscoring Need to Prevent Travel, Support for Foreign Terrorist Fighters, adopted unanimously on 24 September 2014

<sup>78</sup> Prema stajalištu Eurojusta, prikupljanje i upotreba dokaza u odnosu na strane borce predstavlja praktične i pravne izazove, što čini značajne teškoće u dokazivanju navedenih krivičnih djela. Zbog toga bi usklađivanje na nivou Evropske unije prilikom rješavanja pravnih izazova u prikupljanju i korišćenju dokaza u slučajevima terorizma bilo korisno. Eurojust preporučuje razmjenu iskustava među nacionalnim pravosudnim tijelima i prikupljanje najboljih praksi s obzirom na dokaze povezane s internetom. Eurojust. (2014). Anti-terrorism: Eurojust in the European Parliament – Foreign Fighters in Focus.

<sup>79</sup> Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.

<sup>80</sup> Council Decision 2005/671/JHA of 20 September 2005 on the exchange of information and cooperation concerning terrorist offences

<sup>81</sup> Council Framework Decision 2006/960/JHA of 18 December 2006 on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the European Union



cembra 2006. godine o pojednostavljenju razmjene informacija i obavještajnih podataka između nadležnih tijela država članica EU, u cilju otkrivanja i sprečavanja kriminalnih aktivnosti povezanih s organizovanim kriminalom i terorizmom. Treba navesti i Odluku 2009/371/JHA od 16. aprila 2009. godine o uspostavljanju Kancelarije evropske policije (Europol)<sup>82</sup> kojom je Evropol uspostavljen kao agencija Evropske unije (a ne međunarodna organizacija što je do tada bio) čiji je cilj i prevencija i borba protiv terorizma. Na kraju, značajno je spomenuti i Odluku Savjeta 2014/415/EU<sup>83</sup> od 24. aprila 2014. godine o aranžmanima Unije za sprovođenje klauzule solidarnosti, koja se odnosi na sprovođenje od strane Unije člana 222 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (klauzula solidarnosti), kojim su se Unija i države članice obavezale da zajednički djeluju u duhu solidarnosti ako je neka država članica meta terorističkog napada, žrtva prirodne nepogode ili nesreće izazvane ljudskim djelovanjem.

### **Odgovor Evropske unije terorizmu nakon usvajanja Lisabonskog ugovora 2007. godine**

Nova era Evropske unije u borbi protiv terorizma započinje sa Lisabonskim ugovorom o Evropskoj uniji<sup>84</sup> iz 2007. godine, koji je u značajnoj mjeri osnažio supranacionalne harmonizirajuće nadležnosti Evropske unije u području krivičnog prava i krivičnog postupka<sup>85</sup>. Na taj način se na pravne akte, koji tretiraju krivičnopravnu materiju, primjenjuju načela neposrednog dejstva i prednosti primjene prava Zajednice pred pravom države članice<sup>86</sup>. Isto

<sup>82</sup> Council Decision of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) (2009/371/JHA, Official Journal of the European Union L 121/37

<sup>83</sup> Council Decision of 24 June 2014 on the arrangements for the implementation by the Union of the solidarity clause (2014/415/EU)

<sup>84</sup> Ugovor iz Lisabona potpisan 17. decembra 2007. godine, a stupio na snagu 01. decembra 2009. godine. Treaty of Lisbon on European Union, 2007.

<sup>85</sup> Vidi detaljnije: Đurđević, Z. (2008), „Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Evropi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 15, broj 2/2008, str. 1077–1127.

<sup>86</sup> U tom smislu ključni propis Lisabonskog ugovora koji se odnosi na materijalno krivično pravo je član 83 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, a uz njega se i u uvodnim odredbama navodi, kao jedan od glavnih ciljeva Unije, uspostavljanje prostora slobode, sigurnosti i pravde bez unutrašnjih granica sprečavanjem i suzbijanjem kriminaliteta (čl. 2 st. 2 UEU). Čl. 2 Ugovora o Evropskoj uniji, Unija je dobila ovlašćenja da „direktivama“ donesenim u redovnom zakonodavnom postupku uspostavlja minimalna pravila o opisu krivičnih djela i sankcija u područjima posebno teškog kriminaliteta s prekograničnim obilježjima koja proizilaze iz prirode ili posljedica tih krivičnih djela ili iz posebne potrebe njihovog sprječavanja na zajedničkom osnovu. Vidi opširnije: Horović, S. (2010), „Kazneno pravo Evropske unije prema Lisabonskom ugovoru“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostar*, 21/2010, str. 45.

tako, ovim ugovorom uvedena je "Klauzula solidarnosti" kojom se određuje da Unija i države članice djeluju zajednički, u duhu solidarnosti, ako je država članica meta terorističkoga napada, žrtva prirodne nepogode ili nesreće izazvane ljudskim djelovanjem<sup>87</sup>. Pored toga, budući prioriteti Evropske unije u borbi protiv terorizma definisani su na osnovu Stokholmskog programa<sup>88</sup> i njegovog Akcionog plana<sup>89</sup> iz 2010. godine, Strategije unutrašnje bezbjednosti<sup>90</sup>, od 2010. godine i Zaključaka Savjeta o kreiranju i implementaciji ciklusa politika Evropske unije protiv organizovanog i teških oblika transnacionalnog kriminala, od 8. i 9. novembra 2010. godine<sup>91</sup>. Stokholmskim programom posebno se posmatra pitanje prevencije terorizma i to kroz razvijanje mehanizama prevencije terorizma kako bi se sprečilo širenje radikalizacije, a samim tim i regrutovanja za terorizam. Strategija Evropske unije za unutrašnju bezbjednost usvojena je 2010. godine i identifikuje pet strateških ciljeva, gdje Evropska unija može donijeti stvarnu vrijednost za period važenja strategije, od kojih je jedna sprečavanje terorizma i rješavanje radikalizacije i regrutovanja, koja uključuje nekoliko aktivnosti kao što su jačanje zajednica na sprečavanju radikalizacije i regrutovanja, sprečavanje pristupa terorista materijalnim i finansijskim sredstvima i transakcijama, kao i zaštita transporta. Navedenu Strategiju prati i Akcioni plan za njeno sprovođenje<sup>92</sup> kojim je detaljno razrađena 41 mjera kojim se želi odgovoriti na najizraženije izazove, rizike i prijetnje za Evropsku uniju. Zaključkom Savjeta o kreiranju i implementaciji ciklusa politika Evropske unije protiv organizovanog i teških oblika transnacionalnog kriminala, od 8. i 9. novembra 2010. godine, uspostavljeni su višegodišnji ciklusi politika sa ciljem obezbjeđivanja efikasne saradnje između država članica, agencija za sprovođenje zakona, institucija i agencija Evropske unije i relevantnih trećih partnera u suprotstavljanju teškom i transnacionalnom organizovanom kriminalitetu.

Nakon terorističkog napada u Parizu 7. januara 2015. godine unutar Evropske unije ponovo su otvorene rasprave o adekvatnosti njenog odgovora terorizmu, kao i načinima budućeg djelovanja. Tako su 11. januara 2015. godine u Parizu 11 ministara unutrašnjih poslova zemalja članica usvojili zajedničku izjavu<sup>93</sup> u kojoj su dogovorili pooštavanje nadzora „zone Šengena“ i snažno ojačavanje saradnje da bi se spriječilo kretanje terorista i njihova pro-

<sup>87</sup> „Klauzulom solidarnosti“ nazvana je Glava VII poglavlje V, odnosno član 222, jedini te glave.

<sup>88</sup> The Stockholm Programme — An Open And Secure Europe Serving And Protecting Citizens, European Council 2010/C 115/01.

<sup>89</sup> Action Plan Implementing the Stockholm Programme, Brussels, 20.4.2010 COM(2010) 171 final.

<sup>90</sup> The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe, Brussels, 22.11.2010 COM(2010) 673 final.

<sup>91</sup> Council conclusions on the creation and implementation of a EU policy cycle for organised and serious international crime, Council Of The European Union, Brussels, 8 and 9 November 2010.

<sup>92</sup> Action Plan Implementing the Stockholm Programme [COM(2010) 171 final.

<sup>93</sup> Paris statement of 11 January 2015, Paris, January 11, 2015.

paganda preko interneta, zatim onemogućavanje finansiranja i pomoći koju teroristima daju sponzori, kao i uvođenje jedinstvenog mehanizma podataka za sve putnike koji avionima putuju u i iz Evrope. Nakon toga je Savjet za pravosuđe i unutrašnje poslove, na neformalnom sastanku u Rigi 29. januara 2015. godine, imao detaljnu raspravu o borbi protiv terorizma, a objavili su i zajedničku Izjavu<sup>94</sup> u kojoj su se složili o potrebi za ubrzanjem i osnaživanjem sprovođenja postojećih instrumenata, kao i potrebu za nastavkom rada u nekoliko ključnih područja. Potom je Savjet Evropske unije 9. februara 2015. godine usvojio Zaključke o borbi protiv terorizma<sup>95</sup> kojima poziva na jačanje partnerstva sa ključnim zemljama u borbi protiv terorizma, jačanje kapaciteta, unapređenje međunarodne saradnje i rješavanje ključnih faktora i trenutnih kriza<sup>96</sup>. Zatim je na neformalnom sastanku šefova država ili vlada održanom u Briselu, 12. februara 2015, usvojena Izjava članova Evropskog savjeta<sup>97</sup>, kojom se pored garantovanja bezbjednosti građana i saradnje sa međunarodnim partnerima, posebno ukazuje na sprečavanje radikalizacije i očuvanja vrijednosti kroz preduzimanje odgovarajućih mjera za otkrivanje i uklanjanje internetskih sadržaja kojima se podstiče terorizam ili ekstremizam.

Evropska unija trenutno radi na izradi novih pravila za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma, čiji je cilj zaštita građana i unutrašnje tržište Evropske unije onemogućavanjem iskorištavanja finansijskih sistema Evropske unije u terorističke svrhe i za pranje novca. S tim u vezi je i Stav Savjeta Evropske unije<sup>98</sup> i Komunikacija Komisije Evropskom parlamentu<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Riga Joint Statement following the informal meeting of Justice and Home Affairs Ministers in Riga on 29 and 30 January.

<sup>95</sup> Council conclusions on counter-terrorism, council of the european union.

<sup>96</sup> Ipak, posebna pažnja posvećena je borbi protiv radikalizacije i nasilnog ekstremizma koja se ogleda u podršci međunarodnim inicijativama za borbu protiv radikalizacije i terorizma, poboljšanje strateške komunikacije, razvoj strategije informisanja u arapskom svijetu, što uključuje razvoj materijala suprotstavljenih terorističkoj propagandi, promovisanjem osnovnih prava, te uzimanje u obzir sve češće zloupotrebe interneta u svrhu radikalizacije, komunikacija putem društvenih mreža i jačanje komunikacije na arapskom jeziku, pospješivanje međureligijskog dijaloga, dijaloga s civilnom društvom, međuljudskih kontakata, akademskih i kulturnih razmjena, i drugo.

<sup>97</sup> Statement by the members of the european council, informal meeting of the heads of state or government brussels, 12 february 2015.

<sup>98</sup> Position of the Council at first reading with a view to the adoption of a Directive Of The European Parliament And Of The Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC 5933/4/15 REV 4 ADD 1, Brussels, 28 April 2015.

<sup>99</sup> Communication From The Commission To The European Parliament pursuant to Article 294(6) of the Treaty on the Functioning of the European Union concerning the position of the Council on the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, COM(2015) 188 final, Brussels, 27.4.2015.

od 29. aprila 2015. godine s ciljem dovršetka Direktive Evropskog parlamenta i Savjeta o sprečavanju korištenja finansijskog sistema u svrhu pranja novca ili finansiranja terorizma, o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta i o stavljanju van snage Direktive 2005/60/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta i Direktive Komisije 2006/70/EZ o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma. Pored navedenog, Evropska komisija je u Saopštenju<sup>100</sup> od 28. aprila 2015. godine prezentovala Evropski program bezbjednosti za period 2015–2020. kojim se podržava saradnja između država članica u neutralisanju bezbjednosnih prijetnji te se pojačavaju zajednička nastojanja u borbi protiv terorizma, organizovanog kriminala i visokotehnološkog kriminala<sup>101</sup>.

### **Pravni okvir Savjeta Evrope protiv terorizma**

Pored navedenog, bitno je pomenuti i aktivnosti Savjeta Evrope na suzbijanju terorizma. Aktivnosti Savjeta Evrope na području borbe protiv terorizma zasnovani su na tri komponente: jačanju zakonskih mjera protiv terorizma, zaštiti osnovnih vrijednosti i bavljenju uzrocima terorizma. U tom smislu mogu se izdvojiti pet pravnih instrumenta koja direktno tretiraju područje borbe protiv terorizma<sup>102</sup>, i to: Evropska konvencija o sprečavanju te-

<sup>100</sup> Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions: The European Agenda On Security, COM(2015) 185 final, Strasbourg, 28.4.2015.

<sup>101</sup> Ključne aktivnosti predviđene Programom su sljedeće: borba protiv radikalizacije putem Mreže za podizanje svijesti o radikalizaciji, ažuriranje Okvirne odluke o terorizmu kojom se obezbjeđuje usklađivanje pravnog okvira za rješavanje problema stranih terorističkih boraca (prihvatanje Rezolucija 2178 Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija), sprečavanje finansiranja terorizma kroz jačanje saradnje između nadležnih tijela u Evropi, jačanje dijaloga s informatičkom industrijom u cilju suzbijanja terorističke promocije na internetu i društvenim mrežama, jačanje pravnog okvira o vatrenom oružju radi rješavanja pitanja nezakonite trgovine i ponovne aktivacije oružja, kao i jačanje kapaciteta Evropola, između ostalog osnivanjem Evropskog centra za borbu protiv terorizma, itd.

<sup>102</sup> Takođe, rad Savjeta Evrope na ovim aktivnostima proizveo je nekoliko drugih međunarodnih instrumenata, od kojih se izdvajaju: Deklaracija o terorizmu (1978), Tripartitna deklaracija o terorističkim aktima (1986), Rezolucija br. 863 (1986) o evropskom odgovoru međunarodnom terorizmu, Konferencija o odbrani demokratije od terorizma u Evropi – zadaci i problemi, Deklaracija o borbi protiv međunarodnog terorizma (2001), Rezolucija br. 1258 (2001) o suočavanju demokratija s terorizmom, Smjernice za ljudska prava i borbu protiv terorizma (2002), Rezolucija br. 1271 (2002) o borbi protiv terorizma i poštovanju ljudskih prava, Predlozi za politiku borbe protiv rasizma u sklopu borbe protiv terorizma (2004), Rezolucija 1367 (2004) o bioterizmu: ozbiljna pretnja zdravlju građana, Rezolucija 1400 (2004) o izazovu terorizma u državama članicama Savjeta Evrope, Smjernicama za zaštitu žrtava terorističkih akata (2005), Deklaraciji o slobodi izražavanja i informisanja u medijima u kontekstu borbe protiv terorizma (2005), Rezolucija 1507 iz 2006. godine o navodnom tajnom

rorizma (ETS No.: 090) iz 1977. godine, Dodatni protokol Evropskoj konvenciji o sprečavanju terorizma od 15.05.2003. godine, Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma (CETS No.: 196) iz 2005. godine, Dodatni protokol Konvenciji Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma od 19.05.2015. godine, i Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zapljeni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma (CETS No.: 198) iz 2005. godine.

Evropska konvencija o suzbijanju terorizma (ETS No. 090) usvojena je 27. januara 1977. godine, u Strazburu<sup>103</sup> s ciljem da doprinese suzbijanju terorizma dopunjavanjem i izmjenom postojećih aranžmana zaključenih između država članica o izručenju izvršilaca krivičnih djela i međusobnoj pomoći. Protokol o izmjenama Evropske konvencije o suzbijanju terorizma<sup>104</sup>, usvojen je 15. maja 2003. godine, a njime se uvodi određeni broj značajnih promjena u Konvenciji, znatno se proširuje spisak delikata koji se nikad ne smiju smatrati političkim ili politički motivisanim, pri čemu taj spisak uključuje sve delikte obuhvaćene antiterorističkim konvencijama Ujedinjenih nacija. Nakon toga, 2003. godine formiran je Komitet eksperata za terorizam<sup>105</sup>, kako bi koordinirao sprovođenje aktivnosti u prioritetnim oblastima. Najznačajnija aktivnost navedenog Komiteta eksperata bila je utvrđivanje teksta Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma (CETS No. 196)<sup>106</sup>, koja je usvojena u Varšavi 16. maja 2005. godine a stupila je na snagu 1. juna 2007. godine. Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju terorizma je usvojena da bi se povećala efikasnost postojećih međunarodnih instrumenata, a ima za cilj ojačavanje napora država članica u sprečavanju terorizma i postavlja dva načina za postizanje ovog cilja<sup>107</sup>: prvi je, inkriminisanje određenih ponašanja: jav-

---

pritaranju i nezakonitom prebacivanju pritvorenika iz jedne države u drugu u koje su bile uključene i države članice Savjeta Evrope, Preporuka o pitanjima identifikacionih dokumenata koja se postavljaju u vezi s terorizmom (Rec (2005) 7), kao i čitav niz drugih preporuka o borbi protiv terorizma (broj: 648 (1972), 703 (1973), 852 (1979), 916 (1981), 941 (1982) i 982 (1984), 1024 (1986), 1170 (1991), 1199 (1992), 1132 (1997), 1426 (1999), 1534 (2001), 1550 (2002), 1549 (2002), 1584 (2002), 1644 (2004), 1677 (2004), 1687 (2004), 1704 (2005), 1713 (2005), 1754 (2006).

<sup>103</sup> European Convention on the Suppression of Terrorism (ETS No. 090), Strasbourg, 27.I.1977

<sup>104</sup> Protocol Amending the European Convention on the Suppression of terrorism ETS No. 190, Strasbourg, 15 May 2003

<sup>105</sup> CODEXTER je pravni naslednik Multidisciplinarnе grupe za međunarodno delovanje protiv terorizma (GMT) koja je formirana 2001. godine kako bi se izvršila revizija Evropske konvencije o suzbijanju terorizma.

<sup>106</sup> Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, (CETS No. 196), Warsaw, 16 May 2005.

<sup>107</sup> Kolarić, D. (2013), "Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije", *Crimen* (IV) 1/2013, str. 49–71

nog podsticanja, regrutovanja i obuke za terorizam<sup>108</sup> i drugi je jačanje preventivnih mjera na nacionalnom i međunarodnom nivou (modifikacija postojećih propisa o ekstradiciji i uzajamnoj pomoći). Uzimajući u obzir porast terorističkih aktivnosti, a posebno problem stranih terorističkih boraca, Komitet ministara zemalja članica Savjeta Evrope je 19.05.2015. godine u Briselu usvojio tri nova pravna instrumenta, uključujući: Dodatni protokol<sup>109</sup> Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma (CETS No. 196), Deklaraciju protiv nasilnog ekstremizma i radikalizacije koja vodi u terorizam<sup>110</sup> i Akcioni plan za borbu protiv nasilnog ekstremizma i radikalizacije koja vodi u terorizam<sup>111</sup>. Svrha Dodatnog protokola je obavezivanje zemalja članica da zakonski progone lica koja se udružuju u terorističke grupe, lica koje vrše obuku za terorizam i pomažu odlazak u inostranstvo s ciljem uključivanja u terorističke akcije. Deklaracijom protiv nasilnog ekstremizma i radikalizacije koja vodi u terorizam upozorava se da je terorizam trajna opasnost i naglašava da Savjet Evrope više nego ikad mora pospješivati i braniti načela na kojima počiva. Akcioni plan djelovanja Savjeta Evrope biće usredsređen na to da se ekstremizam i indokrinacija u cilju nasilja spriječe u školama, zatvorima i na internetu. Plan 47 zemalja članica Savjeta Evrope obuhvatiće zajedničko djelovanje na suzbijanju terorizma, utvrđivanje normi, pomoć i saradnju, te razmjenu iskustava.

Pored navedenih, ključni dokument Savjeta Evrope u sprečavanju terorizma jeste i Konvencija Saveta Evrope o pranju novca, traganju, zapljeni i konfiskaciji dobiti od kriminalnih aktivnosti i o finansiranju terorizma (CETS

<sup>108</sup> Za implementaciju u nacionalno krivično zakonodavstvo od posebnog značaja su odredbe iz članova 5. do 7. Konvencije (javno podsticanje na vršenje terorističkog dela, regrutovanje za terorizam i obuka za terorizam). Javno podsticanje na vršenje krivičnog dela terorizma označava širenje ili dostavljanje na neki drugi način poruke javnosti, u nameri podsticanja na izvršenje terorističkog dela, kada takvo ponašanje izaziva opasnost da bi jedno ili više takvih dela moglo biti učinjeno (član 5. Konvencije). Konvencija zahteva od država potpisnica da inkriminišu i regrutovanje za terorizam, koje se sastoji u vrbovanju drugog lica da izvrši ili učestvuje u izvršenju krivičnog djela terorizma ili da stupi u terorističko udruženje kako bi doprinelo da to udruženje ili grupa učini jedno ili više terorističkih dela (član 6. Konvencije). Obuka za terorizam je krivično delo koje se sastoji u davanju uputstava za proizvodnju ili korišćenje eksploziva, vatrenog oružja ili drugog oružja ili štetnih ili opasnih materija, ili za druge specifične metode ili tehnike, u cilju izvršenja ili doprinošenja izvršenju krivičnih dela terorizma, uz svest o tome da će veštine kojima se lice podučava biti korišćene u tu svrhu (član 7).

<sup>109</sup> Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CM(2015)61 final, Brussels, 19 May 2015,

<sup>110</sup> Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe "United around our principles against violent extremism and radicalisation leading to terrorism", CM(2015)74 final, Brussels, 19 May 2015,

<sup>111</sup> The fight against violent extremism and radicalisation leading to terrorism - Action Plan, CM(2015)74 add final, Brussels, 19 May 2015,

br. 198).<sup>112</sup> Naime, uzimajući u obzir značaj sprečavanja pranja novca i finansiranja terorizma, Savjet Evrope odlučio je da ažurira i proširi svoju Konvenciju o pranju, traženju, zapljeni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom (ETS br. 141)<sup>113</sup> i usvojio novu konvenciju, koja je takođe podnijeta na potpisivanje na Varšavskom samitu 2005. godine. Ta Konvencija predviđa, između ostalog: brzo utvrđivanje porijekla imovine ili računa u bankama i preduzimanje mjera kako bi se zamrzla sredstva; brz pristup finansijskim informacijama ili informacijama o imovini u rukama kriminalnih organizacija; efikasnu saradnju finansijskih obavještajnih jedinica (koje će biti uspostavljene u svakoj državi potpisnici) radi razmjene informacija o slučajevima za koje se sumnja da predstavljaju pranje novca i finansiranje terorista i sa krajnjim ciljem konfiskacije imovine.

\* \* \* \* \*

Evidentno je da je međunarodnopravni okvir suzbijanja terorizma izuzetno razvijen, posebno u odnosu na druga krivična djela. Kao takav predstavlja značajan izvor nacionalnih zakona, pri čemu je njegov doprinos nesumnjiv. Ipak, čini se da su mogućnosti međunarodnopravnog reagovanja na terorizam prilično ograničene. Ne samo da nije postignuta saglasnost u ključnim kvalifikacijama vezanim za terorizam (pojam terorizma), već su i mnoge usaglašene kvalifikacije (javno podsticanje za terorizam, regrutovanje i sl.) dosta sporne sa aspekta njihove praktične implementacije u krivična zakonodavstva. U tom smislu za očekivanje je da će terorizam i dalje biti u fokusu međunarodnopravnih dokumenata, što će sigurno uticati i na njegovo buduće tretiranje.

<sup>112</sup> Council of Europe Convention on the Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS No. 198) Warsaw, 16 May 2005,

<sup>113</sup> Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenim krivičnim djelom usvojena je u Strazburu 1990. godine, kao cjeloviti akt usmjeren na postizanje većeg jedinstva u vođenju zajedničke krivične politike usmjerene na suzbijanje teških krivičnih djela i lišavanju učinilaca krivičnog djela tako stečenih prihoda. Vidi detaljnije: Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, CETS No.: 141, Strasbourg, 8/11/1990.

## LITERATURA

- Bassiouni, C. (ed.). (2008), *International Criminal Law*, Volume 1: Sources, Subjects, and Contents. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, pp 116 i 117 i 136–158.
- Bunyan. T. (1993), Trevi, Europol and the European state. *Statewatching the New Europe. A Handbook on the European State*. London, Statewatch.
- Horović, S. (2010), „Kazneno pravo Europske unije prema Lisabonskom ugovoru“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostar*, 21/2010, str. 45.
- Đurđević, Z. (2008), „Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Evropi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 15, broj 2/2008, 1077–1127.
- Đurić-Atanasievski, K. (2008), „Uloga međunarodnog prava u suzbijanju terorizma“, *Srpska politička misao*, br. 4, str. 31–56.
- Kolarić, D. (2013), „Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije“, *Crimen (IV)* 1/2013, str. 49–71
- Przelj, I. (2008), *Role of the European Union in the Fight Against International Terrorism. The Fight Against Terrorism And Crisis Management In The Western Balkans*, IOS Press, 16–34.
- Mavany, M. (2007), Terrorismus als Verbrechen gegen die Menschlichkeit – Analyse und Konsequenzen der Zuordnung zum Völkerstrafrecht *ZIS* 8/2007, 324–333.
- Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013), *Međunarodno krivično pravo*, Istočno Sarajevo, Pravni fakultet.
- Stojanović, Z., Kolarić, D. (2010), *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd, Crimena.
- Popis konvencija, rezolucija, deklaracija, odluka i drugih međunarodnih akata dat je u fusnotama uz tekst.



**Mile Šikman, PhD,**  
**College of Internal Affairs,**  
**University of Banja Luka**

## INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK AGAINST TERRORISM

### *Summary*

*The international legal framework against terrorism is an important source of national legislation since generally accepted rules of international law and ratified international treaties are an integral part of the legal order and can be directly applied or they affect the norms of national legislation through necessity to harmonize and align it with international standards. The structure of the international legal framework against terrorism is made of universal agreements, conventions and resolutions relating to the prevention and suppression of international terrorism, adopted at the United Nations level, as well as the instruments adopted at the regional level, including internal conventions, declarations, resolutions, decisions, recommendations and other relevant documents. Especially important are the anti-terrorist activities of the United Nations which use its instruments, including the relevant conventions, resolutions, declarations and other legal instruments which seek to provide for a proper understanding of terrorism, call upon states to counter terrorism and provide some guidance in fight against terrorism, as well as legally binding norms laid out in Security Council resolutions. A similar approach and concept against terrorism is that of the Council of Europe, which, as a regional organization, allows the implementation of resolutions of the UN Security Council, as well as the United Nations Global Strategy against Terrorism (2006). The legal framework of the European Union against terrorism, taking into account the specific nature of the legal system of the European includes certain recommendations to member states, as well binding decisions. The paper presents the most important international legal documents against terrorism.*

**Keywords:** *United Nations, European Union, Council of Europe conventions, declarations, resolutions, recommendations, decisions.*



## USLOVNI OTPUST U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE: PRAKTIČNI PROBLEMI I NOVA NORMATIVNA RJEŠENJA

**Doc. dr Marina M. Simović\***

**Mustafa Bisić\*\***

**Mr Amar M. Bisić\*\*\***

***Apstrakt:** Institut uslovnog otpusta regulisan je čl. 44, 45 i 109 Krivičnog zakona BiH. Osuđeni koji je izdržao jednu polovinu, izuzetno jednu trećinu kazne zatvora, može se osloboditi od izdržavanja kazne zatvora pod uslovom da ne učini novo krivično djelo prije isteka trajanja kazne. Uz to, ovaj zakon zahtijeva ispunjenje dodatnih uslova, tj. da se ponašanje osuđenog popravi do te mjere da će se nakon otpusta ponašati primjerno i posebno da neće učiniti krivično djelo, a u obzir će se uzeti i druge okolnosti koje ukazuju da je svrha kažnjavanja postignuta. U radu se ukazuje na značenje najnovijih izmjena i dopuna o uslovnom otpustu u Krivičnom zakonu BiH i Zakonu Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera. Te novele koncipirane su u skladu sa preporukama Vijeća Evrope o: uslovnom otpustu broj R (2003) 22; zatvorskom dopustu broj R (82) 16; prenatalnosti zatvora i inflaciji zatvorske populacije broj R (99) 22 i unapređenju provedbe Evropskih pravila i kaznama i mjerama u zajednici broj R (2000) 22, te Evropskim pravilima o sankcijama i mjerama u zajednici broj R (92) 16. Kako su predlagači ovih novela obrazložili, u praksi je primijećeno da se uslovni otpust rijetko koristi, odnosno da je u Bosni i Hercegovini niži procenat uslovnih otpusta osuđenih na kaznu zatvora u poređenju sa drugim evropskim zemljama (pa i državama sa teritorije bivše SFRJ). Cilj je da se do-*

---

\* Секретар Омбудсмана за дјецу Републике Српске и доцент на Факултету правних наука Универзитета „Апеирон” у Бањој Луци.

\*\* Помоћник министра правде у Министарству правде БиХ.

\*\*\* Дипл. правник.

*prinese nalaženju funkcionalnih rješenja za praktičnu primjenu relevantnih zakonskih odredaba.*

**Ključne riječi:** *uslovni otpust, kazna zatvora, Komisija za uslovni otpust, Sud BiH.*

## 1. Uvodne napomene

Članom 39 Krivičnog zakona BiH<sup>1</sup> regulisana je „svrha kažnjavanja“ koja ima za cilj opštu i specijalnu prevenciju, tj. da se izrazi društvena osuda krivičnog djela, da se utiče na učinioca da ubuduće ne čini krivična djela, da se utiče na ostale građane da ne čine krivična djela i da se utiče na svijest građana o štetnosti i društvenoj opasnosti krivičnih djela i pravednosti kažnjavanja učinioca. Stav 4 člana 44 istog zakona reguliše pravnu situaciju mogućnosti dobijanja uslovnog otpusta kada je lice osuđeno na kaznu dugotrajnog zatvora. U takvim okolnostima, može biti uslovno otpušten tek nakon izdržane tri petine izdržane kazne. Član 109 propisuje da maloljetnik koji je osuđen na kaznu maloljetničkog zatvora može biti uslovno otpušten sa izdržavanja kazne ako je izdržao jednu trećinu kazne, ali ne prije nego što je proveo jednu godinu u kazneno-popravnoj ustanovi. Tada sud može maloljetnom licu za vrijeme trajanja uslovnog otpusta izreći vaspitnu mjeru pojačanog nadzora nadležnog organa socijalne zaštite.<sup>2</sup>

Uslovni otpust je u bivšoj SFRJ prvi put normiran u opštem dijelu Krivičnog zakona iz 1947. godine. Smatra se za jedan od veoma značajnih instrumenata pozitivnog uticaja na osuđenike. Sastoji se od puštanja osuđenika na slobodu prije izdržane kazne zatvora, pod uslovom da do isteka kazne ne izvrši novo krivično djelo.

Uslovni otpust „nije pravo osuđenika“ koje im se ne može uskratiti, već se ispoljava kao mogućnost uživanja jedne pogodnosti koja im se daje zavistno od njihovog ponašanja i postignutog stepena prevaspitanja. Ovaj otpust može dati i upravnik Zavoda za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera Bosne i Hercegovine<sup>3</sup>, i to na osnovu ovlašćenja datih članom 181 Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i dru-

<sup>1</sup> “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15. U daljnjem tekstu: Krivični zakon.

<sup>2</sup> Uslovni otpust je kao pravni institut u BiH regulisan sa 17 pravnih akata, koji sadrže savremene i priznate uslove i kriterijume koji se traže kod ovog instituta.

<sup>3</sup> U daljnjem tekstu: Zavod.

gih mjera<sup>4</sup>, koji postavlja kumulativno ispunjenje dvaju uslova, i to: jednog formalnog, tj. da je zatvorenik izdržao najmanje četiri petine kazne zatvora, i materijalne uslove – da zatvorenik ispoljava primjereno ponašanje, zalaže se na radu i aktivno učestvuje u procesu prevaspitanja, s tim da ga upravnik Zavoda može uslovno pustiti na slobodu do tri mjeseca prije isteka kazne.

Uslovni otpust može se dati i licu kome je izrečena mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i obaveznog liječenja od zavisnosti iz čl. 71 i 72 Krivičnog zakona. Uslov je da su takva lica u zdravstvenoj ustanovi provela vrijeme koje je kraće od trajanja izrečene kazne zatvora i da je tokom liječenja postignuto zadovoljavajuće stanje zdravlja.

Uslovni otpust nije tako osjetljiv pravni institut kao pomilovanje, jer ne znači mijenjanje pravnosnažne sudske odluke u pogledu dužine izrečene kazne, već kao podsticajna penološka mjera omogućava da se (u sklopu individualiziranog tretmana, procesa prevaspitanja, resocijalizacije i socijalne readaptacije i prihvatanja društveno prihvatljivih vrijednosti) zatvorenik pušta da preostali dio zatvorske kazne izdrži boravkom na slobodi. Ukoliko ne prekrši postavljene uslove, odnosno kada se ne otvara pitanje njegovog opoziva, kada istekne vrijeme uslovnog otpusta, kazna se smatra izdržanom.

## **2. Obavještenje o datumu stupanja i otpuštanja sa izdržavanje kazne zatvora stranog državljanina ili lica bez državljanstva**

Nove odredbe člana 139a Zakona o izvršenju krivičnih sankcija sadrže pravila koja reguliše pitanje saradnje između nadležnih organa koji odobravaju uslovni otpust i Službe za poslove sa strancima BiH Ministarstva bezbjednosti BiH<sup>5</sup> kada je uslovni otpust odobren stranom državljaninu prema kojem ova služba vrši nadzor. S tim u vezi, o datumu stupanja na izdržavanje kazne zatvora stranog državljanina ili lica bez državljanstva, zatim o bjeckstvu ili nestanku lica koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora, odobrenom izlazu van kruga Zavoda, počinjenju krivičnog djela ili izrečenim disciplinskim sankcijama, premještaju zatvorenika u drugi zavod ili zdravstvenu ustanovu na liječenje kao i odobravanju uslovnog otpusta, odnosno dobijanja pomilovanja – Zavod će odmah obavijestiti Službu za poslove sa strancima. O datumu otpuštanja sa izdržavanje kazne zatvora lica Zavod će nadležnu službu

<sup>4</sup> Prečišćeni tekst („Službeni glasnik BiH“ br. 12/10 i 100/13). U daljnjem tekstu: Zakon o izvršenju krivičnih sankcija.

<sup>5</sup> U daljnjem tekstu: Služba za poslove sa strancima.

obavijestiti u roku od 30 dana prije isteka kazne zatvora. Ova obavještenja Zavod će dostavljati i u slučajevima određivanja ili ukidanja pritvora. Uz to, na zahtjev Službe za poslove sa strancima, Zavod može dati i druge podatke ili informacije koji su od značaja za rad i funkcionisanje ove službe, u skladu sa zakonom ili drugim posebnim propisom.

### **3. Obavještenje o potrebi pomoći nakon izvršenja kazne zatvora**

Obavještenje uslovno otpuštenog lica policijskim organima o svom prebivalištu ili boravištu za vrijeme uslovnog otpusta – predstavlja oblik policijskog nadzora nad ponašanjem otpuštenog lica prema članu 185, u vezi sa članom 139 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Javljanje centru za socijalni rad predstavlja okvir postpenalne pomoći (član 124 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija).

Izmjenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija iz 2009. godine pojačava se postpenalna pomoć lica uslovno puštenih na slobodu. U tom kontekstu, članom 186 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija propisano je da je Zavod dužan u roku od tri dana od dana kada počinje teći uslovni otpust, obavijestiti o tome organ socijalne zaštite ovlašćen prema mjestu boravišta, odnosno prebivališta uslovno otpuštene osobe, kao i drugu ustanovu ili pravno lice, odnosno odgovarajuće udruženje čijim je djelokrugom obuhvaćeno pružanje pomoći licima otpuštenim sa izdržavanja kazne zatvora. I ova obaveza u funkciji je procesa uspješne resocijalizacije takvih lica, uz mogućnost preduzimanja odgovarajućih mjera da ta lica i na uslovnom otpustu nastave sa primjerenim ponašanjem, koje će posebno značiti da neće počinuti krivično djelo boravkom na slobodi.

### **4. Postupak odobravanja uslovnog otpusta**

Postupak odobravanja uslovnog otpusta regulisan je Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija (čl. 173–188). Uspostavlja se sistem na osnovu kojeg se može dati uslovni otpust zatvoreniku za kojeg se procijeni da više ne predstavlja neprihvatljiv rizik za zajednicu. Utvrđeno je da se uslovni otpust daje kako bi se zatvorenici podstakli da razriješe probleme i situacije koje su dovele do činjenja krivičnog djela.

O uslovnom otpustu zatvorenika kojima je kaznu zatvora izrekao Sud BiH, odlučuje Komisija za uslovni otpust<sup>6</sup>. Komisiju imenuje ministar pravde BiH i ima pet članova: od toga po jedan predstavnik Suda BiH i Ministarstva pravde BiH, te tri nezavisna člana iz relevantne stručne oblasti. Članovi Komisije imenuju se na period od pet godina, s mogućnošću ponovnog izbora na još jedan mandat. U slučaju prestanka mandata nekog od članova Komisije, mandat njegovog zamjenika trajeće do isteka tekućeg mandata Komisije. Ovo imenovanje neće biti smetnja za ponovno imenovanje za člana Komisije u pogledu broja mandata, ako je preostalo vrijeme mandata Komisije kraće od dvije godine.

Komisija je u svom radu nezavisna. Članovi Komisije mogu dati ostavku u bilo kojem momentu i biti razriješeni dužnosti isključivo radi utvrđenog kršenja dužnosti, počinjenog krivičnog djela ili iz drugih ozbiljnih razloga, utvrđenih u postupku. Rješenje o razrješenju predsjednika ili bilo kojeg člana Komisije, ako se dokaže da postoji osnov za razrješenje, donosi ministar pravde.

Članom 174 Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija regulisana su ovlašćena lica koja mogu podnijeti molbu ili prijedlog za uslovni otpust, zatim koji se sve podaci dostavljaju uz molbu<sup>7</sup>, mišljenje Zavoda o podnesenoj molbi ili prijedlogu, kao i navođenje posebnih kriterijuma koje Komisija mora uzeti u obzir prilikom donošenja odluke<sup>8</sup>. O uslovnom otpustu Komisija rješava na osnovu molbe ili saglasnosti zatvorenika, molbe člana njegove uže porodice ili na prijedlog upravnika Zavoda.

Novi član 175 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija reguliše obavezu upravnika Zavoda da uputi Komisiji, po službenoj dužnosti, prijedloge za sve zatvorenike koji se mogu uzeti u razmatranje za uslovni otpust, i to u roku od 30 dana prije datuma kada ističe dvije trećine od izrečene kazne i koji ispunjavaju predviđene zakonske uslove iz oblasti uslovnog otpusta. I ovaj penološki institut u funkciji je provođenja uspješnog tretmana zatvorenika u Zavodu.

Zakon ne daje nikakve sugestije u pogledu roka u kome se podnijeta molba mora uzeti u razmatranje i donijeti odgovarajuća odluka. S obzirom na

<sup>6</sup> U daljnjem tekstu: Komisija.

<sup>7</sup> Zavod uz molbu dostavlja podatke o postignutom uspjehu u programu tretmana zatvorenika, eventualnim ranijim osudama, opis krivičnog djela, podatke o ponašanju zatvorenika, kao i ostale izvještaje drugih stručnih lica koja su angažovana u radu sa zatvorenikom, te druge podatke značajne za odluku.

<sup>8</sup> Pri donošenju odluke o uslovnom otpustu Komisija se mora ograničiti na sljedeće kriterijume: ranija osuđivanost, ponašanje u Zavodu, učešće u programu tretmana, stav prema žrtvi, rizik ponovnog činjenja krivičnih djela i adekvatnost prijedloga za izmještanje.

važnost pitanja o kojem se odlučuje, očekuje se kontinuiran rad Komisije i donošenje odluke u razumnom vremenskom roku.

U članu 174 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija dodat je novi stav 4<sup>9</sup> kojim je data mogućnost ljekaru Zavoda da prilikom sagledavanja zdravstvenog stanja lica na izdržavanju kazne zatvora može podnijeti inicijativu upravniku Zavoda za ocjenu opravdanosti podnošenja prijedloga za uslovni otpust. Uslov je da postoji teže ili akutno zdravstveno stanje zatvorenika ili ukoliko medicinska procjena ukazuje na nemogućnost izlječenja ili progresivnost, odnosno postepeno pogoršavanje zdravstvenog stanja lica s opasnošću po život. Ta inicijativa će sadržavati pribavljeno mišljenje stručnog tima ljekara iz odgovarajuće medicinske oblasti.

Nakon odluke Komisije, nova molba za uslovni otpust može se podnijeti tek nakon proteka jedne godine od posljednje odluke Komisije. Međutim, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija daje mogućnost da se molba može podnijeti prije isteka ovog roka, pod uslovom da Komisija istovremeno odlučuje o zahtjevu za prijevremeno odobrenje za podnošenje molbe i odobrenju uslovnog otpusta.

#### **4.1. Mjere nadzora, zabrane ili ograničenja i javljanje nadležnom organu u pogledu pomoći prema uslovno otpuštenom licu**

Novelirani Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, koji je stupio na pravnu snagu 1. januara 2014. godine, u članu 175a sadrži mjere nadzora, zabrane ili ograničenja i javljanje nadležnom organu u pogledu pomoći prema uslovno otpuštenom licu.<sup>10</sup> Predviđa se mogućnost izricanja (rješenjem Komisije) deset različitih mjera nadzora<sup>11</sup>, kao i obaveza na javljanje nadležnom organu socijalne zaštite ili drugom pravnom licu ili organizaciji koji pružaju pomoć ili druge oblike zbrinjavanja lica otpuštenih sa izdržavanju kazne zatvora. U slučaju izricanja ovih mjera ili obaveza, Zavod je dužan navedeno rješenje,

<sup>9</sup> Izmjenama i dopunama ovog zakona objavljenim u „Službenom glasniku BiH“ broj 100/13.

<sup>10</sup> Preporuka (2003)22 Komiteta ministara državama članicama Vijeća Evrope o uslovnom otpustu predlaže da se uvedu i mjere nadzora za uslovni otpust – kako bi se smanjio rizik donošenja odluka o ovom otpustu.

<sup>11</sup> To su: zabrana napuštanja boravišta ili prebivališta; zabrana putovanja; zabrana posjećivanja određenih mjesta ili područja; zabrana boravka u blizini određenih objekata ili institucija; zabrana sastajanja s određenim licima; zabrana posjećivanja određene adrese ili adresa; zadržavanje isprava – privremeno, koje se mogu koristiti za prelazak državne granice i vozačke dozvole; povremeno javljanje policijskoj upravi ili drugom određenom državnom organu; da period pogodnosti van Zavoda prema zatvoreniku bude predmetom bliskog nadzora i prebivanje na određenoj adresi.



osim licima i organima iz člana 176 stav 2 (zatvoreniku i Sudu BiH), dostaviti i nadležnom policijskom organu ili organu socijalne zaštite ili drugom pravnom licu koji pruža drugu vrstu pomoći, prema mjestu prebivališta ili boravišta uslovno otpuštenog lica.

Mjere nadzora, zabrane ili ograničenja izvršava nadležni policijski ili drugi određeni državni organ, a mjere socijalne zaštite ili druge pomoći – nadležni organ socijalne zaštite ili drugo pravno lice koje se bavi pružanjem druge vrste pomoći ili zbrinjavanja prema navedenoj kategoriji lica. Ovi organi su, u slučaju kršenja ili nepridržavanja izrečenih mjera zabrane ili zatraženog ispunjenja određenih obaveza socijalne zaštite ili druge vrste pomoći, dužni odmah obavijestiti Sud BiH ili drugi sud u Bosni i Hercegovini kada je na njega Sud BiH prenio vođenje postupka ili drugo tijelo (u skladu sa Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija ili međunarodnim ugovorom) i Komisiju.

Po dobijanju ove obavijesti, Sud BiH može takvom licu rješenjem izreći opomenu ili odrediti novi rok za izvršenje navedenih mjera ili obaveza ili rješenje o uslovnom otpustu staviti van snage i takvu odluku dostaviti organima policije na izvršenje i vraćanje na dalje izdržavanje kazne zatvora u Zavod iz kojeg je otpušten na uslovni otpust. Protiv ovog rješenja uslovno otpušteno lice ima pravo žalbe predsjedniku Suda BiH u roku od tri dana od dana prijema rješenja, s tim da žalba ne zadržava izvršenje rješenja. Doneseno rješenje po žalbi je konačno i protiv njega se ne može pokrenuti upravni spor.

Mjere nadzora, zabrane ili ograničenja i javljanja nadležnom organu (u pogledu pomoći uslovno otpuštenom licu) obavezno se izriču za lica i krivična djela iz člana 153 stav 2<sup>12</sup>, u vezi sa članom 158 stav 1<sup>13</sup> Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Uz to, za vrijeme uslovnog otpusta zatvorenik ne može napuštati teritoriju Bosne i Hercegovine, ukoliko međunarodnim ugovorom, odnosno sporazumom ili drugim posebnim propisom nije drukčije određeno.

Mjere nadzora zabrane i ograničenja koje reguliše član 175a, u vezi sa članom 156<sup>14</sup> Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, unesene su u ovaj zakon

<sup>12</sup> To su: a) lice osuđeno na kaznu zatvora do deset godina za krivična djela genocida, krivična djela protiv humanosti, ratne zločine, terorizam, nedopuštenu proizvodnju i promet drogama, sprečavanje povratka izbjeglica i raseljenih lica; b) lice osuđeno na preko deset godina zatvora, bez obzira na vrstu krivičnog djela; c) alkoholičari, zavisnici od droga ili višestruki povratnici.

<sup>13</sup> U ovom članu su navedena lica kojima se ne mogu odobravati pogodnosti koje će se koristiti van kruga Zavoda, prije nego izdrže tri petine izrečene kazne zatvora.

<sup>14</sup> Nadzor koristi zavodska uprava kako bi mogla procijeniti opasnost koja prijete od svakog zatvorenika i osigurati da svaki zatvorenik bude podvrgnut uslovima sigurnosti. Cilj je sprečavanja bjekstva zatvorenika i zaštita javnosti – javnog poretka, na način da nadzirani proces dovede do tačke sigurnog puštanja zatvorenika u zajednicu za vrijeme izdržavanja kazne zatvora i održavanja ravnoteže između programa sigurnosti i socijalne reintegracije.

praćenjem evropskih standarda u ovoj oblasti. Nove odredbe omogućavaju da se u praksi primjene instituta uslovnog otpusta donosi više odluka. Na taj način, otpadaju ranije isticane kritike da kad se jednom licu odobri uslovni otpust, u praksi nema adekvatnog nadzora, što je predstavljalo opasnost od ponovnog činjenja krivičnog djela takvog lica.

#### **4.2. Informacije o rezultatima koji su postignuti u procesu izvršenja uslovnog otpusta**

Član 175b Zakona o izvršenju krivičnih sankcija obavezuje organ koji prati proces izvršenja uslovnog otpusta da dostavlja informacija o rezultatima koji su postignuti u ovom procesu, koji sa mjerama nadzora, zabrane ili ograničenja i obavezama Zavoda o obavještenju nadležnih organa o potrebi pomoći uslovno otpuštenom licu – predstavljaju zaokruženu cjelinu. Time se omogućava potpunije praćenje cijelog procesa izvršavanja uslovnog otpusta, u skladu sa najnovijim međunarodnim standardima.

U tom kontekstu, organ socijalne zaštite, policije ili drugi određeni državni organ, odnosno pravno lice dužni su Sudu BiH, drugom sudu u Bosni i Hercegovini kada je na njega Sud BiH prenio vođenje postupka ili drugom tijelu u skladu sa Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija ili međunarodnim ugovorom i Komisiji, najmanje jednom u šest mjeseci, odnosno na njihov zahtjev i češće – dati informacije o rezultatima koji su postignuti u procesu izvršenja uslovnog otpusta. Za osuđena lica za koja je izrečena mjera nadzora, zabrane ili ograničenja prilikom odobravanja uslovnog otpusta, organ policije dužan je ove informacije dostaviti Sudu BiH i Komisiji. Pored toga, nadležni organ socijalne zaštite ili drugi određeni organ dužan je u roku od 15 dana od dana prijema rješenja Komisije, kao i dokumentacije i podataka od Zavoda, uslovno otpušteno lica, kome je određena mjera ispunjenja određene obaveze ili drugih oblika zbrinjavanja, upoznati s radnjama pomoći koje može preduzeti, ali ga i poučiti o njegovim obavezama u toku trajanja uslovnog otpusta.

#### **4.3. Uslovni otpust za izrečene kazne zatvora do dvije godine**

Novi član 178a Zakona o izvršenju krivičnih sankcija uređuje obligatorno dobijanje uslovnog otpusta u pogledu izrečenih kazni zatvora do dvije godine, nakon što je zatvorenik izdržao dvije trećine kazne zatvora. Ovo je dodatni doprinos mogućnosti izdržavanja kratkotrajnih kazni zatvora u zajednici, odnosno sprečavanja negativnog uticaja ovih kazni na ličnost osuđenika.

To podrazumijeva ispunjene zakonskih uslova iz člana 44 Krivičnog zakona BiH, odnosno kriterija iz člana 174 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Takvo rješenje po službenoj dužnosti donosi upravnik Zavoda, a mjere nadzora preporučuje služba tretmana o kojima odlučuje ovaj upravnik posebnim rješenjem.

Zatvorenici koji nisu koristili vanzavodske pogodnosti ili su disciplinski tretirani ili su narušavali pravila kućnog reda ili se nisu podvrgavala programu tretmana ili se ponašali suprotno naređenjima službenih lica Zavoda – ne dobijaju automatski obavezni uslovni otpust. U tom slučaju odluku, kao i eventualne mjere nadzora, određuje Komisija. Potrebnu dokumentaciju o ovim i drugim činjenicama upravnik Zavoda dostavlja Komisiji, u skladu sa odredbama koje regulišu postupanje upravnika o davanju prijedloga za uslovni otpust.

#### **4.4. Nadležnost za rješavanje molbe za uslovni otpust**

Izmjenama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija iz 2009. godine (član 179) riješeno je i pitanje sukoba nadležnosti, odnosno postupanja po molbi ili prijedlogu za odluku o uslovnom otpustu zatvorenika kojeg je osudio entitetski sud ili sud Brčko Distrikta BiH, na osnovu zakona entiteta i Brčko Distrikta BiH, a izdržava zatvorsku kaznu ili je za vrijeme izdržavanja kazne premješten u zavod drugog entiteta, Brčko Distrikta BiH ili Zavod. Određeno je da je za takvo postupanje nadležan organ entiteta ili Brčko Distrikta na čijem je području sjedište suda koji je sudio u prvom stepenu i izrekao prvostepenu presudu, na osnovu odgovarajućeg zakonskog propisa – ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

#### **4.5. Ovlašćenja upravnika Zavoda u vezi sa uslovnim otpustom**

Članom 181 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija dato je ovlašćenje upravniku Zavoda da može uslovno pustiti na slobodu zatvorenika do tri mjeseca prije isteka kazne ukoliko zatvorenik ispoljava primjereno ponašanje, zalaže se na radu i aktivno učestvuje u procesu prevaspitanja, a izdržao je najmanje četiri petine kazne zatvora. Ova odredba o uslovnom otpustu ne primjenjuje se na lica kojima je novčana kazna zamijenjena kaznom zatvora.

## **5. Pokazatelji u radu Komisije za 2014. godinu i od 2005. do 2014. godine**

U toku 2014. godine Komisija je primila 176 molbi, od kojih je 10 ustupljeno, jer se radilo o nadležnosti entiteta za uslovni otpust. Osam molbi nije razmatrano, jer su podnesene u decembru 2014. godine, za koje su zatraženi odgovarajući podaci i mišljenja u skladu sa zakonom.

Ukupno je razmatrano 166 molbi od čega 64 zatvorenih lica, 45 prijedloga ustanova i 57 zahtjeva za prijevremeno odobrenje za podnošenje molbe za uslovni otpust. Na uslovni otpust pušteno je 31 zatvoreno lice (na osnovu 22 molbe i devet prijedloga ustanova). Odbijeno je 47 molbi i 36 prijedloga ustanova.

Povodom 57 zahtjeva za prijevremeno odobrenje za podnošenje molbe za uslovni otpust, doneseni su sljedeći zaključci: 52 zaključka o odbijanju i pet zaključaka o prihvatanju zahtjeva.

Prema 19 uslovno otpuštenih lica Komisija je izrekla 44 mjere nadzora, zabrane ili ograničenja, u skladu sa članom 175a Zakona o izvršenju kaznenih sankcija.

Sve odluke Komisije donesene su konsenzusom i nije bilo preglasavanja.

Vremenski period za koji su osuđena lica dobila uslovni otpust (u odnosu na izrečenu zatvorsku kaznu):

– za osuđenike koji izdržavaju kaznu zatvora do jedne godine, uslovni otpust je odobren u devet slučajeva, a vremenski period trajanja uslovnog otpusta iznosi od jednog mjeseca i osam dana do tri mjeseca i 29 dana;

– za osuđenike koji izdržavaju kaznu zatvora do dvije godine, uslovni otpust je odobren u deset slučajeva, a vremenski period trajanja uslovnog otpusta iznosi od dva mjeseca do šest mjeseci i 13 dana;

– za osuđenike koji izdržavaju kaznu zatvora do tri godine, uslovni otpust je odobren u tri slučaja, a vremenski period trajanja uslovnog otpusta iznosi od pet mjeseci i šest dana do šest mjeseci i 26 dana;

– za osuđenike koji izdržavaju kaznu zatvora do četiri godine uslovni otpust je odobren u dva slučaja, a vremenski period trajanja uslovnog otpusta iznosi od pet mjeseci i 24 dana do sedam mjeseci i 27 dana;

– za osuđenike koji izdržavaju kaznu zatvora do pet godina, uslovni otpust je odobren u četiri slučaja, a vremenski period trajanja uslovnog otpusta iznosi od tri mjeseca i 13 dana do devet mjeseci i sedam dana;

– за осуђенике који издржавaju казну затвора до шест година, условни отпуст је одобрен у једном случају, а временски период трајања условног отпуста износи осам мјесеци и 23 дана;

– за осуђенике који издржавaju казну затвора до осам година, условни отпуст је одобрен у једном случају, а временски период трајања условног отпуста износи девет мјесеци и 13 дана;

– за осуђенике који издржавaju казну затвора до 13 година, условни отпуст је одобрен у једном случају, а временски период трајања условног отпуста износи три године, један мјесец и 10 дана.

У 2014. години Комисија је одржала 11 сједница. Процент затвореника пуштених на условни отпуст (у односу на укупан број затвореника који су поднјели молбу) износи 31 одсто.

Sjednice Komisije	Razmatrano	Usvojeno	Odbijeno	Donesen zaključak
31.1.2014.	13	3	5	5
25.2.2014.	17	2	11	6*(2)
26.3.2014.	13	1	7	6*(1)
24.4.2014.	12	1	6	5
27.5.2014.	12	3	6	3
27.6.2014.	10	2	7	1
28.8.2014.	28	9	11	10*(2)
29.9.2014.	15	2	10	3
30.10.2014.	23	4	13	6
27.11.2014.	8	2	4	2
29.12.2014.	15	2	3	10
Ukupno:	166	31	83	57*(5)

Podaci ukazuju na to da je Komisija u 2014. години razmatrala predmete условног отпуста који су били тежи него раније по својој садржини, односно врсти и тежини почињеног кривичног дјела, висини изрећене казне затвора и ранијим карактеристикама подносиоца молбе. То се посебно односи на процјену

rizika zakonom predviđenih kriterijuma i nepostizanje adekvatne ravnoteže između programa bezbjednosti i socijalne reintegracije, odnosno izostajanja bezbjednosnog rizika kao uslova za dovođenje do zaključka o postojanju tačke sigurnog puštanja zatvorenika u zajednicu za vrijeme izdržavanja kazne zatvora i negativne reakcije socijalne sredine.

Analizirajući ove podatke, moglo bi se doći do eventualnog zaključka da je Komisija strogo procjenjivala zakonom predviđene kriterijume. O tome govori podatak da je u 2013. godini pozitivno riješeno 30 odsto, a u 2014. godini 20 odsto molbi za uslovni otpust. S druge strane, broj negativnih odluka je objektivno razuman i opravdan, jer se radi o rješavanju molbi u pogledu posebno teških krivičnih djela kao što su ratni zločini, terorizam, organizovani kriminal i međunarodna trgovina drogom.

U periodu od 2005. do 2014. godine Komisija je primila ukupno 950 molbi, od čega je odobren uslovni otpust u 313 slučajeva, što procentualno iznosi 40 odsto.

Godina	Primljeno	Odbijeno	Ustupljeno	Odobreno	Procentualno
2005.	76	58		18	23%
2006.	67	44		23	33%
2007.	67	38	9	20	34%
2008.	76	50	3	23	30%
2009.	67	23	11	33	49%
2010.	64	21	1	26	40%
2011.	72	37		35	48%
2012.	109	62		47	43%
2013.	176	112	6	52	36%

2014.	176	134 Odbija se molba – 46 Odbija se prijedlog upravnika –36 Odbija se zahtjev za prijevremeno razmatranje molbe – 52	10	32 + 20 obliga- tornih uslovnih otpusta – član 178a	20% +10% = 30%
UKUPNO:	950	579	40	313	33% (10 godišnji prosjeck), Srednji prosjeck odobrenog uslovnog otpusta za period od 2009. do 2014. iznosi 41%

Posmatrajući uslovni otpust i sa međunarodnog pravnog aspekta, može se zaključiti da su procenti korišćenja uslovnog otpusta različiti od zemlje do zemlje. Na primjenu tog pravnog instituta utiču ekonomske prilike u zemlji, stabilnost pravnog sistema, tradicija i kultura, kao i sam krivičnopravni sistem. Procenat usvojenih zahtjeva za uslovni otpust uglavnom se kreće od 21 do 43 odsto, a samo u rijetkim visokorazvijenim zemljama u određenim vremenskim intervalima taj procenat je iznosio 52 odsto. Ovi podaci se odnose na opšta krivična djela, odnosno njima nisu obuhvaćena krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenim međunarodnim pravom (genocid, ratni zločini i zločini protiv čovječnosti).

Uslovni otpust, koji se na nivou BiH počeo primjenjivati u 2005. godini, ima trend rasta. Procenat odobrenja za period od 2005. do 2008. godine iznosio je oko 30 odsto, uz napomenu da kada se posmatra period od 2009.

do 2013 godina, prosjek odobrenog uslovnog otpusta iznosi 43 odsto. To pokazuje da u posljednjih pet godina Bosna i Hercegovina ulazi u viši evropski prosjek odobrenja uslovnog otpusta koji iznosi između 43 i 52 odsto, s tim da je ipak u 2014. godini, zbog težine i strukture predmeta (ratni zločini, organizovani kriminal, međunarodna trgovina drogom, terorizam i dr.), procent odobrenja uslovnog otpusta iznosio 20 odsto (plus dodatnih 20 uslovnih otpusta po članu 178a Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, što procentualno iznosi 30 odsto). Međutim, kada se sagledaju sveukupni podaci od 2009. do 2014. godine, srednji prosjek odobrenog uslovnog otpusta iznosi 41 odsto, što predstavlja srednji evropski prosjek odobrenog uslovnog otpusta koji se kreće između 21 i 43 odsto.

U Republici Srpskoj u toku 2014. godine pred Komisijom za uslovni otpust Republike Srpske bilo je u radu ukupno 451 predmet. Po molbi osuđenika bilo je ukupno 79 predmeta, od čega je negativno riješeno 69, a po prijedlogu ustanove 116 predmeta (negativno riješeno osam predmeta). Po ovlašćenju direktora Zavoda ukupno je doneseno 256 odluka, od čega je negativno riješeno 35. Sveukupno posmatrano, u zatvorskom sistemu Republike Srpske uslovni otpust je u 2014. godini odobren u 339 slučajeva ili 75 odsto, a odbijen u 112 slučajeva ili 25 odsto.

Komisiji za uslovni otpust Federacije BiH je u toku 2014. godine ukupno dostavljeno 713 predmeta, od čega je negativno riješeno 417 ili 58,48 odsto, a u 287 predmeta odobren je uslovni otpust ili 40,25 odsto. U pet predmeta (0,70 odsto) od strane nadležnog suda izvršen je opoziv uslovnog otpusta, kao i opoziv uslovnog otpusta u četiri predmeta (0,56 odsto) zbog činjenice da je u međuvremenu istekla kazna zatvora za lica koja su podnijela molbu za pomilovanje.

U pogledu uslovnog otpusta u Federaciji BiH koji po zakonu daju direktori zavoda, od ukupno 500 podnesenih molbi, 231 ili 46,20 odsto je pozitivno riješeno, dok je 369 molbi ili 53,80 odsto riješeno negativno. Radi se o uslovnom otpustu koji može dati direktor zavoda u pogledu posljednja tri mjeseca koje treba da izdrži osuđeno lice.

Na području Brčko Distrikta BiH je u toku 2014. godine bilo ukupno u radu 60 predmeta uslovnog otpusta, od toga 47 prijedloga upravnika zavoda, 11 molbi osuđenih lica i dvije molbe koje su po svojoj sadržini imale karakter molbe za premještaj i pomilovanje.

Posmatrajući institut uslovnog otpusta na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine i uzimajući u obzir podatke iz Federacije BiH, Republike Srpske i



Brčko Distrikta BiH, možemo zaključiti da je u toku 2014. godine ukupno u radu bilo 1.890 predmeta, od kojeg broja je uslovni otpust odbijen u 1.013 predmetu ili 53 odsto. Molba je uvažena u 899 predmeta ili 48 odsto, s tim da je 62 predmeta riješeno zaključkom kojim su odbijeni zahtjevi – molbe za prijevremeno odobrenje za podnošenje molbe za uslovni otpust. U sedam slučajeva opozvan je uslovni otpust.

Posmatrajući sveukupno, možemo zaključiti da je u zatvorskom sistemu Bosne i Hercegovine u BiH u 2014. godini kaznu zatvora izdržavalo 2.607 lica, a mjeru pritvora 435 lica. Mjeru zatvora i pritvora izvršavalo je ukupno 3.042 lica, s tim da je kućni zatvor putem elektronskog nadzora izvršavan prema 183 lica. S druge strane, ukupni kapaciteti zatvorskog sistema BiH iznose 3.021 lice, a procjenjuje se da je potrebno 3.750 mjesta. To ukazuje na značaj koji u ravnoteži zatvorskog sistema u BiH mogu da odigraju alternativne krivične sankcije i uslovni otpust, što je omogućilo da se u toku 2014. godine po prvi put ne iskaže veći broj prekobrojnih lica koja se ne mogu uputiti na izdržavanje kazne zatvora.<sup>15</sup>

## **6. Zaključak**

Evropski standardi preporučuju da svaka zemlja članica Vijeća Evrope treba da nastoji da ima pravne mehanizme i više vrsta alternativnih krivičnih sankcija kojima bi omogućila da se konstantno oko 20 odsto zatvorske populacije nalazi na slobodi i da svoju sankciju izvršavaju u društvenoj zajednici. Prema novim penološkim stavovima, to doprinosi boljem procesu prevaspitanja, tretmana i resocijalizacije osuđenih lica, posebno prema izrečenim kraćim kaznama zatvora (do dvije godine). Ovakvim načinom izvršenja kazne zatvora doprinosi se smanjenju recidivizma i omogućava osuđenom licu da, boraveći u društvenoj zajednici, lakše usvoji društveno prihvatljive vrijednosti, s ciljem lakšeg uključivanja u uslove života na slobodi i da se ponaša u skladu sa zakonom i ispunjavanju dužnosti građanina.

Institut uslovnog otpusta koji se primjenjuje u BiH omogućava da zatvorenik određeni dio kazne zatvora izdrži boravkom na slobodi i tako ispuni

<sup>15</sup> Npr. sankcija rad za opšte dobro na slobodi je u toku 2014. godine u BiH izrečena prema 112 lica, a kazna zatvora zamijenjena novčanom kaznom prema 148 lica (u Federaciji BiH) i 16 u Brčko Distriktu BiH. Pored toga, u toku 2014. godine prema 130 lica u BiH izrečena je mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja ili liječenja od zavisnosti, koja se izvršavala u medicinskim ustanovama, a ne u zatvorima, što predstavlja 636 lica ili 20 odsto od ukupne zatvorske populacije (3.042 lica). Isto tako, prema 17 lica je donesena odluka o pomilovanju.

cilj izvršenja kazne zatvora koji se sastoji posebno u programu individualnog tretmana i omogućavanju takvom licu da se boravkom na slobodi pripremi na uslove života u jednom građanskom (demokratskom) društvu, uz prihvatanje pozitivnih društvenih vrijednosti i poštovanje zakona, a sve u cilju kako bi postao koristan građanin društvene zajednice. Ovako razvijen institut uslovnog otpusta treba da doprinese bržoj i efikasnijoj resocijalizaciji i rehabilitaciji osuđenih lica, kao i posredno utiče na smanjenje prenatrpanosti zatvora, te smanjenje troškova izdržavanja kazne zatvora.

## LITERATURA

1. Gecić, F. (2002), *Zatvorska praksa po svjetskim standardima*, Beograd: OSCE.
2. Graffam, J., Shinkfield, A.J. (2009), *Reintegration for Ex-Prisoners. Thousand Oaks, CA: Sage Publications*, <http://ijo.sagepub.com/content/54/3/346>.
3. Ignjatović, Đ. (2006), *Kaznena reakcija u XXI vijeku izazovi i dileme*, u Zborniku radova „Novo krivično zakonodavstvo dileme i problemi u teoriji i praksi“, Beograd, Institut za sociološka i kriminološka istraživanja.
4. Ilić, Z. Jovanić, G. (2011), *Zatvor i/ili sloboda pod nadzorom*, Beograd, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju.
5. Jašović, Ž. (2000), *Penološka andragogija*, Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
6. Jovanić, G. (2014), *(Ne)sigurnost u zatvoru*, Beograd, Specijalna edukacija i rehabilitacija, vol. 13, (2).
7. Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M., (2011), *Penologija*, Niš, Pravni fakultet.
8. Kupčević-Mladenović, R. (1972), *Osnovi penologije*, Sarajevo, Pravni fakultet.
9. Livingston, S., Owen, T. (1995), *Prison Law, Text and Materials*, Oxford, Oxford University Press.
10. Macanović, N. (2009), *Novi život je moguć – Inovativni pristup tretmanu zatvorenika*, Sarajevo, Fondacija partnerstvo za zdravlje.
11. Simović, M., Jovašević, D., Simović, M. (2014), *Izvršno krivično pravo*, Istočno Sarajevo, Pravni fakultet.

12. Soković, S. (2011), *Nova penologija – karakteristike i perspective*, Beograd, Pravni život (9).
13. Soković, S. (2014), *Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rješenja*, Beograd, Crimen (1).
14. *Uslovni otpust – Nerealizovani potencijal u izvršenju krivičnih sankcija BiH*, Sarajevo, LINX.
15. Vranj, V. (2009), *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u BiH*, Sarajevo, Pravni fakultet.
16. Vranj, V., Bisić, M. (2011), *Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera*, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, Privredna štampa.

**Assistant professor Marina M. Simović, Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska and Assistant professor Faculty of Law University „Apeiron“ Banja Luka**

**Bisić Mustafa, Deputy Minister of Justice at the Ministry of Justice of Bosnia and Herzegovina**

**Mr Amar M. Bisić, BSc. lawyer**

## **CONDITIONAL RELEASE IN THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA: PRACTICAL PROBLEMS AND NEW NORMATIVE SOLUTIONS**

### ***Summary***

*An institute of conditional release is regulated by Articles 44, 45 and 109 of the Criminal Code of BiH. The convicted who has served one half, in exceptional cases, one third of the prison sentence, may be free from serving a sentence provided he does not commit a new criminal offense prior to the end of sentence. In addition, this law requires additional conditions to be met i.e. that the behavior of the convicted party is rectified to that extent that*

*he/she shall act properly after the release and especially that he/she shall not commit a criminal offense while other circumstances that indicate that the purpose of sentence has been achieved, shall be considered. The paper emphasizes the significance of the newest amendments to the conditional release in the Criminal Code of BiH and the Law of BiH on Execution of Criminal Sanctions, Detention and Other Measures formulated in accordance with the Recommendation of the Council of European on: Parole no. R (2003) 22; Prison Leave no. R (82) 16; European Rules on Community Sanctions and Measures no. R (92) 16; Prison overcrowding and prison population inflation no. R (99) 22 and improvement of implementation of European Rules and Community Sanctions and Measures no. R (2000) 22. As the proposers of these novelties have reasoned, the case-law shows that conditional release is rarely used, i.e. that there is a lower percentage of conditional releases in BiH in comparison to other European countries (even the states on the territory of former SFRY). The goal is to contribute to finding of functional solutions for practical application of relevant legal provisions.*

**Key words:** *conditional release, imprisonment, the Commission for conditional release, Court of Bosnia and Herzegovina.*

## КАЗНЕНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА НА СПОРТСКИМ ПРИРЕДБАМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Иван Јоксић\*

*Апстракт:* Насиље на спортским приредбама више од две деценије представља део наше свакодневице. Већи број важнијих спортских догађаја, у којима су учествовали спортски клубови из суседних земаља, праћен је насиљем непосредно пре, за време и након одржане утакмице. Као актери насиља означавају се навијачи и припадници различитих екстремистичких групација које користе сваку прилику да „насилно“ изразе своја уверења. Став јавности по овом питању креће се у захтевању строжег одговора државе на овакве појаве. Успостављање правних оквира у којима се одређује зона недозвољеног понашања и поступака неопходан је предуслов за кажњавање организатора и виновника насиља. Отуда је важно указати на два законска акта којима се правно уређује област насиља на спортским приредбама. Реч је о Закону о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама и Кривичном законнику. Стога ће питање кажњавања за вршење насиља на спортским приредбама бити изложено на основу одредаба ових закона. Такође ће бити указано на присутне предности и недостатке постојећих законских решења и могућности за њихово даље унапређење.

*Кључне речи:* кажњавање, актери насиља, спортске приредбе, ЗСН, КЗРС, полиција.

---

\* Ванредни професор, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитет Привредна академија, Нови Сад

## Уводна разматрања

Насиље и недолично понашање на спортским приредбама датира из времена одржавања првих спортских игара у старом веку. Ове игре су окупљале велики број људи који су спортска дешавања доживљавали као забаву и начин увесељавања ширих народних маса. Овако организовани спортски догађаји обиловали су сценама насиља у самој арени и међу присутним гледаоцима. Прве писане податке о постојању насиља на спортским приредбама проналазимо у казивањима старогрчких и римских филозофа, историчара и правника. Иако њихова дела не можемо оценити као објективна, јер обилују претеривањима различите врсте, чињеница је да она представљају једине изворе на основу којих можемо донекле реконструисати тадашњи однос државе према насиљу присутном у аренама и колосеумима.

У Старој Грчкој се насиље на спортским приредбама повезује са одржавањем различитих спортских игара у којима се учесници надмећу у више различитих дисциплина атлетског типа. У периоду пре нове ере одржаване су игре у Олимпији, а познате су биле и Питијске, Немејске, Истмијске и друге игре. Иако поузданијих података о присуству насиља на спортским приредбама тога времена нема, у делима старогрчког филозофа Платона проналазимо одељке који се односе на вршење злочина против државног уређења. Решеност државе да заштити своје уређење и све грађане укључује и примену насилних средстава којима се гуше побуне, као најгори непријатељи читаве државе. Платон сматра да доношење закона којима се сузбијају сви облици деструктивног понашања, без обзира на њихово време и место, мора бити основни задатак сваке државе. Он иде корак даље у својим настојањима да обезбеди ред и мир у држави, тако што сматра да мора бити кажњен и онај државни чиновник који „не показује довољно енергије да би предузео потребне мере против тога“.<sup>1</sup>

Нешто касније се Аристотел у својим делима такође бави питањима права државе на сузбијање свих облика насилничког и рушилачког

<sup>1</sup> У својим настојањима да озакони право државе да ефикасно реагује на вршење насиља, Платон не искључује потребу за сузбијањем насиља на спортским догађајима. Иако он то експлицитно не наводи, неспорно је да законима морају бити обухваћени и ови сегменти рушилачког односно антидржавног понашања. У том смислу треба разумети његове ставове у одељку који се односи на „злочине против државног уређења“. Уосталом, пут ка изградњи „идеалне“ државе води кроз правно уређење свих сегмената друштвеног живота, укључујући и спортске игре. Види: Платон, *Закони* (превод А. Вилхар), БИГЗ, Београд, стр. 357–358.

понашања. Он разматра узроке насилничког понашања људи и повезује их са њиховим унутрашњим незадовољством постојећим стањем ствари у држави. Зато је неопходно успоставити правне оквире за деловање државе на успостављању нарушеног реда, чиме се обезбеђује легитимитет у примени „оправдане“ силе против грађана. Чињеница да се Аристотел није непосредно бавио насиљем на спортским приредбама не искључује његов допринос очувању политичког и правног поретка у држави од његовог насилног мењања. Он корене насиља у друштву проналази у различитим мотивима који људе покрећу да врше насиље, што се уосталом може уочити у психолошком профилу данашњих хулигана у навијачким групама. Међутим, ставове и мишљење Аристотела у вези са насилничким понашањем неопходно је третирати у светлу његовог разумевања демократије и правне државе. Отуда коришћење насиља, као средства за постизање циљева, треба посматрати у односу на власт и њене поступке према грађанима у Старој Грчкој.<sup>2</sup>

У Старом Риму су организоване спортске манифестације на којима се одржавало такмичење у различитим дисциплинама. Једна од познатијих је тркање двоколицама у арени, које је било праћено агресивним навијањем присутне публике. За време њиховог одржавања забележени су случајеви насиља међу припадницима супротних навијачких табора. Тацит у *Аналима* наводи примере навијачких нереда у Помпеји (59. године пре нове ере) за време гладијаторских игара. Познате су гладијаторске игре које је организовао Регулус, када је група навијача из Нуцерије и Помпеје размењивала увреде и претње. Убрзо је сукоб прерастао у међусобно каменовање и завршио се оружаним сукобом. Епилог читавог догађаја је велики број смртно страдалих и тешко повређених из реда самих учесника сукоба. Отуда је у Помпеји уведена десетогодишња забрана одржавања спортских приредби. Такође су распуштени навијачки клубови који су учествовали у претходним сукобима.<sup>3</sup>

Спортске приредбе у средњем веку нису наликовале данашњим. Оне су обухватале различите игре борбеног типа у којима су коришћени оклопи, мачеви, копља и друге врсте оружја. Дешавања ове врсте су често бивала пропраћена агресивним навијањем публике на страни појединих такмичара. Зато нису ретки случајеви у којима се вршење насиља испољавало кроз агресиван однос међу супарничким навијачким група-

<sup>2</sup> Види: Аристотел, *Политика* (превод Т. Ладан), Глобус, Загреб, 1988, стр. 158–159.

<sup>3</sup> В. Dominique et. al., *Спорт и насиље у Еуропи*, Књига трговина, Загреб, 2007, стр. 21.

ма људи. Међутим, у атмосфери страха, које је ширио клерикални поглед на свет, и нетолеранције супротног мишљења, није било могуће вршење насиља налик данашњем. У писаним правним изворима из средњег века не можемо пронаћи прописивање казни за вршење насиља на спортским манифестацијама. Такво што је било страно времену у коме је доминирала инквизиција и претпоставка кривице на страни окривљеног.

У српској средњовековној држави нису забележени примери организованијег вршења насиља на спортским надметањима. Под тим се подразумевају различите врсте ратничких игара које су одржаване у време великих црквених празника. У Душановом законуку експлицитно се не помиње кажњавање за вршење насиља на спортским манифестацијама. Ипак, у одредби члана 69 садржана је царева намера да сузбије све врсте јавног окупљања или зборована који су усмерени против царева власти. Предвиђена је нарочита казна за *поводчије* (подстрекаче) себрова сабора. Поред тога, у одредби члана 131 предвиђено је кажњавање помагача, који би дозвољен двобој у војсци претворили у општу битку.<sup>4</sup> Увођење ових одредаба у Душанов законик имало је за циљ кажњавање организатора, коловођа и помагача у вршењу насиља на јавним саборима и двобојима.

Вршење насиља на спортским приредбама забележено је у Шпанији за време одржавања кориде односно борбе бикова. Чести су примери у којима су посматрачи своје навијање изражавали међусобним обрачунима у којима је учествовала млађа популација. У Енглеској се насиље на спортским приредбама везује за одржавање фудбалских утакмица. Првобитно су вршењу насиља били склонији сиромашнији слојеви становништва. Међутим, временом је све више младих из имућнијих породица учествовало у вршењу насиља. О томе говоре резултати спроведених истраживања који су показали да је међу хулиганима највише младих који у припитом стању врше насиље.<sup>5</sup> За њих се у јавности жаргонски каже да имају „превише новца у џепу и превише пива у себи“.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> А. Соловјев, *Историја словенских права – Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 461.

<sup>5</sup> Порекло и значење израза хулиганизам или хулиганство изазива одређене дилеме у литератури. Прва интерпретација полази од презимена насилног члана једне ирске девијантне породице у Лондону под именом Патрик Хулиган. По другој интерпретацији, порекло речи хулиганизам потиче од ирске уличне банде из Лондона под именом Хули. Најзад, по трећој интерпретацији, реч је о изразу хули који у преводу са ирског језика значи нешто дивље и оргијистичко. А. Југовић, *Друштвене карактеристике хулиганизма*, Зборник радова: Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе, Београд, 2011, стр. 248.

<sup>6</sup> С. Јанковић, *Сузбијање насиља у спорту*, Правни живот, бр. 9/05, стр. 321.



Насиље на спортским приредбама присутно је и у другим европским државама. Оне су приступиле доношењу посебних законских и подзаконских прописа којима се настојала уредити ова област. Поред посебних закона, кажњавање за актере насиља на спортским приредбама било је предвиђено и у оквиру кривичног законодавства, било да је реч о малолетним или пунолетним лицима.

### **Законски оквири за спречавање насиља на спортским приредбама у Србији**

Насиље на спортским приредбама је последњих деценија постало верни пратилац свих важнијих фудбалских и кошаркашких утакмица у нашој земљи. Ова врста насиља свој врхунац је доживела деведесетих година прошлога века, када су навијачке и хулиганске групе биле укључене у политичке догађаје. Иако је реакција јавности била уперена у правцу одлучнијег одговора државе, он је увек изостајао због међусобне повезаности ових групација са деловима политике, бизниса и безбедносног апарата. Зато је дуго времена прошло до успостављања правних оквира за спречавање насиља на спортским приредбама и стварања услова за кажњавање његових виновника. У овом периоду је на друштвеној сцени Србије дошло до кулминације насиља са смртним епилогом. Иако је наша држава показивала знаке „добре воље“ да правно уреди област насиља на спортским приредбама, процес стварања законских оквира је текао веома споро.

Резултат решености да се област насиља на спортским приредбама правно уреди можемо препознати у доношењу посебног законског акта којим се детаљно регулише област насиља на спортским приредбама.<sup>7</sup> У питању је Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спорт-

<sup>7</sup> Важно је указати на терминолошко размимоилажење између појединих аутора код дефинисања појма насиља на спортским приредбама. Присутна схватања можемо поделити на ужа и ширира у зависности од тога да ли се насиље међу самим играчима изједначава са насиљем које врше навијачке групе непосредно пре, за време и после одржане утакмице. У том смислу је могуће под насиљем у спорту обухватити претње, физичко повређивање или хаотичне туче, како између спортиста, тренера, навијача, гледалаца, родитеља младих спортиста или чак међусобно. Такође је могуће издвојити неколико облика насиља у спорту, у односу на покретаче насиља: насиље од стране самих спортиста, насиље навијача, насиље од стране родитеља и ритуално насиље. М. Костић, *Насиље у спорту – неопходност социјалног сагледавања*, Социјална мисао, бр. 1/09, стр. 11.

ским приредбама из 2003. године.<sup>8</sup> Поред овог закона, кажњавање актера насиља на спортским приредбама омогућено је новелирањем Кривичног закона из 2002. године,<sup>9</sup> а касније и доношењем новог Кривичног законика из 2005. године односно његовим изменама и допунама.<sup>10</sup> На овај начин је *de iure* установљена заштита друштва од различитих облика насиља и недоличног понашања на спортским приредбама у нашој земљи.

У сваком од наведених законских аката уочљива је намера законодавца да омогући државним органима ефикасно сузбијање ове врсте насиља, делујући проактивно на потенцијалне насилнике и реактивно на оне који су насиље већ извршили. Чињеница да је насиље на спортским приредбама у надлазећим годинама обележило наше друштво сама по себи намеће много нерешивих питања. Зато је важно размотрити предности и недостатке постојећих законских решења и указати на могућности за њихово даље унапређење.

### **Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама**

Ефикасно сузбијање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама у нашој земљи није било могуће без успостављања правних оквира. Зато се приступило доношењу посебног законског акта у коме ће бити одређено шта чини насиље и недолично понашање, ко су учиниоци и жртве, одговорност спортских клубова и других правних и физичких лица која учествују у организацији спортских приредби, казнени оквири за саме актере насиља итд. Реч је о Закону о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, у коме се целовито регулишу сва важнија питања у вези са вршењем ове врсте насиља. У уводним одредбама се утврђује каталог мера за спречавање насиља и недоличног понашања, обавезе организатора и овлашћења надлежних органа у примени тих мера. Под спортским приредбама се сматрају спортска такмичења и спортске манифестације. Утврђује се одговорност организатора спортске приредбе који је у сарадњи са полицијом дужан да осигура безбедно одржавање спортске приредбе и да предузме мере

<sup>8</sup> Службени гласник РС, бр. 67/03-104/13.

<sup>9</sup> Службени гласник РС, бр. 10/02-67/03.

<sup>10</sup> Службени гласник РС, бр. 85/05-108/14.

којима се предупређује и онемогућава избијање насиља и недоличног понашања гледалаца. Поред тога, организатор спортске приредбе врши контролу над спровођењем мера утврђених овим законом (члан 3).

Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама дефинише круг понашања и поступака који се сматрају насиљем и недоличним понашањем. Реч је о следећим поступцима: 1) физички напад на учеснике спортске приредбе, односно физички обрачун између учесника на спортској приредби; 2) бацање предмета на спортски терен или у гледалиште; 3) уношење у спортски објекат обележја којима се вређају национална, расна, верска или друга осећања или на други начин изазива мржња или нетрпељивости која може да доведе до физичких сукоба; 4) оштећивање спортског објекта, опреме, уређаја и инсталација на спортском објекту на коме се одржава спортска приредба; 5) изазивање нереди или уништавање имовине приликом доласка, односно одласка са спортске приредбе или у спортском објекту, ремећење тока спортске приредбе, угрожавање безбедности учесника спортске приредбе или трећих лица; 6) неовлашћени улазак на спортски терен, односно у службене просторије и службене пролазе спортског објекта или у део гледалишта спортског објекта који је намењен противничким навијачима; 7) покушај уношења, односно уношење у спортски објекат, поседовање или употреба алкохола или других опојних средстава; 8) покушај уношења, односно уношење у спортски објекат или коришћење пиротехничких средстава и других предмета и средстава којима може да се угрози безбедност учесника у спортској приредби или омета њен ток; 9) паљење навијачких реквизита или других предмета; 10) ношење навијачких шалова, капа или других предмета у намери да се скрива идентитет лица (члан 4).

Иако дуга, лепеза могућих врста поступака и радњи којима се врши насиље или се недолично понаша на спортским приредбама није коначна. Зато се спортским правилима додатно прописују могући облици насиља и недоличног понашања гледалаца и то: кретање из области спортског објекта за који се има карта у друге области, без одобрења овлашћених лица организатора или полиције; коришћење туђег седишта а не оног за које се има карта, осим ако је тако одредило овлашћено лице организатора; стално стајање у деловима за седење док је игра у току; пењање на било који део структуре која чини спортски објекат; ометање слободног пролаза на прилазима спортском објекту, улазима и

излазима, на степеницама и сличним местима; кршење правила о реду на спортској приредби утврђених од стране организатора.<sup>11</sup>

Ради ефикасније примене законских одредаба предвиђене су четири врсте мера за спречавање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. То су: превентивне мере, мере које се предузимају на спортским приредбама, мере које се предузимају на спортским приредбама повећаног ризика и мере које предузимају надлежни органи.

а) Превентивним или проактивном мерама смањује се ризик од избијања насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. Њихова ефикасност обезбеђује се правовременим предузимањем мера и поступака којима се предупређује потенцијално опасно понашање појединца или групација склоних овој врсти насиља. Законодавац је одредио каталог мера које треба да предузму спортски савези, спортска друштва и спортске организације – клубови. Реч је о подстицајним мерама које се предузимају у координацији са клубовима домаћих и гостујућих навијача. Такође је неопходно уредити спортска правила којима се утврђује степен ризичности одређене спортске приредбе као и круг мера које је у складу са тим потребно предузети.

б) Следећу врсту мера чине оне које се непосредно предузимају на спортским приредбама. Прописана је обавеза организатора спортске приредбе да образује одговарајућу редарску службу или да ангажује правно лице или предузетника ради обављања послова физичког обезбеђења и одржавања реда на спортској приредби. Ради ефикаснијег сузбијања насиља и недоличног понашања на спортским приредбама законодавац је прецизирао надлежности редарске службе (види члан 8а).

в) Мере које се предузимају на спортским приредбама повећаног ризика намењене су ситуацијама у којима постоје индиције да до насиља заиста може доћи. Надлежни спортски савез Републике Србије, односно организатор спортске приредбе проглашава спортску приредбу повећаног ризика на основу акта надлежног спортског савеза или на препоруку Министарства кад посебне околности указују да на њој може доћи до насиља или недоличног понашања гледалаца (члан 10).

г) Мере које предузимају надлежни државни органи припадају последњим у каталогу мера за спречавање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. Ове мере стоје на располагању Министарству да приликом одржавања спортских приредаба повећаног

<sup>11</sup> Н. Ђурђевић, *Јавне власти и спорт*, Правни факултет, Крагујевац, 2007, стр. 227.

ризика може наложити предузимање свих потребних мера за спречавање насиља и недоличног понашања гледалаца. Њима се може наложити да се: групе навијача крећу одређеним правцем; отклоне уочени недостаци од стране организатора спортске приредбе; спречи долазак у место одигравања спортске приредбе или забрани улазак на спортску приредбу, односно удаљи са спортског објекта лице из чијег се понашања може закључити да је склоно насилничком и недоличном понашању. Ако организатор спортске приредбе не поступи по налозима Министарства, а због уочених недостатака у значајној мери може бити угрожена безбедност учесника спортске приредбе, Министарство може забранити одржавање спортске приредбе (члан 17).

Наведене мере представљају прву линију одбране од насиља и недоличног понашања на спортским приредбама у нашој земљи. Оне оптирају на релацији између превентивних поступака, којима се отклањају потенцијални узроци вршењу насиља и недоличног понашања, и наметања појединих ограничења која, још увек, не представљају казнену интервенцију. Несумњиво је да се овим мерама настоје створити подстицајни услови за спречавање насиља и недоличног понашања, тако да овлашћења и забране имају функцију катализатора који доприноси очувању безбедности свих учесника спортске приредбе. Оваква концепција успостављања безбедности на спортским приредбама оквирно се уклапа у модел заштите од насиља на спортским приредбама који је заступљен у већини европских земаља.<sup>12</sup>

За кршење одредаба Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама била је предвиђена кривична и прекршајна одговорност. Тако је првобитно било прописано кривично дело насилничко понашање на спортској приредби (члан 20). На овај начин учињен је отклон у односу на законе који регулишу ову материју у околним земљама. Ипак, изменама и допунама Закона из 2009. године

<sup>12</sup> Ради ефикаснијег и координисаног сузбијања насиља на спортским приредбама односно фудбалским утакмицама, Савет ЕУ је 2002. године предложио свакој чланици да оснује националну канцеларију за размену информација о безбедности фудбалских такмичења, која ће бити надлежна за сарадњу приликом организовања догађаја који укључују више од једне државе ЕУ. Ова је одлука допуњена 2007. године, када је договорено да свака чланица својој канцеларији омогући приступ (различитим) базама података о „ризичним“ лицима, које се углавном налазе у поседу министарства унутрашњих послова, те да се државе чланице постарају да канцеларије започну размену анализа критичних ситуација учињених након одржаног такмичења. Поред тога, договорено је да свака канцеларија постане одговорна за листу препорука, коју ће учинити доступном партнерима путем интернет презентације или путем захтева. М. Савковић и С. Ђорђевић, *Насиља на спортским приредбама: Предлог регионалног оквира сарадње*, Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2010, стр. 20.

ово кривично дело је измештено у Кривични законик, што је у складу са интенцијом нашег законодавца да кривична дела из посебних закона буду у оквирима кривичног законодавства. Што се тиче прекршајне одговорности, она је подељена између правних и физичких лица. То практично значи да субјекти прекршајне одговорности могу бити: а) спортски савез, спортско друштво, спортска организација – клуб или друго правно лице организатор спортске приредбе; б) гледалац, навијач или члан одређене навијачке групе као физичко лице. За учињени прекршај предвиђене су новчане казне, у знатно већем износу за правна него за физичка лица.

Ако пођемо од чињенице да се мерило квалитета и степена примењивости једног закона огледа у процентуалном смањењу случајева у којима се крше његове одредбе, онда засигурно можемо констатовати да Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама показује слабе резултате у пракси. Иако представља добар пример прописа који у потпуности поштује постојеће међународне правне стандарде у својој области и пружа могућности за адекватно поступање државних органа надлежних за борбу против насилничког понашања на спортским приредбама, његово постојање у протеклим годинама није проузроковало смањење броја хулиганских испада.<sup>13</sup>

Разлоге, сасвим евидентног раскорака између законских одредаба и његове примене у пракси можемо пронаћи у низу недостатака: законом није утврђен надлежни орган за издавање сигурносне потврде за спортски објекат; закон није утврдио обавезу вођења евиденције свих лица која купују карте за спортске приредбе; законом није утврђено да овлашћено лице организатора или одређени руководилац полиције има овлашћење да одлучи да групу домаћих или гостујућих навијача задрже у спортском објекту, до одласка других навијача; постоји потреба да се ближе одреди и утврди обавеза „сарадње“ између организатора спортске приредбе и полиције; не постоји законом уређени облик партнерства организатора и полиције на изради заједничког плана превентивног деловања; закон у многим случајевима садржи недостатке који спречавају редарску службу да испуни своје законске обавезе; на спортским приредбама повећаног ризика организатор је дужан да поступа по наложима министарства, али ова формулација није ближе одређена, те су се у пракси дешавале ситуације да представници различитих организа-

<sup>13</sup> Д. Шупут, *Правни оквир који уређује борбу против насиља на спортским приредбама у европским државама*, Страни правни живот, бр. 1/10, стр. 234.

ционих структура Министарства издају налоге без знања руководиоца редарске службе и полиције, а налози су били контрадикторни или неблаговремени.<sup>14</sup>

Ови недостаци указују на чињеницу да хулиганизам у Србији представља производ општег стања у друштву и неадекватно постављених оквира за борбу против насиља на спортским приредбама. С обзиром на то да Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама представља основни правни оквир у овој области, његови недостаци имају примарни значај. Будућим изменама овог закона неопходно је употпунити постојећи законски текст како би се прецизирала надлежност, делокруг послова, овлашћења и одговорност свих субјеката који учествују у сузбијању насиља ове врсте, било да је реч о правним или физичким лицима.

### Кривичноправни оквири заштите

Кривично законодавство представља крајње средство (*ultima ratio*) у заштити основних вредности и добара у сваком друштву. Под њима подразумевамо живот, телесни интегритет, здравље и друга лична и колективна добра која могу бити угрожена насилничким и недоличним понашањем појединаца и организованих групација људи. Вршењем насиља озбиљно се доводи у питање лични и колективни интегритет физичких и правних лица, укључујући несметано функционисање виталних државних институција и субјеката. То је нарочито случај са спортским приредбама на којима је концентрисан велики број навијача и навијачких група.

У Србији се већ дуже времена на друштвеној сцени осећа присуство насиља на јавним скуповима, а нарочито на спортским приредбама. Овакво стање условило је успостављање законских оквира којима се пружа казненоправна заштита. Уводе се нове инкриминације којима се настоје одвратити будући али и санкционисати они који су предузели радње насиља на спортским приредбама или другим јавним скуповима. Најпре је изменама и допунама кривичног законодавства из 2002. године уведено кривично дело спречавање нереда на спортском такмичењу

<sup>14</sup> Према: Правни оквир спречавања насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, Резултати истраживања у пројекту „За Србију без насиља“, Центар за нову политику, Београд, 2011.

или другом јавном скупу (члан 230а).<sup>15</sup> Основни разлог за увођење ове инкриминације јесу учестали нереди на спортским такмичењима и другим јавним скуповима, укључујући и оне високог ризика, који могу довести до тешких последица.<sup>16</sup>

Радња основног облика кривичног дела састоји се у нечињењу, непредузимању или пасивном односу службеног или одговорног лица, како би се онемогућио или спречио неред, услед чега буду угрожени живот или тело већег броја људи или имовина већег обима. Овде је, дакле, реч о наступању конкретне опасности по наведене објекте заштите. Круг могућих извршилаца кривичног дела своди се на службено или одговорно лице. Дакле, овим делом нису обухваћена лица која насиље врше већ лица која су дужна да насиље сузбијају и спрече наступање конкретне опасности по заштићена добра.<sup>17</sup>

Тежи облик кривичног дела се од основног разликује по наступелој последици која се састоји у повреди одређених добара (телесном повређивању неког лица или оштећењу имовине већег обима). Притом се за наступање теже последице код учиниоца захтева постојање нехата.

У новом Кривичном законнику Србије из 2005. године (ступио на снагу 1. јануара 2006. године), није било предвиђено кривично дело којим се пружа заштита од насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.<sup>18</sup> Каснијим изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године премијерно је уведено кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу (члан 344а). Специфичности овог кривичног дела огледају се у елементима његовог бића који су објективног карактера, а који предвиђају тачно место (простор у коме се одржава спортска приредба) и време његовог извршења (време када се одржава спортска приредба).<sup>19</sup> Поред тога, овим делом инкримилишу се припремне радње, као самостално кривично дело, чиме се доприноси ефикаснијем сузбијању насиља на спортским приредбама.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Службени гласник РС, бр. 16/90-67/03.

<sup>16</sup> З. Стојановић, О. Перић, *Кривично право – посебни део*, Службени гласник, Београд, 2002, стр. 351.

<sup>17</sup> Реч је о лицима из редова организатора јавног скупа (спортског друштва, политичке странке, синдиката или друге организације), и службеним лицима у органима који обављају послове јавне безбедности. Они су овлашћени да предузимају различите делатности, како не би дошло до нереди, а ако је до тога дошло овлашћени су да употребљавају адекватна средства за сузбијање нереди. *Ibid.*, стр. 352.

<sup>18</sup> Службени гласник РС, бр. 85/05-121/12.

<sup>19</sup> Д. Шупут, *Казненоправна заштита спорта*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2011, стр. 176.

<sup>20</sup> Разлози инкриминације су криминалополитичке природе. Они леже у учесталости појава



Основни облик овог кривичног дела састоји се у већем броју алтернативно постављених радњи извршења које може, по правилу, предузети свако лице<sup>21</sup> које физички нападне или се физички обрачунава са учесницима спортске приредбе или јавног скупа, врши насиље или оштећује имовину веће вредности приликом доласка или одласка са спортске приредбе или јавног скупа, унесе у спортски објекат или баца на спортски терен, међу гледаоце или учеснике јавног скупа, предмете, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве или шкодљиве супстанце које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа, неовлашћено уђе на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазове насиље, оштећује спортски објекат, његову опрему, уређаје и инсталације, својим понашањем или паролама на спортској приредби или јавном скупу изазива националну, расну, верску или другу мржњу и нетрпељивост засновану на неком дискриминаторном основу, услед чега дође до насиља или физичког обрачуна са учесницима.<sup>22</sup>

Кривично дело је свршено када једна од алтернативно прописаних радњи извршења проузрокује забрањену последицу, која се састоји у изазивању насиља или физичког обрачуна са учесницима на спортској приредби. Изазивање насиља укључује његово вршење према присутним лицима на спортској приредби и материјалним добрима (рушење и да се на спортским приредбама врше акти насиља који неретко проузрокују тешке последице, као што су смрт једног или више лица. Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2011, стр. 1000–1001.

<sup>21</sup> Иако законодавац није формално ограничио круг могућих извршилаца овог кривичног дела, прописивање места на коме се оно може извршити (спортска приредба) јасно је да то могу бити лица из реда гледалаца (навијача) и навијачких група.

<sup>22</sup> Садашња формулација кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу (члан 344а) Кривичног законика изазива одређене код алтернативно постављене радње извршења, која се састоји у неовлашћеном улажењу на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазивању насиља. На основу ове формулације могло би се помислити да је неопходно да неко „неовлашћено“ уђе у део гледалишта намењен противничким навијачима и изазове насиље. Зато би се пре могло закључити да је реч о неспретној формулацији самог законодавца, јер нико нема овлашћење да уђе у део гледалишта намењен противничким навијачима и изазове насиље. Тако, Д. Шупут, *Казненоправна заштита спорта*, ор. cit., стр. 181–182. Интересантно је запазити да се у Закону о о спречавању насиља на спортским приредбама Републике Српске (Службени лист РС, бр. 14/04-13/10) користи слична формулација. Тако се у одредби члана 3, под насиљем и недоличним понашањем на спортским приредбама, између осталих алтернативно постављених радњи извршења, сматрају: неовлашћени улазак на спортски терен; неовлашћени улазак у службене просторије спортског објекта на коме се одржава спортска приредба; неовлашћени улазак у део гледалишта спортског објекта који је намењен противничким навијачима и др. Међутим, није прописано да је, услед наведених, али и других прописаних радњи извршења, дошло до насиља или физичког обрачуна са учесницима, што је случај са кривичним делом из члана 344а Кривичног законика Србије.

паљење трибина, ограда, столица, електронске расвете и др.), док се под физичким обрачуном подразумева учешће у тучи где се разрачунавају актери насиља. Ово кривично дело може се извршити само са директним или евентуалним умишљајем, док је нехатно извршење потпуно искључено.

Први тежи облик кривичног дела (став 2) постоји када је основни облик дела извршен од стране групе. Овде се под појмом „групе“ сматра учешће најмање три лица повезаних ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора имати дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (члан 112 став 22 КЗС).

Други тежи облик кривичног дела (став 3) постоји када је основни облик дела извршио коловођа групе. Под „коловођом групе“ сматра се лице које организује и предводи акцијама групе која изазива насиље или физички обрачун, што практично значи да је коловођа на самом челу групе. Иако су, по правилу, организатор и коловођа групе исто лице, могуће је да групу организује једно лице а да је њен предводник односно коловођа неко друго лице.

Квалификовани облик овог кривичног дела (став 4) је предвиђен када је дошло до нереди у коме је неком лицу нанета тешка телесна повреда или је оштећена имовина веће вредности. За постојање овог облика неопходно је наступање конкретних последица које настају услед нереди проузрокованог од стране извршиоца кривичног дела. Потребно је да је учинилац у односу на тежу последицу поступао из нехата.

Предвиђен је посебан облик кривичног дела (став 5) који може извршити само службено или одговорно лице својим нечињењем, када при организовању спортске приредбе или јавног скупа не предузме мере обезбеђења, како би се онемогућио или спречио неред, па услед тога буду угрожени живот или тело већег броја људи или имовина веће вредности. Дакле, наступање последице састоји се у проузроковању конкретне опасности по заштићена добра. У контексту овог облика кривичног дела неопходно је одредити број лица која се могу сматрати „већим бројем људи“ у кривичноправном смислу. Према правном схватању Кривичног одељења ВСС од 17. априла 2006. године, под већим бројем људи се сматра када је окупљено најмање десет лица. Надаље, под „имовином веће вредности“ се, према правном схватању ВСС из 2006. године, подразумева имовина чија вредност прелази износ од милион и двеста хиљада динара.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 909.

Поред кажњавања, учиниоцу овог кривичног дела (из ст. 1 до 4), које је извршено на спортској приредби се изриче мера безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама (члан 89б). Реч је о примени мере безбедности новијег датума која је уведена са изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године, чиме се додатно пружа заштита од будућих поступака лица, против којих је вођен кривични поступак и установљена кривица за насилничко понашање на спортској приредби.<sup>24</sup> Иако је јасна намера нашег законодавца да, овом мером безбедности, на превентивном плану обезбеди бољу заштиту од насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, у пракси изазивају извесне дилеме питања њене доследне примене. То се, пре свега, односи на обавезу учиниоца кривичног дела да се непосредно, пре почетка времена одржавања одређених спортских приредби, лично јави службеном лицу у подручној полицијској управи, односно полицијској станици на подручју на коме се учинилац затекао и да борави у њиховим просторијама за време одржавања спортске приредбе. У литератури се, у вези са применом ове мере безбедности, наводе следеће примедбе: а) ради се о мери превентивног полицијског притвора, б) ограниченост смештајних капацитета у нашим полицијским управама и станицама, в) насиље се може вршити и пре и после спортске приредбе.<sup>25</sup>

Као прилог питању практичне примењивости ове мере безбедности можемо указати на то да је са њеним увођењем учињен значајан искорак у правцу потпунијег регулисања казненоправне заштите од насиља на спортским приредбама. Стога, присуство несклада између нормативног и реалног треба решавати унапређењем и повећањем организационо-техничких капацитета са којима располаже наша полиција. То је случај и са нашим васпитно-поправним и казнено-поправним установама у којима мањак просторно-техничких капацитета представља хроничан проблем.

<sup>24</sup> Симптоматично је да се ова мера безбедности односи само на спортске приредбе а не и на јавне скупове. Очигледно је да се законодавац руководио практичним разлозима јер се насиље у нашој земљи у знатно већем проценту врши на спортским приредбама у односу на јавне скупове. Такође је знатно већи број рецидивиста у вршењу насиља присутан на спортским приредбама. Реч је о навичачким групама које активно учествују у спортским приредбама изазивајући насиље и наносећи материјалну штету на локацијама где се оне одржавају (стадиони, дворане, хале и др.).

<sup>25</sup> З. Стојановић, *op. cit.*, стр. 333–334.

## **Закључна разматрања**

Насиље на спортским приредбама у Србији представља хроничан проблем читавог друштва. Њиме су захваћени припадници млађе популације који, као делинквенти или хулигани у минијатури, своје прве криминалне кораке и искуства стичу учествујући у навијачким групама и вршећи насиље. У јавности се дуже времена водила озбиљна полемика у ком правцу је неопходно деловати на пољу сузбијања ове врсте насиља и недоличног понашања. Зато се приступило успостављању адекватних правних оквира у којима би се утврдила инкриминациона зона недозвољених и кажњивих понашања на подручју вршења насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. Законодавна активност циљано се кретала у два правца: први се односио на доношење посебног законског акта у коме ће бити потпуно регулисана предметна материја, други је обухватио домене кривичног законодавства ради успостављања казненоправне заштите добара и вредности угрожених насилничким понашањем на спортским приредбама.

Анализирајући претходна и актуелна законска решења, можемо закључити да се на нормативном пољу идеја о успостављању казненоправне заштите од насиља на спортским приредбама у доброј мери остварила. Међутим, инвентивност коју са собом носи свакодневица у одређеној мери је девастирала одређена законска решења у делу који се тиче могућности њихове примене у пракси. Зато важећа законска решења не треба сматрати коначним јер им претходи период даљег усаглашавања и прилагођавања захтевима које пред њих поставља друштво.

**Ivan Joksić, PhD**  
**Associate Professor**  
**Faculty of Law for Business and Justice**  
**University Business Academy, Novi Sad**

## **CRIMINAL PROTECTION AGAINST VIOLENCE AT SPORTING EVENTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### *Summary*

*Violence at sporting events for more than two decades is a part of our everyday life. Almost all major sporting events, which involved sports clubs from neighboring countries abound violence immediately before, during and after the match. As actors of violence are labeled supporters and members of various extremist groups that use every opportunity to “violent” express their beliefs. The attitude of the public on this issue is moving in demanding stricter state response to such phenomena. Establishing criminal legal frameworks governing the zone illicit behavior and actions is a necessary precondition for punishing the organizers and perpetrators of violence. Hence, it is important to point out the two pieces of legislation that legally regulating the area of violence at sporting events. It is the Law on the prevention of violence and misbehavior at sports events and the Criminal Code. Therefore, the question of punishment for the exercise of violence at sporting events to be exposed under the provisions of these laws. It will also be shown on the present strengths and weaknesses of the existing legislation and the possibilities for their further improvement.*

**Keywords:** *punishment, violence actors, sports events, AWD, CCRS, police.*



## ПРОЈЕКТОВАНА ЖИВОТНА СРЕДИНА КАО НАЧИН ПРЕВЕНЦИЈЕ КРИМИНАЛИТЕТА<sup>1</sup>

Дарко Димовски\*  
Ива Поповић\*\*  
Душан Ранђеловић\*\*\*

*Апстракт:* Аутори су на почетку рада одредили концепт пројектоване животне средине као филозофског правца превенције криминалитета. У даљем раду аутори ће се најпре осврнути на обим кривичних дела против живота и тела, против имовине и против полне слободe како би се утврдила евентуална потреба превенције датих кривичних дела путем пројектоване животне средине. Након тога аутори су посебну пажњу посветили свакој од стратегија у оквиру пројектоване животне средине, уз навођење адекватних примера извршених кривичних дела за која је постојала могућност да не буду извршена да је примењена нека од стратегија. На крају рада аутори су анализирали законски оквир планирања и изградње објеката, уз констатацију да законодавац само у фрагментима обраћа пажњу на превенцију криминалитета кроз призму пројектоване животне средине.

*Кључне речи:* пројектована животна средина, превенција криминалитета, Република Србија

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу

\*\* Докторанд, Правни факултет Универзитета у Нишу

\*\*\* Докторанд, Грађевинско-архитектонски факултет Универзитета у Нишу

<sup>1</sup> Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије

## Увод

Последње тенденције у криминалној политици односе се на креирање такве физичке средине која ће утицати на смањење обима криминалитета. Превенција криминалитета коришћењем пројектоване животне средине (Crime Prevention Through Environmental Design – CPTED) одређује се од стране Националног института за превенцију криминалитета (National Crime Prevention Institute), као потпуно нови филозофски правац превенције криминалитета. Овај правац заснован је на схватању да адекватна конструкција и употреба животне средине доводи до смањења страха од криминалитета и истовременог побољшања квалитета живота. Другим речима, суштина овог новог правца у превенцији криминалитета огледа се у смањивању способности криминалца да изврши кривично дело. Уједно, до превенције криминалитета долази и повећањем шанси да грађани виде могуће ситуације, које доводе до извршења кривичног дела, и на тај начин спрече његово извршење.<sup>2</sup>

Превенција криминалитета коришћењем пројектоване животне средине сматра се успешним концептом редукације обима криминалитета, јер се користи тзв. одбрамбеним простором, чија суштина је да свако може преузети одговорност за одређени простор који мора да брани од незаконитих активности. Наиме, непостојање одговорног лица за одређени простор, доводи до могућности да тај простор буде попрште вршења кривичних дела.<sup>3</sup>

Пионир овог концепта је архитекта Оскар Њуман (Oscar Newman), који је 1972. године у својој књизи „Defensible Space: Crime Prevention through Urban Design“ представио идеју да је конструкцијом животне средине могуће утицати на обим криминалитета (Newman, 1996: 9). Њуман је заступао став да ће доћи до смањења обима криминалитета, због: 1) повећања територијалног понашања одређених грађана у виду одбране и надзора над одређеном територијом, 2) коришћења простора, што резултира друштвеном кохезијом и способношћу да се интервенише, и 3) одвраћања потенцијалних криминалаца да врше кривична дела, јер знају да су одређени простори под надзором грађана (Hill, 2001:

<sup>2</sup> Crime prevention through environmental design (CPTED), Security handbook, Oakland Police Department. Видети: Retrieved 09 December 2013 from <http://www.rockridgencpc.com/documents/fliers/CPTED%20Security%20Handbook-rev%20simlin.pdf>

<sup>3</sup> Crime prevention through environmental design (CPTED), Security handbook, Oakland Police Department. 12 December 2013 from <http://www.rockridgencpc.com/documents/fliers/CPTED%20Security%20Handbook-rev%20simlin.pdf>



277). Само присуство грађана на одређеном простору, који се сматра одбрамбеним, доводи до тога да криминалци избегавају вршење кривичних дела, јер постоји могућност да неко од грађана спречи извршење кривичног дела, или постане очевидац.

Кривично дело представља понашање у стварној ситуацији, при чему се оно састоји од три елемента: 1) постојање жртве, која може бити појединац, група људи или имовина, 2) мотивисаног извршиоца кривичног дела и 3) прилике за извршење кривичног дела. Концепт пројектоване животне средине ослања се на трећем елементу кривичног дела, тј. на умањењу прилика да се кривична дела изврше (Sakip, Abdulah, 2010: 340).<sup>4</sup> Другим речима, концепт пројектоване животне средине може се повезати са теоријом опортунитета, чија се суштина огледа у томе да се криминалци понашају рационално, јер теже извршењу кривичног дела на што лакши начин, при чему бирају zgodnu прилику (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2009: 316).

Полазећи од поделе криминогених фактора на узроке, услове и поводе, увиђамо да се превенција криминалитета коришћење пројектоване животне средине ослања на онемогућавање постојања услова за извршење кривичног дела. Како се услови криминалног понашања одређују као активности и утицаји који олакшавају и омогућавају извршење кривичног дела, а у услове се могу, између осталог, сврстати догађаји везани за окружење, место и време (Константиновић Вилић и други, 2009: 351),<sup>5</sup> можемо закључити да пројектована животна средина може утицати на неизвршење кривичног дела, јер одређени услови применом овог концепта превенције криминалитета неће постојати, па ће самим тим извршење кривичног дела бити онемогућено или знатно отежано.

Превенција криминалитета коришћењем пројектоване животне средине састоји се од четири, блиско повезане, стратегије: 1) природни надзор (Natural Surveillance), 2) природна контрола приступа (Natural Access Control), 3) територијално јачање (Territorial Reinforcement) и 4) одржавање (Maintenance).<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Sakip, S., Abdulah, A., *Measuring Crime Prevention through Environmental Design in a Gated Residential Area: A Pilot Survey*, Procedia - Social and Behavioral Sciences 42, Malaysia, 2012, p. 340.

<sup>5</sup> Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант, Ниш, 2009. година

<sup>6</sup> Crime prevention bulletin CPTED strategies (crime prevention through environmental design). 10 December 2013 from <http://www.lafayette.in.gov/egov/docs/1350254448260.htm>

## **Потреба превенције криминалитета путем пројектоване животне средине**

Уколико број пријављених пунолетних лица, који су извршили кривично дело у периоду од 2003. до 2012. године, посматрамо кроз призму пројектоване животне средине, можемо закључити да нису релевантне све групе кривичних дела, већ само кривична дела против живота и тела, кривична дела против имовине и кривична дела против полне слободе. Другим речима, за извршење осталих група кривичних дела нису релевантне мере пројектоване животне средине, јер за извршење осталих кривичних дела не постоји утицај или је утицај ових фактора миноран, те је за њихову превенцију неважан изглед животне средине људи.

Број пријављених пунолетних лица за кривична дела против живота и тела за посматрани временски период је у опадању. Наиме, током 2003. године пријављено је 5.403 лица. Само је наредне године забележен тренд повећана броја пријављених пунолетних лица – 5.784. У наредним годинама константно је долазило до опадања броја пријављених пунолетних лица, те је 2012. године било пријављено 3.923 пунолетна лица за кривична дела против живота и тела. И код кривичних дела против полне слободе је број пријављених пунолетних лица у почетној години већи у односу на последњу годину у временском оквиру – 408 према 372. Међутим, за разлику од кривичних дела против живота и тела код кривичних дела против полне слободе није забележен константан тренд опадања броја пријављених пунолетних лица, већ је њихов број варирао. Сличан тренд, такође, постоји и код кривичних дела против имовине. Тако је 2003. године било пријављено 53.704 пунолетна лица, док је 2012. било пријављено 45.291 пунолетно лице. У осталим годинама у посматраном временском периоду долазило је до опадања, односно до повећања броја пријављених пунолетних лица.

Посматрајући исте групе кривичних дела, при чему се као њихови извршиоци јављају малолетна лица, можемо закључити да је разлику од пунолетних лица код кривичних дела против живота и тела, против полне слободе и имовине почињених од стране малолетника забележен повећан број. Тако је код кривичних дела против живота и тела 2002. године било пријављено 310 малолетника, док је 2012. године био пријављен 451 малолетник. У годинама између почетне и последње године у посматраном временском периоду, број пријављених малолетника за кривична дела против живота и тела је варирао. Највећи број

пријављених је био 2008. године – њих 592, док је у осталим годинама број пријављених малолетника растао, односно смањивао се у зависности од утицаја криминогених фактора. Број кривичних дела против полне слободе почињених од стране малолетника је у периоду од 2003. до 2012. године у порасту. Наиме, 2003. године било је 35 пријављених малолетника за ова кривична дела, док је 2012. године било њих 44. Највећи број пријављених малолетника за кривична дела против полне слободе је био, као и код кривичних дела против живота и тела, 2008. године – 70, док је најмањи број пријављених малолетника био 2004. године – 29. Последњу групу кривичних дела коју посматрамо у оквиру концепта пројектована живота средина су кривична дела против имовине. У првој години временског оквира било је пријављено 1.656 малолетника. Иако је од 2004. године био забележен тренд опадања броја пријављених малолетника – 2005. године је било 1.994, док је 2006. године било 1.931, генерално говорећи у десетогодишњем временском оквиру забележено је повећање броја малолетника за ову групу кривичних дела, јер је у последњој години – 2012. години, било пријављено 2.238 малолетника.

Без обзира на то што је код посматраних група кривичних дела почињених од стране пунолетних особа уочен тренд пада броја пријављених лица, има места примени концепта пројектоване животне средине, с циљем даљег смањивања извршених кривичних дела. Приказани подаци нам сугеришу да је обим криминалитета малолетних лица у порасту код посматраних кривичних дела, те да је потребна другачија реакције државе, не само у погледу репресивних мера, већ пре свега мера превенције, које се могу огледати у примени мера пројектоване животне средине.

### Природни надзор (Natural Surveillance)

Природни надзор, у оквиру превенције криминалитета коришћењем пројектоване животне средине, односи се на обесхрабривање потенцијалног криминалца да изврши кривично дело тиме да он постаје свестан да увек постоји ризик да буде ухваћен на одређеном подручју, јер га неко посматра (Sakip, Johari, Salleh, 2012: 629).<sup>7</sup> Висока стопа имо-

<sup>7</sup> Sakip, S., Johari, N., Salleh, M., *The Relationship between Crime Prevention through Environmental Design and Fear of Crime*, *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 42, Malaysia, 2012, p. 629.

винског криминалитета шездесетих и седамдесетих година прошлог века у Сједињеним Америчким Државама натерала је владине званичнике да анимирају обичне грађане како би они вршили свакодневни надзор над одређеним јавним простором, јер је постало очигледно да полицијски службеници не могу да буду присутни на сваком кораку (Valverde, 2006: 144).<sup>8</sup>

Како бисмо илустровали значај природног надзора у превенцији криминалитета представимо истраживање криминолога Мекдоналда (McDonald) и Гифорда (Gifford) који су 1989. године на узорку од 44 осуђивана провалника процењивали значај природног надзора, приказујући им слике одређених домова. Наиме, провалници су истичали да када је природни надзор слаб, то представља идеалну прилику за извршење кривичног дела. Једно друго истраживање спроведено од стране Кларка (Clark) и Гарофала (Garofalo) 1992. године показало је да када комшије поклањају пажњу чувању имовине својих суседа, значајно се смањује ризик виктимизације (Hier, Greenberg, 2009: 90).<sup>9</sup>

Примењујући природни надзор у превенцији криминалитета постоје одређене препоруке које треба испунити. Јасна видљивост унутрашњости радње или лобија фирме са спољне стране, што подразумева излоге који нису прикривени рекламама или натписима, доводи то тога да је потенцијалном криминалцу значајно теже да изврши одређено кривично дело крађе, разбојничке крађе или разбојништва.<sup>10</sup> Осветљеност улаза стамбених или пословних зграда следећа је препорука која доприноси обесхрабрењу потенцијалних криминалаца да изврше кривично дело, при чему уједно долази до смањења страха од криминалитета код грађана (Gardner, 1981).<sup>11</sup> Одржавањем природног растива око зграда, односно улаза у зграда, онемогућава се потенцијалном криминалцу обезбеђење скривеног места из којег може заскочити неког грађанина да изврши кривично дело насилног, сексуалног или имовинског карактера (Димовски, Илић, 2014: 38).<sup>12</sup> Одређена улубљења у згра-

<sup>8</sup> Valverde, M., *Law and Order: Images, Meanings, Myths*, Rutgers University Press, New Jersey, 2006, p.144.

<sup>9</sup> Hier, S., Greenberg, J., *Surveillance: Power, Problems, and Politics*, UBC Press, Canada, 2009, p. 90.

<sup>10</sup> Crime Prevention Through Environmental Design, Natural Access Control. 11 December 2013 from [http://crimeprevention.rutgers.edu/case\\_studies/cpted/natur.htm](http://crimeprevention.rutgers.edu/case_studies/cpted/natur.htm)

<sup>11</sup> Gardner, R. (1981). *Crime Prevention Through Environmental Design*, Security Management Magazine. 14 December 2013 from <http://www.crimewise.com/library/cpted.html>

<sup>12</sup> Димовски, Д., Илић, И., *Превенција криминалитета као начин остваривања квалитета живота*, Социјална мисао, бр. 3-4, Београд, 2014, стр. 38.

дама могу послужити као место да се потенцијални криминалац сакрије, те је код изградње стамбених и пословних просторија потребно водити рачуна и о овом аспекту. Посебан значај има видео надзор, као ефикасна мера спровођења превенције вршења кривичних дела. Наредни корак ка остваривању концепта природног надзора је друштвена интеракција. Наиме, опремање јавног простора клупама, столовима и другим предметима који подстичу друштвену интеракцију, доводи до тога да је већи број људи присутан у парковима и на улицама, што повећава број грађана који чувају једни друге.<sup>13</sup>

Како бисмо илустровали потребу примене концепта пројектоване средине, тачније природног надзора као њеног саставног дела, указаћемо на одређена кривична дела која су извршена тако што су услови за њихово извршење били адекватни. Наиме, у пресуди Вишег суда у Нишу (2К бр. 80/13) описан је случај разбојништва Војвођанске банке у Нишу, у Епископској улици бр. 10. Петог марта 2010. године петорица разбојника упала су у просторије Војвођанске банке око 11,20 часова, при чему су уз претњу пиштољима успели да одузму новац укупне вредности 48 милиона динара.

Посматрајући овај случај са аспекта природног надзора, неопходно је да укажемо на чињеницу да су излози Војвођанске банке у Нишу облепљени рекламама истоимене банке и различитим услугама које се нуде корисницима банке. На овај начин случајни пролазници су онемогућени да својим једноставним проласком поред банке буду њени чувари, те је разбојницима у конкретном случају било много лакше да изврше кривично дело. Напомињемо да непостојање реклама преко излога банке не би аутоматски значило одустајање потенцијалних разбојника од извршења кривичног дела, већ само да би услови за извршење разбојништва било много тежи, те би стога потенцијални разбојници били обесхрабљенији да изврше кривично дело.

### Природна контрола приступа (Natural Access Control)

Природна контрола приступа, као стратегија у оквиру превенције криминалитета коришћењем пројектоване животне средине, односи се на смањење могућности извршења кривичног дела, на тај начин што

<sup>13</sup> Deutsch, W., *Increased Visibility Means Increased Security*. 15 December 2013 from [http://bizsecurity.about.com/od/physicalsecurity/a/natural\\_surv.htm](http://bizsecurity.about.com/od/physicalsecurity/a/natural_surv.htm)

се онемогућава приступ криминалаца њиховим потенцијалним жртвама, уз развијање високог ризика да буду откривени (Норрег, 2007:77). Онемогућавање криминалцима приступ њиховим жртвама отелотворује се у постојању физичких препрека, као што су капија, ограда или постојање саобраћајних баријера. Уједно, природна контрола приступа огледа се и у минимизирању броја улаза и излаза у стамбени објекат или пословну зграду, уз неопходност поседовања кључа да би се њима приступило (Fisher, Lab, 2010:222).<sup>14</sup> Постављање двоје врата или врата које се не отварају према споља, већ према унутра представља пример природне контроле приступа. Ради спречавања брзог напуштања неке јавне површине, попут парка, пожељно је да парк буде ограђен постављањем ограде, уз стављање тзв. лавиринт врата. Иста аналогија примењива је и код пословних зграда. Иако само постојање ограде или врата не доводи до потпуне превенције криминалитета, њиховим постојањем криминалци ће бити свесни да постоји значајно већи ризик по успех извршења кривичног дела.<sup>15</sup> Ипак, овде треба водити рачуна о још једном аспекту. Наиме, безбедност подразумева не само спречавање вршења различитих кривичних дела, већ и могућност брзог напуштања стамбених или пословних објеката у случају пожара или других непредвиђених околности, што захтева постављање улазних врата тако да се отварају према споља. Стога можемо рећи да у овом случају долази до колизије двеју препорука у остваривању свеукупне безбедности грађана и њихове имовине.

Применом концепта природне контроле приступа извршење одређених кривичних дела би било знатно теже, јер потенцијални криминалци не би могли брзо да напусте место извршења кривичног дела. Наиме, у пресуди Вишег суда у Нишу (ЗК бр. 169/12) описан је кривични догађај који се догодио 27.06.2012. године, око 22,15 часова, у парку Синђелићев трг, када је окривљени И. М. на нарочито дрзак начин, у намери да себи прибави противправну имовинску корист, од оштећене М. Г. одузео ланац од белог злата са привеском у облику крста. Окривљени је искористио непажњу оштећене, која је седела са пријатељицом на клупи у напред означеном парку, и најпре се на удаљености од једног метра ослонио на дрво, одакле је посматрао оштећену. Затим истој пришао с леђа и истргао јој ланац, који јој је био око врата увучен у блузу, након

<sup>14</sup> Fisher, B., Lab, S., *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, Sage Publications, London, 2010, p. 222.

<sup>15</sup> Crime Prevention Through Environmental Design, Natural Access Control. 15 December 2013 from [http://crimeprevention.rutgers.edu/case\\_studies/cpted/accesscontrol.htm](http://crimeprevention.rutgers.edu/case_studies/cpted/accesscontrol.htm)

чега се удаљио са лица места. Слично се догодило и у пресуди Вишег суда у Нишу (К. бр. 269/07) према којој су окривљени В. М. и Н. И. дана 13.10.2007. године у Нишу у парку Чаир око 23 часа, употребом силе у намери да себи прибаве противправну имовинску корист од оштећене К. М. одузели торбу... након тога окривљени су се са одузетом торбом трчећим кораком удаљили у правцу насеља Палилула.

Ограђивањем парка, при чему постоје само један или два улаза, као и постављањем тзв. лавиринт врата, потенцијални криминалци не би могли на лак и брз начин да напусте место извршења кривичног дела. У сагледавању своје ситуације они би закључили да постоји знатно већи ризик за извршење кривичног дела, те би стога један део њих одустао од њиховог извршења. У конкретном случају окривљени не би могли да се удаље на брз начин из парка Синђелићев трг, односно парка Чаир, а да не постоји велика шанса да буду ухваћени од стране органа реда или случајних пролазника.

### Територијално јачање (Territorial Reinforcement)

Наредна стратегија у оквиру превенције криминалитета путем пројектоване животне средине је територијално јачање. Наиме, његова суштина огледа се у јасном издвајању приватног власништва од јавне површине, што се постиже коришћењем ограде, знакова, осветљења, као и изгледом дворишта и тротоара.<sup>16</sup> Физичким изгледом стамбеног, или пословног простора може се створити осећај територијалне контроле одређених лица, над тачно одређеним простором, а уједно се могу обесхрабрити потенцијални делинквенти да врше кривична дела, јер су постали свесни да неко врши контролу над одређеним простором (American Planning Association, 2006: 472). Неки криминолози, попут Козена (Cozens), Савила (Saville) и Хилиера (Hillier), предлажу стварање прелазне зоне, чиме би се скренула пажња грађанима да се полако крећу са јавне у приватну својину (Sutton, Cherney, White, 2014: 70).<sup>17</sup>

Постоје одређене препоруке, чијом се имплементацијом остварује суштина концепта територијалног јачања, у пуном обиму. Раздвајање

<sup>16</sup> Safety by design, Maintenance. 16 December 2013 from [http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial\\_Reinforcement.html](http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial_Reinforcement.html)

<sup>17</sup> Sutton, A., Cherney, A., White, R., *Crime Prevention: Principles, Perspectives and Practices*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 70.

приватне од јавне имовине је прва препорука. Иако је некада немогуће одвојити приватну од јавне имовине на тај начин да се спречи физички приступ непозваних људи, довољно је створити само визуелно раздвајање једне од друге имовине постављањем другачије подлоге на приватном дворишту, у односу на улични простор, или постављањем оградe која никог не спречава да је прескочи, али доводи до тога да свако ко је прескочи постаје сумњив, при чему се ствара психолошки осећај код људи да одређена имовина припада неком другом. Одржавањем приватног поседа се, такође, ствара осећај власништва и одговорности, што резултира тиме да се непожељни људи држе ван приватног поседа.<sup>18</sup> Постављањем знака на улазу куће или зграде да је простор обезбеђен сматра се једном од наредних препорука. Треба избегавати постављање бодљикаве жице, јер само њено постављење имплицира да не постоји присуство физичког лица у том простору. Компаније и државни органи могу у једној заједничкој просторији организовати одмор и освежење својих запослених, што помаже да се привуче већи број запослених и ствара перцепцију да су просторије компанија или државних органа под контролом.<sup>19</sup>

### **Одржавање (Maintenance)**

Одржавање, као стратегија превенције криминалитета путем пројектоване животне средине, повезано је са територијалним јачањем. Оно се односи на вођење рачуна о стамбеној или пословној згради, чиме се показује изглед локалне заједнице, што ствара осећај припадности. Наиме, вођењем рачуна о изгледу локалне заједнице, одржавањем приватног или пословног простора ствара се осећај код потенцијалних извршилаца кривичних дела да их неко посматра.<sup>20</sup>

Код стратегије одржавања примењује се, како криминолози наглашавају, теорија сломљених прозора (Broken Windows Theory). Њена суштина отелотворује се у томе да ће један сломљени прозор

<sup>18</sup> Crime Prevention Through Environmental Design, Territorial Reinforcement. 16 December 2013 from <http://www.reddeer.ca/Residents/Crime+Prevention/Crime+Prevention+Through+Environmenta+l+Design/Territorial+Reinforcement.htm>

<sup>19</sup> Safety by design, Territorial Reinforcement. 16 December 2013 from [http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial\\_Reinforcement.html](http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial_Reinforcement.html)

<sup>20</sup> Safety by design, Maintenance. 18 December 2013 from <http://www.lancastercsc.org/CPTED/Maintenance.html>



подстаћи потенцијалне криминалце да поломе и други. Година настанка ове теорије је 1982, када су Вилсон (Wilson) и Келинг (Kelling) представили схватање да је један поломљени прозор повезан са извршењем знатно тежих кривичних дела, попут разбојништва и разбојничких крађа, физичких напада итд. Један поломљен прозор имплицира да нико не води рачуна о томе, што може довести до ломљења других прозора. Потенцијални криминалци ће на крају закључити да, пошто нико не води рачуна о приватној или пословној згради на којој се налазе поломљени прозори, нико не води рачуна о суседству. Другим речима, један мали преступ води све већим и већим преступима, док на крају не дође до извршења кривичног дела (Samaha, 2006: 100).<sup>21</sup>

### Нормативни оквир превенције криминалитета путем пројектоване животне средине

Приказ превенције криминалитета коришћењем пројектоване животне средине указује на то да добрим планирањем и употребом знања из других наука, попут архитектуре и психологије, може доћи до редукције обима криминалитета у одређеној локалној заједници, уз могућност смањења страха криминалитета и побољшања квалитета живота.

Закон о планирању и изградњи,<sup>22</sup> као нормативни основ уређивања и коришћења грађевинског земљишта и изградња објеката, ни у једној одредби изричито не прописује неку од стратегија у оквиру превенције криминалитета пројектованом животном средином. Код услова изградње објеката у члановима 110–125 нигде се не спомиње на експлицитан начин као услов безбедносни аспект градње одређених објеката. Наиме, ни код претходних радова за градњу објеката се не спомиње безбедносни аспект, иако законодавац набраја да претходни радови обухватају анализирање и разраду инжењерскогеолошких, геотехничких, геодетских, хидролошких, метеоролошких, урбанистичких, техничких, технолошких, економских, енергетских, сеизмичких, водoprивредних и саобраћајних услова; услове заштите од пожара и заштите животне средине, као и друге услове од утицаја на градњу и коришћење одређеног објекта (члан 112). Тумачењем ове одредбе може се закључити да је

<sup>21</sup> Samaha, J. (2006). *Criminal Justice*, Thomas Learning, Canada.

<sup>22</sup> Закон о планирању и изградњи, „Службени гласник РС“, бр. 72/2009, 81/2009 – испр. и 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС и 98/2013 – одлука УС

могуће сублимирати концепт пројектоване животне средине, као безбедносни аспект градње објеката, у услове градње истих под тзв. друге услове од утицаја на градњу и коришћење одређеног објеката. Ипак, ради избегавања недоумица неопходно је да се и безбедносни услови изричито наведу, као што су наведени услови заштите од пожара, чиме би се остварила примена концепта пројектоване животне средине, а самим тим остварио већи степен безбедности грађана.

За разлику од законског оквира у Републици Србији, Сарасота, градић на југозападу обале Флориде у Сједињеним Америчким Државама, направио је свеобухватнији приступ превенцији криминалитета, користећи при томе основне поставке природног надзора, у оквиру превенције криминалитета коришћењем пројектоване животне средине. Циљ приступа био је повећање видљивости, на тај начин што би се водило рачуна о томе да се, приликом изградње стамбеног и пословног простора, не праве слепа и мрачна места.<sup>23</sup> Овакво правило, као што смо већ напоменули, није (експлицитно) предвиђено у нормама Закона о планирању и изградњи, те је стога неопходно радити на побољшању законског текста како би архитекте и грађевински инжењери имали за обавезу да узму и овај аспект приликом планирања и изградње различитих објеката.

У Правилнику о општим условима за парцелизацију<sup>24</sup> у члану 40 могуће је наћи повезаност са концептом пројектоване животне средине. Тако је, на пример, предвиђено у поменутом члану да се зидана непрозирна ограда између парцела подиже до висине од 1,4 метара уз сагласност суседа. Код концепта територијалног јачања једна од препорука је постојање ограде, која не мора да буде тако висока да ју је немогуће прескочити, већ је могуће да буде висине које никог не спречава да је прескочи, али доводи до тога да свако ко је прескочи постаје сумњив. Уједно, ограда која својом висином не спречава случајне пролазнике да виде шта се дешава иза ограђеног простора доводи то тога да је свако од њих постане „чувар“ људи и имовине унутар ограђеног простора. Међутим, грађевинске парцеле на којима се налазе индустријски објекти и остали радни и пословни објекти индустријских зона могу се оградити зиданом оградом висине до 2,2 метара. Посматрано са аспекта пројектоване животне средине може се рећи да ова одредба Правилника није добра.

<sup>23</sup> Pedestrian Friendly Code Directory: Eyes on the Street. 14 December 2013 from: <http://changelabsolutions.org/childhood-obesity/eyes-street>

<sup>24</sup> Правилник о општим условима за парцелизацију, „Сл. гласник РС“, бр. 50/2011

Ипак, треба бити опрезан са критиком, јер је интенција законодавца да оваквом висином оградe онемогући потенцијалне криминалце да врше крађу, али се на тај начин губе тзв. „чувари“ у ланцу услова који доводе до спречавања вршења различитих кривичних дела.

Постојањем Правилника о општим условима за парцелизацију, Република Србија је делимично испоштовала стандарде у вези са повећањем видљивости између јавног и приватног простора. Наиме, неки градови, попут Кливленда у Сједињеним Америчким Државама, донели су одређене стандарде, с истим циљем. Град Кливленд је, на пример, ограничио висину оградe на 4 фита, што је нешто више од 120 центиметара, уз обавезу да се користи материјал који је провидан, што омогућује видљивост са улице у приватно двориште. Упоређујући стандарде постављене у Републици Србији са стандардима у поменутиим градовима, можемо закључити да је потребно даље радити на побољшању текста подзаконских аката, јер Република Србија није до краја испоштовала стандарде и препоруке у оквиру природног надзора у погледу провидности оградe.

Градња објеката регулисана је још једним документом – Правилником о условима и нормативима за пројектовање стамбених зграда и станова.<sup>25</sup> У члану 5 тачка 5 прописано је да се улазна врата отварају према споља. Полазећи од концепта природне контроле приступа код које је једна од препорука да се врата не отварају према споља, већ према унутра, увиђамо да се улазна врата отварају према споља у супротности са овим концептом. Међутим, као што смо већ напоменули, отварање врата према споља прописано је због бржег напуштања објеката од стране људи у случају пожара или других непредвиђених околности. Уједно, у члану 31 поменутог правилника регулисано је питање заштите приватности и безбедности. Ипак, питање безбедности регулисано је само кроз призму заштите од слободног пада људи са тераса, лођа, балкона и слично. Другим речима, члан 31 Правилника односи се само на један део свеукупне безбедности, чиме се не остварује свеукупна безбедност људи и имовине од вршења различитих кривичних дела применом пројектоване животне средине.

Република Србија није до сада посветила посебну пажњу овом сегменту превенције криминалитета. То се најбоље види у томе да у Полазном оквиру Националне стратегије превенције криминалитета, зва-

<sup>25</sup> Правилник о условима и нормативима за пројектовање стамбених зграда и станова, „Сл. гласник РС“, бр. 58/2012

ничном документу о превенцији криминалитета у Републици Србији, не постоји ниједан конкретан члан о примени мера превенције криминалитета коришћењем пројектоване животне средине. Наиме, превенција криминалитета коришћењем пројектоване животне средине може се евентуално делимично подвести под усмеравање припадника локалне заједнице на проблем безбедности, као један од специфичних циљева превенције криминалитета у Републици Србији.<sup>26</sup> С обзиром на то да превенција криминалитета коришћењем пројектоване животне средине подразумева, поред будности и надзора грађана, и одговарајућа архитектонска решења, потребно је у Националној стратегији о превенцији криминалитета у Републици Србији посебно разрадити овај концепт одговарајућим нормама. Такође, разрађивање овог концепта подразумева сарадњу стручњака за превенцију криминалитета, с једне стране, и инжењера архитектуре, с друге стране, с циљем њихове синергије у решавању појаве високог обима криминалитета. Потпуна примена овог концепта о превенцији криминалитета довешће, поред смањења страха од криминалитета, и до остваривања сигурности и безбедности грађана, као битних индикатора достизања пуног квалитета живота.

## **Закључак**

Пројектована животна средина као начин превенције криминалитета има велику примену у Сједињеним Америчким Државама, као и у земљама Западне Европе. Наиме, концепт пројектоване животне средине онемогућава постојање услова за извршење кривичног дела, те потенцијални криминалци немају адекватну прилику за извршење истог. Иако тренутно одустајање криминалца не значи и коначно одустајање од извршења кривичног дела, концепт пројектоване животне средине у значајној мери смањују могућност за извршење кривичног дела у конкретном случају, јер су потенцијални криминалци свесни да постоји адекватан надзор и одбране одређеног простора.

Сваки од посебних стратегија у оквиру пројектоване животне средине има свој утицај на превенцију криминалитета. Приказана кривична дела треба да илуструју потребу примене пројектоване живот-

<sup>26</sup> Република Србија, Министарство унутрашњих послова, Полазни оквир националне стратегије превенције криминала, Београд, 2009. година. 21 December 2013 from [http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni\\_okvir\\_nacionalne\\_strategije.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_strategije.pdf)

не средине у превенцији криминалитета на нивоу Републике Србије. Уједно, обим кривичних дела против живота и тела, против имовине и против полне слободе, иако опада код пунолетних лица, док код малолетних лица расте, такав је да има места примени различитих мера превенције, од којих неке могу да се огледају и у примени пројектоване животне средине. Такође, Република Србија је мало урадила на нормативном плану у погледу примене овог концепта. Само се о појединим одредбама Правилника о општим условима за парцелизацију могу наћи делови везани за концепт пројектоване животне средине. У Закону о планирању и изградњи могу се наћи одредбе које се на посредан начин евентуално могу везати за пројектовану животну средину, док се у Правилнику о условима и нормативима за пројектовање стамбених зграда и станова налазе одредбе директно супротне основним препорукама, али за које се не може рећи да су у супротности са општим концептом безбедности, због разлога које смо већ објаснили. Исто тако, Министарство унутрашњих послова мора да препозна значај пројектоване животне средине и да га предвиди у својим актима као начина превенције криминалитета.

## ЛИТЕРАТУРА

- Crime prevention bulletin CPTED strategies (crime prevention through environmental design). 10 December 2013 from <http://www.lafayette.in.gov/egov/docs/1350254448260.htm>
- Crime prevention through environmental design (CPTED), Security handbook, Oakland Police Department. Видети: Retrieved 09 December 2013 from <http://www.rockridgencpc.com/documents/fliers/CPTED%20Security%20Handbook-rev%20simlin.pdf>
- Crime prevention through environmental design (CPTED), Security handbook, Oakland Police Department. 12 December 2013 from <http://www.rockridgencpc.com/documents/fliers/CPTED%20Security%20Handbook-rev%20simlin.pdf>
- Crime Prevention Through Environmental Design, Natural Access Control. 11 December 2013 from [http://crimeprevention.rutgers.edu/case\\_studies/cpted/natur.htm](http://crimeprevention.rutgers.edu/case_studies/cpted/natur.htm)
- Crime Prevention Through Environmental Design, Natural Access Control.

- 15 December 2013 from [http://crimeprevention.rutgers.edu/case\\_studies/cpted/accesscontrol.htm](http://crimeprevention.rutgers.edu/case_studies/cpted/accesscontrol.htm)
- Crime Prevention Through Environmental Design, Territorial Reinforcement. 16 December 2013 from <http://www.reddeer.ca/Residents/Crime+Prevention/Crime+Prevention+Through+Environmental+Design/Territorial+Reinforcement.htm>
- Deutsch, W., Increased Visibility Means Increased Security. 15 December 2013 from [http://bizsecurity.about.com/od/physicalsecurity/a/natural\\_surv.htm](http://bizsecurity.about.com/od/physicalsecurity/a/natural_surv.htm)
- Fisher, B., Lab, S., *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, Sage Publications, London, 2010, p. 222.
- Gardner, R. (1981). *Crime Prevention Through Environmental Design*, Security Management Magazine. 14 December 2013 from <http://www.crimewise.com/library/cpted.html>
- Hier, S., Greenberg, J., *Surveillance: Power, Problems, and Politics*, UBC Press, Canada, 2009, p. 90.
- Pedestrian Friendly Code Directory: Eyes on the Street. 14 December 2013 from: <http://changelabsolutions.org/childhood-obesity/eyes-street>
- Safety by design, Maintenance. 16 December 2013 from [http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial\\_Reinforcement.html](http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial_Reinforcement.html)
- Safety by design, Maintenance. 18 December 2013 from <http://www.lancastercsc.org/CPTED/Maintenance.html>
- Safety by design, Territorial Reinforcement. 16 December 2013 from [http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial\\_Reinforcement.html](http://www.lancastercsc.org/CPTED/Territorial_Reinforcement.html)
- Sakip, S., Abdullah, A., *Measuring Crime Prevention through Environmental Design in a Gated Residential Area: A Pilot Survey*, Procedia - Social and Behavioral Sciences 42, Malaysia, 2012, p. 340.
- Sakip, S., Johari, N., Salleh, M., *The Relationship between Crime Prevention through Environmental Design and Fear of Crime*, Procedia - Social and Behavioral Sciences 42, Malaysia, 2012, p. 629.
- Samaha, J. (2006). *Criminal Justice*, Thomas Learning, Canada.
- Sutton, A., Cherney, A., White, R., *Crime Prevention: Principles, Perspectives and Practices*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 70.
- Valverde, M., *Law and Order: Images, Meanings, Myths*, Rutgers University Press, New Jersey, 2006, p.144.

Димовски, Д., Илић, И., *Превенција криминалитета као начин остваривања квалитета живота*, Социјална мисао, бр. 3-4, Београд, 2014, стр. 38.

Закон о планирању и изградњи, „Службени гласник РС“, бр. 72/2009, 81/2009 – испр. и 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС и 98/2013 – одлука УС

Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант, Ниш, 2009. година

Правилник о општим условима за парцелизацију, „Сл. гласник РС“, бр. 50/2011

Правилник о условима и нормативима за пројектовање стамбених зграда и станова, „Сл. гласник РС“, бр. 58/2012

Република Србија, Министарство унутрашњих послова, Полазни оквир националне стратегије превенције криминала, Београд, 2009. година. 21 December 2013 from [http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni\\_okvir\\_nacionalne\\_strategije.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_strategije.pdf)

**Darko Dimovski, LL.D**

**Assistant professor, Faculty of Law, University of Niš**

**Iva Popović**

**PhD student at the Faculty of Law, University of Nis**

**Dušan Randelović**

**PhD student, Faculty of Civil Engineering and Architecture, University of Niš**

## **THE ENVIRONMENTAL DESIGN AS A WAY OF PREVENTING CRIME**

### ***Summary***

*At the beginning authors defined the concept of environmental design as a philosophical direction of crime prevention. In the following paper, the authors will first look at the scope of crimes against life and body, against*

*property and against sexual freedom in order to determine the possible need of prevention of offenses given by the environmental design. After that, the authors have paid special attention to each of the strategies within the environmental design, specifying appropriate examples of offenses for which there was a possibility of being committed if it were some of the strategies. At the end of the paper, the authors analyzed the legal framework of planning and construction, noting that the legislator only in fragments pays attention to crime prevention through the prism of the environmental design.*

**Keywords:** *environmental design, crime prevention, Republic of Serbia*



## ODMJERAVANJE KAZNE U SVJETLU KRIVIČNOG ZAKONIKA CRNE GORE

**Doc. dr Darko Radulović\***

***Apstrakt:** Poslije izvedenih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja na glavnom pretresu, nakon čega sud utvrdi da su se u radnjama optuženog stekla obilježja krivičnog djela, slijedi jedan od najtežih zadataka suda, a to je donošenje odluke o krivičnoj sankciji. Od čega se polazi u tom složenom intelektualnom procesu, zavisi od toga kako je u zakonu određeno pitanje odmjeravanja kazne. Savremena zakonodavstva postavljaju određena pravila kojih se sud mora pridržavati u postupku odmjeravanja kazne, a razlike između zakonodavstava postoje u pogledu pitanja kolika je sloboda suda kod ocjene okolnosti koje mogu da budu od značaja za izbor vrste i mjere kazne.*

*Naš zakonodavac je u članu 42 st. 1 Krivičnog zakonika ustanovio opšta pravila za odmjeravanje kazne, pa će sud učiniocu krivičnog djela odmjeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču na to da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti). Te okolnosti mogu da budu objektivne (vezane za krivično djelo) i subjektivne (vezane za učinica djela). Naš zakonodavac je prihvatio rješenje gdje se u zakonu navode najznačajnije okolnosti koje sud mora uzeti u obzir kod odmjeravanja kazne, ali je ostavio mogućnost sudu da cijeni i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca.*

*Okolnosti koje čine element bića krivičnog djela ne mogu se uzimati kao okolnosti značajne za odmjeravanje kazne (zabrana dvostrukog vrednovanja).*

***Ključne riječi:** Krivični zakonik, kazna, odmjeravanje kazne, svrha kažnjavanja, opšta pravila o odmjeravanju kazne*

---

\* Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица

## I Odmjeravanje kazne uopšte

1. Odmjeravanje kazne predstavlja značajno pitanje kako u krivičnopravnoj teoriji, tako i u praksi. U određenom smislu sve odredbe krivičnog zakonodavstva svoje oživotvorenje nalaze upravo kroz odmjerenje kazne. Nauka krivičnog prava je kroz cijelu istoriju razvoja ljudskog društva nastojala da svoj doprinos ne samo razvoju nego i humanizaciji krivičnog prava, pogotovo u oblasti krivičnih sankcija, počev od njihovog sistema, pa do izbora vrste i mjere kazne. Koliki je značaj pitanja odmjerenja kazne za ostvarivanje funkcije krivičnog prava i kaznene politike u jednoj zemlji dovoljno govori i činjenica da je u njemačkoj doktrini posvećena posebna grana prava koja se naziva pravo odmjerenja kazne (Strafzumessungsrecht)<sup>1</sup>. Odmjeravanje kazne podrazumijeva postupak u kome sud utvrđuje vrstu i mjeru kazne učiniocu za krivično djelo i kada se to vrši u granicama zakonom propisane kazne riječ je o tzv. redovnom odmjerenju kazne ili odmjerenju kazne u užem smislu<sup>2</sup>, što će biti predmet ovog rada.

U literaturi se mogu naći mišljenja koja pod odmjerenjem kazne označavaju određivanje kazne koja će pružiti najviše izgleda za resocijalizaciju osuđenih lica<sup>3</sup>, pa se svrha kažnjavanja ističe kao ideja vodilja kod odmjerenja kazne.<sup>4</sup>

Osim pojma odmjerenje kazne koristi se i pojam individualizacija kazne, pod kojom se podrazumijeva prilagođavanje kazne posebnim karakteristikama krivičnog djela i njegovog učinioca<sup>5</sup>, kako bi se u što potpunijoj mjeri ostvarila svrha kažnjavanja.<sup>6</sup>

Nadalje, ističe se da individualizirati kaznu znači konkretizovati u zakonu utvrđenu kaznu, čiji je osnov apstraktna društvena opasnost propisanog djela, a što se ostvaruje u postupku sudskog odmjerenja kazne i predstavlja jednu od najvažnijih i najsloženijih sudskih funkcija.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Vidjeti: dr Petar Novoselec, *Opći dio Kaznenog prava*, Zagreb, 2004, str. 396.

<sup>2</sup> Dr Zoran Stojanović, *Krivično pravo*, Podgorica, 2008, str. 287; dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, *Krivično pravo, Opšti dio*, Banja Luka, 2009, str. 385; dr Vlado Kambovski, *Kazneno pravo, Opšti del*, Skoplje, 2006, str. 697; dr Dragan Javašević, *Odmjeravanje kazne u krivičnom pravu*, RKK br. 2, 2010, str. 130; dr Ljubiša Jovanović i dr Dragan Javašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2002, str. 235.

<sup>3</sup> Dr Bora Čejović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2006, str. 420.

<sup>4</sup> Dr Petar Novoselec, *Op. cit.*, str. 399.

<sup>5</sup> Dr Ljubiša Jovanović, *Krivično pravo I, Opšti deo*, Policijska akademija, Beograd, 1995, str. 241.

<sup>6</sup> Dr Janko Tahović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1961, str. 320.

<sup>7</sup> N. Srzentić, A. Stajić i Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1966, str. 402.

Inače, kada govorimo o individualizaciji kazne možemo je posmatrati u širem i u užem smislu. U širem smislu ona predstavlja proces koji počinje od izbora kazne, pa do njenog izvršenja, uključujući i odmjeravanje kazne uz poseban akcenat na upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog djela. Danas postoji shvatanje da je pojam individualizacija suvišan ako se pojam odmjeravanje kazne uzme u širem smislu, tim prije što je koncept individualizacije shvaćene kao prilagođavanje ličnosti učinioca izložen kritici. Sve više se napušta orijentacija na tretman i resocijalizaciju kao noseće stubove krivičnog prava, što je i u oblasti odmjeravanja kazne trebalo da ima odlučujuću ulogu, a odmjeravanje kazne koje bi prije svega trebalo da bude orijentisano na ličnost, predstavlja iluziju koja vodi enormno širokom polju slobodnog odlučivanja kod odmjeravanja kazne, a time i arbitrnosti, pa i zloupotrebi.<sup>8</sup>

Kada govorimo o odmjeravanju kazne, onda obično mislimo na sudsko odmjeravanje kazne.<sup>9</sup>

Odmjeravanju kazne prethodi utvrđivanje svih činjenica i izvođenje dokaza na osnovu kojih će se utvrditi da li je jedno lice učinilo krivično djelo, i da li je krivo, a potom se utvrđuju sve okolnosti, koje su od značaja za odmjeravanje kazne.

2. Pored sudskog odmjeravanja kazne, u teoriji se govori i o zakonskom odmjeravanju kazne<sup>10</sup> gdje zakonodavac na bazi uopštavanja brojnih konkretnih oblika ispoljavanja jednog protivpravnog ponašanja inkriminiše krivično djelo kao opšti i apstraktni pojam, koji u sebi može da obuhvati sve te raznovrsne oblike, a zatim određuje i kaznu, koja po vrsti i visini treba da odgovara težini tog apstraktno određenog krivičnog djela<sup>11</sup>, ili, kako se u literaturi ističe, to je otprilike prosječna društvena opasnost svih mogućih slučajeva izvršenja krivičnog djela.<sup>12</sup>

Međutim, danas preovladava mišljenje da je u sistemu relativno određenih kazni u zakonu, koje su često date u širokom rasponu, teško govoriti da zakonodavac tu vrši neko okvirno odmjeravanje kazne in abstracto.<sup>13</sup> Zato je sudsko odmjeravanje kazne u pravom smislu odmjeravanje kazne u kom procesu se slijedi intencija zakonodavca. Razlika je u tome što zakonodavac nema pred sobom konkretno učinjeno krivično djelo niti njegovog izvršioca,

<sup>8</sup> Dr Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010, str. 174.

<sup>9</sup> Dr Franjo Bačić, *Sudsko odmjeravanje kazne*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4, 1978, str. 199.

<sup>10</sup> Dr Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava, Opšti deo*, Beograd, 1937, str. 326.

<sup>11</sup> Dr Dragan Jovašević, *Odmjeravanje kazne...* str. 132.

<sup>12</sup> N. Srzentić, A. Stojić, Lj. Lazarević, Op. cit., str. 401.

<sup>13</sup> Dr Zoran Stojaković, *Krivično pravo...*, str. 286.

pa stoga ne može da ocjenjuje okolnosti koje su vezane za njih, dok sud takve mogućnosti ima.<sup>14</sup>

## **II Zakonsko odmjeraвање kazne**

1. U istorijskom razvoju zakonskog određivanja kazne pojavila su se tri sistema: 1) sistem apsolutno neodređenih kazni; 2) sistem apsolutno određenih kazni i 3) sistem relativno određenih kazni. Najstariji sistem jeste sistem apsolutno neodređenih kazni gdje je ostavljena sudu potpuna sloboda u određivanju vrste i visine kazne, a zakonodavac ne određuje nikakva pravila o odmjeravanju kazne niti sudu postavlja bilo kakva ograničenja. Ovaj sistem omogućuje sudu da, vodeći računa o težini krivičnog djela i stepenu krivice, izvrši i individualizaciju kazne. Prednost ovog sistema je što je sudu omogućeno da, shodno principu srazmjernosti kazne gore istaknutim okolnostima, sprovede i individualizaciju, ali je to u isto vrijeme i mana ovog sistema, jer je vodio prevelikoj arbitrarnosti sudova.

Kao reakcija na ovaj sistem javlja se sistem apsolutno određenih kazni, koji je po prvi put uveden u Francuskoj u Krivičnom zakoniku iz 1791. godine. Po ovom sistemu, u zakonu se precizno određuje vrsta i visina kazne koja se izriče u svim slučajevima određenog krivičnog djela. Ovdje zakonodavac isključivo ima u vidu opštu opasnost tog krivičnog djela ne upuštajući se u to da kazna za isto krivično djelo u odnosu na različite učinioce može da bude različita. Dakle, sud nema u ovom sistemu nikakvu slobodu što se tiče izbora i odmjeraavanja kazne, nego samo ima da jedno određeno krivično djelo podvede pod odgovarajuću zakonsku odredbu i da to isto učini kad je učinjeno isto krivično djelo. Insistirajući na jednakosti građana pred zakonom i isključenju bilo kakve arbitrarnosti sudova, kod izricanja kazne, ovaj sistem se pokazao nepravičnim, jer sud nije mogao kod odmjeraavanja kazne da uzme u obzir konkretne okolnosti vezane za krivično djelo i učinioca krivičnog djela.

Zapravo, ovdje se ne može ni govoriti o sudskom odmjeravanju kazne u pravom smislu (značenju) tog pojma, nego se radi o proglašenju ili izricanju zakonski odmjerene kazne.

Ovaj sistem je važio negdje do početka devetnaestog vijeka, kada ustupa mjesto sistemu relativno određenih kazni u zakonu koji je prvo inaugurisan u francuskom Krivičnom zakoniku iz 1810. godine, a potom je prihvaćen u najvećem broju savremenih krivičnih zakonodavstava, i ovaj sistem omogućuje redovno odmjeraвање kazne.

<sup>14</sup> Dr Dragoljub Atanacković, *Kriterijumi odmjeraavanja kazne*, Prosveta, Beograd, 1975, str. 19.

Sistem relativno određenih kazni u zakonu može da ima različite modalitete kaznenih okvira, pa se može govoriti o zatvorenom, otvorenom, i poluotvorenom modalitetu.<sup>15</sup> Zatvoreni modalitet ima određenu i gornju i donju granicu, tj. posebni minimum i posebni maksimum kazne za određeno krivično djelo. Suprotno tome je otvoreni modalitet gdje nema posebnog minimuma ni posebnog maksimuma, nego pozajmljuje limite opštih kaznenih okvira – opšti minimum i opšti maksimum. Poluotvoreni model relativno određenih kazni je jedno srednje rešenje, koje može da bude tako da je propisan posebni minimum, a ne i posebni maksimum, u kom slučaju se “pozajmljuje” opšti maksimum ili obrnuto, da je propisan posebni maksimum, a nije posebni minimum, pa se primjenjuje opšti minimum. Radijus “kretanja” suda u svim ovim modalitetima nije isti, a najveći je u otvorenom modelu, dok za zatvorene modele (okvire) neki kažu da u znatnoj mjeri ometaju prilagođavanje kazne konkretnom slučaju.<sup>16</sup>

Otvoreni model najčešće se primjenjuje u slučaju novčane kazne gdje se ne propisuje posebni minimum ni posebni maksimum u posebnom dijelu Krivičnog zakonika, nego se primjenjuje opšti minimum i opšti maksimum novčane kazne. Međutim, Krivični zakonik Crne Gore iz 2003. godine<sup>17</sup> (u daljem tekstu KZ), s obzirom na to da se ne propisuje posebni minimum i posebni maksimum novčane kazne kod pojedinih krivičnih djela, u opštem dijelu (čl. 39 st. 2) ustanovio je raspone novčane kazne, kao glavne kazne, vezujući je za visinu zapriječene kazne zatvora uz koju je novčana kazna propisana za pojedina krivična djela.

### III Opšta pravila za odmjeravanje kazne

1. Savremena zakonodavstva propisuju i određene opšte kriterijume za odmjeravanje kazne, što je učinjeno i u KZ Crne Gore (čl. 42 st. 1). Kada je u pitanju redovno odmjeravanje kazne, osnovni kriterijumi su: 1) da se odmjeri kazna u granicama zakonom propisane kazne za to djelo, 2) da pri tome ima u vidu svrhu kažnjavanja i 3) da uzme u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti).

<sup>15</sup> Dr Dušica Miladinović-Stefanović, *Odmjeravanje kazne i propisani kazneni rasponi u Krivičnom zakoniku Srbije*, Zbornik „Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet“, Zlatibor, 2014, str. 560.

<sup>16</sup> Dr Aleksandar Stajić, *Pravni i stvarni okviri odmjeravanja kazne*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1959, str. 39.

<sup>17</sup> Službeni list RCG br. 70, 2003.

Иначе, у савременом кривичном праву влада мишљење да ради осигурања успјешне индивидуализације казне суду треба дати што већу слободу код избора врсте и мјере казне.

Да би се то постигло, законодавац не треба да поставља чврста правила и критеријуме за одмјеравање казне, али с друге стране би било исто тако неприхватљиво да у овako значајној материји завлада arbitrarnost, па се полazi од потребе jaчања правних аспеката судског одмјеравања казне које ће осигурати легалитет на овome подручју кривичног права.<sup>18</sup>

Redosljed општих правила како су она наведена у члану 42 ст. 1 КЗ управо градуира значај тих постављених критеријума. Зато на првом мјесту код одмјеравања казне треба поћи од казненог оквира казне прописане за одређено кривично djело. При томе суд треба да има у виду да тако одмјерена казна може постићи сврху. Сврха казнjавања одређена је у члану 32, гдје је речено да је, у оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха казнjавања: 1) спречавање учиниоца да чини кривична djела и uticanje на njega да убудуће не чини кривична djела, 2) uticanje на друге да не чине кривична djела, 3) изражавањe друштвене осуде за кривично djело и обавезе поштовања закона и 4) jaчање морала и uticaj на разvijanje друштвене одговорности.

2. Иначе, у историјском развоју кривичног права појавиле су се три теорије о сврси казнjавања: апсолутна теорија (по којој је циљ казне одmazда), релативна теорија (по којој је сврха казне превенција) и мјешовита (по којој је сврха казне и превенција и одmazда).

Из напријед цитираних одредaba чл. 32 КЗ може се закључити да је наш законодавац прихватио релативну теорију о сврси казнjавања, по којој је сврха казнjавања специјална и генерална превенција. Генерална превенција прво је изражена у уобичајеном смислу (uticanje на друге да не врше кривична djела), а потом је у таčkama 3 и 4 чл. 32 КЗ истакнута и тзв. позитивна генерална превенција, на којој се данас нарочито insistira, која за циљ има учвршћивање друштвених и моралних норми чије усвајање од стране појединца представља најjaчу брану вршењу кривичних djела.<sup>19</sup>

Uticanje на друге да не врше кривична djела као законски израз за генералну превенцију може се широко тумачити, а може се остваривати инкриминасанjem кривичних djела и њиховим изрицањем у кривичном поступку. При томе није од значаја да ли се он остварује застрашивањем грађана, да ће у случају извршења кривичног djела бити казнjeni опоменом, шта их у том случају очекује, или пак васпитним uticajem на њих, стварањем или учвршћивањем одређених моралних норми понашања.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, Op. cit., str. 387.

<sup>19</sup> Dr Zoran Stojanović, *Komentar...*, str. 154.

<sup>20</sup> Dr Ljubiša Lazarević i drugi, Op. cit., str. 112.

Imajući u vidu činjenicu da prilikom odmjeravanja kazne sud mora da ima u vidu svrhu kažnjavanja, u vezi sa tim može da se pojavi problem antinomije svrhe kažnjavanja, odnosno kojoj svrsi dati prednost ako one zahtijevaju različitu kaznu. Problem osloznjava ako izričito, u zakonu navedenoj svrsi kažnjavanja, kao svrhu kažnjavanja dodamo i retribuciju u smislu principa pravednosti i srazmjernosti kazne. U teoriji vlada mišljenje da retribucija kao svrha kažnjavanja, iako nije izričito predviđena u KZ, treba da određuje gornju granicu prilikom odmjeravanja kazne, a kao takva kazna po pravilu ostvaruje i ciljeve generalne prevencije i ne bi bilo opravdano izreći i strožu kaznu od one koju zahtijeva stepen krivice učinioaca i težina učinjenog djela, samo zbog toga što bi ostvarivanje specijalne prevencije to zahtijevalo.<sup>21</sup>

3. Odmjeravanje kazne, odnosno njena individualizacija mora da bude u skladu sa načelom zakonitosti, što znači da se slobodno sudijsko uvjerenje u pogledu odmjeravanja kazne obavlja u okviru granica koje zakon propisuje i u pogledu vrste kazne i u pogledu mjere.

Propisivanjem više kazni omogućuje se sudu izbor vrste, a propisivanjem kazne u različitim kaznenim okvirima omogućuje se sudu izbor kazne po mjeri. Koju će mjeru kazne sud odrediti zavisi od sticaja različitih okolnosti, koje zakonodavac naziva olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, koje su po svom karakteru ambivalentne, jer svaka od njih, zavisno od konkretne situacije, može da bude ili olakšavajuća ili otežavajuća. Dakle, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti treći su važan kriterijum kod odmjeravanja kazne.

U zakonodavstvu postoje različita rješenja u pogledu zakonskog uređenja olakšavajućih i otežavajućih okolnosti: 1) da se olakšavajuće i otežavajuće okolnosti u zakonu taksativno navedu, 2) davanje potpune slobode sudu da u svakom konkretnom slučaju cijeni sve okolnosti koje mogu da budu od značaja za odmjeravanje kazne i 3) mješovito rješenje, gdje se u zakonu navode neke okolnosti uz davanje ovlašćenja sudu da može uzeti i druge okolnosti za koje ocijeni da mogu da budu od značaja za odmjeravanje kazne.<sup>22</sup>

Prvim modelom, propisivanjem olakšavajućih i otežavajućih okolnosti, obezbjeđuje se zakonitost i sprečava proizvoljnost kod odmjeravanja kazne, ali se na drugoj strani ograničava sloboda suda jer ne može da uzme u obzir okolnosti koje bi u konkretnom slučaju mogle da budu od uticaja na odmje-

<sup>21</sup> Dr Zoran Stojanović, *Krivično pravo...*, str. 289

<sup>22</sup> O tome šire: dr Bora Čejović, *Neke dileme koje se tiču opšteg pravila o odmjeravanju kazne*, Zbornik „Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu“, izd. Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 2002, str. 93–110; dr Dragan Jovašević, *Odmjeravanje kazne u krivičnom pravu*, RKK, br. 2, 2010, str. 135–136.

ravanje kazne. Ovaj model prihvaćen je u Krivičnom zakoniku Ruske Federacije.<sup>23</sup>

Drugi model je potpuno suprotan i u njemu je ostavljena potpuna sloboda sudu da kod odmjeravanja kazne uzme u obzir sve okolnosti za koje cijeni da u konkretnom slučaju mogu da budu od značaja za odmjeravanje kazne.

Treći model predstavlja kombinaciju prethodna dva gdje zakon određuje neke od okolnosti, ali ostavlja sudu da uzme u obzir i druge okolnosti koje mogu da budu od značaja za odmjeravanje kazne.

4. Krivični zakonik Crne Gore, poput Krivičnog zakona SRJ, poslužio se egzemplifikativnom tehnikom pa je pomenuo samo neke olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti, dopuštajući da sud sam, prema konkretnom činjeničnom stanju, utvrdi postojanje i drugih okolnosti koje su od uticaja na odmjeravanje kazne u okviru propisane kazne za konkretno krivično djelo.<sup>24</sup>

Tako je u članu 42 st. 1 KZ propisano da će sud učiniocu krivičnog djela odmjeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču na to da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće) a naročito: stepen krivice, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, raniji život učinioca, njegove lične prilike, njegovo držanje poslije učinjenog krivičnog djela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog djela i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca. Zakonik ni jednu od ovih okolnosti ne određuje samo kao olakšavajuću ili samo kao otežavajuću, nego to zavisi od njene konkretne sadržine u datom slučaju.

Navedene okolnosti, s obzirom na to da li su vezane za krivično djelo ili učinioca krivičnog djela, mogu da budu objektivne i subjektivne. Objektivna okolnost je jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, a okolnosti pod kojima je djelo učinjeno mogu da budu objektivne i subjektivne, dok su sve ostale subjektivne. Ove okolnosti vezane su za izvršenje krivičnog djela i ne ulaze u njegovo biće, a od kvalifikatornih okolnosti se razlikuju po tome što ne mijenjaju kvalifikaciju djela, dok kvalifikatorne okolnosti djeluju daju teži ili lakši oblik.

Okolnosti značajne za odmjeravanje kazne su odlučne činjenice, pa se one moraju utvrditi sa istim stepenom izvjesnosti kao i činjenice od kojih zavisi odluka o krivici, pa se u razlozima presude mora određeno navesti ko-

<sup>23</sup> Krivični zakonik Ruske Federacije, Prevod, Beograd 2000.

<sup>24</sup> Dr Milorad Perović, *Krivično pravo SRJ, opšti dio*, Nikšić, 1998, str. 312.



jim dokazima su utvrđene činjenice od kojih zavisi odluka o kazni, te razloge zbog kojih sud uzima da oni zaista postoje.<sup>25</sup>

5. Izazovi pred sudom kod ocjene subjektivnih i objektivnih okolnosti su različiti. Kod subjektivnih okolnosti u pitanju su psihički procesi učinioca djela koji se ispoljavaju putem njegovih tjelesnih radnji, čime se na posredan način, nekad samo uslovno, vrši spoznaja kvaliteta i kvantiteta psihičkih procesa učinioca krivičnog djela. Objektivne okolnosti su podobnije za spoznaju i one, uglavnom, ostaju u nepromijenjenom obliku do izricanja kazne, dok kod subjektivnih okolnosti treba uvažavati vremensku distancu, koja je nekad dosta duga od učinjenog krivičnog djela kada su se ti procesi autentično ispoljavali do izricanja kazne kada te procese treba rekonstruisati i spoznati.

Po pitanju kako procjenjivati olakšavajuće i otežavajuće okolnosti postoje različita stanovišta. Po jednima, treba koristiti analitički metod gdje se analizira i procjenjuje svaka okolnost pojedinačno i njen uticaj na visinu kazne. Drugi metod je sintetički, gdje sve okolnosti vezane za krivično djelo i učinioca krivičnog djela treba cijeliti kao jednu cjelinu i na osnovu tog opšteg utiska odrediti vrstu i visinu kazne. U teoriji opravdano preovladava shvatanje da je najprihvatljivija kombinacija ova dva metoda, odnosno da je najbolje koristiti analitičko-sintetički metod, što podrazumijeva da sud treba da utvrdi sve okolnosti relevantne za odmjeravanje kazne, da ocijeni da li su olakšavajuće ili otežavajuće,<sup>26</sup> te da na osnovu opšteg utiska dođe do jedne polazne osnove, do neke prosječne, orijentacione kazne i onda da je povećava i snižava nakon pažljivog pojedinačnog vrednovanja svake okolnosti, a da na konačnu kaznu u većoj mjeri treba da utiče druga faza, tj. vrednovanje svake pojedinačne okolnosti<sup>27</sup>:

#### a) Stepen krivice

Kod pojedinačnih okolnosti zakonodavac na prvo mjesto stavlja stepen krivice, koja okolnost je subjektivne prirode jer je vezana za ličnost učinioca. Ova subjektivna okolnost može se stepenovati, odnosno uračunljivost, umišljaj, a nekada i nehat kao i svijest o protivpravosti kao komponente krivice se mogu stepenovati. Kada je riječ o krivici, sam zakonodavac je izvršio stepenovanje na dva oblika – umišljaj i nehat, ali i u okviru tih oblika krivice opet postoje određeni stepeni – kod umišljaja direktni i eventualni, a kod nehata svjesni i nesvjesni, što se sve cijeni kod odmjeravanja kazne, iako zakonodavac jedinstveno propisuje granice kazne neovisno o vidovima ovih ste-

<sup>25</sup> Marin Zadrić, *Izbor kaznene sankcije i odmjeravanje kazne*, Pravna riječ, br. 15, 2008, str. 558.

<sup>26</sup> Dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, Op. cit., str. 387

<sup>27</sup> Dr Zoran Stojanović, *Krivično pravo...*, str. 293.

pena krivice. Kada je riječ o umišljaju, onda treba uzeti da eventualni umišljaj predstavlja olakšavajuću okolnost. Međutim, suprotno od toga, direktni umišljaj ne možemo uzeti kao otežavajuću okolnost jer je to “redovni” oblik krivice kod tih djela. Postoje neki vidovi umišljaja koje naš zakonodavac ne poznaje, a koji mogu da imaju uticaja kod odmjeravanja kazne, kao što je na primjer predumišljaj koji treba uzeti kao otežavajuću okolnost jer je njime ispoljen veći stepen krivice. S druge strane imamo dolus repentinus, tj. kada je djelo izvršeno spontano, bez razmišljanja, što može da bude olakšavajuća okolnost.

Uračunljivost kao komponenta krivice takođe se može stepenovati i KZ priznaje uračunljivost i bitno smanjenu uračunljivost. Bitno smanjena uračunljivost je fakultativna okolnost za ublažavanje kazne, pa ako je uzeta kao ublažavajuća okolnost ne može se istovremeno tretirati kao olakšavajuća okolnost. Pored ova dva stepena (ne)uračunljivosti, praksa je inaugurisala jedan stepen uračunljivosti koji KZ ne poznaje, a to je smanjena uračunljivost i ona se može uzeti kao olakšavajuća okolnost kod odmjeravanja kazne.

Namjera, kao viši stepen direktnog umišljaja, može uticati na odmjeravanje kazne, kao posebna okolnost i odvojeno se cijeliti samo onda kada nije poseban element bića krivičnog djela, a ako ulazi u biće krivičnog djela, onda se ona cijeni kao subjektivni element bez koga nema krivičnog djela.<sup>28</sup>

#### b) Pobude iz kojih je krivično djelo učinjeno

Pobude ili motivi, kao jedna etička kategorija, mogu se takođe cijeliti kod odmjeravanja kazne, ukoliko ne ulaze u sastav bića krivičnog djela. One po svom karakteru mogu da budu pozitivne, pa se tada uzimaju kao olakšavajuća okolnost, a mogu da budu i negativne, pa se tada uzimaju kao otežavajuća okolnost. Tako, na primjer, ako bi neko izvršio krađu da bi kupio lijekove, onda se to može okvalifikovati kao olakšavajuća okolnost, a ako bi to isto djelo izvršio radi ugodnog provoda, to se može ocijeniti kao otežavajuća okolnost.

Da li pobudu, odnosno motiv treba izdvojiti kao posebnu okolnost ili je cijeliti u okviru stepena krivice, mišljenja su podijeljena. Po jednom mišljenju, pobude ne predstavljaju posebne okolnosti nego ih treba posmatrati u okviru stepena krivice, pa ako su pobude negativne stepen krivice je veći, i obrnuto.<sup>29</sup> Ovo mišljanje zasniva se na normativnom shvatanju krivice i može se argumentovati, ali je u suprotnosti sa zakonskom odredbom koja pobude

<sup>28</sup> Dr Danilo Nikolić, *Odmjeravanje kazne*, Zbornik „Aktuelno stanje u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore“, izd. Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 2004, str. 85.

<sup>29</sup> Dr Franjo Bačić, *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb, 1978. str. 437.

izdvaja kao samostalnu okolnost koja se cijeni kod odmjeravanja kazne. Na drugoj strani ističe se da nema smetnji da se pobude procjenjuju na dva načina i sa različitim dejstvom – jednom samostalno i direktno kao osnov za odmjeravanje kazne, drugi put posredno i samo onaj aspekt koji je od značaja za stepenovanje krivice.<sup>30</sup>

Ako se pobuda javlja kao kvalifikatorna okolnost, ona ne može da istovremeno bude otežavajuća okolnost kod odmjeravanja kazne.

c) Jačina povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra

Kada je riječ o ovoj okolnosti značajnoj za odmjeravanje kazne onda treba da razlikujemo dvije situacije. Prva situacija je kod zakonodavca gdje on inkriminišući krivično djelo i propisujući odgovarajuću kaznu za to djelo ima u vidu apstraktnu opasnost koja uključuje i jačinu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra. Na drugoj strani u slučaju izvršenja konkretnog krivičnog djela sud neće cijeniti apstraktno ove okolnosti (jer je to dato zakonodavcu kod propisivanja kazne), nego će ove okolnosti procjenjivati konkretno u odnosu na učinjeno djelo. Prema tome, jačinu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra treba posmatrati u svijetlu posljedice koja je izvršenjem konkretnog djela prouzrokovana. Ako se radi o izvršenom krivičnom djelu čija je posljedica apstraktna opasnost, onda je za utvrđivanje ove okolnosti nužno da su stvoreni uslovi da se zaštitni objekt dovede u opasnost. Kada su u pitanju krivična djela sa konkretnom opasnošću, jačina ugrožavanja će se stepenovati veličinom vjerovatnoće i izvjesnosti da dođe do povrede zaštićenog dobra. Kada je riječ o krivičnim djelima povrede, ista se može sastojati u manjem ili većem oštećenju ili pak uništenju zaštićenog dobra.

Ima mišljenja u literaturi da ova okolnost utiče na vrstu i visinu kazne tako što istu smanjuje ili povećava, ali da je ne bi trebalo nazivati olakšavajućom ili otežavajućom, već da je takve težine da utiče na to da kazna bude manja ili veća izuzev u slučaju pokušaja krivičnog djela, gdje se pokušaj ne koristi za ublažavanje kazne, ali se može uzeti da je jačina ugrožavanja zaštićenog dobra manja, pa da se to koristi kao olakšavajuća okolnost.<sup>31</sup>

I ovdje valja napomenuti da posljedica sama po sebi ne može da bude otežavajuća okolnost kao i njena težina u mjeri koja je potrebna da bi krivično djelo postojalo.

<sup>30</sup> Dr Zoran Stojanović, *Komentar...*, str. 179.

<sup>31</sup> Dr Danilo Nikolić, *Op. cit.*, str. 83.

d) Okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno.

Ove okolnosti koje po svojoj prirodi mogu da budu subjektivne ili objektivne s obzirom na to da li su vezane za ličnost učinioca ili za krivično djelo heterogenog su karaktera i teško ih je unaprijed odrediti. I ovdje treba da se radi o okolnostima koje ne ulaze u sastav bića krivičnog djela niti kvalifikatornu okolnost. U objektivne okolnosti spadaju one koje su vezane za mjesto, vrijeme i način izvršenja, sredstvo kojim je izvršeno krivično djelo i slično. Kao otežavajuća okolnost će se svakako uzeti ako je krivično djelo izvršeno u vrijeme elementarne nepogode (poplava, požar) ili u vrijeme vanrednog stanja i slično. Otežavajuća okolnost je ako je krivično djelo izvršeno zloupotrebom određenog odnosa, na primjer kada krivično djelo izvrši roditelj, staralac, vaspitač, nastavnik, zloupotrebljavajući povjerenje lica sa kojim je u određenom odnosu.

U sudskoj praksi je bilo sporno da li opšte stanje kriminaliteta ili pak nekih njegovih pojava oblika može da ima uticaja na odmjeravanje kazne. Svojevremeno se o tome izjašnjavao i Vrhovni sud Jugoslavije i pri tome zauzeo stanovište da se ta okolnost ne može uzeti samostalno, nego se može vrednovati u kontekstu ocjene opšte opasnosti krivičnog djela i učinioca.

Nadalje, zanimljivo pitanje jeste da li doprinos žrtve izvršenju krivičnog djela može da ima značaja za odmjeravanje kazne, pa u teoriji možemo naći mišljenje da ako taj doprinos nema značaj ublažavajuće okolnosti, može se uzeti kao olakšavajuća okolnost kod odmjeravanja kazne.<sup>32</sup>

Pri tome treba imati u vidu situacije kada doprinos oštećenog može da bude sadržan u obilježju bića krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, pa u tom slučaju doprinos oštećenog se ne može cijeliti kao olakšavajuća okolnost.

Na primjer, kod krivičnog djela ubistva na mah ne može se doprinos oštećenog uzeti kao olakšavajuća okolnost, jer je takvo ponašanje oštećenog sadržano u kvalifikaciji krivičnog djela.

Jedna okolnost koja se često sreće u praksi i koja ne bi trebalo da predstavlja neki veliki problem u praksi kad je riječ o odmjeravanju kazne jeste alkoholisanost učinioca krivičnog djela. Tu sudovi u praksi različito postupaju, pa je neki uzimaju kao olakšavajuću okolnost, drugi su suprotnog mišljenja, a u teoriji vlada mišljenje da ovoj okolnosti, ukoliko se funkcionalno ne može vezati za neku drugu od predviđenih okolnosti, ne bi trebalo pridavati poseban značaj kod odmjeravanja kazne.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Dr Ljubiša Lazarević i drugi, Op. cit., str. 133.

<sup>33</sup> Isto.

Neka i savremena zakonodavstva (na primjer portugalsko) alkoholisanost stanje predviđaju kao olakšavajuću okolnost u određenim slučajevima.

Ali da podsjetimo da je Zakonik Danila Prvog, Kneza i gospodara slobodne Crne Gore iz 1855. godine „u poglavlju dvadeset trećem propisao: “Ako bi se koje prestupljenje u piću učinilo, to će se polovinu kastigat kao onome trijeznome, ali ako bi na svom mrznom to prestupljenje u sagrijehu učinio, biće po glasu zakonika kako i oni trijezni kastigat.”

e) Raniji život učinioca

Raniji život učinioca je okolnost subjektivne prirode i vezana je isključivo za ličnost učinioca. Ocjenom ovih okolnosti sud treba da dođe do spoznaje da li je djelo rezultat “sticaja nesretnih okolnosti” ili društveno i moralno neprihvatljivog načina života, kako bi se odmjeravanjem kazne odgovorilo svrsi kažnjavanja. Pod formulacijom raniji život koja se koristi u KZ, u teoriji se smatra da tim treba podrazumijevati jedinstvenu, cjelovitu, ocjenu ličnosti učinioca prije izvršenog krivičnog djela na osnovu koje se može doći do saznanja da li izvršeno djelo predstavlja prije slučajnu epizodu u životu učinioca, ili je ono pak rezultat jednog opšteg načina života.<sup>34</sup>

Iako je pojam “raniji život učinioca” kompleksan i uključuje cjelokupan moralno-psihološki profil ličnosti, on se u praksi uglavnom svodi na raniju osuđivanost, odnosno neosuđivanost. Ranija osuđivanost u praksi se uglavnom utvrđuje izvodom iz kaznene evidencije i ona se i u Zakoniku i u praksi uzima kao otežavajuća okolnost. Međutim, neosuđivanost se ne spominje kao olakšavajuća okolnost, pa se postavlja pitanje ako je ranija osuđivanost otežavajuća okolnost, može li se iz pravila argumentum a contrario zaključiti da je ranija neosuđivanost olakšavajuća okolnost. Sudska praksa u velikom procentu raniju neosuđivanost uzima kao olakšavajuću okolnost i u obrazloženjima sudskih odluka na nju se poziva. Tako se dolazi u pomalo apsurdnu situaciju da se ono što je normalno, uobičajeno, što ne zavređuje neku posebnu moralnu pohvalu, a to je činjenica da nije ranije bio osuđivan, biva prihvatana kao veliki moralni plus za moralni lik konkretnog prestupnika.<sup>35</sup>

f) Lične prilike učinioca

Lične prilike su izraz okolnosti u kojima učinilac krivičnog djela živi i u sadržajnom smislu dosta su neodređene, a mogu da se odnose na zdravstveno stanje učinioca ili članova njegove porodice, starosno doba, imovinsko stanje (koje KZ posebno izdvaja kad se vrši odmjeravanje novčane kazne), po-

<sup>34</sup> N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, Op. cit., str. 379.

<sup>35</sup> Mr Jovan Ćirić, *Ranija neosuđivanost kao olakšavajuća okolnost kod odmjeravanja kazne*, JRKK, br. 1-2, 1996, str. 99.

rodične prilike, socijalni status, broj članova porodice, nezaposlenost i slično. Iako je zakonodavac izdvojio i ovu okolnost koju sud mora da ima u vidu kada odmjerava kaznu, ima mišljenja u teoriji po kojima ni jedan pojedinac kao učinilac nije ni zaslužan ni kriv za postojanje ličnih prilika, te da ih treba cijeliti samo ako su u kauzalnom odnosu sa krivičnim djelom i pretpostavljenim budućim ponašanjem učinioca.<sup>36</sup> U praksi se lične prilike uglavnom uzimaju kao olakšavajuće okolnosti, pogotovu kad su u pitanju okolnosti očinstva i majčinstva.

Međutim, okolnost očinstva i materinstva po automatizmu ne mora uvijek da predstavlja olakšavajuću okolnost. Tako, na primjer, ako učinilac ima odraslu djecu koju ne izdržava, to, samo po sebi, ne mora da predstavlja olakšavajuću okolnost. Da zaključimo, ove okolnosti kao sadržaj života i realnog svijeta učinioca prije izvršenja krivičnog djela ne treba ni potejenjivati ni precjenjivati i njihova ocjena mora da bude u funkciji ostvarivanja svrhe kazne.

#### g) Držanje učinioca poslije učinjenog krivičnog djela

Držanje učinioca poslije učinjenog krivičnog djela predstavlja skup različitih okolnosti koje izražavaju njegov stav (odnos) prema posljedici, oštećenom i uopšte prema kriminalitetu. Ako bismo pokušali da napravimo neku klasifikaciju ovih okolnosti, iako je to dosta teško, onda bismo ih mogli podijeliti u dvije grupe: a) držanje učinioca u odnosu na samo krivično djelo uključujući i oštećenog i b) držanje (ponašanje) učinioca u toku samog krivičnog postupka. Ako bi se postavilo pitanje koji su razlozi naveli zakonodavca da ove okolnosti predvidi kao okolnosti koje utiču na odmjeravanje kazne, onda bi se odgovor mogao naći u činjenici da na odmjeravanje kazne utiču dva osnovna kriterijuma, a to su težina krivičnog djela i ličnost njegovog učinioca.

Pored toga, postavlja se pitanje koji je to vremenski period u kojem je držanje učinioca relevantno za odmjeravanje kazne. Ako se ima u vidu da je krivično djelo svršeno nastupanjem posljedice, onda bi kao vremenski period relevantan za ocjenu držanja učinioca trebalo uzeti sve vrijeme od dovršenog krivičnog djela, pa do pravosnažne odluke, obuhvatajući tu i vrijeme poslije prvostepene odluke do okončanja postupka po pravnim lijekovima.<sup>37</sup>

Držanje učinioca u odnosu na krivično djelo i oštećenog može da bude izraženo pozitivno kroz postupke upravljene na to da se otkloni šteta ili umanje štetne posljedice, izvinjenje, kajanje, molba oprosta i slično, a može da

<sup>36</sup> N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, Op. cit., str. 379.

<sup>37</sup> Mr Đorđe M. Đorđević, *Držanje učinioca posle učinjenog krivičnog djela kao olakšavajuća i otežavajuća okolnost*, JRKK, br. 3, 1996, str. 100

bude izraženo i negativno – ravnodušnost prema djelu i učiniocu, bahatost u odnosu na oštećenog i slično.

Kad je riječ o ponašanju učinioca u krivičnom postupku, tu se kao sporno javlja pitanje značaja priznanja i poricanja kod odmjeraivanja kazne. Sudovi često kao olakšavajuću okolnost ističu priznanje ne praveći razliku o vrstama priznanja, što je pogrešno, jer ako je priznanje neizbježno (gdje je optuženi “pritisnut” nespornim dokazima priznao djelo), takvo priznanje ne bi trebalo uzimati kao olakšavajuću okolnost. I u teoriji su mišljenja podijeljena po pitanju toga kada bi priznanju trebalo dati značaj olakšavajuće okolnosti. Prema jednom stanovištu, priznanje treba uvijek uzeti u obzir bez obzira na to da li je to doprinijelo utvrđivanju istine,<sup>38</sup> prema drugom, samo u slučaju ako je ono doprinijelo utvrđivanju istine,<sup>39</sup> po trećem shvatanju, priznanje treba uzeti u obzir ne samo onda kada je doprinijelo utvrđivanju bitnih činjenica, već i onda kada su one i bez toga bile poznate, ali je okrivljeni mislio da će svojim priznavanjem doprinijeti utvrđivanju tih činjenica.<sup>40</sup>

Kada je riječ o poricanju, ono se ne može uzimati kao otežavajuća okolnost kod odmjeraivanja kazne jer je to sastavni dio prava okrivljenog na odbranu.

Često sudovi kao olakšavajuću okolnost navode korektno držanje okrivljenog pred sudom, što je takođe pogrešno jer je to zakonska dužnost okrivljenog u krivičnom postupku. Sud bi mogao da ima u vidu ovu činjenicu ako je okrivljeni uložio posebne napore da se odazove pozivu suda, da je došao iz inostranstva, došao u toku vremenskih nepogoda i slično.

#### h) Odnos prema žrtvi krivičnog djela

Naglašavajući značaj odnosa učinioca prema oštećenom, zakonodavac je kao posebnu okolnost od značaja za odmjeraivanje kazne izdvojio i tu okolnost iako bi se ona mogla tretirati u okviru držanja činioca poslije izvršenog krivičnog djela.

Ova okolnost može da bude manifestovana na različite načine – pozitivne (pomoć žrtvi, njeno zbrinjavanje u bolnici, interesovanje za zdravstveno stanje, materijalna pomoć, posjeta porodici žrtve i slično) ili negativni (ravnodušnost i ignorantski odnos prema žrtvi i slično), a imati značaj olakšavajuće i otežavajuće okolnosti.

#### i) Druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca

<sup>38</sup> Dr Branko Petnić, *Individualizacija kazne*, Glavnik APV, br. 2, 1972, str. 26.

<sup>39</sup> Dr Ljubo Bavcon, dr Alenka Šehih, *Kazensko pravo*, Splošni del, Ljubljana, 1978, str. 275.

<sup>40</sup> Dr Željko Horvatić, *Izbor kazne*, Zagreb, 1980, str. 137.

Kao što smo na početku naznačili, kod određivanja okolnosti koje su od značaja za odmjeravanje kazne zakonodavac je naveo samo one koje su najtipičnije I, osim jačine ugrožavanja ili prirode zaštićenog dobra i okolnosti pod kojima je krivično djelo izvršeno koje su vezane za krivično djelo, sve ostale su subjektivne i vezane su za ličnost učinioca. No, i pored toga zakonodavac je, svjestan činjenice da se na strani ličnosti učinioca mogu pojaviti i neke druge, van onih već navedenih, propisao da sud može da ima u vidu i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca.

Teško je navesti neke od tih drugih okolnosti a da nije obuhvaćena nekom već pominjanom okolnošću, ali bi to mogle da budu okolnosti vezane za obrazovanje, profesiju, odnos prema radu, psihofizičke osobine, kulturni nivo, odnos prema društvenim vrijednostima i slično.

6. Na kraju, bitno je naglasiti da okolnost koja je sastavni dio bića krivičnog djela ne može da se još uzima kao olakšavajuća ili otežavajuća okolnost. Međutim, u članu 42 st. 3 KZ predviđena su da odstupanja od tog pravila: a) ako ta okolnost prelazi mjeru koja je potrebna za postojanje krivičnog djela ili određenog oblika krivičnog djela i b) ako postoje dvije ili više okolnosti, pa je samo jedna dovoljna za postojanje težeg, odnosno lakšeg krivičnog djela.

Da bi se u potpunosti sproveo princip individualizacije, jedan od zahtjeva jeste i upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog djela, što pred organe krivičnog postupka postavlja zadatak da prikupljaju podatke o ličnosti učinioca krivičnog djela.

Značaj tih podataka ispoljava se dvostruko. S jedne strane, podaci o ličnosti značajni su za individualizaciju kazne, odnosno krivičnih sankcija, a s druge strane epistemološki pristup ličnosti učinioca krivičnog djela može da ispolji određene efekte i na planu prevencije. Smatra se da je odredba člana 81 francuskog Zakona o krivičnom postupku, još sa nekim materijalno-pravnim odredbama, predstavljala preokret u ostvarivanju savremene koncepcije o upoznavanju ličnosti kao pretpostavke individualizacije.<sup>41</sup>

U našem pozitivnom pravu, Novela ZKP od 1973. godine i to noveliranjem tadašnjeg člana 160 ZKP, široko je otvorila vrata svestranom ispitivanju ličnosti okrivljenog kao pretpostavci individualizacije, da bi u neznatno izmijenjenom obliku bila prenesena u ZKP od 1976. godine, a potom u Za-

<sup>41</sup> Vidjeti R. Viene, *Les problèmes posés par l'application de l'article 81, du Code de procedure penale a propos de l'examen de personalite des delinquants adultes*, Revue de sciences criminelles et de droit penal compare, 1960, broj 4, str. 596.



konik o krivičnom postupku Crne Gore od 2003. godine.<sup>42</sup> Ova odredba je u ZKP od 2009. godine izmijenjena samo u odnosu subjekta krivičnog postupka koji je zadužen za prikupljanje podataka o ličnosti učinioca, pa je to sada u nadležnosti državnog tužioca pošto se ti podaci prikupljaju u istrazi, s obzirom na tužilački koncept istrage ustanovljen novim ZKP-om.<sup>43</sup> Tako se u čl. 289 ističe da će državni tužilac prije završetka istrage pribaviti podatke o ličnosti okrivljenog ako nedostaju ili ih treba provjeriti, kao i podatke o ranijim osudama okrivljenog, o njegovom ponašanju za vrijeme izdržavanja kazne ili druge krivične sankcije, a po potrebi može da pribavi i podatke o ranijem životu okrivljenog i o prilikama u kojima živi, kao i o drugim okolnostima koje se tiču njegove ličnosti.

Na kraju, da zaključimo, sve subjektivne okolnosti koje su posebno istaknute u čl. 42 st. 1 KZ, kao i druge okolnosti vezane za ličnost učinioca, i samu ličnost okrivljenog o kojoj se govori u članu 289 ZKP, ne smiju se cijeniti samostalno, nego sintetički, i uzeti u obzir onoliko koliko su one došle do izražaja u vezi sa učinjenim djelom. To znači da kazna treba da bude izraz ličnosti učinioca u mjeri u kojoj se ta ličnost odrazila na konkretno djelo.

**PhD Darko Radulović**  
**Faculty of Law, University of Montenegro**  
**Podgorica**

## SENTENCING IN THE CRIMINAL CODE OF MONTENEGRO

### *Summary*

*After the presented evidence and established facts in the main trial, after which the court finds that the acts of the accused features of a criminal offense, it comes to the decision on the criminal sanction which is one of the most difficult tasks of the court. What starts in this complex intellectual process depends on how the law regulates the issue of sentencing. Modern legislation set certain rules that the court must adhere to in the sentencing*

<sup>42</sup> O tome šire dr Drago Radulović, *Podaci o ličnosti lica okrivljenih za krivična djela nasilja i njihov značaj za krivični postupak*, Zbornik „Delikti nasilja“, izd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2002, str. 221–228.

<sup>43</sup> Šire o tome dr Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009.

*process, and the differences between the laws exist regarding the question of how much freedom the court has while assessing the circumstances which may be relevant for the selection of the type and severity of the punishment.*

*Our legislator in Article 42, paragraph 1 of the Criminal Code established general rules for sentencing and the court offender punishment within the limits provided by law for such an offense, bearing in mind the purpose of punishment and taking into account all the circumstances affecting the sentence being longer (extenuating and aggravating circumstances). These circumstances may be objective (relating to offenses) and subjective (related to the offender). Our legislator has accepted the decision where the law states the most important circumstances that the court must take into account in determining the sentence, but the court left open the possibility of assessing other circumstances related to the personality of the offender. Circumstances which constitute an element of the crime can not be taken as circumstances relevant to sentencing (prohibition of double evaluation).*

**Keywords:** *Criminal Code, the penalty, sentencing, the purpose of punishment, the general rules on sentencing.*

## КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ИНСТРУМЕНТИ ЕФИКАСНОСТИ БОРБЕ ПРОТИВ КРИМИНАЛИТЕТА (НОРМАТИВНИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТ)

Академик проф. др Станко Бејатовић\*

*Апстракт:* Проблематика ефикасности кривичног поступка у раду анализира се са два аспекта. Прво, ту су опште напомене о ефикасности кривичног поступка као међународног правног стандарда у оквиру којих се два питања истичу. Други аспект предметне проблематике тиче се стручно-критичке анализе појединих претпоставки практичне реализације ефикасности кривичног поступка. Појединачно посматрано то су: Законска норма; Сложеност и тежина конкретног кривичног предмета; Организација правосуђа; Међусобни односи и сарадња кривичнопроцесних субјеката; Злоупотреба права; Стручност и ангажованост појединих процесних субјеката и њихова мотивисаност (што посебно долази до изражаја код суда, јавног тужилаштва, полиције и стручне одбране).

На крају рада дају се закључна разматрања и предлози *de lege ferenda* који, по ставу аутора, треба да допринесу повећању ефикасности кривичног поступка.

*Кључне речи:* кривични поступак, ефикасност, кривични суд, јавни тужилац, кривичнопроцесни субјекти.

### 1. Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард (Опште напомене)

Проблематика ефикасности кривичног поступка предмет је, већ дуго низ година, интензивне расправе не само у круговима струч-

\* Редовни проф. Правног факултета у Крагујевцу и Бањој Луци.

не јавности већ и много шире.<sup>1</sup> Захтев за ефикасношћу кривичног поступка је, слободно се може рећи, постао и један од важнијих особености савремене науке кривичног процесног права а тиме и савременог кривичнопроцесног законодавства чија решења прате тенденције науке.<sup>2</sup> Он је, сасвим оправдано, један од међународних правних стандарда ове области као целине<sup>3</sup>. Међутим, и поред таквог његовог значаја, практична реализација овог захтева мора да се усагласи са још једним неизоставним захтевом кривичног поступка. То је да ефикасност кривичног поступка не иде на штрб законитости решења конкретне кривичне ствари и угрожавања загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка, што, мора се признати, није лако усагласити. Но, и поред свих тешкоћа ова два захтева морају бити усаглашена. Једино у случају њихове усаглашености може се говорити о ефикасности кривичног поступка. Ово из разлога што ефикасност кривичног поступка у себи обједињује две компоненте. То су законитост решења кривичне ствари и остварење тог циља у што је могуће краћем временском интервалу и са утрошком што је могуће мање средстава. Сходно овоме, под ефикасношћу кривичног поступка уопште подразумева се како његова *квалитативна компонента* (законитост вођења кривичног поступка и доношење правилне и законите судске одлуке) тако и његова *квантитативна компонента* (временски размак од покретања кривичног поступка па до доношења правноснажне судске одлуке).<sup>4</sup> С обзиром на ово, ефикасним кривичним поступком може се сматрати само онај поступак у којем је у реално кратком временском интервалу од његовог покрета-

<sup>1</sup> Види: Бејатовић, С., *Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард*, Збор. “Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010, стр. 184–203.

<sup>2</sup> Види: Ђурђић, В., *Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Збор. “Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 9–39; Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 9–33.

<sup>3</sup> Бејатовић, С., *Споразум о признању кривице: Нови ЗКП Србије и регионална компаративна анализа*, Збор. “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2012, стр. 102–119.

<sup>4</sup> Види: Радуловић, Д., *Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Црне Горе*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013, стр. 45–55.

ња па до окончања, уз пуно поштовање законитости његовог вођења, донесена правилна и законита правноснажна судска одлука. Разлози за овако схваћену ефикасност кривичног поступка су бројни. Међу њима посебан значај имају два. Први лежи у неспорној чињеници да је само ефикасан кривични поступак један од инструмената успешне борбе против криминалитета и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције.<sup>5</sup> Насупрот овом, неефикасна примена мера кривичне принуде супротна је циљевима и генералне и специјалне превенције. Као таква, штавише и охрабрује *потенцијалне извршиоце* кривичних дела и изазива, сасвим оправдано, и незадовољство јавности, чиме ова проблематика још више добија на свом значају.<sup>6</sup> Из ових, и не само ових разлога, обавеза је сваког друштва да створи нормативне као и све друге предуслове за што успешнију борбу против криминалитета, за што успешније остваривање циљева криминалне политике уопште, за што ефикаснији кривични поступак, за што ефикасније функционисање кривичног правосуђа уопште. Друго, законит кривични поступак не значи само такав поступак који “осигурава да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка него и такав поступак који то омогућава у најкраћем могућем трајању”<sup>7</sup>. И управо полазећи од овог, захтев да окривљеном мора бити суђено у најкраћем могућем року потиче још из времена просветитеља<sup>8</sup>, а касније је преузет у савремено право и сврстан у једно од основних права грађана. Као такво потврђено је, сасвим оправдано, и у међународним правним актима највећег ранга која третирају проблематику слобода и права грађана, у којима је право на суђење у разумном року сврстано у категорију њихових основних права.<sup>9</sup> С обзиром на ово, сасвим је оправдан став законодавца Србије да изричито пропише начело суђења у разумном

<sup>5</sup> Бејатовић. С., *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије*, Збор. “Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015, стр. 7–36.

<sup>6</sup> Види: Радуловић. Д., *Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета*, Зборник “Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета”, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 187.

<sup>7</sup> Бејатовић. С., *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије*, Збор. “Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015, стр. 7–36.

<sup>8</sup> Види: Cesare Beccaria, *О злочинима и казнама*, 1764.

<sup>9</sup> Види чл. 6 тач. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 14 тач. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

року<sup>10</sup>, и да га сврста у категорију основних начела кривичног поступка као целине<sup>11</sup>. Његова суштина огледа се у обавези суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка, а случају кривичног поступка против окривљеног који је у притвору поступак је хитан (чл. 14 ст. 1 и 2). У циљу што потпуније практичне реализације овог начела Законик<sup>12</sup> је предвидео и мере за спречавање одуговлачења поступка – мере за спречавање злоупотребе права од стране субјеката кривичног поступка.<sup>13</sup> У складу са овим, браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће ће изрећи опомену. О изреченој мери опомене адвокату председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374 ст. 1 и 3)<sup>14</sup>. У случају неблаговременог или неодговарајућег поступања јавног тужиоца или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће извести надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374 ст. 2).

Поред ЗКП, Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова из новембра месеца 2013. год.<sup>15</sup> предвиђени су додатни инструменти практичне реализације заштите права на суђење у разумном року. Према истом, странка у судском поступку која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року и истим тражити и накнаду за повреду права на суђење у разумном року. Захтев се подноси непосредно вишем суду и поступак одлучивања по истом је хитан. Ако непосредно виши суд утврди да је захтев подносиоца основан,

<sup>10</sup> Бејатовић, С., *Нови Законик о кривичном поступку Републике Србије и адекватност државне реакције на криминалитет*, Збор. “Тешки облици криминалитета и државна реакција”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013. год., стр. 47.

<sup>11</sup> Ђурђић, В., *Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичном стварима*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013, стр. 56–85.

<sup>12</sup> Под појмом “Законик” подразумева се ЗКП РС из 2011.

<sup>13</sup> О појму злоупотребе права од стране субјеката поступка види: Ђурђић, В., *Кривично процесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Зборник “Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступак у кривичним стварима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 9–39.

<sup>14</sup> Одредбе поред којих не стоји назив законског текста односе се на ЗКП РС из 2011.

<sup>15</sup> “Сл. гласник РС”, бр. 101/2013 .

може одредити примерену накнаду за повреду права на суђење у разумном року и одредити рок у коме ће нижи суд окончати поступак у коме је учињена повреда права на суђење у разумном року. Досуђена накнада исплаћује се из буџетских средстава Републике Србије одређених за рад судова у року од три месеца од дана подношења захтева странке за исплату (чл. 8а–8в. ЗУС)<sup>16</sup>. Уз ово, ту је и Закон о заштити права на суђење у разумном року<sup>17</sup> чија је сврха „пружање судске заштите права на суђење у разумном року и тиме предупредивање настајања повреда на суђење у разумном року“, с тим да „судска заштита права на суђење у разумном року укључује и истрагу коју у кривичном поступку спроводи јавни тужилац“.<sup>18</sup>

Основна премиса од које се пошло приликом установљења права на суђење у разумном року а тиме и обезбеђења ефикасности кривичног поступка као целине јесте идеја према којој спора правда представља изигравање правде и самог права на правично суђење (*justice delayed is justice denied-justice rétive, justice fautive*). Због тога право на суђење у разумном року постоји како у интересу лица о чијим се правима и обавезама одлучује или против кога се води одређени поступак (*субјективна компонента*), тако и у интересу правне сигурности и владавине права уопште (*објективна компонента*).<sup>19</sup> Као такво, право на суђење у разумном року је на изванредан начин више објективизовано и његов смисао је да заштити конкретног појединца од стреса који трпи због своје несигурне правне ситуације, али и генерално, да обезбеди спровођење правде без одуговлачења, што би угрозило њену делотворност и кредибилитет.<sup>20</sup>

У вези са изнесеним решењем по питању начела суђења у разумном року које је за поздрављање и које треба да допринесе ефикасности кривичног поступка поставља се немали број питања. Међу њима су кључна два. *Прво*, када је повређено право суђења у разумном року? Одговор на ово питање Законик, сасвим оправдано, не даје и не може да да. Реч је о фактичком питању које се решава у сваком конкретном случају

<sup>16</sup> Даном ступања на снагу Закона о заштити права на суђење у разумном року ове одредбе ЗУС престале су да важе.

<sup>17</sup> “Сл. гласник РС” бр. 40/2015.

<sup>18</sup> Чл. 1 ст. 2 и 3 Закона о заштити права на суђење у разумном року.

<sup>19</sup> Царић. С., *Право на суђење у разумном року у кривичним стварима: ставови Европског суда за људска права*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 34–48.

<sup>20</sup> Европски суд за људска права заузео је овакав став у пресуди од 28. јула 1999. године у случају *Bottazzi v. Italy* (но. 34884/97).

у зависности од тежине кривичног дела и других обележја конкретног кривичног случаја и узимањем у обзир ставова Европског суда за људска права по овом питању<sup>21</sup>. У том контексту је и одредба чл. 4 новодонесеног Закона о заштити права на суђење у разумном року којом су прописана мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Према истој, „при одлучивању о правним средствима којима се штити право на суђење у разумном року уважавају се све околности предмета суђења, пре свега сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, природа и врста предмета суђења или истраге, значај предмета суђења или истраге по странку, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза, затим поштовање редоследа решавања предмета и законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и израду одлука.“ *Друго*, ту је питање како помирити ово начело са у одређеном броју случајева настојањима одбране да кривични поступак траје што дуже, зашто не рећи понекад и до наступања застарелости. Одговор на ово питање је – спречавањем злоупотребе права од стране таквих субјеката али не негацијом датих им права већ спречавањем могућности њихове злоупотребе путем законом предвиђених инструмената.<sup>22</sup>

Уз изнесено, када је реч о новодонесеном Закону о заштити права на суђење у разумном року, посматрано са аспекта предмета рада, пажњу заслужује и следеће: *Прво*, предвиђена су правна средства којима се штити право на суђење у разумном року. То су приговор ради убрзавања поступка, жалба и захтев за правично задовољење.<sup>23</sup> *Друго*, странка не плаћа судску таксу у поступцима у којима се штити право на суђење у разумном року. Поступци су хитни и имају првенство у одлучивању. *Треће*, три су врсте правичног задовољења повреде начела суђења у разумном року. То су: Право на исплату новчаног обештећења за неимовинску штету која је странци изазвана повредом права на суђење у разумном року; Право на објављивање писмене изјаве Државног правобранилаштва којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року и право на објављивање пресуде којом се утврђује да

<sup>21</sup> Види: Симовић, М., *Улога суда у утврђивању чињеница на главном претресу – Регионална компаративна анализа*, Збор. “Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспекти)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 37–68.

<sup>22</sup> Бејатовић, С. и др., *Приручник за примену ЗКП*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2013.

<sup>23</sup> Чл. 3 Закона о праву на суђење у разумном року.



је странци било повређено право на суђење у разумном року<sup>24</sup>. *Четврто*, новчано обештећење признаје се у висини од 300 евра до 3.000 евра у динарској противвредности на дан исплате према средњем курсу Народне банке Србије по предмету, а при одређивању висине новчаног обештећења од стране Правобранилаштва и суда примењују се предње наведена мерила за оцену трајања суђења у разумном року (пре свега, сложеност предмета суђења или истраге, поступање надлежног државног органа и странке током поступка и значај предмета суђења или истраге по странку).<sup>25</sup> *Пето*, новчано обештећење и накнаду имовинске штете исплаћује суд или јавно тужилаштво који су повредили право на суђење у разумном року, из буџета Републике Србије, у оквиру средстава која су намењена покрићу текућих расхода судова и јавних тужилаштва, од којих се изузимају расходи за запослене и текуће одржавање објеката и опреме.

## 2. Фактори ефикасности кривичног поступка (Опште напомене)

Имајући у виду предњеизнесени значај ефикасности кривичног поступка уопште, једно од значајних питања у вези са овом проблематиком јесте и питање фактора који утичу на његову ефикасност и субјеката од чије ефикасности рада зависи та ефикасност. У вези са овим факторима посебну пажњу заслужује и следећа чињеница. Наиме, полазећи од предње констатованог да ефикасност кривичног поступка у себи обједињује две међусобно повезане компоненте (трајање кривичног поступка и законитост решења конкретне кривичне ствари) то су истоветни фактори и једне и друге компоненте. Односно, то су фактори који утичу на ефикасност кривичног поступка уопште.<sup>26</sup> Сходно овом, на ефикасност кривичног поступка, посматрано као целина, утичу бројни фактори. Међу њима следеће групе фактора су кључне. То су: Сложеност и тежина конкретног кривичног предмета; Организација правосуђа; Међусобни односи и сарадња кривичнопроцесних субјеката; Злоупотреба права и законска норма.<sup>27</sup> Што се тиче субјеката од ефи-

<sup>24</sup> Чл. 23 Закона о праву на суђење у разумном року.

<sup>25</sup> Чл. 30 Закона о праву на суђење у разумном року.

<sup>26</sup> Види: Ђурђић, В., *Утицај јавног тужиоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије*, Збор. "Казнена политика као инструменат државне политике на криминалитет", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015, стр. 79–92.

<sup>27</sup> Исто.

касности чијег рада зависи и ефикасност кривичног поступка, то су, може се слободно рећи, посматрано у ширем смислу речи, сви субјекти кривичног поступка уопште. Међутим, и поред тачности овакве једне констатације тачно је и то да од ефикасности рада два субјекта кривичног поступка (јавног тужилаштва и суда) у највећем могућем степену зависи и ефикасност кривичног поступка као целине. С обзиром на ово, када је реч о субјектима ефикасности кривичног поступка уопште, онда посебну пажњу треба посветити управо овим субјектима.

## **2.1. Поједини фактори ефикасности кривичног поступка и кривичнопроцесно законодавство Србије (Постојеће стање, начини и путеви потребног степена практичне реализације)**

### *2.1.1. Законска норма као фактор ефикасности кривичног поступка*

Један од изузетно значајних фактора од утицаја на ефикасност кривичног поступка јесте кривично законодавство, а тиме и кривичнопроцесно законодавство као његов нераздвојни део. И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционална повезаност тако и чињеница да од квалитета законске норме, њене адекватне примене у пракси, степена злоупотребе права, као и од организације и функционисања правосудних институција, у не малом обиму, зависи и степен утицаја кривичног законодавства на ефикасност кривичног поступка. Нема сумње, ако одређени законски текст одговара савременим захтевима борбе против криминалитета, ако његове норме налазе адекватну примену у пракси, ако се злоупотребе права сведе на минималне случајеве или пак само на његове покушаје и ако је адекватна организација и функционисање суда и тужилаштва, онда је улога кривичног законодавства у ефикасности кривичног поступка не само већа већ и знатно успешнија и супротно. Оваква каузална повезаност између кривичног законодавства и ефикасности кривичног поступка уопште посебно долази до изражаја код тешких облика криминалитета који је неретко пратећа појава транзиционог периода било које па и наше државе. Ово из разлога што је управо код ових облика криминалитета неспорна нужност, неопходност и оправданост што ефикасније примене мера кривичне принуде, а неопходан предуслов за то је и ефикасан кривични поступак. Овде као и уопште само ефикасна примена мера кривичне принуде је инструмент успешне борбе против криминалитета.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор.

Када је реч о овом фактору ефикасности кривичног поступка треба, пре свега, имати у виду следеће: *Прво*, на нормативном плану кривично законодавство представља законску основу за изградњу оног дела криминалне политике који се реализује на репресивном плану. Као такви, конкретни закони, да би били у функцији адекватне криминалне политике а тиме и у функцији ефикасности кривичног поступка, морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминалитета, да буду усклађени са нашом стварношћу и да буду применљиви. Једном речју, морају, посматрано са аспекта свог садржаја, да буду ослобођени нормативног романтизма и да у себи садрже само онолико репресивности колико је то стварно неопходно. Морају да буду адекватни времену и простору на којем се примењују. Добро је познато и неспорно да превентивна функција законске норме није толико у њеној строгости колико у неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени за то прописани законски услови. Уз ово, законска норма да би, по свом садржају, била у овој функцији, њу морају да карактеришу и висок степен прецизности одређивања појединих законских појмова (израза) и прописивање прецизних услова за примену појединих мера и института. Једном речју, прецизност садржаја кривичноправне норме мора да буде изузетно висока. *Друго*, општи циљ политике сузбијања криминалитета – заштита друштва од криминалитета остварује се и преко примене кривичног законодавства која мора да буде адекватна и у складу са интенцијама законодавца, а не само да остане мртво слово на папиру. *Треће*, у практичној примени кривичноправних норми злоупотреба права мора бити спречена или сведена на најнижу могућу меру. *Четврто*, практична реализација ефикасности кривичног поступка условљена је, у великој мери, и добром организацијом и функционисањем и координираним радом правосудних и других органа непосредно ангажованих на пољу борбе против криминалитета. Преко ова четири аспекта кривично законодавство уопште а тиме и кривичнопроцесно законодавство као његов незаобилазни део инкорпорирано је како у политику сузбијања криминалитета тако и у практичну реализацију ефикасности кривичног поступка уопште. Једном речју, представља њихову значајну компоненту у остваривању протективне функције.

Ако се прихвати основна хипотеза постављена у раду да позитивно кривичнопроцесно законодавство (а пре свега Законик о кривичном поступку као његов главни репрезент) стоји у каузалном односу са степеном кривичнопроцесне ефикасности, онда је неопходно истражити да ли је то тако у пракси. У том циљу, истражиће се да ли је у пракси кривичнопроцесно законодавство у Србији, Београд, 2015, стр. 21.

пенем ефикасности кривичног поступка, односно да је само адекватно – савремено кривичнопроцесно законодавство, законодавство усклађено са друштвеном стварношћу у функцији ефикасности а тиме и у функцији адекватне политике сузбијања криминалитета уопште, и то посматрано са аспекта сва четири начина његове манифестације, онда се као неминовно намеће пре свега питање: Да ли је позитивно кривичнопроцесно законодавство Србије посматрано са аспекта свог садржаја и са аспекта његове примене у функцији ефикасности кривичног поступка или не? Ако не, шта би у њему требало мењати да би оно било у тој функцији? У наставку рада покушаћемо да кроз конкретну и појединачну разраду једног, истина мањег броја кривичнопроцесних института, због ограниченог обима рада, дамо одговор на овако постављено питање. Наравно, при оваквом приступу овој проблематици нужно је имати у виду неспорну чињеницу да поред овде разматраних питања и друга решења ЗКП, као и кривичнопроцесног законодавства уопште, представљају нормативну основу ефикасности кривичног поступка. Ефикасност кривичног поступка уопште зависи у немалом степену од квалитета законске норме као целине, а не само од овде анализираних фактора. Једном речју, постоји и немали број других питања о којима се, у овоме контексту, мора водити рачуна, а о којима се на овоме месту, због ограниченог обима рада, не говори, али се и она морају узети у обзир.<sup>29</sup>

*Минимизирање улоге суда у поступку доказивања и ефикасност кривичног поступка.* Једна од новина коју је донео процес реформе, тачније ЗКП из 2011. год., јесте и минимизирање улоге суда у поступку доказивања, односно ослобађање обавезе суда да прикупља и изводи доказе, ослобађање суда од одговорности за извођење доказа и за утврђивање истине – потпуног и истинитог чињеничног стања независно од активности странака као традиционалног евроконтиненталног типа кривичног поступка. Оваквим решењем у кривични поступак Србије уводи се англосаксонски – адверзијални страначки поступак, а тиме и напушта начело истине као његово досадашње кључно обележје.<sup>30</sup> На странкама је сада одговорност за прибављање и извођење доказа, суд је лишен обавезе да истражује истину о кривичној ствари и стављен је у положај да се само стара о законитости и континуитету главног претреса.<sup>31</sup> Уместо раније предвиђених инструмената утврђивања истине (нпр.

<sup>29</sup> О томе види: Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 8–33.

<sup>30</sup> Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Сл. гласник, Београд, 2010, стр. 107–111.

<sup>31</sup> Ђурђић, В., *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редеофинисаним начелима*

предвиђањем обавезе суда да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке или утврђивања судске истине на основу слободног судијског уверења и сл.) прописано је да одлуку којом пресуђује кривичну ствар “суд може заснивати само на чињеницама у чију је извесност уверен” (чл. 16 ст. 4), пошто претходно “непристрасно оцени изведене доказе” (чл. 16 ст. 2). Сада суд само изузетно по службеној дужности може наредити извођење појединих доказа али ни тада у циљу утврђивања истине већ само ради отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима.<sup>32</sup>

Избацивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа па тиме и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања за сигурно није у функцији ефикасности кривичног поступка. Уз то, овакво решење довело је и до немалог броја нелогичности других законских решења која такође нису у контексту ефикасности кривичног поступка. Нпр. како објаснити да у ситуацији када суд нема одговорност за извођење и прибављање доказа а тиме ни обавезу да утврђује истину у кривичном поступку, постоји могућност побијања његове пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, тј. због недостатака насталих превасходно радњама кривичнопроцесних странака (чл. 437 тач. 3). Другим речима: Како повезати право странака на побијање судске одлуке због недостатака за које су једино оне одговорне ? Чини се да је сваки коментар сувишан.

*Одсуство јасног концепта истраге и његов утицај на ефикасност истражног поступка.* Једно од најактуелнијих питања у раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије јесте питање концепта истраге. И теорија и пракса скоро да су сагласни да од начина решавања овог питања зависи, у немалом степену, питање ефикасности не само истраге већ и ефикасности кривичног поступка као целине<sup>33</sup> као једног од кључних циљева реформе уопште. Управо захваљујући таквом приступу, једна од круцијалнијих особености процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије јесте напуштање судског конца истраге у ЗКП из 2011. год. и озакоњење новог (по ставу законодавца) тужи-

*кривичног поступка*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 74–78.

<sup>32</sup> Шкулић, М., *Докази и доказни поступак на главном претресу*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 183–193.

<sup>33</sup> Радуловић, Д., *Концепција истраге у кривичном поступку у светлу новог кривичног процесног законодавства*, Збор. “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства”, ОЕБС Мисија у Србији, Београд, 2012, стр. 11–23.

лачког концепта истраге. У вези са залагањем стручне јавности Србије за промену концепта истраге присутно је, сасвим оправдано, и схватање да тужилачки концепт истраге није безрезервно у функцији која се од њега очекује. И код тужилачког концепта истраге отворена су бројна питања и од начина њиховог решавања зависи и остварење циљева тужилачког концепта истраге. Међу питањима овог карактера посебан значај имају она која се тичу: Органа који треба да спроводе истрагу; Овлашћења активних субјеката истраге, односно у ком обиму иста треба дати појединим субјектима истраге? Затим, ту је и питање: Да ли су судски органи који спроводе истрагу довољно стручни из области криминалистике чије знање у овом поступку највише долази до изражаја? Потом, на који начин заштитити слободу и права окривљеног лица у току истраге? Или, који систем – модел тужилачке истраге је најприкладнији посматрано са аспекта како њене ефикасности тако и ефикасности кривичног поступка као целине, али да то не иде на уштрб међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права субјеката истраге, и др.<sup>34</sup> У оквиру ових, и не само ових, питања, питање ефикасности истраге једно је од њених актуелнијих питања уопште из разлога што је добро познато и неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка као целине. Само у случајевима нормирања тужилачког концепта истраге на начелима својственим њему он је у функцији очекиваног. У противном тога нема. С обзиром на ово, поставља се као кључно питање: Како нормативно разрадити тужилачки концепт истраге да би био у функцији остваривања циља који се очекује од њега, а то је ефикасност уз пуно поштовање међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других учесника истражног поступка? Постизање овако постављеног циља могуће је под условом да је тужилачки концепт истраге нормативно разрађен уз пуно поштовање следећих принципа. То су: Јавни тужилац као једини овлашћени субјекат покретања истражног поступка; Основана сумња као материјални услов покретања истраге; Прецизирање услова под којима полиција може да се појави у својству активног субјекта истраге, као и врсте истражних радњи које она може предузети у таквом својству; Предвиђање кон-

<sup>34</sup> Види: Бејатовић, С., *Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ и у Србији*, Збор. „Право земаља у региону”, Институт за упоредно право, Београд, 2010, стр. 242–265; Радуловић, Д., *Концепција истраге у кривичном поступку у светлу новог кривичног процесног законодавства*, Збор. “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства”, ОЕБС Мисија у Србији, Београд, 2012, 11–23.

кретних механизма који обезбеђују адекватну сарадњу јавног тужиоца и полиције у истрази; Тачно и прецизно прописивање услова под којим и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави суд; Предвиђање инструмената за законито и ефикасно спровођење истраге као и начина поступања јавног тужиоца након окончања истраге и последица непридржавања тако предвиђених норми; Заштита основних права оштећеног лица која произлазе из кривичног дела за које се спроводи истрага; Предвиђање механизма обезбеђења прикупљања доказа како на штету тако и у корист лица против којег се спроводи истрага.

С обзиром на изнесено, као кључно поставља се питање: Да ли је нови концепт истраге у ЗКП РС из 2011. год. разрађен у складу са жељеним степеном његове нормативне разраде, односно у складу са залагањем већинског дела стручне јавности Србије а и шире? Иоле озбиљнија анализа одредаба Законика о новом концепту истраге говори да не, да је Србија ЗКП из 2011. год. добила не тужилачки концепт истраге већ концепт паралелне истраге. Илустрације ради, наводимо само неколико примера. *Прво*, могућност покретања истраге дозвољена је и против непознатог учиниоца; *Друго*, за покретање истраге довољан је најнижи степен сумње – основ сумње, тј. исти онај степен сумње који се тражи и за поступање полиције у предистражном поступку; *Треће*, једно од најдискутабилнијих решења ове фазе поступка у новом ЗКП је његов чл. 301 ст. 1, по којем осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. *Четврто*, иако је истрага у начелу тужилачка, може да дође до укључивања полиције у предузимању појединих доказних радњи, под условом да јој то јавни тужилац повери (чл. 299 ст. 4 ЗКП); *Пето*, поред полиције у истрагу може да се укључи и судија за претходни поступак уколико јавни тужилац одбије предлог осумњиченог и његовог браниоца за предузимање доказне радње или ако о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога. У том случају осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак и ако предлог усвоји, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу у корист одбране и одређује му рок за то (чл. 302 ЗКП); *Шесто*, предвиђена је могућност да се у одређеним случајевима за предузимање одређених доказних радњи укључи и суд у смислу што он сам не предузима доказну радњу, него налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу (чл. 302 ст. 1–3 ЗКП). Сходно оваквом решењу

може се закључити да јавном тужиоцу као руководиоцу не само предистражног поступка, него и истраге, неко други (суд) налаже да предузме доказну радњу и то у корист одбране. Решење више него дискутабилно<sup>35</sup>.

Изнесена и не само изнесена решења новог концепта истраге предмет су, чини се сасвим оправдане, немале критике стручне јавности Србије и као таква могу оправдано довести у питање функционисање новог концепта истраге у складу са очекиваним. Међу њима посебан значај имају следеће: *Прво*, један од општеприхваћених ставова како теорије тако и праксе када је реч о покретању кривичног поступка, јесте и став да он мора бити условљен испуњењем материјалног услова конкретизованог у постојању чињеница и околности конкретног кривичног догађаја које основано упућују на закључак, указују на то да је одређено – конкретно лице извршилац кривичног дела које му се ставља на терет – тј. постојањем основане, а не само основа сумње. Покретање и вођење кривичног поступка не може се заснивати на претпоставкама. Мора бити засновано на стварним – конкретним подацима. Питање је: Да ли је само на основу основа сумње (као што је то случај сада) или и само на основу индиција могуће покретање кривичног поступка с обзиром на све његове импликације? Наше је, и не само наше, мишљење да не. Ако се овом дода и чињеница да се у смислу одредбе чл. 7 тач. 1 кривични поступак сматра покренутим доношењем наредбе о спровођењу истраге, питање постаје још актуелније, односно изнесени став још оправданији; *Друго*, сходно чл. 295 ст. 1 тач. 2 Законика, могућност покретања истраге постоји и против “непознатог учиница када постоје основи сумње да је учињено кривично дело“. И ово решење је, чини се више него оправдано, изложено критици. Оно као такво не само да нема оправдања, већ је и у директној супротности и са немалим бројем општеприхваћених решења у кривичном материјалном и процесном законодавству. Тако, на пример, у супротности је са одредбом чл. 14 ст. 1 и 2 КЗ РС из које јасно произлази да „нема кривичног дела без кривице“, а питање кривице могуће је посматрати само у контексту конкретног, а не неког непознатог лица. Или, оправдано се мора поставити и питање односа ове одредбе са чл. 286 ст. 1 Законика у којој је, сасвим исправно, прописано поступање полиције у тзв. предистражном поступку који обухвата и случајеве “када постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности а учинилац кривичног дела је непознат” и сл.; *Треће*, у ст. 1 чл. 301 Законика прописано је „осумњичени и

<sup>35</sup> Шкулић, М. / Илић, Г., *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 124–136.



његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране”. У вези са овако датим решењем постављају се три питања. Прво, да ли се на овај начин у нашем кривичном процесном законодавству уводи не тужилачки модел истраге, већ паралелна истрага? Да ли на овакав један начин положај лица против којег се спроводи истрага зависи од његовог материјалног статуса, односно да ли се на овакав један начин прави разлика међу лицима против којих се спроводи истрага према критеријуму њиховог имовног стања? Затим ту је и питање: Да ли су докази које прикупе осумњичени и његов бранилац у функцији задатка истраге из ст. 2 чл. 295 Законика, а тиме и у складу са основним разлогом преласка са судског на тужилачки концепт истраге (њена ефикасност)? У тужилачком концепту истраге морају да буду предвиђени механизми обезбеђења прикупљања доказа како на штету, тако и у корист лица против којег се спроводи истрага на начин који ће бити у складу са њеним задатком и њеном ефикасношћу. Да ли је то случај у конкретном? Мишљење аутора рада је – не; *Четврто*, у тужилачком концепту истраге основна – главна функција судије за истрагу (*судије за претходни поступак*) мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободе и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великим тешкоћама, а уз то неопходно ја да је она битна (неопходна) за правилно решење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој. Једном речју, радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Не би смеле да буду у функцији доношења одлуке јавног тужиоца о подизању оптужнице или обустави поступка, што је случај у конкретном; *Пето*, једна од неизоставних особености тужилачког концепта истраге треба да буде и такав положај оштећеног који ће му омогућити реализацију његових основних права која се јављају као последица кривичног дела поводом којег се води истрага. Иоле озбиљнија анализа релевантних одредаба Законика по овом питању показује да ова особеност тужилачког концепта истраге није испоштована. Чл. 297 ст. 3 Законика као једина одредба по овом питању далеко је од жељеног. Он само обавезује јавног тужиоца да обавести оштећеног о покретању истраге и да му да поуку о правима која му припадају у смислу чл. 50 ст. 1 Законика и ништа више.

*Нелогичности нормирања споразума о признању кривичног дела и њихов утицај на ефикасност кривичног поступка.* Озакоњење института споразума о признању кривице једна је од важнијих особености које је донео процес реформе кривичног процесног законодавства Србије. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривљеног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка у Србији, Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. долази до његовог озакоњења као једне од доминантних форми поступања у кривичним стварима уопште. За релативно кратко време споразум је показао своју опуну оправданост и стално је присутан тренд ширења његове примене<sup>36</sup>. Посматрано са аспекта ЗКП РС из 2011. год., више је новина у вези са споразумом. Међу њима су најзначајније следеће: *Прво*, уместо нормативно ограничене могућности примене предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела.<sup>37</sup> *Друго*, одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тога прописано је само “да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом” (чл. 317 ст. 1 тач. 4). *Треће*, када је реч о санкцији, обавезан елеменат споразума јесте и “споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције”. *Четврто*, против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Наиме, сходно чл. 319 ст. 3 Законика против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања пресуде изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак обуставља по испитивању оптужнице у смислу чл. 338 ст. 1<sup>38</sup>, као и у случају да се пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела.

Не упуштајући се у приказ других одредаба Законика о споразуму, чини се да се наведене, и не само наведене, одредбе којима је норматив-

<sup>36</sup> Шкулић. М., *Нови Законик о кривичном поступку – очекивања од примене*, Збор. “Нова решења у казненем законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 33–68.

<sup>37</sup> Упореди чл. 282а претходног ЗКП и чл. 313 ст. 1 новог ЗКП РС.

<sup>38</sup> Реч је о следећим разлозима: да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; да је кривично гоњење застарело, или да је обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио конкретно кривично дело.

но разрађен споразум у ЗКП РС из 2011. год. озбиљно могу ставити под знак питања и да поједине од њих нису у функцији ефикасности кривичног поступка као кључног разлога нормирања института споразума. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, у потребној мери, узети у обзир преовлађујући ставови наше, и не само наше, стручне јавности, као и релевантни стандарди у вези са истим. Подсећања ради, треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште. Став аутора јесте пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела. Међутим, оправдано се може ставити под знак питања већи број решења његове нормативне разраде у тексту новог ЗКП. Наводимо само најдискутабилнија: *Прво*, иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, стандард да споразум треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и са другим формама поједностављеног поступања у кривичним стварима. У складу са изнесеним европским стандардима, поједностављене форме поступања у кривичним стварима намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности, што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим, а посебно најтежим кривичним делима. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјеката представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. С обзиром на ово, чини се да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању. *Друго*, решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела такође озбиљно може да се доведе у питање. Поред изнесених аргумената који говоре у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања, треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне

санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага, зашто не рећи и најблажа, кривична санкција, што је могуће претпоставити а што би било у складу са чл. 321 ст. 1 тач. 3 Законика? Став је аутора да коментар није потребан. *Треће*, уз изнесено, мора се поставити и питање адекватност и заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај чак и погоршан у односу на претходни ЗКП. Примера ради, наводимо само две чињенице. *Прво*, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. *Друго*, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, Законик не даје инструменте путем којих оштећено лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела. *Четврто*, обавезан елеменат текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције (чл. 314 ст. 1 тач. 3). С обзиром на овакву формулацију, може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр. казна од три до пет година затвора), а да се суду препусти да у оквиру „договореног распона“ изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Оваква једна могућност пре свега није у складу са одредбом чл. 317, по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови. С обзиром на ово, поставља се питање: Како суд може прихватити споразум у којем је у погледу кривичне санкције договорен само распон казне? Која се казна у таквим случајевима изриче у осуђујућој пресуди? Поред овог, ако се прихвати (а то је могуће према чл. 314 ст. 1 тач. 3 ЗКП) да суд у случајевима када је у споразуму договорен само распон казне може слободно изрећи било коју меру казне у оквиру „договореног распона“ онда се мора поставити питање: Како суд може изрећи било коју казну, тј. одредити меру одређене врсте казне ако уопште није изводио доказе који се тичу прописаних околности као параметара одмеравања казне? Уместо било каквог коментара, мишљење аутора јесте да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења<sup>39</sup> желела

<sup>39</sup> *Случај пре свега са САД (Види: Бркић, С., Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVII, 2003, бр. 1–2; Дамашка, М., Судбина англоамеричких процесних идеја у Италији, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, вол. 13, 2006, бр. 1.*

предвидети могућност да се странке договоре само о распону казне а да се суду препусти да, у случају прихватања споразума, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне. *Пето*, једно од решења новог ЗКП када је реч о споразуму о признавању кривичног дела, које се озбиљно може ставити под знак питања, посебно у контексту начела суђења у разумном року, јесте и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог једног решења. Међу њима посебан значај имају три. *Прво*, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат своје примене има ефикаснији кривични поступак. Да ли се оваквим једним решењем то постиже? Сигурно не. Насупрот, доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. *Друго*, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање, већ могу и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у вези са овим мора се поставити питање: Да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично дело, да је наступила застарелост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324 Законика? Или, да ли се сме и замислити да тужилац са окривљеним понуди текст споразума а да не зна да ли се ради о кривичном делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе на околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту а зна у тако кратком интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових, ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању споразума. *Шесто*, један од елемената текста споразума о признању кривичног дела може да буде и изјава окривљеног о прихватању испуњења обавезе под којом јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под ус-

ловом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду. И у вези са овим, иначе начелно посматрано сасвим оправданим елементом, мора се поставити питање: Које су последице неиспуњења преузетих обавеза од стране окривљеног? Овако постављено питање резултат је става законодавца да је за прихватање текста споразума од стране суда довољно да окривљени до подношења споразума о признању кривичног дела започне са испуњавањем обавезе – обавеза. Ако се овоме дода и чињеница да у споразуму о признању кривичног дела чији је саставни део и овај елемент, не мора да буде прецизиран ни крајњи рок извршења преузете обавезе – обавеза – што је иначе обавеза у случају одлагања кривичног гоњења као кључног вида начела опортунитета, онда постављено питање још више добија на својој актуелности.

*Припремно рочиште и ефикасност – неефикасност главног претреса.* Једна од новина уређења главног претреса јесте и увођење припремног рочишта. Његов *ratio legis* заснован је на адверзијалној конструкцији главног претреса и циљ му је да се странке што је могуће раније у процесно-стадијумском смислу, изјасне у погледу својих „доказних интенција“ у односу на будући главни претрес и да се на тај начин омогући суду пред којим ће се главни претрес одвијати да на одговарајући начин планира време одржавања, трајање и ток главног претреса, што би све требало да буде у функцији његове ефикасности.<sup>40</sup> Уз то, на овај начин омогућава се и обострано „отварање карата“ странака у погледу њихове будуће планиране доказне активности на главном претресу. Као такво, оно представља стадијум кривичног поступка који је према законској систематици сврстан међу елементе припремања за одржавање главног претреса. По својој садржини, своди се на одговарајуће изјашњавање странака о предмету оптужбе, давање одређених доказних образложења, испољавања релевантне доказне иницијативе и уопште, представља својеврсно прелиминарно „суочавање“ странака пред судом, применом начела контрадикторности. Уз то, ту је и могућност суда да већ у тој припремној фази пре одржавања главног претреса донесе низ важних одлука, међу које спада и решење о обустави кривичног поступка, као виду његовог окончања.<sup>41</sup> Обавез-

<sup>40</sup> Бубаловић, Т., „Једнакост оружја“ и његова афирмација у оквиру права на одбрану (Регионални компаративни осврт), Збор. „Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспекти)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 204–214.

<sup>41</sup> Шкулић, М., *Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном*

ност одржавања припремног рочишта зависна је од природе кривичног дела посматраног са аспекта критеријума врсте и износа прописане кривичне санкције. Сходно овом критеријуму, одржавање припремног рочишта је обавезно код кривичних дела са прописаном казном затвора од дванаест година и више а код блажих кривичних дела (кривична дела за које је прописана казна затвора до дванаест година) до његовог изостанка долази у случају да председник већа сматра да, с обзиром на прикупљене доказе, спорна чињенична и правна питања или сложеност предмета одржавање припремног рочишта није потребно (*факултативност одржавања*). Иначе, у циљу ефикасности главног претреса као целине одређено је и време за одређивање рочишта. Сходно чл. 346 ЗКП председник већа је у обавези да одреди припремно рочиште најкасније у року од 30 дана ако је оптужени у притвору, односно у року од 60 дана ако је оптужени на слободи, рачунајући од дана пријема потврђене оптужнице у суд. У случају да не поступи на овакав начин, обавезан је да обавести о томе председника суда који ће предузети мере да се припремно рочиште одмах одреди. У случају да су јавни тужилац, оптужени и његов бранилац постигли споразум о признању кривичног дела у односу на одређене тачке оптужнице, председник већа ће одредити припремно рочиште за део оптужнице који није обухваћен споразумом. Иначе, четири су основна правила његовог одржавања. *Прво*, на припремно рочишту странке се изјашњавају о предмету оптужбе, образлажу се докази који ће бити изведени на главном претресу и предлажу нови докази, утврђују се чињенична и правна питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу, одлучује се о споразуму о признању кривичног дела, о притвору и о обустави кривичног поступка, као и о другим питањима за која суд оцени да су од значаја за одржавање главног претреса. *Друго*, припремно рочиште се одржава пред председником већа, без присуства јавности. *Треће*, у позиву за припремно рочиште председник већа ће упозорити странке и оштећеног да се на припремно рочишту може одржати главни претрес<sup>42</sup>. *Четврто*, на припремно рочиште сходно се примењују одредбе о главном претресу, осим ако Закоником није другачије одређено (чл. 345 ст. 1–4).

Полазећи од изнесених, као и других особености припремног рочишта, у стручној јавности Србије присутно је, чини се сасвим оправ-

---

*поступку*, Правни живот, бр. 9, том I, Београд, 2010, стр. 587–611.

<sup>42</sup> У случају оваквог одржавања главног претреса поставља се питање односа чл. 345 ст. 3, према којем се припремно рочиште одржава без присуства јавности, и одредбе чл. 362 ст. 1 према којој је јавност главног претреса правило (главни претрес је јаван).

дано, схватање да је оно као такво, због своје изузетне компликованости некорисно и да није не само у функцији ефикасности главног претреса већ и да непотребно одуговлачи поступак. С обзиром на ово, чини се оправданим залагање за укидање одржавања припремног рочишта и изналагање бољег и ефикаснијег система судске контроле оптужнице које би било у складу са промењеним концептом истраге – у функцији ефикасности главног стадијума кривичног поступка.<sup>43</sup>

*Прекид и одлагање главног претреса (закон и пракса).* Један од кључних стадијума тока кривичног поступка који је у директној функцији ефикасности кривичног поступка као целине јесте главни претрес. Више је него неспорно да је само ефикасан главни претрес у функцији ефикасности кривичног поступка као целине. С обзиром на ово, сасвим је оправдан став законодавца који прописује да се „главни претрес, по правилу, одржава непрекидно током радног времена једног или више узастопних радних дана”. Изузетак су његов прекид и одлагање. Сходно овом, поред посебно предвиђених случајева председник већа може прекинути главни претрес због: одмора; истека радног времена; прибављања одређених доказа у кратком року; припремања оптужбе или одбране; других оправданих разлога. Уз ово, прописано је и максимално трајање прекида главног претреса, што је у зависности од разлога прекида (чл. 386 ЗКП). Други могући начин у застоју тока главног претреса јесте његово одлагање. До истог, осим у случајевима посебно предвиђеним у Законику, веће ће решењем одложити главни претрес ако: треба извести нове доказе који се не могу прибавити у кратком року; се у току главног претреса утврди да је код оптуженог после учињеног кривичног дела наступило душевно обољење или душевна поремећеност или друга тешка болест због које не може учествовати у поступку; постоје друге сметње да се главни претрес успешно спроведе. Када је реч о почетку и настављању одложеног главног претреса, законодавац је прописао да главни претрес који је одложен мора почети изнова ако се изменио састав већа, с тим да веће може, након изјашњења странака, решењем одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се изврши увид у записнике о њиховим исказима датим на ранијем главном претресу или да, ако је то потребно, председник већа укратко изнесе садржину тих изјава или их прочита. Против таквог решења жалба није дозвољена. Главни пре-

<sup>43</sup> Бејатовић, С., *Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона (Криминално-политички разлози озакоњења, стање и перспективе)*, Збор. “Тужилачка истрага – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014, стр. 11–32.



трес који је одложен, а одржава се пред истим већем, наставиће се кратким извештајем председника већа о току ранијег главног претреса. У случају да се главни претрес држи пред другим председником већа, главни претрес мора почети изнова и сви докази морају бити поново изведени. Изузетно од овог, због протекла времена, заштите сведока или других важних разлога веће може, након изјашњења странака, решењем одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се укратко изнесе садржина њихових изјава или да се прочита. У циљу ефикасности тока главног претреса, а тиме и обезбеђења суђења у разумном року о сваком одлагању које траје дуже од 60 дана, председник већа дужан је да обавести председника суда (чл. 387 и 388). Међутим, чини се да се одредбе о току главног претреса неадекватно примењују у немалом броју случајева. Нису ретки примери да се главни претрес одлаже на неодређено време или узастопно више пута на дуже временске интервале. Питање је да ли је оваква пракса суда у складу са одредбама Законика о непрекидности тока главног претреса. Став аутора, и не само аутора<sup>44</sup>, јесте да није и да као таква није у функцији ефикасности кривичног поступка. Аргумент оптерећености рада суда као једна од подлога овакве његове праксе стоји, али проблем је решив. Треба решавати предмете у континуитету у складу са обимом оптерећења конкретног већа – судије а не истовремено узимати у рад толико предмета да се ни један од њих не може решити ефикасно – у складу са начелом суђења у разумном року и адекватније примењивати одредбе закона које спречавају злоупотребу права од стране субјеката чији је “интерес” трајање кривичног поступка до његове застарелости. Овде као ни у једној другој фази кривичног поступка злоупотреба права не сме да буде толерисана. Обавеза је суда да спречи злоупотребу права али не путем спречавања законом прописаних права процесних субјеката већ применом законом прописаних мера које му стоје на располагању према субјектима који злоупотребљавају дато им право.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Види: Шкулић, М., *Главни претрес у новом Законнику о кривичном поступку Србије*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.

<sup>45</sup> Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 18.

*Контрадикторности у примени одредаба о скраћеном кривичном поступку.* Када је реч о скраћеном кривичном поступку као традиционалном виду поједностављеног поступања, онда је пре свега видљив тренд сталног ширења поља примене одредаба о скраћеном кривичном поступку. Захваљујући таквом, сасвим исправном, тренду дошли смо до тога да се сада у поступку за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до осам година примењују одредбе о скраћеном кривичном поступку. За разлику од овог које је за поздрављање када је реч о обиму примене ових одредаба присутне си у две чини се не само негативности, већ и контрадикторности. Прва дозвољава могућност да се одредбе о скраћеном поступку примењују и пред посебним одељењима Вишег суда у Београду. Друга немогућност примене одредаба о скраћеном кривичном поступка код свих кривичних дела за која се кривично гоњење предузима по приватној тужби.<sup>46</sup> Веома је тешко, ако не и немогуће, наћи аргументе оправданости ових двају решења. Зато став аутора да она нису ни у функцији ефикасности кривичног поступка посматрано уопште.

*Систем правних лекова и ефикасност кривичног поступка.* Једна од тенденција не само у савременој науци кривичног процесног права већ и тенденција у савременом друштву уопште јесте и ефикасан систем правних лекова. Оваква једна тенденција резултат је чињенице да ефикасност кривичног поступка зависи и од ефикасног система правних лекова. Полазећи од оваквог сасвим исправног става у савременој науци кривичног процесног права и у савременом кривичнопроцесном законодавству траже се решења за што ефикаснији систем правних лекова, с тим да то не иде на уштрб законитости решења кривичне ствари. У том циљу, а у складу са скоро општеприхваћеним ставовима у нашој стручној јавности о неефикасности нашег система правних лекова процес реформе кривичног процесног законодавства Србије донео је немале новине и по овом питању<sup>47</sup>. Извршеним интервенцијама створена је основа за ефикаснији кривични поступак. Међутим, из овог се не би смео извући закључак да су постојећа решења у целости у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка – у функцији начела

<sup>46</sup> Бугарски, Т., *Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у – скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције*, Збор. “Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 212–228.

<sup>47</sup> Види: Шкулић, М., *Нови Законик о кривичном поступку – Очекивања од примене*, Збор. “Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013. стр. 33–68.

суђења у разумном року. Насупрот, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка и путем система правних лекова неопходно је узети у обзир и нека друга питања од утицаја на изградњу ефикасног система правних лекова. Тако, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка, а да то не иде на штету загарантованих слобода и права човека и грађанина, треба размотрити и могућности, које допуштају, под одређеним условима, и искључење права на правни лек<sup>48</sup>. Једном речју, систем правних лекова треба да задовољи два дијаметрално супротна друштвена интереса. Императив да се правним леком омогући исправљање судске одлуке и тиме осигура законитост, и захтев да се обезбеди правна сигурност човека свођењем на разумно време неизвесности окривљеног у погледу права државе на кажњавање (*ius puniendi*).

### **2.1.2. Сложеност и тежина конкретног кривичног предмета и њен утицај на ефикасност кривичног поступка**

Један од фактора који је објективно посматрано у директној вези са ефикасношћу кривичног поступка јесте и сложеност и тежина конкретног кривичног предмета. Овај фактор посебно долази до изражаја код тежих кривичних дела (пре свега кривичних дела организованог криминалитета и кривичних дела са елементима насиља уопште).<sup>49</sup> У немалом броју случајева решавање ових кривичних предмета захтева извођење обимног доказног материјала и активно учешће већег броја кривично-процесних субјеката, а што све и те како, из објективних разлога, утиче на ефикасност кривичног поступка. Ако се овоме дода и чињеница да је у решавању оваквих кривичних предмета у немалом броју случајева неопходно предузети и веома сложена вештачења, онда значај овог фактора постаје још актуелнији. С обзиром на све ово, у оцени питања ефикасности кривичног поступка у конкретној кривичној ствари обавезно, неизоставно се мора узети у обзир и овај фактор.

<sup>48</sup> У том контексту интересантна је могућност допуштена у Седмом протоколу уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Према истом, допуштено је ограничење права на правни лек у одређеним случајевима. Нпр. у погледу оних дела која су мањег значаја, затим у случајевима у којима је осуђеном судио у првом степену највиши суд и сл. (чл. 2 ст. 2 Протокола бр. 7).

<sup>49</sup> Види збор. “Тешки облици криминала”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004.

### **2.1.3. Организација правосуђа као фактор ефикасности кривичног поступка**

Један од изузетно важних фактора ефикасности кривичног поступка, и то посебно његове квантитативне компоненте, јесте организација правосуђа, организација институција које делују не само у кривичном већ и у предистражном поступку (тужилаштва, суда, органа унутрашњих послова, адвокатуре), односно њихова кадровска оспособљеност, адекватна организованост, материјално-техничка опремљеност и њихов положај у друштву. Иако поодавно изговорене, и данас су, у овом контексту, изузетно актуелне речи *Енрика Ферија*, који каже: “Закони вреде онолико колико вреде људи који су позвани да их примењују”. И поред несумњивог утицаја фактора организације и других институција правосуђа које делују у конкретном кривичном предмету, улога суда и јавног тужилаштва у односу на ову проблематику је најзначајнија. Ови субјекти, а посебно јавно тужилаштво на свом значају, посматрано са аспекта ефикасности кривичног поступка, посебно добијају озаконењем решења које је донео досадашњи процес реформе нашег кривичног процесног законодавства. Ово из разлога што се том реформом радикално мења позиција ових двају субјеката (посебно јавног тужиоца) на пољу борбе против криминалитета омогућавајући им да употребом низа нових овлашћења (нпр. споразума о признању кривичног дела, већом применом начела опортунитета кривичног гоњења, променом концепта истраге и сл.) радикално утичу пре свега на дужину трајања кривичног поступка, а тиме и на његову ефикасност као целину. Слободно се може рећи да су они, посматрано са аспекта овог фактора ефикасности кривичног поступка, већ сада постали кључни. Од ефикасности њиховог деловања, нема сумње, зависиће, у највећој могућој мери, и ефикасност кривичног поступка као целине. С обзиром на ово, поставља се питање које су то околности везане за организацију правосуђа, односно пре свега за ова два његова субјекта које су од директног утицаја на ефикасност кривичног поступка уопште. Бројне су како објективне тако и субјективне околности од непосредног значаја у вези са дејством овог фактора. Међу објективним околностима посебан значај имају: бројно стање носилаца правосудних функција, њихово материјално-техничко стање и конкретан број кривичних предмета у раду сваког носиоца правосудне функције. Не улазећи у конкретнију разраду ових, као ни других околности ове врсте, јер би то захтевало много више и простора и времена, желим само да истакнем свој став да стање наведених објективних

околности везаних за организацију правосуђа још увек није на нивоу потребном за деловање ових субјеката (пре свега суда и тужилаштва) у складу са решењима, могућностима и захтевима текуће реформе нашег кривичног законодавства уопште. Ово се пре свега односи на њихово бројно стање и њихову материјално-техничку опремљеност. Сигурно је да са постојећим бројем кадрова и њиховом оваквом материјално-техничком опремљеношћу, они нису у стању (из објективних разлога) да реализују овлашћења која им даје ново кривично законодавство. Уз то, мора се и овде истаћи и чињеница да су досадашња лутања у процесу реформе правосуђа и те како утицала и утичу и на ефикасност њиховог рада<sup>50</sup>. Остаје нада и вера да ће у најближој будућности доћи до побољшања и по овим питањима, односно да ће тужилаштво и суд бити попуњени потребним бројем стручних кадрова и да ће бити адекватно материјално и технички опремљени, односно да ће њихов општи статус бити такав да им омогућава ажурно и квалитетно деловање у складу са свим овлашћењима које им даје садашње и још више предстојеће-реформисано кривично законодавство.

Поред наведених објективних околности, на ефикасност кривичног поступка имају утицај и околности субјективне природе, изражене кроз стручност, ангажованост и мотивисаност носилаца правосудне функције у раду. У данашњем систему поделе власти и решењима новог кривичнопроцесног законодавства у руке судије и тужилаца стављено је толико тога да се може рећи да све више они, а не законски текст, постају одлучујући фактори. Због овог, упоредо са стварањем објективних предуслова за ефикасан рад правосуђа неопходно је посветити посебну пажњу и стручности носилаца правосудних функција. Без претходне испуњености и једних и других предуслова нема успешног деловања на пољу борбе против криминалитета.

#### **2.1.4. Међусобни односи и сарадња кривичнопроцесних субјеката као фактор ефикасности кривичног поступка**

Однос и сарадња кривичнопроцесних субјеката, да би били у функцији ефикасности кривичног поступка, морају да буду обележје не само целог тока кривичног поступка већ она мора да буде присутна и у предистражном поступку, с тим што конкретан вид тих односа

<sup>50</sup> Томић, М., *Организација правосуђа и ефикасност кривичног поступка*, Збор. "Казнена политика као инструменат државне политике на криминалитет", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015, стр. 117–126.

и сарадње зависи од фазе поступка. Тако на пример већ у истрази мора да дође до изражаја професионалан и ангажован однос између јавног тужиоца, полиције и судије за претходни поступак. Затим, тај однос и сарадња мора да постоји и са браниоцем чијој још адекватној улози у поступку доприносе решења које је донео нови ЗКП када је реч о процесном положају браниоца у кривичном поступку<sup>51</sup>. Слично овом, такав однос треба да буде и са органом унутрашњих послова, као и са другим процесним субјектима уколико долази до њиховог ангажовања. Једном речју, само професионални међусобни однос и активна сарадња кривичнопроцесних субјеката у функцији су брзе и квалитативно спроведене истраге, а на тај начин и у функцији ефикасног кривичног поступка, јер сасвим оправдано се каже “добра истрага значи и добра пресуда”. Или, након подизања оптужнице, па све до главног претреса, важно је активно праћење тока тог дела поступка и од стране јавног тужиоца и његово учешће у даљим процесним радњама у складу са Закоником. Даље, посматрано са аспекта овог фактора, посебну вредност има међусобни однос и сарадња кривичнопроцесних субјеката на главном претресу. Без активног и професионалног међусобног односа и сарадње кривичнопроцесних субјеката на главном претресу не само да нема његовог трајања у границама нужним за објективно и потпуно расветљење и решење кривичне ствари, већ нема ни законите судске одлуке. Једном речју, цео кривични поступак, а то важи и за предистражни поступак, мора да карактерише професионалан међусобни однос и активна сарадња кривичнопроцесних субјеката, с тим што она мора бити заснована искључиво и само на закону. Свака друга сарадња не само да би била незаконита већ и контрапродуктивна. У вези са овим фактором ефикасности кривичног поступка треба истаћи и чињеницу да је он на свом значају још више добио након озакоњења низа нових института у нашем кривичном процесном законодавству. Случај, пре свега са споразумом о признању кривичног дела, новим концептом истраге и сл. Ово из разлога што њихова практична реализација у немалом зависи пре свега од степена сарадње ових субјеката.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Тинтор, Ј., *Бранилац као субјекат реформисаног кривичног поступка*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 239–263.

<sup>52</sup> Види: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.

### 2.1.5. Злоупотреба права и ефикасност кривичног поступка

Један од фактора који и те како може да утиче на ефикасност кривичног поступка јесте и злоупотреба права од стране појединих кривичнопроцесних субјеката. Имајући ово у виду, сасвим је оправдано што је законодавац у чл. 14 Законика о кривичном поступку нормирао начело суђења у разумном року прописујући да је “суд дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка”. Односно, да је “кривични поступак против окривљеног који је у притвору хитан.” У вези са оваквом одредбом чл. 14 Законика поставља се питање када постоји злоупотреба права. И поред тога што Законик користи термин “злоупотреба права” он не даје његово појмовно одређење. То је препуштено теорији у којој нема јединственог приступа у одређивању тог појма. Не улазећи у приказ различитих схватања појма “злоупотребе права”,<sup>53</sup> јер би то прелазило оквире рада, може се констатовати да злоупотреба права постоји у случају када се од стране овлашћених субјеката њихова, иначе законска овлашћења, иако формалноправно сагласна са законом, користе супротно духу и циљу норме. Посматрано у овом контексту, могуће су бројне злоупотребе права и то од стране свих процесних субјеката.<sup>54</sup> Тако на пример, међу онима који у таквом случају доводе до одуговлачења кривичног поступка и на тај начин директно утичу и на његову ефикасност, од посебног значаја су: Бројне инструктивне норме чије непоштовање увек није последица недостатка кадрова и њихове преоптерећености; Предлагање извођења доказа и ако се унапред зна да они немају никаквог значаја; “Чување” доказа за поступак по правном леку, и поред тога што се добро зна да тај доказ у првостепеном поступку има значај за утврђивање истине;<sup>55</sup> Злоупотребе везане за институт изузећа, као и могуће злоупотребе у вези са доследном применом појединих начела кривичног поступка. Или, ту су и неретки примери да се главни претрес одлаже на неодређено време или узастопно више пута на дуже временске интервале па и на неодређено време. Питање је да ли је оваква пракса суда у складу са одредбама Законика о непрекидно-

<sup>53</sup> Види: Ђурђић, В., *Злоупотреба власти органа кривичног гоњења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1996. година, Тематски број “Злоупотреба права”; Марковић, М., *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, 1937.

<sup>54</sup> О злоупотреби права, посебно када се ради о јавном тужиоцу, види Ђурђић, В., *Злоупотреба власти...*, стр. 345.

<sup>55</sup> Ђурђић, В., *Злоупотреба власти...*, стр. 345.

сти тока главног претреса. Став аутора, и не само аутора<sup>56</sup>, јесте да није и да као таква није у функцији ефикасности кривичног поступка. Аргумент оптерећености рада суда као једна од подлога овакве његове праксе стоји, али проблем је решив. Треба решавати предмете у континуитету у складу са обимом оптерећења конкретног већа – судије а не истовремено узимати у рад толико предмета да се ни један од њих не може ефикасно решити и адекватније примењивати одредбе закона које спречавају злоупотребу права од стране субјеката чији је “интерес” трајање кривичног поступка до његове застарелости. Овде као ни у једној другој фази кривичног поступка злоупотреба права не сме да буде толерисана. Обавеза је суда да спречи злоупотребу права али не путем спречавања законом прописаних права процесних субјеката већ применом законом прописаних мера које му стоје на располагању према субјектима који злоупотребљавају дато им право.<sup>57</sup> Злоупотребу права као фактор ефикасности кривичног поступка није увек лако утврдити. Међутим, и поред тих тешкоћа злоупотреба права не сме да буде толерисана.

**Х Х Х**

Процес скоро петнаестогодишњег рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије донео је бројне новине с циљем стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка као кључног циљ реформе. Оваквим приступом законодавца у вези са овом проблематиком наше кривичнопроцесно законодавство усаглашава се са међународним правним стандардима у оквиру којих је на првом месту управо ефикасност кривичног поступка. С обзиром на такав њен значај, кључно питање садашњег тренутка процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије јесте: Да ли је позитивно кривичнопроцесно законодавство Србије у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка или не, и ако не шта би требало предузети у том циљу? Извршена анализа предметне проблематике показује да немали број питања када је реч о законској норми, и не само о законској норми, није

<sup>56</sup> Види: Шкулић, М., *Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 88–124.

<sup>57</sup> Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 9–33.



у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка. С обзиром на ово, став је аутора да треба што пре наставити рад на процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије и у истом отклонити уочене недостатке у нормирању кривичног поступка с циљем стварања нормативне основе која је у функцији обезбеђења ефикасности кривичног поступка – у функцији начела суђења у разумном року. Путоказ како то постићи су предлози *de lege ferenda* дати у раду.

## ЛИТЕРАТУРА

- Бркић, С., *Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији*, Збор. “Законодавни поступак и казнено законодавство”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- Beziz-Ayache, A., *Dictionnaire de droit penal general et procedure penale*, 2e edition, Paris, 2003.
- Bernardi. A., *Europe sans frontieres et droit penal*, Revue de science criminelle et de droit penal compare, 2002/1
- Бејатовић, С., *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије*, Збор. “Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015.
- Бејатовић, С., *Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Бејатовић. С., *Споразум о признању кривице: Нови ЗКП Србије и регионална компаративна анализа*, Збор. “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012.
- Бејатовић, С., *Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард*, Збор. „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010.

- Бејатовић, С., *Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства у земљама бивше СФРЈ и Србији*, Зборник „Право у земљама региона”, Институт за упоредо право, Београд, 2010.
- Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015.
- Бубаловић, Т., *Скраћени казнени поступци у хрватском казненом законодавству*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Илић, Г., *Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске уније*, Збор. “Кривично законодавство и стандарди Европске уније“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010.
- Јакулин, В., *Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Словеније*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Калајђијев, Г., *Убрзање поступка као један од циљева реформе кривичног поступка у Републици Македонији*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Бугарски, Т., *Непосредно оптужење*, Збор. “Тужилачка истрага – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014.
- Радловић, Д., *Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Црне Горе*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Павишић, Б., *Нека питања скраћеног казног поступка у европском казненом праву*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.

- Симовић, М., *Улога суда у утврђивању чињеница на главном претресу – Регионална компаративна анализа*, Збор. „Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспекти)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012.
- Симовић, М., *Основне карактеристике система кривичне истраге у законодавству у БиХ и њен утицај на поједностављење кривичног поступка*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Sieber, U., *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009.
- Сијерчић-Чолић, Х., *Поступак за издавање казног налога: Процесно законодавство у БиХ и регионални упоредноправни осврт*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Сијерчић-Чолић, Х., *Актуелна питања кривичног поступка у БиХ*, Збор. „Актуелна питања кривичног законодавства“, Београд, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
- Томић, М., *Организација правосуђа и ефикасност кривичног поступка*, Збор. „Казнена политика као инструменат државне политике на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015, стр. 117–126.
- Ђурђић, В., *Утицај јавног тужоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије*, Збор. „Казнена политика као инструменат државне политике на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015.
- Ћирић, Ј., *Српско и Европско кривично право*, Збор. „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010.
- Ђурђевић, З., *Одлука Уставног суда РХ о сугласности Закона о казном поступку с Уставом*, Ревизија за криминологију и кривично право, 2013, бр. 3.
- Ђурђић, В., *Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичном стварима*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривично-

- процесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013.
- Фишер, З., *Државни тужилац као субјект скраћених и поједностављених кривичних поступака у Словенији*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Fischer, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2009.
- Шкулић, М., *Однос начела истине и поједностављених форми кривичног поступка*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Шкулић, М. / Илић, Г., *Реформа у стилу “један корак напред – два корака назад”*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
- Шкулић, М., *Главни претрес у новом Законнику о кривичном поступку Србије*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
- Шкулић, М., *Нови Законик о кривичном поступку – Очекивања од примене*, Збор. “Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013.
- Шкулић, М., *Докази и доказни поступак на главном претресу*, Збор. “Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015.

**Prof STANKO BEJATOVIĆ, PhD, Academic**  
**Full professor at the Faculty of Law in Kragujevac and Banja Luka**

**CRIMINAL PROCEDURE INSTRUMENTS FOR EFFICIENT  
FIGHT AGAINST CRIME (NORMATIVE AND PRACTICAL  
ASPECTS)**

*Summary*

*This paper analyzes from two aspects the issue of criminal procedure. First, there are general remarks on the efficiency of criminal procedure as well as the international legal standards under which the two questions stand out. Another aspect of the issue concerned relates to expert critical analysis of some of the practical realization assumptions efficiency of criminal procedure.*

*Individually these are: legal standards; complexity and severity of a particular criminal case; organisation of justice; mutual relations and cooperation between procedural parties; abuse of rights; expertise and commitment of individual process subjects and their motivation (which is especially pronounced at court, public prosecutor, police and defense expertise).*

*Finally, this paper gives some concluding remarks and proposals de lege ferenda that, in view of the author, should contribute to increasing the efficiency of criminal procedures.*

**Key words:** *criminal procedure, efficiency, criminal court, public prosecutor, criminal procedural subjects.*



## AKTUELNA PITANJA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA U KRIVIČNIM PREDMETIMA PRED USTAVNIM SUDOM BOSNE I HERCEGOVINE

Akademik dr Miodrag N. Simović\*  
Doc. dr Vladimir M. Simović\*\*

**Apstrakt:** U skladu sa članom VI/3b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, takođe, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini. Prema članu 18 stav 1 Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku koji je koristio. S tim u vezi, član 18 stav 2 Pravila Ustavnog suda dozvoljava mogućnost da Ustavni sud može izuzetno razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štite Ustav Bosne i Hercegovine ili međunarodni dokumenti za zaštitu ljudskih prava koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Osvrt na noviju praksu Ustavnog suda u krivičnim predmetima pruža uvid u neka pitanja prava na ličnu slobodu i bezbjednost, pravo na pravično suđenje, pravo na žalbu, pravo na nediskriminaciju i kažnjavanje samo na osnovu zakona, pravo na slobodu izražavanja, pravo na imovinu i pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dva puta po istom predmetu.

**Ključne riječi:** Ustav, Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropski sud za ljudska prava, pravo na pravično suđenje.

\* Судија Уставног суда Босне и Херцеговине и редовни професор Правног факултета у Бањој Луци, дописни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, инострани члан Руске академије природних наука и члан Европске академије наука и умјетности.

\*\* Тужилац Тужилаштва Босне и Херцеговине и доцент Факултета за безбједност и заштиту Независног универзитета у Бањој Луци

## 1. Uvodne napomene

Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava<sup>1</sup> i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine<sup>2</sup>, zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene prava.<sup>3</sup> Naime, Ustavni sud nije nadležan supstituirati redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je uopšteno zadatak redovnih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli.<sup>4</sup> Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li je eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminatoriska.

Nadalje, Ustavni sud ukazuje na praksu Evropskog suda i Ustavnog suda, prema kojoj je zadatak redovnih sudova, a prvenstveno prvostepenog suda, da ocijene izvedene dokaze i njihovu relevantnost u konkretnom predmetu. Ustavni sud, stoga, neće procjenjivati kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu procjene dokaza, ukoliko se ova procjena ne doima očigledno proizvoljnom. Isto tako, Ustavni sud se neće miješati ni u to kojim dokazima strana u postupku redovni sudovi poklanjaju povjerenje na osnovu slobodne sudijske procjene. To je isključivo uloga redovnih sudova, čak i kada su izjave svjedoka na javnoj raspravi i pod zakletvom suprotne jednoj drugoj.<sup>5</sup>

Takođe, Ustavni sud ukazuje da je redovni sud dužan savjesno ocijeniti sve dokaze pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima, pa onda na osnovu takve, brižljive ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana. Pri tome, sud i drugi organi nisu vezani ni ograničeni posebnim formalnim dokaznim pravilima, već po principu slobodne ocjene dokaza izvode zaključak o postojanju ili nepostojanju neke činjenice. Međutim, ova slobodna ocjena dokaza zahtijeva obrazloženje, kako svakog dokaza pojedinačno, tako i svih dokaza zajedno, te dovođenje svih provedenih dokaza u uzajamnu logičnu vezu. Princip slobodne ocjene dokaza ne predstavlja apsolutnu slobodu. Ta sloboda ograničena je opštim pravilima i zakonitostima ljudskog mišljenja i iskustva.

<sup>1</sup> U daljnjem tekstu: Evropski sud.

<sup>2</sup> U daljnjem tekstu: Ustavni sud.

<sup>3</sup> Vidi Evropski sud, *Pronina protiv Rusije*, Odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01.

<sup>4</sup> Vidi Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02.

<sup>5</sup> Vidi Evropski sud, *Doorson protiv Holandije*, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996–II, stav 78 i Ustavni sud, Odluka broj AP 612/04 od 30. novembra 2004. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 19/05.



Zbog toga je obaveza redovnog suda da u obrazloženju presude opiše proces pojedinačne ocjene dokaza, dovođenja svakog ocijenjenog dokaza u vezu sa drugim dokazima i izvođenja zaključka o dokazanosti određene činjenice.

## 2. Pravo na ličnu slobodu i bezbjednost

### 2.1. Određivanje pritvora

Ustavni sud je i u svojoj jurisprudenciji ukazao na to da odredba člana 5 stav 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>6</sup> zahtijeva da lice bude lišeno slobode u skladu s članom 5 stav 1c Evropske konvencije, tj. da lišavanje bude „zakonito“ u smislu navedenog člana, a obuhvata podjednako i proceduralnu i materijalnu zaštitu takvih lica. Evropski sud je zaključio da poštovanje člana 5 stav 3 Evropske konvencije zahtijeva da sudska vlast preispita sva pitanja u vezi s pritvorom, te da odluku o pritvoru donese pozivajući se na objektivne, zakonom predviđene kriterijume. Pri tome je postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode počinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret – *conditio sine qua non* za određivanje ili produženje pritvora. Ali, to nakon određenog vremena nije dovoljno, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljni razlozi.<sup>7</sup>

Ustavni sud, takođe, ukazuje na praksu Evropskog suda, koji je zaključio da je pri odlučivanju o opravdanosti određivanja pritvora protiv osumnjičenog ili optuženog težina krivičnog djela koje mu se stavlja na teret svakako relevantan element za odlučivanje, zbog čega Evropski sud prihvata da ozbiljnost optužbi i težina zapriječene kazne predstavljaju inicijalni rizik koji nadležni organi mogu opravdano uzeti u obzir. Međutim, Evropski sud je, istovremeno, naglasio da ozbiljnost i težina optužbi ne mogu biti argument koji, sam po sebi, može opravdati produženje pritvora.<sup>8</sup>

U konkretnom slučaju (predmet Ustavnog suda, broj AP 4774/14 od 18. decembra 2014. godine) apelant i ne osporava odluku o postojanju osnovane sumnje da je počinio krivična djela koja su mu optužnicom stavljena na teret, pa se Ustavni sud tim pitanjem nije ni bavio u ovoj odluci. Isto tako, Ustavni

<sup>6</sup> U daljnjem tekstu: Evropska konvencija.

<sup>7</sup> Vidi Evropski sud, *Trzaska protiv Poljske*, presuda od 11. jula 2000. godine, aplikacija broj 25792/94, stav 63.

<sup>8</sup> Vidi Evropski sud, *Ilijkov protiv Bugarske*, presuda od 26. jula 2001. godine, aplikacija broj 33977/96, st. 80 i 81.

sud se u ovoj odluci nije bavio ni postojanjem posebnog pritvorskog razloga za produženje pritvora, u smislu člana 132 stav 1 tačka a) Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH<sup>9</sup>, po osnovu kojeg je apelantu, uz postojanje osnovane sumnje da je počinio krivična djela koja su mu stavljena na teret, produžen pritvor, jer apelant ne osporava ni taj segment osporenih rješenja.

Suštinski prigovori apelanta svode se na razloge procesne prirode, u kontekstu kršenja apelantovog prava na odbranu. Naime, apelant smatra da mu je pritvor nezakonito produžen van ročišta jer odbrani nije data mogućnost da se povodom prijedloga Tužilaštva o produženja pritvora izjasni na ročištu. U tom pravcu se ukazuje na to da odbrana nije blagovremeno obaviještena o prijedlogu za produženje pritvora, te da iz tog razloga nije imala razumno vrijeme da se pripremi za izjašnjenje o prijedlogu Tužilaštva.

Ustavni sud, prije svega, uočava da su ovi razlozi bili predmet razmatranja pred redovnim sudovima, te da apelant identične navode ponavlja u apelaciji o kojima su se redovni sudovi dovoljno jasno i precizno izjasnili u obrazloženjima rješenja. Ustavni sud iz raspoloživih dokaza zapaža da je pretpretresno ročište održano u prisustvu apelanta i njegovog branioca, da je na tom ročištu apelantu i njegovom braniocu data mogućnost da se o prijedlogu izjasne, što su oni propustili da učine, pravdajući propust činjenicom da apelantovom braniocu prijedlog nije blagovremeno uručen, te da stoga odbrana nije imala dovoljno vremena da pripremi izjašnjenje. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da se u konkretnom slučaju radilo o izjašnjenju o produženju pritvora, te je pretpostavka da Tužilaštvo u svom prijedlogu nije isticalo nikakve posebno nove dokaze i razloge koji nisu isticali ranije u prethodnim prijedlozima – da bi odbrani trebalo posebno dodatno vrijeme za pripremu izjašnjenja. Međutim, i pod pretpostavkom da je odbrani ipak trebalo dodatno vrijeme za pripremu, Ustavni sud ne primjećuje da je u takvim okolnostima odbrana na pretpretresnom ročištu eksplicitno tražila dodatno vrijeme za pripremu odbrane, odnosno eventualno, odgodu ročišta. Ustavni sud primjećuje da je odbrana od prvostepenog vijeća dobila dodatno vrijeme od pet dana za pisano izjašnjenje o prijedlogu za produženje pritvora (uključujući i dostavu relevantnih dokaza), što odbrana nije iskoristila, te se ni u dodatno ostavljenom vremenu nije izjasnila o prijedlogu za određivanje pritvora. U vezi s tim propustom apelanta, u apelaciji se ne navode razlozi koji su ga u tome spriječili. U takvim okolnostima Ustavni sud smatra da su redovni sudovi, prilikom donošenja osporenih rješenja, postupili u skladu sa odredbom člana 131 Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH, te sve apelantove prigovore

<sup>9</sup> „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ – broj 33/13 – Prečišćeni tekst.

usmjerene u pravcu procesnih propusta prilikom donošenja osporenih rješenja smatra neutemeljenim.

Stoga, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, Ustavni sud zaključuje da pobijanim rješenjima nije prekršeno apelantovo pravo iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5 Evropske konvencije.

## 2.2. Pravo na naknadu štete

U vezi sa navodima iz apelacije u predmetu broj AP 1883/11, od 17. septembra 2014. godine, Ustavni sud podsjeća na to da je u Odluci broj AP 2666/06, od 28. novembra 2008. godine<sup>10</sup>, razmatrao gotovo identično činjenično i pravno pitanje na koje se poziva i apelantica u konkretnom slučaju, te je odbio kao neosnovanu apelantovu apelaciju u tom predmetu izjavljenu protiv presude Vrhovnog suda kojom je u konačnici odbijen apelantov tužbeni zahtjev usmjeren na naknadu štete zbog neosnovanog pritvora u periodu od 15. avgusta do 7. oktobra 1994. godine (apelant je pravnosnažnom presudom oslobođen optužbe da je počinio krivično djelo), zaključivši da navedenom odlukom nije povrijeđeno apelantovo ustavno pravo na ličnu slobodu i bezbjednost iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5 Evropske konvencije. U citiranoj odluci ukazano je na praksu Evropskog suda prema kojoj pravo na naknadu štete iz člana 5 stav 5 Evropske konvencije ima samo ono lice koje je bilo žrtva hapšenja ili pritvaranja – suprotno bilo kojoj odredbi iz st. 1–4 člana 5 Evropske konvencije.<sup>11</sup> Ustavni sud je u navedenoj odluci konstatovao da lice koje traži obeštećenje prema članu 5 stav 5 Evropske konvencije – mora biti žrtva kršenja nekog od prava iz st. 1–4 člana 5 Evropske konvencije. U suprotnom, takvo lice ne bi imalo pravo na obeštećenje prema stavu 5 člana 5 Evropske konvencije. U navedenoj odluci Ustavni sud je konstatovao da, prema praksi Evropskog suda, sama činjenica da lice koje je u pritvoru kasnije bude oslobođeno sudskom odlukom – ne čini hapšenje nezakonitim s retroaktivnim efektom.<sup>12</sup>

U navedenoj odluci Ustavni sud je konstatovao da apelant, u smislu domaćeg zakonodavstva, nije imao pravo na naknadu štete zbog toga što je u vrijeme nastanka sporne štete, odnosno pritvora kao štetnog događaja, bila na snazi odredba člana 13 Zakona o primjeni Zakona o krivičnom postup-

<sup>10</sup> Vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 2666/06 od 28. novembra 2008. godine, dostupna na web stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

<sup>11</sup> Vidi, *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Ciulla protiv Italije*, presuda od 22. februara 1989. godine.

<sup>12</sup> Vidi Evropski sud, *X protiv Velike Britanije*, Odluke i izvještaji, 1980, str. 223.

ku<sup>13</sup>, koji je preuzet kao republički zakon, a koja je isključivala pravo na naknadu štete licima neopravdano osuđenim i neosnovano lišenim slobode. Ta odredba člana 13 Zakona o primjeni Zakona o krivičnom postupku egzistirala je sve do stupanja na snagu Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH.<sup>14</sup> Dakle, apelant, prema domaćem zakonodavstvu, nije imao pravo na naknadu štete u obimu koji prelazi okvir člana 5 Evropske konvencije. Osim toga, Ustavni sud je istu pravnu situaciju razmatrao u predmetu broj AP 442/11.<sup>15</sup>

S obzirom na to da je i u konkretnom slučaju apelantičin tužbeni zahtjev odbijen primjenom člana 13 Zakona o primjeni Zakona o krivičnom postupku, Ustavni sud smatra da se razlozi dati u odlukama br. AP 2666/06 i AP 442/11 (u odnosu na navode o povredi prava na ličnu slobodu i bezbjednost iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5 Evropske konvencije) odnose i na konkretan slučaj, te se u cijelosti poziva na obrazloženje koje je u tom pogledu dato u navedenim odlukama. Imajući u vidu izneseno, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju nije povrijeđeno apelantičino pravo na ličnu slobodu i bezbjednost iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5 Evropske konvencije.

### **3. Pravo na pravično suđenje**

Garancije koje su predviđene članom 6 Evropske konvencije ne primjenjuju se samo na sudske postupke nego i na postupke prije i poslije sudskih postupaka. Restriktivno tumačenje člana 6 ne bi išlo u prilog ostvarivanju cilja i namjene ovog člana. Teoretska i iluzorna prava predviđena u legislativi, a u praksi onemogućena, ne zbog legalnih razloga, nisu u skladu sa standardima prava na pravično suđenje uzeto u cjelini. Član 6 obuhvata i postupak izvršavanja sudskih presuda.

Ustavni sud podsjeća da, prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, član 6 stav 1 Evropske konvencije obavezuje sudove, između ostalog, da obrazlože svoje presude. Ova obaveza, međutim, ne može biti shvaćena kao obaveza da se u presudi iznesu svi detalji i daju odgovori na sva postavljena pitanja i iznesene argumente.<sup>16</sup> Mjera u kojoj ova obaveza postoji zavisi

<sup>13</sup> „Službeni list SFRJ“ br. 4/77, 13/85, 36/77, 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90, preuzet kao zakon Republike Bosne i Hercegovine – Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o krivičnom postupku („Službeni list SRBiH“ br. 2/92, 6/92, 9/92, 13/94 i 33/95).

<sup>14</sup> „Službene novine Federacije BiH“ broj 43/98, stupio na snagu 29. novembra 1998. godine.

<sup>15</sup> Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu od 10. aprila 2014. godine, dostupna na web stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba)

<sup>16</sup> Vidi Ustavni sud, odluke br. U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i AP 352/04 od 23. marta 2005. godine.

od prirode odluke.<sup>17</sup> Evropski sud i Ustavni sud u brojnim odlukama ukazali su na to da domaći sudovi imaju određenu diskrecionu ocjenu u vezi s tim koje će argumente i dokaze prihvatiti u određenom predmetu, ali istovremeno imaju obavezu da obrazlože svoju odluku tako što će navesti jasne i razumljive razloge na kojima su tu odluku zasnovali.<sup>18</sup> Pri tome, ova diskrecija sudove ne oslobađa obaveze da odgovore na suštinske navode koje su stranke iznijele.<sup>19</sup>

Ustavni sud podsjeća da, prema stanovištu Evropskog suda, princip jednakosti oružja zahtijeva da svakoj strani bude data razumna mogućnost da predstavi svoj slučaj pod uslovima koji ga ne stavljaju u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na suprotnu stranu.<sup>20</sup> Zatim, princip jednakosti oružja samo je jedna karakteristika prava na pravično suđenje, kao šireg koncepta, koje takođe uključuje i fundamentalno pravo da krivični postupak treba biti adversarni. Pravo na adversarni postupak u krivičnom postupku znači da i tužiocu i optuženom mora biti data mogućnost da se upoznaju i da komentarišu zapažanja i dokaze suprotne strane.<sup>21</sup> Zatim, član 6 stav 1 zahtijeva od tužioca da otkrije sve materijalne dokaze koje posjeduje u korist ili protiv optuženog.<sup>22</sup> Najzad, pravo optuženog da unakrsno ispituje svjedoka protiv njega ključni je element prava sadržanog u članu 6 stav 3d) Evropske konvencije i prava na adversarni postupak u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

Ustavni sud ukazuje na to da je Evropski sud u predmetu *McKeown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>23</sup> ukazao da je u predmetu *Rowe i Davis*<sup>24</sup> ustanovio principe koji su primjenjivi na obavezu da se otkriju dokazi koji su relevantni u krivičnom postupku:

“60. Fundamentalni aspekt prava na pravično suđenje je da krivični postupak, uključujući elemente tog postupka koji su u vezi sa procedurom, trebaju biti adversarni i da treba postojati jednakost oružja između tužioca i odbrane. U krivičnom predmetu pravo na adversarni postupak znači da i tužiocu

<sup>17</sup> Vidi Evropski sud, *Ruiz Torija protiv Španije*, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A broj 303-A, stav 29.

<sup>18</sup> Vidi Evropski sud, *Suominen protiv Finske*, presuda od 1. jula 2003. godine, aplikacija broj 37801/97, stav 36 i, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka broj AP 5/05 od 14. marta 2006. godine.

<sup>19</sup> Vidi Evropski sud, *Wagner i J.M.W.L. protiv Luksemburga*, presuda od 28. juna 2007. godine, stav 96.

<sup>20</sup> Vidi Evropski sud, pored ostalih, *G.B. protiv Francuske*, aplikacija broj 44069/98, stav 58, ECHR 2001-X.

<sup>21</sup> Vidi Evropski sud, *Brandstetter protiv Austrije*, presuda od 28. avgusta 1991. godine, st. 66 i 67, Serija A, broj 211.

<sup>22</sup> Vidi, *mutatis mutandis*, *Rowe i Davis*, presuda od 16. februara 2000. godine, stav 60.

<sup>23</sup> Vidi Evropski sud, aplikacija broj 6684/05, presuda od 11. januar 2011. godine.

<sup>24</sup> Vidi Evropski sud, *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacija broj 28901/95, presuda od 16. februara 2000. godine, st. 60–62.

i odbrani mora biti data prilika da se upoznaju i da komentarišu opservacije i komentare predočene od druge strane... Dodatno, član 6 stav 1 Evropske konvencije zahtijeva da tužilaštvo otkrije odbrani sve materijalne dokaze koji su u njegovom posjedu, a koji idu u prilog ili su protiv optuženog...

61. Međutim, obaveza da se otkriju relevantni dokazi nije apsolutno pravo. U svakom krivičnom postupku mogu postojati konkurentni interesi, kao što je nacionalna bezbjednost ili potreba da se zaštite svjedoci od rizika odmazde ili da se sačuvaju tajni policijski metodi istrage zločina, koji se moraju cijeliti naspram prava optuženog... U nekim slučajevima može biti neophodno da se odbrani uskrate određeni dokazi kako bi se zaštitila fundamentalna prava drugih lica ili osigurao važan javni interes. Kako god, u smislu člana 6 stav 1, dozvoljene su samo one mjere ograničenja prava optuženog koje su striktno neophodne... Pored toga, da bi optuženom bilo pruženo pravično suđenje, poteškoće uzrokovane odbrani (ograničenjem njenih prava) moraju biti dovoljno uravnotežene procedurama koje prati sudska vlast.

62... Zadatak Evropskog suda je da utvrdi u svakom konkretnom slučaju da li je procedura donošenja odluka koja je primijenjena, koliko je god to moguće, u skladu sa zahtjevom adversarnog postupka i jednakosti oružja i uključuje li adekvatne mjere za zaštitu interesa optuženog...

63. Takođe, pri razmatranju da li procedure osiguravaju adekvatne mjere za postizanje ravnoteže, Evropski sud u svakom slučaju ispituje i prvostepeni i žalbeni postupak. Ovo iz razloga što je, kako to stalno ukazuje, njegov zadatak u pogledu člana 6 da utvrdi da li je postupak u cjelini bio pravičan.<sup>25</sup>

Ustavni sud podsjeća da je prema stanovištu Evropskog suda prije svega u nadležnosti nacionalnih sudova da procijene da li prijedlog odbrane da se određeno pitanje ili problem preispitaju sa još jednim nalazom i mišljenjem ili da se uvede novi dokaz – može biti od bilo kakve koristi.<sup>26</sup> Na drugoj strani, Evropski sud zadržava nadzornu ulogu na ovom polju: u izuzetnim okolnostima, potreba za osiguranjem drugog stručnog mišljenja o važnom pitanju u nekom slučaju može biti očigledna sama po sebi i propust suda da obezbijedi dokaz koji odbrana traži može rezultirati nepravičnošću postupka.<sup>27</sup> Najzad, prema stanovištu Evropskog suda, princip jednakosti oružja iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije ne zahtijeva da odbrana ima potpuno ista ovlašćenja kao i optužba u prikupljanju dokaza. Načini na koji odbrana i optužba mogu učestvovati u prikupljanju dokaza često su različiti.<sup>28</sup> Ono što je bit-

<sup>25</sup> Vidi *McKeown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, stav 44.

<sup>26</sup> Vidi Evropski sud, *H. protiv Francuske*, presuda od 24. oktobra 1989. godine, st. 60 i 61, Serija A br. 162-A.

<sup>27</sup> Vidi, na primjer, Evropski sud, *G.B. protiv Francuske*, aplikacija broj 44069/98, stav 69, ECHR 2001-X.

<sup>28</sup> Vidi *Mirilashvili protiv Rusije*, stav 225.

no jeste da ove razlike ne stavljaju odbranu u očigledno nepovoljan položaj *vis-a-vis* optužbe. Pravila o prikupljanju dokaza i njihovom predstavljanju na suđenju ne bi trebalo da učine nemogućim odbrani da uživa garancije osigurane članom 6 Konvencije. U predmetu *Khodorkovskiy i Lebedev*<sup>29</sup> Evropski sud je istakao: „Osporavanje nalaza i mišljenja vještaka može biti teško bez pomoći vještaka iz relevantne oblasti. Zato, samo pravo odbrane da traži od suda da naloži još jedan nalaz i mišljenje – nije dovoljno. Da bi ovo pravo bilo efektivno, odbrana mora imati mogućnost da provede i sopstveni nalaz i mišljenje“.

Ustavni sud podsjeća da je, prema stanovištu Evropskog suda, prevashodno na domaćim sudovima da utvrde da li je određeni dokaz formalno dopustiv.<sup>30</sup> Isto tako, Evropski sud smatra da u smislu člana 6 njegov zadatak nije da utvrđuje da li je nalaz i mišljenje vještaka dostupan domaćem sudu bio pouzdan.<sup>31</sup> Opšte pravilo je, izuzev određenih izuzetaka, da domaći sud ima široku diskreciju u izboru između suprotnih nalaza i mišljenja i odabiru onog koji smatra konzistentnim i pouzdanim. Međutim, pravila o prihvatljivosti dokaza mogu ponekad ići na štetu principa jednakosti oružja i adversarnog postupka ili na drugi način biti od uticaja na pravičnost postupka.<sup>32</sup> U kontekstu nalaza i mišljenja vještaka, pravila o prihvatljivosti dokaza ne smiju lišiti odbranu mogućnosti da ih efektivno osporava, konkretno predstavljanjem i obezbjeđenjem alternativnog nalaza i mišljenja. U nekim slučajevima odbijanje alternativnog nalaza i mišljenja materijalnog dokaza može predstavljati povredu člana 6 stav 1 Evropske konvencije.<sup>33</sup> Odbrana mora imati mogućnost ne samo da preispituje i osporava nalaz i mišljenje vještaka kao takav, već i kroz direktno ispitivanje, kredibilitet onog ko ga je pripremio.<sup>34</sup> Najzad, Evropski sud je u predmetu *Mirilashvili protiv Rusije*<sup>35</sup>, u vezi sa nalazom i mišljenjem vještaka u krivičnom postupku, na sljedeći način sumirao relevantne kriterije:

„189. Sud ponavlja da član 6 ne nameće obavezu domaćem sudu da naredi izradu nalaza i mišljenja vještaka ili preduzimanje bilo koje istražne radnje samo zato što to traži neka od strana u postupku. Prevashodno je na

<sup>29</sup> Stav 731.

<sup>30</sup> Vidi Evropski sud, *Garcia Ruiz protiv Španije*, [GC] aplikacija broj 30544/96, ECHR 1999–I, stav 28.

<sup>31</sup> Vidi Evropski sud, *Khodorkovskiy i Lebedev*, aplikacije br. 11082/06 i 13772/05, stav 700.

<sup>32</sup> Vidi Evropski sud, *Tamminen protiv Finske*, aplikacija broj 40847/98, st. 40 i 41, 15. jun 2004. godine.

<sup>33</sup> Vidi Evropski sud, *Stoimenov protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, aplikacija broj 17995/02, st. 38 et seq., 5. april 2007. godine.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Aplikacija broj 6293/04, od 11. decembra 2008. godine.

nacionalnom sudu da odluči da li su zahtijevane mjere relevantne i suštinske za donošenje odluke.<sup>36</sup>

190. Međutim, ako sud odluči da je nalaz i mišljenje vještaka potreban, odbrana mora imati mogućnost da postavi pitanja vještaku i da ga direktno ispita pred sudom. U određenim okolnostima odbijanje da se dozvoli i alternativno vještačenje materijalnih dokaza – može predstavljati povredu člana 6 stav 1.<sup>37</sup>

191. Ipak, uživanje ovih prava od strane odbrane treba biti balansirano sa interesom pravilnog administriranja pravde. Član 6 stav 1, u vezi sa stavom 3 (d) Konvencije, ne daje odbrani apsolutno pravo da se sasluša određeni stručni dokaz. Na domaćem sudu je da odluči da li je vještak predložen od strane odbrane kvalifikovan i da li će njegovo uključivanje u tim eksperata doprinijeti razrješenju slučaja.“

Prema ustaljenoj praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, član 6 stav 1 Evropske konvencije obavezuje sudove, između ostalog, da obrazlože svoje presude. Ova obaveza, međutim, ne može biti shvaćena kao obaveza da se u presudi iznesu svi detalji i daju odgovori na sva postavljena pitanja i iznesene argumente.<sup>38</sup> Kada je u pitanju odluka višeg suda, dovoljno je da obrazloženje odluke sadrži slaganje s utvrđenjem nižestepenog ili sudećeg suda tako što će viši sud u obrazloženje svoje odluke inkorporirati ili uputiti na razloge i obrazloženja nižestepenog suda ili na drugi način ukazati da se slaže s njima.<sup>39</sup> Najzad, kada se radi o odluci višeg suda suštinski zahtjev je da viši sud ukaže da je razmotrio pitanja istaknuta u žalbi koja su bila od suštinskog značaja; da je, u slučaju neslaganja s odlukom nižestepenog suda, neslaganja zasnovao na njegovoj procjeni<sup>40</sup> i da žalbu nije odbio prije nego što ju je prethodno razmotrio.<sup>41</sup>

Ustavni sud podsjeća da je u Odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 5/05 od 14. marta 2006. godine zauzeo stav<sup>42</sup>: „(...) da dokazivanje putem indicija nije, samo po sebi, protivno principima pravičnog suđenja iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Međutim, za dokazivanje indicijama vrijedi pravilo da indicije moraju djelovati kao čvrst, zatvoren krug koji dozvolja-

<sup>36</sup> Vidi, *mutatis mutandis*, *H. protiv Francuske*, presuda od 24. oktobra 1989, Seria A br. 162–A, p. 23, st. 60 i 61.

<sup>37</sup> Vidi *Stoimenov protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, aplikacija broj 17995/02, st. 38 et seq., 5. april 2007. godine.

<sup>38</sup> Vidi Ustavni sud, odluke br. U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i AP 352/04 od 23. marta 2005. godine.

<sup>39</sup> Vidi Evropski sud, *Garcia Ruiz protiv Španije*, 1999–I, 31 EHRR 589 GC.

<sup>40</sup> Vidi Evropski sud, *Helle protiv Finske*, 1997–VIII, 26 EHRR 159.

<sup>41</sup> Vidi Evropski sud, *Lindner i Hammermayer protiv Rumunije*, HUDOC (2002).

<sup>42</sup> Vidi tačku 31.



va samo jedan zaključak u odnosu na relevantnu činjenicu, te da objektivno potpuno isključe mogućnost drukčijeg zaključka u odnosu na istu činjenicu. Dakle, činjenice utvrđene posrednim dokazima moraju biti nesumnjivo utvrđene i međusobno čvrsto i logički povezane, tako da upućuju na jedini mogući zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.<sup>43</sup> Takođe, provedeni posredni dokazi moraju biti u potpunom skladu i predstavljati ne zbir dokaza, već sistem indicija koji će u svom sklopu i povezanosti isključiti svaku drugu verziju mogućnosti od one koju je utvrdio prvostepeni sud<sup>44</sup>. U istoj odluci u tački 29 ukazano da je: „(...) su sud i drugi organi gonjenja dužni istinito i potpuno utvrditi kako činjenice koje terete osumnjičenog, odnosno optuženog, tako i one koje idu u njegovu korist. Uz to, zakon propisuje presumpciju nevinosti, zbog čega je optuženi oslobođen tereta dokazivanja. Presumpcija nevinosti ne odnosi se samo na krivicu, već i na sve druge elemente koji stoje u međusobnoj vezi u pojmu krivičnog djela (radnja izvršenja, protivpravnost ili kažnjivost). Prema praksi Evropskog suda, presumpcija nevinosti znači da optuženi nije dužan da se brani mada ima pravo na odbranu, nije dužan dokazivati svoju nevinost, a teret dokazivanja je na tužiocu. U skladu s tim, sud mora donijeti oslobađajuću presudu ne samo kad je uvjeren u nevinost optuženog, nego i onda kada nije uvjeren ni u njegovu krivicu ni u njegovu nevinost. Dakle, u sumnji sud mora primijeniti princip *in dubio pro reo*, što je i bitan element prava na pravično suđenje iz člana 6 Evropske konvencije“.<sup>45</sup>

U pogledu prava na pretpostavku nevinosti iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje na to da sud mora pretpostaviti nevinost optuženog bez ikakvih preduvjerenja i može ga osuditi samo na osnovu dokaza iznesenih tokom suđenja. Takođe, princip pretpostavke nevinosti znači i da je teret dokazivanja isključivo na tužilaštvu, te da se treba primijeniti princip *in dubio pro reo*, dakle, da i najmanja sumnja u vezi sa dokazom mora ići u prilog optuženom.<sup>46</sup>

Član 6 stav 3 tač. a) i b) Evropske konvencije garantuju da svako ko je optužen za krivično djelo ima, u okviru ostalih minimalnih prava, pravo „da odmah, na jeziku koji razumije, bude detaljno obaviješten o prirodi i razlogu optužbe protiv njega“, te da mu se „obezbjede vrijeme i uslovi neophodni za pripremanje odbrane“. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da opšta garan-

<sup>43</sup> Vidi Vrhovni sud bivše SFRJ, presuda broj Kž. 38/70 od 22. decembra 1970. godine.

<sup>44</sup> Vidi Vrhovni sud bivše SR Hrvatske, presuda broj Kž. 1744/68.

<sup>45</sup> Vidi Evropski sud, *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije*, presuda od 6. decembra 1988. godine, serija A, broj 146, stav 77.

<sup>46</sup> Vidi Evropski sud, presuda *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije*, stav 77.

cija „pravičnog suđenja“ iz stava 1 člana 6 Evropske konvencije ima elemente koji dopunjuju garancije utvrđene stavom 3 člana 6 Evropske konvencije.<sup>47</sup> Kada se radi o slučaju koji potpada pod neku od specifičnih garancija ustanovljenih stavom 3 člana 6 Evropske konvencije, on može biti razmatran ili samo u okviru tih garancija<sup>48</sup> ili u vezi sa stavom 1 člana 6 Evropske konvencije.<sup>49</sup> Međutim, ukoliko se aplikacija suštinski odnosi na tvrdnju da je postupak u cjelini, uključujući i žalbeni, bio nepravičan, kao što je u konkretnom slučaju, navodi se ispituju u smislu stava 1 člana 6 Evropske konvencije<sup>50</sup>. S obzirom na to, Ustavni sud će navode apelanata koji pokreću pitanje specifičnih garancija iz stava 3 tač. a) i b) razmotriti u vezi sa stavom 1 člana 6 Evropske konvencije.

Član 6 stav 3 tačka d) Evropske konvencije sadrži dva prava: 1) pravo optuženog da mu se omogući da ispituje svjedoka optužbe i 2) pravo na saslušanje svjedoka odbrane pod istim uslovima koji važe i za svjedoka optužbe. Ova prava su nezavisna jedno od drugog.<sup>51</sup> Ustavni sud smatra da ova odredba zahtijeva da se optuženi stavi u položaj potpune jednakosti s tužiocem, te da mu se omogući da ispita i ospori svjedočenje svjedoka optužbe, kao i da pozove i ispita svoje svjedoke pod istim uslovima. Međutim, Ustavni sud naglašava da ova odredba nema apsolutno dejstvo, tj. ovo pravo optuženog nije neograničeno. Na primjer, postoje situacije kada, zbog objektivnih okolnosti, nije moguće na glavnom pretresu saslušati svjedoka koji je već dao iskaz u prethodnom postupku bez prisustva optuženog ili njegovog branioca.<sup>52</sup> U predmetu *Bricmont protiv Belgije* belgijski princ je podnio tužbu protiv podnosioca predstavke, ali iz zdravstvenih razloga nije dao iskaz, zbog čega je Evropski sud smatrao da „u okolnostima datog slučaja korišćenje prava odbrane, što je suštinski dio prava na pravično suđenje, u načelu zahtijeva da podnosioci imaju mogućnost da ospore bilo koji aspekt navoda tužioca tokom suočavanja ili ispitivanja, bilo u javnosti, bilo, ako je potrebno, u njegovom domu“.<sup>53</sup> U predmetu *Krčmar protiv Češke Republike* Evropski sud je saopštio da se nije radilo o kršenju načela jednakosti strana zato što dokazi nisu bili predočeni nijednoj strani. Međutim, bilo je prekršeno pravo na akuzator-

<sup>47</sup> Vidi, Evropski sud, *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1996–III; 22 EHRR 293 GC.

<sup>48</sup> Vidi, Evropski sud, *Luedicke protiv FRG*, A 29 (1978); 2 EHRR 149.

<sup>49</sup> Vidi Evropski sud, *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1996–III; 22 EHRR 293 GC.

<sup>50</sup> Vidi, Evropski sud, *Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, A 247–B (1992); 15 EHRR 417, st. 33 i 34.

<sup>51</sup> Vidi Evropski sud, *Unterpertinger protiv Austrije*, presuda od 24. novembra 1986. godine, serija A–110.

<sup>52</sup> Vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 1492/05 od 12. septembra 2006. godine, tačka 24.

<sup>53</sup> Vidi Evropski sud, *Brickmont protiv Belgije*, presuda od 7. jula 1989. godine, stav 81.

ni postupak, budući da podnosiocima predstavke nije bila pružena mogućnost da komentarišu dokaze koji su predloženi u postupku.<sup>54</sup>

Kada je u pitanju odluka višeg suda, dovoljno je da obrazloženje odluke sadrži slaganje s utvrđenjem nižestepenog ili sudećeg suda tako što će viši sud u obrazloženje svoje odluke inkorporirati ili uputiti na razloge i obrazloženja nižestepenog suda ili na drugi način ukazati da se slaže s njima.<sup>55</sup> Pored toga, kada se radi o odluci višeg suda, suštinski zahtjev je da viši sud ukaže da je razmotrio pitanja istaknuta u žalbi koja su bila od suštinskog značaja; da je, u slučaju neslaganja s odlukom nižestepenog suda, neslaganja zasnovao na njenoj procjeni<sup>56</sup> i da žalbu nije odbio prije nego što ju je prethodno razmotrio.<sup>57</sup>

### 3.1. Dopustivost *ratione materiae*

U predmetu broj AP 220/11 od 25. septembra 2014. godine Ustavni sud najprije zapaža da apelant (advokat) smatra da je u odnosu na njega povrijeđen član 6 Evropske konvencije zato što mu je otežan pristup njegovom branjeniku i što se nadgleda komunikacija između njega i drugog apelanta. S tim u vezi, za Ustavni sud prvenstveno se postavilo pitanje primjenjivosti člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 Evropske konvencije u konkretnom slučaju, odnosno pitanje da li se radi o krivičnoj optužbi protiv apelanata, u smislu člana 6 Evropske konvencije.

Član 6 stav 1 Evropske konvencije propisuje da prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu. Postavlja se pitanje da li u konkretnom slučaju postoji bilo kakva krivična optužba protiv apelanata, odnosno da li se postupak tiče njihovih građanskih prava i obaveza.

Ustavni sud zaključuje da se u konkretnom slučaju u postupku vezanom za tretman drugog apelanta u Kazneno-popravnim zavodu Foča nije utvrđivala osnovanost bilo kakve optužbe protiv drugog apelanta, niti su u tom postupku utvrđivana njegova građanska prava i obaveze, budući da je to utvrđeno u postupku koji je okončan pravnosnažnom presudom Suda BiH. Ustavni sud ukazuje na to da predmet postupka mora da se tiče osnovanosti krivične

<sup>54</sup> Vidi Evropski sud, *Krčmar protiv Češke Republike*, presuda od 3. marta 2000. godine, st. 39 i 40.

<sup>55</sup> Vidi, Evropski sud, *Garcia Ruiz protiv Španije*, 1999–I, 31 EHRR 589 GC.

<sup>56</sup> Vidi Evropski sud, *Helle protiv Finske*, 1997–VIII, 26 EHRR 159.

<sup>57</sup> Vidi Evropski sud, *Lindner i Hammermayer protiv Rumunije*, HUDOC (2002).

optužbe, u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Stoga, postupci do kojih dolazi nakon što je donesena pravnosnažna sudska odluka, poput postupka povodom vanrednih pravnih lijekova, postupka osuđenih lica za uslovni otpust i zahtjeva za ponavljanje postupka, ne spadaju pod član 6 stav 1 Evropske konvencije. Kako se u konkretnom slučaju ne radi o utvrđivanju građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe, te da drugom apelantu nije produžena već izrečena kazna zatvora smještanjem u Odjeljenje sa posebnim režimom, Ustavni sud smatra da je dio apelacije u kojem se drugi apelant poziva na kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 3 tačka c) Evropske konvencije *ratione materiae* inkompatibilan sa Ustavom BiH.<sup>58</sup>

U vezi s apelantovim navodima da je redovni sud povrijedio princip *in dubio pro reo*, Ustavni sud naglašava da je taj princip garantovan članom 6 stav 2 Evropske konvencije. Prema tom principu, svako se smatra nevinim dok se njegova krivica ne dokaže prema zakonu. U tom pogledu, ukoliko postoji određena sumnja da je određeno lice izvršilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret, takva sumnja treba ići u korist optuženom. Međutim, prema mišljenju Ustavnog suda, pozivanje na princip *in dubio pro reo* može biti dovedeno u pitanje ukoliko izostane cjelovita analiza svih provedenih dokaza u obrazloženju sudske odluke koja takvu eventualnu sumnju otklanja. U pretходnom dijelu ove odluke Ustavni sud je već zaključio da analiza provedenih dokaza niti u jednom segmentu nije izostala, tj. obrazloženje osporene presude ne ostavlja nikakvu sumnju u zaključak suda da je apelant, na način opisan u izreci presude, počinio krivično djelo. Stoga, Ustavni sud smatra da su u konkretnom slučaju apelantovi navodi o povredi principa *in dubio pro reo* iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije neosnovani.

### **3.2. Javno izricanje presude, suđenje pred nepristrasnim sudom i ravnopravnost strana**

U predmetu broj AP 4208/11 od 9. decembra 2014. godine, u pogledu drugoapelantovih navoda da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje, jer drugostepena presuda nije javno izrečena, Ustavni sud, prije svega, podsjeća na praksu Evropskog suda u predmetima u kojima se postavilo pitanje

<sup>58</sup> Evropski sud ima široko polje utvrđivanja krivične optužbe. Evropski sud naročito nalazi da revizija (*Meftah i drugi protiv Francuske*, GC, br. 32911/96, 35237/97 i 34595/97, 26. juli 2002; *Vanyan protiv Rusije*, broj 53203/99, 15. decembar 2005. godine) ili postupak pred ustavnim sudom (*Gast i Popp protiv Njemačke*, broj 29357/95, 25. februar 2000. godine; *Caldas Ramirez de Arrellano protiv Španije*, Odluka o dopustivosti, broj 68874/01 od 28. januara 2003. godine) proširuje primjenu člana 6 stav 3 tačka c) onoliko koliko ovaj postupak može uticati na krivični postupak i stoga i na krivičnu optužbu.

kršenja prava aplikantata zbog toga što presude sudova na višim instancama nisu javno izrečene. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na to da Evropski sud u predmetu *Axen protiv SR Njemačke* nije našao kršenje aplikantovog prava na pravično suđenje, uz obrazloženje da javno usmeno izricanje presude Vrhovnog suda nije bilo neophodno, jer su presude nižestepenih sudova bile izrečene javno.<sup>59</sup> Takođe, Evropski sud nije našao kršenje navedenog prava ni u predmetu *Sutter protiv Švajcarske*, uz obrazloženje da javno izricanje presude žalbenog vojnog suda nije bilo potrebno, budući da je presuda na drugi način bila dostupna javnosti, pogotovo jer se uvijek mogla zatražiti kopija presude od sudskog registra, a bila je i objavljena u službenoj zbirci presuda.<sup>60</sup>

Što se tiče drugoapelantovog pozivanja na presudu Evropskog suda u predmetu *Rushiti protiv Austrije*, Ustavni sud ukazuje na to da se u navedenoj presudi slijedila praksa iz predmeta *Werner protiv Austrije* i *Szucs protiv Austrije*.<sup>61</sup> Naime, u navedenim odlukama Evropski sud je ukazao na to da nijedan od prvostepenih ni žalbenih sudova nije javno izrekao presudu, niti su integralni tekstovi njihovih presuda bili otvoreni za javnost u registrima tih sudova i da je pristup bio ograničen samo na osobe sa zakonski opravdanim interesom, slijedom čega je ustanovio da se radi o kršenju člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

Dovodeći izneseno u kontekst drugoapelantovih navoda, Ustavni sud ukazuje da je u konkretnom slučaju prvostepena presuda javno objavljena, što drugoapelant i ne spori, dok, kada je u pitanju drugostepena presuda, drugoapelant i ne tvrdi da je bilo kojoj zainteresovanoj osobi bio onemogućen pristup drugostepenoj presudi, odnosno da je bilo koja zainteresovana osoba tražila da se upozna sa drugostepenom presudom, a da joj je to bilo uskraćeno.<sup>62</sup> S obzirom na to, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju zadovoljen kriterijum javnog objavljivanja presude u odnosu na postizanje ciljeva iz člana 6 Evropske konvencije, te da su stoga drugoapelantovi navodi, koji su izneseni u tom pravcu, neosnovani.

U pogledu drugoapelantovih navoda da mu je povrijeđeno pravo na suđenje pred nepristrasnim sudom, Ustavni sud ukazuje na to da redovan sud ne smije biti pod uticajem vanjskih informacija ili pod bilo kojim drugim pritiskom, već svoje mišljenje mora temeljiti isključivo na onom što je iznijeto

<sup>59</sup> Vidi Evropski sud, *Axen protiv SR Njemačke*, presuda od 29. juna 1982. godine, stav 32.

<sup>60</sup> Vidi Evropski sud, *Sutter protiv Švajcarske*, presuda od 22. februara 1984. godine, stav 34.

<sup>61</sup> Vidi Evropski sud, *Werner protiv Austrije* i *Szucs protiv Austrije*, presude od 24. novembra 1997. godine.

<sup>62</sup> *Mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 4820/10 od 10. aprila 2014. godine, tačka 132, dostupna na web stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

na suđenju. Razmatrajući drugoapelanatove navode iznesene u ovom pravcu, Ustavni sud ukazuje da se iz osporenih presuda ne može zaključiti da su sudije koje su učestvovala u donošenju osporenih presuda bile opterećene bilo kakvim pritiskom javnosti prilikom donošenja odluka. Ustavni sud zapaža da je odluka o drugoapelanatovoj krivici isključivo rezultat vrlo obimnog dokaznog postupka provedenog na glavnom pretresu, te da odluke redovnih sudova ne odaju utisak da su donesene pod bilo kakvim uticajem vanjskih informacija.

### **3.3. Provođenje posebnih istražnih radnji**

Evropski sud je u predmetu *Bannikova protiv Rusije* utvrdio da „u specifičnom kontekstu istražnih tehnika koje se koriste u borbi protiv krijumčarenja droge i korupcije, stav Suda je već dugo da javni interes ne može opravdati korišćenje dokaza dobivenih policijskim podsticanjem, jer bi to onda značilo rizik za optuženog da će mu definitivno biti uskraćeno pravično suđenje od samog početka [...]. U svojoj opsežnoj sudskoj praksi o ovom pitanju, Sud je razvio koncept navođenja na krivična djela kojim se krši član 6 stav 1 Konvencije, kao nečeg što je različito od korišćenja legitimnih tajnih tehnika u krivičnim istragama. Sud je našao da dok korišćenje posebnih istražnih metoda – posebno tajne tehnike – ne može samo po sebi povrijediti pravo na pravično suđenje, rizik od policijske provokacije koju sa sobom nosi takva tehnika znači da njihova upotreba mora biti unutar jasnih granica [...]“.<sup>63</sup>

Kako bi napravio razliku između navođenja na krivično djelo od dopuštenog ponašanja, Evropski sud je razvio sljedeće kriterijume: 1) materijalni test podstrekavanja i 2) postupak kojim je utvrđen prigovor podstrekavanja. Kada je suočen sa prigovorom navođenja na krivično djelo, Sud će pokušati, kao prvi korak, da utvrdi da li bi se krivično djelo počinilo bez intervencije vlasti. Definicija podsticanja koju je dao Sud glasi: „Policijsko podsticanje se događa u slučajevima kad se policajci – bilo da su pripadnici snaga bezbjednosti ili osobe koje djeluju po njihovim uputama – ne ograničavaju na ispitivanje krivičnog djela na u biti pasivan način, već vrše takav uticaj na osobu tako da ga podstiču na činjenje djela kojeg inače ne bi počinio, kako bi se omogućilo da se utvrdi krivično djelo, odnosno, dobiju dokazi i pokrene krivično gonjenje [...]“.<sup>64</sup>

U predmetu *Teixeira de Castro protiv Portugala* Evropski sud je smatrao da se u tom slučaju dvojica policajaca (koji su u civilu prišli podnosiocu

<sup>63</sup> Vidi Evropski sud, *Bannikova protiv Rusije*, presuda od 4. novembra 2010. godine, st. 34 i 35.

<sup>64</sup> Op. cit, *Bannikova protiv Rusije*, stav 37.

predstavke osumnjičenom za manje značajno rasturanje droge kako bi od nje ga nabavili heroin, koji im je on nabavio, da bi bio uhapšen u trenutku kada je drogu isporučivao policajcima) nisu ograničila na istragu o krivičnoj ulozi podnosioca predstavke u jednom suštinski pasivnom svojstvu, već su uticali na njega kako bi ga podstakli da počini krivično djelo. Evropski sud je, takođe, primijetio da su domaći sudovi u svojim odlukama naveli da je podnosilac predstavke bio osuđen prvenstveno na osnovu izjave te dvojice policajaca. Iz tih razloga Evropski sud je zaključio da su policajci svojim postupkom iskoristili iz okvira koji je dozvoljen tajnim agentima zato što su ga podstakli na izvršenje krivičnog djela, a nije bilo ničeg što bi sugerisalo da bi bez te njihove intervencije to krivično djelo uopšte bilo počinjeno. U konkretnom slučaju radilo se o kršenju člana 6 stav 1 Evropske konvencije.<sup>65</sup>

U odnosu na drugi kriterijum utvrđene procedure za prigovor podstrekavanja, Evropski sud je utvrdio da „uz mogući izuzetak u slučaju predmeta *Teixeira de Castro*, gdje je Sud našao dovoljno osnova da utvrdi navođenje na krivično djelo samo na osnovu materijalnog testa, u pravilu će Sud takođe ispitati način na koji su domaći sudovi ispitivali podnosiocjev prigovor podstrekavanja. Naime, kao što je trenutna sudska praksa, Sud smatra da je proceduralni aspekt nužan dio ispitivanja tužbe *agent provocateur*a. Dalje, u predmetima kada nedostatak objavljivanja spisa ili kontroverza u pogledu načina na koji stranke tumače događaje, isključuje mogućnost da Sud utvrdi sa dovoljnim stepenom sigurnosti da li je podnosilac predstavke bio podvrgnut policijskom podstrekavanju, proceduralni aspekt postaje odlučujući. Kao polaznom tačkom, Sud mora biti zadovoljan sa sposobnošću domaćih sudova da se bave takvim prigovorom na način koji je kompatibilan s pravom na pravično suđenje. Stoga, treba provjeriti da li uvjerljiva žalba na podstreki vanje predstavlja materijalnu odbranu prema domaćem pravu ili da je osnov za isključenje dokaza, odnosno dovodi do slične posljedice.<sup>66</sup> Evropski sud je smatrao da je „prigovor podstrekavanja podnositeljke prijave adekvatno tretiran od strane domaćih sudova, koji su preduzeli potrebne korake da otkriju istinu i da eliminišu sumnje da li je podnositeljka počinila krivično djelo kao rezultat podstrekavanja od strane agenta provokatora. Njihov zaključak da nije bilo nagovora zasnovan je na razumnoj procjeni dokaza koja je bila relevantna i dovoljna. Imajući u vidu okvir sudske kontrole prigovora podstrekavanja podnositeljke prijave, Sud je našao da je suđenje bilo kompatibilno sa pojmom pravičnosti koju zahtijeva član 6 Konvencije“.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Vidi Evropski sud, *Teixeira de Castro protiv Portugala*, presuda od 9. juna 1998. godine, st. 38 i 39.

<sup>66</sup> Op. cit, *Bannikova protiv Rusije*, st. 51–54.

<sup>67</sup> Op. cit, *Bannikova protiv Rusije*, st. 77 i 78.

Dovodeći navedene stavove u kontekst činjenica konkretnog predmeta (predmet Ustavnog suda broj AP 5746/10 od 15. januara 2014. godine) Ustavni sud u vezi s apelantovim navodima da je kao informator korišćeno lice (kodnog naziva Salzburg) „koje nije policijski službenik“ ističe da iz relevantnih odredaba Zakona o krivičnom postupku BiH<sup>68</sup>, koje regulišu institut informatora, ne proizlazi da se radi o policijskom službeniku, odnosno da to lice, kako to apelant smatra, treba da bude policijski službenik. Naime, informator je osoba koju policija povremeno ili stalno angažuje i koristi s ciljem dobijanja informacija o krivičnom djelu i njegovom izvršiocu, te informator, za razliku od prikrivenog istražitelja, nema nikakvih policijskih ovlašćenja. Ovo proizlazi i iz same odredbe člana 116 Zakona o krivičnom postupku BiH koja u stavu 5 govori da „policijski organ ili druge osobe“ ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na učinjenje krivičnog djela. Dalji zaključak da informator nije policijski službenik proizlazi i iz Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH<sup>69</sup> kojim je dodata odredba stava 6 navedenog člana koja propisuje uslove vezane za osobu koja postupa kao prikriveni istražitelj, tako da je to „posebno obučeno službeno lice“, ali u pogledu osobe koja postupa kao informator zakon ne propisuje nikakve posebne uslove. Prema tome, Ustavni sud smatra da iz predočenih naredbi i obrazloženja osporenih odluka kao nesporno proizlazi da su u konkretnom slučaju i informator i prikriveni istražitelj djelovali na osnovu naredbi sudije za prethodni postupak. Zatim, u odnosu na apelantove navode da ga je informator podstrekavao na izvršenje krivičnog djela za koje je i osuđen, Ustavni sud zapaža da je u okviru testa utvrđena procedura koju provodi Evropski sud, Sud BiH ocijenio sve dokaze i za svoje zaključke dao dovoljno relevantne i argumentirane razloge, kada je ovaj apelantov prigovor odbio. Proizlazi da je apelantov prigovor da je podstrekavan na izvršenje krivičnog djela, u smislu standarda iz presude Evropskog suda (*Bannikova protiv Rusije*), „adekvatno tretiran od strane domaćih sudova, koji su preduzeli potrebne korake da otkriju istinu i da eliminišu sumnje“ – da li je apelant počinio krivično djelo kao rezultat informativnog podstrekavanja.

Ustavni sud smatra da iz obrazloženja osporenih presuda jasno i argumentovano proizlazi da Sud BiH na temelju izvedenih dokaza nije našao da je informator podstrekavao apelanta na činjenje predmetnog krivičnog djela, ukazujući da je u smislu člana 30 stav 1 Krivičnog zakona BiH podstrekava-

<sup>68</sup> „Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/96, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07 i 15/08.

<sup>69</sup> „Službeni glasnik BiH“ broj 58/08, koji je stupio na snagu 29. jula 2008. godine.



nje umišljajno navođenje ili nagovaranje drugog lica, koje nema odluku o izvršenju djela da izvrši određeno djelo, da podstrekavanje postoji i onda kada se kod izvršioca djela navođenjem učvršćuje odluka da djelo izvrši, te zaključio (na osnovu detaljne analize) da se u okolnostima konkretnog slučaja o tome ne radi, budući da informator ni na koji način nije uticao na apelantovu volju, u smislu izvršenja ili učvršćivanja odluke za izvršenje predmetnog krivičnog djela. Prema tome, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju suđenje bilo kompatibilno s pojmom pravičnosti koju zahtijeva član 6 Konvencije.

U odnosu na standarde iz člana 6 Evropske konvencije, Ustavni sud, podržavajući svoju praksu u predmetima koji su s ovog aspekta pokretali slična pravna pitanja<sup>70</sup>, smatra da činjenica da je prethodno zaključen sporazum o priznanju krivice s licem koje je imalo svojstvo optuženog u istom predmetu i koje se nakon toga pojavljuje u svojstvu svjedoka u tom postupku – ne znači, sama po sebi, diskvalifikaciju takvog lica kao svjedoka u istom krivičnom postupku. Dakle, iz obrazloženja osporenih presuda jasno proizlazi kako se smatra da je iskaz ovog svjedoka, koji je dao pred Tužilaštvom, iskaz pribavljen na zakonit način, a isto tako da apelantu nije bila uskraćena mogućnost da svjedoka ispituje neposredno ili posredstvom svog branioca, kao i da njegov iskaz osporavaju isticanjem drugih dokaza.

### 3.4. Pravo na pristup sudu

Ustavni sud, prije svega, ukazuje na to da se u konkretnom slučaju (predmet broj AP 4839/11 od 6. novembra 2014. godine) radi o prekršajnom postupku, te da se, s tim u vezi, postavlja pitanje primjenjivosti člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 Evropske konvencije, odnosno da li se radi o „krivičnoj“ optužbi protiv apelanta u smislu člana 6 Evropske konvencije. Ocjena da li je neka optužba „krivična“, u smislu značenja iz člana 6 Evropske konvencije, daje se na osnovu kriterijuma: klasifikovanje prema zakonodavstvu, priroda prekršaja i priroda i strogost kazne, koji ne moraju biti kumulativno ispunjeni. Priroda prekršaja uključuje dva potkriterijuma: obim prekršene norme i svrhu kazne, koji moraju biti kumulativno ispunjeni da bi se radilo o „krivičnoj“ tužbi. Polazeći od do sada usvojene prakse, kao i navedenih kriterijuma, Ustavni sud zaključuje da se u konkretnom slučaju, s obzirom na obim prekr-

<sup>70</sup> Vidi, između ostalih, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1196/09 od 26. januara 2012. godine, tačka 27, dostupna na [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba)

šene norme i svrhu sankcije, radi o „krivičnoj“ optužbi, odnosno da je član 6 Evropske konvencije u konkretnom slučaju primjenjiv.<sup>71</sup>

Iz apelantovih navoda u suštini proizlazi da smatra da mu je pravo na pravično suđenje povrijeđeno, jer mu je onemogućeno raspravljanje pred sudom, i to zbog činjenice da su sudovi prihvatili da mu je prekršajni nalog uredno uručen, podrazumijevajući da je dostava uredna protekom pet radnih dana od dana predaje prekršajnog naloga pošti. Takođe, apelant tvrdi da sudovi nisu mogli prihvatiti da se radi o urednoj dostavi na osnovu predočene dostavnice, jer na njoj nije označena njegova adresa, nema oznake da je pismeno koje se dostavlja i uručeno, te najzad jer je potpisana od lica koje, kako tvrdi, ne poznaje. Nadalje, apelant tvrdi da postojeća zakonska rješenja iz člana 29 Zakona o prekršajima BiH<sup>72</sup> i člana 38 stav 1 Zakona o prekršajima Brčko Distrikta BiH<sup>73</sup>, prema kojim se prekršajni nalog smatra uručenim protekom pet radnih dana od dana predaje pošti – u suprotnosti sa čl. 6 i 13 Evropske konvencije. Najzad, apelant tvrdi da mu je zbog svega navedenog uskraćeno pravo da raspravlja pred sudom o predmetnom prekršajnom nalogu.

Ustavni sud podsjeća da pravo na pristup sudu može biti ograničeno propisivanjem rokova za preduzimanje određenih radnji u postupku, kao uslova za korišćenje pravnog lijeka. Međutim, ova ograničenja ne smiju ograničiti ostvarivanje prava na takav način ili u toj mjeri da je sama suština prava smanjena. Ona moraju težiti legitimnom cilju i mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između sredstava i cilja koji se želi postić.<sup>74</sup> Nadalje, prema stavu Evropskog suda, pravila o rokovima za korišćenje pravnog lijeka nesumnjivo su dizajnirana da osiguraju pravilno sprovođenje pravde i poštovanje principa pravne sigurnosti. Stoga, oni kojih se ta pravila tiču, treba da očekuju njihovu primjenu. Međutim, pravila u pitanju ili njihova primjena ne bi trebalo da spriječe zainteresovanu stranu u korišćenju dostupnih pravnih lijekova.<sup>75</sup>

Najzad, pravo na pristup sudu može biti ograničeno i u krivičnim predmetima. Tako je, prema stanovištu Evropskog suda, dozvoljeno izdavanje krivičnog naloga kojim se lice koje je u pitanju osuđuje za prekršaj i izriče mu se

<sup>71</sup> Vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP 2255/05 od 16. januara 2007. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 38/07, tač. 21 i 22.

<sup>72</sup> „Službeni glasnik BiH” br. 41/07 i 18/12.

<sup>73</sup> „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ broj 24/07.

<sup>74</sup> Vidi, Evropski sud, *Guerin protiv Francuske* od 29. jula 1998. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1998–V, str. 1867, § 37.

<sup>75</sup> Vidi, Evropski sud, *Pérez de Rada Cavanilles protiv Španije*, presuda od 28. oktobra 1998. godine, Izvještaji 1998–VIII, p. 3255, stav 45.

kazna bez rasprave pred sudom, ali pod uslovom da lice koje je u pitanju ima odgovarajuću mogućnost da zahtijeva raspravu.<sup>76</sup>

U konkretnom slučaju proizlazi da Apelacioni sud Brčko Distrikta nije cijenio apelantove žalbene navode koji su, po mišljenju Ustavnog suda, bili od suštinskog značaja. Posebno se ukazuje na apelantove tvrdnje da je oba-vještenje o prijemu potpisano od lica koje on (apelant) ne poznaje. Nasuprot tome, Apelacioni sud je uopšteno konstatovao „da je apelant uredno primio nalog“. Pitanje da li je neko blagovremeno primio, odnosno da li je uopšte primio određeno pismeno, po mišljenju Ustavnog suda, od izuzetne je važnosti za pravičnost postupka u cjelini i takva pitanja mogu biti žalbena osnova temeljem odredaba člana 68 stav 1 tačka a) Zakona o prekršajima Brčko Distrikta BiH (bitne povrede postupka), koje je žalbeni sud dužan razmotriti. Kad se sve uzme u obzir, te imajući u vidu navedenu praksu Evropskog suda, proizlazi da Apelacioni sud, u konkretnom slučaju, nije razmotrio žalbene navode koji su bili od suštinskog značaja za apelanta. To je imalo za posljedicu da obrazloženje osporene odluke Apelacionog suda ne zadovoljava standard obrazložene presude u smislu prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

### 3.5. Pogrešna primjena materijalnog prava

Apelant je u predmetu Ustavnog suda, broj AP 3768/14 od 26. marta 2015. godine, tvrdio da je sud u konkretnom slučaju pogrešno primijenio materijalno pravo, te da se Krivični zakon SFRJ<sup>77</sup> mora primjenjivati u cjelini, odnosno da njegova primjena pokreće složena pitanja u sferi kvalifikacije krivičnog djela, pitanja odnosa i donošenja i vremena primjene novih krivičnih zakona. U vezi s tim je ukazano i na povredu kontinuiteta i uzroka i posljedica, posebno proizvoljno shvatanje *mens rea*. Najzad, apelant je istakao i da je drugostepeni sud proizvoljno postupao prilikom odmjeravanja kazne, te da zbog neprihvatanja stava o blažem zakonu, kaznu doživljava kao odmazdu, a ne kao adekvatnu mjeru u sistemu odmjeravanja kazni.

U vezi sa ovim dijelom navoda, Ustavni sud podsjeća da je u Odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 222/06 od 19. aprila 2007. godine, zauzeo stav (tačka 25): „Osnovno polazište kod primjene instituta blažeg zakona jeste u tome da se pitanje izbora povoljnijeg zakona ne rješava *in abstracto*,

<sup>76</sup> Vidi, Evropski sud, *Hennings protiv Njemačke*, A 251–A (1992), 16 EHRR 83.Cf, *X protiv Francuske*, broj 4260/69, 35 CD 155 (1970).

<sup>77</sup> „Službeni list“ br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90.

već *in concreto*, tj. ne uopštenim upoređivanjem starog i novog ili novih zakona, već njihovim upoređivanjem u odnosu na dati, konkretni slučaj. Pri tom je potrebno utvrditi sve okolnosti koje mogu biti relevantne za navedenu ocjenu, pa prema tome izvršiti procjenu, gdje bi primjena zakona predstavljala istinski povoljniji ishod za učinioca, odnosno kada bi zakon davao veće mogućnosti za povoljniju odluku u konkretnom slučaju. To jasno proizlazi ako se odredba iz člana 5 stav 2 Krivičnog zakona BiH tumači primjenom samo jezičkog tumačenja, jer zakon nije kazao 'primijeniće se blaži zakon' nego 'primijeniće se zakon koji je blaži za učinioca'. Ako oba zakona vode istom rješenju, tada se primjenjuje zakon koji je važio u vrijeme izvršenja djela, jer je to osnovno pravilo ili, obrnuto, ako se to tumači kroz izuzetak, naprosto zato što novi zakon nije blaži. Prema tome, neophodno je prvo primijeniti na učinioca i njegovo krivično djelo propise koji su bili na snazi u vrijeme izvršenja djela, zatim propise koji su na snazi u vrijeme presuđenja djela i tada konačno primijeniti ili ranije ili nove propise u cjelini, prema tome koji su u konkretnom slučaju povoljniji za učinioca. Pravila primjene blažeg zakona u krivičnopravnom smislu zahtijevaju primjenu principa da ako se ni prema jednom zakonu učinilac ne oslobađa od kazne, tada se smatra blažim onaj zakon prema kojem se učiniocu izriče blaža kazna. Blaža je uvijek ona kazna koja je blaža po vrsti, a koja se vrsta kazne ima primijeniti prema pojedinom krivičnom zakonu – ne zavisi samo od kazne koja je predviđena za to djelo, već od svih krivičnopravnih instituta koji su predviđeni, a u prvom redu od mogućnosti, uslova i načina ublažavanja one kazne koja je predviđena u zakonu za to djelo“. U istoj odluci Ustavni sud je zauzeo i stav (vidi tačka 26) da se „(...) zakon ne može primjenjivati djelimično (...)“.

U konkretnom slučaju, iz obrazloženja osporene drugostepene presude proizlazi da je na temelju upoređivanja Krivičnog zakona SFRJ i Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine<sup>78</sup> zaključeno da su krivičnopravne radnje koje su apelantu stavljene na teret, tj. napad na civilno stanovništvo i napad bez izbora cilja – bile propisane kao krivično djelo prema oba zakona, pa je pri procjeni koji je zakon blaži – bilo potrebno analizirati zapriječenu kaznu, a shodno uputi Ustavnog suda iz Odluke AP 5161/10. Nadalje, u obrazloženju osporene drugostepene presude ukazano je na to da je apelant osuđen po individualnoj krivici koja, kao takva, nije bila propisana u vrijeme izvršenja krivičnog djela. S tim u vezi ukazano je na to da je ovo vijeće iz utvrđenog činjeničnog stanja izvelo nesumnjiv zaključak da je apelant postupao kao direktni izvrši-

<sup>78</sup> „Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14.

lac, odnosno da je preduzeo radnju izvršenja naređivanjem, a kako je i propisano članom 142 stav 1 Krivičnog zakona SFRJ. Shodno navedenom, zaključeno je da se iz pravne kvalifikacije mora izostaviti dio „u vezi sa članom 180 stav 1 Krivičnog zakona BiH“. Nadalje, iz obrazloženja osporene drugostepene presude proizlazi da je zaključeno da je pravilan zaključak prvostepenog suda da je apelant počinio navedeno djelo sa eventualnim umišljajem, iako je prvostepeno vijeće u pojedinim segmentima presude govorilo sa određenom uslovnosti da osoba koja naređuje neku radnju ili propusti da to i učini – to mora učiniti ili sa direktnom namjerom ili sa sviješću o velikoj vjerovatnoći da će postupanjem po tom naređenju biti izvršeno krivično djelo. Takođe, ukazano je da je apelant bio svjestan da postoji velika vjerovatnoća da će izvršenjem naredbe koju je on izdao – biti počinjen zločin, te se sa tom posljedicom i saglasio, a čime je ispunio uslov *mens rea* predmetnog krivičnog djela. Najzad, u prilog ovog zaključka ukazano je i na stanovište Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu Galić u kojem je pokrenuto slično pitanje, a prema kojem zločin može biti počinjen sa direktnim ili eventualnim umišljajem i da termin „namjerno“ (direktni umišljaj) uključuje koncept „eventualnog dolusa“ (eventualni umišljaj). Nadalje, a u vezi s apelantovim tvrdnjama da je redovni sud proizvoljno postupao pri odmjeravanju kazne, Ustavni sud primjećuje da iz obrazloženja osporene drugostepene odluke proizilazi da je odluka o kazni zasnovana na relevantnim odredbama Krivičnog zakona SFRJ, da je kazna izrečena u okviru ovim zakonom propisane kazne, da se pri odmjeravanju kazne drugostepeni sud rukovodio opštim pravilima o odmjeravanju kazne iz ovog zakona, te da je pri tom cijenio otežavajuće i olakšavajuće okolnosti, detaljno obrazloživši zašto izrečenu kaznu smatra adekvatnom.

Shodno navedenom, kada se dovedu u vezu citirani stavovi iz Odluke Ustavnog suda broj AP 222/06 i razlozi i obrazloženja iz osporene drugostepene presude, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nema ništa što bi uputilo na zaključak da Krivični zakon SFRJ, kao relevantni materijalni zakon, nije primijenjen u cjelini, kao i da je pri odmjeravanju kazne sud proizvoljno postupao.

Ustavni sud zaključuje da su apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 Evropske konvencije neosnovani.

### **3.6. Zastarjelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka**

Članom 29 Zakona o prekršajima Federacije BiH<sup>79</sup> utvrđena je zastarjelost pokretanja i vođenja postupka i navedeno da se prekršajni postupak ne može pokrenuti ni voditi za prekršaje za koje je propisana novčana kazna u iznosu do 3.000 KM, kad prođe jedna godina od dana kada je prekršaj izvršen. Nadalje, kad je riječ o zastarjelosti, članom 31 Zakona o prekršajima utvrđen je tok i prekid zastarjelosti, pa je tako precizirano da zastarjelost za pokretanje i vođenje prekršajnog postupka počinje od dana kada je prekršaj izvršen, a zastarjelost za izvršenje kazne, odnosno zaštitne mjere od dana pravnosnažnosti rješenja kojim je kazna, odnosno zaštitna mjera izrečena. Zastarjelost se prekida svakom radnjom ovlašćenog organa za postupak, odnosno za izvršenje – preduzetom radi gonjenja izvršioca prekršaja, odnosno izvršenja kazne i zaštitne mjere. Svakim prekidom zastarijevanje počinje ponovo teći, ali bez obzira na prekide, zastarjelost u svakom slučaju nastaje kada protekne dva puta onoliko vremena koliko je predviđeno u čl. 29 i 30 ovog zakona.

U konkretnom slučaju (predmet Ustavnog suda broj AP 97/11 od 10. aprila 2014. godine) očigledno je da je Kantonalni sud morao paziti na zastaru postupka predviđenu odredbama čl. 29 i 31 Zakona o prekršajima Federacije BiH. Naime, od počinjenja prekršaja do donošenja odluke proteklo je više od dvije godine, zbog čega je Kantonalni sud morao obustaviti postupak u skladu sa članom 68 Zakona o prekršajima Federacije BiH. Ustavni sud zaključuje da je Kantonalni sud arbitrarnom primjenom pozitivnopravnih propisa prekršio apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

### **3.7. Pravo na žalbu**

Ustavni sud podsjeća da se (prema stanovištu Evropskog suda) član 6 Konvencije primjenjuje na postupak u kojem je osoba optužena za krivično djelo – sve dok ta optužba ne bude i konačno utvrđena.<sup>80</sup> Nadalje, krivični postupak čini cjelinu i zaštita koja je osigurana članom 6 Evropske konvencije ne prestaje donošenjem odluke pred prvostepenim sudom; prema konzistentnoj praksi Evropskog suda, iako član 6 ne garantuje pravo na žalbu, države koje su uspostavile žalbene ili kasacione sudove dužne su osigurati da osobe

<sup>79</sup> „Službene novine Federacije BiH“ broj 31/06.

<sup>80</sup> Vidi Evropski sud, *Adolf protiv Austrije*, presuda od 26. marta 1982. godine, serija A broj 49, p. 15, stav 30 i *Delcourt protiv Belgije*, presuda od 17. februara 1970. godine, Series A no. 11, pp. 12–15, §§ 22–26 i 30.

na koje se to odnosi, shodno zakonu, pred tim sudovima uživaju fundamentalne garancije sadržane u članu 6.<sup>81</sup> Pri tom, ove garancije nisu ograničene ni činjenicom da, u skladu sa članom 2 Protokola broj 7, države uživaju široko polje procjene u pogledu načina i uslova pod kojim će pravo na žalbu biti i osigurano.<sup>82</sup> Međutim, način na koji će se član 6 primjenjivati u postupku pred žalbenim sudom zavisi od posebnih karakteristika postupka u pitanju, mora se imati u vidu postupak u cjelini u domaćem pravnom sistemu i uloga žalbenog suda u njemu.<sup>83</sup> Najzad, kada se radi o odluci višeg suda, suštinski zahtjev je da viši sud ukaže da je razmotrio pitanja istaknuta u žalbi koja su bila od suštinskog značaja; da je, u slučaju neslaganja s odlukom nižestepenog suda, neslaganje zasnovao na njegovoj procjeni<sup>84</sup> i da žalbu nije odbio prije nego što ju je prethodno razmotrio.<sup>85</sup>

Ustavni sud primjećuje da je osporena presuda Suda BiH (u predmetu broj AP 3768/14 od 26. marta 2015. godine) donijeta nakon što je Ustavni sud ukinuo drugostepenu pravnosnažnu presudu ovog suda sa nalogom Sudu BiH da donese novu odluku u skladu sa članom II/2 Ustava BiH i članom 7 stav 1 Evropske konvencije. Takođe, u svojoj odluci Ustavni sud je izričito naglasio da nije odlučivao o proceduri prema kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku, jer su to pitanja iz nadležnosti Suda BiH.

U konkretnom slučaju osporenom presudom apelantova žalba je djelimično uvažena i prvostepena presuda je preinačena u pogledu primjene krivičnog zakona tako da se djelo za koje je apelant oглаšen krivim pravno kvalifikuje kao krivično djelo iz člana 142 stav 1 Krivičnog zakona SFRJ, te u pogledu odluke o kazni tako da je apelantu na temelju istog zakona izrečena kazna zatvora od 20 godina. Iz obrazloženja osporene presude proizlazi da se u ovom postupku vijeće ograničilo na žalbene prigovore koji se tiču krivičnog zakona i odluke o kazni, a da je dio ranije presude, koji se odnosio na odluku po žalbi o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, u cijelosti zadržan i interpretiran u ovoj presudi. Imajući u vidu izneseno, a suprotno apelantovim tvrdnjama, ne može se zaključiti da osporenom drugostepenom presudom nije odlučeno o njegovoj žalbi, odnosno da drugostepeni sud nije preispitao apelantove tvrdnje koje su se ticale kako proceduralnih i činjeničnih propusta prvostepenog suda, tako i načina na koji je primijenjeno materijalno pravo.

<sup>81</sup> Vidi Evropski sud, *Monell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. maja 1987. godine, Seria A, br. 115, p. 21, stav 54.

<sup>82</sup> Vidi Evropski sud, *Ekbatani protiv Švedske*, presuda od 26. maja 1988. godine, st. 26 i 27.

<sup>83</sup> Vidi citiranu presudu *Monell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

<sup>84</sup> Vidi Evropski sud, *Helle protiv Finske*, 1997–VIII, 26 EHRR 159.

<sup>85</sup> Vidi Evropski sud, *Lindner i Hammermayer protiv Rumunije*, HUDOC (2002).

jalno pravo. Shodno navedenom, Ustavni sud nije mogao zaključiti da su apelantovi navodi u ovom dijelu osnovani.

#### **4. Pravo na nediskriminaciju i kažnjavanje samo na osnovu zakona**

Postoji diskriminacija iz člana II/4 Ustava BiH i člana 14 Evropske konvencije ako rezultira različitim tretmanom pojedinaca u sličnim pozicijama i ako taj tretman nema objektivno ili razumno opravdanje. Da bi bio opravdan, tretman mora težiti zakonitom cilju, te mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja koji se treba ostvariti.<sup>86</sup> Stoga je potrebno u svakom konkretnom slučaju ustanoviti da li se prema apelantu postupalo drukčije nego prema drugima u istim ili sličnim situacijama. Svako različito postupanje ima se smatrati diskriminacijskim ako nema razumno i objektivno opravdanje, tj. ako ne stremlje legitimnom cilju ili ako nema razumnog odnosa.

U konkretnom slučaju (predmet broj AP 3737/11 od 6. novembra 2014. godine) Ustavni sud primjećuje da apelant, osim svojih paušalnih navoda o kršenju navedenog prava, nije ponudio bilo kakav argument koji bi upućivao na to da je apelant u predmetnom postupku na bilo koji način diskriminisan. Stoga, Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o kršenju prava na nediskriminaciju iz člana II/4 Ustava BiH i člana 14 Evropske konvencije, u vezi s pravom na pravično suđenje – neosnovani.

Iz predmetne apelacije proizlazi da apelant smatra da je Sud BiH bio dužan primijeniti relevantne odredbe Krivičnog zakona SFRJ, budući da je taj zakon važio u inkriminisanom periodu, te da je, po apelantovom mišljenju, blaži od Krivičnog zakona BiH koji je primijenjen u konkretnom slučaju. S obzirom na to, Ustavni sud je ispitao da li su osporene odluke redovnih sudova u skladu sa standardima iz člana 7 Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u predmetu aplikanta Bobana Šimšića donio Odluku o dopustivosti kojom je odbacio kao očigledno neosnovanu aplikaciju u odnosu na član 7 Evropske konvencije.<sup>87</sup> Naime, u navedenoj odluci Evropski sud je ukazao na to da je aplikant osuđen za progon kao zločin protiv čovječnosti u odnosu na djela počinjena 1992. godine, koja nisu predstavljala zločin protiv čovječnosti prema domaćem pravu, sve do stupa-

<sup>86</sup> Vidi Evropski sud, *Marcx protiv Belgije*, stav 33.

<sup>87</sup> Vidi, Evropski sud, *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, Odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10.



nja na snagu Krivičnog zakona BiH iz 2003. godine, ali da je evidentno da su ta djela, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu (tačka 23). S obzirom na to da su aplikantova djela, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definisano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu, Evropski sud je zaključio da su aplikantovi navodi u odnosu na član 7 Evropske konvencije – očigledni neosnovani (tačka 25).

Uz to, Ustavni sud podsjeća da je u svojoj dosadašnjoj praksi slijedio citirani stav Evropskog suda u predmetu *Šimšić* u situacijama kada je apelacijama bilo pokrenuto pitanje primjene Krivičnog zakona BiH iz 2003. godine u pogledu krivičnog djela zločini protiv čovječnosti iz člana 172 Krivičnog zakona BiH koje je počinjeno prije stupanja na snagu navedenog zakona.<sup>88</sup> Ustavni sud smatra da su u konkretnom slučaju u potpunosti primjenjivi razlozi iz odluke Evropskog suda u predmetu *Šimšić*. Naime, i u konkretnom slučaju apelant je oglašen krivim za krivično djelo zločini protiv čovječnosti iz člana 172 Krivičnog zakona BiH, i to za radnje koje su preduzete u toku 1993. i 1994. godine tj. u vrijeme kada domaćim zakonom nije bilo propisano krivično djelo ratni zločin protiv čovječnosti, ali su predstavljale zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu koje je važilo u vrijeme njihovog izvršenja. U tom smislu, primjena Krivičnog zakon BiH iz 2003. godine ne dovodi u pitanje garancije iz člana 7 Evropske konvencije, budući da djelo za koje je apelant oglašen krivim bilo propisano u međunarodnom pravu u vrijeme kada je počinjeno.

Ustavni sud zaključuje da u okolnostima konkretnog slučaja primjena Krivičnog zakona BiH iz 2003. godine ne predstavlja kršenje člana 7 Evropske konvencije.

## 5. Pravo na slobodu izražavanja

Konkretna apelacija (predmet broj AP 866/12 od 29. maja 2014. godine) pokrenula je pitanje da li je sud apelantu opravdano izrekao novčanu kaznu zbog vrijeđanja suda, primjenjujući odredbe člana 407 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske<sup>89</sup>, odnosno da li je u konkretnom slučaju os-

<sup>88</sup> Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1232/09 od 10. oktobra 2012. godine i Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2143/11 od 24. aprila 2014. godine, dostupne na web-stranici Ustavnog suda, [www.ustavisud.ba](http://www.ustavisud.ba)

<sup>89</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 53/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 105/08.

porenim odlukama povrijeđeno apelantovo pravo na slobodu izražavanja iz člana 10 Evropske konvencije.

Ustavni sud naglašava da je sloboda izražavanja *conditio sine qua non* funkcionisanja i opstanka svakog demokratskog društva i garancija svih drugih ljudskih prava i sloboda. Svaka restrikcija, uslov, ograničenje ili bilo koja vrsta miješanja u slobodu izražavanja mogu se primijeniti samo na određeno ostvarivanje ove slobode, a sadržaj prava na slobodu izražavanja uvijek ostaje netaknut.

Ustavni sud ističe da član 10 Evropske konvencije prvim stavom definiše zaštićene slobode, a drugi stav propisuje okolnosti pod kojima se javna vlast može miješati u uživanje slobode izražavanja. Ovaj član štiti ne samo informacije i ideje koje su primljene pozitivno ili se smatraju bezopasnim ili prema njima nema stava, već i one koje vrijeđaju, šokiraju i uznemiravaju, i to je ono što zahtijeva tolerantnost i pluralizam bez kojih nema demokratskog društva.<sup>90</sup> Dalje, Ustavni sud ističe da ovaj član ne garantuje potpuno neograničenu slobodu izražavanja, te da izvršavanje te slobode nosi sa sobom „dužnosti i odgovornosti“.<sup>91</sup> Kao što je navedeno u članu 10 stav 2 Evropske konvencije, sloboda izražavanja ograničena je izuzecima, koji se moraju strogo tumačiti, a potreba da se postave bilo kakva ograničenja – mora biti uvjerljivo utvrđena.<sup>92</sup> Međutim, čak i kad se ograničavanjem prava žele zaštititi, npr., autoritet i nepristranost sudstva, ono se mora svesti na mjeru neophodnu u demokratskom društvu. To znači da ograničavanje prava ne smije prelaziti preko onog što se smatra neophodnim – da bi se zaštitio određeni interes. Suštinski je važno da određeni cilj bude jasan, što znači da država mora biti u stanju da jasno ukaže na razlog ometanja prava i na koji način je to ometanje doprinijelo postizanju cilja, u konkretnom slučaju zaštititi autoriteta i nepristranosti sudskih organa.

Stav 2 člana 10 Evropske konvencije zahtijeva da svako ograničenje prava na slobodu izražavanja mora biti „predviđeno zakonom“. Razlog za to je da lice mora imati mogućnost da predvidi sa osnovanom sigurnošću posljedice svog djelovanja. To predstavlja zaštitu od proizvoljnosti u nametanju ograničenja prava na slobodu izražavanja. Istim članom je predviđeno da svako ograničavanje prava na slobodu izražavanja bude „neophodno u demokratskom društvu“ radi zaštite određenih interesa. Ovi interesi uključuju,

<sup>90</sup> Vidi Evropski sud, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. decembra 1976. godine.

<sup>91</sup> Vidi Evropski sud, *Europapress Holding d.o.o. protiv Hrvatske*, presuda od 22. septembra 2009. godine.

<sup>92</sup> Vidi Evropski sud, *Skalka protiv Poljske*, broj 43425/98, stav 32, od 27. maja 2003. godine.

kako je navedeno u stavu 2 člana 10 Evropske konvencije, i održavanje autoriteta i nepristranosti sudstva. Prema tome, čak i kad se ograničavanjem prava žele zaštititi, na primjer, autoritet i nepristranost sudstva, ono se mora sveći na mjeru neophodnu u demokratskom društvu. To znači da ograničavanje prava ne smije prelaziti preko onog što se smatra neophodnim da bi se zaštitio određeni interes. Suštinski je važno da određeni cilj bude jasan, što znači da država mora biti u stanju jasno ukazati na razlog ometanja prava i na koji način je to ometanje doprinijelo postizanju cilja, u konkretnom slučaju zaštititi autoriteta i nepristranosti sudskih organa.

Dakle, u skladu sa stavom 2 člana 10 Evropske konvencije, vlast se može miješati u ostvarivanje slobode izražavanja samo ako se ispune tri kumulativna uslova: a) miješanje je propisano zakonom, b) miješanje ima cilj da zaštiti jedan ili više predviđenih interesa ili vrijednosti i c) miješanje je neophodno u demokratskom društvu. Sudovi moraju slijediti ova tri uslova kad razmatraju i odlučuju o predmetima koji se tiču slobode izražavanja.

U konkretnom slučaju, novčana kazna apelantu izrečena je na osnovu člana 407 stav 1 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, kojim je utvrđeno da „novčanom kaznom od 100 do 1.000 konvertibilnih maraka sud će kazniti lice koje u podnesku vrijeđa sud, stranku ili drugog učesnika u postupku [...]“. Navedeni zakon objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srpske“, a sam tekst odredbe na koju se poziva sud jezički je jasan. Prema tome, apelant je mogao predvidjeti posljedice u slučaju da se njegov pisani akt ocijeni da „vrijeđa sud, stranku ili drugog učesnika u postupku“ s obzirom na izričitu zakonsku odredbu. Dakle, iz navedenog slijedi da je donošenje rješenja kojim se apelantu izriče novčana kazna od 1.000 KM, u smislu standarda Evropskog suda, bilo predviđeno zakonom – Zakonom o parničnom postupku Republike Srpske, koji je objavljen u službenom glasniku i kao takav bio dostupan svim potencijalnim učesnicima u parničnim postupcima, pa i apelantu.

U konkretnom slučaju Ustavni sud primjećuje da je iz osporenih rješenja vidljivo da je Osnovni sud izrekao, a Okružni sud i potvrdio, novčanu kaznu od 1.000 KM apelantu, ocijenivši da u žalbi na presudu Osnovnog suda postoji dio navoda koji predstavlja vrijeđanje suda. U predmetnoj žalbi, između ostalog, apelant je naveo: „C.S., ..., navedenom nametnutom presudom svjesno i ciljno bavila se otimačinom mojih prava, imovine i pravde“, „Ako C.S. ne zna da čita i nema sposobnost kontanja...“, „Mogla je C.S. provjeriti kod boljih od sebe, pa bi saznala...“, „Problem neznanja čitanja i nesposobnosti kontanja C.S. se postavlja samo ako nije riječ o zlim namjerama“. Osnovni

sud je, dalje, obrazložio da navodi sadržani u žalbi predstavljaju „uvredljivi podnesak“ koji je normiran u članu 407 stav 1 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, ali da nije precizno definisan ovim članom, odnosno da predstavlja pravni standard. U skladu s navedenim, Osnovni sud je konstatovao da se uvredljivim podneskom može smatrati podnesak lica kojim se iznosi nešto u vezi sa ličnošću sudije ili učesnika u postupku koji je suprotan opšteprihvaćenim normama uobičajenog jezika u pravnoj korespondenciji između stranaka ili stranaka sa sudom. Prilikom odlučivanja o žalbi povodom utvrđene kvalifikacije prvostepenog suda da je riječ o uvredi, Okružni sud je prihvatio argumente prvostepenog suda uz obrazloženje da su sporni apelantovi navodi pogrešni, s obzirom na to da je „način kvalifikacija navedenih u žalbi protiv presude donesene od tog sudije usmjeren na vrijeđanje sudije koje uvijek ima značenje nepoštovanja (uvrede) suda“.

Dalje, s obzirom na to da član 10 Evropske konvencije prihvata ograničenja slobode izražavanja da bi se održali dostojanstvo i autoritet suda, Ustavni sud zapaža da se apelantovi navodi o izražavanju sumnje u nepristrasnost i neprofesionalnost suda mogu kvalifikovati kao vrijeđanje suda, jer nisu dati u granicama tolerancije koje nameće demokratsko društvo. U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi u dovoljnoj mjeri objektivno analizirali sadržaj apelantovih navoda, jer se jezičkom i pravnom analizom može utvrditi da konkretni tekst, koji izražava sumnju u nepristrasnost i neprofesionalnost suda, zaista sadrži navode uvredljivog sadržaja koji narušavaju autoritet suda.

Dalje, Ustavni sud smatra da redovni sudovi osporenim odlukama nisu prekoračili granice svojih ovlašćenja pri utvrđivanju da su apelantovi navodi uvredljivi za sud, jer je svoju odluku zasnovao na prihvatljivoj analizi činjenica koje su relevantne i svih okolnosti koje su važne u konkretnom slučaju. U tom kontekstu, Ustavni sud naglašava da je nesporno da član 407 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske propisuje da će sud, kad utvrdi da je to neophodno, kazniti lica koja vrijeđaju sud. Takođe, Ustavni sud smatra, imajući u vidu sadržaj sporne žalbe, da redovni sud u konkretnom slučaju nije na arbitraran način primijenio predmetnu zakonsku odredbu, te da je miješanje u apelantovo pravo na slobodu izražavanja bilo „u skladu sa zakonom“ i da se razlozi koje je naveo redovni sud u svojoj odluci mogu smatrati relevantnim i dovoljnim da se to miješanje opravda.

Međutim, čak i kad se ograničavanjem prava na slobodu izražavanja žele zaštititi, na primjer, autoritet i nepristrasnost sudstva, ono se mora svesti na mjeru u kojoj je to miješanje u ograničavanje prava na slobodu izražava-

nja neophodno u demokratskom društvu. To znači da ograničavanje prava ne smije prelaziti preko onog što se smatra neophodnim da bi se zaštitio određeni interes. Takođe, u primjeni svake mjere ograničavanja mora se voditi računa o proporcionalnosti između cilja koji se želi postići i upotrijebljenih sredstava. U konkretnom slučaju, imajući u vidu sve relevantne okolnosti slučaja i posebno sadržaj apelantove žalbe, Ustavni sud smatra da redovni sud, odlučujući da kazni apelanta za vrijeđanje suda maksimalnom propisanom kaznom, nije u dovoljnoj mjeri vodio računa o navedenoj proporcionalnosti ove mjere. Ustavni sud posebno naglašava da su u osporenim odlukama izostali obrazloženje i razlozi kojima se rukovodio redovni sud prilikom izricanja ovakve mjere, odnosno izostalo je obrazloženje na osnovu kojih činjenica je redovni sud stekao uvjerenje da se samo ovakvom mjerom može postići javni cilj zaštite suda od vrijeđanja.

Ustavni sud zaključuje da je povrijeđeno apelantovo pravo na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava BiH i člana 10 Evropske konvencije, jer izrečenom mjerom ograničavanja ovog prava nije postignuta proporcionalnost između javnog cilja zaštite suda od vrijeđanja i apelantovog individualnog ustavnog prava.

## 6. Pravo na imovinu

Ustavni sud ističe da je Evropski sud naveo u više navrata da koncept „imovine“ u članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju ima autonomno značenje, koje nesumnjivo nije ograničeno na vlasništvo na fizičkim stvarima: određena druga prava i interesi koji čine imovinu svakako se mogu smatrati „imovinskim pravima“ i na taj način „imovinom“ u smislu ove odredbe.<sup>93</sup> Takođe, prema postojećem običajnom pravu, „posjed“ može biti postojeći posjed ili vrijedna imovina, uključujući i odštetne zahtjeve u pogledu kojih podnosilac tužbe može obrazložiti da ima bar „legitimno očekivanje“ da će ono biti realizovano.<sup>94</sup>

Stoga, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja (predmet broj AP 941/10 od 16. maja 2013. godine) smatra da pravo na naknadu štete radi neosnovanog lišavanja slobode, za koje apelant tvrdi da mu je osporenom presu-

<sup>93</sup> Vidi Evropski sud, *Iatridis protiv Grčke*, presuda od 25. marta 1999, Izvještaji o presudama i odlukama 1999–II, strana 96, tačka 54.

<sup>94</sup> Vidi Evropski sud, *Jantner protiv Slovačke*, presuda od 4. marta 2003. godine, aplikacija broj 39050/97, stav 27 i Evropski sud, *Pressos Compania Naviera S.A. i drugi protiv Belgije*, presuda od 20. novembra 1995. godine, serija A broj 332, str. 19–24.

dom uskraćeno, predstavlja njegovo legitimno očekivanje da mu se u smislu relevantnih odredaba tada važećeg Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH<sup>95</sup> nadoknadi šteta prouzrokovana dužim boravkom u zatvoru, te stoga predstavlja imovinu u smislu značenja odredaba Evropske konvencije i uživa zaštitu iz člana II/3k) Ustava BiH i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Ustavni sud podsjeća na svoje ranije odluke i jurisprudenciju Evropskog suda kojima je utvrđeno da član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži tri različita pravila. Prvo pravilo, koje se nalazi u prvoj rečenici prvog stava, jeste opšte prirode i izražava načelo mirnog uživanja u imovini. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, određuje da se lišavanje imovine može desiti pod određenim uslovima. Treće pravilo, sadržano u stavu dva istog člana, dopušta da države potpisnice imaju pravo, između ostalog, da kontrolišu korišćenje imovine u skladu s opštim interesom. Sva tri navedena pravila nisu nepovezana i u međusobnoj kontradikciji, a drugo i treće pravilo se odnose na određene slučajeve miješanja države u pravo na mirno uživanje imovine.<sup>96</sup>

Nakon što je utvrdio da je apelant titular prava koje je zaštićeno članom II/3k) Ustava BiH i članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, Ustavni sud treba da utvrdi je li došlo do miješanja u apelantovu imovinu, te pod koje se pravilo takvo miješanje može podvesti. U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da osporena presuda Vrhovnog suda, kojom je odbijen apelantov zahtjev za naknadu štete zbog neosnovanog lišavanja slobode, nesumnjivo predstavlja miješanje u apelantovu imovinu, a takvo miješanje može se podvesti pod prvo pravilo koje izražava princip mirnog uživanja imovine.

Ustavni sud mora, kao sljedeće, ispitati je li lišavanje apelanta prava na naknadu štete (utvrđeno je da apelant nema prava na naknadu štete, jer nije bio neosnovano lišen slobode) bilo opravdano. To može biti slučaj samo ako je lišavanje imovine (a) predviđeno zakonom, (b) u javnom interesu i (c) u skladu s načelom proporcionalnosti.

Apelant tvrdi da mu je povrijeđeno pravo na imovinu zbog toga što je Vrhovni sud pogrešno primijenio materijalno pravo kada je odbio njegov tužbeni zahtjev za naknadu štete. Naime, apelant smatra da je na njegov slučaj trebalo primijeniti odredbu člana 527 stav 1 tačka 2 Zakona o krivičnom po-

<sup>95</sup> „Službene novine Federacije BiH“ br. 43/98 i 23/99.

<sup>96</sup> Vidi Evropski sud, *Holy Monasteries protiv Grčke*, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A, broj 301-A, strana 29, stav 51.

stupku Federacije BiH i da navedenom odredbom nije propisan uslov koji je naveden u osporenoj presudi (prekvalifikacija krivičnog djela u ponovnom postupku i osuda na kraću kaznu zatvora).

Imajući u vidu navedene principe, Ustavni sud u konkretnom slučaju, prije svega, konstatuje da je u toku postupka utvrđeno, što je i obrazloženo presudom redovnog suda, da je apelant pravnosnažnom presudom osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina, te da je nakon ponavljanja krivičnog postupka u drugom stepenu izvršena prekvalifikacija krivičnog djela i apelant osuđen na kaznu zatvora u kraćem trajanju, tj. u trajanju od dvije godine. Zatim, u postupku je nesporno utvrđeno da se apelant nalazio na izdržavanju kazne zatvora u periodu od 2. jula 1996. godine do 2. avgusta 2000. godine. Na osnovu navedenog, Opštinski sud je zaključio da je apelant bio lišen slobode dvije godine i mjesec dana (760 dana) duže nego što je osuđen presudom donesenom u ponovnom postupku i stoga mu pripada pravo na naknadu štete u skladu s članom 527 stav 1 tačka 2 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Navedeni zaključak prvostepenog suda potvrdio je i Kantonalni sud, te je svojom presudom snizio iznos naknade štete koja je apelantu dosuđena. Nasuprot tome, Vrhovni sud je preinačio obje presude nižestepenih sudova, smatrajući da je pogrešno primijenjeno materijalno pravo – član 541 Zakona o krivičnom postupku Republike BiH, odnosno član 527 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Razloge za navedeno Vrhovni sud vidi u tome što u konkretnom slučaju nije bilo neosnovanog lišavanja slobode jer je apelant u spornom periodu bio lišen slobode na osnovu pravnosnažne presude. Dalje, Vrhovni sud se pozvao na stav sudske prakse prema kojoj se smatra da u situaciji kakva je konkretna (u postupku po vanrednom pravnom lijeku – ponavljanje postupka dođe do prekvalifikacije krivičnog djela na blaže i osude na kaznu zatvora u kraćem trajanju), osuđeno lice nema pravo na naknadu štete i da zapravo u tom slučaju nema neosnovanog lišavanja slobode.

Međutim, Ustavni sud, suprotno stavu iznesenom u obrazloženju presude Vrhovnog suda, zapaža da je odredbom člana 523 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, kao i člana 541 Zakona o krivičnom postupku Republike BiH propisano pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude, te odredbom člana 527 stav 1 tačka 2 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH (kao i člana 545 stav 1 tačka 2 Zakona o krivičnom postupku Republike BiH) da pravo na naknadu štete pripada i osobi koja je izdržavala kaznu lišavanja slobode, a povodom ponavljanja krivičnog postupka ili zahtjeva za zaštitu zakonitosti izrečena joj je kazna lišavanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala. Dakle, odredba člana 527 stav 1 tačka 2 Zakona o

krivičnom postupku Federacije BiH odnosi se na situaciju u kojoj je ponovljen postupak po vanrednom pravnom lijeku i u ponovnom postupku donesena osuđujuća presuda i izrečena kazna zatvora u kraćem trajanju. Ustavni sud zapaža da jezičkim tumačenjem navedene odredbe proizlazi da osnov za naknadu štete po ovoj zakonskoj odredbi nije neopravdana osuda, nego okolnost da se radi o situaciji u kojoj je, dakle, lice i u ponovnom postupku proglašeno krivim i izrečena mu je kazna lišavanja slobode, ali je to lice po presudi donesenoj u prethodnom (prvobitnom) postupku bilo duže lišeno slobode u odnosu na kaznu lišavanja slobode koja je izrečena u ponovnom postupku. Pri tome, zakonodavac nije postavio bilo kakav uslov koji bi se odnosio na razloge zbog kojih je izrečena kazna lišavanja slobode u kraćem trajanju (u smislu prekvalifikacije djela ili ispunjavanja eventualno nekih drugih uslova). Dovodeći u vezu navedenu odredbu u kontekst činjenica konkretnog predmeta, Ustavni sud podsjeća da je u postupcima pred redovnim sudovima nesporo utvrđeno da je apelantu u ponovnom postupku izrečena kazna zatvora u kraćem trajanju i da je u zatvoru proveo dvije godine i mjesec dana (760 dana) duže od onog lišavanja slobode na koje je u konačnici osuđen presudom Vrhovnog suda donesenom u ponovnom postupku. Međutim, u osporenoj presudi Vrhovni sud je zaključio da se na apelantov slučaj ne može primijeniti odredba člana 527 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH zbog toga što u konkretnom slučaju nije bilo neosnovanog lišavanja slobode, s obzirom na to da je u ponovnom postupku izvršena prekvalifikacija krivičnog djela i apelant osuđen na kaznu zatvora u kraćem trajanju.

Ustavni sud zapaža da se Vrhovni sud, obrazlažući svoju odluku o odbijanju apelantovog zahtjeva za naknadu štete, pozvao na stanovište sudske prakse, pri čemu ovaj svoj stav nije temeljio na bilo kojoj drugoj odredbi Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Stoga, iako je tumačenje i primjena zakonskih odredaba, u principu, stvar redovnih sudova, Ustavni sud smatra da, u okolnostima konkretnog slučaja, Vrhovni sud ne može svojim tumačenjem ići preko nečega što zakon izričito propisuje (pravo na naknadu štete i osobama koje su bile na izdržavanju kazne lišavanja slobode, a u ponovnom postupku izrečena im je kazna lišavanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala).

Stoga, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju Vrhovni sud proizvoljno primijenio materijalno pravo, konkretno odredbu člana 527 stav 1 tačka 2 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH kada je odbio apelantov tužbeni zahtjev za naknadu štete. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da osporena odluka Vrhovnog suda ne zadovoljava standard zakoni-



tog miješanja u apelantovo pravo na imovinu. Zbog navedenog, Ustavni sud smatra da je povrijeđeno apelantovo pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava BiH i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

## 7. Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dva puta u istom predmetu

U konkretnom slučaju (predmet broj AP 381/11 od 24. aprila 2014. godine) apelant je isticao da su mu izrečene dvije kazne u dva odvojena postupka koja su vođena uporedo, a u povodu istog inkriminisanog događaja. Naime, apelantu je u prekršajnom postupku izrečena novčana kazna u iznosu od 2.400 KM, a u krivičnom postupku novčana kazna u iznosu od 1.500 KM u koju mu je uračunata novčana kazna izrečena u prekršajnom postupku. Zatim, odluka donijeta u prekršajnom postupku postala je pravnosnažna u trenutku kada je krivični postupak protiv apelanta bio u prvostepenoj fazi rješavanja.

Ustavni sud naglašava da je o gotovo identičnim pravnim pitanjima Evropski sud odlučivao u predmetima *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*<sup>97</sup>, zatim u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*<sup>98</sup>, a takođe i Ustavni sud.<sup>99</sup>

Evropski sud je u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*, a pozivajući se na stavove zauzete u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*<sup>100</sup>, utvrdio da je pri odlučivanju o postojanju dvostrukog suđenja ili kažnjavanja u smislu člana 4 Protokola broj 7 potrebno odgovoriti na sljedeća pitanja: a) da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna; b) da li je djelo zbog kojeg je apelant krivično gonjen isto (*idem*), te c) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*). Stoga je Ustavni sud apelantove navode da su mu izrečene dvije kazne u dva odvojena postupka koja su vođena uporedo ispitao u skladu s navedenim stavovima Evropskog suda.

a) *Da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna?*

Ustavni sud primjećuje da je apelant rješenjem Suda za prekršaje u Mi-

<sup>97</sup> Vidi Evropski sud, *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 32042/11, presuda od 14. januara 2014. godine.

<sup>98</sup> Vidi Evropski sud, *Maresti protiv Hrvatske*, aplikacija broj 55759/07, presuda od 23. jula 2009. godine.

<sup>99</sup> Slijedeći praksu Evropskog suda u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*, u predmetu broj AP 133/09 (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP 133/09 od 30. marta 2012. godine, „Službeni glasnik BiH“ broj 38/12).

<sup>100</sup> Vidi Evropski sud, *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, aplikacija broj 14939/03, presuda od 10. februara 2009. godine.

ličima, od 24. februara 2006. godine, i rješenjem Okružnog suda, od 21. septembra 2006. godine, kojim je preinačeno prvostepeno rješenje u dijelu odluke o kazni, proglašen odgovornim u postupku vođenom prema Zakonu o prekršajima Republike Srpske<sup>101</sup>, te mu je za počinjene prekršaje izrečena novčana kazna. Prema pravnoj kvalifikaciji, nije sasvim jasno mogu li se „prekršaji“ tretirati kao „krivična djela“. Stoga, da bi se utvrdilo da li je apelant „pravnosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom“, prvo pitanje o kojem treba odlučiti jeste da li se taj postupak odnosi na „krivičnu“ stvar u smislu člana 4 Protokola broj 7.

Ustavni sud ističe da je u predmetu broj AP 3000/06 u kojem je odlučivao o apelaciji podnesenoj protiv navedenih rješenja donesenih u prekršajnom postupku, već odlučivao o tome da li se u predmetnom prekršajnom postupku radi o „krivičnoj optužbi“ protiv apelanta, a u svrhu primjene člana 6 Evropske konvencije. Ustavni sud je zaključio da se u navedenom predmetu radi o „krivičnoj optužbi“, te da je član 6 Evropske konvencije na konkretni slučaj primjenjiv.<sup>102</sup> Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da priroda djela za koja je apelant proglašen odgovornim i za koja mu je izrečena kazna u prekršajnom postupku, rješenjem Okružnog suda od 21. septembra 2006. godine, ulaze u sferu „krivičnog postupka“ prema sadržaju člana 4 Protokola broj 7.

b) *Da li je djelo zbog kojeg je apelant krivično gonjen isto (idem)?*

Član 4 Protokola broj 7 uspostavlja jemstvo da se nikome neće suditi, odnosno da niko neće biti kažnjen za djelo za koje je već bio pravnosnažno oslobođen ili osuđen. U predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*<sup>103</sup> Evropski sud je primijetio da praksa koju je taj Sud stvorio tokom istorije primjene člana 4 Protokola broj 7 ukazuje na postojanje nekoliko pristupa kada je riječ o pitanju jesu li djela za koja je aplikant bio krivično gonjen ista. Nastojeći okončati ovu pravnu nesigurnost, Sud je odlučio dati usaglašeno tumačenje pojma „ista djela“ – odnosno elementa *idem* sadržanog u principu *ne bis in idem*.<sup>104</sup> U predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* Sud je zauzeo stav da se član 4 Protokola broj 7 mora tumačiti tako da zabranjuje krivično gonjenje ili suđenje za drugo „djelo“ – ukoliko ono proizlazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su u biti iste.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> U predmetu, broj AP 133/09 (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP 133/09 od 30. marta 2012. godine, „Službeni glasnik BiH“ broj 38/12).

<sup>102</sup> Op. cit., AP3000/06, tač. 8 i 9.

<sup>103</sup> [GC], broj 14939/03, od 10. februara 2009. godine.

<sup>104</sup> Op. cit., *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*, tačka 32.

<sup>105</sup> *Ibid*, tačka 33.

Ustavni sud primjećuje da je apelant u odnosu na prekršaj i krivično djelo proglašen krivim za isto ponašanje i u istom vremenskom okviru. S tim u vezi, takođe, primjećuje da definicija prekršaja na temelju čl. 6 i 9 Zakona o javnom redu i miru Republike Srpske<sup>106</sup> obuhvata ugrožavanje sigurnosti nekog lica zbog prijetnji da će biti napadnut njegov život ili tijelo ili život ili tijelo njemu bliskog lica, dok definicija krivičnog djela – ugrožavanje sigurnosti obuhvata takođe ugrožavanje sigurnosti nekog lica zbog ozbiljne prijetnje da će biti napadnut njegov ili njemu bliskog lica život ili tijelo. Ustavni sud zapaža da je apelant oglašen krivim za prekršaj zbog upućivanja prijetnji određenim licima (članovima porodice S.) da će napasti na njihov život ili tijelo ili život ili tijelo njima bliskih lica, čime je izazvao osjećanje fizičke ugroženosti i uznemirenosti kod navedenih lica. S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da je prijetnja da će biti napadnut nečiji život ili tijelo ozbiljna prijetnja i koja je kao takva predstavljala element prekršaja za koji je apelant proglašen odgovornim, a koja je i element bića krivičnog djela – ugrožavanje sigurnosti. U krivičnom postupku pred Osnovnim sudom apelant je ponovo oglašen krivim što je upućivao prijetnje određenim licima (članovima porodice S. i S.A.) da će ih „ubiti, kao i članove njihovih porodica“, a što je ugrozilo sigurnost tih lica. Događaji opisani u odlukama koje su donesene u oba postupka odigrali su se u istom vremenskom periodu, iste prijetnje su upućene istim licima porodice S. (s tim što je u krivičnom postupku kao radnja izvršenja navedeno i upućivanje ozbiljnih prijetnji i S.A.), sa istih brojeva telefona, odnosno odluke u oba postupka odnose se na u suštini iste događaje i iste radnje.

Prema navedenom, Ustavni sud zaključuje da su činjenice koje predstavljaju prekršaj (prijetnje porodici S.) za koji je apelant proglašen odgovornim, u suštini iste kao i one koje su bile predmet krivičnog postupka okončanog presudama koje su predmet ove apelacije, kojim je apelant oglašen krivim za predmetno krivično djelo i kažnjen, a u svrhu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. Pri tome, uračunavanje novčane kazne koju je izrekao Okružni sud, rješenjem u prekršajnom postupku od 21. septembra 2006. godine, u novčanu kaznu koju je izrekao Osnovni sud u krivičnom postupku presudom od 16. aprila 2010. godine – ne mijenja činjenicu da je apelantu dva puta suđeno za isto djelo.<sup>107</sup>

### c) *Da li je postojala dvostrukost postupka (bis)?*

Prema stanovištu Evropskog suda, „član 4 Protokola broj 7 nužno se ne proteže na sve postupke pokrenute u odnosu na isto djelo. [...] Njegov cilj i svrha podrazumijeva da, u nedostatku štete koju je dokazao podnosilac apli-

<sup>106</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 25/02.

<sup>107</sup> Vidi, op.cit., *Maresti protiv Hrvatske*, tačka 65.

kacije, već sam novi postupak pokrenut uz znanje da je okrivljenom već suđeno u prijašnjem postupku, predstavljao bi povredu ove odredbe.“<sup>108</sup>

U konkretnom slučaju, prekršajni postupak je pokrenut po zahtjevu za pokretanje prekršajnog postupka, od 18. oktobra 2005. godine, koji je podnijela Policijska stanica Milići. Odluka u ovom postupku postala je pravnosnažna 21. septembra 2006. godine. S druge strane, predmetni krivični postupak pokrenut je na osnovu optužnice koju je podiglo Okružno tužilaštvo, a koja je potvrđena 2. decembra 2005. godine, dakle u vrijeme dok prekršajni postupak još nije bio okončan. Iz navedenog, dakle, proizlazi da su ova dva postupka vođena istovremeno. Oba postupka su u žalbenom dijelu vođena pred istim Okružnim sudom. U vrijeme kada je osuda iz prekršajnog postupka postala pravnosnažna i stekla status *res judicata*, krivični postupak u tom predmetu vodio se pred prvostepenim sudom. U tim okolnostima Ustavni sud smatra da je Osnovni sud trebalo da obustavi krivični postupak (u odnosu na iste radnje iz prekršajnog postupka), i to nakon donošenja „pravnosnažne“ odluke u prvom postupku.<sup>109</sup>

Ustavni sud primjećuje da je apelant u prvostepenom postupku pred Osnovnim sudom i u žalbi Okružnom sudu izričito ukazivao da je za isti događaj pravnosnažno osuđen u prekršajnom postupku. U odgovoru na ove apelantove navode Osnovni sud, a što je potvrdio i Okružni sud, u obrazloženju je istakao: „Navedene tvrdnje Sud ne prihvata i smatra da je optuženi (apelant) počinio krivično djelo – ugrožavanje sigurnosti iz člana 169 stav 2 u vezi sa stavom 1 Krivičnog zakona Republike Srpske<sup>110</sup> čija obilježja obuhvataju i obilježja prekršaja iz čl. 6 i 9 Zakona o javnom redu i miru Republike Srpske. Ono što radnjama optuženog (apelanta) daje karakter krivičnog djela jeste ozbiljna prijetnja čije je postojanje u pozivima apelanta upućenih S. i A. nesumnjivo utvrđeno i posljedice koje je ta prijetnja izazvala kod navedenih osoba – osjećaj straha, zabrinutosti, nemira, nesigurnosti“.

Ustavni sud primjećuje da drugostepeni sud u postupku po žalbi može ispitivati samo onu povredu materijalnog prava na koju se u žalbi ukazuje. Nadalje, Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske<sup>111</sup> izričito propisuje da će povreda materijalnog prava postojati i kada je stvar već pravnosnažno presuđena“. Iz obrazloženja osporene presude Okružnog suda proizlazi da je ovaj sud zaključio da činjenica da je apelant prekršajno kažnjen za isti doga-

<sup>108</sup> Op. cit., *Maresti protiv Hrvatske*, tačka 66.

<sup>109</sup> Vidi, op. cit. *Muslima protiv Bosne i Hercegovine*, tačka 37.

<sup>110</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12.

<sup>111</sup> „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 53/12.

đaj ne isključuje postojanje krivičnog djela i krivicu, te je potvrdio prvostepenu presudu kojom je apelant proglašen krivim za isto djelo za koje je već proglašen odgovornim u prekršajnom postupku.

Prema navedenom, Ustavni sud zaključuje da je u okolnostima konkretnog slučaja došlo do dvostrukosti postupka, s obzirom na to da je rješenje iz prekršajnog postupka steklo svojstvo *res judicata* prije nego što je krivični postupak pokrenut za isto djelo okončan. Pri tome, Ustavni sud primjećuje da se krivični postupak vođen protiv apelanta ne može svrstati pod izuzetke propisane stavom 2 člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju povrijeđeno apelantovo pravo iz člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

## 8. Zaključak

Status Evropske konvencije u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine otvorio je niz teorijskih kontroverzi i rasprava u pravnoj javnosti. U radu se obrađuju neka od njih. Pri tom je posebno važno jasno definisati realistična načela prednosti prava Evropske konvencije nad nacionalnim pravom. U radu smo analizirali samo odabrane, po našem mišljenju, najvažnije najnovije odluke Ustavnog suda u vezi sa krivičnom materijom. Težište istraživanja bilo je na uticaju tih odluka na zajemčena ljudska prava, posebno pravo na pravično suđenje.

## LITERATURA

1. Antonić, V., Mitrović, D. (2012), *Posebne istražne radnje*, Sarajevo, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine.
2. Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z. (2005), *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija.
3. Bejatović, S. (2008), *Krivično procesno pravo*, Beograd, Službeni glasnik.
4. Berg, B.L. (2008), *Criminal investigation*, New York, McGraw-Hill.
5. Bohlander, M. (2009), *Principles of German Criminal Law*, Oregon, Oxford and Portland.

6. Evans, C. (2009), *Criminal Investigations, Crime Scene Investigation*, New York, Infobase Publishing.
7. Evans, C. (2009), *Evidence (Criminal Justice)*, New York, Chelsea House Publishers.
8. Grubač, M. (2008), *Krivično procesno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu
9. Kos, D. (2001), *Zaštita identiteta svjedoka – teoretski i praktički aspekti*, Zagreb, Hrvatska pravna revija (2).
10. Krapac, D. (2003), *Kazнено procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine.
11. Mears, D.P. (2010), *American Criminal Justice Policy: An Evaluation Approach to Increasing Accountability and Effectiveness*, Cambridge, University Press.
12. Newburn, T. (2007), „Understanding investigation“, u: T. Newburn et al., *Handbook of Criminal Investigation*, Devon, Willan Publishing.
13. Newton, M. (2010), *Crime Fighting and Crime Prevention*, New York, Chelsea House Publishers.
14. Roberts, P. (2007), „Law and criminal investigation“, u: T. Newburn et al., *Handbook of Criminal Investigation*, Devon, Willan Publishing.
15. Sačić, Ž. (2001), *Organizovani kriminalitet*, Zagreb, Informator.
16. Sijerčić-Čolić, H. (2008), *Krivično procesno pravo*, Knjiga I: Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje – Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
17. Sijerčić-Čolić, H. (2008), *Krivično procesno pravo*, Knjiga II: Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci – Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
18. Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. (2005), *Komentari zakona o kaznenom/krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Knjiga III. Sarajevo, Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija.
19. Simović, M., Simović, V., Todorović, Lj. (2009), *Krivični postupak Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, Sarajevo, Fineks.
20. Simović, M., Simović, V., Todorović, Lj. (2010), *Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, Sarajevo, Fineks.

21. Škulić, M. (2007), *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, Službeni glasnik.
22. Tomašević, G., Крапас, D., Gluščić, S. (2005), *Kazneno procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine.
23. Vasiljević, T. (1981), *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, Savremena administracija.
24. Žarković, M., Kesić, T. (2012), „Primjena naučnih dokaza u krivičnom postupku“, u: Korajlić, N., *Istraživanje krivičnih djela*, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

**Academician Miodrag N. Simović, Judge 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, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Sciences and Arts**

**Vladimir M. Simović, Prosecutor in Prosecutor’s Office of BiH and Assistant Professor at the Faculty for Security and Protection Independent University in Banja Luka**

## **CURRENT ISSUES OF HUMAN RIGHTS PROTECTION IN CRIMINAL CASES BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### ***Summary***

*Pursuant to Article VI(3)(b) of the Constitution of BiH, the Constitutional Court shall also have appellate jurisdiction over issues under this Constitution arising out of a judgment of any other court in Bosnia and Herzegovina. Under Article 18(1) of the Rules of the Constitutional Court of BiH, the Constitutional Court may examine an appeal only if all effective remedies available under the law against a judgment or a decision challenged by the*

*appeal have been exhausted and if the appeal is lodged within a time limit of 60 days as from the date on which the appellant received the decision on the last effective remedy he/she used. In that regard, Article 18(2) of the Rules of the Constitutional court allows for possibility that the Constitutional Court may examine an appeal where there is no decision of a competent court, if the appeal indicates a grave violation of the rights and fundamental freedoms safeguarded by the Constitution of Bosnia and Herzegovina or by the international documents applied in Bosnia and Herzegovina. The reflection on the more recent case-law of the Constitutional Court of BiH in criminal cases offers insight into some of the issues of the right to personal freedom and security, right to a fair trial, right to appeal, right to non-discrimination and punishment only on the basis of the law, right to freedom of expression, right to property and right not be tried or punished twice on the same issue.*

**Key words:** *Constitution of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Court of Human Rights, the right to a fair trial.*



## DISHARMONIJA KONTROLE OPTUŽBE I JAVNOTUŽILAČKE ISTRAGE U KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

Dr Vojislav Đurđić\*

**Apstrakt:** U radu se najpre određuje teorijski pojam sudske kontrole optužbe i vrši njena klasifikacija u odgovarajuće sisteme kontrole, utemeljena na uporednopravnim rešenjima. Dalje izlaganje sadrži eksplikaciju sudske kontrole optužbe prema pozitivnom pravu Srbije. Autor kritički analizira zakonsko uređenje podnošenja optužnice sudu, ispitivanja njenog formalnog sadržaja i odgovora okrivljenog na optužnicu. Ukazuje i na konceptijske nedostatke kontrole privatne tužbe i formiranja sudskih spisa. Nakon toga objašnjeno je i podvrgnuto kritici normiranje postupka preliminarnog ispitivanja optužbe, odluka veća o opravdanosti i zakonitosti izvođenja okrivljenog na glavni pretres te ustanovljavanje žalbe na odluku suda o potvrđivanju optužnice. Na konceptijskom planu, umesto nominalnog normiranja adverzijalnog principa, autor se zalaže za ustanovljavanje preliminarnog ročišta uređenog na principima usmenosti i kontradiktornosti, što pretpostavlja učešće stranaka i branioca na tom ročištu.

**Ključne reči:** optužnica, pripremna sednica, sudska kontrola optužbe, obustava postupka, potvrđivanje optužnice.

### 1. Nužnost reformisanja sistema kontrole optužbe posle uvođenja javnotužilačke istrage

Za srpski krivični postupak modeliran novim procesnim kodeksom iz 2011. godine može se reći da predstavlja kompilaciju inkvizicionog modela prethodnog postupka i adverzijalnog glavnog pretresa iz angloameričkog tipa

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу.

krivičnog postupka.<sup>1</sup> U jednom takvom modelu, u kome je sudska istraga zamjenjena javnotužilačkom, bilo je nužno preurediti fazu optuženja u prethodnom krivičnom postupku, a posebno sistem kontrole optužbe, zato što se tek u ovoj fazi krivična stvar po prvi put iznosi pred sud budući da nije predviđena sudska kontrola pokretanja javnotužilačke istrage.

Pošto je pokretanje i sprovođenje istrage povereno isključivo javnom tužiocu, uz potpuno potiskivanje suda iz ove faze, izuzev kad treba ograničiti prava i slobode okrivljenom, kao logično rešenje nametnula se kontrola optužbe u svakoj krivičnoj stvari. Tom idejom rukovodili su se i zakonopisci, ali umesto da osmisle konceptijski novi sistem sudske kontrole optužbe po službenoj dužnosti, izvršili su samo reviziju do tada važećeg sistema. Mehanički su odstranili prigovor protiv optužnice da bi ostala samo kontrola po službenoj dužnosti, a sve ostale odredbe iz ranije važećeg zakonika o organu koji vrši kontrolu, postupku i odlukama, doslovce su preuzeli i neznatno ih terminološki uskladili sa novom zakonskom definicijom početka krivičnog postupka. Uistinu, da bi u postupak kontrole optužbe uneli adverzijalne elemente, uveli su i odgovor na optužnicu, ali on nema neki procesni značaj, budući da nisu propisane nikakve procesne posledice ako sud ne uzme u obzir izjavljeni odgovor.

Posle uvođenja javnotužilačke istrage, kontrola optužbe, sama po sebi, a osobito zbog mehanicističkog pristupa zakonopisaca njenoj reviziji, postala je aktuelna tema za teorijsku i stručnu analizu. U ovom radu biće ukazano na konceptijski nesklad između novog modela kontrole optužbe i javnotužilačke istrage u opštoj formi<sup>2</sup> krivičnog postupka Srbije. S tim ciljem, najpre će biti izložena teorijska eksplikacija sistema kontrole optužbe, oslonjena na doktrinarnе stavove i uporednopravna rešenja, a zatim će biti analizirane odredbe važećeg srpskog zakonika kojima je uređena faza optuženja (stavljanje pod sud), što uključuje raspravu o podizanju optužbe, o novom modelu sudske kontrole optužbe (koji obuhvata preliminarno ispitivanje optužnog akta i odluke vanpretresnog veća) i na kraju, o pravu žalbe na sudske odluke donete u postupku potvrđivanja optužnice.

<sup>1</sup> Opširnije, vidi V. Đurđić, *Priroda i procesna struktura novog krivičnog postupka Srbije*, Pravni život, br. 9/2011, str. 755–772.

<sup>2</sup> Izlaganjem neće biti obuhvaćena kontrola optužbe u sumarnom krivičnom postupku budući da u ovoj posebnoj formi krivičnog postupka uopšte nema faze istrage.

## 2. Pojam i sistemi kontrole krivične tužbe

U savremenom krivičnom postupku, nezavisno od toga da li se radi o optužnom (angloameričkom) ili mešovitom (kontinentalnoevropskom) tipu krivične procedure, okrivljeni se ne izvodi na glavni pretres odmah nakon podizanja optužbe, već sud, po pravilu, prethodno ispituje optužbu. Ta etapa se u kontinentalnoevropskom krivičnom postupku nalazi između istrage i glavnog pretresa i, u stvari, predstavlja “prethodno suđenje o optužbi”. U postupku kontrole optužbe sud meritorno ne presuđuje krivičnu stvar već ispituje da li se okrivljenom uopšte može suditi na glavnom pretresu. Suštinu kontrole optužbe u užem, pravom smislu<sup>3</sup> čini *ispitivanje opravdanosti i zakonitosti izvođenja okrivljenog na glavni pretres*. Kontrolu “opravdanosti” optužbe treba shvatiti kao sudsko ispitivanje i ocenu osnovanosti optužbe do određenog stepena<sup>4</sup> sumnje. Kontrola zakonitosti optužbe obuhvata ispitivanje i ocenu materijalnopравних i procesnopравних uslova i eventualnih smetnji za izvođenje okrivljenog na glavni pretres radi suđenja. Sudska kontrola optužbe ne sme da se pretvori u presuđenje krivične stvari pre glavnog pretresa. Zadatak suda je da reši može li se uopšte suditi okrivljenom, a da li će i biti osuđen, meritorno se rešava na glavnom pretresu. O upućivanju krivične stvari na glavni pretres sud odlučuje na takav način da ne prejudicira donošenje meritorne odluke. Radi efikasnog odvijanja glavnog pretresa, u postupku kontrole optužbe sud rešava i neka druga pitanja, koja su akcesornog značaja u odnosu na osnovni predmet kontrole (npr. odlučuje o spajanju i razdvajanju krivičnog postupka, pravnoj kvalifikaciji, pritvoru i dr.).

Osnovna je svrha sudske kontrole optužbe da spreči neopravdano i nezakonito izvođenje okrivljenog na glavni pretres.<sup>5</sup> Pored toga, zadatak je sudske kontrole da ispita zakonitost primene mera prinude (pritvora, jemstva i dr.), ako su izrečene, i da omogućiti upućivanje krivične stvari na glavni pretres

<sup>3</sup> Kontrolu optužbe u užem smislu treba razlikovati od sudske kontrole krivičnog gonjenja, tj. optužbe u širem smislu, koja se vrši prilikom pokretanja istrage kad je istraga sudska ili kad je kontrola pokretanja javnotužilačke (ili policijske) istrage poverena sudu (Vidi: Војислав Ђурђић, *Krivično procesno pravo – Posebni deo*, Niš, 2011, str. 77).

<sup>4</sup> U novom procesnom kodeksu taj stepen je “opravdana” sumnja, kako je i imenovana svrha kontrole optužbe u delu koji se odnosi na njenu činjeničnu zasnovanost (vidi čl. 331 st. 2). Teorijski gledano, to bi morao biti viši stepen od onog potrebnog za sprovođenje istrage: do sada je za pokretanje istrage bila neophodna “osnovana sumnja”, pa je za podizanje optužbe bila potrebna “verovatnoća”; u novom kodeksu je za pokretanje (javnotužilačke) istrage potreban niži stepen – “osnovi sumnje”, a za podizanje optužbe “opravdana sumnja”, kao viši stepen.

<sup>5</sup> Цф. А. С. Мамыкин, Назначение судебного заседания, в кн. *Уголовный процесс*, под общей редакцией А. С. Кобликова, Москва, 1999, 222, 223.

radi presuđenja (kad sud oceni da je optužba činjenično zasnovana i zakonito podignuta). U optužnom tipu krivičnog postupka svrha te kontrole je još da omogući okrivljenom da sazna za dokaze kojima raspolaže optužba i da se fiksiranjem iskaza svedoka osigura njihova dokazna snaga.

Istorijski i uporednopravno posmatrano, kontrola optužbe uređena je na različite načine. U mnoštvu specifičnosti zakonske regulative treba pronaći zajedničke odlike po kojima se dati način kontrole može prepoznati i klasifikovati u određenu grupu. Za grupisanje raznolike kontrole optužbe u određeni tip, odnosno sistem, mogu se kao validni uzeti raznoliki kriterijumi: na čiju inicijativu se sprovodi postupak kontrole optužbe, sastav suda koji vrši kontrolu, forma postupka u kome se odlučuje, svrha i obim odlučivanja povodom podignute optužbe i dr.

Prema subjektu koji inicira postupak kontrole optužbe, postoje tri sistema kontrole optužbe: (a) kontrola optužbe *na inicijativu (ili voljom) okrivljenog*, (b) kontrola optužbe *po službenoj dužnosti* i (v) *mešoviti sistem*, kad su u krivični postupak inkorporisana oba prethodna sistema kontrole.

U prvopomenutom sistemu nema sudske kontrole optužbe bez inicijative okrivljenog ili protiv njegove volje. Tom sistemu pripada kontrola optužbe *po prigovoru protiv optužnice*, koja je u naš pravni sistem uvedena još 1929. godine,<sup>6</sup> a takva mešovita organizacija stavljanja pod optužbu nakon istrage preuzeta je iz austrijskog krivičnog procesnog prava, u koji je uvedena 1873. godine po predlogu Glazera.<sup>7</sup> Kontrola optužbe isključivo na osnovu prigovora protiv optužnice okrivljenog ili njegovog branioca, zadržala se u nas do 1976. godine. U ovaj sistem kontrole optužbe može se razvrstati i model krivičnog postupka u kome je sudska kontrola optužbe pravo<sup>8</sup> okrivljenog, kojeg se on može odreći, kao što je to u pravnom sistemu SAD. U američkom postupku, naime, sudija (magistrat) zakazuje prethodno ročište (*preliminary examination*),<sup>9</sup> na kome se vrši kontrola optužbe samo ako se okrivljeni ne

<sup>6</sup> Opširnije: Dr Božidar Marković, *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1930, str. 476–484.

<sup>7</sup> M. P. Čubinski, *Naučni i praktični komentar zakonika o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1933, str. 365.

<sup>8</sup> Vidi: dr Mirjan Damaška, *Krivično procesno pravo SAD* (skripta), Zagreb, 1963, str. C-26.

<sup>9</sup> Nakon preliminarnog ispitivanja optužbe na prethodnom ročištu pred magistratom, po pravilu sledi postupak stavljanja pod optužbu pred „velikom porotom“. Postupak pokreće javni tužilac podnošenjem nacrt optužbe (i liste svedoka koje treba ispitati), a nakon ispitivanja, velika porota (po pravilu) potvrđuje nacrt optužbe i ta optužba (*indictment*) podnosi se sudu po kojoj treba meritorno da presudi. Budući da se pred porotom nepotrebno ponavlja ispitivanje optužbe sprovedeno na prethodnom ročištu pred magistratom, pored onih država SAD u kojima je optuživanje od strane velike porote obavezno, postoje i države u kojima javni tužilac odlučuje da li će podići optužnicu (*information*) ili pokrenuti postupak pred velikom porotom da podigne optužbu (*indictment*), kao i države u kojima optuživanje

odrekne prava da se na tom ročištu ispita ima li dovoljno dokaza za podizanje optužbe protiv njega, ali se ovo preliminarno ispitivanje optužbe ne vrši za krivična dela koja se presuđuju u sumarnom krivičnom postupku (*petty offences*).

Drugom sistemu kontrole pripadaju ona zakonska rešenja kod kojih za pokretanje postupka sudske kontrole optužbe nije potrebna nikakva inicijativa stranaka nego je dovoljno da tužilac podigne optužni akt pa da sud po službenoj dužnosti izvrši kontrolu optužbe, što po pravilu čini u svakoj krivičnoj stvari. Ovaj sistem predviđen je u procesnim zakonodavstvima kontinentalnoevropskih i drugih zemalja u kojima je istraga poverena javnom tužiocu, bilo da te zemlje baštine klasičan mešoviti tip krivičnog postupka (kao što je npr. nemački, ruski ili bugarski krivični postupak) bilo da su reformisale svoje krivične procedure pod uticajem optužnog tipa krivične procedure ili recepcijom njegovih principa i ustanova (poput hrvatskog, srpskog ili bosanskohercegovačkih krivičnih postupaka), ili pak pripadaju klasičnom optužnom sistemu krivičnog postupka (kao što je engleski). Sudska kontrola optužbe neophodna je u svakoj krivičnoj stvari zarad zaštite prava i sloboda okrivljenog (ili osumnjičenog) jer istragu ne sprovodi sud već državni organ posebno ustanovljen za gonjenje učinilaca krivičnih dela (u mešovitom tipu), ili istrage u klasičnom smislu, kako se ona shvata u kontinentalnoevropskom pravu, uopšte i nema. U nas je kontrola optužbe po službenoj dužnosti bila predviđena Zakonom o krivičnom postupku iz 1948. godine<sup>10</sup> i vršila se na tzv. *pripremnoj sednici* sudećeg veća.

Treći, mešoviti sistem kontrole optužbe predstavlja kombinaciju prethodna dva – kontrola optužbe je moguća i na inicijativu okrivljenog i po službenoj dužnosti. Ovaj mešoviti sistem sudske kontrole optužbe bio je predviđen našim procesnim zakonikom iz 2001. godine<sup>11</sup> – važno je pravilo da kontrolu optužbe vrši sud na osnovu prigovora protiv optužnice koji podnese okrivljeni ili njegov branilac (kontrola na inicijativu okrivljenog), a ako prigovor ne bude podnesen ili bude odbačen, bila je moguća sudska kontrola optužbe na zahtev predsednika sudećeg veća (kontrola po službenoj dužnosti).<sup>12</sup>

Kontrolu optužbe vrše različiti sudski organi *u inokosnom ili zbornom sastavu*, a ovaj drugi sastav mogu činiti (a) *samo sudije po pozivu* ili (b) i su-

od strane velike porote uopšte ne postoji. Optuživanje o strane velike porote se u SAD smatra pravom okrivljenog, kojeg se on može odreći, čak i u onim državama u kojima je postupak optuživanja od strane velike porote obavezan.

<sup>10</sup> Vidi član 186 Zakona o krivičnom postupku FNRJ („Sl. list. FNRJ“ br. 97 od 6. novembra 1948).

<sup>11</sup> „Sl. glasnik SRJ“ br. 70/2001 i 68/2002 i „Sl. glasnik RS“, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005 i 85/2005.

<sup>12</sup> Amlius: Vojslav Đurđić, *Krivično procesno pravo – Posebni deo*, Niš, 2011, str. 79–96.

dije porotnici i profesionalne sudije (koji čine *mešovito veće*) ili (c) *samo porotnici*. Inokosni sastav suda koji vrši kontrolu optužbe procesnoppravno je uslovljen formom i strukturom datog tipa krivičnog postupka, pa tu ulogu vrše raznovrsni inokosni sudski organi, na primer, magistrat u američkim državama ili sudija za prethodni postupak, u Republici Srpskoj, inokosni sudija u Rusiji<sup>13</sup> ili u Bugarskoj<sup>14</sup>, itd. Zborni sastav suda koji čine isključivo profesionalne sudije (tzv. *veće pozivnih sudija* ili *vanpretresno veće*), ustanovljen je kao organ sudske kontrole optužbe, na primer, u crnogorskom<sup>15</sup> i novom srpskom krivičnom postupku.<sup>16</sup> I hrvatskim procesnim zakonodavstvom predviđeno je da kontrolu krivične tužbe vrši *veće pozivnih sudija*, ali (čini se posve racionalno) u sadejstvu sa sudijom istrage koji prethodno vrši formalno ispitivanje optužnice, tako da se u postupku sudske kontrole optužbe javlja i inokosni (sudija istrage) i zborni sastav suda (optužno *veće*).<sup>17</sup> Mešovito *veće* sastavljeno od sudija po pozivu i sudija porotnika, kao sudski organ koji vrši kontrolu optužbe na pripremnoj sednici,<sup>18</sup> bilo je karakteristično za bivše istočnoevropske zemlje. Za razliku od prethodno pomenutih sudskih organa u uporednom pravu, to mešovito *veće* koje je vršilo kontrolu optužbe nakon toga je presuđivalo krivičnu stvar na glavnom pretresu, dakle, javljalo se kao *sudeće veće*. U nemačkom krivičnom postupku *sudeće veće* je i danas sudski organ koji ispituje optužbu i odlučuje da li će se otvoriti glavni pretres.<sup>19</sup> Kontrola optužbe od strane porotnog suda bila je karakteristična za engleski krivični postupak, u kome je upućivanje krivičnog predmeta na glavni pretres radi presuđenja vršila „velika porota“, koja se zadržala do današnjih dana u nekim američkim državama.

Forma postupka sudske kontrole nije uniformna, pa bi se sve te raznolikosti mogle najpre razvrstati u pismenu i usmenu formu. Sudska kontrola optužbe u *pismenoj formi* vrši se na osnovu spisa predmeta koje tužilac dostavlja sudu nakon podizanja optužbe (ili spisa koji su već formirani u istrazi ako je ona sudska). Pismena forma je česta kad kontrolu optužbe vrši inokosni

<sup>13</sup> Vidi: B. B. Вандышев, *Уголовный процесс*, Санкт-Петербург, 2002, str. 271–278.

<sup>14</sup> Vidi čl. 254 st. 1 ZKP Bugarske (*Nakazatelno-procesualen kodeks*, izd. „Nova zvezda“, Sofija, 2007).

<sup>15</sup> Opširnije: Drago Radulović, *Komentar zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2009, str. 58–60, 346, 347.

<sup>16</sup> Odredbom čl. 21 st. 4 Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, predviđeno je da *veće* koje čine troje (profesionalnih) sudija, između ostalog, „donosi odluke izvan glavnog pretresa“, što se konkretizuje odredbama o postupku kontrole optužbe („Sl. glasnik RS“ br. 72/2011).

<sup>17</sup> Opširnije: Berislav Pavišić i suradnici, *Krivično procesno pravo*, Rijeka, 2010, str. 327–334.

<sup>18</sup> O pripremnoj sednici vidi: M. С. Строгович, *Уголовный процесс, Том II*, Москва, 1970, 218–220.

<sup>19</sup> §199. StPO.

sudski organ,<sup>20</sup> ali nije uslovljena sastavom suda koji ispituje podignutu optužbu, u pogledu broja sudija (inokosni ili zborni sastav) ili učešća sudija laika (veće pozivnih sudija, ili mešovito veće), niti funkcijom koju taj sudski organ ima u čitavom postupku (da li odlučuje pre glavnog pretresa ili je taj sudski organ istovremeno i sastav suda koji meritorno presuđuje krivičnu stvar na osnovu glavnog pretresa). Pismena forma javlja se i kod zbornog sastava, bilo da optužbu prethodno ispituje vanpretresno veće, kao što je slučaj u našem pozitivnom pravu,<sup>21</sup> ili mešovito veće, kao što je bilo u ruskom procesnom zakonodavstvu<sup>22</sup>. Usmena forma karakteristična je za prethodno ispitivanje optužbe u angloameričkom modelu krivičnog postupka,<sup>23</sup> ali se sve više ustaljuje i u evropskom kontinentalnom pravu sa prodorom ideje da pravičan postupak pretpostavlja kontradiktorno raspravljavanje i u pretpretresnim fazama krivičnog postupka. Za ostvarenje usmene forme neophodno je prisustvo stranaka i branioca na sednici na kojoj se pred sudom preliminarno raspravlja o optužbi (otuda i nazivi *preparatory hearings*, *preliminary examination*), a u sistemima kontrole koji se zasnivaju na izvođenju dokaza optužbe (izuzetno i odbrane), karakterističnim za angloameričko pravo, potrebno je da prethodnom ročištu prisustvuju i svedoci i veštaci. Iako to nije često u uporednom pravu, pismena i usmena forma mogu se kombinovati u onom postupku kontrole optužbe koji teče pred dva različita sudska organa, kao što je predviđeno u hrvatskom procesnom zakonodavstvu (sudija istrage ispituje formalnu ispravnost optužnice samo na osnovu spisa, a nakon toga optužno veće ispituje optužnicu na sednici na kojoj se usmeno i kontradiktorno raspravlja).

Osim po usmenoj ili pismenoj formi, postupci sudske kontrole optužbe razlikuju se i u pogledu izvođenja dokaza na prethodnom ročištu na kome se ta kontrola i vrši. Načelno uzev, dva su takva načina: prema jednom, koji odlikuje evropsko kontinentalno procesno pravno, na prethodnom ročištu se ne izvode dokazi, već se po pravilu saslušavaju samo stranke, a odluka se donosi na osnovu spisa predmeta u kojima su zasvedočeni dokazi izvedeni ili prikupljeni pre podizanja optužbe; prema drugom modelu karakterističnom za optužni tip krivičnog postupka, na prethodnom ročištu se obavezno ispituju svedoci optužbe (i veštaci u svojstvu stručnih svedoka). Iako na prvi pogled nije sasvim logično, ova dva načina kontrole optužbe mogu se kombinovati,

<sup>20</sup> O pismenoj formi odlučivanja koja je karakteristična za sve bosanskohercegovačke procesne kodekse, vidi: dr Miodrag Simović, *Krivično procesno pravo*, Banja Luka, 2009, str. 331 i 332.

<sup>21</sup> Vidi: Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 426–432; dr Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 364–370.

<sup>22</sup> Vidi *supra* fusnota 16.

<sup>23</sup> Za engleski krivični postupak vidi: Peter Hungerford-Welch, *Criminal Procedure and Sentencing*, Seventh Edition, London and New York, 2009, pp. 493–499.

tako da se odluka da nema mesta krivičnom postupku (tj. odluka o odbijanju optužbe) ili odluka o upućivanju krivičnog predmeta na glavni pretres, može zasnivati na spisima predmeta, a ako to ne bude dovoljno, na dokazima koje će izvesti sudski organ na ročištu za prethodno ispitivanje optužbe, kao što je uređeno u italijanskom postupku.<sup>24</sup>

### **3. Adaptiranje faze optuženja novoj prirodi istrage**

Presuđenju krivične stvari prethodi faza optuženja, tj. faza “stavljanja pod optužbu”, čija je svrha priprema glavnog pretresa. Otuda je optuženje faza pripremnog, prethodnog stadijuma krivičnog postupka, koja u srpskom krivičnom postupku može započeti ako postoji dovoljno osnovana sumnja (tzv. verovatnoća) o krivičnom delu i učiniocu. Počev od ove faze ostvaruje se optužba u užem smislu (kraće – optužba), za razliku od istrage, koju karakteriše optužba u širem smislu<sup>25</sup> (preciznije krivično gonjenje). Iniciranje ove faze je tačka u kojoj krivično gonjenje evoluiru u optužbu, kao rezultat jačanja činjeničnog supstrata na kome se optužba temelji.

U reformisanom krivičnom postupku Srbije faza optuženja i dalje se sastoji od *podizanja optužnice* i *sudske kontrole optužbe*, koja se sprovodi po službenoj dužnosti. I pored nastojanja zakonopisaca da inoviraju ovu fazu saglasno principima adverzijalnog postupka, i to sa izraženim nastojanjem da novo uređenje bude originalno, novim zakonskim rešenjima može se uputiti kritika da pojedina nisu u saglasju sa novom prirodom istrage, da neka nisu racionalna ili da pogoršavaju položaj oštećenog u krivičnom postupku. Imamo u vidu zakonsku regulativu ovlašćenih tužilaca, odredbe o formiranju sudskih spisa i ustanovljavanje odgovora na optužnicu.

<sup>24</sup> U italijanskom krivičnom postupku, na prethodnom ročištu sudija najpre utvrđuje prisustvo stranaka i drugih obaveznih učesnika u ovom postupku. Potom stranke (i branilac) vode raspravu o optužbi i dokazima na kojima se zasniva, služeći se podacima sadržanim u spisima predmeta, ali okrivljeni može zahtevati da bude ispitan po pravilima *cross examination*. Ako nakon te rasprave sudija zaključi da može odlučiti na temelju “stanja spisa”, on izdaje nalog kojim određuje suđenje ili donosi “presudu” da nema mesta daljem postupku, a ako smatra da ne može odlučiti na osnovu spisa predmeta, upućuje državnog tužioca na naknadna istraživanja ili po službenoj dužnosti određuje izvođenje dokaza koji se pokazuju kao verovatno odlučujućim za oslobađanje okrivljenog, tj. za donošenje odluke da daljem postupku nema mesta. Te dokaze izvodi upravo sudija koji vrši kontrolu optužbe, i to odmah nakon što je odredio da se izvedu, a ako to nije moguće, zakazuje novo ročište (Maria Grazia Coppetta, Prethodna istraživanja i prethodno ročište, u: *Talijanski kazneni postupak*, redakcija B. Pavišić, Rijeka, 2002, str. 156).

<sup>25</sup> Isto tako: Dr Božidar Marković, *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*, Narodna štamparija, Beograd, 1930, str. 472.



**(a) Neadekvatno određivanje ovlašćenih tužilaca**

Prema načelu optužbe, opšta forma krivične procedure redovno započinje podizanjem optužnog akta od strane tužioca. Temeljeći uređenje postupka presuđenja krivične stvari na ovom načelu, novim procesnim kodeksom predviđeno je da se redovni krivični postupak pred sudom prve instance (sada krivični postupak u užem smislu, tj. sudski krivični postupak), pokreće na osnovu optužnice javnog tužioca ili privatne tužbe. Više nije moguće da se krivični postupak pred sudom pokrene na osnovu optužnice oštećenog, pošto po novom zakonskom rešenju oštećeni u istrazi ne može steći svojstvo supsidijarnog tužioca, bilo da javni tužilac po krivičnoj prijavi uopšte ne pokrene istragu, bilo da je nakon pokretanja obustavi. Zbog ovakvog rešenja, moglo bi se postaviti pitanje da li je ugroženo pravo oštećenog na pristup sudu, a osobito pitanje može li zaštita prava oštećenog zavisiti od faze krivičnog postupka i vrste organa postupka koji tu fazu sprovodi (ako javni tužilac obustavi istragu, oštećeni ne može steći svojstvo supsidijarnog tužioca, ako pak odustane od potvrđene optužnice u glavnom krivičnom postupku, koji se odvija pred sudom, to pravo oštećeni ima?).<sup>26</sup> Kao da se ostvaruje već izrečena tvrdnja da sa svakom novelom procesnog zakonika oštećeni dolazi u sve teži položaj da zaštititi svoja prava.

Dok je oštećeni kao supsidijarni tužilac razvlašćen i sada mu je uskraćeno pravo da podigne optužnicu kao supsidijarni tužilac u redovnom krivičnom postupku, to nije slučaj sa privatnim tužiocem. Da je i privatni tužilac ovlašćen da podigne privatnu tužbu u opštoj formi krivičnog postupka proizlazi iz odredbe kojom je predviđeno da će se “odredbe o optužnici i ispitivanju optužnice” shodno primenjivati “i na privatnu tužbu, osim ako se ona podnosi za krivično delo za koje se sprovodi skraćeni postupak” (čl. 331 st. 6). Odredba je preuzeta iz do sada važećeg kodeksa (čl. 265 st. 2 ZKP/01) bez ikakvih suštinskih izmena, ali su zakonopisci izgleda izgubili iz vida da su proširili primenu sumarnog krivičnog postupka. Sa proširivanjem polja važenja sumarnog krivičnog postupka na sva krivična dela sa zaprećenom kaznom zatvora do osam godina (čl. 495), odredbe o privatnom tužiocu u redovnom krivičnom postupku postale su faktički suvišne, moglo bi se reći i bez ikakvog smisla, jer su zaprećene kazne za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi<sup>27</sup> ostale nepromenjene i niže su od limita potrebnog za opštu

<sup>26</sup> *Amplius*: V. Đurđić, *Pravo na pravično suđenje u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije*, u: *Kriminal, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima*, Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, MMXIII, str. 96 i 97.

<sup>27</sup> O kritici tzv. zakonske kaznene politike za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi, vidi:

formu поступка. Наиме, изузев два кривична дела<sup>28</sup> којих скоро да нема у судској пракси, за сва остала кривична дела која се gone по приватној тузби, у Кривичном законик у propisane су казне мање од осам година затвора, те се по normama новог процесног кодекса за та дела може судити само у сумарном кривичном поступку, у коме се, по самом закону, „одредбе о оптужници и испитивању оптужнице“ не примењују. Због те унутрашње некоherentности новог кодекса и неuskлађености с материјалним кривичним правом, одредбе о приватном тужиоцу у редовном кривичном поступку треба брисати из законског текста а сумарни поступак уредити тако да се у њему решавају сва дела која се gone по приватној тузби.

Из круга овлашћених тужилаца који имају право да захтевају покретање редовног кривичног поступка искључен је оштећени као супсидијарни тужилац, па је тако, уз свођење приватног тужиоца у овом поступку на једно кривично дело, јавни тужилац inaugurisan у јединог тужиоца овлашћеног да од суда захтева покретање редовног кривичног поступка. У вези с тим, још једном да потцртамо да се искључењем супсидијарне тужбе приликом иницирања судског кривичног поступка доводи у питање заштита права оштећеног, те да је његов положај радикално погоршан. Према новом законском решењу, до момента потврђивања оптужнице оштећени је у потпуности препуштен јавном тужиоцу, с тим што заштиту својих права може тражити и од вишег јавног тужиоца (чл. 51 ст. 3), али је питање колико то средство уопште може бити делотворно.

### **(b) Neuskлађеност начина формирања судских spisa са adverzijалном природом главног pretresa**

Nakon увођења јавнотужилачке истраге и пасивизације суда путем укидања начела истине и tzv. истраживачке максиме, очекивао се одговор законписача на питање како приликом покретања судског поступка осигурати објективне услове непристрасности тог пасивног судије који на главном pretresу треба да presуди о оснoваности оптужбе. Начелно и поједностављено узев, судеће судије би требало да се упознају са садржином svakог доказа тек на главном pretresу након што их странке пред судом изведу. Изгледа да се piscи законског текста тиме нису opterećivalи. I према одредбама новог кодекса, оптужница се подноси већу позивних судија (чл. 21 ст. 4) у довољном броју

---

Vojislav Đurđić, *Načela кривичног gonjenja и njihov doprinos ефикасности кривичног поступка*, у: *Alternativne кривичне sankcije и pojednostavljene forme postupanja*, Beograd, 2009, str. 109 і 110.

<sup>28</sup> Од свих кривичних дела која се gone по приватној тузби, само су за кривично дело теške краде из члана 204 ст. 4 і кривично дело преваре из члана 208 ст. 4 Кривичног законика propisane казне затвора од две до десет година, і то под условом да је то дело извршено према licу са којим učinilac живи у zajedničkom домаћинству (чл. 222 KZ).

primeraka, što je sasvim razumljivo, ali se uz nju i dalje dostavljaju “spisi sačinjeni tokom istrage od strane javnog tužioca” (čl. 333 st. 1). Na osnovu tih spisa, po prvi put se u jednoj krivičnoj stvari formiraju sudski spisi. U tom pogledu, procesna pravila uopšte nisu izmenjena – formiranje spisa uređeno je kao da je istraga i dalje sudska. Naime, javni tužilac u istrazi formira spise predmeta koji se prilikom podizanja optužnice jednostavno dostavljaju veću pozivnih sudija (čl. 331 st. 1), a potom sudećem veću (čl. 344 st. 1) i tako, bez ikakvih prepreka, javnotužilački spisi postaju sudski spisi. Na taj način se rezultati prethodnih istraživanja javnog tužioca (iz predistrage i istrage) prelijavaju na glavni pretres. Zbog nadmoćnog položaja javnog tužioca u pretpretresnim fazama postupka, u odnosu na okrivljenog kao suprotne stranke, pošto mu na raspolaganju stoje svi državni resursi, posve je jasno da će se kroz tako formirane „sudske“ spise njegov uticaj prenети do sudećeg veća i nesumnjivo uticati na uverenje sudija prilikom izricanja presude, nezavisno od dokaza koji budu izvedeni na glavnom pretresu. Tako nesudski dokazi postaju temelj sudskog ubeđenja da neka pravno važna činjenica postoji. Kako je sve moguće rešavati ovo pitanje u adverzijalnom krivičnom postupku mogu poslužiti iskustva drugih zakonodavaca, kao što je, na primer, rešenje italijanskog zakonodavca o formiranju “sudske fascicle”<sup>29</sup>.

### **(c) Koliko je racionalna kontrola formalne ispravnosti optužnice?**

Kao jedini sudski organ kome je u funkcionalnu nadležnost stavljen postupak kontrole optužbe, novim zakonikom je određeno vanpretresno veće. Po prijemu optužnice, veće pozivnih sudija odmah ispituje da li ona sadrži sve formalne elemente propisane zakonom, pa ako je nepropisno sastavljena, vraća je javnom tužiocu na ispravku. Ostale odredbe o roku za ispravljanje optužnice i propuštanju roka u svemu su iste kao u ranije važećem procesnom zakoniku, s tim što je precizirano da će optužnica biti odbačena ako javni tužilac propusti taj rok. Ova procesna sankcija predviđena je radi uspostavljanja procesne discipline i poboljšanja efikasnosti postupka. U vezi s tim, može se prigovoriti da je neracionalno da celo veće zaseda da bi utvrdilo da je optužnica nepropisno sastavljena, pa da nakon ponovnog dostavljanja optužnice ponovo drži sednicu. Jednostavnije je i daleko racionalnije da ispitivanje formalne ispravnosti vrši inokosni sudski organ, u ovom slučaju ili sudija za prethodni postupak ili predsednik veća pozivnih sudija, u čiju bi se funkcionalnu nadležnost mogle staviti i neke druge odluke za koje je sada propisano da ih donosi veće u okviru preliminarnog ispitivanja optužnice. Ovako kako

<sup>29</sup> Vidi čl. 431 italijanskog krivičnog postupka.

je sada regulisano, vanpretresno veće dva puta zaseda po istoj optužnici – jednom ispituje i odlučuje o formalnoj valjanosti optužnice, a nakon podizanja ispravljene optužnice ispituje njenu činjeničnu i pravnu zasnovanost.

#### **(d) Odgovor okrivljenog na optužnicu – delotvorno pravno sredstvo ili adverzijalni ukras?**

Dosadašnji mešoviti sistem kontrole optužbe, u kome se sudska kontrola optužbe odvijala na osnovu prigovora protiv optužnice ili na zahtev predsednika sudećeg veća, s razlogom je zamenjen modelom kontrole optužbe po službenoj dužnosti u svakoj krivičnoj stvari. Sudska kontrola optužbe po službenoj dužnosti bila je nužna jer će posle uvođenja javnotužilačke istrage, o čijem pokretanju odlučuje isključivo sam javni tužilac, uvek izostati sudska kontrola krivičnog gonjenja koja je bila obavezna kad je istraga bila sudska. Međutim, da bi se novi model kontrole optužbe prilagodio novoj prirodi sudskog postupka, ustanovljen je odgovor okrivljenog na optužnicu, kao adverzijalni element.

Normativno je ta ideja realizovana pomoću sledećih procesnih pravila. Predviđeno je da propisno sastavljenu optužnicu predsednik veća pozivnih sudija dostavlja okrivljenom – ako je na slobodi, bez odlaganja, a ako se nalazi u pritvoru, u roku od 24 časa od prijema optužnice, a u naročito složenim predmetima u roku od najviše tri dana od dana prijema optužnice (čl. 335 st. 1). Predaja optužnice licu kome je vanpretresno veće tek odredilo pritvor ili se već nalazi u pritvoru, vrši se po pravilima koja su preuzeta iz ranije važećeg procesnog zakonika (čl. 270 st. 3 i 4 ZKP/01). Uz optužnicu se okrivljenom dostavlja ili predaje pouka o pravu na podnošenje prigovora. Po prijemu optužnice, okrivljeni ima pravo da podnese pisani odgovor na optužnicu, u roku od osam dana od dana dostavljanja ili predaje optužnice (čl. 336 st. 1). I bez posebnog ovlašćenja okrivljenog, ali ne i protiv njegove volje, odgovor na optužnicu može podneti i branilac. Zbog toga optužnicu treba dostavljati i braniocu, iako to nije izričito propisano.

Uvođenjem odgovora na optužnicu, umesto dosadašnjeg prigovora protiv optužnice, nastoji se osigurati načelo kontradiktornosti, istina na posredan način, kako bi arhitektura prethodnog krivičnog postupka bila u službi ideje o pravičnom postupku i odgovarala adverzijalnom glavnom pretresu. Međutim, u zakonu nije propisano šta odgovor treba da sadrži i kakvo dejstvo ima, niti se uopšte više pominje u zakonskom tekstu. Nije predviđeno ni da će ga veće pozivnih sudija uzeti u obzir, što bi bio minimum prilikom sudskog odluči-

vanja o opravdanosti i zakonitosti optužbe, niti su propisane posledice ako veće u potpunosti zanemari postojanje okrivljenikovog odgovora na optužbu javnog tužioca. Ovako, bez nametanja obaveze da ga veće razmatra, odgovor okrivljenog na optužbu ostaće samo ukras koji sudsku kontrolu optužbe treba da predstavi kao pravičnu i kontradiktornu, a da li će u sudskoj praksi takva i biti, prepušteno je sudijama da svojim ličnim stavom prema sudskoj kontroli optužbe to i potvrde ili odbace. Ipak, može se očekivati da će sudije u praksi uzimati u obzir svaki odgovor na optužnicu, prosto zato što je propisan zakonom.

Umesto sednice veća na kojoj stranke ne učestvuju, na kojoj sud može uzeti u obzir razloge navedene u odgovoru na optužnicu, primereni model kontrole optužbe bilo bi *ročište za ispitivanje optužnice*, kao forma koja omogućava spajanje javnotužilačke istrage (kao čisto inkvizicione forme) sa adverzijalnim glavnim pretresom, kojom se ujedno osigurava načelo kontradiktornosti i "fer" postupak. Ročište treba da zakazuje i njime rukovodi predsednik vanpretresnog veća, pošto prethodno ispita formalnu ispravnost optužnice. Na ročištu bi se stranke i branilac izjašnjavali o opravdanosti i zakonitosti podignute optužbe, pozivajući se na dokaze kojim raspolažu, a prikupljeni su ili eventualno izvedeni u istrazi. Okrivljeni i njegov branilac imali bi priliku da se neposredno pred sudom ospore činjenične navode u optužnici, pozivajući se na svoje ili raspoložive dokaze, da ukažu sudu na nezakonite dokaze i propuste u istrazi. Osim što bi mogao osporiti optužbu, okrivljeni bi na ročištu mogao i priznati da je kriv po svim ili pojedinim tačkama optužbe. Na osnovu uverenja koje je stekao na ročištu i formiranih sudskih spisa, vanpretresno veće bi odlučivalo ima li mesta izvođenju okrivljenog na glavni pretres, pa zavisno od toga potvrđivalo optužnicu ili odbijalo optužbu. Ročište za ispitivanje optužnice ne bi odugovlačilo postupak a bilo bi sigurnija osnova za sudsku odluku o opravdanosti i zakonitosti podignute optužnice.

#### **4. Konceptijska usklađenost „novog“ modela kontrole optužbe sa javnotužilačkom istragom**

##### **(a) Opšti pogled na novousvojenu koncepciju kontrole optužbe**

Posle uvođenja javnotužilačke istrage bilo je nužno konceptijski osmisliti kontrolu optužbe, čijim potvrđivanjem sada tek započinje krivični postu-

pak u užem smislu. Umesto mešovitog sistema kontrole optužbe, po prigovoru protiv optužnice i po službenoj dužnosti, Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. uvedeno je potvrđivanje optužnice po službenoj dužnosti u svakoj krivičnoj stvari. To je nov sistem kontrole samo nominalno, jer su, u osnovi, kao što je rečeno, samo izostavljene odredbe o prigovoru protiv optužnice a preostale odredbe su preuzete, presistemativizovane i jezički doterane da izgledaju kao novi model kontrole. Zbog toga, sistem potvrđivanja optužnice ima konceptijske nedostatke i mnogo više pogrešnih rešenja u pojedinostima.

Osnovni konceptijski nedostatak je u tome što je kontrola optužbe uređena tako kao da je istraga i dalje sudska faza u kojoj je sud prethodno izvršio kontrolu opravdanosti i zakonitosti pokretanja krivičnog postupka, prenebrejavajući činjenicu da o pokretanju istrage sada odlučuje isključivo javni tužilac naredbom, protiv koje nije dozvoljeno nikakvo pravno sredstvo o kome bi odlučivao i sud. Ta disharmonija između javnotužilačke istrage i sudske kontrole optužbe očituje se u formi postupka i odlukama koje sud donosi u postupku potvrđivanja optužnice. U vezi sa odlukama u postupku kontrole optužbe, konceptijski je diskutabilno i ustanovljavanje žalbe na odluku o potvrđivanju optužnice.

### **(b) Neodređenost forme preliminarnog ispitivanje optužbe**

I u novom modelu, o opravdanosti i zakonitosti optužbe odlučuje vanpretresno veće (čl. 337 st. 1). U zakonu nije određeno u kojoj formi taj postupak teče niti na osnovu čega veće odlučuje. Ne samo da uopšte nije predviđeno da veće odlučuje u sednici veća, što se može pretpostaviti budući da se radi o fazi postupka koja prethodi glavnom pretresu, nego nije rešeno ni pitanje stranačke ili opšte javnosti. Ustanovljavanje potpuno novog sistema kontrole optužbe bila je prilika da se, kao što je rečeno, ta kontrola uredi u formi prethodnog ročišta na kome bi stranke kontradiktorno<sup>30</sup> raspravljale o opravdanosti i zakonitosti izvođenja okrivljenog na glavni pretres, što bi bilo u harmoniji sa standardima koji tvore načelo pravičnog postupka. Međutim, zakonodavac ne samo da je tu priliku propustio već je ukinuo i dosadašnje ovlašćenje veća da pozove stranke i branioca na sednicu veća kako bi usmeno izložili svoje stavove<sup>31</sup>. Za razliku od reglamentacije u novom procesnom kodeksu, učešće stranaka na ročištu na kome se optužba preliminarno ispituje, sve više

<sup>30</sup> Isto tako: dr Milan Škulić, dr Goran Ilić, *Kako je propala reforma – Šta da se radi?*, Beograd, 2012, str. 95.

<sup>31</sup> Vidi član 272 st. 3 ZKP/01.

je rasprostranjeno u uporednom pravu,<sup>32</sup> ne samo u angloameričkom nego i u evropskokontinentalnom tipu krivičnog postupka.

U zakonu je eksplicitno predviđeno samo to da veće ispituje optužnicu, ali nije određeno na čemu će zasnovati svoje odluke, a navodi u optužnici su za to nedovoljni. Iako nema eksplicitne odredbe, treba tumačiti da veće ispituje optužbu na osnovu spisa predmeta koje sud formira od onih spisa koje mu dostavi javni tužilac. Trebalo je još predvideti da veće uzima u obzir i okrivljenikov odgovor na optužnicu, što će se u praksi verovatno i dešavati, inače bi zakonske odredbe o pravu okrivljenog na odgovor bile bez ikakvog smisla. Sve u svemu, u nedostatku potrebne zakonske regulative, treba tumačiti da veće ispituje optužbu na nejavnoj sednici, bez prisustva stranaka, uzimajući u obzir optužnicu i odgovor na optužnicu, i to isključivo na osnovu spisa predmeta koje je obavezno da formira nakon podizanja optužnice. U vezi sa formiranjem sudskih spisa, o čemu je napred bilo reči, na ovom mestu iznosimo upozorenje da u spisima koji se dostavljaju veću pozivnih sudija ne bi trebalo da budu sadržani nezakoniti dokazi.

Po prijemu formalno ispravne optužnice i odgovora na optužnicu, održava se sednica veća, a kada će se održati, određuje njen predsednik, međutim, to mora biti najkasnije osam dana od isteka roka za podnošenje odgovora na optužnicu. Na samoj sednici, veće ispituje opravdanost i zakonitost optužbe na osnovu dokaznog materijala koje je prikupio javni tužilac, u istrazi ili predistrazi, koje treba tumačiti i na osnovu dokaza na koje je okrivljeni ukaže u odgovoru na optužnicu (ili eventualno, dokaza koje je okrivljeni sam pribavi<sup>33</sup> i dostavi sudu uz odgovor) iako to nije propisano zakonom.

Pošto prouči optužnicu, odgovor na optužnicu i dokazni materijal, sud ocenjuje da li je opravdano (činjenično zasnovano) i zakonito da se okrivljeni izvede na glavni pretres, pa na osnovu toga donosi odgovarajuću odluku. Granice ispitivanja optužnice određene su svrhom sudske kontrole optužbe: veće treba da razmotri sve razloge i osnove zbog kojih bi po podignutoj op-

<sup>32</sup> O kontradiktornom postupku na prethodnom ročištu u krivičnom postupku Rusije, vidi: T. M. Махова, Предварительное слушание, в. кн. *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации*, изд. „Юристъ“, Москва, 2004, с. 447-452.

<sup>33</sup> Zakonopisci su predvideli da osumnjičeni koji je saslušan i njegov branilac imaju obavezu da pre završetka istrage upoznaju javnog tužioca sa prikupljenim dokaznim materijalom koji su prikupili u korist osumnjičenog i omoguće mu „razmatranje spisa“ (!) i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz (čl. 303). Međutim, posle odredaba o završetku istrage dokazi koje odbrana sama prikupi više se ne pominju, a nigde nije predviđeno barem pravo okrivljenog (ako ne i obaveza) da sa tim dokaznim materijalom upozna sud, pa ni prilikom dostavljanja odgovora na optužnicu. Od dostavljanja sudu onih spisa i predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz pribavljenih ili prikupljenih od strane osumnjičenog i njegovog branioca, treba razlikovati pravo okrivljenog na predlaganje dokaza.

туžници izvođenje okrivljenog na glavni pretres bilo neopravdano, tj. bilo činjenično neutemeljeno, ili nezakonito. Povlastici povezanosti (*beneficium cohaesionis*) više nema mesta jer se kontrola optužbe sada ne vrši na inicijativu okrivljenog već po službenoj dužnosti, u obimu koji treba da spreči svako neopravdano i nezakonito iznošenje krivične stvari na glavni pretres, i to u odnosu na svakog okrivljenog protiv kojeg je podignuta optužnica, pa je, zato, s razlogom izostavljena.

Samo je vanpretresno veće ovlašćeno da vodi postupak kontrole optužbe i da donosi odluke, ne i predsednik tog veća, niti sudija za prethodni postupak, mada bi to u nekim situacijama bilo racionalno. Na primer, racionalno bi bilo da inokosni sastav suda ispituje formalnu valjanost optužnice, da donosi odluku o izdvajanju spisa, pa čak i odluku o nenadležnosti. Takva funkcionalna nadležnost sudije za prethodni postupak ili predsednika vanpretresnog veća ne bi bila preširoka jer postoje sistemi kontrole optužbe u uporednom pravu gde celokupnu kontrolu optužbe vrši inokosni sastav suda, kao što je u bosanskohercegovačkim zakonodavstvima<sup>34</sup>. Čini se da bi u našem novom krivičnom postupku podela kompetencija između sudije za prethodni postupak i veća pozivnih sudija bila u harmoniji sa ustrojenom koncepcijom kontrole optužbe, poput rešenja u hrvatskom procesnom zakoniku,<sup>35</sup> koji je inače zakon piscima služio kao uzor za mnoga zakonska rešenja.

Na kraju još treba konstatovati da se privatni tužilac pominje i u odredbama naslovljenim kao “ispitivanje optužnice”, a već smo objasnili da se on praktično uopšte ne može pojaviti u ulozi ovlašćenog tužioca u redovnom krivičnom postupku zato što su za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi zaprećene kazne niže od osam godina zatvora (izuzev dva dela kojih u praksi i nema), te se za ta dela može voditi samo sumarni krivični postupak. To je samo potvrda stava da noveliranje procesnog zakonika nije moguće bez usaglašavanja sa materijalnim krivičnim pravom, o čemu se uvek mora voditi računa.

### **(c) Odluke vanpretresnog veća u postupku sudske kontrole optužbe – stare zakonske odredbe u novom modelu kontrole optužbe**

Posle sprovedenih ispitivanja i sumarne ocene dokaznog materijala i zakonitosti optužbe, vanpretresno veće donosi odgovarajuću odluku. To su

<sup>34</sup> Vidi: M. Simović, op. cit., str. 331, 332, 339 i 340.

<sup>35</sup> Vidi: B. Pavišić, op. cit., str. 327–332.



suštinski iste one odluke koje je veće prema ranije važećim propisima donosilo povodom prigovora protiv optužnice, s tim što se po nazivu razlikuje samo odluka kojom se krivična stvar upućuje na glavni pretres. Drukčije rečeno, novim kodeksom preuzete su sve dosadašnje odredbe o odlukama po prigovoru protiv optužnice, ali su nešto drukčije sistematizovane. I dalje prilikom donošenja odluka u postupku kontrole optužbe, sud nije vezan pravnom kvalifikacijom (čl. 341).

U postupku sudske kontrole optužbe, vanpretresno veće može doneti sledeće odluke: (1) odluku o vraćanju optužnice radi ispravke – čl. 333 st. 2, o čemu je bilo reči, (2) odluku o nenadležnosti, (3) odluku kojom se naređuje dopuna ili sprovođenje istrage, (4) odluku o izdvajanju zapisnika ili obaveštenja iz spisa predmeta, (5) odluku da nema mesta optužbi i da se postupak obustavlja, (6) odluku o odbijanju neposredne optužbe, (7) odluku o odbacivanju optužnice, kao i (8) odluku o potvrđivanju optužnice (ova odluka može da sadrži i odluku o spajanju i razdvajanju postupka).

Upravo zato što su sve odluke preuzete iz nekog drugog sistema kontrole optužbe, mnoge od njih su u disharmoniji sa novim modelom krivičnog postupka čiju „strukturu“ čine javnotužilačka istraga i adverzijalni glavni pretres. Upravo će te odluke nadalje biti prokomentarisane.

1. Odluka kojom veće naređuje dopunu ili sprovođenje istrage, bila je moguća dok je istragu sprovodio istražni sudija – sud je odlučivao o pokretanju istrage pa je u postupku kontrole optužbe sud i mogao da naredi da se istraga dopuni ili sprovede ako istrage nije bilo. Iz tog modela je, u osnovi, zakonski tekst o ovoj odluci i preuzet, ali sada takva odluka ne odgovara prirodi i uređenju javnotužilačke istrage: sud je isključen iz odlučivanja o pokretanju istrage a nema pravnog leka protiv odluke javnog tužioca o otvaranju istrage, pa bi zaključak bi da ono što sud ne može u istrazi, može u fazi optuženja. Ako se tome doda da je glavni pretres uređen kao adverzijalni, mešanje suda u sprovođenje istrage još više postaje anahrono. Osim toga, naredba suda da se sprovede ili dopuni javnotužilačka istraga, u biti predstavlja sudsku odluku da se sprovedu dokazne radnje, pa se kroz tu sudsku odluku ispoljava inkviziciona maksima o odgovornosti suda za prikupljanje i izvođenje dokaza, koja je u čistom adverzijalnom postupku nezamisliva, pa je iz toga razloga u novom procesnom kodeksu i izostavljena. Zaključak bi bio da su zakonopisci uveli ovu inkvizicionu maksimu na početku sudskog postupka, a proterali je sa glavnog pretresa?!

2. Povodom odluke o izdvajanju zapisnika i obaveštenja, treba upozoriti da postupak mora biti tako uređen da vanpretresno veće ne sazna za ne-

zakonite dokaze (npr. stavljanjem u funkcionalnu nadležnost nekom drugom sudskom organu da o tome odlučuje). Mala je korist od toga što će veće izdvojiti takve spise ali tek pošto se “inficira” nezakonitim dokazima, jer sudija ne može izbrisati sećanje (osim ako se zamišlja sudija koji “hladno” donosi odluku na osnovu zakona verovatnoće,<sup>36</sup> uz pomoć matematike i računara)<sup>37</sup>.

3. Odluku da nema mesta optužbi i da se krivični postupak obustavlja (čl. 338), vanpretresno veće donosi kad ustanovi: 1) da delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mere bezbednosti; 2) da je krivično gonjenje zastarelo, ili da je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem, ili da postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje; 3) da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje je predmet optužbe. Po osnovu iz tačke 3, sud donosi odluku o obustavi i u slučaju da po podignutoj neposrednoj optužnici naredi sprovođenje istrage, pa nakon toga nađe da nema dovoljno dokaza za osnovanu sumnju.

Odluka da nema mesta optužbi i da se postupak obustavlja takođe je mehanički preneti iz modela u kome je istraga sudska i kao takva predstavlja prvu fazu krivičnog postupka u užem smislu. Takva odluka je logična posledica usvojenog ali teorijski neutemeljenog i koncepcijski dubioznog shvaćanja da krivični postupak započinje otvaranjem javnotužilačke istrage. Nasuprot tome, skoro opšteprihvaćeno je u krivičnoprocesnoj teoriji da je krivični postupak u biti jedan krivičnoprocesni odnos koji nastaje, teče i okončava se između suda i stranaka u cilju pravilne primene krivičnog zakona na krivičnu stvar koja je predmet postupka.<sup>38</sup> Otuda, polazeći od nespornih naučnih gledišta, javnotužilačka istraga ne može biti faza krivičnog postupka u užem smislu zato što bez suda i stranaka nema krivičnoprocesnog odnosa, pa samim tim ni krivičnog postupka.<sup>39</sup> U modelu postupka sa javnotužilačkom istragom krivični postupak u užem smislu, tj. sudski krivični postupak započinje potvrđivanjem optužnice. U momentu ispitivanja optužnice, dakle, krivičnog po-

<sup>36</sup> O računu verovatnoće i oceni dokaza u krivičnom postupku vidi: M. Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku – Oris novih tendencija*, Zagreb 2001, str. 29–41.

<sup>37</sup> Ibidem, str. 28.

<sup>38</sup> O definiciji krivičnog postupka vidi: dr Toma Živanović, *Osnovni problemi krivičnog i građanskog procesnog prava (postupka)*, I. odeljak, Beograd 1940, str. 7, 8, 36, 49 i 50; dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1981, str. 5; dr Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2006, str. 27; dr Davor Krapac, *Krivično procesno pravo – Prva knjiga: institucije*, Zagreb, 2003, str. 4; dr Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, str. 48; dr Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 2; dr Miodrag Simović, dr Vladimir Simović, *Krivično procesno pravo – Uvod i Opšti dio*, Bihać, 2013, str. 25–28 i dr Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Niš, 2014, str. 7–10; i dr.

<sup>39</sup> V. Đurđić, *Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u prednacrtu Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2010*, Revija za krivično pravo i kriminologiju, br. 2/2010, str. 5–6.

stupka još uvek nema pa se ne može ni obustaviti (može se obustaviti samo postupak koji je započeo). Iz tih razloga, umesto odluke da nema mesta optužbi i da se postupak obustavlja, u tim slučajevima konceptijski bi ispravno bilo da se optužba odbija. Saobrazno toj ideji, u jednom koherentnom sistemu kontrole optužbe koji bi bio u harmoniji sa javnotužilačkom istragom i advenzijalnim glavnim pretresom, odluke bi mogle biti: odluka o odbacivanju optužnice, odluka o odbijanju optužbe i odluka o potvrđivanju optužnice.

4. Odluku o odbacivanju optužnice sud donosi kad ustanovi da nema zahteva ovlašćenog tužioca, potrebnog predloga ili odobrenja za krivično gonjenje, ili da postoje druge okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje (čl. 339 st. 2). Pravnotehnički je pogrešno da se odredba o odbacivanju optužbe unosi u član koji ima rubrum „odbijanje optužbe“.

5. Odluka o potvrđivanju optužbe negativno je definisana: „Ako ne donese nijedno rešenje iz čl. 340“, veće će svojom odlukom potvrditi optužnicu. U modelu postupka u kome istraga nije sudska, odluka o potvrđivanju optužnica mora biti pozitivno definisana jer s njenim donošenjem tek započinje krivični (sudski) postupak. U modelima krivičnog postupka u kojima je istraga sudske prirode, sudska kontrola početka krivičnog postupka (kontrola krivičnog gonjenja) vrši se prilikom otvaranja istrage, pa je nakon završetka istrage dovoljna i negativna definicija razloga za donošenje odluke kojom se krivična stvar upućuje na glavni pretres. Posle uvođenja javnotužilačke istrage, sudska odluka o upućivanju krivične stvari na glavni pretres mora biti pozitivno definisana u zakonu i zasnovana na uverenju suda da za to ima dovoljno dokaza. Sud, dakle, na osnovu raspoloživog dokaznog materijala mora da stekne uverenje da postoji potreban stepen sumnje da se krivična stvar iznese na glavni pretres, a ne da nema mesta donošenju drugih odluka pa da to bude razlog za potvrđivanje optužnice.

Zbog negativno određenih razloga za donošenje odluke o potvrđivanju optužnice, u praksi je obrazloženje ove odluke nedovoljno a često i izostaje. To se može i razumeti jer se ona donosi kad nema mesta donošenju drugih odluka (odluci da se sud oglašava nenadležnim, iz čl. 337 st. 2, odluci o obustavi krivičnog postupka, iz čl. 338, ni odluci o odbijanju optužbe, iz čl. 339), pa je dovoljno da sud u obrazloženju (pošto se i ta odluka mora obrazložiti), konstatuje da uvidom u spise predmeta i sumarne ocene čitavog dokaznog materijala, nije našao da postoje razlozi za donošenje bilo koje od tih odluka. Da su razlozi pozitivno definisani, sud bi morao da obrazloži da je nadležan, da je utuženo delo krivično delo, da nema smetnji koje isključuju krivično gonjenje i da na osnovu sumarne ocene prikupljenih i izvedenih dokaza oceni i

obrazloži da je stekao uverenje o postojanju dovoljno osnovane sumnje da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se optužbom stavlja na teret. Obrazloženje dovoljno osnovane sumnje ne sme se pretvoriti u ocenu svakog dokaza pojedinačno, jer se takva ocena vrši samo u odluci kojom se presuđuje krivična stvar (sud treba da utvrdi i obrazloži da su svi dokazi na kojima se zasniva optužba zakoniti, da su sami po sebi i u celini podobni da proizvedu osudu, da nema verodostojnih dokaza u korist odbrane koji isključuju suprotno, da u svojoj ukupnosti opravdavaju sumnju i sl.).

U vezi sa odlukom o potvrđivanju optužnice, može se još primetiti da zakonopisci nisu predvideli da se optužnica može i delimično potvrditi. Da je kao okosnica kontrole optužbe postavljeno ispitivanje ima li osnova da se podignuta optužnica potvrdi, a ne da li je prigovor protiv optužnice osnovan, to bi se moralo predvideti. Mogućnost da sud u postupku kontrole potvrdi samo neke tačke optužnice, uobičajena je u uporednom pravu (delimično potvrđivanje optužnice poznaju procesna zakonodavstva BiH<sup>40</sup>, Hrvatske<sup>41</sup>, Nemačke<sup>42</sup> i dr.). To će sigurno izazvati teškoće u praksi, pošto je izvesno da će za tim nastati potreba kad se podiže optužnica za više krivičnih dela ili protiv više lica, pa ocena suda može biti da je opravdano i zakonito iznošenje na glavni pretres samo nekih krivičnih dela ili izvođenje samo nekih okrivljenih. Stoga treba tumačiti da ako novim zakonikom nije predviđeno delimično potvrđivanje optužnice, ono nije ni isključeno. U tom slučaju veće treba da razdvoji postupak i da nesporni deo optužnice potvrdi a da u odnosu na preostali deo donese odgovarajuću odluku (o odbijanju optužbe ili o odbacivanju optužnice).

U postupku sudske kontrole optužbe odluke se donose u formi rešenja. Sve *odluke* veća moraju biti obrazložene, ali samo jedna (a ne sve, kako glasi zakonski tekst), i to odluka o potvrđivanju optužnice, mora biti obrazložena tako da se unapred ne utiče na rešavanje onih pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu (čl. 342).

<sup>40</sup> Vidi čl. 228 ZKP Republike Srpske.

<sup>41</sup> Vidi čl. 356 ZKP Hrvatske.

<sup>42</sup> U nemačkom postupku, kad sud donese rešenje da se otvori glavni pretres kojim dozvoljava da se optužnica razmotri na glavnom pretresu, u tom rešenju određuje sa kojim će se izmenama prihvatiti optužnica na glavnom pretresu (§207 StPO). U tom slučaju je tužilaštvo dužno da sudu dostavi novu optužnicu u skladu s tim rešenjem (*Amplius*: Klaus Volk, *Grund Kurs StPO*, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, 157, 158).

### **(d) Novo uređenje prava na žalbu protiv odluka vanpretresnog veća**

Sudska kontrola optužbe moguća je i pred višom instancom kad je po zakonu dozvoljena žalba. Neke odluke može žalbom pobijati samo javni tužilac, a druge samo okrivljeni (čl. 343). Javni tužilac može izjaviti žalbu protiv odluke o nenadležnosti, odluke o obustavi postupka, odluke o odbijanju neposredne optužbe i odluke o odbacivanju optužnice. Okrivljeni ima pravo da se žali samo protiv odluke o potvrđivanju<sup>43</sup> optužnice. To je novo zakonsko rešenje (jer prema dosadašnjim propisima okrivljeni nije imao pravo da izjavi žalbu protiv odluke suda kojom je njegov prigovor odbijen kao neosnovan), u interesu je okrivljenog, ali ne doprinosi efikasnosti postupka. Osim toga, takvo rešenje otvara pitanje kad se ima smatrati da je optužnica potvrđena. U vezi s tim, otvaraju se i druga pitanja: kad treba smatrati da neko lice postaje optuženi (čl. 2 st. 1 tač. 3)<sup>44</sup> ili kad treba započeti s pripremama za glavni pretres (čl. 344) – posle potvrđivanja optužnice ili kad bude pravnosnažno potvrđena.

Iz kruga subjekata koji imaju pravo žalbe na odluke veća donete u postupku sudske kontrole optužbe, isključen je oštećeni<sup>45</sup>, čime se potvrđuje stanoviše zakonopisaca da oštećeni može postati supsidijarni tužilac samo u započetom sudskom krivičnom postupku. Izgleda da se obistinjuje zebnja da sa svakim noveliranjem procesnog zakonika položaj oštećenog postaje sve nepovoljniji.

### **Zaključne napomene**

Uređenje novog modela krivičnog postupka sa javnotužilačkom istragom i adverzijalnim glavnim pretresom, iziskivalo je promenu dotadašnjeg sistema kontrole optužbe. Bilo je nužno da se uvede kontrola optužbe po službenoj dužnosti u svakoj krivičnoj stvari. To je i učinjeno, ali umesto da osmi-

<sup>43</sup> U nemačkom procesnom zakoniku nije dozvoljena žalba protiv odluke o upućivanju krivične stvari na glavni pretres (§210 StPO).

<sup>44</sup> Definicija optuženog analogna je definiciji iz starog zakonika, ali je ona do sada bila nedvosmislena jer protiv odluke o odbijanju prigovora kao neosnovanog, okrivljeni nije imao pravo žalbe i optužnica je u tom momentu stupala na pravnu snagu, pa je od tog momenta on postajao optuženi (čl. 21 st. 1 tač. 3 ZKP/01). Sada optužba staje na pravnu snagu u momentu kad sud negativno odluči po žalbi, a lice koga optužnica tereti, prema slovu zakona, postaje optuženi pre toga.

<sup>45</sup> U čl. 358 ZKP Hrvatske predviđeno je da će se smatrati da je oštećeni preuzeo krivično gonjenje ako samo on izjavi žalbu protiv odluke veća donete u postupku kontrole optužbe, pa žalba bude usvojena.

sle novi koncept kontrole оптужбе, законописци су извршили само ревизију, не баš успешну, постојећег меšovитог система контроле оптужбе. Укинули су приговор против оптужнице, а у свему осталом преузели су решења из до сада важећег процесног законика, као да није изменјена природа претходног и главног поступка, ни концепција саме контроле оптужбе. Из таквог приступа извиру и основни недостаци нове регулативе који нови кривични поступак чине некоherentним.

Уопште није предвиђена форма поступка контроле оптужбе, мada се може претпоставити да суд одлучује у седници већа. Propуштена је прилика да се контрола оптужбе уреди у форми претходног рочишта на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, што би процесну архитектуру приближило идеји правичног поступка.

Не постоје ни одредбе о формирању судских списа. Предвиђено је само да јавни тужилац уз оптужницу доставља своје спise предмета суду, тако да се они кameleonски претварају у судске, као да је истрагу спровео истражни судија. Nasупrot таквом уређењу, начело правичног поступка изискује правила о кривичним spisима која би спречила да приликом претходног испитивања оптужбе судије буду „inficirane“ незаконитим доказима, и правила која ће спречити да резултати истраживања јавног тужиоца добију снагу судских доказа и time осигурати „једнакост оруђа“ на главном претресу.

Sadržaj и читавa концепција одлука у поступку судске контроле оптужбе, у потпуној су disharmoniji са природом и структуром новог кривичног поступка. Odlука о обустави поступка концепцијски и доктринарно је diskutabilna, јер у моменту кад се donosi судски кривични поступак није још започео па се не може ни обуставити. Odgovarajuća би била одлука суда о odbijanju оптужбе. Umesto негативно, судска одлука о потврђивању оптужнице мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда да за то има dovoljno доказа. Na основу расположивог доказног материјала суд мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње да се кривична ствар изнесе на главни претрес, а не уверење да нема места donoшењу других одлука па да то буде разлог за потврђивање оптужнице (kako из законског текста произлази). Neophodne су и законске одредбе о delimičnom потврђивању оптужнице, како би се omogućilo razdvajanje поступка и racionalно iznoшење кривичне ствари на главни претрес у случајевима koneksiteta.

**Vojislav Đurđić****Full Professor at the Faculty of Law, University of Niš**

## **DISHARMONY BETWEEN THE CONTROL OF INDICTMENT AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S INVESTIGATION IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE**

***Abstract:** In this paper, the author initially determines the theoretical notion of the judicial review of indictment, and classifies the systems thereof, bearing in mind comparative legal solutions. Further on, he explains judicial review of indictment in Serbian criminal procedure, according to the Criminal Procedure Code of 2011. The work contains critical analysis of provisions pertaining to filing indictment, examining its formal content, as well as the accused's respond, pointing to the negative sides of legal rules related to the review of private law suit and to the forming of court records. Instead of the nominal prescription of the adversarial principle, the author advocates introduction of the preliminary hearing, based on the principles of oral argumentation and adversariality, which assumes the participation of parties and their representatives at the hearing. In the last part of paper, subject to explanation and criticism, is the regulation of the preliminary examination of indictment, as well as the court's ruling on legality and justifiability of taking the accused to trial.*

***Key words:** indictment, preliminary session, preliminary examination judicial, review of indictment, confirmation of indictment, suspension of proceedings.*





## ОДНОС НАЧЕЛА ИСТИНЕ И НАЧЕЛА ПРАВИЧНОГ ВОЋЕЊА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Др Милан Шкулић\*

*Апстракт:* Аутор пише о односу начела истине и начела правичног вођења кривичног поступка. У раду се дефинишу основни елементи начела истине, као и основни садржај начела правичног вођења кривичног поступка.

У раду се посебно објашњава погрешна концепција новог Законика о кривичном поступку Србије у односу на начело истине, које је сада битно лимитирано, те се износе одређени предлози у *de lege ferenda* смислу, којима је могуће на адекватан начин “помирити” начело истине и начело правичног вођења кривичног поступка.

*Кључне речи:* начело истине, начело правичног вођења кривичног поступка, кривични поступак, Законик о кривичном поступку.

### 1. Уводна разматрања

Сматра се да у кривичном процесном праву егзистира извештан број начела на којима се заснива систем кривичног поступка, која инспиришу организацију поступка и уређење појединих процесних института, а та су основна начела кривичног процеса, некада израз политичких тенденција, некада резултат стручног и правно-техничког искуства, или, што је најчешће, представљају комбинацију једних и других фактора.<sup>1</sup> У теорији кривичног процесног права појам кривичнопроцесних принципа није дефинисан на јединствен начин, па се тако по једном

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, председник Удружења правника Србије

<sup>1</sup> Више о томе: Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, стр. 56.

схватању принцип одређује као *основна* или *општа идеја*, по другом као одређена *поставка* за сагледавање и решење једне проблематике, принцип се затим, дефинише и као сам по себи одређени *захтев*, а може се одредити и у виду „дефиниције за правнике”, по којој кривичнопроцесни принципи представљају „поставке на којима је засновано и помоћу којих је изграђено кривично процесно право”.<sup>2</sup> Процесне максиме развиле су се на стотинама година дугој традицији и повезано се односе како на омогућавање деловања правила правне државе, тако и на заштиту грађанских права,<sup>3</sup> виталних људских права и оних тековина које се сматрају обележјима правне државе.

Правна начела се, уопште посматрано, објашњавају као апстрактне норме које су изведене из низа мање апстрактних норми и које важе за читав низ случајева обухваћених нижим нормама, а стварају се на основу норми које важе за више установа.<sup>4</sup> Прихватљива је и дефиниција по којој се под принципом или начелом кривичног поступка подразумева институт или одредба која генерално утврђује начин (форму) поступања за цео поступак, делове поступка, или у више одређених случајева, при чему се наглашава да међу принципима постоје они који су основни (елементарни, битни), који су нужно увек присутни, а има и оних који су руководни (усмеравајући), тако да су повреде основних принципа редовно процесно санкционисане, док повреде руководних начела, по правилу не подразумевају посебно санкционисање.<sup>5</sup> Принципи кривичног поступка представљају опште законске смернице за поступање како свих службених актера кривичне процедуре, тако и других субјеката поступка. Велики мислилац *Ганди* је истицао: „Живот без принципа је брод без кормилара”, што се на адекватан начин може парафразирати и у односу на кривични поступак. У теорији кривичног процесног права нема сагласности који су то све кривичнопроцесни принципи, односно која су мерила или елементи на основу којих би се одређени виши појам могао сматрати (утврдити) као принцип.<sup>6</sup> Неспорно је да се формулисање основних начела кривичног поступка испољава као важан фактор систематског проучавања кривичног процесног права. Говорећи о значају установљавања основних начела, *V. Baueг*<sup>7</sup> истиче да је један

<sup>2</sup> Д. Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд, 1967, стр. 37.

<sup>3</sup> W. Beulke, *Strafprozeßrecht (6, neubearbeitete Auflage)*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, стр. 9.

<sup>4</sup> Р. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, стр. 215–216.

<sup>5</sup> Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, Београд, 1985, стр. 9.

<sup>6</sup> *Ibid.*, стр. 9–10.

<sup>7</sup> V. Baueг, *Југославенско кривично процесно право*, „Књига прва – Увод у теорију кривичног процесног права“, Загреб, 1980, стр. 155.

од основних задатака теорије кривичног процесног права да систематски прикаже материју тог права, те да на тај начин омогући правницима који примењују кривично процесно право да имају јасан преглед читавог тог правног подручја, при чему „постављање тих начела придониноси бољем схватању тога права”. У том смислу, у кривичнопроцесној теорији се истиче да начела (максиме или принципи) кривичног поступка представљају процесна правила везана за врхунске процесне појмове или бића (процесне субјекте и процесне радње), које одређују карактер (тип) кривичног поступка, тако да процесна организација заснована на једном начелу (нпр. истражном) даје један тип кривичног поступка (*истражни* или *инквизиторски*), док она која је заснована на другом, супротном начелу (нпр. оптужном), даје потпуно други тип кривичног поступка (*оптужни* или *акузаторски*).<sup>8</sup>

Основна кривичнопроцесна начела темеље се како стриктно на одредбама Законика о кривичном поступку – *законска начела* (на пример, начело легалитета официјелног кривичног гоњења, начело слободне оцене доказа итд.), или су истовремено не само законска, него и уставна начела – *уставно-законска начела* (на пример, начело јавности, начело расправности итд.), а нека произлазе из духа и суштине кривичног поступка – *имплицитна кривичнопроцесна начела*, а повезано са другим законски стриктно утврђеним начелима. Такав је случај донедавно био са начелом *in dubio pro reo*, које се у ЗКП-у није спомињало, али је неспорно важило у нашем кривичном поступку и пре него што је и формално (Законом о изменама и допунама ЗКП-а из 2009. године), уведено у тада позитивни Законик о кривичном поступку, да би потом стриктно било прописано и у новом Законнику из 2011. године. Поред тога, нека кривичнопроцесна начела утемељена су релевантним изворима међународног права, који су од стране наше државе прихваћени – *међународноправна начела*, што важи за већину начела која су истовремено и уставноправног карактера, а посебно се односи на начело правичног (поштеног) вођења кривичног поступка (принцип *fair* процедуре), који се донедавно није спомињао изричито ни у нашем Законнику о кривичном поступку, нити у уставноправним актима наше земље, али он не само да је прописан одговарајућим одредбама међународноправних аката, које је наша држава изричито прихватила, већ то начело у доминантној мери почива и на духу и смислу наше кривичне процедуре.

<sup>8</sup> М. Грубач, *Начела кривичног поступка и њихова трансформација*, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, бр. 1–2/95, Београд, 1995, стр. 72.

У теоријском смислу могуће је изложити поделу кривичнопроцесних принципа на разноврсне начине, попут њихове доктринарне поделе на: 1. начела покретања кривичног поступка (начело официјелности, начело акузаторности, начело легалитета и начело права на законско суђење); 2) начела која се односе на вођење кривичног поступка (истражно начело,<sup>9</sup> начело законитог саслушања, начело брзине, а за главни претрес још и начело концентрације); 3) доказна начела (начело непосредности, начело слободне оцене доказе, начело *in dubio pro reo*); 4) начела форме (начело усмености и начело јавности).<sup>10</sup>

Основна начела (максиме или принципи) кривичног поступка представљају базична правила која се односе на основне кривичнопроцесне појмове, односно субјекте кривичног поступка, њихове основне процесне функције, положај у кривичном поступку и радње које спадају у њихову надлежност или њихова овлашћења. Садржајем тих начела утврђује се доминантни тип и карактер кривичне процедуре, а основни принципи кривичног поступка представљају израз основних политичких, историјских, економских, општедруштвених фактора, где је посебан значај правне традиције, као и степена развијености и самосталности кривичнопроцесне науке, те свих других битних услова и околности који владају у одређеној држави, која пројектује свој правни систем, а оквиру њега креира и основне изворе свог кривичног процесног права.

У најопштијем смислу, циљ основних кривичнопроцесних начела је да служе остварењу основне сврхе кривичног поступка. Кривичнопроцесна начела *по правилу немају апсолутни карактер*, што значи да за њих скоро увек важе и одређени *изузетци*, у смислу да се начелом утврђује основно правило, али да се по изузетку од њега може и одступити, као што је то случај, на пример, са могућношћу да се јавност искључи са главног претреса, као изузетак у односу на начело јавности итд. Једино начело од којег се никада не би могло одступити у законској кривичној процедури јесте и најважније основно кривичнопроцесно начело, а то је начело правичног вођења кривичног поступка, а то важи и за нека друга начела која су са њим повезана, односно која логички не трпе изузетак, као што је то, на пример, случај са принципом *in dubio pro reo*.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Цитирани аутор је ово начело претходно сврстао у групу начела која се односе на вођење поступка, где га је још поделио на одређена подначела (принцип инструктивности, начело истраживања, принцип материјалне истине), што такође указује на то колико су релативне поделе кривичнопроцесних начела.

<sup>10</sup> С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C.G.Beck“, München, 1998, стр. 74.

<sup>11</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, седмо измењено и допуњено издање,

## 2. Лимитирано начело истине

Начело истине сматра се 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 достигати 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. 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 континенталноевропских 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.<sup>12</sup> Традиционално је у англосаксонским кривичним поступцима начело истине мање значајно, јер је, сходно доминантно страначкој природи извођења доказа у таквим адверзијалним типовима кривичне процедуре, судска дужност официјелног утврђивања чињеница сведена на нужни минимум.

---

Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 84–85.

<sup>12</sup> F. Stamp, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, стр. 15.

Начело истине често се назива начелом „материјалне истине”,<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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” настао је у Немачкој у време напуштања инквизиторског кривичног поступка и законске оцене доказа, из које је произлазила *формална истина*.<sup>15</sup> Наиме, тада није било од значаја да се утврди „права” истина, већ је било довољно извести доказе, чије је извођење сам законодавац прописивао као обавезно, те по правилу уређивао које се чињенице и како могу/ морају доказивати, те каква је снага појединих доказних средстава и када се све то спроведе (према својеврсном законском „рецепту”), оно што из тога произиђе је била „формална истина”, а није било од значаја чак ни какво је лично убеђење судије у односу на такву „истину”.

Претходно смо већ објашњавали да се истина, мада се њој тежи (односно требало би да јој се тежило, што је важило до примене новог Закона о кривичном поступку из 2011. године), 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

<sup>13</sup> Више о томе: С. Roxin, *op.cit.*, стр. 74. Овај аутор у сегменте „истражног начела“ сврстава: принцип инструктивности, начело истраге и принцип материјалне истине.

<sup>14</sup> Б. Петрић, *op.cit.*, стр. 11.

<sup>15</sup> Н. Матовски, Г. Лажетић-Бужаровска и Г. Калајџијев, *Казнено процесно право 2*, измењено и допуњено издање, Академик, Скопље, 2011, стр. 50.

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 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 могли би се 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. Однос начела истине и правила о терету доказивања

Као што је претходно већ објашњено, 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.<sup>16</sup> Иначе, чак и кривични поступци у нашем окружењу који су битно модификовани последњих година и где је главни претрес у великој мери адверзијалног карактера, ипак још увек познају начело истине, схваћено и као *начело утврђивања материјалне истине*<sup>17</sup>.

Докази се прикупљају и изводе у складу са Закоником о кривичном поступку, а *терет доказивања оптужбе је на тужоцу*. Из овог би произишло 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. Такође није јасно ни

<sup>16</sup> Дужност суда да у кривичном поступку утврди истину, односно *тежи* њеном утврђивању, пре свега би морала да буде моралног и етичког карактера. Само када је потпуно уверен у истинитост утврђеног чињеничног стања, кривични суд би могао да „мирне савести” остварује своје *право кажњавања (ius puniendi)*, онда када изриче одређену кривичну санкцију (што је право које у правној држави припада једино суду), или када, обрнуто, у одговарајућој процесној форми (као што је то на пример, ослобађајућа пресуда), констатује да у конкретном случају нема услова за манифестовање таквог „ексклузивног” права суда.

Кривични суд и неки други важни извори права суштински и непосредно усмеравају ка утврђивању истине, а друга је ствар што се то донекле дезавуише правилима важећег Законика о кривичном поступку, који значајним лимитирањем могућности суда да и мимо страначке иницијативе, сопственом доказном активношћу утврђује чињенично стање, суду објективно поприлично „везују руке“, иако као што је претходно објашњено, самим тим што оставља могућност за побијање пресуде жалбом и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (што је у ствари, само други израз за *неистину*), законодавац имплицитно задржава начело истине у лимитираном виду. То значи да се суду сходно правилима важећег Законика о кривичном поступку не даје довољно „простора“, односно реалних процесних могућности да увек и у објективно могућој мери утврди потпуно и тачно чињенично стање, што се своди на *установљавање истине у кривичном поступку*, док самог судију други прописи још увек стриктно обавезују да се руководи начелом истине.

Тако, према одредби члана 53 став 1 *Закона о судијама*, пре ступања на функцију, *судија полаже заклетву* пред председником Народне скупштине, а текст судијске заклетве гласи: „*Заклињем се својом чашћу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само истини и правди*” (члан 54 ЗС). Дакле, судија се и формално, чак у једном изразито симболичком и свечаном облику, изричито *обавезује да служи истини*. Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду и „Досије“, Београд, 2014, стр. 83–84.

<sup>17</sup> Више о томе: Н. Матовски, Г. Лажетић-Бужаровска и Г. Калајџијевић, *Казнено процесно право* 2, измењено и допуњено издање, Академик Скопље, 2011, стр. 50.



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 своди се 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. Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може “принудити” на такав доказни 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.<sup>18</sup> И друге норме ЗКП-а утичу непосредно или посредно на доказне проблеме. Тако је у нашој теорији већ закључено да је 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.“<sup>19</sup> Поред тога, у нашој теорији се аргументовано критикују и елементи тзв. паралелне истраге у новом ЗКП-у Србије.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Докази и доказни поступак на главном претресу*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, стр. 193–217.

<sup>19</sup> В. Ђурђић, *Редефинисање 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.

<sup>20</sup> Више о томе: С. Бејатовић, *Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике*

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,<sup>21</sup> без обзира на то што те видове испитивања примарно спроводе странке, односно друга лица која поступају у оквиру страничких функција, као што су то бранилац у оквиру функције одбране, односно пуномоћник оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца.<sup>22</sup>

Може се претпоставити да ће у пракси кривични суд ипак *тежити*, колико је могуће, па можда и мимо стриктних законских правила, 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.

---

*Србије и тужилачки модел истраге*, Ревија за кривично право и криминологију, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23–39.

<sup>21</sup> Више о томе: В. Делибашић, *Унакрсно испитивање – правила и изазови*, „Журнал за криминалистику и право“, број 1, Београд, 2014, стр. 69–84 и В. Делибашић, *Унакрсно испитивање у кривичном процесном праву Србије*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, стр. 218–229.

<sup>22</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Докази и доказни поступак на главном претресу*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, стр. 193–217.

#### 4. Неки примери из упоредног права у односу на начело истине и доказивање у кривичном поступку

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 узорци 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 суштински су различита у поступку чији је предмет одређено грађанскоправно питање спорног карактера, као што је то у парничном поступку, и процедуре чији је предмет тзв. *causa criminalis*, односно кривично дело, односно дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, а што се решава у кривичном поступку.

На пример, у немачкој кривичнопроцесној теорији традиционално се истиче да у „дивилном”, 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 с чим се истиче да генерално у парничном поступку важи *начело формалне истине*.<sup>23</sup>

Обрнуто, у немачкој теорији кривичног процесног права наглашава се 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 инструисан”), те при том, у остварењу тог задатка и у односу на разјашњење ствари, није везан активностима про-

<sup>23</sup> C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 78.

цесних странака,<sup>24</sup> а што се посебно огледа у томе да суд „истражује истину извођењем по службеној дужности свих доказа који су од значаја за одлучивање суда”.<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup>

У САД не постоји начело истине на начин на који се оно схвата у класичним континенталноевропским 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.

Међутим, нека доказна правила у САД чак 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 континенталноевропских 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 Crimina 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

<sup>24</sup> 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 континенталноевропском кривичном поступку.

<sup>25</sup> C. Roxin und B. Schünemann, op.cit., стр. 78.

<sup>26</sup> Ibid., стр. 79–80.

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“.

За класичне континенталноевропске кривичне поступке је типично да суд тежи утврђивању истине, која је декларисани циљ кривичне процедуре, али при том узима у обзир и одговарајућу доказну иницијативу странака, што се не чини безусловно, већ само када суд оцени да се ради о адекватним доказним предлозима странака. Тако, на пример, у немачком кривичном поступку суд у циљу утврђивања истине, по службеној дужности изводи доказе у погледу свих чињеница и доказних средстава, који имају значаја за доношење одлуке (§ 244 Abs. 2 StPO).<sup>27</sup>

У континенталној Европи, суд је, по правилу, суверени и неприкосновени „господар“ доказног поступка, без обзира на то 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.<sup>28</sup> Слично је и у Аустрији, која је типична и интересантна и по томе што је, такође, одавно увела систем државно-тужилачке истраге, али, наравно, није прихватила и потпуно адверзијалну конструкцију главног претреса, нити је у свом новом закону о кривичном поступку елиминисала начело истине.<sup>29</sup>

Када је реч о државама некадашње Југославије, дуго је највернија традицији СФРЈ у погледу кривичног поступка остала Словенија, у којој је, иако су уведене значајне измене „претходног поступка“, начело исти-

<sup>27</sup> Више о томе: L. Meyer-Göfner und J. Cierniak, *Strafprozessordnung – Kommentar*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 958–959.

<sup>28</sup> Више о томе: C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2009, стр. 78.

<sup>29</sup> Више о томе: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 31–34.

не формулисано на класичан континенталноевропски начин, а тек недавно постоји могућност страначког споразумевања.<sup>30</sup>

У Црној Гори је новим Закоником о кривичном поступку из 2009. године уведена државно-тужилачка истрага, али је главни претрес, уз један виши степен „адверзијализације“,<sup>31</sup> у основи уређен слично као и раније. У ЗКП-у Црне Горе је такође, начело истине формулисано веома слично некадашњем традиционалном југословенском решењу, односно на класичан континенталноевропски начин, али и уз повезивање са елементима начела правичности, тако што је у члану 16 став 1 прописано да су суд, државни тужилац и други државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите и правичне одлуке, као и да с једнаком пажњом испитују и утврде чињенице које терете окривљеног и оне које му иду у корист.<sup>32</sup>

Интересантан је и пример Хрватске, чији је нови ЗКП – прво битно лимитирао начело истине – веома слично сада важећем ЗКП-у Србије, који и иначе пуно личи на некадашњи „изворни“ текст ЗКП-а Хрватске. Потом је једном већом новелом, а у складу са „захтевима које традиционално налаже начело материјалне истине“ и то након што је претходно одлуком Уставног суда, чак више од 50 чланова оглашено неуставним, у ЗКП-у Хрватске поново суду „враћена доказна иницијатива и активна улога у извођењу доказа“, што се у хрватској кривичнопроцесној теорији објашњава и констатацијом да „учинковит казнени поступак подразумева утврђивање истине, али да у исто време мора бити и правичан.“<sup>33</sup>

И у БиХ, као и у Републици Српској, иако је главни претрес начелно адверзијално конструисан, постоји више могућности за активну доказну улогу суда, па између осталог и ради утврђивања истине, па је

<sup>30</sup> Више о томе: З. Фишер, *Тужилац као субјекат главног претреса – словеначко законодавство и искуства*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, стр. 141–151.

<sup>31</sup> Више о томе: Д. Радуловић, *Законик о кривичном поступку Црне Горе и главни претрес (основна обиљежја и спорна питања – теорија и пракса)*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, 127–138.

<sup>32</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Министарство правде Црне Горе и ОЕБС – мисија у Црној Гори, Подгорица, 2009, стр. 106–112.

<sup>33</sup> Е. Ивчевић Карас, *Нека питања уређења расправе у хрватском казненом поступку – нормативни оквир и пракса*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, стр. 108.

тако „у току главног претреса, онда када је то потребно за свестрано претресање предмета и *утврђивање истине*, извођење доказа одвија *ex officio*, а ова иницијатива суда у доказном поступку представља примену „инквизиционе или истражне максиме“, што значи да „суд није пасиван, јер му закон отвара пут да сам преузме иницијативу на прикупљање и извођење доказног материјала потребног за доношење правилне и законите пресуде.“<sup>34</sup>

## 5. Начело правичног вођења кривичног поступка

Ово је начело које аутори многих старијих уџбеника кривичног процесног права нису посебно издвајали, али које се, и поред тога, у савременој науци кривичног процесног права неспорно сматра најважнијим, односно практично *суштинским начелом кривичне процедуре*. Такав статус је ово начело добило из *два основна разлога*; с једне стране, оно врло складно уобличава дејство свих других кривичнопроцесних начела у функцији правичног решавања кривичне ствари која је предмет поступка, а с друге стране, оно има веома изражен етички карактер, а за савремене и демократске кривичне процедуре је карактеристично настојање да се у њиховим оквирима и сходно њиховим правилима остваре не само основни правни, већ и важни етички императиви, односно тежи се да правни захтеви истовремено и доминантно имају и етичку садржину. У старијој литератури се понекад писало о начелу располагања једнаким „оружјем“ у кривичном поступку,<sup>35</sup> што је представљало један метафорични израз, који се пре свега односио на утврђивање потпуно једнаког процесног положаја обе странке у кривичном поступку, тако да ни једна странка не буде у свом процесном положају, односно скупу права и дужности, којима располаже, фаворизована у односу на другу странку. Како се у том смислу на пример, истиче: „Ово начело пре свега означава да оптужба и одбрана у основи треба да имају једнак кривичнопроцесни положај.“<sup>36</sup> Сматра се да

<sup>34</sup> Х. Сијерчић-Чолић, *Главни претрес према законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини – неки теоретски и практични аспекти*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, 51–52.

<sup>35</sup> Ово начело могло би се означити и као *принцип страначке равноправности* у кривичном поступку.

<sup>36</sup> G. Kohlmann, *Waffengleichheit im Strafprozeß*, in: J. Baumann und K. Tiedamnn, op. cit., стр. 321.

„интернационализација кривичног поступка”, доводи до посебног односа између успешности поступка и аспирација да процес буде „фер”, али се то питање посматра различито, са становишта различитих процесних традиција.<sup>37</sup> Понекад се истиче да је овај принцип артикулисан кроз три основна стандарда: једнакост средстава („оружја”) којима странке располажу, јавност поступка и брзина процедуре.<sup>38</sup> поступка, или се може дефинисати као посебан принцип.

Није спорно да је „један од очигледних захтева ‚fair’ поступка да судска процедура буде што је могуће бржа”,<sup>39</sup> али наравно, брзина се не сме претворити у брзоплетост, јер би се то тада, нарочито ако би било резултат упрошћавања неопходних процесних форми, селективног извођења доказа, неоправданог ограничавања времена за припремање и реализацију одбране, неостављања довољно времена за прикупљање свих релевантних чињеница и сл., преобратило у супротност поштености и правичног кривичног поступку, те представљало очигледно огрешење о принцип „fair” поступка. Цитирани аутор (*A. Cassese*), поред тога, а у вези с потребом за брзим поступком, наводи: „Једноставно, с обзиром да оптужени ужива претпоставку невиности све док се не утврди његова кривица, једино рационално и прикладно је, да се што је брже могуће установи да ли је он невин или крив.”<sup>40</sup> У ствари, овде се непотребно и на у суштини потпуно погрешан начин меша дејство претпоставке невиности са захтевом за брзим поступком. С једне стране, као што смо претходно објаснили, ако је брзина такав императив којим се угрожава равноправност странака, или се сувише оскудно изводе докази и, посебно, уколико се претвара у штетну брзоплетост, она може директно угрозити пре свега права оптуженог, а онда се и претпоставка невиности може неоправдано негирати. Тада је она и директна супротност захтевима који произлазе из начела правичног поступка.

С друге стране, ако се претпоставља да је окривљени до правноснажног окончања поступка невин, не може се рећи да суд „утврђује да ли је он невин или крив”, јер је он и за суд невин, уз постојање сумње да је евентуално крив и због чега се поступак и води, а суд само на крају доказног поступка износи свој став баш у односу на претпоставку невиности, која је по својој природи *оборива*, те је негира (ако оптуженог

<sup>37</sup> M. Findlay, *Internationalised Criminal Trial and Access to Justice*, „International Criminal Law Review”, No. 3/2002, „Kluwer Law International”, The Hague, London, Boston, 2002, стр. 237–238.

<sup>38</sup> A. Cassese, *International Criminal Law*, „Oxford University Press”, London, 2003, стр. 395.

<sup>39</sup> *Ibid.*, стр. 398.

<sup>40</sup> *Ibidem.*



оглашава кривим), или је потврђује (ако га ослобађа), али наравно, и ако је оптужени оглашен кривим, он ће се таквим дефинитивно сматрати тек када и ако та судска одлука, односно пресуда постане правноснажна.

Начело правичног вођења поступка или захтев да суђење буде „fair” иначе је посебно типично за европске кривичне процедуре, али по правилу, блиско повезано са начелом истине, где је формално доспело захваљујући деловању Европског суда за људска права у Стразбуру, односно његовим одлукама у односу на права човека у кривичном поступку (иако у теорији постоји знатно раније), у вези с чим се истиче: „Многи од стразбуршких кривичних случајева су усмерени на појам *fair* суђења као кључног елемента чл. 6.<sup>41</sup> Ставови ЕСЈП и иначе, па и када се ради о праву на правично суђење, се често рефлектују и на одлуке националних уставних судова у Европи.<sup>42</sup> Апстрактним терминима објашњено, за овај појам се обично сматра да га чине два елемента: једнакост оружја и оно што је у Француској познато као „право на контрадикторан поступак”. Другом елементу се у Енглеској обично даје значење „адверзијалног суђења”.<sup>43</sup> У ствари, начело правичног, односно поштеног вођења поступка у основи се заиста састоји из споја елемената других важних начела кривичног поступка, али и оно само по себи има посебно значење, које се огледа у томе да свака странка, а посебно одбрана, имају могућност да слободно располажу свим правима која им се у поступку иначе гарантују, те да се поступак води тако да његов исход буде заснован једино и искључиво на правним аргументима и чињеничном стању које је током суђења утврђено на темељу коректно изведених доказа и уз пуно поштовање равноправности странака у свим фазама поступка.

*Право на правично суђење* је изричито прописано одредбама члана 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, сходно којима свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правично и јавно суђење у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образваним на основу закона, а потом се посебно утврђује

<sup>41</sup> Европска повеља о људским правима: „... свако има право на јавно суђење у разумном року и од стране независног и непристрасног суда, основаног законом...”.

<sup>42</sup> Више о томе: М. Н. Симовић, М. М. Симовић и В. М. Симовић, *Најновија пракса Уставног суда Босне и Херцеговине у кривичним предметима: нови изазови и стари проблеми*, у зборнику: „Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет, Бања Лука, 2014, стр. 37–38.

<sup>43</sup> М. D. Marty and J. R. Spencer (део који је писао J. R. Spencer), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2002, стр. 45.

дејство начела јавности, уз остављање могућности за одступање од њега из оправданих разлога, те претпоставка невиности и одређени минимум права које мора поседовати свако лице против кога се води кривични поступак, а која представљају основне елементе права на одбрану у кривичном поступку. Начело поштеног, односно правичног вођења кривичног поступка није изричито прихваћено под тим називом у нашем Законнику о кривичном поступку, као што оно, по правилу, не егзистира ни у другим националним изворима кривичног процесног права, али није спорно да оно важи и за наш кривични поступак и да чак, по логици ствари, представља најважније начело кривичне процедуре. Његово дејство се у теорији пре свега везује за опширно дефинисан скуп права која има окривљени током кривичног поступка, пре свега право на *fair* и брз поступак, поштовање свих процесних права оптуженог, његова посебна права током испитивања сведока, суочавање са другим доказима и увидом у њих и сл., а што је у општем смислу повезано са правима садржаним у Универзалној декларацији о људским правима, као и другим међународноправним документима.<sup>44</sup>

Елементи права на правично суђење прописани чланом 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама су у основи присутни у одредбама нашег Законика о кривичном поступку, а они су с друге стране и иначе, саставни део нашег унутрашњег правног поретка. Поред тога, већ у члану 1 став 1 Законика и формално се прописује правично вођење кривичног поступка, као један од декларисаних циљева, тако што се утврђује да тај законик садржи правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, а *на основу законито и правично спроведеног поступка*. Реч је о норми која има изразито декларативан значај.

У конкретнијем смислу, начело правичног вођења кривичног поступка посебно се огледа у дужности државних органа да буду непристрасни и да не прејудуцирају кривицу окривљеног, као и да странке у кривичном поступку начелно располажу једнаким процесним средствима и могућностима (начело једнакости „оружја“). Иако је јавни тужилац странка која је у функцији оптужбе и мада је основни задатак полиције да открива кривична дела, сузбија криминалитет итд., ови државни органи су и формално дужни да поступају *непристрасно*, те да обрате једнаку пажњу како на доказе који терете одређено лице да је учинило кривич-

<sup>44</sup> Више о томе: О. Triffterer (Ed.), део који је писао W. A. Shabas, op. cit., стр. 846–847.

но дело тако и на оне које том лицу иду у прилог. Поред тога, јавни тужилац и полиција дужни су да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист (члан 6 став 4 ЗКП). Наравно, у пракси потпуна адверзијализација кривичног поступка, где су странке само формално равноправне, али са фактички битно другачијим положајем, често је директно супротна начелу правичног вођења кривичног поступка, односно уопште, интересима правичности у правном систему, па и у његовом кривичнопроцесном домену.

Наиме, када се у некој држави на пречац потпуно промени тип кривичног поступка, који “одједном” постаје потпуно адверзијалан, што подразумева лимитирање начела истине и доказну пасивност суда, онда се тиме начелно, потенцијално веома може погоршати положај окривљеног, који се као странка, а нарочито када нема браниоца (а стручна одбрана није обавезна за велики број кривичних дела), може бити у инфериорном положају у односу на јавног тужиоца који је државни орган и као такав може рачунати на помоћ полиције у прикупљању доказа, лакше остваривати контакт са другим државним органима, али и уопште, брже и једноставније долазити до доказа. Наравно, могуће је понекад и обрнута ситуација, када неки екстремно богати окривљени може путем ангажовања врхунских адвокатских тимова, па и приватних детектива у истрази и сл., фактички бити супериорнији у односу на оптужбу, али је то са становишта заштите људских права и слобода, мање проблематично, изузимајући да и тако нешто представља пример потенцијалног огрешења о начело једнакости грађана пред законом.

## **6. Неки специфични видови одступања од начела непосредности који су супротни начелу правичног вођења кривичног поступка**

У новом ЗКП-у Србије постоје три врсте страначких споразума који подразумевају признање кривичног дела од стране окривљеног – један је класичан споразум о признању, у основи сличан и раније постојећем споразуму о признању кривичног дела, што подразумева и споразум о кривичној санкцији и другим релевантним питањима, а друга два споразума представљају вид “задобијања тзв. кооперативног сведока”, што

значи да се њима уређује начин на који окривљени предузима дужност сведочења, те постаје “окривљени/осуђени сарадник.”<sup>45</sup>

Споразум о признању кривичног дела има свој посебан *ratio* који се разликује од онога разлога постојања страначког споразума друге врсте, а то је *споразум о сведочењу окривљеног*. У пракси се већ примећује склоност неких јавних тужилаца да комбинују ове институте, што начелно није прихватљиво. Наиме, постоји тенденција у пракси да се споразум о признању кривичног дела посредно користи као начин задобијања „кооперативног сведока“, тако што се у признање унесу елементи који терете неког другог окривљеног у истом или другом кривичном поступку, а онда се сама пресуда проистекла из споразума о признању кривичног дела користи као доказ против другог окривљеног. Сматрамо да то није прихватљиво, јер не само што се на тај начин један законски механизам користи прешироко и супротно законској интенцији, већ се ова пракса комбинује и са претераним, практично драстичним одступањем од начела непосредности.

Наиме, из саме чињенице да је у Законнику о кривичном поступку паралелно уређено постојање више врста страначких споразума, од којих је једна врста „чист“ споразум о признању кривичног дела, чиме се омогућава релативно сумарно окончање кривичног поступка, док су друге две врсте начини (за)добивања кооперативних сведока (споразуми о сведочењу окривљеног/осуђеног), произлази да се споразумом о признању кривичног дела не могу остваривати они интереси који се могу постићи једино споразумом о сведочењу. Супротна пракса своди се на својеврсно „изигравање“ законског решења и представља крупно одступање од начела правичног вођења кривичног поступка.<sup>46</sup>

У пракси се претходно објашњено коришћење једне врсте страначког споразума за остваривање циљева који би требали/могли да се постижу једино другом врстом споразума, комбинује и са претераним, суштински драстичним и сасвим неоправданим одступањем од начела непосредности, јер се сама пресуда проистекла из признања кривичног дела користи као доказ у другом кривичном поступку, односно против другог окривљеног. Поред тога, у пракси су неки судови стали на ста-

<sup>45</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Споразуми јавног тужиоца и окривљеног у кривичном поступку и могућност њиховог увођења у поступак одлучивања о привредним преступима*, Привредни апелациони суд – радни материјал II, 22. саветовање судија привредних судова Републике Србије, Београд, 2014, стр. 47–48.

<sup>46</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Споразум о признању кривичног дела*, Адвокатска канцеларија – стручни часопис за адвокате, „Профисистем“, јун 2015, број 10, Смедерево, 2015, стр. 18–23.

новиште и да није могуће да се окривљени који је споразумно признао кривично дело, испита као сведок у другом кривичном поступку, односно у погледу другог окривљеног. Ово становиште темељи се на тврдњи да не може у односу на исти предмет исти субјект да се појави и као сведок и као окривљени, али је тако резонување суштински погрешно, јер исти окривљени не може истовремено бити и сведок, само када се ради о кривичном поступку који се води против њега самог, а не и онда када је у питању кривични поступак усмерен против других лица.

Забрана прописана у члану 481 став 2 Законика о кривичном поступку не односи се на ситуацију која се тиче (не)могућности испитивања као сведока окривљеног који је закључио споразум о признању кривичног дела из којег је проистекла правноснажна пресуда. Наиме, према тој одредби законодавац прописује један посебан случај *обавезног одступања од начела непосредности у извођењу доказа* приликом поновног суђења лицу које је претходно правноснажно осуђено у одсуству. То значи да се поновљеном поступку саучесник окривљеног који је већ осуђен *не може саслушавати*, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља тако што председник већа укратко износи садржину записника о тим исказима или их чита, а могуће је и репродуковање оптичког или тонског снимка који садржи такав исказ, с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу. И ова законска забрана је суштински прилично некоректна и представља претерано одступање од начела непосредности, али се она при том уопште ни не односи на претходно објашњењу ситуацију која произлази из неких споразума о признању кривичног дела, а сматрамо и да овде нема услова за примену аналогије у пракси.

## 7. Закључак

Потпуно је нетачно и да адверзијална конструкција главног претреса подразумева лимитирање или елиминисање начела истине, исто као што није тачно да тужилачка истрага подразумева адверзијализацију главног претреса, јер на пример, широм Европе данас постоје кривичнопроцесни системи у којима истрагу води јавни (државни) тужилац (на пример, у Немачкој и Аустрији), али је, и поред тога, главни претрес конструисан на класичан европскоконтинентални начин, уз руководећу доказну улогу суда, који се руководи начелом истине.

Када је реч о начелу истине, у теорији се примећује: „Инквизициони и адверзијални модели кривичног поступка се не разликују много у погледу њиховог циља – *проналажење истине* – али разлика постоји у алокацији одговорности за њено достизање.“<sup>47</sup> Овде се, имајући у виду да израз „инквизиторски“ или „инквизициони“ представља само одговарајуће „упрошћавање“ термина који се односи на „мешовити“ (типични континенталноевропски) кривични поступак, инсистира на томе да је у сваком „нормалном“ и демократском кривичном поступку, без обзира на то да ли има потпуно адверзијалан (страначки) карактер, или је мешовите природе, *основни циљ да се утврди истина*, односно да *одлука суда буде заснована на истинитим чињеницама*. Друга је ствар да ли се као у типичним континенталноевропским законодавствима суду ставља у задатак да извођењем релевантних доказа утврђује истину *ex officio* и мимо страначке иницијативе или је стриктно самим странкама препуштено извођење доказа, а суд се начелно доказно пасивизира.

Проблем у вези са домаћајем начела истине у нашем кривичном поступку постоји, јер се меша правило и неопходно да се одлука суда заснива на истинитим чињеницама, односно уверености суда у њихову истинитост, са постојањем или непостојањем дужности суда да *истражује истину*, односно да и мимо страначке иницијативе изводи доказе који су потребни за утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања. Када је суд апсолутно доказно неактиван, он само може вредновати доказе које су извеле странке изведене, те стећи или не стећи уверење у њихову истинитост, али нема сам могућност да изводи доказе који су потребни да би он као такав утврдио истину. Само онда када суд има могућност да буде доказно активан, он и може заиста утврђивати истину, али то тада може бити супротстављено правилу о терету доказивања, које је када је у питању оптужба, сада и формално стриктно дефинисано као дужност тужиоца, сходно чему тужилац и сноси ризик недоказивања. Иако је то врло сложено теоријско питање, чини се да сада, када је већ уведено правило о терету доказивања, од њега не би требало одступати, већ је потребно то правило на одговарајући начин „помирити“ са начелом истине, што се онда нужно своди на одговарајуће *лимитирано дејство начела истине*.

То значи да би начело истине требало вратити у наш кривични поступак, али тако да се тиме не ремети начелна дужност овлашћеног ту-

<sup>47</sup> T. Weigend, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011, стр. 414.

жиоца да сноси терет доказивања. Тиме би, с друге стране, ипак требало омогућити активнију доказну улогу суда, када је у питању окривљени без браниоца или када је то у интересу одбране у кривичном поступку. Није потребно у самој норми наглашавати да ће суд доказно интервенисати у корист одбране и сл., већ је довољно увести могућност да суд изводи све доказе који су потребни за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, али у границама правила о томе да терет доказивања да је окривљени учинио кривично дело, сноси овлашћени тужилац.<sup>48</sup> С друге стране, треба стриктно прописати да се одлука суда може заснивати само на чињеницама које су истините, јер само тада има смисла постојање жалбе због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Наравно, и ако би се прихватило решење по којем би суд могао/ морао да се доказно ангажује и активира у циљу утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања, али тако да то буде у границама правила о терету доказивања оптужбе, који је на овлашћеном тужиоцу, у пракси би велики проблем био са процењивањем у којем правцу реално иде доказно ангажовање суда, јер суд може сматрати да би извођење одређеног доказа било у прилог одбране, али се сама одбрана са тим не мора сложити. Поред тога, питање је и какав је значај доказа које је суд извео, сматрајући да је то потребно у циљу утврђивања истине, а у прилог одбране која је доказно неактивна, а онда се покаже да је у ствари конкретан доказ користио тужиоцу. Ту нема једноставног и „чистог“ решења, а не треба заборавити ни да онда када је комплетна доказна иницијатива поверена странкама (као у типичном парничном поступку, односно у класичним адверзијалним кривичним процедурама), доказ који је извела једна странка, сматрајући да ће користити њеним страначким интересима, фактички може некада да иде у прилог другој странци. На пример, странка је предложила одређеног сведока сматрајући да ће исказ који ће сведок дати бити њој у прилог, а онда сведок да исказ који је супротан интересу странке која га је предложила.

Уколико се не жели повратак на класично начело истине у смислу давања права, али и дужности суду да увек официјелно и мимо доказних предлога странака утврђује истинито и потпуно чињенично стање (што је наравно, у пракси *questio facti*), а да се ипак (што је по нашем

<sup>48</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Основни проблеми у примени новог Законика о кривичном поступку Србије и како „реформисати реформу“ српског кривичног процесног права*, Правни живот, тематски број: „Право и начело савесности и поштења“, Том I, број 9/2014, Београд, 2014, стр. 593–594.

мишљењу неопходно), ојача доказна улога суда, могуће је још једно „компромисно“ решење. Наиме, суду би имао право и дужност да изведе све доказе потребне за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, али тако да то буде у оквиру правила да тужилац сноси терет доказивања оптужбе, те под условом да се одбрана томе не противи.

Ако би се начело истине на претходно описан начин увело и формално у српски кривични поступак, из којег је Закоником из 2011. године потпуно непотребно (мада не и сасвим консеквентно), прогнано, могли би се на адекватан начин „помирити“ интереси начела истине и захтеви начела правичног вођења кривичног поступка.

**Dr. Milan Škulić**  
**Professor at Faculty of Law**  
**University of Belgrade**  
**President of the Associations of the Lawyers of Serbia**

## **THE RELATION BETWEEN THE PRINCIPLE OF TRUTH AND THE PRINCIPLE OF FAIR CRIMINAL PROCEDURE**

### *Summary*

*The author writes about the relationship of the Principle of truth and the principle of fair trial in the criminal procedure. In the article are defined the basic elements of the principle of truth as well as the basic content of the principle of fair trial in the criminal procedure.*

*In the paper is explained especially the misconception of the new Code of Criminal Procedure of Serbia in relation to the principle of truth, which is now significantly limited. Author presents some suggestions for the amendments of the Criminal Procedure Code of Serbia, i.e. for the new reform of Serbian criminal procedure, which could adequately „reconcile“ the principle of truth and the principle of fair criminal procedure.*

**Key words:** *Principle of truth, Principle of a fair criminal procedure procedure, Code of Criminal Procedure.*



## 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 категорички у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Булевар Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске  
Веселина Маслеше 28/1  
78000 Бања Лука  
Телефон/факс: 051/212-320  
e-mail: info@ud-pr.org

*Издавач:*  
Удружење правника Републике Српске

*За издавача:*  
Академик проф. др Рајко Кузмановић

*Лектор и коректор:*  
Татјана Атлагић Остојић

*Припрема за штампу:*  
Нада Вуга  
Александар Спасојевић

*Штампа:*  
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

*За штампарију:*  
Звонко Савић, дипломирани правник

*Тираж:*  
500 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је 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.