

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 48/2016

Година XIII

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



Година XIII

Број 48/2016

ПРАВНА РИЈЕЧ



БАЊА ЛУКА, 2016.

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.udruzenjpravnika.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, нестраничка 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

Академик, проф. др Радован Д. Вукадиновић Академик проф. др Витомир Поповић ДИРЕКТНО ДЕЈСТВО ГАТТ СПОРАЗУМА И СПОРАЗУМА О ОСНИВАЊУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ	11
Проф. др Александар Ћирић СПОРАЗУМ О МЕЂУНАРОДНОЈ ДИСТРИБУЦИЈИ РОБЕ И УСЛУГА	29
Проф. др Душанка Ђурђевић Др Сандра Фишер Шобот НОВЕ МЕРЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У САОБРАЋАЈНОЈ ПОЛИТИЦИ ЕУ	53
Проф. др Предраг Цветковић ПРАКСА РЕШАВАЊА МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА ИЗ УГОВОРА СА КАРАКТЕРОМ СПОРАЗУМА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ	67
Др сс. Златан Мешкић Др сс. Славко Ђорђевић НОРМЕ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЈЕНЕ У ДОМАЋЕМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	83
Проф. др Генц Трнавци Др Предраг Раосављевић САНКЦИЈЕ У ПРЕДМЕТИМА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ – међународни стандарди, упоредна пракса и постојећа рјешења у БиХ	97
Доц. др Јелена Ћеранић МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИР ЗА БОРБУ ПРОТИВ ПРОДАЈЕ КРИВОТВОРЕНЕ РОБЕ ПУТЕМ ИНТЕРНЕТА	123
Др Јелена Вукадиновић ДЕЈСТВО НОРМИ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ	139

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Кривично материјално право

Проф. др Драган Јовашевић УСЛОВНА ОСУДА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	155
Проф. др Миомира Костић СКИЦЕ О НЕОПХОДНОСТИ ИЗУЧАВАЊА САВРЕМЕНИХ/ КЛАСИЧНИХ ПИТАЊА ОСНОВА КРИМИНОЛОГИЈЕ	175
Проф. др Жељко Никач Др sc. Ванда Божић СУЗБИЈАЊЕ КАЗНЕНИХ ДЈЕЛА ИЛЕГАЛНИХ МИГРАЦИЈА НА ПОДРУЧЈУ РЕГИЈЕ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РЕПУБЛИКУ ХРВАТСКУ И РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ	193
Проф. др Милан Благојевић, ПРОТИВПРАВНА КОНСТРУКЦИЈА УДРУЖЕНОГ ЗЛОЧИНАЧКОГ ПОДУХВАТА	221
Проф. др Иван Јоксић ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И РЕАЛНОГ	239
Проф. др Бранко Вучковић Проф. др Весна Вучковић, КРИВИЧНО ДЈЕЛО ОТМИЦЕ	255
Доц. др Нада Граховац РЕГИСТАР ПОЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА СЕКСУАЛНОГ ЗЛОСТАВЉАЊА И ИСКОРИШЋАВАЊА ДЈЕЦЕ	271
Доц. др Марина М. Симовић Проф. др Владимир М. Симовић ОСНОВНИ ПОЈМОВИ, ИЗВОРИ И НАЧЕЛА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА	285
Доц. др Дарко Радуловић СВРХА КАЖЊАВАЊА	313
Доц. др Миодраг Букарица УПОЗОРАВАЈУЋЕ САНКЦИЈЕ	327

Dr István László GÁL
BROKER SCANDALS IN 2015 IN HUNGARY 347

Elek Balázs
THE INTERROGATION AND
IMPRESSIONABILITY OF CHILDREN 357

Кривично процесно право

Академик проф. др Станко Бејатовић
КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ПОКАЗАТЕЉИ
ФУНКЦИОНИСАЊА ПРАВНЕ ДРЖАВЕ 367

Академик проф. др Миодраг Симовић
ЗНАЧЕЊЕ ПОЈМОВА „ОСНОВАНА СУМЊА“ И
„НАЛОГ ЗА ПРЕТРЕС СТАНА“ У КОНТЕКСТУ ЧЕТВРТОГ
АМАНДМАНА НА УСТАВ САД 399

Проф. др Војислав Ђурђић
ПОИМАЊЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У ТЕОРИЈИ И
ПРОЦЕСНОЈ СТВАРНОСТИ 425

Проф. др Драго Радуловић
СУЂЕЊЕ У ОДСУСТВУ ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ 447

Проф. др Милан Шкулић
СТРАНАЧКИ СПОРАЗУМИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ,
„НУЖНО ЗЛО“ ИЛИ РАЦИОНАЛНА СУМАРНА
КРИВИЧНОПРОЦЕСНА ФОРМА 467

Проф. др Саша Кнежевић
Иван Илић, асистент
ГАРАНЦИЈЕ ЗА ПРАВИЛНО УТВРЂИВАЊЕ
ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ 503

Проф. др Вељко Икановић
ОТВАРАЊЕ И ПРЕГЛЕД ПРИВРЕМЕНО ОДУЗЕТИХ
ПРЕДМЕТА И ДОКУМЕНТАЦИЈЕ 523

Проф. др Миле Матијевић
Младен Вуковић, мср.
НЕКИ АСПЕКТИ АНОНИМНИХ ПРИЈАВА 543

Доц. др Младенка Говедарица ИСТРАГА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	559
Доц. др Миле Шикман Доц. др Велибор Бајичић УЛОГА ПОЛИЦИЈЕ У ДОКАЗИВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА НА ГЛАВНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	573
Др Дарко Јокић ЛИЦА КОЈА МОГУ ОДБИТИ СВЈЕДОЧЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – НОРМАТИВНИ И ЕТИЧКИ АСПЕКТ	597
Проф. др Љубинко Митровић Доц. др Николина Грбић Павловић ВАНРЕДНИ ПРАВНИ ЛИЈЕКОВИ У ПРЕКРШАЈНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	617

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

ДИРЕКТНО ДЕЈСТВО ГАТТ СПОРАЗУМА И СПОРАЗУМА О ОСНИВАЊУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Академик, проф. др Радован Д. Вукадиновић*
Академик, проф. др Витомир Поповић**

Апстракт: Признавање директног дејства међународним споразумима у прву ЕУ представља правно и политичко питање. У правном смислу, признавањем директног дејства омогућава се појединцима који нису учествовали у закључивању односних споразума да могу пред националним судовима да штите своја субјективна права из таквих споразума. Појединци могу да траже накнаду штете или да захтевају поништај домаћих прописа због њихове неусклађености са одредбама таквих међународних споразума којима је признато директно дејство. У политичком смислу, директно дејство ових споразума покреће важна питања општег уставног односа између права ЕУ и међународног права и спремности ЕУ права да прихвати међународно право. Све то утицало је на то да Суд правде Европске уније остане доследан у непризнавању директног дејства СТО споразумима.

Кључне речи: Светска трговинска организација, Општи споразум о царинама и трговини, директно дејство, мешовити споразуми, право ЕУ.

1. Постављање питања

Потписивањем Споразума о оснивању Светске трговинске организација (у даљем тексту СТО Споразум или само Споразум), 1994.

* Правни факултет у Крагујевцу и у Бањој Луци.

** Правни факултет у Бањој Луци.

године, формално је окончана Уругвајска рунда преговора која је у оквиру Споразума о царинама и трговини (у даљем тексту ГАТТ) почела 1986. године. У садржинском смислу, СТО споразум означава квалитативно вишу фазу у настанку и развоју права међународне трговине. Отуда је значај Споразума вишеструк и далекосежан, подједнако у теоријском и у практичном погледу. У практичном смислу манифестује се кроз утицај не само на међународне трговинске односе између држава чланица СТО, већ и на односе између држава нечланица и других међународних организација.¹

У теоријском погледу, СТО споразум представља својеврсну „кодификацију“ правила о међународној трговини не само робом, као што је то било са ГАТТ споразумом, већ и услугама, пољопривредним производима и правима интелектуалне својине. Осим ових, Споразум регулише и низ пратећих и повезаних питања, као што су питања порекла робе, фитосанитарне мере или трговина текстилом, стране инвестиције и слично.

У питању је један од најобимнијих докумената чија су правила, водичи и тумачења садржана на преко 30.000 страница у низу основних и пратећих докумената који чине изворе права СТО. Већ та чињеница захтева посебан приступ његовом изучавању.

Предмет овог рада ограничен је само на питање директног дејства СТО споразума. При томе се као спорно не поставља питање да ли је Споразуму признато или није признато ово дејство, већ разлози због којих му није признато такво својство и последица које би имало евентуално признање директног дејства на учеснике у међународној трговини. Под ученицима у међународној трговини не подразумевају се само државе потписнице Споразума, већ и појединци: правна и физичка лица. Посебна пажња ће бити посвећена месту Споразума у праву ЕУ. Ово због тога што су Споразум о оснивању СТО потписале све чланице тадашње ЕЗ и сама ЕЗ. Такви споразуми се у праву ЕУ означавају као мешовити споразуми (*mixed agreements*). У питању су посебни споразуми чија сложеност и деликатност произлазе из чињенице да их заједно закључују државе чланице и сама ЕЗ (данас ЕУ), из чега настаје сложено питање одговорности за њихово испуњавање. Питање начина њиховог испуњавања непосредно је везано са питањем признања директног дејства.

¹ Примера ради, услов за пријем у ЕУ је и претходни пријем треће државе у СТО.

2. Трансформација ГАТТ-а у СТО

2.1. Настанак ГАТТ-а

Паралелно са идејама о стварању универзалне међународне организације политичког карактера, по завршетку Другог светског рата постојала је и идеја о стварању универзалне светске организације економског карактера. У том циљу су још за време трајања рата владе Велике Британије и САД почеле да разматрају прелиминарне мере које је требало донети за решавања кључних послератних економских питања. У разматрањима су се искристалисала три кључна питања на која је требало наћи одговоре у оквиру будуће организације.²

Прво питање односило се на успостављање механизма за очување равнотеже у међународним плаћањима. У том циљу било је потребно створити систем који би омогућио валутну стабилност и неутралисао проблеме у билансима плаћања изазване сломом система златног важења.

Друго питање односило се на оснивања посебне међународне институције која би се бавила дугорочним међународним инвестицијама.

Треће питање односило се на проблем реконструкције основних принципа на којима би се одвијала послератна трговина између држава, што би нужно подразумевало либерализацију постојећих услова. При томе се посебно имало у виду да је неопходно смањити или укинути постојеће трговинске баријере у међународном промету. Било је предвиђено да се за решавање наведених питања оснују три међународне организације: Међународни монетарни фонд, Међународна банка за обнову и развој и Међународна трговинска организација.

Кад је реч о оснивању нове међународне трговинске организације, у припремању њених оснивачких аката, посебно су се ангажовале владе водећих сила Запада, пре свега владе Велике Британије и САД, које су припремиле Повељу о стварању Међународне трговинске организације (*International Trade Organization* – ИТО). Повеља је била комплетирана и усвојена на заседању Конференције ОУН за трговину и запошљавање, која је одржана у Хавани марта 1948. године, и отуда је позната и под називом Хаванска повеља. Осим регулисања светске трговине, Хаванском повељом су била обухваћена и правила о запошљавању, робни споразу-

² Вид. К. W. Ryan, *International Trade Law*, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1975, стр. 1

ми, рестриктивна пословна пракса, међународне инвестиције и услуге. Међутим, када се очекивало да ће ступити на снагу, Конгрес САД је, и поред чињенице да је управо САД имао главну реч у њеном креирању, одбио ратификацију, а после политичког захлађења у односима између Запада и Истока, 1948. године, постало је јасно да Повеља неће бити прихваћена ни од других држава.

Паралелно са хаванским преговорима, у Женеви се преговарало о закључивању Општег споразума о царинама и трговини (*General Agreement on Tariffs and Trade* – ГАТТ). ГАТТ је по својој садржини требало да представља само један, IV део Повеље, посвећен царинама и трговини. После успешно окончаних преговора, Општи споразум о царинама и трговини је, као привремено решење, усвојен у Женеви 30. октобра 1947. године, од стране 23 углавном високоразвијене државе, а ступио је на снагу 1. јануара 1948. године. Касније је Споразуму формално или фактички приступило око 130 држава између којих се обављало око 80% укупне светске трговине. Тако је ГАТТ, иако је био усвојен као привремено решење, све до средине деведесетих година преузео улогу “главне институције”³ и форума за формулисање основних принципа и вођење светске трговине.

2.2. Настанак СТО

Седам година након што је са делимичним успехом окончана „токијска рунда“, септембра 1986. године у оквиру ГАТТ-а су у Пунта дел Есте у Уругвају, почели последњи и вероватно најдужи трговински преговори икада одржани, познати под називом „уругвајска рунда преговора“. Преговори су, уз повремено драматичан ток, трајали до априла 1994. године. Разлоге овако дугих, напорних и повремено потпуно неизвесних преговора требало би тражити у врло широком кругу питања о којима се расправљало, али и у врло супротстављеним интересима, како између земаља у развоју и развијених земаља чланица, тако и у оквиру развијених земаља. На дневном реду су били готово сви аспекти светске трговине: царине, нецаринске баријере, производи из природних ресурса, текстил и одећа, пољопривредни производи, тропски производи, преиспитивање појединих чланова ГАТТ-а, правила „токијске рунде“, антидампинг, субвенције, интелектуална својина, инвестиционе мере, решавање спорова, ГАТТ систем и услуге. Практично, расправљало се

³ Исто, стр. 2.

од трговине четкицама за зубе до луксузних јахти, и од банкарства до телекомуникација.

Након две године рада и бројних тешкоћа до којих је већ било дошло у том периоду, министри држава чланица су успели да се, на састанку који је 1988. године одржан у Монтреалу, споразумеју бар о неким питањима, као што су концесије за приступ тржишту тропских производа, са циљем да се помогне земљама у развоју, као и у погледу система решавања спорова и механизму преиспитивања трговинских политика држава чланица. Као кључни камен спотицања остало је питање регулисања светске трговине пољопривредним производима. Пошто државе чланице нису успеле да се договоре око реформе у трговини пољопривредним производима, након 1990. године настао је тзв. црни период у преговорима. Осим пресудних неслагања између САД и Европске економске заједнице (у то време) у вези са трговинском пољопривредним производима, испољене су разлике и у вези са регулисањем услуга, услова приступа тржишту, антидампинг правила и оснивања нових институција. Пут према коначном успеху је, ипак, оцртан 1992. године након што су САД и Европска заједница постигле компромис (тзв. Споразум Блерове куће, *Blair House accord*), чиме су преговарачи били охрабрени за напредак и по другим питањима. Већ следеће, 1993. године, “четворка:” САД, Европска унија, Јапан и Канада обелоданиле су напредак у преговорима у вези са царинама и односним питањима, а на састанку који је одржан 15. децембра исте године у Женеви, коначно су решена и сва појединачна питања. Тиме су на путу од Пунта дел Есте преко Монтреала, Женеве, Брисела, поново Женеве, Вашингтона, Токија и по трећи пут Женеве, биле савладане све препреке. Захваљујући томе су министри 125 земаља учесница на састанку који је одржан 15. априла 1994. године у мароканском граду Маракешу могли да потпишу финални споразум (акт) о окончању „уругвајске рунде“ преговора и о стварању нове светске трговинске организације.⁴

⁴ Поред финалног акта (на око 550 страна), резултати „уругвајске рунде“ преговора садржани су у материјалима на преко 30.000 страница, од чега Споразум о оснивању СТО заузима око 430 страна.

3. Садржина и карактер финалног акта о оснивању СТО

Финални акт садржи правне текстове постигнутих споразума у којима су представљени резултати „уругвајске рунде“ преговора, као и текстове министарских одлука и декларација о тумачењу појединих одредаба неких споразума. У питању је 16 споразума, један протокол, две одлуке и једно тумачење, и то:

- 1) Споразум о оснивању Светске трговинске организације;
- 2) Општи споразум о царинама и трговини – ГАТТ–1994;
- 3) Протокол „уругвајске рунде“ уз ГАТТ–1994;
- 4) Споразум о пољопривреди;
- 5) Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама;
- 6) Одлука о мерама које се односе на могућа негативна дејства реформи програма најмање развијених и нето у храни увозних земаља у развоју;
- 7) Споразум о текстилу и одећи;
- 8) Споразум о техничким баријерама у трговини;
- 9) Споразум о инвестиционим мерама које се односе на трговину;
- 10) Споразум о имплементацији члана VI (антидампинг);
- 11) Споразум о имплементацији члана VII (одређивање царинске вредности);
- 12) Споразум о прегледу пре укрцавања;
- 13) Споразум о правилима порекла;
- 14) Споразум о поступку издавања увозних дозвола;
- 15) Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама;
- 16) Споразум о заштитним клаузулама;
- 17) Општи споразум о трговини услугама;
- 18) Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине;
- 19) Тумачења правила и поступка о решавању спорова;
- 20) Одлука о остваривању складније глобалне економске политике.

Иако се у наслову овог рада помиње само Споразум о оснивању СТО, разматрања о правилима о директном дејству на исти начин важе

и за остале тзв. “покривене споразуме”⁵ у оквиру овог “кишобран споразума”.

4. Споразум о оснивању Светске трговинске организације

4.1. Садржина споразума о СТО

Мултилатерална трговинска организација, познатија под именом Светска трговинска организација (СТО, *World Trade Organization – WTO*), основана је истоименим споразумом,⁶ као јединствена и универзална међународна међувладина трговинска организација.⁷ Организација је почела да ради јануара 1995. године. Основни циљ СТО је да, у складу са усвојеним принципима, кроз “заједнички институционални оквир” олакша и помогне одвијање међународне трговине између држава чланица у материји на које се односе споразуми и прикључени правни инструменти који су укључени у анексе, као и да организује трговинске преговоре, решава трговинске спорове између држава чланица и сарађује са другим међународним организацијама које су укључене у формулисање и спровођење глобалне економске политике.⁸ У гене-

⁵ Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 47.

⁶ Agreement Establishing the Multilateral trade Organization, члан I.

⁷ Крајем јула 2016. године, СТО је имала 164 државе чланице, и то: Авганистан, Албанија, Ангола, Антига и Барбадос, Аргентина, Аустралија, Аустрија, Бахреин, Бангладеш, Барбадос, Белгија, Белизе, Бенин, Боливија, Боцвана, Бразил, Брунеи Даресалам, Бугарска, Буркина Фасо, Бурунди, Камерун, Канада, Централна Афричка Република, Црна Гора, Чад, Чиле, Колумбија, Конго, Костарика, Обала Слоноваче, Куба, Кипар, Чешка Република, Данска, Демократска Република Конго, Цибути, Доминика, Доминиканска Република, Еквадор, Египат, Ел Салвадор, Европска заједница, Фиџи, Финска, Француска, Габон, Гамбија, Немачка, Гана, Грчка, Гренада, Грузија, Гватемала, Гвинеја, Гвинеја Бисао, Гуана, Хаити, Хондурас, Хонг Конг, Хрватска, Камбоџа, Капе Верде, Кина, Мађарска, Исланд, Индија, Индонезија, Ирска, Израел, Италија, Јамајка, Јапан, Јерменија, Јемен, Јужна Африка, Камбоџа, Капо Верде, Кенија, Кореја, Кувајт, Киргијска Република, Латвија, Лесото, Лихтенштајн, Луксембург, Макау, Македонија, Мадагаскар, Малави, Малезија, Малдиви, Мали, Малта, Мауританија, Маурицијус, Мексико, Монголија, Мароко, Мозамбик, Мијанмар, Намибија, Непал, Холандија за Краљевство и за Холандске Антиле, Никарагва, Нигер, Нигерија, Норвешка, Пакистан, Панама, Папуа Нова Гвинеја, Парагвај, Оман, Перу, Филипини, Пољска, Португалија, Катар, Румунија, Руанда, Русија, Санта Луција, Саудијска Арабија, Сент Винсент и Гренадини, Сенегал, Сијера Леоне, Сингапур, Словачка Република, Словенија, Руска Федерација, Соломонска Острва, Шпанија, Шри Ланка, Суринам, Свазиленд, Шведска, Швајцарска, Танзанија, Тајланд, Таџикистан, Того, Тринидад и Тобаго, Тунис, Турска, Уганда, Украјина, Уједињени Арапски Емирати, САД, Уругвај, Вануати, Венецуела, Вијетнам, Замбија, Зимбабве.

⁸ Вид. А: Ђирић, *Међународно трговинско право, општи део*, Ниш, 2012, стр. 117–138; Д. Дивљак, *Право спољне трговине*, Нови Сад 2009, стр. 56–72.

ралном смислу, СТО има задатак да омогући спровођење и управљање циљевима који су постављени овим споразумом и мултилатералним трговинским споразумима.

Сам Споразум о оснивању СТО састоји се од преамбуле, шеснаест чланова и четири анекса. Циљеви СТО одређени су у преамбули, док су у анексима дати тзв. *мултилатерални и плурилатерални трговински споразуми*.

Први анекс подељен је у три дела, а у првом се налазе:

- 1) Општи споразум о трговини робом ГАТТ–1994,
- 2) Споразум о пољопривреди,
- 3) Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера,
- 4) Споразум о текстилу и одећи,
- 5) Споразум о техничким баријерама у трговини,
- 6) Споразум о трговинским инвестиционим мерама,
- 7) Споразум о спровођењу члана VI ГАТТ–1994,
- 8) Споразум о спровођењу члана VII ГАТТ–1994,
- 9) Споразум о надзору пре испоруке,
- 10) Споразум о пореклу робе,
- 11) Споразум о поступку издавања увозних дозвола,
- 12) Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама,
- 13) Споразум о заштитним клаузулама.

Други део анекса чини “Општи споразум о трговини услугама”, а трећи део “Споразум о трговинским аспектима трговине правима интелектуалне својине”.

У другом анексу дата су правила и поступак за решавање сукоба између држава чланица.

Садржину *трећег анекса* чине правила којима је регулисан механизам за испитивање националних трговинских политика.

У *четвртом анексу* дати су тзв. *плуралитетни трговински аранжмани*, који представљају правну основу за закључивање будућих посебних споразума између држава чланица. У питању су два споразума: Споразум о трговини цивилним ваздухопловима и Споразум о јавним набавкама.

По структури и правном дејству, СТО споразум представља оквирни или кишобран споразум чија се општа правила примењују на спора-

зуме из прва три анекса. Према начину настанка и правној природи, СТО споразуми представљају врсту мултилатералних међународних споразума на које се примењују одредбе Бечке конвенције о уговорном праву. Међутим, с обзиром на то да су у питању мешовити споразуми⁹ који производе правно дејство и у ЕУ и државама чланицама, односи уговорних страна регулисани су и правом ЕУ и националним правима држава чланица.

4.2. Место СТО споразума у међународном праву

Према начину настанка, уговорним странама и правној природи, Споразум о оснивању СТО представља један од облика уговора међународног права који су регулисани Бечком конвенцијом о уговорном праву од 1969. године.¹⁰ У питању је мултилатерални споразум којим се, са једне стране, регулишу уговорна права и обавезе страна које су га потписале и ратификовале, али се са друге стране, оснива СТО као посебна међународна организација са својством правног лица и посебним задацима. За предмет овог рада од значаја су само уговорна права и обавезе које Споразум намеће уговорним странама. Будући да представља међународни уговор, да би обавезивао државе уговорнице потребно је да је Споразум ступио на снагу и да је ратификован или на други начин прихваћен и унет у унутрашњи правни поредак држава чланица. Питање ратификације или другог начина потврђивања регулисано је унутрашњим нормама уставног права чија се решења разликују зависно од тога да ли је прихваћена монистичка или дуалистичка концепција међународног права.¹¹ У ЕУ, ратификацију у име ЕУ врши Европски парламент. Међутим, осим што се ратификацијом међународни акти признају као саставни делови унутрашњег права, њима се не одређује место ни карактер ратификованог акта. Његово хијерархијско место и правно дејство најчешће се одређује уставним одредбама које се, у том погледу, разликују. У праву ЕУ у овом смислу прави се разлика између ди-

⁹ Eva Steinberger, *The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC's and the EC Member States' Membership of the WTO*, European Journal of International Law, 1(2006)4, стр. 837–862; о мешовитим споразумима у праву ЕУ вид. Више о мешовитим споразумима вид. Mirka Möldner, *European Community and Union, Mixed Agreements*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], 2011, Радован Вукадиновић, *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2014, стр. 119; Владимир Медовић, *Међународни споразуми у праву Европске уније*, Београд, 2009.

¹⁰ Бечка конвенција о уговорном праву, Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори, бр. 30/72.

¹¹ Вид. Р. Етински и С. Ђајић, *Међународно јавно право*, Нови Сад, 2012, стр. 61–70.

ректне примене и директног дејства.¹² Директном применом објашњава се начин уношења међународног уговора у правни поредак ЕУ, док се директним дејством објашњава његово правно дејство. У међународном праву се ова разлика не истиче, осим код тзв. самоизвршивих уговора.¹³ У праву ЕУ Суд правде је међународним уговорима углавном признавао директно дејство по истим критеријумима које је примењивао и на остале изворе права. Међутим, ово дејство није био спреман да призна ни ГАТТ споразуму ни каснијим споразумима о оснивању СТО.

4.3. Место мешовитих споразума и споразума закључених у оквиру СТО у праву држава чланица и у ЕУ

У СТО споразумима није одређено место његових норми у државама уговорницама. Међутим, одредбама члана XVI Споразума о оснивању СТО, државе чланице су обавезане да у својим правним порецима и на својој територији обезбеде да се поштују обавезе које су предвиђене у споразумима који се налазе у раније наведеним анексима (који ће скраћено бити означени као СТО споразуми), при чему је државама остављена слобода избора метода и начина имплементирања. Исту обавезу преузела је и ЕУ, као уговорна страна.

С обзиром на то да је предлог Швајцарске да се СТО споразумима призна директно дејство,¹⁴ изнет у току преговора, био одбијен, државе чланице СТО су слободне да о њиховом признавању одлучују према правилима сопственог уставног права¹⁵ и у складу са правилима међународног уговорног права, водећи рачуна о поштовању начела *pacta sunt servanda*. У ЕУ о томе одлучује Суд правде према сопственим правилима о тумачењу мешовитих споразума, али и водећи рачуна о међународном праву, па се као отворено поставља питање сукоба између ова два извора. При томе, међународно право не прописује јединствено решење.¹⁶

¹² Jan Winter, 'Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law', (1972) 9 *CML Rev* 425.

¹³ Вид. Р. Етински, С. Ђајић, М. Станивуковић, Б. Бордаш, П. Ђундић и Б. Тубић, *Основи права Европске уније*, Нови Сад, 2010, стр. 63–68; Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2014, стр. 145–165.

¹⁴ Вид. С. D. Ehlermann, 'On the Direct Effect of the WTO Agreements', in T. Einhorn (ed.), *Spontaneous Order, Organization and the Law: Liber Amicorum E.-J. Mestmäcker* (2003) 413, at 414.

¹⁵ John H Jackson, 'Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis' 86(2) *American Journal of International Law* 310.

¹⁶ С. Tietje, 'The Status of International law in the European legal order: the case of international treaties and non-binding international instruments' in Jan Wouters & André Nollkaemper (eds), 'The

Иако је релативно рано заузео став да мешовити споразуми чине саставни део комунитарног правног поретка,¹⁷ Суд се није изјаснио о њиховом хијерархијском месту. У правној теорији овакво схватање је критиковано, а преовладава схватање да се мешовити споразуми налазе између примарних и секундарних извора права, и то изнад секундарних извора, а испод примарних.¹⁸ То практично значи да морају бити у складу са оснивачким уговорима, људским правима и општим правним начелима, док секундарни извори морају бити у складу са мешовитим споразумима. Образложење за овакво место налази се у чињеници да мешовите споразуме, с једне стране, стварају државе чланице али, са друге стране, ЕУ преко својих органа. Чињеница да настаје вољом држава чланица говори у прилог сврставања мешовитих споразума у примарне изворе, док им учешће органа ЕУ (одлука Савета којом овлашћује Комисију да започне преговоре и одлука да се закључи споразум) даје карактер секундарних извора.

Место “између” примарних и секундарних извора не значи да су мешовити споразуми независни и одвојени од ових извора, већ да имају карактеристике и једних и других. Оваква квалификација опредељује начин и правила тумачења мешовитих споразума. Наиме, код тумачења се као претходно поставља питање да ли их тумачити као међународне уговоре настале сагласношћу држава уговорница у складу са Бечком конвенцијом о уговорном праву, или према праву ЕУ, с обзиром на то да о отпочињању преговора, закључивању и ступању на снагу одлучују и органи ЕУ: Савет, Комисија и Европски парламент.¹⁹ Тако је Суд правде, пре него што се изјаснио о директном дејству, био прозван да одлучи о својој надлежности да тумачи међународне и мешовите споразума, који истовремено представљају и изворе међународног права.²⁰

Europeanisation of International Law: the Status of International Law in the EU and its Member States' (2008, T.M.C. Asser Press)

¹⁷ Вид. одлуке Суда правде у предметима C- 181/73, *Haegeman*, [1974] ECR 449, тач. 5; C-104/81 *Kupferberg* [1982] ECR 3641, тач. 11-13; C-12/86 *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd (Demirel)* [1987] ECR 3719, тач. 7; C-162/96 *Racke* [1998] ECR I-3655, тач. 41; C-386/08 *Brita* [2010] ECR I-1289, тач. 39.

¹⁸ Вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2014, стр. 119.

¹⁹ У бројним одлукама Суд је по овом питању заузео став да без обзира што Бечка конвенција не обавезује Унију, одредбе Конвенције које одражавају обичајна правила међународног права обавезују Унију и њене органе и чине део правног поретка Уније. Вид. одлуку у предмету C-70/09 *Hengartner* ... тач. 36. у којој Суд упућује на раније предмете и на мишљење бр. 1/91 [1991] ECR I-6079, тач. 14; C-416/96 *El-Yassini* [1999] ECR I-1209, тач. 47; C-268/99 *Jany and Others* [2001] ECR I-8615, тач. 35; и C-386/08 *Brita* [2010] ECR I-1289, тач. 42 и 43 и тамо наведене случајеве.

²⁰ Вид. одлуке у предметима 104/81 *Kupferberg* [1982] ECR 3641; 12/86 *Demirel* [1987] ECR 3719, тач. 8-12; C-53/96 *Hermes International* [1998] ECR I-3603, тач. 22-29; C-300/98 и C-392/98

5. Надлежност Суда правде за тумачење мешовитих споразума

Према одредбама члана 267 УФЕУ, Суд правде ЕУ надлежан је да доноси одлуке о претходним питањима која се односе на тумачење Уговор о оснивању. Под “Уговором о оснивању” Суд је разумео целокупно право ЕУ, али не и национална права држава чланица. С обзиром на то да мешовите споразуме заједно закључују државе чланице и ЕУ на основу подељених надлежности, требало би очекивати да по оним питањима чије регулисање спада у задржане надлежности држава чланица одлучују национални судови. Управо такав приговор ставиле су владе Немачке и Уједињеног Краљевства у предмету *Demirel*,²¹ у коме је Суд правде изнео став о својој надлежности за тумачење мешовитих споразума. Без обзира на приговоре наведених држава, Суд је сматрао да је надлежан да тумачи цео споразум. Своју надлежност је образложио посебном природом ових споразума (у питању је био споразум о придруживању са Турском) којим су успостављене специјалне, привилеговане везе са државама нечланицама.²² То је, према схватању Суда, подразумевало и обавезу Заједнице да придруженим државама у областима које су обухваћене споразумом, обезбеди неопходне гаранције за обавезе које су у том смислу преузеле државе чланице и Заједница. У каснијим одлукама (*Hermes*²³ и *Commission v Ireland*²⁴) своју надлежност Суд није више везивао за посебну природу односа, тј. специјалне привилеговане везе, нити за посебан предмет²⁵ споразума, као у случају *Hermes*. Уме-

Parfums Christian Dior and Others [2000] ECR I-11307, тач. 32-40. Вид. и *Wyat's and Daswood's European Union Law*, Eds., A. Daswood et al., Oxford and Portland, 2011, стр. 966.

²¹ 12/86 *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 1545. Вид. и одлуку у предмету C-181/73, *Haegeman*, тач. 6.

²² Исто, тач. 9-11.

²³ У питању је била надлежност за тумачење члана 50(6) Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС). Пре тога, Суд правде је у Мишљењу 1/94 које се односило на закључивање Споразума о СТО, нашао да поједине питања која су регулисана ТРИПС споразумом спадају у искључиву надлежност држава чланица. Конкретни спор односио се на питање надлежности домаћег националног суда да одлучи о повреди трговачког имена регистрованог у Бенелук земљама. Наиме према одредбама члана 50(6) ТРИПС споразума, тужени је имао право да у захтева издавање привремене мере у поступцима који нису покренути у разумном року. Иако се чинило да се спорна одредба не тиче права ЕУ, Суд је сматрао да је надлежан да је тумачи како би „предупредио будуће разлике у тумачењу” (*Hermes*, тач. 32). У одлуци донетој у предмету *Dior* Суд је своју надлежност са истим образложењем проширио и на одредбе о индустријском дизајну.

²⁴ C-13/00 [2002] ECR 184. Суд је прво заузео став да мешовити споразум у делу који се односи на питања чије регулисање спада у надлежност Уније, треба и у погледу тумачења сматрати као „чисти” споразум Уније (тач. 14).

²⁵ Вид. *Opinion* 1/94 [1994] ECR I-5267 тач. 104; P. Koutrakos, *The Interpretation of Mixed Agreements*. у: C. Hillion (Ed.), *Mixed Agreements Revisited – The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010, стр. 120.

сто тога, Суд је сматрао да у случајевима мешовитих споразума постоји заједничка одговорност држава чланица и ЕЗ/ЕУ за његову примену и испуњавање преузетих обавеза, без обзира на то што државе чланице и ЕУ међу собом нису разграничиле своје надлежности²⁶. Своју надлежност за тумачењем Суд је образложио потребом да на тај начин обезбеди да обавезе које је преузела Заједница буду схваћене и извршене на једнообразан начин у целој Заједници.²⁷ И у новијој одлуци донетој у предмету *Merck*,²⁸ Суд је заузео став да је надлежан да одлучује о својој надлежности (*Kompetenz – Kompetenz*)²⁹ код свих мешовитих споразума без обзира на то да ли је у конкретном споразуму Заједница/Унија искористила своја паралелна овлашћења у унутрашњим односима (донела секундарни пропис, као у предмету *Hermes*), или није (као у предмету *Dior*).³⁰ Од значаја је само утврдити да постоји “заједничка надлежност” држава чланица и Заједнице/Уније.³¹ Суд је једноставно све међународне споразуме сматрао као акте органа Заједнице/Уније јер их Заједница/Унија закључује на основу претходне одлуке Савета и тумачи их као саставне део свог права. Чињеница да су поједине врсте међународних споразума закључиле и друге државе нечланице, тј. да у њиховом стварању нису учествовале само државе чланице и Унија и да се њихово дејство простире изван Уније, није била од значаја за прихватање надлежности код тумачења и таквих “комунитаризованих” споразума³². Кад је реч о надлежности за тумачење СТО споразума, Суд је прво поновио да је СТО Споразум потписан а касније одобрен Одлуком Савета бр. 94/800 и да према установљеној судској пракси чини “интегрални део комунитарног правног поретка”³³ у чијим оквирима је Суд надлежан да одлучује о претходним питањима.³⁴

²⁶ T. Lock, *The European Court of justice and International Courts*, OUP 2015, стр. 109.

²⁷ Вид. став Суда у одлуци 267-69/81, *Amministrazione delle finanze dello Stato v SPI and SAMI*, стр. 809.

²⁸ C- 431/05 *Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos Lda v Merck & Co. Inc. and Merck Sharp & Dohme Lda*.

²⁹ Исто, тач. 33.

³⁰ Вид. одлуку у предмету 300/98 и 392/98 *Parfums Christian Dior* [2000] ECR I-11307.

³¹ Исто, тач. 33. У одлуци донетој у предмету C-13/00 *Commission v Ireland* [2002] ECR I-2943 (*Mox Plant* предмет), Суд је “унео” мешовите споразуме у потпуно чисте споразуме Заједнице, ставом да Бернска конвенција “у великој мери” и у “врло великом домашају” спада у домашај надлежности Заједнице (тач. 16 и 17 одлуке). Вид. и C-239/03 *Commission v France* [2004] ECR I-9325, тач. 28.

³² Вид. став Суда у одлуци 267-69/81, *Amministrazione delle finanze dello Stato v SPI and SAMI*, стр. 809.

³³ Вид. предмет C-344/04 *IATA and ELFAA* [2006] ECR I-403, тач. 36, и C-459/03 *Commission v Ireland* ECR I-4635, тач 82.

³⁴ C-431/05 *Merck Genéricos*, тач. 31. одлуке у којој Суд упућује на раније одлуке донете

6. Директно дејство СТО споразума у праву ЕУ

6.1. Појам и значај директног дејства међународних споразума

Након што их је признао као саставне делове сопственог права, Суд правде се “самопрогласио” надлежним да их тумачи и да се у склопу тумачења изјасни о признавању директног дејства.

Под директним дејством се у праву ЕУ подразумева подобност или капацитет конкретне одредбе (норме или прописа) права ЕУ да креира субјективна права и обавезе за појединце чију правну заштиту су дужни да пруже национални судови држава чланица.³⁵ По својој правној природи, директно дејство производи материјалноправно и процесноправно дејство³⁶. У материјалноправном смислу, норме којима је признато директно дејство стварају субјективна права и обавезе. При томе, није од значаја да ли је односна одредба заиста доделила конкретно субјективно право или наметнула обавезу, већ да ли је постојала намера за тим и да ли је таква норма “способна” за то, да ли има потребна својства или капацитет. У процесном смислу, начело обавезује националне судске и управне органе да тако створеним правима и обавезама пружи судску заштиту.³⁷ Осим ове функције, признање директног дејства служи и као средство за оцену законитости комунитарних и националних имплементирајућих прописа са међународним уговорима, односно одредбама међународних уговора којима је признато директно дејство.

Међутим, и поред таквог значаја, Уговором о оснивању питање директног дејства није на општи начин регулисано, осим што је комуни-тарним уредбама признато директно дејство. Стога је о домаћају директног дејства одлучивао Суд правде у поступцима по појединачним захтевима за доношење одлука о претходним питањима тумачења конкретних одредаба. Кад је реч о међународним уговорима, Суд полази од воље уговорних страна и намере да целом уговору или појединим дело-

у предметима C-181/73 *Haegeman v Belgium* [1974] ECR 449, тач. 4 до 6, и предмет C-12/86 *Demirel* [1987] ECR 3719, тач. 7.

³⁵ Пре свих вид. S. Robin-Olivier, *The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, projections*, Int J Constitutional Law (2014) 12(1), стр. 165–188.

³⁶ Р. Вукадиновић, *н. дело*, стр. 152.

³⁷ *Исто*.

вима признају директно дејство.³⁸ Већ је наведено да је такав предлог Швајцарске одбијен, а да су одбијање изразиле и водеће трговачке силе: САД, Канада, Јапан и Кина.

У случају ЕУ, Суд правде је о томе одлучивао у оквиру надлежности за тумачење других мешовитих споразума. Тако је у одлуци донетој у предмету *Kupferberg*³⁹ формулисао посебан тест,⁴⁰ односно два услова које мора да задовољи конкретна одредба споразума или цео споразум за признавање директног дејства. Први се односи на “природу или генералну шему” споразума. Према овом услову, потребно је да природа и генерална шема конкретног споразума упућују на намеру уговорних страна да споразуму признају директно дејство. Други услов односи се на прецизност и неусловљеност конкретне одредбе. Према овом услову, директно дејство може се признати само одредбама које су јасно формулисане и чије извршавање (додељивање права или наметање обавеза) није условљено доношењем додатних имплементирајућих мера.

О другом аспекту директног дејства, као праву појединаца да траже поништај незаконитог унутрашњег прописа због неусклађености са споразумима којима је признато директно дејство, Суд правде је расправљао почев од случаја *International Fruit* преко *Nakajima* до *Dai-ichi Sankyo*. Суд је у наведеним случајевима као повезана разматрао питање права појединаца да се директно позову на одредбе споразума и питање допуштености оцене законитости комунитарних и националних аката, зависно од тога да ли су у складу са споразумима. Међутим, за разлику од класичних или обичних међународних споразума којима је на основу наведеног теста признавао директно дејство (позивајући се на њихову генералну шему или природу), Суд је СТО споразуме третирао

³⁸ Међутим, једнострано навод у изјави или декларацији о закључивању споразума или у преамбули споразума, нису довољни да такав споразум лише директног дејства. Paul Reynolds, *The EU's New Trade Policy and the Doctrine of Direct Effect: The Final Crossroads?*, master thesis, Tilburg University, 2012, доступно на <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127439> стр. 18. Последњи приступ 12.07. 2016.

³⁹ Case C-104/81 *Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A* [1982] ECR 3641.

⁴⁰ Суд је услове за признање директног дејства формулисао већ у одлуци донетој у предмету *Van Gend en Loos*, и остао им доследан и у каснијој пракси. Вид, Robin-Oliver, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, *I•CON* (2014), Vol. 12 No. 1, 165–188. У једном делу правне теорије, посебно кад је реч о директном дејству права СТО, оспоравала се универзално значење директног дејства и чини се зависним од тога да ли одлучивање о томе спада у надлежност суда или о томе одлучују политичка или законодавна тела. У том смислу сматрају да примена начела директног дејства у области права интелектуалне својине не прејудуцира питање директног дејства у другим областима трговачке регулативе. *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, International Trade Law Center, Arthur E. Appleton, Michael G. Plummer (Eds.), Springer Science & Business Media, 2007. стр. 1061.

на посебан начин, као изузетке, у односу на остале не-СТО споразуме. Остале споразуме карактеришу посебни (привилеговани) односи или нереципрочне обавезе. СТО споразум карактеришу преговори, реципрочне обавезе и узајамни аранжмани без привилегија. Тако је у одлуци донетој у предмету *International Fruit* одбијање да призна директно дејство одредбама ГАТТ споразума на које се позвао тужилац, Суд образложио “духом, општом шемом и условима”⁴¹, али и схватањем да је примена одредаба ГАТТ-а подложна ограничењима, одступањима и изјављивању резерви, укључујући и право држава уговорница да суспендују њихову примену у циљу заштите домаће индустрије.⁴² Као препреку, Суд је навео и политички карактер система решавања спорова који је предвиђен у ГАТТ споразуму. У доктрини је овакав став основано критикован и оквалификован као правно-политички.⁴³ Правно-политичка позадина састоји се у бојазни Суда да би се признавањем директног дејства ГАТТ споразуму, а касније Споразуму о оснивању СТО и пратећим споразумима, омогућило покретање поступака оцене пуноважности норми комунитарног права по основу несагласности са правилима СТО, чиме се угрозила не само аутономија права ЕУ, већ и успостављена институционална равнотежа и утврђена подела надлежности у оквиру ЕУ.

О питању директног дејства Суд је расправљао и након оснивања СТО у више случајева, почев од случаја *Hermes*.⁴⁴ Без обзира на то што је у свима њима констатовао да између ГАТТ споразума и Споразума о СТО постоје разлике, Суд је остао доследан у ставу да ни Споразуму о СТО, ни споразумима којима су регулисана поједина питања међународне трговине, не призна директно дејство. Суд се позвао и на одредбе става 11 Одлуке Савета бр. 94/800.⁴⁵ о одобравању споразума закључених у оквиру „уругвајске рунде“ преговора, у којој је било предвиђено да “Споразум о оснивању СТО, укључујући и припадајуће анексе, није подобан да буде директно примењен у Заједници или судо-

⁴¹ Тач. 20.

⁴² Тач. 21.

⁴³ Вид. У бројној страниј литератури, између осталих, E-U, Petersmann, Application of the GATT by the Court of Justice of the European Union, *CML Rev.*, 20(1983), стр. 397; F. Martines, Direct Effect of International Agreements of the European Union, *The European Journal of International Law* Vol. 25 no. 1, стр. 129–147; *Wyatt and Daswood's European Union Law*, by A. Daswood et al., eds. Oxford and Portland, 2011, стр. 956. У малобројној домаћој литератури вид. В. Медовић, *Међународни споразуми у праву Европске уније*, Београд, 2009, стр. 146 и даље; П. Цветковић, *н. дело*, стр. 87.

⁴⁴ C-53/96 *Hermes International* [1998] ECR I-3603.

⁴⁵ [1994] OJ L 336/1.

вима држава чланица.”⁴⁶ Као разлоге за непризнавање директног дејства СТО споразумима, Суд је навео и чињеницу да директно дејство овим споразумима нису признале ни водеће трговачке силе.

Што се тиче држава чланица ЕУ, Суд правде им није одрекао право да у унутрашњим правима директно дејство признају појединим одредбама СТО споразума. И треће државе (нечланице) су у том погледу заузеле различите ставове,⁴⁷ али су најзначајније трговинске силе биле јединствене у ставу да им не признају директно дејство.

6.2. Изузеци

У погледу права заинтересованих субјеката да оспоравају законитост унутрашњих мера према одредбама СТО споразума, Суд правде је предвидео два изузетка, које је формулисао у одлукама донетим у предметима *Fediol*⁴⁸ *Nakajima*.⁴⁹ Према схватању Суда, правним и физичким лицима може се признати право да траже оцену пуноважности (законитости) оних аката ЕУ који су усвојени са циљем имплементирања релевантних норми СТО позивањем на релевантна правила СТО. Други изузетак односи се на акте за чију оцену законитости се јасно упућује на норму права СТО система. Иако обе одлуке потичу из фазе пре оснивања СТО, Суд се на изузетке предвиђене у њима позивао и у предметима који су се тicali споразума који чине право СТО.⁵⁰

⁴⁶ У правној теорији основано је указивано на то да је реч о преамбули као необавезујућем делу Одлуке, те да је у питању политичка декларација. Вид. *Wyatt and Daswood's European Union Law*, н. дело, стр. 957.

⁴⁷ Zhang, ‘Direct Effect of the WTO Agreements: National Survey’, 9 *Int'l Trade L Rev* (2003) 35;

⁴⁸ C-70/87 [1989] ECR 1781.

⁴⁹ C-69/89 *Nakajima* [1991] ECR I-2069.

⁵⁰ Вид. одлуку у предмету *Commission v Germany* [1996] ECR I-3989, тач. 52, C-448/05 *Thomson and Vestel France* [2000] ECR I-2049, тач. 30.

**Academician, Radovan D. Vukadinović, PhD,
Faculty of Law in Kragujevac and Banja Luka,**

**Academician, Vitomir Popović, PhD,
Faculty of Law in Banja Luka**

DIRECT EFFECT OF GATT AGREEMENT AND WTO AGREEMENTS

Summary

Recognition of direct effect of international agreements in the EU represents the high legal and political issue. In legal terms, the recognition of direct effect enable individuals who did not participate in the conclusion of the relevant agreements means to commence proceedings before national courts to protect their individual rights from such agreements. Individuals can seek damages or to demand the annulment of national legislation due to their inconsistency with the provisions of such international agreements. In political sense, direct effect (or lack thereof) of these agreements raises important questions about the general constitutional relationship between EU law and international law and reveals how receptive the EU legal order is to international law. All this contributed to the Court of Justice of the European Union remains consistent in denying the direct effect of the WTO agreements.

Keywords: *World Trade Organization, General Agreement on Tariff and Trade, direct effect, mixed agreements, EU law.*

СПОРАЗУМ О МЕЂУНАРОДНОЈ ДИСТРИБУЦИЈИ РОБЕ И УСЛУГА*

Проф. др Александар Ћирић**

Анстракт: Аутор у раду полази од чињенице да успех у обављању савременог међународног трговачког промета робе и услуга почива не само на питању како одређени производ произвести, већ и на решењу питања које има преваходно маркетиншки карактер – како доћи до потрошача и како продати оно што је произведено. У раду се истиче да споразуми о дистрибуцији имају значај изузетно важног инструмента за пласман производа и услуга на тржишту. Поред животно-практичних, постоје и правни разлози за њихово коришћење у међународној пословној пракси. Наиме, законодавства низа земаља, посебно у вези са увозом и пласманом стратешких производа, често ограничавају страним компанијама директну продају на домаћем тржишту без ангажовања домаћих дистрибутера, који су одговорни за снабдевање резервним деловима, организацију неопходне сервисне службе и који, генерално, стоје иза пласмана одређеног производа.

Предмет излагања у овом раду исцрпљује се разматрањима о:

- а) појму, врстама и карактеристикама споразума о дистрибуцији;
- б) изворима права;
- в) правима и обавезама уговорних страна;
- г) елементима споразума о међународној искључивој дистрибуцији;
- д) одговорности уговорних страна за неизвршење или неуредно извршење уговорних обавеза;

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

** Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу.

ђ) правној природи споразума о међународној дистрибуцији и његовим карактеристикама у односу на неке друге послове.

За споразуме о међународној дистрибуцији карактеристично је да нису садржајно устаљени, већ се прилагођавају конкретним потребама, од случаја до случаја (уговори по мери – *tailor-made*), услед чега је и њихова правна природа често изнијансирана.

На подлози спроведене анализе, аутор закључује да се специфичности споразума о дистрибуцији, као уговора *sui generis*, заснивају на различитим карактеристикама унутрашњих односа уговорних страна, који, углавном, нису регулисани националним законодавствима, али који чине унутрашње јединство. Преко предмета посла дистрибуције, који има елементе различитих уговора (продаја, посредовање), успоставља се међусобна економска веза међу уговорним странама, која не постоји у другим именованим и неименованим уговорима у међународном трговачком правном промету. Економска и функционална повезаност уговорних односа даје *sui generis* обележја споразуму о међународној дистрибуцији. Иако дистрибутер продаје робу у своје име и за свој рачун, он има дужност да располаже робом на начин који је договорно утврђен са снабдевачем.

На подлози анализе правне природе споразума о међународној дистрибуцији и довођења у везу формалноправних и функционалних сличности и разлика овог посла са уговором о међународној продаји, као и уговорима о међународном заступању, посредовању и комисиону, укључујући и уговоре о франшизингу, факторингу, форфетингу и са њима повезане послове, аутор закључује да материја коју чине наведени послови представља функционално јединство за успостављање система за промоцију и пласман производа од произвођача до коначног потрошача, што упућује на оправданост издвајања те материје у посебну грану права – Права дистрибуције.

Кључне речи: споразум о међународној дистрибуцији робе и услуга, канали дистрибуције, ексклузивна дистрибуција, типски споразум о дистрибуцији МТК, упутство за састављање међународних споразума о дистрибуцији МТК, снабдевач (добављач, продавац, произвођач, испоручилац), дистрибутер, цена робе и услуга, одговорност уговорних страна, право дистрибуције.

1. Увод

Дистрибуција (лат. *distributio*), у најширем смислу, подразумева организацију пласмана робе и услуга, по систему продајних мрежа и успостављених канала дистрибуције, који врше и функцију посредника, омогућавајући промоцију и пласман производа и услуга од произвођача до коначног потрошача.

Дистрибуцијом производа, робе и услуга се, дакле, могу бавити сами произвођачи или посебно специјализована трговачка друштва. Канал дистрибуције чини мрежу компанија и лица, која учествују у преносу права својине са произвођача конкретног производа на дистрибутера, у циљу коначне продаје потрошачима на тржишту.

У савременом пословном свету више не представља највећи проблем како одређени производ произвести, односно како достићи висок ниво продуктивности, већ је централни проблем добио маркетиншки карактер – како доћи до потрошача и како продати оно што је произведено. Дистрибутери као продајни „медијатори“, дилери и локални снабдевачи страним производима, одговорни су за велики део укупне извозне активности широм света.

Бројни су разлози због којих произвођачи, или снабдевачи, прибегавају сарадњи са дистрибутерима. У мери у којој расте потреба за међународном трговачком разменом, повећава се значај промотера и дистрибутера стране робе и услуга. Чак и када је трговац у некој иностраној земљи успео да обезбеди пласман сопственог производа на тржишту, локални дистрибутери имају незаменљиву улогу у обезбеђивању врло важних услова у погледу: прибављања неопходних увозних дозвола, сагласности и одобрења; трансфера робе преко границе; припреме робе за непосредну испоруку потрошачима; помоћи у инсталирању и тестирању производа; организовању сервисног одржавања; знања локалног језика, потреба и обичаја потрошача, као и низа других пратећих, али веома значајних, услуга важних за пласман робе и услуга на међународном тржишту.

Поред животно-практичних, постоје и правни разлози за коришћење услуга локалних дистрибутера. Законодавства појединих земаља, посебно оних које се ослањају на увоз најважнијих индустријских производа, често ограничавају страним компанијама директну продају на домаћем тржишту без ангажовања домаћих дистрибутера, који су одговорни за

снабдевање резервним деловима, организацију неопходне сервисне службе и који, генерално, стоје иза одређеног производа. Такви дистрибутери су, по правилу, подвргнути контроли надлежних органа домаће државе и њима су одговорни за делатност коју обављају.

2. Споразуми о међународној дистрибуцији робе и услуга

2.1. Појам, врсте и карактеристике споразума

Развој економских функција продаје робе, руковање залихама, као и изразито јака конкуренција на домаћем и међународном тржишту, одразили су се на правно обликовање споразума о дистрибуцији. Под **појам** дистрибуције могу се подвести све врсте делатности и уговорне форме које омогућавају произвођачу и власнику пласман његових производа на тржишту.

Дистрибуција робе и услуга, као организација продаје, укључује инструменте, средства и структуру која омогућава произвођачу да преко осмишљених канала продаје, пласира производ на тржишту, са тенденцијом његовог ширења на нове регионе. Трговачки канал или канал дистрибуције чине посредници у циљу достављања (трансфера) производа од места производње до места потрошње, уз минималне трошкове и прихватљиве услуге купцима.

Трговачки канали пласмана робе и услуга (канал дистрибуције) класификовани су по броју посредника између произвођача и потрошача. И формалноправни оквири, поред других фактора, значајно утичу на креирање канала дистрибуције. У пословној пракси изнедриле су се **три** њихове врсте:

- а) **Директни** канали, чији су инструменти непосредни уговори о дистрибуцији између произвођача и потрошача, без учешћа посредничких организација. Предност канала ове врсте у могућности је пуне контроле промета производа од стране произвођача. Њихови недостаци су у ограничениости тржишта пласмана;
- б) **Посредни** канали укључују у своју инфраструктуру посреднике, уз чије учешће производ, најпре, иде од произвођача једном

- од посредника, који потом продаје робу потрошачу, или другом посреднику – на мало и/или велико. Преимућство таквих канала огледа се у ширењу тржишта пласмана производа, а недостаци су им у сужавању могућности контроле пласмана производа, и
- в) **Мешовити канали** обједињују карактеристике директних и посредних канала. Део производа пласира се на основу директних, а део преко посредних канала дистрибуције.¹

Дакле, споразум о дистрибуцији један је од инструмената реализације пласмана производа и услуга на тржишту.

У упоредном законодавству постоје различите **дефиниције споразума** о дистрибуцији. У Белгији, која је једна од ретких земаља у којој је споразум о дистрибуцији именовани правни посао, овај уговор **дефинисан** је као “сваки споразум којим испоручилац, који даје право дистрибуције једном, или множини дистрибутера, додељује право даље продаје производа, које је сам произвео, или их у своје име и за свој рачун препродаје и испоручује дистрибутеру.”²

Правна форма споразума о дистрибуцији разликује се како од класичног уговора о продаји, тако и од уговора агентског типа. Предмет споразума о дистрибуцији је у функцији пласмана робе и услуга које су најчешће карактеристичне по широком потрошачком промету. Примера ради – аутомобили, бела техника, транспортна средства, туристички аранжмани. Својом масовношћу данас се посебно истиче информациона технологија (ИТ), која се користи у производњи, манипулацији, складиштењу, комуникацији и дистрибуцији информација у целом свету.

Подела споразума ове врсте се врши на: обичне (интензивне); селективне и „искључиве“ (ексклузивне).

- а) Споразум о **обичној** (интензивној, максималној) дистрибуцији јесте уговор *suī generis*, закључен на одређено или неодређено време, којим се једна страна (дистрибутер) обавезује да, у своје име и за свој рачун, продаје робу купљену од друге стране – ис-

¹ Канали дистрибуције деле се на одговарајуће нивое: нулти ниво: произвођач → потрошач; први ниво: произвођач → посредник у малопродаји → потрошач; други ниво: произвођач → посредник на велико → посредник на мало → потрошач. Канали дистрибуције трећег нивоа: произвођач → посредник на велико → посредник на велико и мало → посредник на мало → потрошач. Капацитет канала дистрибуције мери се количином производа, коју он апсорбује, док његову дужину и ширину опредељује број посредника на свакој од етапа реализације производа. <https://ru.wikipedia.org/wiki>.

² Члан 2 белгијског Закона о једностраном раскиду споразума о ексклузивној дистрибуцији закључених на неодређено време из 1961. године, са изменама из 1971. године.

поручиоца (произвођача, снабдевача). Тиме се дистрибутер, на уговорној основи, интегрише у продајни систем испоручиоца робе. Ова стратегија уобичајена је за пласман производа којима се задовољавају основне потребе потрошача (хлеб, млеко, кафа, грицкалице, часописи, безалкохолна пића) и који се најчешће продају у малопродајним објектима.³

- б) Споразумом о **селективној** дистрибуцији произвођач (добављач) се у циљу пласмана робе и услуга ослања на два или више одређених посредника. Ова врста стратегије пласмана обично се примењује за више специјализованих производа који се пласирају на тржишту кроз посебно обучене дилере; на пример, за пласман занатских алата, или сложенијих апарата, које потрошачи купују након поређења њихових цена, квалитета и других карактеристика. Производи који се продају на тај начин обично захтевају помоћ продавца при куповини у виду техничких савета, сервисирања, гаранције и сл.
- в) Споразум о **ексклузивној** (искључивој) дистрибуцији типичан је за пласман скупих производа који се ређе се набављају, захтевају сложено одржавање и сервисирање (луксузни аутомобили, накит, скупа опрема, технологија). Произвођач (добављач, испоручилац), у циљу пласмана својих производа, закључује споразум са веома малим бројем посредника (дилера). Добављач даје посреднику јединствено (искључиво, ексклузивно) право да продаје његове производе на релативно великом географском подручју. Циљ ексклузивне дистрибуције јесте повећање имица производа и контроле над процесом дистрибуције. Ексклузивна дистрибуција сушта је супротност интензивној дистрибуцији. Производи се купују за коришћење у дужем временском периоду. Погодни су за ексклузивност пласмана, којим дистрибутер дистрибуира само производе добављача, уз искључење права дистрибуције других конкурентских производа. Ова стратегија примењује се и за пласман луксузне трговачке робе, као што су брендиране марке (*Gucci, Pierre Cardin, Calvin Klein* и многе друге).⁴

³ Ph. Kotler, K. Kevin Lane, *Marketing management*, 14th [ed.], Prentice Hall 2012, [electronic resource], xxii, 657, [127] p.

⁴ Ibidem.

Дакле, правни инструмент реализације „искључиве дистрибуције“ јесу споразуми закључени између две стране, којима се испоручилац робе обавезује да ће искључиво дистрибутеру испоручивати одређену робу ради даље продаје на споразумом договореном тржишту, или неком његовом делу.⁵ У пракси преовладава искључивост, чија је сврха подстицај дистрибутера на промоцију робе испоручиоца на подручје за које је споразум закључен. Такође, ваља узети у обзир да се економски терет, који споразумом преузима и носи дистрибутер, ублажава клаузулом искључивости.

Када је реч о споразумима о **дистрибуцији услуга**, потребно је нагласити да су они специфични због чињенице да је услуга неопипљива, па је за процес његове производње и/или активности продаје, често неопходан лични контакт између произвођача и корисника – купца (потрошача). То је разлог да се у тој области користи споразум о директној дистрибуцији, који је погодан за продају професионалних услуга – *intuitu personae*, као што су здравствена нега, правни савети, личне услуге (фризирање, модни стајлинг и сл.). И друге услуге, укључујући путовање и осигурање, такође се могу ослонити на директну дистрибуцију.⁶ Међутим, иако је често неопходна директна дистрибуција да би се услуге пружиле, за продају услуга не мора увек бити нужан контакт давалац (произвођач) – купац. Произвођачу услуге често помажу дистрибутери који су преузели право својине. Поједине врсте услуга, као што су туристички аранжмани, издавање простора у закуп, услуге оглашавања и рекламе, осигурање имовине и лица, продају се у форми споразума о дистрибуцији, без директног контакта са њиховим пружаоцем.

Међународна пословна пракса одређује споразум о дистрибуцији као правни посао, који има следеће **карактеристике**:

- а) Споразум има оквирни карактер, који се закључује на дужи временски период, или на неодређено време, на основу кога се реализује низ појединачних уговора о сукцесивној испоруци робе и услуга између добављача робе, односно пружаоца услуга и дистрибутера;
- б) Дистрибутери су трговци који:

⁵ У вези са овим видети: Н. Horak, *Ugovori o distribuciji u pravu i poslovnoj praksi Hrvatske i EU*, „Sinergija nakladništvo“, Zagreb, 2005.

⁶ М. J. Etzel, В. J. Walker, W. J. Stanton, *Marketing*, 11th Edition, Irwin/McGraw-Hill, Boston, 1997, p. 349.

- ба) преузимају својину над робом и даље је препродају у своје име и за свој рачун, или иступају у својству
- бб) агената или брокера добављача, који не преузимају својину на производима, већ својом делатношћу олакшавају ток робе и услуга од произвођача до потрошача;
- в) Дистрибутер који стиче право својине има обавезу плаћања цене за испоручену робу и право да је управо он, у своје име и за свој рачун, продаје на споразумом одређеном тржишту;
- г) Споразумом се може предвидети да дистрибутер има обавезу откупа одређене минималне количине производа на уговорени временски период;
- д) Дистрибутери се најчешће обавезују да не тргују конкурентском робом других снабдевача;
- ђ) Ризик продаје робе, коју дистрибутер редовно купује од снабдевача у унапред одређеним количинама и која је у својини дистрибутера, на самом је дистрибутеру;
- е) Код искључиве (ексклузивне) дистрибуције, дистрибутер има право искључивог дистрибуирања робе или услуга на одређеној територији;

Често се у терминологији трговаца споразуми о искључивој дистрибуцији означавају као “лиценца за продају”, што је погрешно, будући да се не ради о акту једностраног одобрења, већ о правима предвиђеним двостраним уговором.⁷

Предмет споразума о дистрибуцији је **уступање** права продаје од стране испоручиоца (произвођача, снабдевача, даваоца) дистрибутеру, на договореном тржишту, одређене робе или услуге.

Дистрибутер се, по правилу, обавезује и на поштовање правила пословања и упутства добијених од испоручиоца (снабдевача), као услов једнообразног пословања на тржишту.

Испоручилац најчешће тежи да ограничи ексклузивна права дистрибутера, на пример, признајући му права продаје за територију мањег региона, или уговарањем обавезе постизања минималних резултата у погледу обима пласмана у току године. Понекад, у дистрибутерским споразумима и нема одредаба о ексклузивитету, тако да на истом тржишту делује више дистрибутера, који су у међусобној конкуренцији. Дистри-

⁷ С. Schmithoff, *op. cit.*, стр. 133.

бутер, са своје стране, настоји да се не обавезује обавезом куповине производа само од једног испоручиоца.

Када је реч о **терминологији**, сматрамо да је подесније за појмовно обележавање овог института користити назив споразум, а не уговор.⁸ Споразум о међународној дистрибуцији, између осталог, подразумева оквирни уговор о више сукцесивних испорука робе. Свака од испорука робе у партијама, на пример четири кварталне испоруке робе у току календарске године, посматране одвојено, по својој правној природи представљају четири самостална уговора о међународној продаји робе. Њиховом појединачном реализацијом долази до испуњења најважнијих обавеза из споразума о дистрибуцији. У том смислу, посматрани као уговори са сукцесивним испорукама робе, на њих се може применити Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе, којој нема места примени у односу на оквирни споразум о међународној дистрибуцији.

2.2. Извори права

Споразуми о међународној дистрибуцији сврставају се у групу атипичних уговора аутономног међународног трговачког права, мада у трговачкој пракси немају дугу традицију. Карактеристично је да у већини законодавстава одсуствују правне норме за њихово регулисање.

Уговори о дистрибутивним пословима настали су и развили су се из пословне праксе, која је најпре настала у Сједињеним Америчким Државама, у областима промета нафте и нафтних деривата, моторних возила, као и производа заштићених жигом.⁹ Пракса у вези са споразумом о дистрибуцији врло је раширена и у Европи, али национална законодавства их не уређују, због чега се они класификују као иноминативни, неименовани, послови. Изузетак је Белгија, која је 1961. године донела Закон о једностраном престанку уговора о искључивој дистрибуцији неодређеног временског трајања.

На међународном нивоу је, са циљем једнообразне примене и тумачења услова споразума о дистрибуцији, Међународна трговин-

⁸ Слојевити карактер односа код споразума о дистрибуцији упућује на извесне асоцијативне везе са институтом Agreement to Sale из енглеског „Sale of Goods Act“ из 1979. године.

⁹ Жиг је било који знак, или комбинација знакова, подобна за разликовање робе или услуга једног трговачког друштва од робе или услуга другог трговачког друштва. Такви знаци, посебно речи, узимајући у обзир и лична имена, слова, бројеве, фигуративне елементе и комбинације боја као и било која комбинација таквих знакова, подобне су за регистровање као жигови. Видети: чл. 15 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS).

ска комора (МТК) израдила и понудила пословној пракси на употребу два документа: Типски споразум о дистрибуцији МТК¹⁰ и Упутство за састављање међународних споразума о дистрибуцији МТК.¹¹

На регионалном плану, у праву ЕУ су споразуми о дистрибуцији обликовани и уређују се у контексту права конкуренције на тржишту, у вези са чим је донет већи број уредби, којима се послови ове врсте регулишу у смислу њихове дозвољености са становишта картелног права и права конкуренције ЕЗ.¹²

У праву Србије су споразуми о дистрибуцији иноминативни послови и нису уређени законом. Законом о трговини признаје се „право продаје ексклузивне робе“, а Закон о заштити конкуренције сврстава споразуме о ексклузивној продаји или набавци робе, ексклузивној дистрибуцији, ексклузивној додели клијената, селективној дистрибуцији и ексклузивном заступању, у вертикалне споразуме. На тај начин је наведеним пословима, и са аспекта права конкуренције, признат статус допуштеног облика трговања.

Будући да правни поредак не регулише послове дистрибуције на свеобухватан начин, за њихово уређивање меродавна је аутономија воље уговорних страна, у оквиру граница императивног поретка, уз могућност примене правног режима уговора о продаји, послова посредовања, заступања, и уз поштовање међународног јавног поретка. Имајући у виду правила Међународног приватног права о сукобу закона, која упућују на примену права које је у најтешњој вези са уговором, на споразум о дистрибуцији би, у сваком конкретном случају, колизиона норма упућивала на право државе на чијој се територији налази место пословања стране која врши карактеристичну престацију, а то значи на право државе места пословања (business of place) дистрибутера.¹³

2.3. Уговорне стране и њихова права и обавезе

Уговорне стране у споразуму о међународној дистрибуцији су снабдевач (испоручилац, добављач) и дистрибутер.

¹⁰ Publication ICC, № 518, <http://www.inmarlegal.ru/press/publications>.

¹¹ Publication ICC, № 441 (E)1, <http://www.inmarlegal.ru/press/publications>.

¹² Више о овоме видети: В. Поповић, Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Посебни део, уговори међународне трговине, Бања Лука – Крагујевац, 2010, стр. 259.

¹³ У праву Србије посебан значај за ову област имају одредбе Закона о спољнотрговинском пословању („Sl. glasnik RS“, br. 36/2009, 36/2011 – dr. zakon, 88/2011 i 89/2015), као и Закона о заштити конкуренције („Sl. glasnik RS“, br. 51/2009 i 95/2013).

Споразум између испоручиоца и дистрибутера јесте правни посао између два независна трговца. Посао о дистрибуцији заснива се на чисто економској основи, али он истовремено неизоставно подразумева укључивање дистрибутера, на уговорној основи, у продајну мрежу произвођача.¹⁴

Снабдевач (добављач, продавац, произвођач, испоручилац) је уговорна страна, која овлашћује дистрибутера – страном лице, да може трговати робом одређене врсте на уговореној територији, коју је купило од њега. За дистрибутера је, код уговора о међународној ексклузивној дистрибуцији, продавац-испоручилац **једини снабдевач** робом на тој територији.

Дистрибутер је трговац – купац робе, који са испоручиоцем има сталне и дугорочне уговорне односе, на одређено или на неодређено време. Он у своје име и за свој рачун, најчешће, купује од снабдевача робу, са циљем даље продаје на територији коју договара са снабдевачем.

Тако, за случај да споразум о дистрибуцији закључе, с једне стране, кинеска транснационална компанија “Lenovo”, произвођач електронских уређаја и српски увозник, са друге стране, први овлашћује другог за дистрибутера својих производа на тржишту Србије, или чак, и на широј територији (Балкан). Дакле, дистрибутер није купац-потрошач. Он не купује робу од снабдевача за задовољење сопствених потреба, већ у циљу њене препродаје у границама договорене територије (тржишта).

Делатност дистрибутера заснива се на елементима искључивости у односима са произвођачем (снабдевачем). Односи са њим имају „продужен карактер“, а споразум се закључује, по правилу, у дужем трајању, или на неодређени период.

Положај дистрибутера најсличнији је положају купца. Он настоји да своју зараду оствари из разлике између ниже набавне цене из уговора, који закључује са испоручиоцем, и више продајне цене производа, коју оствари пласманом (продајом) купљене робе на тржишту. Дистрибутер продаје робу, коју му је испоручио снабдевач, у своје име и за свој рачун.

Дакле, споразумом о искључивој међународној дистрибуцији снабдевач (испоручилац робе, давалац услуге) из једне државе, признаје иностраној компанији – дистрибутеру, ексклузивно трговачко право на одређеној територији, у односу на утврђену врсту производа, остављајући

¹⁴ Ulmer, *Der Vertragshandler*, C. H. Becksche, Munchen, 1969, стр. 74, 190; наведено према R. Baldi, *Distributorship, Franchising, Agency, Community and National Laws and Practice in the EEC*, Kluwer, Deventer/The Netherlands, 1987.

му могућност да самостално бира купце и да са њима закључује уговор ради даље препродаје робе или услуге.¹⁵ У пракси, дистрибутер продаје производе трговцима на мало, или крајњим потрошачима.

На основу пословне праксе, могуће је уопштити **права и обавезе** уговорних страна из споразума о дистрибуцији.

Испоручилац (снабдевач) се **обавезује** да:

- а) Ником другом, на уговореном подручју, неће уступати иста или слична права, као и да неће преко својих пословних јединица или заступника продавати робу специфицирану уз споразум о дистрибуцији;
- б) На основу појединачних уговора о испоруци, испоручује дистрибутеру сукцесивно, у договореним роковима и по договореној цени, уговорене количине робе;
- в) Пренесе пословна знања, пружи техничку и комерцијалну помоћ дистрибутеру, као и да сарађује са њим у пословима промоције производа на тржишту.

Обавезе дистрибутера су да:

- а) Стално унапређује и шири продају уговорене робе испоручиоца на уговореном подручју, уз коришћење жига, назива (фирме), „know-how“ и искуства снабдевача;
- б) Обезбеди и одржава одговарајући складишни и пословни простор;
- в) Купује цели или одређени асортиман робе, односно минималне уговором утврђене количине од снабдевача;
- г) Продаје уговорене производе са употребом жига произвођача или у амбалажи и презентацији како је утврдио снабдевач;
- д) Организује промотивне активности у продаји робе као што је оглашавање, одржавање залиха, пружање услуга клијентима, запошљавање особља с одговарајућим специјализованим техничким и стручним образовањем;
- ђ) Користи пропагандне начине промоције које је одобрио снабдевач;
- е) Поштује разумна правила и инструкције снабдевача, омогућује надзор над својим пословањем, као и да редовно обавештава

¹⁵ С. Schmithoff, *op. cit.*, стр. 132.

снабдевача о резултатима пословања и предузетим мерама у циљу надзора и унапређења продаје производа.

2.4. Елементи споразума о међународној искључивој дистрибуцији

Будући да је у нашем и у већини националних права споразум о дистрибуцији неименован, не постоје законски битни елементи за његово закључење. Споразуми о искључивој дистрибуцији одликују се слободом уговорних страна да изаберу услове и саставне елементе уговора за регулисање њихових међусобних односа у границама формално-правних оквира који су постављени законом, или представљају достигнути ниво пословне праксе. Ипак, будући да се ради о успостављању једног сложеног и дуготрајног пословног односа, целисходно је да уговорне стране детаљно формулишу његове одредбе, ради предупређења каснијих могућих спорова.

Уобичајено је да споразум о дистрибуцији **садржи** норме о:

- а) одређивању територије;
- б) одређењу робе и производа;
- в) начину одређивања цене за производе и услуге, који су предмет уговора;
- г) искључивим правима у вези са куповином и продајом робе и услуга;
- д) реклами, заштити робних знакова и слично.

2.4.1. Одређивање територије

Странама је допуштено да одреде географско **подручје** на које ће се односити њихов споразум о дистрибуцији. Подручје може имати своја различита одређења у смислу географско-политичке целине, као на пример земље Источне Европе, земље Средње Азије, акандинавске државе, или подручје једне државе, или део неке јединице – Нишавски округ у Србији.

Споразумом је могућно да се прецизирано подручје, на основу права накнадне диспозиције дистрибутера, прошири и на ширу територију. Такво решење има свог оправдања уколико на првобитно договореној територији дође до засићености потреба потрошача неком врстом про-

извода, или ако се оцени да постоје услови за ширење пласмана робе и на нова подручја.

Посебно је значајна стипулација обавезе испоручиоца да он сам **нема право непосредне** продаје производа потрошачима са територије која је предмет споразума о дистрибуцији. Ранија уговорна пракса је допуштала да се у уговор са локалним и иностраним купцима уноси одредба којом се забрањује непосредна или посредна продаја на територији трговца са уговореним правом искључиве дистрибуције. Савремена пракса избегава уговарање овакве клаузуле услед опасности од нарушавања права конкуренције.

Такође је могућно предвидети да је снабдевач – испоручилац робе, с једне стране, дужан да непосредне поруџбине и захтеве купаца-потрошача усмерава на адресу дистрибутера, а да је дистрибутер, са друге стране, у обавези да наруџбине које он добије са тржишта изван уговорене територије усмерава према испоручиоцу.

У циљу заштите интереса снабдевача, споразумом се предвиђа и обавеза дистрибутера да, са уговореног територијалног подручја снабдевања, истоврсну робу може куповати искључиво од снабдевача. Овакве и сличне уговорне клаузуле будно се анализирају са становишта неповредивости права конкуренције на тржишту.¹⁶ Искључиве клаузуле могу бити забрањене, а уговори оцењени као ништави на основу примене права конкуренције. Ако су клаузуле о искључивости апсолутно забрањене са становишта права конкуренције, у питању је недопуштен предмет правног посла, који за последицу може имати поништај споразума.

Члан 81 (ранији члан 85) Уговора о оснивању Европске заједнице, због неспојивости са заједничким тржиштем, забрањује све споразуме између предузећа, који би могли утицати на трговинску размену између држава чланица, а који за циљ или последицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције на заједничком тржишту.

Ставом 2 наведеног члана предвиђено је да су сви споразуми или одлуке, забрањени овим чланом, аутоматски ништави.

¹⁶ Т. Јагић, *Утицај уређења уговора у дистрибуцији у европком праву тржишног натјецанја на хармонизацију европског уговорног права (Impact of distribution contract regime in European competition law on harmonization of European contract law)*, Зборник Економског факултета у Загребу (1333–8900) 7, 2009, стр. 175–184.

Међутим, одредбе става 1 члана 81 могу се прогласити непримењивим за случај: сваког споразума или врсте споразума између предузећа; сваког заједничког деловања или врсте заједничкога деловања, који доприносе побољшању производње или дистрибуције робе, при чему потрошачима омогућавају праведан удео у користи која из њих произлази, као и они који:

- а) дотичним предузећима не намећу ограничења која нису неопходна за постизање ових циљева, и
- б) тим предузећима не омогућавају уклањање конкуренције у погледу значајног дела производа у питању.

Клаузула о **територијалној искључивости** увек је резултат сагласности уговорних страна и она је најчешће услов како за споразум о дистрибуцији, тако и за уговор о заступању. По правилу она има двострани карактер. С једне стране, дистрибутеру се забрањује да на „својој територији“ продаје робу која је конкурентна производима на које се односи закључени споразум о дистрибуцији, а са друге стране забрањује се снабдевачу да продаје истоврсну робу трећим лицима у границама, споразумом о дистрибуцији, обухваћеном подручју. Међутим, искључивост може имати и једностранни карактер. Тако, на пример, на једном подручју може већи број дистрибутера паралелно продавати робу само једног произвођача (снабдевача), који једнострано ужива предности договорене територијалне искључивости.

2.4.2. Одређивање робе и производа

По правилу се споразум о искључивој дистрибуцији може односити само на неке производе, а не на целокупан производни или трговачки асортиман испоручиоца. Посебно погодан начин утврђивања конкретне врсте робе јесте **списак робе** који, по правилу, носи одговарајући **каталожки број** испоручиоца и саставни је део споразума о дистрибуцији.

У пракси се наилази и на друге начине одређивања производа и услуга као предмета споразума, на пример, „целокупан производни (прометни) асортиман санитарног и хируршког материјала“ испоручиоца (снабдевача, добављача). Треба нагласити да се уобичајено ради о производима који су **заштићени жигом** и препознатљиви су на тржишту по свом квалитету. Споразумом о дистрибуцији може се предвидети и ширење његовог дејства на нове врсте производа, које снабдевач производи и продаје или само продаје. То је посебно целисходно за случај

да се нове врсте робе или услуга тичу истих области за које је споразум закључен.

Предмет споразума о међународној дистрибуцији могу бити најразличитији производи и услуге, у вези са чим се ови послови и разликују међусобно. Тако, постоје посебне карактеристике дистрибуције и продаје, на пример, туристичких услуга, услуга осигурања, дистрибуције моторних возила, од дистрибуције електричне енергије, или савремене електронске технологије.

Честе су и одредбе споразума о међународној дистрибуцији којима се уговара право дистрибутера на ексклузивно вршење услуга сервисирања и поправке производа на уговореној територији. На тај начин дистрибутери (дилери) иступају и као овлашћени **сервисери**. Поред тога, уобичајено је да дистрибутер има право и на ексклузивну продају оригиналних **резервних делова** за производе којима тргује.

2.4.3. Цена робе и услуга

Споразумом о дистрибуцији, који има оквирни карактер, може бити уговорена јединична цена производа (робе и услуга), који ће бити предмет каснијих појединачних уговора о испоруци. Одређивањем јединичне цене, укупна обавеза дистрибутера, на име исплате цене снабдевачу, чини се одредивом. У погледу времена, начина и места плаћања цене, стране се могу договарати сагласно правилима о аутономији воље, а суплеторно се примењују општа правила која су, у сваком конкретном случају, надлежна за уговор о међународној продаји робе.

2.4.4. Право на искључиву продају и куповину

Сматра се да за пуноважност споразума о међународној искључивој дистрибуцији није нужно на паралелан начин предвиђати право на продају и куповину (двострани споразуми). За пуноважност посла довољно је да буде предвиђено само једно од та два права (једнострани споразуми). Дакле, искључивост може имати и једностран карактер, када се њоме користи само снабдевач, или само дистрибутер. Тако, на пример, у једној земљи или једном граду више дистрибутера, на основу споразума о дистрибуцији, може бити овлашћено на продају аутомобила само једног произвођача. У том случају право на искључиву продају има само снабдевач. Како ће се у пракси поступити, ипак, зависи од кон-

кретних потреба трговачког промета и од сагласности уговорних страна. У сваком случају би се из споразума требало јасно видети да инострани дистрибутер иступа са позиција купца, а не у својству заступника, посредника, или комисионара, односно агента снабдевача робом. При томе је, са аспекта заштите права конкуренције, недопуштено да право на искључиву продају и куповину буде основ искључења осталих снабдевача са тржишта.

Без обзира на то што се суштинска реализација односа из споразума о међународној дистрибуцији у пракси остварује испуњењем обавеза из накнадно закључених уговора о појединачним испорукама, ограничавајући услови дистрибуције делују *inter partes*, самим ступањем споразума на правну снагу. То дејство продужава се до истека рока на који је споразум закључен, чак и за случај да не дође до закључења појединачних уговора о продаји. Утолико, чини се, споразум о искључивој дистрибуцији пружа простора за евентуалну злоупотребу од могућног блокирања са снабдевањем одређеног тржишта појединим производима и услугама. До тога може доћи уколико се закључи споразум о искључивој дистрибуцији, уз одсуство намере дистрибутера у погледу његове суштинске реализације. Таква намера може бити мотивисана онемогућавањем продаје производа (снабдевача) одређеног порекла, или резервацијом таквог права за неко друго време. Да би се такве могућне штетне појаве, како за произвођаче, односно снабдеваче, тако и за потрошаче, предупредиле, корисно је да се у споразуме о искључивој дистрибуцији уграде одговарајуће „**клаузуле о учинку**“ у погледу обима реализације предмета споразума о међународној дистрибуцији. Такав циљ могао би се постићи, на пример, предвиђањем обавезе дистрибутера да за одређени период безусловно купи договорену минималну количину робе, или да за случај изостанка очекиваног резултата у вези са пласманом робе, уговор може бити раскинут.

Споразум о дистрибуцији може бити закључен на **одређено** или на **неодређено** време. Ипак, једна од основних карактеристика споразума је што односи између дистрибутера и снабдевача-испоручиоца имају продужени карактер. Уколико снабдевач престане са производњом или продајом робе, која је предмет уговора, та околност може бити разлог престанка дејства закљученог уговора о међународној дистрибуцији.

3. Одговорност уговорних страна

Питање одговорности, као централни проблем сваког уговорног односа, код споразума о дистрибуцији веома је комплексно. Одговорност има двостепену структуру, која се може посматрати на нивоу односа између:

- а) снабдевача (испоручиоца) и дистрибутера, и
- б) снабдевача и дистрибутера, или само дистрибутера, према крајњим купцима робе.

У првом случају реч је о избору правних средстава дистрибутера за случај несаобразности испоруке робе, али и за случај неиспуњења или неуредног извршења свих осталих обавеза снабдевача из споразума о дистрибуцији, с једне стране, као и средстава која стоје на располагању снабдевачу за случај да дистрибутер не испуњава, или на несаобразан начин испуњава своје обавезе преузете споразумом о дистрибуцији.

У другом случају ради се о правним средствима купаца робе, коју су они купили у систему њене продаје организоване на основу механизма споразума о међународној дистрибуцији. Питање одговорности се, у пракси, најчешће односи на продату робу, на гаранције за исправно функционисање производа, уз право на накнаду штете.

Утврђивање лица одговорног за несаобразност испоруке, укључујући и недостатке на продатим производима, зависиће од начина комерцијализације испоручене робе. Наиме, сам дистрибутер може иступити на тржишту у својству продавца робе на мало, који директно продаје производе потрошачима, а може, као велетрговац, продавати робу трговцима на мало. У првом случају ће дистрибутер одговарати крајњим купцима, док ће у другом случају дистрибутер одговарати трговцима на мало, а трговци на мало ће, у том ланцу одговорности, одговарати купцима робе.

4. Закључак

На подлози спроведене анализе, може се закључити да је за споразуме о међународној дистрибуцији карактеристично да нису садржајно устаљени, већ се прилагођавају конкретним потребама, од случаја до случаја (уговори по мери – *tailor-made*), услед чега је и њихова правна природа често изнијансирана.

Специфичност споразума о дистрибуцији, као уговора *sui generis*, заснива се на различитим карактеристикама унутрашњих односа уговорних страна, који, углавном, нису регулисани националним законодавствима, али који чине унутрашње јединство. Његов предмет, који потиче од различитих уговора (продаја, посредовање), успоставља међусобну економску везу, која не постоји у другим именованим и неименованим уговорима у међународном трговачком правном промету. Економска и функционална повезаност уговорних односа даје *sui generis* обележја споразуму о дистрибуцији. Иако дистрибутер продаје робу у своје име и за свој рачун, он има дужност да располаже робом на начин који је договорно утврђен са снабдевачем.

Споразум о искључивој дистрибуцији се, по својој правној природи, разликује и од агентских споразума, а такође и од уговора о продаји робе. У суштини, он представља правни основ којим производна компанија, или прометно трговачко друштво (снабдевач), ставља на располагање иностраној компанији, купцу, јединствена права трговања одређеним производима на споразумом предвиђеној територији. На тако одређеном делу тржишта, заинтересовани купци могу куповати те производе једино од дистрибутера. У литератури се наводи пример уговора између енглеског произвођача компјутера, који је уједно и њихов испоручилац (снабдевач), и индијског увозника (дистрибутера). Произвођач (снабдевач) нема право да закључи уговор о пласману својих производа са другим дистрибутером за пласман производа на истом тржишту, а дистрибутер нема право да купује компјутере од другог енглеског произвођача (снабдевача).¹⁷

Споразуме о међународној дистрибуцији карактеришу опште заједничке особине:

- а) то су генерални (оквирни) уговори;
- б) њима се дистрибутер обавезује да периодично купује од снабдевача производе и да их продаје својим купцима, у своје име и за свој рачун;
- в) дистрибутер, по правилу, остварује зараду од разлике између продајне и куповне цене (трговачке марже).¹⁸

Како је већ напред напоменуто, посао дистрибуције одвија се преко оквирног споразума и појединачних уговора. Оквирним споразумом

¹⁷ C. Schmitthoff, *op. cit.*, стр. 132.

¹⁸ М. Париводић, *Уговор о ексклузивној дистрибуцији у правима Југославије и Европске уније*, Београд, 1996, стр. 31.

одређују се елементи каснијих појединачних уговора о испоруци робе, без прецизирања начина, и осталих појединости испуњења конкретних обавеза уговорних страна. У пракси се појединачни уговори, најчешће, реализују без посебних формалности, на основу наруџбеница дистрибутера, или одговарајућих обавештења снабдевача о отпреми договорене робе.

Важно је нагласити да споразум о искључивој дистрибуцији није уговор о продаји конкретних производа. Он је генерални и оквирни уговор којим се уређују општи услови сарадње између произвођача (снабдевача) и дистрибутера. На основу тог споразума, уговорне стране закључују уговоре о **појединачним** међународним **испорукама** робе, у којима оне имају положај продавца и купца. У односу на уговоре о појединачним испорукама робе, уз примену правила, која важе за права и обавезе уговорних страна код уговора о међународној продаји робе, дистрибутер у својству купца купује робу у своје име, за свој рачун и на свој ризик. Он постаје власник робе, коју касније препродаје другим купцима.

У теорији и пракси постоје извесне тешкоће код **разграничења** уговора о међународној дистрибуцији од уговора о међународној продаји робе, заступања и других правних послова.

Често долази до поистовећивања послова **продаје** и дистрибуције. У основи, ради се о пословима који имају посебне карактеристике са истим функционалним циљем. Типично обележје за продају су испорука и пренос права својине над продатом робом, док су за дистрибуцију значајнији начин и канал њеног **трансфера** до коначног потрошача. Посао међународне дистрибуције робе и услуга постоји и за случај да се роба, без њене продаје, дистрибуира кроз различите фазе процеса производње унутар исте својинске структуре (на пример, производне компоненте у прерађивачкој индустрији између трговачких друштава у оквиру исте транснационалне компаније, чија су седишта у различитим државама).

Сличности дистрибуције постоје и са уговором о **заступању**. Посебно су изражене код тзв. „самосталног иступања“ заступника на основу кога је заступник овлашћен да од принципала може да купи, или да принципалу прода, робу у своје име и за свој рачун, уместо да је купује, односно да је продаје трећим лицима у име и за рачун свог комитента.

За разлику од заступника или агента у смислу англосаксонског права, дистрибутер са ексклузивитетом искључивости иступања на одређеном тржишту, не иступа у име и за рачун друге уговорне стране. Његова зарада не састоји се у провизији на коју заступник има право, већ он остварује добит из препродаје, односно из разлике у набавној и продајној цени производа на договореној територији њихове дистрибуције. Дистрибутер купује робу од иностраног произвођача, или трговца, у своје име и за свој рачун. Када он препродаје робу на својој територији, у том односу не постоји уговорна веза између коначних купаца и иностраног испоручиоца из споразума о међународној дистрибуцији. Тако, испоручилац производа нема тешкоћа са куповном моћи непосредних потрошача, или трговаца на мало. На његовој страни нема дисперзивног ризика, будући да робу продаје једном лицу чији му је бонитет познат, или лако проверљив.¹⁹

Преко предмета посла дистрибуције, који има елементе различитих уговора (продаја, посредовање), успоставља се међусобна економска веза међу уговорним странама, која не постоји у другим именованим и неименованим уговорима у међународном трговачком правном промету. Економска и функционална повезаност уговорних односа даје *sui generis* обележја споразуму о међународној дистрибуцији. Иако дистрибутер продаје робу у своје име и за свој рачун, он има дужност да располаже робом на начин који је договорно утврђен са снабдевачем.

На подлози анализе правне природе споразума о међународној дистрибуцији и довођења у везу формалноправних и функционалних сличности и разлика овог посла са уговором о међународној продаји, као и уговорима о међународном заступању, посредовању и комисиону, укључујући и уговоре о франшизингу, факторингу, форфетингу и са њима повезане послове, аутор закључује да материја коју чине наведени послови представља функционално јединство за успостављање система за промоцију и пласман производа од произвођача до коначног потрошача, што упућује на оправданост издвајања те материје у посебну грану права – Права дистрибуције.²⁰

¹⁹ Ibidem, стр. 133.

²⁰ Према Наставном плану Правног факултета у Нишу из 2008. године, Право дистрибуције је, као посебна наставно-научна дисциплина, уврштено у групу изборних предмета на основним академским студијама права.

**Prof. Aleksandar Ćirić, LL.D.,
Faculty of Law, University of Niš²¹**

AGREEMENT ON INTERNATIONAL DISTRIBUTION OF GOODS AND SERVICES

Summary

In this paper author begins his analysis with the fact that success in performance of contemporary international commercial trade of goods and services is based not only on the question of how to produce a particular product, but also on the solution of the primarily marketing issue - how to reach consumers and how to sell what is produced. The paper points out that agreements on distribution are the instruments of extremely important significance for the placement of goods and services on the market. In addition to the life-practical issues, there are also legal reasons for their application in international business practice. Namely, the legislation in many countries, particularly in connection with the import and sale of strategic products, often limit foreign companies in direct sale on the domestic market unless local distributors are involved, which are responsible for the supply of spare parts, organization of the necessary technical service and which generally are behind the placement of the certain product.

This paper analysis thoroughly considers:

- a) concept, types and characteristics of agreement on distribution;*
- b) legal sources;*
- c) rights and obligations of contractual parties;*
- d) elements of the agreement on international exclusive distribution;*
- e) responsibilities of the contracting parties for the default or incorrect execution of contractual obligations;*
- f) legal nature of the agreement on international distribution and its characteristics in comparison with the other agreements.*

Characteristic of the agreements on international distribution is that their content is not consistent, but adapted to the specific needs on a case-by-

²¹ Article is the result of the Project, No. 179046, implemented by the Faculty of Law, University of Niš, and funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

case basis (tailor-made contracts), which often causes nuances in their legal nature.

On the basis of the analysis the author concludes that the specifics of the distribution agreement as a contract sui generis are based upon different characteristics of the internal relations among the parties, which generally are not regulated by national legislation, but which are internally integrated. Through the subject of distribution legal transaction, which has elements of different contracts (sales, agency), mutual economic relationship between the contracting parties is being established which does not exist in other legally regulated or unregulated contracts in international trade legal transactions. Economic and functional connection of contractual relations provides characteristics sui generis to the agreement on international distribution. Although distributing company sells goods in its own name and for its own account, it has a duty to dispose the goods in a manner contractually determined with the supplying company.

On the analysis of the agreement on international distribution legal nature and relating its legal and functional similarities and differences with the agreement on international sale, as well as the agreements on international representation, intermediation (agency) and commission, including agreements on franchising, factoring, forfeiting and legal transactions connected with them, the author concludes that the subject matter comprehending all the above named legal transactions forms functional unity for establishing a system for the promotion and marketing goods from the producer to the final consumer, which justifies the allocation of this subject matter as a separate branch of law – Law on distribution.

Key words: *agreement on international distribution of goods and services; distribution channels; exclusive distribution; International Trade Chamber (ITC) distribution agreement form; ITC International Agreement on Distribution Preparation Instructions; supplier (vendor, manufacturer); distributor; goods and services price; contractual parties responsibility-obligations; law on distribution.*

НОВЕ МЕРЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У САОБРАЋАЈНОЈ ПОЛИТИЦИ ЕУ*

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

***Апстракт:** Саобраћајна политика ЕУ стално се осавременује. 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 јесте 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 жи-

* 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.

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

*** Доцент, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду

вотно окружење најмања, а то су железнички и саобраћај унутрашњим пловним путевима.

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. године¹ (*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 јесте и превазилажење доминације друмског саобраћаја и стварање могућности развоја транспортног система у духу одрживог развоја.

Европска комисија прихватила је измену Беле књиге 2001. године, названу Европска саобраћајна политика за 2010. – Време за одлучивање² (*European-Transport Policy for 2010 – Time to decide*). У овом документу се јасно 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 система³ (*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 био-гориво и друге мање штетне изворе енергије, као и модернизацијом инфраструктурних објеката.

¹ COM (92) 494.

² COM (92001)370.

³ COM /2011/144.

Посебан део у овој најновијој Белој књизи назван је Визија за конкурентнији и трајнији саобраћајни систем у коме се истиче потреба коришћења чистије енергије, модернизација инфраструктуре и директно смањивање негативног утицаја саобраћаја на животно окружење, воду, ваздух, земљу и еко-систем. 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.⁴ Један од кључних разлога за овај пројекат јесте 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).⁵

У плану је да се Транспортна заједница формира мултилатералним споразумом између ЕУ и држава Југоисточне Европе, при чему

⁴ Албанија, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Хрватска, Косово – статус на основу Резолуције 1244, Македонија и Србија.

⁵ *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>.

би у првом прелазном периоду државе морале да хармонизују национална законодавства са правним тековинама ЕУ у области транспорта, 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.⁶

Споразум из 2009. наставио би 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 возилаца.⁷

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).⁸

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.⁹ Циљ је да ENP омогући усвајање правних тековина ЕУ у области саобраћаја и пре

⁶ 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>.

⁷ 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 (ECAA)*.

⁸ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Strengthening the European Neighbourhood Policy* COM (2006) 726, 4.12.200613.

⁹ *The EU and its neighbouring regions: A renewed approach to transport cooperation*, Brussels, 7.7.2011. COM (2011) 415 final.

него што ове државе приступе ЕУ и независно од тога. Врло је важно уочити да се у ЕНП истиче да су суседне државе суверене у одлучивању о врсти и динамици реформи које ће се проводити, али је приступање финансијским фондовима ЕУ у директној вези са степеном остварених реформи.¹⁰

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.¹¹

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

¹⁰ 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>.

¹¹ Видети <http://www.prometna-zona.com/koridori.php>.

Развој система Трансевропске 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.¹²

Европска унија подстиче TEN-T пројекат кроз неколико финансијских инструмената: Кохезиони фонд, Европски фонд за регионални развој и Европску инвестициону банку. Успостављање ефикасне Трансевропске транспортне мреже кључни је елемент Лисабонске стратегије.¹³

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.¹⁴

2. Нова правила за превоз опасних ствари

Могуће штете и реални ризици као узроци штета у саобраћају су 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

¹² *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.

¹³ European Council, Presidency conclusions, Lisbon, 23-24 March, 2000, доступно на http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm. Детаљне информације о целом Лисабонском процесу на: http://ec.europa.eu/archives/growthandjobs_2009/.

¹⁴ *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.

циљ, а то је контрола оваквог облика саобраћаја. Мере су техничке природе, 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 еко-систем 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 конкретизирана 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.¹⁵ Одбор за унутрашњи транспорт (*Inland Transport Committee ECE*) упутио је упитник државама чланицама о разлозима неприхватања Конвенције. Одзив није био велики, а кључне примедбе односиле су се 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.¹⁶

¹⁵ ECE/TRANS/AC/8/2003/5i доступно на <http://www.unece.org/trans/main/dgdb/ac8/ac8age1.html>.

¹⁶ ECE /TRANS/AC.8/8 доступно на 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 пооштрена у односу на уобичајене видове објективне одговорности у саобраћајном праву, јер су предвиђени само општи основи за ослобођење превозиоца од одговорности.¹⁷ Осим ових примедба, указује се да је 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 могла би 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.¹⁸

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.¹⁹

¹⁷ Душанка Ђурђев, „Нова правила за међународни превоз опасне робе“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 29/2011, стр 66.

¹⁸ 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.

¹⁹ ECE/ TRANS/AC. 8/2003/6. доступно на 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*)²⁰. 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 превозилац (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).²¹

RID 2015 – Правилник о међународном железничком транспорту опасног терета (*International Rule for Transport of dangerous Substances by Railway*) као додатак 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 96/49.²²

²⁰ ECE/TRANS/242.vol I and II (ADR2015)

²¹ Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори, бр. 14/2013 од 17.12.2013.

²² Directive 96/49 EC OJ L 235. Ова директива је 2008. године замењена Директивом 2008/68.

ADN 2015 – Европски споразум о међународном превозу опасних ствари унутрашњим пловним путевима из 2000. године (*European Agreement concerning the International carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways*)²³ ступио је на снагу 2008. године. Најновије измене извршене су 2015. године. Србија је ратификовала текст из 2015. године.²⁴ 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.²⁵

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.²⁶

Други значајни документи су Техничка упутства за безбедан транспорт опасних материја ваздушним путем, сачињени у оквиру ИКАО измена 2015.²⁷

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.²⁸

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*).²⁹ У погледу правне природе су *soft law*, необавезујућег су карак-

²³ ECE/TRANS/220.

²⁴ Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори 7/15.

²⁵ Edgar Gold, “Legal Aspects of the Transportation of Dangerous Goods by Sea“, *Marine Policy*, vol 10, br. 3, 1986, стр. 186.

²⁶ Видети на www.iata.org/whatwedo/cargo/dgr/pages/download.aspx.

²⁷ Доступно на <http://www.icao.int/safety/DangerousGoods/Pages/technical-instructions.aspx>.

²⁸ Видети на http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev18/18files_e.html.

²⁹ Доступно на http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev18/18files_e.html.

тера. RID, ADR и AND у великој мери су усклађени са овим правилима. Модел правила садржи листу опасних роба, опште захтеве паковања, поступак тестирања робе, обележавање, превозне исправе. Модел правила даје 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 2008/68.³⁰

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, потребно је било 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 било је 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 .

³⁰ 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.

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

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 2008/68.³¹

Тако је донета Директива 2012/45/ЕУ о другом прилагођавању научном и техничком напретку Прилога Директиви 2008/68.³² 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.³³ 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.

³¹ *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.

³² Official Journal of the European Union L 332/18, доступно на <http://faolex.fao.org/docs/pdf/eur118097.pdf>

³³ Службени гласник Републике Србије, број 88/2010.

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 животног 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.³⁴

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 CO₂ 10 до 20%, број погинулих пет до 15% и повређених пет до 10%.³⁵

³⁴ Планирање савременог транспортног система, доступно на <http://www.frame-online.net/sites/default/files/first-view/further-reading/PlanningGuideSR.pdf>.

³⁵ Commission's communication entitled 'Action Plan for the Deployment of Intelligent Transport Systems in Europe' (COM(2008)0886, Texts adopted, P6_TA(2009)0308).

Dušanka Đurđev Ph.D, Full Professor
Sandra Fišer Šobot Ph.D, Assistant Professor
Faculty of Law, Novi Sad
University of Novi Sad

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.

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

**ПРАКСА РЕШАВАЊА МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА ИЗ
УГОВОРА СА КАРАКТЕРОМ СПОРАЗУМА О
ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ***

Предраг Цветковић*

***Апстракт:** Кроз јавно-приватно партнерство преламају се радње, чињенице и аспекти који могу имати јавноправну (ефикасна реализација јавног интереса) или приватноправну конотацију (извршење уговора на економски оправдан начин). Уговорни основ јавно-приватног партнерства, у светлу *sui generis* структуре односа јавног и приватног партнера, има карактер релационог уговора. Ови се уговори разликују од класичних уговорних трансакција у базичним карактеристикама: реч је о некомплетним споразумима код којих изостаје потпун план деловања уговарача на реализацији уговора. Кључ методолошког приступа уговора о јавно-приватном партнерству као релационог уговора јесте да јавни партнер јасно дефинише: очекивања која има од ЈПП пројекта; лимите сопствене одговорности. Описана повезаност између два захтева значајно је већа код уговора о јавно-приватном партнерству него у случају класичних трговачких трансакција. Код трансакционих споразума, ограничење одговорности страна ових уговора везано је за испуњење уговорних обавеза чија је садржина била предмет презентације. Код релационих споразума, пак, ова презентација делом изостаје (стране су свесне да ће извесно доћи до промене контекста и деловања трансформативних фактора) те је већи ризик од наступања околности у којима јавни партнер мора да користи капацитет носиоца јавноправних овлашћења да би заштитио јавни интерес.*

* Рад је резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

** Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу.

Ова заштита неретко значи наношење штете приватном партнеру: из ове чињенице настају спорови који се решавају пред међународним форумима.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство, релациони уговори, решавање спорова, ICSID центар.

1. Увод

Јавно-приватно партнерство (енг. *Public-Private Partnership*; нем. *Öffentlich-Private Partnerschaft – ÖPP*; даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.¹

Уговори о јавно-приватном партнеру су уговори *sui generis*; у литератури се користи и назив „хибридни” уговори.² Овај назив означава њихова повезаност како са јавноправним, тако и са приватноправним канонима и правилима: наиме, кроз јавно-приватно партнерство преламају се радње, чињенице и аспекти који могу имати јавноправну (ефикасна реализација јавног интереса) или приватноправну конотацију (извршење уговора на економски оправдан начин). Оба наведена приступа имају своју рефлексију у уговорима о јавно-приватном партнерству. Наведена карактеристика уговора о ЈПП-у непосредна је потврда оправданости холистичког (целовитог) приступа као интелектуалне платформе за анализу јавно-приватног партнерства. Једино такав (а не партикуларни, полицентрични приступ) може да обухвати комплекс сложених социјалних, техничких, економских и правних питања која ангажује пројекат ЈПП-а. Описаном приступу кореспондира *sui generis* структура уговора који је правни оквир реализације јавно-приватног партнерства. *Sui generis* правни дизајн уговора о ЈПП-у има за циљ да обезбеди остваривање јавног интереса кроз реализацију пројекта јавно-приватног партнер-

¹ Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити.

² Heldeweg, Michiel A. “Hybrid regulation as a legal design challenge. Law & Governance - Beyond the Public-Private Law Divide?”, *Governance & recht*, 9 (9). Eleven International Publishing, The Hague 2013, 107–139.

ства. Однос јавног и приватног интереса у сваком конкретном случају је јединствен и по правилу у значајној мери (због карактера пројекта) непредвидив у исходу. Могућност да ЈПП-а као правна конструкција *sui generis* „узме најбоље од оба света” (заштиту јавног интереса и солидарност из јавног сектора, односно предузетничку логику из приватног) не остварује се увек и безусловно. Вероватноћа реализације описане могућности зависи од тога да ли правила јавноправног и приватноправног карактера међусобно конвергирају на начин који омогућава да уговор о јавно-приватном партнерству као оквир конкретног ЈПП-а функционише ефективно (са жељеним резултатом креирања додате вредности) и легитимно (са прихватањем њихове обавезности).

2. Уговори о јавно-приватном партнерству као релациони уговори

Уговорни основ јавно-приватног партнерства, у светлу *sui generis* структуре односа јавног и приватног партнера, има карактер релационог уговора.³ Теорија релационих уговора настала је из емпиријски оријентисаних радова Мекулеја⁴; под данашњим називом артикулисао ју је и заокружио теоретичар из Сједињених Америчких Држава, Јан Мекнил.⁵

За разумевање релационих уговора погодан је метод негативног дефинисања: они нису идентични са класичним уговорним механизмима. Класични уговори дизајнирани су за сингуларне трансакције између две стране. Карактерише их начелна ирелевантност идентитета страна. Трансакција је ограничена временски (одвија се симултано), при чему се један тип трансакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у више наврата између различитих учесника на тржишту (типичан пример је уговор о продаји). Класични уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање

³ О теорији релационих уговора видети више у: Цветковић, Предраг. “Теорија релационих уговора: основне карактеристике”, *Правна ријеч*, Год. 11, бр. 39, 2014, 641–654.

⁴ Macaulay, Stewart. “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, No. 28, 1963, 55–67.

⁵ Теорија релационих уговора представља изазов правном формализму и базирана је на претпоставци да уговор мора узети у обзир дискурс (контекст) у коме функционише. Значај контекста није константа за све уговоре. Ниво утицаја контекста виши је код уговора који су базирани на специфичним економским и социјалним околностима и *intuitu personae* односу између страна.

уговора (што није увек случај код ЈПП-а). Оне су стога у позицији да *ex ante* дефинишу услове трансакције. Карактеристике трансакције и обавезе сваке стране елабориране до мере да су последице извршења или неизвршења предвидљиве у моменту закључења: стога је могућа *ex post* процена степена испуњења тих обавеза (или кршења уговора). Око садржине ових последица не ствара се конфликт. Конфликт постоји једино у погледу питања испуњености услова за наступање последица повреде уговора (санкције) у конкретном случају. Евалуацију те испуњености врше судови или арбитраже. У крајњем, постоји сигурност страна да ће уговором заснована права бити заштићена од стране независног трећег субјекта. Такву заштиту и спровођење омогућавају горенаведене карактеристике класичних уговора.

У описану конструкцију класичних трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми који се реализују у условима подложним промени. Ови се уговори разликују од класичних уговорних трансакција у базичним карактеристикама: реч је о некомплетним споразумима код којих изостаје потпун план деловања уговарача на реализацији уговора (због промене контекста – окружења уговора), уз дефинисање механизма за попуну празнина у структури релационих уговора на начин који омогућава његову адаптацију новом контексту. Ови се уговори реализују у комплексним околностима и условљени су могућим променама контекста уговора. Уговарачи, наиме, често користе некомплетне споразуме, препознајући јасну перспективу да реализација уговора претпоставља као услов сарадњу уговарача: таква сарадња даје основ за очекивање да ће стране током еволуције уговорног односа (промене његовог контекста) установити одговарајућу методологију усклађивања уговора са измењеним околностима. Код некомплетних споразума стране, уместо раскида уговора, преферирају његово адаптирање на начин који омогућава извршење уговора. Стране дефинишу само кључне обавезе, док су остале предмет будућег усклађивања: разлог изостанка потпуног дефинисања права, обавеза и одговорности лежи у чињеници да је детаљно планирање наведених питања финансијски, епистемиолошки и логистички неодрживо до мере да обесмишљава уговор.

Теорија релационих уговора не залаже се за установљавање релационих уговора као посебне, именоване категорије уговора која би била регулисана различито од трансакционих уговора. Релациони уговор није формална правна категорија, већ пре свега теоретски концепт упућен странама које ступају у уговор са релационим карактеристикама.

Релациони уговори нису антипод трансакционих уговора: наиме, сви уговори имају више или мање изражен „релациони приступ”. Чак и изразито преовлађујуће трансакциони уговори, као што је куповина робе која се реализује једнократно, делом су условљени општим окружењем (контекстом) у коме се уговор закључује и реализује. Заступници релационе теорије залажу се искључиво за одговарајуће уважавање специфичности уговора код којих је релациони елеменат изражен: најпре његово препознавање, а потом и одговарајуће имплементирање у самом уговору.⁶

Кључ методолошког приступа уговора о јавно-приватном партнерству као релационог уговора може се сумирати у реченици: јавни партнер не би требало да подлегне искушењу једноставних решења: уместо тога, потребно је да јасно дефинише

- очекивања која као јавни партнер има од ЈПП пројекта,
- лимите своје одговорности.

Први захтев узрокује други: јасно дефинисање циљева ЈПП пројекта кроз обим и структуру јавног интереса који се њиме има остварити, истовремено је или лимитирање одговорности јавног партнера за случај да (из разлога заштите јавног интереса као вида функционисања хијерархијске константе) права приватног партнера буду ограничена у циљу заштите јавног интереса. Описана повезаност између два захтева значајно је већа код уговора о јавно-приватном партнерству који функционише као релациони уговор, него у случају трансакционих споразума. Код трансакционих споразума, наиме, ограничење одговорности страна ових уговора везано је за испуњење уговорних обавеза чија је садржина (у већој или мањој мери, али свакако више него у случају релационих споразума) била предмет презентације.⁷ Код релационих споразума,

⁶ Macneil Roderic, Ian. “Restatement (second) of contracts and presentation”, *Virginia Law Review*, No. 60, 1974 593, 595. Мекнил наводи да потпуно трансакционих уговора у пракси нема. Наиме, сви уговори имају одређено трајање; ретко је наћи уговор где је лична репутација без значаја.

⁷ Презентација (е. „presentation”; процес увођења у садашњост; стављање будућих догађаја у садашње оквире) јесте процес планирања будућих догађаја и понашања уговарача из перспективе тренутка закључења уговора. Идеја презентације јесте да уговорни споразум мора да буде комплетан на начин који решава отворена питања садржине и реализације уговора која се у будућности могу јавити. Презентација подразумева да је размена престација која се уговором дефинише у потпуности усаглашена и планирана. За разлику од трансакционих уговора, презентација код релационих уговора је, чак и када је могућа, економски и логистички захтевна на начин који је чини мало вероватном, чак и бесмисленом. На пример, уговор о јавно-приватном партнерству који за предмет има експлоатацију природних богатстава може процес презентације применити и на питање економске исплативости такве експлоатације. Презентација будућег питања економске оправданости манифестовала би се кроз уговарање

пак, ова презентација делом изостаје (стране су свесне да ће извесно доћи до промене контекста и деловања трансформативних фактора) те је већи ризик од наступања околности у којима јавни партнер мора да користи капацитет носиоца јавноправних овлашћења да би заштитио јавни интерес (неретко са последицом nanoшења штете интересима приватног партнера).

3. Пракса решавања спорова из уговора о јавно-приватном партнерству

Код уговора о јавно-приватном партнерству (као и код других релационих уговора), изостаје презентација у смислу у коме постоји код трансакционих уговора: стога се веза између очекивања јавног партнера и лимитирања његове одговорности остварује кроз конзистентност релационог уговора. У крајњем, ова веза има за сврху да се као легитимни циљ уговора установи остваривање јавног интереса. Начин обезбеђивања ове конзистентности јесте одговарајућа имплементација елемената који су носиоци релационалности уговорног односа.⁸

У случају када дефинисање интереса јавног партнера није праћено и одговарајућим ограничењем његове одговорности, настају спорови који се решавају било преговорима, било пред судовима или арбитражама. Посебно садржајна у овом смислу јесте пракса форума пред којима су решавани инвестициони спорови између држава и страних улагача, при чему је предмет улагања инфраструктура у држави домаћину. Излагање које следи груписано је према према критеријуму разлога због којег је до спора дошло:

осигурања за случај да експлоатација није економски одржива. Премија таквог осигурања била би финансијски захтевна (под условом да се нађе осигуравач који жели да осигура такву инвестицију) до мере која обесмишљава сам пројекат.

⁸ Листу заједничких елемената („норми“) чине елементи: интегритета улога (енг. *role integrity*); реципроцитета (енг. *mutuality and reciprocity*); имплементације планираног (енг. *implementation of planning*); реализације планираног (енг. *effectuation of consent*); флексибилности (енг. *flexibility*); уговорне солидарности (енг. *contractual solidarity*); кохезије (елемент повраћаја, поуздање и интереса очекивања; енг. *the linking norms: restitution, reliance and expectation interests*); установљавања и ограничења овлашћења уговарача (енг. *creation and restraint of power*); подобности средстава (енг. *propriety of means*); хармонизације са социјалним матриксом (енг. *harmonization with social matrix*). Macneil Roderic, Ian. *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven, Yale University Press 1980, 60.

- одбијање понуде приватног партнера (страног инвеститора) од стране јавног партнера;
- неуспех преговора јавног партнера и приватног партнера о закључењу уговора о јавно-приватном партнерству;
- обим надокнаде штете која се приватном партнеру дугује за случај неуспеха преговора.

3.1. Спорови због одбијања јавног партнера да прихвати понуду страног приватног партнера

У спору *Lemire*⁹ чињенично стање спора је следеће: инвеститор, држављанин САД (*Joseph Charles Lemire*) као инвеститор установио је у другој половини деведесетих година XX века компанију за медијску активност путем радио-станица. Током преговора са властима државе домаћина (Украјина), инвеститор је сугерисао да има пословне планове за нове инвестиције. Мада је приликом оснивања компаније добио на коришћење одређене радио-фреквенције, након 1999. године није изабран ни на једном од преко 200 поступака за доделу нових фреквенција. Уз аргумент да је тиме повређен стандард легитимних очекивања (енг. *Fair and equitable standard of treatment-FET standard*)¹⁰, тужбом је покренуо спор пред ICSID центром за решавање спорова.¹¹

Влада државе домаћина тврдила је да је тело које спроводило поступак избора приватног партнера одлуку којом је инвеститор одбијен донело на законом утврђеним критеријумима, те да су друге понуде биле повољније него што је то била понуда тужиоца.

ICSID арбитража стала је на становиште да је прекршен FET стандард поступања са страном инвестицијом. Свој став првенствено је засновала на ставу да је тужилац (Јемир) имао легитимна очекивања у погледу могућности проширивања своје инвестиције у Украјини. Аргументација арбитраже је трипартитна.

Прво, установљено је да је процес јавне набавке био предмет политичких притисака (укључујући и притиске тадашњег председника Украјине).¹²

⁹ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, March 28, 2011.

¹⁰ Више о стандарду правичног третмана видети у: Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*. Фондација Андрејевић, Београд 2007, 75.

¹¹ Више о ICSID центру видети: *ibidem*, стр. 20.

¹² *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ¶ 214, 288–292.

Друго, орган који је спроводио јавну набавку није сачинио нити објавио образложење за своју одлуку о избору друге понуде (а не Лемирове) и начину евалуирања примењиваних (унапред дефинисаних) критеријума избора најповољнијег понуђача.¹³

Треће, није постојао захтев установљен у закону, пропису или пракси да учесници у поступку избора приватног партнера доставе доказе о власничкој структури. Ову је чињеницу арбитража сматрала “јасном илустрацијом недостатка адекватног система” јавних набавки.¹⁴

Мада ни један од горенаведених разлога није сам по себи довољан да процес стигматизује као арбитраран и дискриминаторан, у својој укупности (“тоталитету околности”) они су имали за резултат кршење стандарда правичног и једнаког третмана.

Описана одлука сагледава понашање јавног партнера у светлу укупног односа према страном инвеститору (потенцијалном приватном партнеру), а не оцењује значај и домен индивидуалне чинидбе, пропуштања или процедуралног недостатка. Украјина је тражила поништење одлуке. У одлуци која није објављена, захтев за поништење је одбијен а одлука у корист тужиоца је опстала.

Слично чињенично стање присутно је и у спору *Parkerings*.¹⁵ Наиме, тужилац у овом спору учествовао је у поступку избора најповољније понуде за изградњу паркинга у центру Виљнуса (иначе богатом историјским споменицима и заштићеном архитектуром). Јавни партнер је изабрао другог понудиоца чији је пројекат потенцијално у мањој мери захватао градско језгро, у поређењу са пројектом који је понудио тужилац. Поступак избора најповољније понуде приватног партнера био је предмет контроле и притисака јавности због потребе заштите интегритета центра Виљнуса приликом реализације пројекта.

ICSID арбитража сматрала је да интереси приватног партнера нису оштећени, те да јавни партнер има легитимне интересе (заштита интегритета градског језгра) да изабере понудиоца чији пројекат у мањој мери захвата област центра Виљнуса.¹⁶ Тврдње тужиоца да је наведени аргумент изговор за одбијање његове понуде арбитража је сматрала недовољно доказаним.

¹³ *Ibidem*, ¶ 301–312.

¹⁴ *Ibidem*, ¶ 313–314.

¹⁵ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007.

¹⁶ *ibidem*, ¶ 396.

Разлика између одлука у споровима *Lemire* и *Parkerings* лежи у очигледној разлици у приступу: у првом случају одлуке јавног партнера (одлука о избору другог приватног понудиоца, а не тужиоца) нису узете као доказ постојања легитимног интереса, док у другом случају јесу. Основ ове разлике лежи у чињеници да јавни партнер у спору *Lemire* није дао образложење за своју одлуку о избору других приватних партнера; са друге стране, одлука јавног партнера која је била предмет спора у случају *Parkerings* била је на одговарајући начин образложена.

Из наведених случајева може се закључити да је питање адекватно дефинисане процедуре и спровођење њоме установљених правила, укључујући и одговарајуће образложење, *ex ante* заштитни механизам за обезбеђење интереса јавног партнера у фази избора приватног партнера као уговорне стране споразума о ЈПП-у као релационог уговора.

3.2. Спорови због неуспеха преговора

У споровима проистеклим из инвестиција у инфраструктуру чест образац спора је тужба страног инвеститора (приватног партнера) због неуспеха преговора.

Пример спора заснованих на неуспеху преговора је спор *PSEG v. Turkey*. Предмет овог спора је уговор о концесији.¹⁷ Наиме, године 1994. држава домаћин (Република Турска) усвојила је закон којим се дозвољава да држава унапређује развој енергетског сектора кроз пројекте чији је правни основ уговор са приватним инвеститором. Наведени уговори могли су да садрже арбитражну клаузулу са надлежношћу међународног форума и сматрали су се уговорима приватног права. Последица описане карактеризације ових уговора је да њихова валидност није била условљена (до тада традиционалној концесији неопходном) претходном сагласношћу Државног савета Републике Турске (даље и: Државни савет).

Након што је нови закон државе домаћина ступио на снагу, концесионар је предложио Министарству рударства Републике Турске реализацију пројекта изградње постројења за производњу струје и рудника који би обезбеђивао угаљ за рад овог постројења. Године 1995. године усвојена је студија о изводљивости за коју је тужилац добио одобрење владе државе домаћина. Пре закључења уговора, међутим, Уставни суд Републике Турске закључио је да пројекти за производњу

¹⁷ *PSEG v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, January 19, 2007.

електричне енергије попут тужиочевог не могу бити регулисани приватним правом, те да је одобрење надлежног тела (Државног савета) и даље неопходно.

Уважавајући став Уставног суда, држава и концесионар закључили су почетком 1996. године „уговор о имплементацији”, базиран на студији о изводљивости и послали га на одобрење Државном савету.

Државни савет потврдио је валидност “уговора о имплементацији” базираног на студији о изводљивости, при чему се сагласност (у складу са одлуком Уставног суда) није односила на арбитражну клаузулу (клаузула је упућивала на надлежност ICSID арбитраже).

Како је добијање одобрења трајало готово две године (Државни савет одобрење је дао тек 1998. године), концесионар је због промене економских услова тражио измену „уговора о имплементацији” због ревидираних планова пројекта у делу који се односи на реализацију изградње рудника угља: наиме, трошкови изградње рудника показали су се вишим него што је то било антиципирано приликом израде студије о изводљивости. Концесионар је предложио да се уговор измени на начин који омогућава да се виши трошкови изградње рудника компензују већим количинама струје које јавни партнер има обавезу да откупи. Поред тога, концесионар је предложио нови концепт и структуру Друштва за посебне намене са последицом да изостаје његова обавеза плаћања значајне пореске суме држави домаћину.

И поред предлога концесионара, стране нису могле да постигну договор о кључним елементима пројекта: капацитету постројења, гарантованој количини енергије коју би држава требало да откупи, форми и структури Друштва за посебне намене и начину дефинисања висине надокнаде (тарифе) које се наплаћују корисницима.

Почетком 2000. године држава домаћин усвојила је новеле законске регулативе које су омогућиле да уговор о концесији буде измењен на начин да се признаје могућност стипулисања надлежности иностране арбитраже за решавање спора, под условом да стипулисање такве клаузуле тражи инвеститор. У конкретном случају, међутим, надлежна министарства Републике Турске условила су пристанак на уношење арбитражне клаузуле у уговор изменама уговора о имплементацији које су ишле на штету потенцијалног концесионара. Уз то, Турска је одбила могућност да изда државне гаранције за пројекат (могућност о којој је било речи у преговорима). Наведено одбијање образложено је изменом

енергетске политике: нова измењена политика развоја енергетског сектора умањила је акценат подршке изградњи енергетских капацитета за производњу електричне енергије коришћењем угља, чиме је реализација спорног пројекта изгубила значај за државу домаћина.

Тужилац је покренуо поступак уз тврдњу да је држава домаћин прекршила стандард правичног и једнаког третмана (FET стандард). Трибунал је сматрао да је тужба оправдана и заснована уз аргумент да стандард правичног и једнаког третмана подразумева значајна предуговорна овлашћења инвеститорима: овим овлашћењима кореспондира одговорности државе домаћина (јавног партнера). Арбитража је аргументовала свој став на следећи начин:

- јавна управа државе домаћина показала је озбиљну немарност и неконзистентност, манифестовану између осталог кроз изостанак доношења одлуке о захтеву концесионара за адаптацију уговора о концесији новим околностима, те кроз чињеницу да је један државни орган закључио уговор са приватним партнером који је други орган (Уставни суд) прогласио невалидним (због стипулисања клаузуле надлежног страног форума).¹⁸
- држава домаћин је својим понашањем прекршила начело добре вере тиме што је приликом постављања захтева за конвертовање уговора о концесији у уговор приватног права (на основу измена закона из 2000. године), од концесионара тражено да пристане на измене уговора којима се задире у његове суштинске аспекте, чиме предложене измене иду изван оквира и сврхе законских измена из 2000. године;¹⁹
- држава домаћин није примењивала предвидљиве критеријуме тумачења правних правила; уз то, правни положај концесионара био је константно под притиском измене правних норми и неконзистентне праксе интерпретације тих измена у односу на конкретан инвестициони пројекат.²⁰ Тиме је правни однос лишен стабилности. При томе арбитража није *a priori* искључила могућност измене комплексних уговора као што је то уговор о концесији. Ове измене, међутим, не могу да буду узроковане променама пројектованих очекивања актера уколико обим и начин управљања овим променама нису на одговарајући начин

¹⁸ *Ibidem*, ¶ 246.

¹⁹ *Ibidem*, ¶ 247.

²⁰ *Ibidem*, ¶ 250.

дефинисани уговором (те стога не могу ући у оквир легитимних очекивања приватног партнера).²¹

Одлука у спору *PSEG v. Turkey* показује да се приликом припреме уговора о јавно-приватном партнерству мора водити рачуна да у фази преговора постоји конзистентност и координација у поступању органа јавне власти, односно поштовање административне процедуре на начин који обезбеђује транспарентност у погледу форме и садржине јавног интереса који се реализује кроз конкретан пројекат ЈПП-а.

3.3. Спор због обима надокнаде штете у случају неуспелих преговора

Спорови у вези са улагањем у инфраструктуру често настају због несагласности страна о правима и обавезама у случају неуспеха преговора о закључењу уговора који је основ пројекта.

Пример оваквог спора је већ поменути спор *Lemire*. У овом спору, ICSID арбитража доделила је 9 милиона долара инвеститору као компензацију за надокнаду штете и трошкове, уз тврдњу да овај износ укључује и изгубљену добит. Одлука је у овом делу праћена издвојеним мишљењем једног од чланова већа: у издвојеном мишљењу заступљен је став да би надокнада штете која се дугује инвеститору требало да буде ограничена на суму коју је тужилац утрошио у циљу припреме учешћа у поступку за избор најповољније понуде за реализацију планиране концесије.

У спору *Nordzucker AG v Poland*²² примењен је другачији приступ. Арбитража је сматрала да је држава домаћин (Република Пољска) прекршила принцип правичног и једнаког третмана (FET стандард) тиме што није темељно и пажљиво водила приватизациони процес, нити је била довољно транспарентна у преговорима. Уз то, изостала је комуникација са инвеститором: наиме, инвеститор није био обавештен да је цена коју је понудио ниска, те да политички притисак опозиције спречава да влада Републике Пољске прихвати предлог инвеститора о цени.

Када се ради о надокнади штете, трибунал је (за разлику од *Lemire* арбитраже) одбио захтев тужиоца не само за надокнаду изгубљене добити, већ и за надокнаду трошкова сачињавања понуде. У односу на

²¹ *Ibidem*, ¶ 254.

²² *Nordzucker v. Poland*, UNCITRAL, Partial Award, November 23, 2009.

изгубљену добит, арбитража је сматрала да је изостао доказ тужиоца да би он (чак и да је јавни партнер поступао у складу са начелом правичног и једнаког третмана) закључио уговор о инвестирању. Уз то, арбитража је утврдила да је тужилац пропустио да јасно наведе трошкове и губитке које је имао током шест месеци преговора који су продужени непажњом и нетранспарентним понашањем државе домаћина.

Сагледавање решења питања обима одговорности јавног партнера у случају неуспеха преговора може да буде приступ садржан у Правном водичу UNCITRAL-а за пројекте који се финансирају приватним средствима (енг. *Legislative Guide for Privately Financed Infrastructure koji jerazvila United Nations Commission on International Trade Law*). По питању надокнаде штете, Водич заузима став да “осим када је пројекат резултат незаконитих радњи, уговор не би требало поништити, већ досудити надокнаду штете. Ова штета би требало да буде лимитирана на трошкове припреме понуде”. Чини се да нема препрека да се описано ограничење стипулише у условима који се предвиђају у поступку избора најповољније понуде за реализацију пројекта јавно-приватног партнерства.

Држава може искључити своју одговорност не само за изгубљену добит, већ и за трошкове припреме понуде (односно пројекта који је предмет потенцијалног уговора). Арбитраже су сматрале да је довољно да се у условима поступка за избор најповољнијег понуђача наведе да се јавни партнер не сматра правно обавезним да исплати надокнаду штете коју је претрпео приватни партнер као резултат понашања која су претходила ступању уговора на снагу. Примери описаног приступа присутни су у пракси форума који решавају инвестиционе спорове.

Тако је у спору *Mihaly International Corp. v. Sri Lanka*,²³ арбитража одбила захтев потенцијалног приватног партнера да му се надокнаде трошкови које је имао у циљу припреме уговора о концесији чији је предмет била изградња постројења за прераду струје. Арбитража је сматрала да је тужени (држава домаћин) изричито (кроз документацију и укупну комуникацију са приватним актером) тужиоцу ставио до знања да се, осим у случају ступања уговора на снагу, не сматра обавезним да додели право изградње и управљања постројењем изабраном приватном партнеру.²⁴ Чињеница да је тужени потписао писмо о намерама које афирмише посвећеност реализацији пројекта није довољна да елиминише изричито искључење било какве предуговорне одговорности.²⁵ Обавезе

²³ *Mihaly International Corp. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, March 15, 2002.

²⁴ *Ibidem*, ¶ 51.

²⁵ *Ibidem*, ¶ 59.

преузете писмом о намерама имају карактер обавезе средства, а не резултата. У том смислу, арбитража је сматрала да никакве гаранције туженога није било, те да је његова обавеза била условљена ступањем уговора на снагу, што се није догодило.

Слично чињенично стање препознаје се и у спору *F-W Oil v. Trinidad and Tobago*.²⁶ Предмет овог спора је питање надокнаде трошкова припреме понуде за реализацију пројекта ЈПП-а. Наиме, приватни партнер је изабран за реализацију пројекта *offshore* нафтних постројења (постројења за експлоатацију нафте из мора). Након добијања права на реализацију пројекта, ушао је у преговоре са државном компанијом (TRINMAR) да би закључио уговор. Након пет месеци, TRINMAR је обавестио тужиоца да се повлачи из преговора. Покренут је нови поступак избора најповољније понуде, у коме је тужилац одбио да учествује. Поступак је окончан безуспешно. Приватни партнер је поднео тужбу и тражио надокнаду трошкова и изгубљену добит. Уз то, сматрао је да је туженом (држави) пренео и право интелектуалне својине, за шта му држава дугује надокнаду.²⁷ ICSID арбитража одбацила је тужбу, сматрајући да улагање тужиоца није инвестиција: инвестиција могу бити права или овлашћења, али не и очекивање одређеног понашања. Став арбитраже био је заснован (као у спору *Mihaly v. Sri Lanka*) на одредби уговора који је био елеменат услова поступка за избор најповољније понуде: ова одредба предвиђала је да TRINMAR (као државна компанија која је спроводила тендер) неће бити одговорна за трошкове настале у вези и током припреме и подношења понуде. У самој одлуци о додели тендера, наглашено је да TRINMAR условио своју обавезност за приступање реализацији пројекта успехом преговора о спровођењу споразума усаглашеног између страна.²⁸

ЛИТЕРАТУРА

1. Gilmore, Grant, *The Death of Contracts*, Columbus, Ohio: Ohio State UP, 1974.
2. Macaulay, Stewart, „Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study“, *American Sociological Review*, No. 28, 1963.

²⁶ *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No ARB/01/14, Award, March 3, 2006.

²⁷ *Ibidem*, ¶ 108.

²⁸ *Ibidem*, ¶ 90.

3. Macneil Roderic, Ian, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press 1980.
4. Macneil Roderic, Ian, „Restatement (second) of contracts and presentiation“, *Virginia Law Review*, No. 60, 1974.
5. Heldeweg, Michiel A., „Hybrid regulation as a legal design challenge“. *Law & Governance - Beyond the Public-Private Law Divide? Governance & recht*, 9 (9). Eleven International Publishing, The Hague 2013.
6. Цветковић, Предраг, „Теорија релационих уговора: основне карактеристике“, *Правна ријеч*, Год. 11, бр. 39, Бања Лука 2014.
7. Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, Фондација Андрејевић, Београд 2007.
8. Цветковић, Предраг, Миленковић-Керковић, Тамара, „Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања“, *Право и привреда*, Бр. 4–6, Београд 2011.

Predrag Cvetković

Full Professor, University of Niš, Faculty of Law

THE CASE LAW OF DISPUTE SETTLEMENT IN THE FIELD OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS

Summary

Public-Private Partnership (PPP) agreements are a sui generis construction; namely, in the PPP structure, the public interest (i.e. the effective implementation and protection of the public interest) overlaps with the private interests (i.e. conclusion and implementation of economically justified contracts, without public interest involved). In light of the sui generis structure of the public-private partner relationship, the contractual base of public-private partnership is a relational contract. By their legal nature, relational contracts differ from the conventional contracting mechanisms. Classical contracts are designed for a singular transaction between two contracting

parties. The transaction is limited in time and taking place simultaneously, whereby one type of transaction (with the same basic features) is repeated on number of occasions between different market participants; a typical example is a contract of sale. Classical contracts are “complete” (all-inclusive/comprehensive) legal agreements in the sense that both parties negotiate the terms and conditions, generally having an equal access to information important for constructing the agreement. Relational contracts differ from conventional contractual transactions in terms of their basic features: they are “incomplete” agreements lacking a fully-fledged plan of action on the implementation of the contract, which is due to the change of context-dependent feature in relational agreements. In order to provide for adjusting a relational contract to the new context and changed circumstances, the contracting parties define the principal obligations whereas the remaining rights, duties and obligations are subsequently agreed in line with the changing context. The described set of circumstances generates a higher level of risk in the circumstances where the public partner has to use the capacity of sovereign authority to protect the public interest, which often results in harming the interests of the private partner. The arising disputes can be resolved in the process of litigation, negotiation or arbitration. Particularly substantial in this regard is the practice of the international forums for the settlement of investment disputes involving PPP features. Competent courts and arbitration tribunals adjudicate disputes concerning the alleged infringement of the private partner’s rights in light of the overall circumstances and the public partner’s attitude towards the foreign investor (potential private partner).

Key words: *Public-private partnership; relational agreements; settlement of disputes; ICSID center.*

NORME NEPOSREDNE PRIMJENE U DOMAĆEM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Dr sc. Zlatan Meškić*
Dr sc. Slavko Đorđević**

***Apstrakt:** Norme neposredne primjene nisu regulisane domaćim međunarodnim privatnim pravom. Istovremeno se njihova primjena ne može osporiti. Obično se kratko objašnjavaju kao izuzetak od kolizionog sistema međunarodnog privatnog prava. U ovom radu nastoji se dati doprinos uspostavljanju kriterijuma koji norme neposredne primjene razlikuju od ostalih prinudnih propisa. Osim toga, razmatraju se različiti pravni osnovi na temelju kojih norme neposredne primjene dolaze do primjene u sporovima s elementom inostranosti. Prilikom tumačenja uzeti su u obzir izvori prava EU, s kojim zakonodavno usklađivanje tek treba uslijediti. Radi se o pitanju na koje teorija međunarodnog privatnog prava tek treba dati konačan odgovor.*

1. Pojam i terminologija

Norme neposredne primjene kao opći institut međunarodnog privatnog prava spadaju u relativno novije razvoje u ovoj oblasti. Radi se o institutu koji još nije precizno određen teorijom međunarodnog privatnog prava i još uvijek uzrokuje pravnu nesigurnost. Samo postojanje normi neposredne primjene je nesporno, ali je njihovo objašnjenje iz vida međunarodnog privatnog prava različito. Osnovna postavka je jednostavna. Svaka država ima pravo da za neke propise proglasi obaveznu primjenu na sve slučajeve koji stoje

* Vanredni prof., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

** Vanredni prof., Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

u određenoj vezi s tom državom i to neovisno o mjerodavnom pravu.¹ Utoliko kolizionopravna volja za važenjem i primjenom tih materijalnih normi u slučajevima s elementom inostranosti proizilazi iz samog propisa. Ako ta volja nije izražena izričito, onda se tumači na osnovu smisla i svrhe konkretnog propisa.²

Najšire prihvaćeni termin je „norme neposredne primjene“, koji pravnicima, koji nisu često u dodiru s međunarodnim privatnim pravom, ne govori ništa. Slična situacija je na njemačkom („Engriffsnormen“) i engleskom jeziku („overriding mandatory rules“). Naš termin predstavlja direktan prevod francuskog izraza „lois d’application immédiate“.³ Centralni izvor međunarodnog privatnog prava u BiH, Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u posebnim odnosima (ZRSZ)⁴, ne poznaje norme neposredne primjene. Ovim se želi naglasiti u kojoj mjeri su norme neposredne primjene novina u razvoju međunarodnog privatnog prava, jer su na pisanju ovog zakona, koji potiče još iz SFRJ, neposredno radili najpriznatiji stručnjaci iz bivše države⁵, a ubrzo nakon njegovog donošenja, 23. jula 1982. godine, komparativnopravno uživao je veliki ugled. Ovaj rad pisan je iz perspektive uređenja normi neposredne primjene u pravnom poretku BiH, ali je u potpunosti prenosiv na pravnu situaciju u Srbiji, gdje još uvijek vrijedi jednak zakon.⁶

Za potrebe jednostavnijeg razumijevanje instituta, predstaviće se trenutno najšire prihvaćena definicija normi neposredne primjene iz čl. 9 Uredbe Rim I Evropske unije⁷, koja glasi⁸: „Norme neposredne primjene su prinudni

¹ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2001, 475.

² A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 9 i dalje; D. Martiny, u Art. 9 Rom I-VO, *Münchener Kommentar BGB – Internationales Privatrecht I*, München 2015, tačka 9.

³ T. Varadi/B. Bordaš/G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2005, 145; Ph. Francescakis, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris 1958.

⁴ Zakon o rješavanju sukoba zakona sa drugim zemljama u određenim odnosima, Sl. glasnik SFRJ, br. 43/82 i 72/82; Preuzet u zakonodavstvo BiH Uredbom sa zakonskom snagom, Sl. list Republike BiH, br. 2/1992 i potvrđen Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, Sl. list RBiH, br. 13/94; Za Republiku Srpsku potvrđen čl. 12 Ustavnog zakona za provođenje Ustava RS-a, Sl. glasnik Republike Srpske 21/1992; V. Šaula, *Osnovi međunarodnog privatnog prava Republike Srpske*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci 2011, 54 i dalje.

⁵ Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu i postupku iz 1974. godine izradili su profesori Blagojević, Katičić, Matić, Mitrović i Sajko; B. Blagojević, N. Katičić, Ž. Matić, D. Mitrović i K. Sajko, „Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu i postupku“, *Prinosi*, br. 7/74, str. 77–105.

⁶ M. Stanivuković, P. Đundić, *Međunarodno privatno pravo – posebni deo*, Novi Sad 2008, 38.

⁷ Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. juna 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (RimI), Sl. list 177 od 4.7.2008., str. 6–16.

⁸ Cjelokupan prevod najvažnijih uredbi EU o međunarodnom privatnom pravu može se naći u D.

propisi, čije poštivanje država smatra toliko značajnim za zaštitu svog javnog interesa, naročito svog političkog, društvenog ili ekonomskog sistema, da se primjenjuju na sve slučajeve koji spadaju u njihovo područje primjene, bez obzira na pravo koje je inače mjerodavno.⁹ Ova definicija nije obavezujuća za naš pravni poredak, ali je već služila kao uzor u reformama Zakona o međunarodnom privatnom pravu u regionu¹⁰ i biće pravno obavezujuća, bar u pogledu ugovornih odnosa, ulaskom naše države u EU.

Pojednostavljeno govoreći, radi se o domaćim materijalnopравним odredbama nekog zakona, koje su toliko važne da će se primijeniti bez obzira na utvrđeno mjerodavno pravo. Utoliko norme neposredne primjene pokazuju sličnosti s javnim poretком. Osnovna razlika jeste da se u okviru klasičnog negativnog dejstva javnog poretка domaće pravo samo uzima u obzir prilikom procjene da li strano pravo vodi ka rješenju nespojivom s domaćim javnim poretком, dok norme neposredne primjene nalažu svoju primjenu, pa predstavljaju odraz pozitivnog dejstva javnog poretка.¹¹ Naime, javni poredak u čl. 4 ZRSZ, a i u komparativnom pravu, uobičajeno se jezički formuliše negativno („Ne primjenjuje se pravo strane države...“). Osnovna posljedica primjene instituta javnog poretка u međunarodnom privatnom pravu jeste da se strano pravo neće primijeniti u nekom svom dijelu. Zbog toga govorimo o negativnom dejstvu javnog poretка. Osim toga, negativno dejstvo javnog poretка samo zahtijeva neprimjenu konkretnog stranog propisa, u pravilu bez neposrednog određivanja koje će pravo biti mjerodavno, dok norme neposredne primjene zahtijevaju svoju primjenu. Neprimjena stranog prava samo je posljedica, a nikako uslov za primjenu normi neposredne primjene.

Babić/Ch. Jessel-Holst, *Međunarodno privatno pravo – zbirka unutarnjih, evropskih i međunarodnih propisa*, Zagreb 2011.

⁹ Prije donošenja Uredbe Rim I u 2008. godini, Sud EU je veoma sličnu definiciju usvojio u svojoj presudi *Arblade* (Sud EU, povezani predmeti C-369/96 i C-376/96, 1999, I-08453, tačka 30) iz 1999. godine. Radilo se o dva francuska preduzeća koja su poslala svoje radnike na rad na gradilištu u Belgiji. Belgijska inspekcija je utvrdila da ne posjeduju određena dokumenta koja zahtijevaju belgijski propisi, dok su radnici posjedovali sve što je potrebno prema francuskom pravu. Belgija je insistirala na tome da se ovdje radi o dokumentima potrebnim prema policijskim i sigurnosnim propisima Belgije, koji se stoga imaju poštovati. Sud EU je tumačio da u takve propise spadaju oni čije poštivanje država smatra toliko značajnim za zaštitu svog političkog, društvenog ili ekonomskog sistema, da se primjenjuju na sve osobe koje se nalaze na teritoriji te države i za svaki tamo lokalizovani pravni odnos.

¹⁰ Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore, Službeni list CG, br. 1/2014 i 6/2014; Maja Kostić-Mandić, „Osvrt na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore“, *Nova pravna revija* 2/2011, 73; M. Kostić-Mandić, „Utjecaj prava Evropske unije na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore sa posebnim osvrtom na oblast mjerodavnog prava“, *Strani pravni život*, 3/2011, 345

¹¹ V. Hein, u Art. 6EGBGB, *Münchener Kommentar BGB – Internationales Privatrecht I*, München 2015, tačka 4.

Iako se radi o općem institutu međunarodnog privatnog prava, broj normi neposredne primjene u određenom pravnom poretku je ograničen i veoma mali. Stoga samo postojanje instituta nipošto ne treba razumjeti kao povod da se u svakoj normi domaćeg prava pokušava pronaći karakter normi neposredne primjene kako bi se došlo do primjene tog domaćeg propisa. Kako je teorija i praksa u pogledu primjene opće klauzule javnog poretka mnogo razvijenija, mogućnost prekomjernog i neodgovarajućeg korištenja ove klauzule je smanjena. Sada je ta opasnost prebačena na norme neposredne primjene, u pogledu kojih se teorija i praksa tek razvijaju. Zbog toga treba biti veoma oprezan i posvećen prilikom analize da li se kod određenog propisa zaista radi o normi neposredne primjene.¹²

2. Karakteristike normi neposredne primjene

Norme neposredne primjene su konkretne odredbe nekog propisa. One mogu biti sadržane u jednom stavu određenog člana nekog zakona, dok sve druge odredbe tog zakona možda nisu norme neposredne primjene. Šta onda odredbu koju kvalifikujemo kao normu neposredne primjene razlikuje od drugih odredbi, tačnije koje karakteristike treba imati neka norma da bi bila „norma neposredne primjene“?

a) Norme neposredne primjene kao prinudni propisi

Jedna karakteristika normi neposredne primjene jeste da se od njih ne može odstupiti autonomijom volje stranaka. Ovu karakteristiku posjeduju svi domaći prinudni propisi. Međutim, samo mali broj prinudnih propisa spada u norme neposredne primjene. Obrnuto je drugačije. Naime, sve norme neposredne primjene ujedno su i prinudni propisi. Razlika je u tome što domaći prinudni propisi u slučajevima bez elementa inostranosti ne mogu biti derogirani ugovorom stranaka. U slučajevima s elementom inostranosti, domaći prinudni propisi mogu biti derogirani valjanim izborom stranog prava kao mjerodavnog prava. Tada se u cijelosti primjenjuje strano pravo na dato pitanje, a domaći propisi, kako dispozicioni tako i prinudni, ostaju neprimijenjeni. Drugačije je sa normama neposredne primjene. One dolaze do primjene

¹² K. Siehr to zbog toga kaže da su norme neposredne primjene „nedjelotvoran lijek za sate flegmatičnog nedostatka ideja“ (njem. „Untaugliche Medizin für Stunden phlegmatische Fantasielosigkeit“), želeći naglasiti opasnost od primjene ovog instituta kada se želi po svaku cijenu i protivzakonito doći do primjene domaćeg prava; K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002, 602.

neovisno o mjerodavnom pravu, što znači da se izborom mjerodavnog prava u slučajevima s elementom inostranosti ne može izbjeći primjena normi neposredne primjene.

b) Javni interes

Tradicionalno se norme neposredne primjene svrstavaju u norme javnog prava. Međutim, razvoj prava, naročito s uticajem prava EU, ne dozvoljava jasno razgraničenje između javnog i privatnog prava pa je ovakva klasifikacija bez većeg značaja. Kada pogledamo neke od oblasti u kojima se često nalaze norme neposredne primjene poput prava deviznog poslovanja ili prava konkurencije, teško da možemo utvrditi koja norma pripada javnom a koja privatnom pravu. Nasuprot tome, sama definicija normi neposredne primjene iz čl. 9 Uredbe Rim I govori o propisima koji su toliko značajni za zaštitu javnog interesa neke države, a naročito njenog političkog, društvenog ili ekonomskog sistema. Iz ovoga s jedne strane vidimo da se mora raditi o značajnim propisima, a s druge strane da moraju imati za cilj zaštitu javnog interesa. Standard ovog kriterijuma nije tako visok da norma mora služiti isključivo zaštitu javnog interesa, tj. da norma ne smije nikako služiti zaštitu privatnog interesa.¹³ Dovoljno je da norma pretežno ili bar snažno leži u javnom interesu, a ne samo u interesu ugovornih strana.¹⁴ Stoga norma koja pretežno služi uspostavljanju ravnoteže između ugovornih strana, dakle privatnom interesu, nije norma neposredne primjene. Ovo se prije svega odnosi na propise iz oblasti radnog ili potrošačkog prava, koje u određenoj mjeri slijede socijalno i ekonomskopolitičke ciljeve, ali ipak primarno služe osiguranju autonomije volje slabije ugovorne strane.¹⁵ Stoga propisi potrošačkog i radnopravnog zakonodavstva u pravilu ne predstavljaju norme neposredne primjene. Određujemo dominantan javni ili privatni smjer određenog propisa.¹⁶ U EU ovu, inače veoma burnu diskusiju, riješilo je zakonodavstvo EU, koje je predvidjelo posebne kolizione norme za zaštitu potrošača i radnika, gdje se uz određene uslove izborom mjerodavnog prava (koju najčešće nameće poslodavac ili poduzetnik) ne mogu derogirati prinudni propisi koji vrijede u državi uobičajenog boravišta potrošača odnosno mjestu uobičajenog obavljanja rada za rad-

¹³ Javni interes prema teoriji interesa jeste jedan od kriterijuma za razgraničenje javnog od privatnog prava, ali u pogledu normi neposredne primjene predstavlja konkretniji kriterijum za njihovu identifikaciju nego formalno pripadanje javnom ili privatnom pravu.

¹⁴ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2001, 476.

¹⁵ A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 26 i dalje.

¹⁶ D. Martiny, u Art. 9 Rom I-VO, *Münchener Kommentar BGB – Internationales Privatrecht I*, München 2015, tačka 13.

nika. Na ovaj način postignuta je iscrpna kolizionopravna zaštita za potrošače i radnike, pa izvan ovih kolizionopravnih propisa ne mogu doći do primjene neke evropske ili nacionalne norme непосредне примјене. To znači da se u EU, metodom eliminacije, koja će dolje biti detaljnije objašnjena, ova dva veoma izazovna područja mogu smatrati konačno regulisanim. Prema našem zakonu, za radnike jeste prema čl. 20 st. 19 ZRSZ mjerodavno pravo države u kojoj se rad obavlja, ali se ovaj propis može derogirati izborom mjerodavnog prava prema čl. 19 ZRSZ. Za potrošače je i objektivna tačka vezivanja nepovoljna, jer neovisno o vrsti ugovora prema čl. 20 ZRSZ uvijek dolazi do primjene prava države u kojoj poduzetnik ima prebivalište, a moguće je i to pravo derogirati prema čl. 19 ZRSZ izborom prava bilo koje države na svijetu. Tako npr. ako uzmemo odredbe Zakona o zaštiti potrošača BiH¹⁷ o pravu potrošača na (jednostrani) raskid ugovora, one imaju za cilj da potrošaču daju priliku da slobodno, bez mogućnosti psihološkog uticaja od strane trgovca, ponovo i „hladne glave“ razmisle o svojoj odluci o zaključenju ugovora i tako im omogućuje da naknadno optimalno prerade sve informacije relevantne za ugovor (tzv. „cooling-off period“).¹⁸ Stoga se radi o odredbama koje prevashodno imaju za cilj zaštitu privatnog interesa potrošača, pa ne možemo govoriti o normama непосредне примјене. U slučaju kada posebne okolnosti slučaja na to kazuju, moguće je za zaštitu potrošača uzeti u obzir generalne klauzule iz Zakona o obligacionim odnosima, poput čl. 12 ili 103 ZOO kao mjerilo za povredu opće klauzule javnog poretka prema čl. 4 ZRSZ.¹⁹ Nesporno je da u budućoj reformi zakona zakonodavac treba uzeti u obzir činjenicu da se u ovim oblastima mogu pronaći materijalnopравни propisi koji žele da se primijene i u prekograničnim sporovima, te da je pobliže uređenje ovih oblasti putem kolizionog prava najbolje rješenje za pitanje normi непосредне примјене. Ipak, isto tako je i nesporno da se danas tumačenjem ZRSZ ovaj problem ne može prevazići, osim ispunjenjem uslova za primjenu opće klauzule javnog poretka iz čl. 4 ZRSZ, što će veoma rijetko biti slučaj.

c) Bliska veza

Norma непосредне примјене zahtijeva svoju primjenu samo ako slučaj stoji u bliskoj vezi sa državom koja propisuje tu normu. Neprimjena domaće norme непосредне примјене sve se manje može tolerisati, što je slučaj bliže

¹⁷ Sl. glasnik BiH, br. 25/06.

¹⁸ Vidi Z. Meškić, „Pravo potrošača na raskid ugovora“, *Načela i vrijednosti pravnog sistema – norma i praksa*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu 2012., 177–199.

¹⁹ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2001, 476.

povezan s domaćim pravom. Vrijedi i obrnuto. Domaća norma neposredne primjene nije pozvana na primjenu ukoliko konkretan slučaj na koji domaći organ primjenjuje strano pravo ima veoma slabe veze sa domaćim pravom. Domaća koliziona norma uputila je na strano pravo putem tačke vezivanja kao činjenice koja se smatra odlučujućom za datu pravnu kategoriju. Ukoliko se i sve ostale ili gotovo sve ostale činjenice iz spora također nalaze u inostranstvu, naša norma neposredne primjene teško može biti primijenjena. Osnovni primjer kada se smatra da slučaj ima bliske veze sa domaćim pravom jeste kada je jedna od strana spora domaći državljanin ili osoba sa prebivalištem u BiH.²⁰ Međutim, ni ove činjenice ne bi trebalo da se uvijek smatraju kao relevantne za zasnivanje dovoljno bliske veze. Npr. u ugovornim odnosima, u kojima se norme neposredne primjene najčešće pojavljuju, mjerodavno strano pravo utemeljeno je na prebivalištu jedne ugovorne strane u inostranstvu, a činjenica da je on domaći državljanin ne stvara tako jaku vezu sa našim javnim poretком kao npr. činjenica da je ugovor zaključen u BiH i/ili treba biti izvršen u BiH. Treba prihvatiti da ne postoji jedna činjenica za koju se može, za sve slučajeve, tvrditi da automatski uspostavlja dovoljno blisku vezu sa BiH.

Najčešće sama norma neposredne primjene propisuje kakva veza mora da bude ostvarena. Tako se npr. prema čl. 2 st. 3 Zakona o konkurenciji BiH²¹ ovaj zakon primjenjuje kada djelovanje (stranih) privrednih subjekata proizvodi značajan efekt na tržište BiH ili značajnijem dijelu tržišta. Tako će čl. 4 st. 2 Zakona o konkurenciji BiH, koji zahtijeva ništavost sporazuma suprotnih pravu konkurencije, doći do primjene kao norma neposredne primjene neovisno o mjerodavnom pravu za ugovor, ukoliko je ostvaren uslov „značajnog efekta na tržište BiH“.

3. Primjena domaćih normi neposredne primjene

Nalog za primjenom domaćeg propisa koji kvalifikujemo kao normu neposredne primjene u slučajevima s elementom inostranosti proizlazi iz samog propisa. Eventualna zakonska regulacija normi neposredne primjene u zakonu o međunarodnom privatnom pravu samo je deklaratorne prirode. ZRSZ ne sadrži nikakvu opću odredbu o normama neposredne primjene. Postavlja se pitanje iz kog propisa crpimo pravnu snagu za primjenu normi neposredne primjene.

²⁰ V. Hein, *Münchener Kommentar – BGB, Internationales Privatrecht I*, München 2015, 2013.

²¹ Sl. glasnik BiH, br. 48/05; izmjene Sl. glasnik BiH br. 76/07 i br. 80/09.

a) Norme непосредne primjene u formalnom smislu

Prema čl. 3 ZRSZ odredbe tog zakona se neće primijeniti u slučaju da je neki odnos regulisan drugim zakonom. Misli se na kolizione norme sadržane u drugom zakonu, ne na materijalnopravne propise bez kolizionopravnog naloga. Dakle, kada je u smislu gorenavedene definicije normi непосредne primjene otvoreno lično, stvarno i teritorijalno područje primjene nekog materijalnog propisa, onda se na osnovu kolizionopravnog naloga sadržanog u samom propisu ili na nekom drugom mjestu, primjenjuje takav propis kao *lex specialis* u odnosu na ZRSZ. Ovakvi materijalnopravni propisi koji sami nalažu svoju primjenu pod uslovima koje sami propisuju u slučajevima s elementom inostranosti nazivamo norme непосредne primjene u formalnom smislu.²² Najčešće će biti riječ o jednostranim kolizionim normama ili materijalnopravni propisima povezanim s određenom jednostranom kolizionom normom.²³ Primjere nalazimo u pravu konkurencije, propisima o deviznom poslovanju, propisima o vanjskotrgovinskom poslovanju i vanjskotrgovinskoj politici, propisima o uvozu i izvozu oružja i vojne opreme, propisima o uvozu i izvozu kulturnih dobara, propisima o berzanskim posrednicima, propisima o zaštiti okoline, propisima o telekomunikacionim uslugama itd. Norme непосредne primjene možemo naći i u međunarodnim izvorima koji se primjenjuju kao sastavni dio domaćeg pravnog poretka, kao što je npr. embargo na trgovinu sa licima u određenoj državi donesen od strane UN ili EU, UNESCO konvencije o zaštiti kulturnih dobara²⁴ i sl.

b) Metoda eliminacije

Metoda eliminacije dolazi do primjene ukoliko propis koji razmatramo nije *lex specialis* u odnosu na ZRSZ u smislu čl. 3 ZRSZ. Tada ovom metodom pronalazimo odgovor na pitanje da li se kod propisa čiju primjenu razmatramo radi o normi непосредne primjene.²⁵ Metoda eliminacije nalaže da se svi prinudni propisi koji spadaju u određenu pravnu kategoriju koja je već regulisana u ZRSZ, primjenjuju u okviru date kolizione norme. Razlog je jednostavan. Ukoliko smatramo da je određeni propis već obuhvaćen nekom pravom kategorijom regulisanom u ZRSZ, onda to znači da je zakonodavac

²² A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 10.

²³ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2001, 104 i 105.

²⁴ Npr. UNESCO Konvencija o mjerama zabrane i sprečavanja nedopuštenog uvoza, izvoza i prenosa vlasništva kulturnih dobara iz 1970.

²⁵ A. Köhler koristi termin „diskvalifikacija“; vidi u: A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 92 i dalje.

propisao da će se na to pitanje primijeniti pravo bilo koje države na svijetu, što isključuje primjenu normi neposredne primjene. Tako su npr. propisi o zastari klasični primjer domaćeg prinudnog propisa, koji su od velikog značaja za određeni pravni poredak. Ipak, prema čl. 8 ZRSZ, na zastaru će se primijeniti ono pravo koje je mjerodavno za sadržaj određenog pravnog posla, pa mjerodavno pravo za zastaru dijeli sudbinu mjerodavnog prava za sadržaj pravnog posla. Stoga domaći prinudni propisi o zastari ne predstavljaju norme neposredne primjene.

Iako se ovom metodom mogu eliminisati mnoge odredbe o kojima postoji diskusija da li predstavljaju norme neposredne primjene, rješenje nije uvijek tako jednostavno. Metoda eliminacije ima za pretpostavku da sam propis koji se ispituje nije norma neposredne primjene u formalnom smislu, koja bi samim time kao *lex specialis* imala prednost u odnosu na ZRSZ. Da bi se to odredilo potrebno je ispitati da li norma za pretežni cilj ima zaštitu javnog interesa. Najbolji primjer za ovu dilemu pruža čl. 6 Uredbe (EU) Rim II o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze²⁶. U čl. 6 Uredbe Rim II, pojednostavljeno rečeno, određeno je da će se na vanugovorne obaveze primijeniti pravila o konkurenciji one države na čijoj teritoriji je nastalo narušavanje tržišta, a u slučaju da se radi isključivo o povredi interesa samo određenog učesnika na tržištu, mjerodavne su uobičajene kolizione norme iz Uredbe Rim II.²⁷ To bi, prevedeno na ZRSZ, značilo da se kod povrede privatnih interesa primjenjuju kolizione norme kojima se određuje mjerodavno pravo za naknadu štete (čl. 28 ZRSZ), dok se kod povrede javnih interesa primjenjuju propisi o konkurenciji kao norme neposredne primjene.

U čl. 21 ZRSZ propisano je da se na ugovore koji se odnose na nepokretnosti isključivo primjenjuje pravo države gdje se nekretnina nalazi. Zbog dodatne riječi „isključivo“ ispravno se tumači da je kod ovih ugovora autonomija volje isključena, pa su samim time zaštićeni propisi države u kojoj se nekretnina nalazi. Na ovaj način riješena je cijela oblast zakupa nekretnina u kojoj se tradicionalno nalazi veliki broj prinudnih propisa.²⁸ Ovdje zaštita prinudnih propisa mjesta gdje se nekretnina nalazi zasigurno ide dalje nego što to javni interes zaista nalaže, a usklađivanjem sa pravom EU u većem dijelu ovih propisa biće dozvoljena autonomija volje. Nadalje, na temelju rije-

²⁶ Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Vijeća od 11.7.2007. o pravu mjerodavnom za vanugovorne obveze (RimII); Sl. list 2007, L199, str. 40–49.

²⁷ A. Köhler koristi termin „diskvalifikacija“; vidi u: A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 128 i dalje.

²⁸ U čl. 20 st. 7 ZRSZ izričito je riječ o zakupu pokretnih stvari, što znači da se na zakup nepokretnih stvari primjenjuje čl. 21 ZRSZ.

чи „isključivo“ tumači se i da forma ugovora o nekretninama podliježe čl. 21 ZRSZ, a ne čl. 7 ZRSZ koji bi dozvolio autonomiju volje za formu ugovora, pa i propisi o formi ugovora ne moraju da se rješavaju preko instituta normi непосредне примјене.²⁹

c) Norme непосредне примјене u materijalnom smislu kao pravna praznina u skladu sa čl. 2 ZRSZ

Osim normi непосредне примјене u formalnom smislu, koje se kao *lex specialis* primjenjuju prema čl. 3 ZRSZ, postoje, dakle, materijalne norme od pretežno javnog interesa koje u sebi ne sadrže jasan kolizionopravni nalog. Tada se ne mogu smatrati *lex specialis* kolizionim normama, a istovremeno zbog pretežno javnog interesa, nisu obuhvaćene kolizionim normama iz ZRSZ. Utoliko se radi o normama za koje nije predviđeno kolizionopravno rješenje, pa se ono pronalazi popunjavanjem pravne praznine prema čl. 2 ZRSZ. Govorimo o normama непосредне примјене u materijalnom smislu.³⁰ Ovdje izazov predstavlja određivanje ispravne tačke vezivanja, kako bi se odredio teritorijalni doseg ove norme, što treba da učinimo tumačenjem smisla i svrhe tih normi.³¹ Alternativno je moguće primijeniti normu непосредне примјене u materijalnom smislu primjenom pozitivnog dejstva javnog poretka prema čl. 4 ZRSZ.³² Pozitivno dejstvo javnog poretka ostaje kao posljednja mogućnost, utoliko što javni poredak zahtijeva prvo da dođe do neprimjene stranog prava u okviru negativnog dejstva, pa tek onda da se primijeni konkretna norma (najčešće) domaćeg prava u okviru pozitivnog dejstva. Nasuprot tome, norme непосредне примјене zahtijevaju svoju примјену na osnovu sopstvenog kolizionopravnog naloga, a neprimjena stranog prava koje bi bilo mjerodavno prema ZRSZ samo je posljedica njihove примјене a nikako uslov za njihovu примјену.

²⁹ M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 83; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2005, 384; M. Stanivuković, P. Đundić, *Međunarodno privatno pravo – posebni deo*, Novi Sad 2008, 131.

³⁰ A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 101 i dalje.

³¹ E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2006, 111.

³² M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 18.

4. Примјена страних норми непосредне примјене

Nesumnjivo je za postizanje међународне хармоније одлучивања веома важно да се, осим норми непосредне примјене домаћег права, могу примјенити или бар узети у обзир норме непосредне примјене страног права. Овакво нешто није проблематично ако се ради о узимању у обзир фактичког дејства стране норме непосредне примјене. Класични примјер представља забрана увоза или извоза, ембарго или слична норма непосредне примјене страног права која узрокује почетну или накнадну немогућност испуњења обавезе. У таквим случајевима се препрека за испуњење обавезе каква произилази из страног права узима у обзир као чињеница, а не као право, а узрокује немогућност испуњења. Утолико је у оваквом случају узимања у обзир стране норме непосредне примјене свеједно да ли је путем колзионих норми као мјеродавно право за уговор одређено домаће или страно право. Наиме, ова чињеница ће се супсумирати под мјеродавну материјалноправну норму, те у случају да је диспозиција те материјалноправне норме испуњена, она ће производити материјалноправне послједice.³³ Стога се код узимања у обзир фактичког дејства страних норми непосредне примјене не захтијева посебан колзионоправни основ, него се спроводи искључиво на нивоу мјеродавног материјалног права.

Другачија је ситуација ако стране норме непосредне примјене желимо засебно vezivati, односно ако им желимо признати правно дејство. Ово питање се у литератури снажно дискутује, а могућност узимања у обзир или примјене страних норми непосредне примјене постоји у упоредном законодавству као и у праву ЕУ.³⁴ При томе је свеједно да ли се ради о нормама непосредне примјене *lex causae* или права неке треће државе.³⁵ Како метода елиминације показује, норме непосредне примјене нису обухваћене правном категоријом колзионих норми из ЗРСЗ, тако да чињеница да су дио истог страног правног поретка којем припада мјеродавно право на које су упутиле колзионе норме, не пружа правни основ за њихову примјену.³⁶ Наравно да ће норме непосредне примјене *lex causae* у правилу у већој мјери испуњавати услове блиске veze, него норме непоредне примјене неке треће државе. Осим услова блиске

³³ M. Kuckein, *Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, Tübingen 2008, 96 i dalje; A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 178.

³⁴ Оваква могућност предвиђена је нпр. у чл. 9 ст. 3 Уредбе Рим I о мјеродавном праву за уговорне обавезе, а преузета је у чл. 10 ст. 2 и 3 црногорског Закона о међународном приватном праву, без ограничења само на уговорне обавезе. Много раније овакву могућност прописивао је нпр. чл. 19 швајцарског Закона о међународном приватном праву из 1987. године.

³⁵ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2001, 486.

³⁶ Vidi suprotno T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2005, 151.

veze, u literaturi se zahtijeva da strana norma непосредне примјене zaista želi biti primijenjena na konkretan slučaj i da postoji određena kontrola sadržaja te norme, u najmanju ruku da ne smije biti suprotna domaћem javnom poretку.³⁷ Bilo kako bilo, naše zakonodavstvo ne pruža mogućnost uzimanja u obzir pravnog dejstva normi непосредне примјене *lex causae* ili neke treće државе, osim uz veoma dobru argumentaciju na temelju negativnog ili pozitivnog dejstva javnog poretка u skladu sa чл. 4 ZRSZ.³⁸

5. Dejstvo normi непосредне примјене

Za razliku od javnog poretка, norme непосредне примјене nemaju negativno dejstvo. Naime, norme непосредне примјене zahtijevaju sopstvenu примјену u okviru svog područja примјене i time predstavljaju mjerodavni propis za dato pitanje. Norme непосредне примјене daju kolizionopravni nalog za sopstvenu примјену i tu njihovo kolizionopravno dejstvo završava. Na sva pitanja koja ne spadaju u područje примјене norme непосредне примјене, примјенjuje se mjerodavno pravo utvrđeno kolizionim normama. Norme непосредне примјене obično imaju veoma usko područje примјене i kao *lex specialis* примјенjuje se na pojedinačno pitanje, dok će se na sva druga pitanja примijeniti kolizione norme i na temelju njih određeno mjerodavno pravo. Zbog toga norme непосредне примјене ne dovode do odstupanja od примјене mjerodavnog prava, one jesu mjerodavno pravo za konkretno pitanje. Materijalopravno norme непосредне примјене najčešće nalažu ništavost ugovora ili pojedine njegove odredbe, odnosno sadrže zabrane koje uzrokuju nemogućnost ispunjenja obaveza.

6. Zaključak

Postojanje i примјена normi непосредне примјене u domaћem праву ne može se osporiti. Štaviše, domaћи organi bili bi skloni примijeniti domaće norme o pravu konkurencije ili zaštiti kulturnih dobara, ne oslanjajući se pri tome na načela i propise међународног приватног прava. Zbog toga преурaнjen zaključak o normama непосредне примјене kao izuzetku od kolizionog

³⁷ A. Köhler, *Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen 2013, 231 i dalje.

³⁸ M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o међународном приватном i procesnom pravu*, Beograd 1991, 18.

sistema dovodi do opasnosti od zanemarivanja međunarodnog privatnog prava, umjesto da se norme neposredne primjene razumiju kao dio tog istog mehanizma. Pravna sigurnost postiže se preciziranjem kriterijuma bliske veze i javnog interesa, koji izdvajaju norme neposredne primjene od ostalih prinudnih propisa. Razumijevanje normi neposredne primjene kao *lex specialis* propisa u odnosu na ZRSZ, kao i metoda eliminacije, doprinose jasnijem razgraničenju. S obzirom na to da norme neposredne primjene po značaju i funkciji sve više zauzimaju mjesto kakvo je ranije imao javni poredak, objašnjenju normi neposredne primjene s aspekta domaćeg zakonodavstva treba posvetiti više pozornosti.

Zlatan Meškić, PhD

Associate Professor, Faculty of Law of University in Zenica

Slavko Đorđević, PhD

Associate Professor, Faculty of Law of University in Kragujevac

APPLICATION OF OVERRIDING MANDATORY RULES IN DOMESTIC PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

The existence and application of „overriding mandatory rules“ in the domestic legal system cannot be denied. On the contrary, domestic institutions would have the tendency to apply the national rules on competition or the protection of cultural goods, without relying on the principles or provisions of private international law. Consequently, a very fast characterization of overriding mandatory rules as an exception of private international law leads to neglecting of private international law, instead of an understanding of such rules as a part of the same legal mechanism. Legal security can be pursued by the criteria of public interest and close connection that distinguish the overriding mandatory rules from other national mandatory provisions. The understanding of overriding mandatory rules as lex specialis provisions in relation to the domestic private international law code, as well as the method of elimination, as explained in this paper, can contribute to a more clear distinction. Considering that the overriding mandatory rules with regards to their importance and their function more and more take the position of the institute of public order, they need to be given more consideration from the perspective of the national legislation.

SANKCIJE U PREDMETIMA DISKRIMINACIJE
– međunarodni standardi, uporedna praksa i postojeća rješenja u BiH –

Geno Trnavci*
Predrag Raosavljević**

***Apstrakt:** U svijetu ne postoji jedinstven model zaštite ljudskih prava. Doista, međunarodni standardi ljudskih prava prinudnim propisima (ius cogens) uspostavljaju obavezu prema svim državama, subjektima međunarodnog prava, da sankcionišu slučajeve diskriminacije, ali su one, u skladu sa svojim prerogativima suvereniteta, zadržale određene specifičnosti u modalitetima primjene tih standarda. Dakle, propisi različitih respektivnih međunarodnih tijela upućuju na to kakve standarde sankcije pravnih sistemi (nacionalnih) država treba da zadovolje i kakav efekat treba da proizvedu, ali postojeća rješenja su veoma različita, od države do države. U navedenom kontekstu, ovaj članak postavlja i daje odgovor na sljedeće pitanje: jesu li pozitivnim propisima i predviđenim sankcijama u Bosni i Hercegovini ostvareni ciljevi iz međunarodnih standarda ljudskih prava promulgirani čisto simbolično ili se zaista primjenjuju učinkovito u poređenju sa onim što je postignuto u paradigmatiskim pravnim sistemima razvijenih zemalja?*

Prateći iskustva naprednih uporednih zakonodavstava u posljednjih nekoliko godina moguće je pratiti tendenciju razvoja i bosanskohercegovačkog antidiskriminacijskog zakonodavstva, što se prvenstveno odnosi na donošenje i primjenu Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009. godine.

Ovim zakonom razrađen je materijalnopравни i procesnopравни okvir za suzbijanje pojave diskriminacije u BiH, što predstavlja konzistentnu el-

* Doktor pravnih nauka, *ad hoc* sudija Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, redovni profesor na katedri Građanskog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Bijaču.

** Doktor pravnih nauka, član Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije, pomoćnik ombudsmena / šef Odjela za eliminaciju svih oblika diskriminacije, Institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine.

boraciju i institucionalizaciju već postojećih relevantnih međunarodnih standarda ljudskih prava i sloboda ustoličenih u ustavnim načelima koja su na snazi u Bosni i Hercegovini. Dostupni empirijski pokazatelji ukazuju na činjenicu da pravni subjekti u BiH nedovoljno često posežu za ovakvim pravnim mehanizmima u borbi protiv diskriminacije i da postojeća pravna praksa još nije urodila potpunim i očekivanim rezultatima pravne zaštite žrtava diskriminacije.

Različiti faktori determinišu ovakav ishod, a značajnija dostignuća u suzbijanju diskriminacije moguće je ostvariti samo kroz konstantne napore i inkrementalno unapređenje u domenu primjene važećih propisa, kao i u edukaciji i stvaranju kulture tolerancije prema drugima, što je u Bosni i Hercegovini izazov suštinske prirode.

Ključne riječi: *diskriminacija, zaštita ravnopravnosti, ostvarivanje jednakosti, sudska zaštita i naknada štete.*

Uvod

Najčešća kritika Zakona o zabrani diskriminacije u Bosni i Hercegovini, koju čujemo od nevladinih organizacija, predstavnika akademske zajednice, pa i samih građana, jeste da se radi o „mrtvom slovu na papiru“. Činjenica je da sve do 2009. godine povreda ovog opšteg ustavnog načela nije za sobom povlačila bilo kakav vid građanske odgovornosti, nije bila predviđena sankcija kao ni druga pravna sredstva zaštite u bilo kojem domaćem zakonu. Čak nije uspostavljeno respektivno tijelo (*an equality body*) koje bi vršilo nadzor nad ostvarivanjem ravnopravnosti građana.

Donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije 2009. godine, koji predstavlja razradu načela propisanih Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, stvoren je sveobuhvatan pravni okvir za zaštitu od diskriminacije. Pored zabrane različitog postupanja po bilo kojem osnovu, ovaj zakon razlikuje neposrednu i posrednu diskriminaciju. Njime su utvrđeni posebni oblici diskriminacije; određena je oblast primjene, a kao centralna institucija za zaštitu od diskriminacije određena je institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Zakonom su, što će biti u fokusu ovog rada, propisani upravni i sudski postupci za zaštitu od diskriminacije, te predviđene sankcije za postupanja suprotna tom zakonu.

Utvrđivanje odgovornosti za povredu, prijetnja sankcijom, zakonske procedure i definisanje nadležnog tijela prinude, predstavljaju elemente koji jednoj odredbi daju obilježje normativnosti. Bez obzira na adekvatno uspostavljen pravni okvir, postoje veliki problemi u primjeni Zakona o zabrani diskriminacije, jer nadležni pravni subjekti u Bosni i Hercegovini nisu dovoljno pripremljeni za primjenu ovog pravnog instrumenta, pa nije izvjesno da povreda načela jednakog postupanja u svakom slučaju proizvodi posljedice za počinioca povrede, kao što ni žrtvama nije data adekvatna mogućnost zaštite od nejednakog tretmana i naknade pretrpljene štete.

U skladu sa ovako postavljenom hipotezom, analizirana su postojeća rješenja u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, prvenstveno postupci za zaštitu od diskriminacije, njihove specifičnosti, adekvatnost i efikasnost predviđenih sankcija i uopšte pravnih sredstava zaštite koja stoje na raspolaganju građanima.

Međunarodni standardi nalažu da potpuno ostvarivanje stvarne (*de facto*) jednakosti podrazumijeva i sankciju za narušavanje ovog principa. Opšti zahtjev je da zaštita od diskriminacije podrazumijeva pravo na pravni lijek, koji je efikasan, dostupan i odvraća od dalje diskriminacije. Takav pravni lijek treba da obuhvata ne samo mjere kaznenog (retributivnog) karaktera prema počiniocu diskriminacije, već i mjere koje uključuju i naknadu štete za žrtve.

Korišćenjem metode uporedne analize, pravnog tumačenja i sinteze rezultata istraživanja, prikazan je način i mogućnosti primjene efikasnih sankcija, što uključuje i analizu naknade za žrtve u predmetima diskriminacije. U radu je ukazano na identifikovane propuste i manjkavosti u postupku provedbe obaveza Bosne i Hercegovine, koje je preuzela u skladu sa svojim međunarodnim obavezama u sankcionisanju diskriminacije i date konkretne preporuke, kao i smjernice djelovanja svih nadležnih aktera u ostvarivanju potpune i suštinske ravnopravnosti građana u jednom složenom i heterogenom društvu kakvo je naše.

Međunarodni okvir za sankcionisanje diskriminacije

Gotovo svi važniji međunarodni sporazumi sadrže opštu zabranu diskriminacije na način da svakome garantuju potpuno uživanje prava bez razlike po bilo kojem osnovu koji je vezan za njihov lični status.¹ Iako propisuju

¹ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (UDHR); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR) ponavlja formulaciju iz Univerzalne deklaracije i u članu 26 utvrđuje da: „Sva su

konkretne obaveze država usmjerene ka eliminaciji diskriminacije na uopšten način ili u usko definisanim područjima, malo koji od ovih dokumenata daje detaljnije smjernice o tome kakav postupak i kakve sankcije država treba da primjenjuje u predmetima diskriminacije.

Članom 6 Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije propisano je da:

Države članice osiguraće svakoj osobi... pravo na žalbu pred nacionalnim sudovima i ostalim državnim nadležnim organima protiv svih djela rasne diskriminacije ... kao i pravo da od ovih sudova traži zadovoljenje ili pravednu i odgovarajuću naknadu za svaku štetu koju bi mogla da joj nanese takva diskriminacija.

Jednako, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena propisuje da:

Države članice se obavezuju da usvoje odgovarajuće zakonske i druge mjere, uključujući i sankcije, kojima se zabranjuju svi vidovi diskriminacije žena i da preko nadležnih nacionalnih sudova i drugih javnih institucija osiguraju efikasnu zaštitu žena od svakog postupka kojim se vrši diskriminacija.²

Radi sprečavanja diskriminacije žena zbog stupanja u brak ili materинства i osiguravanja njihovog stvarnog prava na rad, države članice poduzimaju odgovarajuće mjere radi zabrane, pod prijetnjom preduzimanja sankcija, davanja otkaza zbog trudnoće ili porodijskog odsustva i diskriminacije prilikom otpuštanja s posla zbog bračnog stanja.³

Za razliku od konvencija, ugovorna tijela Ujedinjenih nacija, kao što je Komitet za eliminaciju diskriminacije protiv žena, na nešto detaljniji način regulišu pitanje sankcija u predmetima diskriminacije. Ovaj komitet u svojoj Opštoj preporuci br. XXVIII navodi da država ima obavezu da:

obezbjedi da se u zakonodavstvu... predvide odgovarajući pravni lijekovi za žene koje su diskriminisane... u takve lijekove treba da spadaju različiti oblici odštete, kao što je novčana naknada, povraćaj u prethodno stanje,

lica jednaka pred zakonom i imaju pravo, bez ikakve diskriminacije, na jednaku zakonsku zaštitu. Zakon treba da zabrani svaku diskriminaciju i da garantuje svim licima jednaku i djelotvornu zaštitu protiv diskriminacije bilo na osnovu rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog i drugog mišljenja, nacionalnog i društvenog porijekla, imovine, roda ili bilo koje druge okolnosti“; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR), Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (CERD); Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW); Konvencija koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja (ILO-C-111); Konvencija o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica; Konvencija o pravu djeteta (CRC); Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom i Konvencija UNESCO-a protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja.

² Član 2 stav (b) i (c)

³ Član 11stav 2.(a)

rehabilitacija i vraćanje u prvobitno stanje (može biti da je u pitanju i vraćanje na isto radno mjesto), mjere koje omogućavaju satisfakciju oštećenog kao što su javna izvinjenja, javne komemoracije i garantovanje da se nešto neće ponoviti; izmjene relevantnih propisa i prakse; i da se pred pravdu izvedu oni koji krše ženska ljudska prava.⁴

Isto tijelo u Opštoj preporuci broj XXXIII zahtijeva da država

...obezbjedi adekvatne i blagovremene pravne lijekove zbog diskriminacije žena i da osigura da žene imaju pristupa svim dostupnim sudskim i nesudskim pravnim lijekovima. Takvi pravni lijekovi treba da su adekvatni, efikasni, blagovremeni, sveobuhvatni i proporcionalni težini pretrpljene štete. Oni treba da obuhvate, gdje je to moguće, restituciju (povraćaj u pređašnje stanje), kompenzaciju (bilo novčanu, u vidu robe ili usluga) i rehabilitaciju (medicinsku, psihološku njegu i druge socijalne usluge). Naknada štete u građanskom postupku ne isključuje istovremenu mogućnost izricanja krivičnih sankcija. Država takođe ima obavezu da uzme u obzir sve obaveze žene vezane za pružanje njege i obavljanje kućnih poslova kod utvrđivanja adekvatne naknade za štetu u građanskim, krivičnim, upravnim ili drugim postupcima. Država bi trebalo da osnuje poseban fond namijenjen ženama u situacijama kada pojedinci ili tijela koja su odgovorna za kršenje njihovih ljudskih prava ne žele ili nisu u mogućnosti da naknade prouzrokovanu štetu.

U slučajevima seksualnog nasilja u toku ili nakon konflikta, država treba da... usvoji zakone kojima se obezbjeđuju adekvatne sankcije, u skladu sa standardima ljudskih prava i da preduzme mjere na reparaciji u uskoj saradnji sa udruženjima žena i civilnim društvom,⁵ kao i da... osigura da se van-sudske mjere naknade kao što su javna izvinjenja, memorijalna obilježavanja i garancije prevencije od strane komisija za istinu, pravdu i pomirenje ne koriste kao zamjena za istrage i krivično gonjenje... kao i da odbaci mogućnost amnestije ili zastare za rodno-zasnovano kršenje ljudskih prava u kontekstu konflikta.⁶

Komitet za ukidanje rasne diskriminacije smatra da je veoma često potcijenjen stepen do koga postupci rasne diskriminacije i napadi na rasnoj osnovi štete sposobnosti oštećene osobe da sagleda svoju sopstvenu vrijednost i svoj ugled. U Opštoj preporuci XXVI, koja se odnosi na član 6 Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije

⁴ Committee on the Elimination of Discrimination against Women *General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW, /C/GC/28, 16. decembar 2010. godine.

⁵ Vidi *Nairobi Declaration on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation*.

⁶ CEDAW, /C/GC/33, 30. avgust 2015, član 19.

*Komitet obavještava države ugovornice da... pravo na pravednu i adekvatnu odštetu i zadovoljenje za bilo koju štetu nanijetu takvom diskriminacijom, oličeno u čl. 6 Konvencije, nije nužno obezbijeđeno samo kažnjavanjem počinioca djela diskriminacije. Sudovi i ostala kompetentna tijela bi istovremeno trebalo da razmotre određivanje finansijske kompenzacije za štetu, materijalnu ili moralnu, koju pretrpi žrtva, kad god je to primjereno.*⁷

U Opštoj preporuci broj VII Evropske komisije protiv protiv rasizma i netolerancije (ECRI) navodi se:

*Zakonom treba predvidjeti djelotvorne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije za slučajeve diskriminacije. Te sankcije treba da uključuju naknadu i materijalne i moralne štete žrtvama.*⁸

Direktive o jednakosti Evropske unije jasno nalažu obavezu državama članicama da predvide sankcije za povrede odredaba direktiva i da preduzmu sve neophodne mjere kako bi se odredbe o ravnopravnosti sadržane u direktivama u potpunosti provele. Slično prethodno navedenim formulacijama, član 35 preambule Direktive 2006/54/EC spominje *efektivne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije*, član 18 spominje *kompenzaciju ili reparaciju*, a član 25 uvodi pojam *kazne*. Član 15 Direktive 2000/43/EC i član 17 Direktive 2000/78/EC pominje *sankcije i kompenzaciju*.

Nedavno je Sud pravde Evropske unije dao smjernice oko adekvatne sankcije u predmetima diskriminacije. U predmetu iz 2013. godine⁹ Luksemburški sud je primijetio da se:

čisto simbolična sankcija ne može posmatrati kao kompatibilna sa zahtjevom korektne i adekvatne primjene principa nediskriminacije i da ovaj zahtjev treba da ispuni svaki pravni lijek posebno.

Povodom pitanje polne diskriminacije u kontekstu jednakosti plata, Evropski sud pravde je u predmetu *von Colson i Kamann*¹⁰ utvrdio da:

princip efikasnosti podrazumijeva da domaće zakonske procedure moraju biti adekvatne da ispune cilj Direktive¹¹, da moraju garantovati stvarnu i efektivnu sudsku zaštitu¹² i da imaju stvaran i odvraćajući efekat na poslodavca.¹³ Štaviše, ako je naknada štete predviđena kao tužbeni zahtjev, ona u svakom slučaju mora biti adekvatna u odnosu na pretrpljenu štetu.¹⁴

⁷ 1399. sjednica, 24. mart 2000. godine, član 2.

⁸ ECRI General Policy Recommendation no VII, član 12.

⁹ Evropski sud pravde, *Asociatia ACCEPT vs Consiliul National pentru Combaterea Discriminariilor*, C-81/12 (Asociatia ACCEPT)

¹⁰ C-14/83, *Von Colson and Kaman*.

¹¹ Ibid, para 18.

¹² Ibid, para 23.

¹³ Ibid, para 23.

¹⁴ Ibid, para 23.

Povelja Evropske unije o temeljnim pravima garantuje svim državljanima i stanovnicima Evropske unije pravo na efikasan pravni lijek. Članom 47 Povelje propisano je da

svako kome su povrijeđena prava i slobode garantovani pravom Unije, ima pravo na djelotvoran pravni lijek... pred zakonom prethodno uspostavljеним nezavisnim i nepristrasnim sudom... kao i pravo na besplatnu pravnu pomoć, kada je takva pomoć neophodna radi osiguravanja pristupa pravosuđu.

Član 13 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama sadrži sličnu obavezu država u pogledu obezbjeđenja efikasnog pravnog lijeka i nezavisnog zakonom osnovanog suda.

Da ovo pravo ima poseban značaj u predmetima diskriminacije sud je potvrdio u predmetu *Danilenkov protiv Rusije*¹⁵ iz 2009. godine, u kojem radnik, koji je otpušten zbog sindikalnih aktivnosti, nije uspio sa tužbom za diskriminaciju protiv preduzeća. Sud u Strazburu utvrdio je da zakonska zaštita od diskriminacije u Rusiji nije adekvatna, jer je od tužioca zahtijevano da dokaže krivicu tužene strane, zbog čega je Rusija povrijedila ugovornu obavezu koja se odnosi na efikasan i dostupan pravni lijek. U predmetu *Garcia Mateos protiv Španije*,¹⁶ Sud je našao povredu člana 6 zajedno sa članom 14 Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, pošto Španija nije obezbijedila pravni lijek radniku koji je bio žrtva diskriminacije na osnovu pola.

Analizom međunarodnih standarda dolazimo, dakle, do zaključka da je zbog sve većih izazova u ostvarivanju stvarne ravnopravnosti došlo do redefinisavanja i evolucije pojma „sankcije“, tako da ovaj koncept ne samo da obuhvata kaznene ili retributivne mjere u najužem smislu tih riječi, nego takođe obuhvata sredstva pravne zaštite kojima se obezbjeđuje naknada, pomoć i podrška žrtvama diskriminacije i kojima se ova pojava tretira sa šireg društvenog aspekta.

Zajednički zahtjev organa Ujedinjenih nacija, Evropske unije i Savjeta Evrope u pogledu antidiskriminacijske zaštite je da sankcije moraju biti „efikasne, proporcionalne i odvraćajuće“, da žrtve treba da imaju na raspolaganju građanske, krivične i upravne postupke zbog povrede ravnopravnosti kao ličnog prava, ali i kao društvenog dobra, da svrha ovih sankcija treba da bude prestanak diskriminacije, povraćaj u pređašnje stanje, adekvatna naknada za pretrpljenu štetu uključujući i nematerijalnu, kao i za izgubljenu dobit, te sistematska podrška žrtvama kroz različite aktivnosti ili politike kojima država sprečava diskriminaciju u budućnosti.

¹⁵ *Danilenkov vs Russia*, ECtHR 30/07/2009, Application no 67336/01.

¹⁶ *Garcia Mateos vs Spain*, ECtHR 19/02/2013, Application no 38285/09.

Različiti koncepti ravnopravnosti, različite pravne kulture i različit nivo uključenosti pojedinih država doveli su do različitih institucionalnih rješenja i pristupa u praksi.

Uparedna pravna rješenja

Praktična rješenja prisutna u Evropskoj uniji i zemljama regiona pokazuju da se povreda ravnopravnosti prvenstveno tretira kao povreda ličnog prava, zbog čega su najčešće predviđene građanske sankcije i to u vidu restitucije i naknade. Većina pomenutih zemalja predviđa naknadu materijalne i nematerijalne štete u predmetima diskriminacije, koje se obično izriču za prethodno pretrpljenu povredu, dakle reaktivnog su karaktera i u postupku koji provodi sud prema opštim pravilima za vanugovornu (deliktnu) odgovornost za štetu.¹⁷ Primjećuje se da veliki broj zemalja ne propisuje ograničenje do kojeg iznosa se može dosuditi naknada štete, pa je npr. najveći dosuđeni iznos u Češkoj Republici bio 9.259 evra, a prosječna naknada u Finskoj iznosi 5.500 evra.¹⁸ U Španiji, novčana naknada za žrtve diskriminacije dostupna je samo u oblasti radnih odnosa i to po svim osnovama diskriminacije, kao i na osnovu invaliditeta u svim oblastima.¹⁹

U pogledu regulisanja *Actio popularis*, najčešće prisutno je ono rješenje prema kojem treća lica koja učestvuju u parnicama za zaštitu od diskriminacije, kao npr. nevladine organizacije ili sindikati, ne mogu postavljati zahtjev za naknadu štete ako ne postoji jasno identifikovana žrtva diskriminacije i ovlašćenje za zastupanje.²⁰ U zemljama gdje antidiskriminacijsko zakonodavstvo predviđa izricanje novčanih kazni, propisano je da takve kazne izriče sud, tijelo za zaštitu jednakosti ili specijalizovane agencije, a samo sudovi imaju nadležnost za izricanje novčanih kazni za slučajeve diskriminacije koji

¹⁷ BJR Makedonija, Hrvatska, Slovenija, Danska, Francuska, Grčka, Mađarska, Luksemburg, Holandija, Poljska, Portugal, Rumunija i Slovačka.

¹⁸ *Aaltonen et al.* str. 42, Studija Ministarstva unutrašnjih poslova Finske iz 2013. godine, dostupno na www.intermin.fi/julkaisu/132013?docID=44691, citirano u Romanita Iordache, Iustina Ionescu, *Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-discrimination Law*, *European Anti-Discrimination Law Review*, novembar 2014, broj 19, str. 14.

¹⁹ Spain, Royal Legal Decree 1/1995, Workers' Staute, dostupno na http://www.ilo.org/dyn/eplex/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=18, posjećeno 25.07.2016. godine.

²⁰ Ovakvo pravilo prisutno je u Austriji, Bugarskoj, Hrvatskoj, Kipru, Češkoj Republici, Estoniji, Finskoj, BJR Makedoniji, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Islandu, Lihtenštajnu, Litvaniji, Norveškoj, Poljskoj, Rumuniji, Slovačkoj, Sloveniji, Španiji, Švedskoj, Turskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu. *Supra* 18, str. 15.

se mogu karakterisati kao prekršaji.²¹ Zahtjev za efikasnim pravnim lijekom obuhvata i mjere proaktivnog karaktera, koje nemaju novčani karakter nego podrazumijevaju različita pravna sredstva kojima se nastoji poboljšati položaj ugroženih grupa i kojima se uvode određena sistematska rješenja.²² Ova pravna sredstva imaju za cilj ne samo da odgovore na povredu koju je žrtva pretrpjela, nego i da stvore uslove za sprečavanje diskriminacije u budućnosti, putem različitih metoda koje uključuju izmjene propisa, edukacije i aktivnosti podizanja svijesti.²³

Sredstva zaštite od diskriminacije u Bosni i Hercegovini

Već smo naglasili da je pravo na nediskriminaciju jedno od osnovnih ljudskih prava i osnov ostvarivanja svih drugih ljudskih prava i sloboda. Stoga je zabrana diskriminacije definisana brojnim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, te je ugrađena u savremene demokratske pravne sisteme kao jedan od osnovnih ustavnih principa.²⁴ Zabrana diskriminacije predstav-

²¹ Na Kipru, postoji razlika u visini novčane kazne zavisno od toga da li je kaznu izrekao sud ili tijelo za zaštitu ravnopravnosti. Cyprus, *the Equal Treatment (Racial or Ethnic Origin) Law No 59(I)/2004* od 31.03.2004. godine. U Estoniji, novčane kazne za prekršaje diskriminacije idu do 1.600 evra; Krivični zakon Estonije, član 44 i 47. Grčki krivični sudovi izriču kazne od 1.000 do 5.000 evra (član 16 Zakona o zabrani diskriminacije u Grčkoj), a Upravni sudovi u Makedoniji mogu izreći kazne od 400 do 1.000 evra, što je značajan iznos u poređenju sa prosječnim primanjima. Novčane kazne izrečene u krivičnom postupku zbog povrede ravnopravnosti u Francuskoj iznose maksimalno 75.000 evra, a slovenački Akt o primjeni principa ravnopravnosti propisuje različite kazne zavisno od počinioca, gdje visina kazne zavisi od težine povrede i stepena krivice (član 26 Akta).

²² De Schutter, Olivier, „Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law”, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, No. 1, 2007.

²³ Sudovi u Ujedinjenom Kraljevstvu ili u Irskoj mogu naložiti proaktivne mjere koje obuhvataju zabranu segregacije u školama, izmjenu procedure zapošljavanja, analizu diverziteta, usvajanje podzakonskih akata sa ciljem eliminacije diskriminacije ili dužnost organizovanja obuke o ravnopravnosti. U Češkoj Republici, Njemačkoj, Mađarskoj, BJR Makedoniji, Irskoj, Portugalu i Rumuniji, sudovi mogu narediti poništavanja ili suspenziju licenci za obavljanje djelatnosti, prekid finansiranja iz budžeta ili zabranu učešća na javnim tenderima, kao npr. u Italiji.

²⁴ “Oslanjajući se na poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti....” (Preambula Ustava BiH). Već u prvoj alineji Ustava BiH definisano je kako se cjelokupan društveni sistem BiH zasniva na poštivanju ljudskog dostojanstva, slobodi i jednakosti, kao osnovnim i centralnim društvenim vrijednostima. Nadalje, član II/4 Ustava BiH, kao jedan od osnovnih principa u ostvarivanju ljudskih prava i sloboda predviđenih u ovom članu i u međunarodnim sporazumima pobrojanim u Aneksu I Ustava BiH, navodi princip nediskriminacije. Međunarodni sporazumi iz Aneksa I Ustava BiH direktno će se primjenjivati u BiH, a direktna primjena i prioritet nad ostalim zakonima predviđen je i u pogledu primjene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kako je predviđeno članom II/2 Ustava BiH. (Tekst Ustava BiH dostupan na: http://www.msb.gov.ba/PDF/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos%282%29.pdf (07.05.2015)). Napomena: Ustav BiH nije objavljen u službenim glasnicima u BiH. Slične odredbe mogu se naći u članu 23 njemačkog Osnovnog zakona (ustava)

lja ideal modernog društva koje teži ka ostvarivanju principa jednakosti i ravnopravnosti u svim sferama društvenog života.

Poštujući međunarodne standarde i principe, kao i iskustva i normativna rješenja naprednih uporednih zakonodavstava, posljednjih nekoliko godina moguće je pratiti tendenciju razvoja bosanskohercegovačkog antidiskriminacijskog zakonodavstva. Jedan od najznačajnijih propisa u ovoj oblasti svakako je Zakon o zabrani diskriminacije BiH, donesen 2009. godine.²⁵ Ovim Zakonom razrađen je materijalno-pravni i procesno-pravni okvir za suzbijanje pojave diskriminacije u BiH, koji je prije toga normiran i sankcionisan respektivnim međunarodnim standardima ljudskih prava i sloboda i ustavnim načelima, koji u Bosni i Hercegovini predstavljaju *ius cogens*.²⁶

Postupci za zaštitu od diskriminacije

Zakon o zabrani diskriminacije BiH predviđa nekoliko postupaka za zaštitu od diskriminacije, i to: postupak pred institucijom Ombudsmena za ljudska prava BiH, sudske postupke i upravne postupke.

– Postupak pred institucijom Ombudsmena

Ombudsmen za ljudska prava BiH u okvirima svojih nadležnosti zaprima pojedinačne i grupne žalbe u vezi s diskriminacijom, podnosiocima žalbi daje potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, kao i načinima zaštite u slučajevima diskriminacije, provodi potrebna istraživanja, daje mišljenja i preporuke u svrhu suzbijanja diskriminacije, pokreće postupke za zaštitu od diskriminacije i u njima učestvuje, te obavlja brojne druge aktiv-

i članu 11 Lisabenskog sporazuma EU (EU Treaty). Na tragu istog konceptualnog pristupa (ideje), Lisabonski sporazum propisuje: “*Human dignity is inviolable. It must be respected and protected*” (the Art. 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), a njemački Osnovni zakon izričito promulgira sljedeće: “*The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world*” which “*shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law*” (the Art. 1 of the German Basic Law of 1949).

²⁵ Zakon o zabrani diskriminacije BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 59/09.

²⁶ O materijalno-pravnim i procesnim pretpostavkama za zaštitu od diskriminacije u BiH, vidi više u: Reljanović, Mario, *Antidiskriminacioni okvir u Bosni i Hercegovini i zemljama Evropske unije*, 8. naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija 2011, Univerzitet Sinergija, Beograd 2001, str. 235–243. Posebne odredbe o zabrani diskriminacije ugrađene su i u druge oblasti zakonodavstva: ravnopravnost polova, zaštita potrošača, zdravstvena zaštita, obrazovanje, radni odnosi, obligacioni odnosi itd.

nosti u skladu sa Zakonom.²⁷ Značaj postupka za zaštitu od diskriminacije pri ovoj instituciji leži u činjenici da je ovaj postupak mnogo pristupačniji žrtvama diskriminacije u odnosu na sudski i upravni postupak, jer je vrlo jednostavan i u konačnici besplatan. Ipak, postavlja se pitanje njegove djelotvornosti, budući da praksa nije pokazala željene i očekivane rezultate povodom ovog mehanizma zaštite žrtava diskriminacije, a što se najčešće povezuje s nedostatkom ljudskih i finansijskih resursa, nedostatkom izgrađene sudske prakse, osporavanjem autoriteta Institucije, kao i drugim razlozima.

U okviru institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine djeluje poseban Odjel za eliminaciju svih oblika diskriminacije, čiji je cilj da kroz preporuke i ostale odluke ukazuje odgovornim institucijama i službama na faktore koji onemogućavaju ravnopravan zakonski tretman prema svim građanima BiH i predlaže odgovarajuće mjere za efikasnu pravnu intervenciju usmjerenu na zaštitu prava građana. Postupak za zaštitu od diskriminacije pred institucijom Ombudsmena pokreće se podnošenjem žalbe a svaka fizička ili pravna osoba koja tvrdi da ima legitiman interes može se obratiti instituciji Ombudsmena bez ikakvih ograničenja. Rad institucije Ombudsmena po žalbi je besplatan za osobe koje joj se obrate, a žalba Ombudsmenu ili njena intervencija neće povući bilo kakve krivične, disciplinske ili druge sankcije za podnosioca žalbe kao ni bilo kakvu neugodnost ili diskriminaciju za njega. Rok za podnošenje žalbe instituciji Ombudsmena je 12 mjeseci nakon pojave činjenica, događaja ili odluka na koje se stranka žali, a izmjenama Zakona iz jula 2016. godine ovaj rok je produžen na tri godine. Organi i tijela vlasti obavezni su Ombudsmenu pružati pomoć u vršenju istrage, a Ombudsmen može izdati preporuke nadležnim organima i tijelima za otklanjanje povreda ljudskih prava sa prijedlogom konkretnih mjera. Organi i tijela vlasti koji dobiju preporuke dužni su u ostavljenom roku pismeno odgovoriti ombudsmenu o realizaciji preporuka u roku koji im je ostavljen. U slučaju nepostupanja određenog organa ili tijela vlasti po preporuci Ombudsmena, o tome se prethodno ukazuje višem nadležnom organu, a potom, u specijalnom i godišnjem izvještaju o rezultatima aktivnosti Ombudsmena, koji se upućuje Parlamentarnoj skupštini BiH, Parlamentu FBiH, Narodnoj skupštini RS i Predsjedništvu BiH. Zakonom o zabrani diskriminacije, nadležnost Ombudsmena Bosne i Hercegovine proširena je i na privatni sektor, a institucija Ombudsmena može pokrenuti prekršajni postupak za povrede ovog zakona, u kojem sud izriče novčane kazne do 10.000 KM za odgovorno pravno ili fizičko lice.

²⁷ Član 7, stav 2, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

– Upravni postupak

Upravni postupak za zaštitu od diskriminacije moguće je pokrenuti kada je diskriminacija izvršena nekim djelovanjem ili propuštanjem uprave, odnosno donošenjem određenog upravnog akta. Upravni postupak se vodi prema opštim pravilima upravnog procesnog prava²⁸ i po svojoj prirodi je komplementaran sudskom postupku.²⁹ Pokretanje upravnog postupka ima za cilj poništenje diskriminatornog upravnog akta, čime se ne dira u pravo žrtve diskriminacije da pokrene i sudski postupak, kojim će se utvrditi postojanje diskriminacije, pretrpljena šteta i način restitucije ili naknade.³⁰ Navedeno implicira da je moguće da se po istom predmetu istovremeno vode dva postupka: jedan koji se tiče prava zbog kojeg je pokrenut upravni postupak i, drugi, koji se tiče sudske zaštite od diskriminacije.³¹

– Sudski postupak prema Zakonu o zabrani diskriminacije

Sudski postupak za zaštitu od diskriminacije pokreće se posebnim tužbama koje su predviđene Zakonom o zabrani diskriminacije BiH, i to: tužbom za utvrđivanje diskriminacije, tužbom za zabranu ili otklanjanje diskriminacije, tužbom za naknadu štete, tužbom radi objavljivanja presude kojom se utvrđuje postojanje diskriminacije.³² Navedeni postupci pokreću se, vode i okončavaju prema pravilima parničnog postupka.³³ Ipak, sudski postupci za zaštitu od diskriminacije imaju svoje specifičnosti definisane Zakonom o zabrani diskriminacije BiH, čime se odstupa od opštih pravila parničnog postupka, a stepen zaštite žrtava diskriminacije podiže na viši nivo i osigurava efikasnost zaštite putem ovog mehanizma.

²⁸ Zakon o upravnom postupku BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/07 i 41/13, Zakon o upravnom postupku F BiH, „Službene novine F BiH“, br. 2/98 i 48/99, Zakon o opštem upravnom postupku RS, „Službeni glasnik RS“, br.13/02, 87/07 i 50/10 i Zakon o upravnom postupku BD BiH, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 03/00, 05/00, 09/02, 08/03, 08/04, 25/05, 08/07, 10/07, 19/07, 2/08, 36/09 i 48/11.

²⁹ Zakon o parničnom postupku FBiH, „Službene novine FBiH“, br. 53/03, 73/05 i 19/06, Zakon o parničnom postupku RS, „Službeni glasnik RS“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09 i Zakon o parničnom postupku BD BiH, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 08/09, 52/10 i 27/14.

³⁰ Član 11, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

³¹ Vehabović, Faris, Izmirlija, Midhat, Kadribašić, Adnan, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, str. 98.

³² Član 12, stav 1, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

³³ Član 12, stav 4, Zakon o zabrani diskriminacije. Osim parničnog postupka, u određenim slučajevima diskriminacije može se pokrenuti i krivični postupak onda kada se određeno diskriminatorno postupanje smatra krivičnim djelom.

Specifičnosti sudskog postupka za zaštitu od diskriminacije

– Hitnost u postupanju

Jedna od osnovnih specifičnosti sudskih postupaka za zaštitu od diskriminacije jeste hitnost u postupanju. Zakon o zabrani diskriminacije BiH obavezuje sud i druga tijela da u postupcima za zaštitu od diskriminacije postupaju hitno, osiguravajući da se svi navodi o diskriminaciji što prije ispituju.³⁴ To znači da takvi postupci imaju prednost u postupanju u odnosu na postupke koji prema propisima nemaju karakter hitnosti. Razlog za uvođenje principa hitnog rješavanja u ovim postupcima pronalazi se u vrijednosti zaštićenog prava u postupku zaštite od diskriminacije, a to su prava koja su prevažno egzistencijalne prirode, te je njegovo uvođenje time potpuno opravdano. Obaveza hitnog postupanja podrazumijeva skraćenje sudskih rokova, ali i skraćenje razmaka između ročišta, uz rezervu da strankama ipak treba ostaviti dovoljno vremena za preduzimanje procesnih radnji, ali ipak samo onoliko koliko je prema datim okolnostima nužno za preduzimanje konkretne procesne radnje.³⁵

– Objektivna kumulacija tužbenih zahtjeva

Zakon o zabrani diskriminacije BiH nadalje predviđa mogućnost da se u jednoj tužbi može zajedno kumulirati više antidiskriminacijskih zahtjeva, onda kada se zahtjevi zasnivaju na istom činjeničnom i pravnom osnovu, kada su u međusobnoj vezi, te kada je isti sud stvarno nadležan za svaki od zahtjeva.³⁶ Tako tužilac može samo tražiti da se utvrdi postojanje diskriminacije, ali isto tako može podnijeti tužbu u kojoj će sa zahtjevom za utvrđenje diskriminacije kumulirati zahtjev za zabranu buduće diskriminacije, zahtjev za uklanjanje posljedica diskriminacije, zahtjev za naknadu štete i zahtjev za objavu presude. Ovakva zakonska odredba ima puno opravdanje ukoliko uzmemo u obzir da samo utvrđivanje postojanja diskriminacije ne pruža i adekvatan stepen zaštite od takvih postupanja, pa tek kumulacijom nekih od navedenih zahtjeva ovaj mehanizam ostvaruje potpunu zaštitnu svrhu.

³⁴ Član 12, stav 2, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

³⁵ Vehabović, Faris, Izmirlija, Midhat, Kadribašić, Adnan, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, str. 103.

³⁶ Član 12, stav 3, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

– Teret dokazivanja

Pod uticajem prvenstveno evropskog zakonodavstva,³⁷ fokusiranje na teret dokazivanja (*onus probandi*) u postupcima za zaštitu od diskriminacije nesumnjivo je jedan od načina za poboljšanje provođenja principa jednakosti i ravnopravnosti, kao i način poboljšanja zaštite u slučajevima kada ovi principi budu prekršeni. Iskustva uporednih pravnih sistema pokazala su kako je pitanje dokazivanja u slučajevima diskriminacije ključni problem uspješnog provođenja antidiskriminacijskih propisa.³⁸

U postupcima za zaštitu od diskriminacije odstupa se od standardnog pravila o teretu dokazivanja u parničnim postupcima, prema kojem je na onom koji tuži da i dokazuje navode svoje optužbe.³⁹ Naime, prema Zakonu o zabrani diskriminacije BiH, žrtva eventualne diskriminacije dužna je samo učiniti vjerovatnim da je do diskriminacije došlo, a izvršilac eventualne diskriminacije dužan je dokazati da diskriminacije nije bilo.⁴⁰ Standard vjerovatnosti koji je tužilac dužan dokazati podrazumijeva dokazanost činjenice da je došlo do njegovog stavljanja u nepovoljniji položaj, te da bi bilo moguće da je do toga došlo zbog direktne ili indirektno diskriminacije kojoj je bio izložen. Dakle, vjerovatnost postoji ukoliko se u sudskom postupku odluka o postojanju diskriminacije čini izglednijom od odluke da diskriminacije nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se zasniva postojanje vjerovatnosti da je došlo do diskriminacije. S druge strane, ukoliko tuženi sa određenim stepenom sigurnosti ne dokaže da diskriminacije nije bilo, sud je dužan utvrditi da je pravo na jednako postupanje povrijeđeno (*in dubio pro discriminatione*). Na ovaj način ukinuto je neprikosnovo pravilo da onaj ko nešto tvrdi to mora i da dokaže.

³⁷ Direktiva Vijeća 97/80/EZ od 15. decembra 1997. g. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola, OJ L 014, 20.01.1998. i Dopunska direktiva Vijeća 52/1998/EZ, OJ L 205, 22.07.1998, te sljedeće direktive izvornih naziva: Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.07.2000., Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 39, 14.02.1976. i dr.

³⁸ O teretu dokazivanja u *common law*-u vidjeti opširno u: J. P. McBaine, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, California Law Review, Volume 32, Issue 3, 1944, str. 242–268. O težini dokazivanja u postupcima za zaštitu od diskriminacije, kao i praksi evropskih sudova u ovoj oblasti, vidi više: Roriv, Izabel, *Dokazivanje slučajeva diskriminacije, Uloga situacionog testiranja*, Center for equal rights, Strategic thinking on equality and mobility, Regionalni centar za manjine, Beograd, 2009.

³⁹ Član 126, Zakon o parničnom postupku FBiH.

⁴⁰ Član 15, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

Nekoliko je razloga zbog kojih je evropski zakonodavac nametnuo, a domaći uveo u svoje zakonodavstvo, pravilo o obrnutom teretu dokazivanja u postupcima za zaštitu od diskriminacije:

1. osnovni razlog jeste poboljšanje položaja žrtve eventualne diskriminacije koja se smatra slabijom stranom u ovom postupku. Ovim pravilom se žrtva diskriminacije na određeni način motiviše da pokrene postupak za zaštitu od diskriminacije, jer bi u protivnom dokazivanje diskriminacije moglo predstavljati osnovnu prepreku za donošenje odluke o pokretanju postupka zaštite uopšte i,
2. Pravilom o obrnutom teretu dokazivanja osigurava se pristup informacijama kao izraz principa procesne jednakosti stranaka, jer žrtva diskriminacije u pravilu nema pristup važnim informacijama koje su uticale na diskriminatorne radnje, jer se često radi o skrivenim motivima tuženog ili o neobjavljenoj politici poslodavca ili državnog tijela, pa je i to jedan od razloga za uvođenje ovog pravila o teretu dokazivanja.⁴¹

Sve navedeno direktno doprinosi pružanju efikasne pravne zaštite žrtvama nejednakog postupanja.

Mada se cjelokupno procesno pravo u BiH zasniva na principu slobodne ocjene dokaza, osim što je ustanovio pravilo o obrnutom teretu dokazivanja u antidiskriminacijskim postupcima, Zakon o zabrani diskriminacije BiH izričito omogućava da se statistički i drugi podaci koriste u svrhu dokazivanja same diskriminacije.⁴² Ova mogućnost u direktnoj je vezi sa poteškoćama u pristupu informacijama žrtava diskriminacije. Naime, kako je već napomenuto, žrtvi diskriminacije često nije moguće dokazati određene činjenice zbog nedostupnosti dokaza. Zbog toga Zakon predviđa mogućnost korišćenja statističkih podataka i podataka pohranjenih u baze podataka koje su, u najvećem broju slučajeva, žrtvi nedostupne, jer se najčešće ovi podaci čuvaju kod državnih organa i njihova tajnost je garantovana zakonom.⁴³ Upravo zbog toga se posebno i ističe obaveza tužioca da svoje tvrdnje učini vjerovanim ukazivanjem na mogućnost pribavljanja relevantnih informacija koje bi dokazale njegove tvrdnje.

⁴¹ Vidjeti koncepciju obrnutog tereta dokazivanja u kanadskom pravu u predmetu: *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

⁴² Član 15, stav 2, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁴³ Npr., ukoliko tužilac dokaže da je statistički značajan broj žena u određenom preduzeću zaposlen na određeno vrijeme, dok je statistički značajan broj muškaraca u istom preduzeću zaposlen na neodređeno vrijeme, teret dokaza prebacuje se na poslodavca koji mora dokazati da takva praksa zapošljavanja proizlazi iz objektivnih faktora koji nisu ni u kakvoj vezi sa polom kao osnovom diskriminacije.

– Učešće trećih lica

Zakonom o zabrani diskriminacije BiH predviđena je i mogućnost sudjelovanja u sudskom ili upravnom postupku na strani tužioca svim udruženjima, organizacijama, tijelima, ustanovama, udruženjima ili drugim licima koja se u okviru svojih djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku.⁴⁴ Radi se o svojevrsnim „priateljima suda“, odnosno umješačima na strani legitimnog javnog interesa, koji se u okviru svoje djelatnosti bave zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na grupe lica o čijim pravima se raspravlja u postupku. To znači da bi se kao umješači u postupku mogle pojaviti sve organizacije civilnog društva koje se bave zaštitom interesa onih grupa koje su na određeni način diskriminirane u društvu (npr. udruženja za zaštitu prava homoseksualaca, žena, nacionalnih ili etničkih manjina, penzionera i sl.). Tako bi legitiman interes zasigurno imale različite organizacije koje se bave pitanjima ljudskih prava i zaštitom od diskriminacije. Specifičnost ove odredbe je u tome što sud može dozvoliti miješanje treće strane samo uz pristanak onoga na čijoj strani se treća strana želi umiješati. Protivljenje ima karakter apsolutne zabrane, te sud u tom slučaju nema nikakva diskreciona ovlašćenja.⁴⁵ Osim toga, izričito je propisano da treća strana, bez obzira na ishod parnice, sama snosi troškove svog učešća u parnici.⁴⁶

– Kolektivna tužba (kolektivno suparničarstvo)⁴⁷

S obzirom na interese koji se mogu istovremeno ticati većeg broja ljudi, odnosno određene grupe ljudi, kao npr. etnički, obrazovni, potrošački, ekonomski, ekološki i drugi interesi, Zakonom o zabrani diskriminacije BiH je propisano da udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije koje imaju opravdani interes za zaštitu određene grupe lica ili se u okviru svojih djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije određene grupe lica, mogu podnijeti

⁴⁴ Član 16, stav 1, Zakon o zabrani diskriminacije BiH. Ova mogućnost predviđena je evropskim zakonodavstvom (Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. novembra 2000. godine koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i izboru zvanja, OJ L 303, 02.12. 2000).

⁴⁵ Član 16, stav 2, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁴⁶ Član 16, stav 3, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁴⁷ Najpribližnija aproksimacija pojmu kolektivne tužbe, onako kako normirana u bosanskohercegovačkom pravu, može se naći u pravnim sistemima common law-a, u okvirima koncepcije *the class action* (*class suit*), koja se drugačije naziva reprezentativna tužba (*representative action*) u kojoj je, u najširem smislu, jedna parnična stranka grupa ljudi, kolektivno zastupana od strane člana te grupe. Uporedi: Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey-Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross, Erik K. Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica: RAND, 2000, 10–11.

kolektivnu tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje, ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijedeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja uglavnom pripadaju grupi čija prava tužilac štiti.⁴⁸ To znači da se kolektivna tužba može podnijeti protiv fizičkog ili pravnog lica koje je diskriminisalo veći broj lica, pa se ovaj oblik zaštite od diskriminacije ne može upotrijebiti ukoliko je žrtva pojedinac. Specifičnost kolektivne tužbe za zaštitu od diskriminacije ogleda se u mogućnosti da sudski postupak u svojstvu tužioca pokreću lica i organizacije koje same nisu žrtve diskriminacije, a za podnošenje tužbe im nije potreban pristanak žrtve. Ipak, da bi tužba bila dopuštena, podnosilac mora učiniti vjerovatnim da je sporno postupanje tuženog moglo diskriminisati već broj lica koja pretežno pripadaju određenoj grupi, koja se po prirodi stvari može povezati sa nekim od osnova.⁴⁹ Isto tako, podnosilac tužbe bi morao dokazati da ima legitimni interes za zaštitu prava te grupe, tj. dokazati da među svojim ciljevima ima ili zaštitu prava i interesa te grupe ili da se inače unutar svoje djelatnosti generalno bavi suzbijanjem diskriminacije.⁵⁰

– Zabrana viktimizacije (i.e.: produžene diskriminacije)

Iako se ovaj institut u domaćem pravnom sistemu ne naziva viktimizacijom, uporedna zakonodavstva često se koriste ovom terminološkom odrednicom. Zabrana viktimizacije jedna je od specifičnosti sudskog postupka za zaštitu od diskriminacije. Ova zabrana je od posebnog značaja za samo pokretanje i vođenje postupaka, jer se njome pruža zaštita licima koja prijavljuju diskriminaciju ili učestvuju u samom postupku za zaštitu od diskriminacije (najčešće svjedoka u postupku).⁵¹ Sama viktimizacija nastaje kao reakcija diskriminatora i ima za svrhu da lica odustanu od postupka ili od učestvova-

⁴⁸ Član 17, Zakon o zabrani diskriminacije BiH. Vidjeti sličan pristup u holandskom pravu u članu 3:305a holandskog Građanskog zakonika.

⁴⁹ Uporediti ovaj pristup sa čuvenim članom 23 Federanih pravila o praničnom postupku SAD (Federal Rules of Civil Procedure Rule 23 and 28 U.S.C.A. § 1332(d)).

⁵⁰ O opravdanosti kolektivne tužbe u uporednim zakonodavstvima vidjeti u: Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey-Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross, Erik K. Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Monica: RAND, 2000), str. 10–11.

⁵¹ Zabrana viktimizacije predviđena je i evropskim antidiskriminacijskim pravom, a ona podrazumijeva inkorporisanje u domaće zakonodavstvo mjera koje su potrebne za zaštitu pojedinaca od svakog nepovoljnog tretmana ili nepovoljne posljedice kao reakcije na žalbu ili na postupak koji se vodi radi sprovođenja i poštovanja principa ravnopravnog tretmana (npr. Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. juna 2000. godine o primjeni principa jednakog postupanja prema osobama nezavisno o rasi i etničkom porijeklu, OJ L 180, 29.06.2000, Direktiva Vijeća 2004/113/EC od 13. decembra 2004. godine o primjeni principa jednakog postupanja za muškarce i žene u mogućnosti dobijanja i nabave roba, odnosno pružanja usluga, OJ L 373, 21.12.2004. i dr.).

nja u postupku, time što im se uskraćuju neka prava, tako da viktimizacija ima karakteristike prijetnje, pritiska ili osvete. Ona zapravo označava nastavak povrede ravnopravnog tretmana lica koje je prijavilo diskriminaciju ili je učestvovalo u postupku za zaštitu od diskriminacije. Zabrana viktimizacije podrazumijeva zabranu kažnjavanja ili na bilo koji način sankcionisanja ili stavljanja u nepovoljniji položaj lica koje je pokrenulo postupak u vezi sa diskriminacijom ili na neki način učestvuje u njemu.⁵² Upravo strah od ovakvih postupanja najčešći je faktor koji uzrokuje neprijavljivanje slučajeva diskriminacije, nepokretanje postupaka za zaštitu od diskriminacije ili neučestvovanje u istim. Takođe, kršenje obaveze zabrane viktimizacije predstavlja i posebno prekršajno djelo, te se tim povodom može pokrenuti i pitanje prekršajne odgovornosti viktimizatora.⁵³

Analizirajući odredbe Zakona o zabrani diskriminacije, u kontekstu zabrane viktimizacije, može se zaključiti kako je ova zabrana prilično usko postavljena, te njome nisu izričito obuhvaćena sva lica koja bi mogla trpjeti negativne posljedice zbog diskriminacije, iako sama nisu njena direktna žrtva. Jedini način da se ta lica zaštite je da same pokrenu postupak za zaštitu od diskriminacije i tako steknu status stranke u zasebnoj pravnoj stvari. Ovom prilikom se, primjera radi, misli na lica koja su pružala određene podatke ili informacije potrebne za dokazivanje postojanja diskriminacije, zatim lica koja su odbila izvršiti nalog da diskriminiraju ili lica koja su odbila diskriminatorski postupiti.⁵⁴ S obzirom na to da zabrana viktimizacije Zakonom nije propisana kao poseban oblik diskriminacije, takvim licima u postupku dokazivanja ne bi mogla koristiti posebna pravila postupka, kao, npr., pravilo o obrnutom teretu dokazivanja. U ovom slučaju navedeni nedostatak mogao bi biti uklonjen ukoliko bi zabrana viktimizacije bila definisana kao poseban oblik diskriminacije, slično kao i *mobbing*, uznemiravanje, seksualno uznemiravanje i sl. Alternativa je da se institucionalizuje i posebna zaštita svjedoka, po ugledu na krivični postupak.

⁵² Član 18, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁵³ Član 21, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁵⁴ Izdavanje naloga za vršenje diskriminacije predstavlja poseban oblik diskriminacije (član 4 stav 5 Zakon o zabrani diskriminacije BiH).

Ostala specifična pravila postupka

– Revizija

Zakonom o zabrani diskriminacije BiH propisano je da je u antidiskriminacijskim postupcima revizija uvijek dopuštena,⁵⁵ nezavisno od vrijednosti spora.⁵⁶ Time je mogućnost prizivanja ovog vanrednog pravnog lijeka u najvećoj mjeri učinjena dostupnom žrtvama diskriminacije u BiH. Ovakvo normativno rješenje je na tragu želje zakonodavca da se ovim putem u svim antidiskriminacijskim postupcima omogući ujednačavanje primjene prava i osiguranje ravnopravnosti građana pred zakonom. Za razliku od opšteg roka od trideset dana za ulaganje revizije u drugim pravnim stvarima,⁵⁷ rok za podnošenje revizije zbog diskriminacije je tri mjeseca od dana uručenja drugostepene presude.⁵⁸

– Nesuspendivno dejstvo žalbe

U cilju onemogućavanja tuženog da korišćenjem pravnog lijeka nakon donošenja nepravosnažne presude bezrazložno odugovlači postupak, kao i u cilju eliminacije posljedica diskriminatornih postupanja utvrđenih u prvostepenoj presudi, sud ima mogućnost da odredi da žalba ne zadržava izvršenje odluke ili da odredi kraći rok od paricionog, predviđenog respektivnim opštim pravilima parničnog postupka za ispunjenje radnje koja je naložena tuženom.⁵⁹ Definisanjem nesuspendivnog dejstva žalbe onemogućava se kontinuirana diskriminacija i nastupanje daljih štetnih posljedica koje bi vremenom mogle pogoršati ionako štetne posljedice po žrtvu diskriminacije i društvo u cjelini.

– Rok za podnošenje tužbe

Rok za podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije je tri mjeseca od dana saznanja o učinjenoj povredi prava (subjektivni rok), odnosno jednu go-

⁵⁵ Član 13, stav 2, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁵⁶ Član 237, stav 2, Zakona o parničnom postupku F BiH.

⁵⁷ Član 237 stav 1 Zakona o parničnom postupku F BiH.

⁵⁸ Član 13, stav 4, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁵⁹ Član 13, stav 3, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

dinu od dana učinjene povrede (objektivni rok).⁶⁰ Radi se o prekluzivnim rokovima čijim protekom ovlašćeni tužilac gubi pravo na podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije.

Analizirajući uporedna zakonodavstva,⁶¹ kao i evropsko zakonodavstvo i sudsku praksu, može se zaključiti kako su navedeni rokovi prilično kratki, posebno kada se radi o slučajevima kontinuirane diskriminacije, gdje se može postaviti pitanje: od kojeg momenta bi navedeni rokovi trebalo da se počnu računati? Osim toga, obično prođe dosta vremena od momenta kada žrtva uopšte shvati da je diskriminisana ili, pak, skupi hrabrost pokrenuti postupak. To navedene rokove zaista čini kratkima. Evropski sud pravde je u nekoliko navrata raspravljao o pitanjima restriktivnosti rokova za podnošenje tužbi u postupcima za zaštitu od diskriminacije, te je zauzeo stav da oni ne smiju biti kraći od rokova koji su predviđeni u postupcima u kojima se odlučuje o sličnim pravnim stvarima.⁶² U sličnim predmetima u BiH (radni sporovi, naknada nematerijalne štete itd.), obično se radi o subjektivnom roku od jedne godine i objektivnom od tri godine.

Zaključak

Iako ne postoji jedinstven način sankcionisanja slučajeva diskriminacije, međunarodni standardi propisuju određene osnovne zahtjeve u pogledu sistema sankcija koje treba cijeniti u širem pravnom i institucionalnom kontekstu svake države pojedinačno, pa tako i Bosne i Hercegovine.

Princip efektivnosti nalaže da se žrtva diskriminacije može pouzdati u izricanje sankcija od strane suda bez naročitih prepreka u ostvarivanju ovog prava. Prema prezentovanim podacima, Bosna i Hercegovina još uvijek nema

⁶⁰ Član 13, stav 4, Zakon o zabrani diskriminacije BiH.

⁶¹ U Bugarskoj i Mađarskoj, rokovi za zaštitu ravnopravnosti iznose pet godina za obraćanje sudu sa zahtjevom za naknadu štete. U Grčkoj subjektivni rok iznosi pet godina, a objektivni čak dvadeset godina, dok u Francuskoj ovaj rok iznosi pet godina. U Norveškoj i Finskoj, ovaj rok iznosi dvije godine, a za oblast zapošljavanja godinu dana. U Danskoj se primjenjuje objektivni rok od pet godina. Zanimljiva rješenja ovog pitanja nalazimo u zemljama anglosaksonskog prava. Ujedinjeno Kraljevstvo, Australija i kanadska provincija Ontario, npr., predviđaju diskreciono pravo suda da, u zavisnosti od konkretnih činjenica slučaja, prihvati tužbu podnesenu izvan roka (Hanušić, Adrijana, *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini, Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*, Analitika, Sarajevo, 2013, str. 28–29).

⁶² *Elsie Rita Johnson vs. Chief Adjudication Officer*, 06. decembar 1994; *Mary Teresa Magorrian and Irene Patricia Cunningham vs. Eastern Health and Social Services Board and Department of Health and Social Services*, 11. decembar 1997; *Theresa Emmott vs. Minister for Social Welfare and Attorney General*, 25. juli 1991. i drugi slučajevi.

izgrađenu sudsku praksu u dovoljnoj mjeri, da bi se moglo govoriti o ispunjavanju svrhe odvrćanja od budućeg činjenja diskriminacije.

Princip proporcionalnosti nalaže da težina izrečene sankcije mora odgovarati težini povrede. Nedostatak jasnih smjernica za visinu dosuđene naknade i postojanje širokih diskrecionih ovlašćenja sudija u odlučivanju od slučaja do slučaja u Bosni i Hercegovini, takođe se može odraziti na ispunjenje zahtjeva proporcionalnosti.

Evropski standard nalaže da sankcije u predmetima diskriminacije treba da budu jednako efektivne, proporcionalne i odvrćajuće i kada tužbu podnosi udruženje koje ima pravni interes a da žrtva diskriminacije nije neposredno identifikovana.⁶³ U Bosni i Hercegovini prisutno je ograničavanje uloge nevladinih organizacija kao potencijalno zainteresovane treće strane koja djeluje u javnom interesu, kojima se ovo pravo priznaje u zavisnosti od diskrecione odluke suda, što takođe može pogoditi efikasnost sankcija.

Veća dostupnost proaktivnih i preventivnih sredstava zaštite i sveobuhvatno praćenje sankcionisanja predmeta diskriminacije pred sudovima imalo bi značajan uticaj na povećanje efikasnosti sankcija i odvrćanje od činjenja diskriminacije u budućnosti.

Zakon o zabrani diskriminacije BiH u svom najvećem dijelu inspirisan je i harmonizovan sa evropskim zakonodavstvom. Prema svojim funkcionalnim rješenjima, veoma je sličan istovrsnim propisima u državama Evropske unije i u okruženju. Ovim zakonom razrađen je materijalnopравни i procesnopравни okvir za suzbijanje pojave diskriminacije u BiH, što predstavlja konzistentnu elaboraciju i institucionalizaciju već postojećih respektivnih međunarodnih standarda ljudskih prava i sloboda ustoličenih u ustavnim načelima koja su na snazi u Bosni i Hercegovini.

Zakonom o zabrani diskriminacije BiH institucionalizovani su sljedeći postupci: postupak pred institucijom Ombudsmena za ljudska prava BiH, sudski postupci i upravni postupci koji garantuju respektabilan dijapazon pravnog instrumentarija u domenu sankcionisanja diskriminacije. Zakonom su predviđene sve pravne tehnike za postizanje najviših standarda ljudskih prava, koje su dizajnirane pružiti pravnu zaštitu žrtvama diskriminacije. Tako, ovim zakonom:

1. predviđena je hitnost u postupanju (ali, nažalost, ovaj zakon ne predviđa eksplicitne sankcije za neopravdano prekoračenje propisanih rokova u postupanju);

⁶³ Evropski sud pravde, Slučaj Feryn, C-54/07, pasus 38 i 40. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62007CJ0054>, posjećeno 26.07.2016. godine

2. omogućava se kumuliranje više antidiskriminacijskih zahtjeva u jednom postupku;
3. uspostavlja se obrnuti teret dokazivanja u korist vjerovatne žrtve diskriminacije;
4. omogućava se učešće u postupku trećih lica (npr. NVO), odnosno umješaka na strani legitimnog javnog interesa, pod uslovom da se ovi, u okvirima svoje djelatnosti, bave zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na grupe lica o čijim pravima se raspravlja u postupku;
5. institucionalizovana je kolektivna tužba protiv diskriminacije kao novina u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu;
6. institucionalizovana je zabrana viktimizacije koja je, ipak, preusko normirana;
7. revizija u parničnom postupku je uvijek dozvoljena;
8. žalba protiv presude kojom je utvrđena i zabranjena diskriminacija nema suspenzivno djelovanje; i
9. propisan je prekluzivni rok za podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije koji traje tri mjeseca od dana saznanja o učinjenoj povredi prava (subjektivni rok), odnosno jednu godinu od dana učinjene povrede (objektivni rok), koji je prekratak.

Dostupni empirijski pokazatelji ukazuju na činjenicu da pravni subjekti u BiH relativno rijetko posežu za ovakvim pravnim mehanizmima u sankcionisanju diskriminacije i da postojeća pravna praksa nije urodila željenim i očekivanim rezultatima pravne zaštite žrtava diskriminacije.⁶⁴ Sljedeći faktori determinišu ovakav ishod koji se očituje u ograničenom pravno-političkom i socijalnom učinku gore analiziranih pravnih institucija. Radi se o:

1. nedostatku ljudskih i finansijskih resursa;
2. nedostatku edukacije državnih službenika pozvanih da primjenjuju prinudne norme u domenu pravne zaštite od diskriminacije i
3. u konačnici, željeni učinak proklamovanih reformi izostao je zbog odsustva iskrene političke volje nosilaca političke vlasti da se krene u borbu protiv diskriminacije u bosanskohercegovačkom društvu.

⁶⁴ O empirijskom pokazateljima u vezi sa postupcima u oblasti zaštite od diskriminacije vidjeti u: A. Hanušić, *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini: Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*, Analitika, Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2013. godine, str. 48.

Konačno, značajnija dostignuća u sankcionisanju diskriminacije moguće je ostvariti samo kroz konstantne napore i inkrementalno unapređenje u domenu primjene važećih propisa, kao i u edukaciji i stvaranju kulture tolerancije prema drugima koji su različiti i prevencije diskriminatorских postupanja i ponašanja.

LITERATURA

1. J. P. McBaine, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, California Law Review, Volume 32, Issue 3, septembar 1944.
2. Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey-Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross, Erik K. Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Monica: RAND, 2000).
3. Hanušić, Adrijana, *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini, Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*, Analitika, Sarajevo, 2013.
4. Reljanović, Mario, *Antidiskriminacioni okvir u Bosni i Hercegovini i zemljama Evropske unije*, 8. naučni skup sa međunarodnim učesćem Sinergija 2011, Univerzitet Sinergija, Beograd 2001.
5. De Schutter, Olivier, „Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law”, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, No. 1, 2007.
6. Roriv, Izabel, *Dokazivanje slučajeva diskriminacije, Uloga situacionog testiranja*, Center for equal rights, Strategic thinking on equality and mobility, Regionalni centar za manjine, Beograd, 2009.
7. Vehabović, Faris, Izmirlija, Midhat, Kadribašić, Adnan, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010.
8. Iordache Romanita, Ionescu Iustina, *Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-discrimination Law*, European Anti-Discrimination Law Review, 2014

Međunarodni propisi (the international regulation):

1. Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards acce-

- ss to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 39, 14.02.1976.
2. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.07.2000.
 3. Direktiva Vijeća 2004/113/EC od 13. decembra 2004. godine o primjeni principa jednakog postupanja za muškarce i žene u mogućnosti dobijanja i nabavke robe, odnosno pružanja usluga, OJ L 373, 21.12.2004.
 4. Direktiva Vijeća 97/80/EZ od 15. decembra 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola, OJ L 014, 20.01.1998.
 5. Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. novembra 2000. godine koja uspostavlja opšti okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i izboru zvanja, OJ L 303, 02.12. 2000.
 6. Dopunska Direktiva Vijeća 52/1998/EZ, OJ L 205, 22.07.1998.
 7. Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije, Preporuka br. VII u pogledu opšte politike o državnim zakonima za borbu protiv rasizma i rase diskriminacije, 2002.
 8. Deklaracija iz Najrobija o pravima žena i djevočica na pravni lijek i reparaciju, 2007.
 9. Komitet za eliminaciju diskriminacije žena, Opšta preporuka br. 28, CEDAW, /C/GC/28, 2010.

Zakonski i drugi propisi (national regulation):

1. Ustav BiH
2. Zakon o parničnom postupku BD BiH, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 08/09, 52/10 i 27/14.
3. Zakon o parničnom postupku F BiH, „Službene novine F BiH“, br. 53/03, 73/05 i 19/06. Zakon o parničnom postupku RS, „Službeni glasnik RS“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09.
4. Zakon o radu FBiH, „Službene novine F BiH br. 43/99, 32/00 i 29/03.
5. Zakon o opštem upravnom postupku RS, „Službeni glasnik RS“, br. 13/02, 87/07 i 50/10.
6. Zakon o upravnom postupku BD BiH, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 03/00, 05/00, 09/02, 08/03, 08/04, 25/05, 08/07, 10/07, 19/07, 2/08, 36/09 i 48/11.

7. Zakon o upravnom postupku BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/07 i 41/13.
8. Zakon o upravnom postupku FBiH, „Službene novine FBiH“, br. 2/98 i 48/99.

Genc Trnavci, PhD

**Ad hoc judge of the European Court for Human Rights in Strasbourg
Full Professor at the Chair of Civil Law
Faculty of Law of the University in Bihać**

Predrag Raosavljević, PhD

**Member of the European Commission Against Racism and Intolerance
Ombudsman Assistant / Head of Department for Elimination of all
forms of Discrimination
The Institution of human rights Ombudsman of Bosnia and
Herzegovina**

SANCTIONS IN DISCRIMINATION CASES

**– interntional standards, comparative legal practice, and existing
solutions in BiH –**

Summary

The international standards for protection of human rights impose duties upon national states to effectively punish cases of discrimination. Yet, there is absent a unified (one size fits all) model applicable to all legal systems, who, still exercising inherent prerogatives of sovereignty, maintain their particularities in this domain. Guidelines provided by international bodies indeed prescribe standards and the desired outcome of the sanctions. But, existing legal solutions preserve regional idiosyncrasies, and as such vary from state to state. This begs the question as to whether provisions of positive law coupled with sanctions for cases of discrimination in Bosnia and Herzegovina, as analyzed against the backdrop of the aforementioned such international stan-

dards of human rights, have achieved the desired goals, or as purely symbolic have remained a dead letter.

Drawing from experiences of comparative paradigmatic legal systems, it is now possible to see, compare and evaluate the true effects of the Bosnia and Herzegovina's Act on Prohibition of Discrimination of 2009 until today. The purpose of this reform was to provide a higher level of legal protection to victims of discrimination, as well as to raise the efficacy and expediency of judicial mechanisms dealing with cases involving discrimination. This enactment establishes both a substantive and procedural framework for elimination of all forms of discrimination, representing a consistent incorporation and elaboration of already existing and well-established international standards for protection of human rights and freedoms, enshrined within basic constitutional tenets applicable in Bosnia and Herzegovina. Unfortunately, available empirical indicators show that citizens and various legal entities in Bosnia and Herzegovina rather timidly and seldom make use of these mechanisms in combatting harmful discrimination. As a result, the current legal practice has not as yet achieved a desirable outcome in protecting victims of discrimination.

Various factors determine such an outcome. More palpable achievements in fighting discrimination are only possible through constant efforts and incremental development in effectively enforcing provisions of law, as well as through process of education, creating culture of tolerance towards different others, which in Bosnia and Herzegovina still remain a crucial challenge.

Key words: *Discrimination, Equality, Judicial protection, Remedies and civil liability.*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИР ЗА БОРБУ ПРОТИВ ПРОДАЈЕ КРИВОТВОРЕНЕ РОБЕ ПУТЕМ ИНТЕРНЕТА

Др Јелена Ћеранић*

***Апстракт:** Појава масовног коришћења интернета омогућила је успостављање нових начина онлајн трговине, а они су, пак, отворили врата новим могућностима повреде права интелектуалне својине. Приликом трговине на интернету (која се углавном одвија на сајтовима за аукцијску продају робе) најчешће долази по повреде права жига и то продајом кривотворене робе. Будући да корисници интернета имају приступ интернет страницама које се креирају и уређују у другим државама, границе важења националних прописа су пробијене. Стога је додатни изазов за законодавне субјекте најразвијенијих држава да питања у вези са продајом кривотворене робе путем интернета уреде на међународном нивоу. Међутим, постојећи обавезујући извори тзв. тврдог међународног права, као што су међународни споразуми и конвенције, не регулишу ово питање. Покушај да се донесе споразум против кривотворења робе завршен је неуспешно јер га није ратификовао довољан број држава потписница. С друге стране, инструменти тзв. меког међународног права нуде одређена решења у борби против овог глобалног проблема. Такав је Меморандум о разумевању о продаји кривотворене робе путем интернета.*

***Кључне речи:** кривотворена роба, онлајн продаја, интернет, повреда жига, међународно право.*

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

I Уводне напомене

Убрзани развој дигиталне технологије крајем 20. и почетком 21. века допринео је динамици протока информација, пре свега захваљујући глобалној рачунској мрежи – интернету.¹ У савременом друштву, интернет утиче на готово све сегменте привреде и друштва, па тако и на привредни промет. Појава масовног коришћења интернета омогућила је успостављање нових начина онлајн трговине, који се разликују од оних класичних. Ови нови начини трговине отворили су врата и за нове могућности повреде права интелектуалне својине. Приликом трговине на интернету, која се углавном одвија на сајтовима за аукцијску продају робе,² најчешће долази по повреде права жига³ и то продајом кривотворене робе. Дакле, продаја кривотворене робе путем интернета представља један од облика повреде права жига на интернету. И у овом случају примењују се прописи о одговорности интернет посредника за повреду жига.⁴

У процесу комуникације на интернету учествује велики број субјеката и њихове улоге међусобно се разликују. У контексту продаје кривотворене робе путем интернета, а за потребе овог рада, могу се издвојити три групе: корисници интернета, пружаоци интернет услуга (интернет платформе) и титулари права интелектуалне својине.

Онлајн трговина пружа јединствене могућности за предузетнике и потрошаче да купују и продају робу независно од граница националних тржишта. Иако је највећи део трговине која се одвија преко интернет платформи законит, интернет је нажалост постао и један од главних канала за продају кривотворене робе. Продаја кривотворене робе путем интернета штетна је за све субјекте који учествују у трговини на ин-

¹ „Поједностављено говорећи, интернет је светска мрежа међусобно повезаних рачунарских мрежа које користе *TCP/IP* протокол (engl. *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*)“ (Вид. Д. Поповић, *Регистрација назива Интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 11).

² Ј. Ђеранић, „Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 47–73.

³ „Према домаћој, у закону утемељеној правној терминологији, „жиг“ је назив за субјективно право индустријске својине, које за предмет има ознаку (знак, робну марку) којом носилац жига обележава своју робу или услугу у привредном промету у циљу њиховог разликовања од исте или сличне робе или услуге другог субјекта. Под правом жига подразумевамо скуп правних прописа којима се уређује материја правне заштите ознаке жигом.“ (Вид. С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 139).

⁴ Ј. Ђеранић, „Одговорност интернет посредника за повреду жига у праву Европске уније“, *Право и привреда*, 7–9/2016, 413–427.

тернету, како интернет платформе, тако и титуларе права интелектуалне својине и, наравно, саме потрошаче. Онлајн продаја кривотворе робе динамичан је феномен, који се константно мења и прилагођава новим пословним моделима. Како би одолео механизмима успостављеним различитим стратегијама за заштиту од кривотворења, овај облик незаконитог пословања развијен је до високог степена софистицираности.⁵

Интернет, глобална рачунарска мрежа која обезбеђује комуникацију међу корисницима широм света, дефинисан је техничко-технолошким могућностима, више-мање уравнотеженим на светском нивоу. У таквом амбијенту, различита регулатива, а још више непрецизна, која допушта неуједначене интерпретације, доприноси правној несигурности. Примарни заједнички интерес свих учесника интерактивне комуникације јесте да се успоставе нормативни оквири за хармонизацију прописа на светском нивоу.⁶

Будући да корисници имају приступ интернет страницама које се креирају и уређују у другим државама, границе важења националних прописа су пробијене. Стога је додатни изазов за законодавне субјекте најразвијенијих држава да питања у вези са продајом кривотворене робе путем интернета уреде на међународном нивоу. То би допринело и уједначавању судске праксе, што је посебно значајно.. Међутим, постојећи обавезујући извори међународног права, као што су међународни споразуми и конвенције, уопште не регулишу ово питање.

С обзиром на то да је ово питање добило на значају тек са појавом масовног коришћења интернета, није нимало изненађујуће што кровни међународни документ у области индустријске својине, Париска конвенција из 1883. године, не садржи одредбе о томе. Слична је ситуација са више од једног века млађим Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property – TRIPS*),⁷ из 1994. године. Према ТРИПС-у, у делу посвећеном остваривању права интелектуалне својине, државе потписнице се обавезују да у оквиру постојећих судских, односно, управних

⁵ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Memorandum of Understanding on the Sale of Counterfeit Goods via Internet*, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0209&from=EN>, 4. јул 2016.

⁶ С. Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 96.

⁷ Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине, Вид. В. Тодоровић, *Међународни уговори*, Службени гласник, Београд 2000, 155–187.

поступака, осигурају ефикасну заштиту права интелектуалне својине.⁸ Притом, поступци који се воде поводом повреде права не би требало да буду компликовани, дуготрајни нити превише скупи.⁹ Одлука мора бити донесена у писаном облику и њом се могу обухватити само питања о којима су стране имале прилику да се изјасне.¹⁰ Дакле, искључиве одредбе о одговорности због повреде жига на интернету (у коју спада и продаја кривотворене робе путем интернета) нису предвиђене. Стога је остављено државама потписницама да, у оквиру постојећих правних механизма или стварањем нових, одговоре стандардима ТРИПС-а у смислу ефикасне заштите права жига.

Када је реч о новим обавезујућим правним механизмима, постојао је покушај доношења трговинског споразума против кривотворења робе, али је завршен неуспешно. С друге стране, тзв. меко међународно право, као што је нпр. Меморандум о разумевању о продаји кривотворене робе путем интернета, нуди одређена решења за овај глобални проблем.

II Трговински споразум против кривотворења робе

Титулари права интелектуалне својине залагали су се за успостављање виших стандарда заштите интелектуалне својине путем међународних уговора. Један од покушаја у том смеру био је Трговински споразум против кривотворења робе (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* – АСТА).¹¹ Иницијатива за доношење овог споразума потекла је од Сједињених Америчких Држава и Јапана. У званичним преговорима који су отпочели 2006. године, учествовали су, поред представника САД и Јапана, и представници још неколико држава и Европске комисије. Споразум је закључен 2011. године између САД, Канаде, Аустралије, Јужне Кореје, Марока, Сингапура и Новог Зеланда. У јануару 2012. године Споразуму се прикључила и Европска унија. Предвиђено је да Споразум ступи на снагу када га ратификује најмање шест држава потписница.

⁸ Чл. 41, ст. 1 ТРИПС-а.

⁹ Чл. 41, ст. 2 ТРИПС-а.

¹⁰ Чл. 41, ст. 3 ТРИПС-а.

¹¹ Трговински споразум против кривотворења робе, 15. новембар 2010, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/november/tradoc_147002.pdf, 4. јул 2016.

1. Разлози за доношење Споразума против кривотворења робе

Јака економија у будућности, укључујући стални раст броја радних места, може се постићи само уз високе стандарде заштите интелектуалне својине на међународном нивоу. Заштита интелектуалне својине није само економско или трговинско питање. Кривотворени производи, као што су фармацеутски производи, електрични уређаји и сл., представљају озбиљну претњу за здравље и безбедност потрошача, као и националну безбедност. У том контексту, претпостављало се да би трговински споразум могао да има велики утицај у борби против кривотворења робе, као глобалном проблему који погађа све националне економије.¹²

Споразум наглашава да пролиферација кривотворене и пиратске робе, као и услуга, којима се дистрибуира кривотворени материјал, подрива закониту трговину и одрживи развој светске економије, узрокује значајне финансијске губитке за титуларе права и за законито пословање, и у појединим случајевима обезбеђује извор прихода за организовани криминал и представља ризик за друштво.¹³

Доношење Споразума против кривотворења робе у знаку је неколико специфичних околности. Прва је да преговарачи од почетка нису имали амбиције да сачине споразум који би био широко прихваћен, већ су његов територијални домет ограничили на „клуб“ састављен од малог броја држава. У том смислу, Споразум не припада ниједном од постојећих институционалних оквира за међународно регулисање заштите интелектуалне својине, већ установљава сопствено административно тело (*АСТА* комитет) који ће се старати о Споразуму. Стога је *АСТА* плурилатерални (а не мултилатерални) споразум, тј. отворен је за приступ само државама чланицама Светске трговинске организације (СТО), под условима о којима мора постојати сагласност свих држава чланица. Друга околност је да су преговори претежно вођени у тајности, што указује на то да преговарачи нису сматрали да је целисходно да јавност њихових земаља буде упозната са оним на чему раде њихови дипломатски представници. Захваљујући „цурењу“ информација од 2008. до 2010. године на светлост дана изашло је неколико радних нацрта са преговарачким позицијама појединих држава, на основу чега је отпочела светска кампања против *АСТА*, вођена од стране бројних невладиних организација и интелектуалаца.¹⁴

¹² М. Rimmer, „Breakfast at Tiffany’s”: eBay Inc, Trade Mark law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information and Science*, 1/2011, 36–37.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ С. Марковић, „Трговински споразум против кривотворења робе (АКТА) – садржина, циљеви, значај“, *Право и привреда*, 7–9/2012, 199–200.

2. Садржина Споразума против кривотворења робе

Садржински посматрано, Споразум против кривотворења робе почива на одредби члана 1, став 1 ТРИПС-а на основу које поједине државе чланице могу својим законодавством да пропишу јачу заштиту интелектуалне својине од оне која је прописана у ТРИПС-у. У том смислу, *АСТА* се може сматрати „ТРИПС плус“ споразумом у области стандарда судске и управне заштите интелектуалне својине.

У јавности се као један од најчешћих и најозбиљнијих аргумената против Споразума наводи опасност да примена овог споразума може угрозити приватност корисника интернета, довести до злоупотребе њихових личних података и угрозити слободу комуникације.

Укратко, оно од чега је интернет заједница највише стрепела (а било је садржано у ранијим верзијама *АСТА*) јесу прописи који би: а) наложили пружаоцима интернет услуге, или их стимулисали да сами надгледају саобраћај на интернету ради детекције незаконитих радњи; б) допустили носиоцима права да надгледају саобраћај на интернету ради детекције незаконитих радњи; в) омогућили носиоцима права да траже од пружаоца интернет услуге да кориснику који више пута наводно повређује право интелектуалне својине ускрати приступ интернету; г) омогућили носиоцима права интелектуалне својине да захтевају од пружаоца интернет услуга да блокирају приступ одређеним сајтовима без одлуке суда; д) проширили одговорност за незаконите радње на интернету и на пружаоце интернет услуга; ђ) омогућили приступ подацима о идентитету корисника интернет услуга без одлуке суда.¹⁵

Када су овакве информације „процуреле“ уследила је мобилизација јавног мњења против доношења Споразума против кривотворења робе. Може се претпоставити да је сила тих негативних реакција допринела да из завршног документа буду изостављене све максималистичке одредбе, тако да је он сведен на меру која предвиђа заштиту изнад ниво прописаног ТРИПС-ом, али не превазилазећи већ достигнути ниво заштите у ЕУ и САД.¹⁶

Дакле, у коначној верзији тј. у потписаном споразуму као спорна остала је само одредба члана 27, став 4, за коју се може рећи да је бенигна и бледа у односу на оно што је првобитно било предвиђено.¹⁷

¹⁵ *Ibid.*, 210–211.

¹⁶ *Ibid.*, 202.

¹⁷ *Ibid.*, 211.

Овим чланом прописано је да чланица може, у складу са својим законским и подзаконским актима, овластити своје надлежне органе да нареду пружаоцима интернет услуге да титулар права без одлагања открије информацију која је довољна за идентификацију претплатника чији налог је наводно употребљен за повреду права, уколико је тај титулар права покренуо законски поступак због повреде права жига, ауторског или сродног права, и уколико је та информација тражена у циљу заштите тих права. Овај поступак мора бити примењен на начин којим се избегава стварање препрека законитим активностима, укључујући електронску трговину, и који, у складу са правом чланице, штити основна начела као што су слобода изражавања, праведни поступци и приватност.

Међутим, чак се и Мишљење европског супервизора заштите података о текућим *АСТА* преговорима из 2010. године¹⁸ само у једном пасусу осврће на одредбу члана 27, став 4, тј. на проблем заштите приватности и заштите личних података на интернету. При томе се у Мишљењу не оспорава суштина одредбе, тј. могућа обавеза пружаоца интернет услуге да по наредби надлежног државног органа пружи носиоцу права интелектуалне својине информацију о идентитету претплатника интернет услуге због сумње да он вређа његово право. У Мишљењу се само констатује да недостаје прецизирање гаранција заштите приватности, односно личних података приликом примене те норме. На тај начин, за коначни одговор на питање да ли *АСТА* угрожава право на приватност, заштиту личних података и комуникацију, централно место добија питање тзв. гаранција.¹⁹

С обзиром на то да је у чл. 27, став 4 предвиђено да свака мера из *АСТА* мора „бити примењена на начин... који, у складу са правом чланице, штити основна начела као што су слобода изражавања, праведни поступци и приватност“, може се закључити да гаранцију заправо чине национални прописи. У том смислу, неоправдана је бојазан да овај споразум може да дерогира високе стандарде заштите приватности, личних података и комуникације, какви постоје нпр. у Европској унији. Проблем се евентуално може појавити са применом Споразума у земљама са нижим нивоом заштите стандарда људских права, где не постоје законски механизми који гарантују заштиту приватности личних подата-

¹⁸ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Current Negotiations by the EU of АСТА, доступно на адреси: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-04-24_ACTA_EN.pdf, 5. јул 2016.

¹⁹ Вид. С. Марковић, 212.

ка и комуникације. Тамо би овај споразум доиста могао бити основ за нарушавање поменутих права.²⁰

3. Одбијање ратификације од стране Европске уније

Дакле, Споразум у потписаној верзији није садржао ништа од онога чега се јавност највише бојала. Ипак, Европска унија затражила је мишљење Европског суда правде о усклађености одредаба Споразума са основним правима ЕУ, пре свега слободом говора, изражавања, заштите података, али и правима интелектуалне својине. Незапамћено је у историји европских интеграција да је неки акт изазвао тако велику пажњу јавног мњења. Парламентарну дебату пратило је јако лобирање, укључујући и масовне уличне демонстрације у бројним европским градовима.²¹ Најзад, на судбину овог споразума Унија је ставила тачку у јулу 2012. године када је Европски парламент одбио, убедљивом већином посланика, да га ратификује, чиме је окончана дебата о његовој компатибилности са правним тековинама ЕУ (фр. *acquis communautaire*).

С обзиром на то да је Европска комисија учествовала у изради Трговинског споразума против кривотворења робе, а да је Европски парламент у јулу 2012. године одбио да га ратификује, намеће се питање шта се догодило у међувремену, те је Европска унија одустала од идеје да се ово важно питање уреди на међународном нивоу?

Могу се издвојити најмање два разлога за одбијање ратификације Споразума против кривотворења робе. Први је противљење јавног мњења и масовне демонстрације против овог споразума. А други, и важнији, јесте то што је последњих неколико година Европска комисија руководила дијалогом у коме је учествовало преко тридесет актера (међу којима су били и титулари робних марки и интернет посредници), а у вези са њиховим улогама у решавању проблема продаје кривотворене робе путем интернета. Тај дијалог резултирао је, 2011. године, усвајањем Меморандума о разумевању о продаји кривотворене робе путем интернета (MoP).²²

²⁰ *Ibid.*, 213.

²¹ Вид. С. Радовановић, 99 (фн. 73).

²² Memorandum of Understanding on the Sale of Counterfeit Goods via Internet, 4. мај 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf, 4. јул 2016.

III Меморандум о разумевању о продаји кривотворене робе путем интернета

Европска комисија је у Саопштењу из 2009. године о јачању примене права интелектуалне својине на унутрашњем тржишту²³ и Саопштењу из 2011. године о јединственом тржишту за права интелектуалне својине²⁴ подвукла значај добровољног и заједничког приступа титулара права интелектуалне својине и других актера (као што су интернет платформе, трговци на велико, препродавци, потрошачи и удружења трговаца) у борби против кривотворења.²⁵

У Саопштење из 2009. године истиче се да би сарадња, а не парничење, требало да буде преовлађујући приступ међу актерима који послују у динамичном технолошком и комерцијалном окружењу. Као метод рада на путу ка склапању добровољних споразума предложени су дијалози међу актерима, нпр. конструктивни дијалози чији је фокус на конкретним проблемима и практичним решењима која морају бити реална, уравнотежена, пропорционална и правична за све оне на које се односе.

У овом контексту, Европска комисија преузела је нову функцију модератора у таквим дијалозима обезбеђујући административну и логистичку подршку, као и успостављање равнотеже између различитих интереса, нарочито легитимних права и очекивања грађана ЕУ. Улога модератора Европске комисије такође доприноси томе да дијалози између актера и споразуми који из њих проистекну буду транспарентни и у потпуности усклађени са постојећим законодавним оквиром, поштујући основна права и слободе.

Као први пример таквог тзв. кооперативног приступа, Комисија је покренула Дијалог о онлајн продаји кривотворене робе који је резултирао закључивањем Меморандума о разумевању о продаји кривотворене робе путем интернета. Овај меморандум укључује 33 компаније и удружења трговаца, покривајући 39 различитих интернет сајтова.

²³ Enhancing the enforcement of intellectual property rights in the internal market, COM (2009), 467 final of 11. September 2009.

²⁴ A single market for intellectual property rights — Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe, COM (2011) 287 final of 24. May 2011.

²⁵ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Memorandum of Understanding on the Sale of Counterfeit Goods via Internet, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0209&from=EN>, 4. јул 2016.

Циљ МоР-а је да установи кодекс понашања у борби против продаје кривотворене робе путем интернета и ојача сарадњу међу потписницама, како би оне могле ефикасно да одговоре на ову константну претњу. Учесници у дијалогу и потписници Меморандума сложили су се да је сарадња много бољи пут од парницења, које нити појачава тржишну ефикасност нити подстиче поверење потрошача. Основни циљ Меморандума је промоција поверења на онлајн тржишту. У том контексту, МоР предвиђа детаљне мере против онлајн понуда кривотворене робе, као и појачану заштиту за потрошаче који ненамерно купују фалсификате.

Дакле, један од разлога зашто је Европска унија одустала од Споразума против кривотворења робе лежи у томе да је Унија схватила да Меморандум може да послужи као средство којим би она наметнула, као универзалан, свој приступ питању одговорности интернет посредника за повреду жига (као ширем појму који обухвата и одговорност за продају кривотворене робе путем интернета). Европска комисија је претходно закључила да инструменти као што је Меморандум о разумевању могу лакше да се прошире изван граница Европске уније. Наиме, у билатералним контактима са ЕУ, администрација САД-а се заинтересовала за решења из овог меморандума.²⁶

Оно што је можда најзначајније јесте да су обавезе које стране (укључујући ту и велике компаније, као што су “eBay” и “Amazon”, и титулари жигова) преузимају на основу МоР-а веће, у смислу да превазилазе достигнути ниво заштите у ЕУ и САД. У Меморандуму се изричито наводи да он нити замењује нити тумачи постојећи правни оквир, и да се не може користити као доказно средство у поступцима пред судом.

Меморандум о разумевању закључен је 2011. године на пробни период од годину дана. Предвиђено је да се након истека тог пробног периода, на сваке две године, израђује извештај о резултатима примене Меморандума и доноси одлука о продужетку његове примене за наредне две године. МоР обезбеђује да, током периода оцене, потписници не покрећу нове парнице једни против других у вези са материјом која је покривена МоР-ом. Овај мораторијум на парницење је значајна одредба која наглашава узајамно обавезивање потписница да раде заједно у доброј вери.²⁷

²⁶ G. Dinwoodie, “Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape”, *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014, 468–469.

²⁷ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Memorandum of Understanding on the Sale of Counterfeit Goods via Internet, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0209&from=EN>, 4. јул 2016.

1. Опсег и структура МоР-а

Што се тиче опсега Меморандума о разумевању, географски он је ограничен на пружање услуга у Европском економском простору, а сад-ржински се односи само на кривотворену робу, а не и на спорове о паралелном увозу или системима селективне дистрибуције. Штавише, Меморандум се не бави свим посредницима, већ само интернет посредницима чије услуге користе треће стране како би покренуле трговину робе на интернету.

Фокус Меморандума о разумевању јесте на одвраћању оних субјеката који снабдевају тржиште кривотвореном робом, другом речима МоР настоји да елиминише онлајн понуде кривотворене робе. Меморандум предвиђа пропорционалне, одвраћајуће активности против оних који у више наврата покушавају да продају фалсификате. Осим тога, МоР настоји да обезбеди што бољу заштиту потрошача који ненамерно купују фалсификате, као и легалних продаваца који могу да се осете неоправдано ограниченим приликом представљања својих производа за продају на интернету.

МоР промовише стратегију засновану на тзв. „три линије одбране“. На тај начин МоР настоји да осигура да се незаконите понуде не појављују онлајн; и да уколико се појаве, оне буду уклоњене што је брже могуће, а у сваком случају, довољно брзо да спрече да се догоде даље трансакције. Све ове мере примењују се истовремено.

Прво, веома је важно да потрошачи, продавци и купци, схвате феномен кривотворења, његове инхерентне ризике за потрошаче и штетне последице за титуларе права. Потрошачи могу бити активне стране у борби против кривотворења. У том циљу, интернет платформе су обавезне да учине доступним одговарајуће информације потенцијалним продавцима и купцима, у сарадњи са титуларима права. Интернет платформе треба да објасне да је нуђење кривотворене робе незаконито, и предложи мере предострожности које купци треба да предузму како би избегли њихову куповину.

Друга „линија одбране“ укључује Проактивне и превентивне мере (*Pro-Active and Preventive Measures – PPMs*) као правовремени и адекватан одговор на покушаје продаје фалсификата, било пре него што је понуда постала доступна јавности или брзо након тога. Предузимајући такве мере, титулари права и интернет платформе покушавају да смање онлајн понуде лажне робе. Такве мере могу бити техничке и/или проце-

дуралне. Углавном су специфичне и у складу са одговарајућим моделима пословања и организацијом титулара права и/или интернет платформи. Ефикасне проактивне и превентивне мере обично су софистициране и захтевају ефикасну сарадњу између титулара права и интернет платформи. Проактивне и превентивне мере настоје да обезбеде да се понуде кривотворене робе не појављују на интернету.

Треће, упркос информацијама које се пружају потрошачима проактивним и превентивним мерама, понуде кривотворене робе могу и даље да постану доступне јавности на интернет платформама. У таквим случајевима, титулари права и потрошачи могу да обавесте односне интернет платформе о постојању таквих понуда. Ово омогућава платформама да предузму одговарајуће мере, укључујући уклањање понуда са односног сајта. Поступак обавештења и уклањања (*Notice and Take Down*) настоји да обезбеди једноставан, правичан и експедитиван поступак за уклањање понуда кривотворене робе.²⁸

МоР употпуњује ове мере гарантујући бољу заштиту потрошача, укључујући и могућност добијања замене за производе или рефундацију под одређеним околностима. Потписници МоР су се, такође, обавезали да сарађују на откривању оних који понављају повреде, тј. више пута покушавају да продају кривотворену робу путем интернета. Интернет платформе преузеле су на себе да спроводе и примењују различите мере у циљу одвраћања ових тзв. вишеструких повратника од продаје кривотворене робе у складу са својим унутрашњим пословницима. Политика против оних који понављају повреде треба да буде објективна и пропорционална и да узме у обзир околности сваког конкретног случаја. Ширење информација о њима, на начин на који је предвиђен МоР-ом, у потпуности је у складу са законима о заштити података.²⁹

Потрошачи би требало да користе све доступне информације када купују на интернету како би избегли куповину фалсификата. Међутим, упркос постојању свих ових информација, може да се догоди да потрошачи буду преварени, купе кривотворену робу и на тај начин претрпе штету. МоР укључује минимални сет одредаба о заштити потрошача. Компензација за претрпљену штету зависи од политике сваког потписника МоР-а појединачно.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

2. Систем обавештења и уклањања (*Notice and Take Down System*)

Централни део МоР-а односи се на системе обавештења и уклањања (*Notice and Take Down System*), што није изненађујуће пошто их све онлајн платформе већ користе. Стране се обавезују да наставе да користе такве системе. На основу МоР-а систем обавештења и уклањања предвиђа:

- а) механизам за уклањање појединачних понуда наведених кривотворених артикала са сајта интернет платформе, и
- б) механизам да се интернет платформа обавести о корисницима који продају кривотворену робу.

Дакле, поред обавештења и уклањања заснованог на појединачним артиклима, МоР омогућава титуларима жигова да обавесте онлајн платформе о продавцима који су генерално укључени у продају кривотворене робе, и интернет посредници би требало да узму ове информације у разматрање као део њихових проактивних и превентивних мера. Јасно је да је ово покушај да се „помери“ од специфичности обавештења које захтева судска пракса за успостављање посредне одговорности. Ова одредба представља једну од револуционарних новина предвиђених МоР-ом.³⁰

Меморандум о разумевању такође се бави злоупотребом система обавештења и уклањања. На основу МоР-а, уколико титулар жига обавести интернет посредника без обраћања одговарајуће пажње, може му убудуће бити одбијен приступ систему и дужан је да надокнади платформи све губитке које је она претрпела због таквог обавештења. И продајци би требало да буду обавештени о томе када је понуда уклоњена, укључујући и разлог за то уклањање. Исто тако, требало би да им се омогући да одговоре на то што им је понуда уклоњена, што подразумева и детаље о контакту стране која је такво обавештење доставила. Овакве одредбе унете су у Меморандум како би се успоставила равнотежа у оквиру система обавештења и уклањања.³¹

3. Проактивне и превентивне мере

Проактивне и превентивне мере подразумевају мере и поступке који омогућавају интернет платформама и титуларима права да спре-

³⁰ G. Dinwoodie, 470.

³¹ *Ibid.*

че да незаконите понуде постану доступне на интернету или да ограниче ту доступност на кратак временски период. Ове мере и поступци се разликују, не само међу потписницама МоР-а, већ и међу различитим сајтовима сваке интернет платформе понаособ.

Наиме, систем обавештења и уклањања није довољан да одговори на проблем продаје кривотворене робе на онлајн тржиштима. Адекватне проактивне мере које спречавају да се кривотворена роба понуди на продају на онлајн тржишту подједнако су значајне у борби против продаје кривотворене робе путем интернета.³²

Дакле, МоР садржи одредбе и о проактивним и превентивним мерама. Спречавањем будућих повреда обезбеђује се да се понуде кривотворене робе не појављују на интернету. Овај договор између интернет посредника односи се на „прикладне, комерцијално разумне и технички изводљиве мере, узимајући у обзир њихове одговарајуће пословне моделе“. Овде се подразумевају технологије откривања и превентивна уклањања, или провере неких продаваца пре него им се уопште дозволи да тргују на интернету.³³

IV Закључна разматрања

Динамика развоја дигиталне технологије, крајем прошлог и почетком овог века, допринела је убрзању протока информација. Појава масовног коришћења интернета има утицаја на све сфере привреде и друштва, па тако и на привредни промет. Захваљујући коришћењу интернета, могуће је да се продавци и купци непосредно повезују и тргују на интернету, без обзира на националне и географске границе. Иако овакав начин трговине има низ предности, друга страна медаље јесте да је он отворио врата новим могућностима повреде права интелектуалне својине, пре свега права жига и то продајом кривотворене робе путем интернета. Чињеница да су трговином путем интернета пробијене границе важења националних прописа, с једне стране, а да су законодавства и судска пракса различитих земаља прилично неуједначени, с друге стране, упућује на то да би ово питање требало да буде уређено на међународном нивоу.

³² Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Memorandum of Understanding on the Sale of Counterfeit Goods via Internet, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0209&from=EN>, 4. јул 2016.

³³ G. Dinwoodie, 470–471.

Међутим, тзв. тврдо међународно право уопште не регулише питање одговорности за повреду жига на интернету, као шири појам, чији је један од појавних облика продаја кривотворене робе путем интернета. Ипак, тзв. меко међународно право нуди одређена решења, као што је Меморандум о разумевању о продаји кривотворене робе путем интернета. Овај меморандум потписало је више од тридесет актера који послују на онлајн тржишту, укључујући велике компаније (као што су *Google* и *Amazon*), али и титуларе робних марки.

С обзиром на то да Меморандум углавном спроводе мултинационалне компаније, постоји ризик да се правне норме (које би требало да се примењују на све) успоставе у складу са капацитетом и софистицираношћу великих економских оператера. Међутим, то се може догодити и када се принципи развијају и успостављају кроз судску праксу. У том смислу је јавни надзор од велике важности.³⁴

С друге стране, МоР доприноси смањењу трошкова ограничавајући трошкове парничења. Инструменти тзв. меког међународног права, као што је МоР, чини се да су много погоднији за развој међународно правно обавезујућих норми него преговарање мултилатералних инструмената међународног јавноправног карактера. Најзад, очекује се да се захваљујући МоР-у постепено хармонизују законодавства и уједначе судске праксе држава на међународном нивоу.³⁵

³⁴ *Ibid.*, 471.

³⁵ *Ibid.*

Jelena Čeranić, Ph.D,

Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka

Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR THE FIGHT AGAINST THE SALE OF COUNTERFEIT GOODS VIA INTERNET

Summary

The development of digital technology, by the end of 20th and at the beginning of 21st century, accelerated the flow of information, mainly due to a global computer network – the Internet. The rapid evolution of the Internet has created new ways for sellers and buyers to connect to each other and to expand their businesses beyond geographical limits. These new online markets have also, however, given counterfeiters new opportunities to expand their reach. The sale of counterfeit goods over the Internet is damaging and harmful to all legitimate stakeholders, including Internet Platforms and Intellectual Property Right Owners, and most importantly, consumers. Thus this issue should be regulated at the international level. But, if one reads the term “international” to mean “as a matter of multilateral nation-to-nation obligation”, so-called hard international law has nothing much to say regarding this problem. The attempt to adopt the Anti-Counterfeiting Trade Agreement has failed since it has not been ratified by Signatories. On the other hand, instruments of so-called soft international law bring some solutions regarding the fight against the sale of counterfeit goods via Internet. Such is a Memorandum of Understanding on Sale of Counterfeit Goods via Internet (MoU). The purpose of the MoU is to establish a code of practice in the fight against the sale of counterfeit goods over the Internet and to enhance collaboration among its Signatories, so that they can effectively respond to this constant threat.

Key words: *counterfeit goods, online sale, Internet, trademark infringement, International Law, Intellectual Property Law.*

ДЕЈСТВО НОРМИ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ У МЕЃУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ

Др Јелена Вукадиновић*

Апстракт: Обављање послова међународног промета носи бројне ризике немогућности или отежане могућности извршења преузетих обавеза, поводом чијег тумачења настају спорови између уговорних страна. Решење насталог спора често зависи од избора меродавног права и надлежног суда или арбитраже. Стога је избор меродавног права и форума значајно питање. Како су уговорне стране слободне да избором меродавног права практично избегну примену одређеног права чија решења им не одговарају, и уговоре примену другог права, поставља се питање до којих граница сеже њихова слобода. Одговор на ово питање зависи од тог да ли је уговорена надлежност арбитражног трибунала или није. У случају кад су уговориле надлежност арбитраже, границе избора меродавног права су одређене јавним поретком и правилима о непосредној примени. Оба института имају за циљ да одређивањем граница слободе код уговарања меродавног права заштите основне вредности домаћег правног и политичког поретка. То практично значи да се право које је одабрано од стране уговорних страна или арбитра неће применити на конкретни спор уколико је у супротности са јавним поретком државе седишта арбитраже. Са друге стране, норме непосредне примене ће се применити на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна. Предмет овог рада чини анализа односа норми непосредне примене и међународне трговинске арбитраже. Посебна пажња посвећена је разлици која постоји између норми јавног поретка и норми непосредне примене, док је последњи део рада посвећен начинима на који норме непосредне примене налазе примену у решавању спорова пред међународном трговинском арбитражом.

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд

Кључне речи: *међународна трговинска арбитража, меродавно право, арбитрабилност, норме непосредне принуде, јавни поредак.*

Дејство норми јавног поретка

Уговарање арбитражног начина решавања спорова постало је правило у међународној трговини.¹ Закључивањем уговора о арбитражи уговорне стране дерогирају надлежност националних судова и пророгирају надлежност арбитража као приватног начина решавања спорова.² Разлози због којих се странке опредељују за овакав метод решавања спорова могу се наћи у бројним сличностима и разликама које постоје између судског и арбитражног начина решавања спорова. Једна од разлика између ова два начина јесте и могућност избора права према ком ће се одређени спор решити. За разлику од националних судова који ће у поступку решавања спорова применити право земље седишта суда, арбитража не представља орган одређене државе³, па није у обавези да примени право земље седишта. У том смислу, уговорне стране могу као меродавно да одаберу право које је различито од права земље седишта арбитражног трибунала. Ипак, без обзира на то што и слобода избора меродавног права извире из опште признатог начела аутономије воље, није неограничена. Општи циљ увођења ограничења (у избору меродавног права) правдају се потребом да се очува међународна правна сигурност.

Једно од ограничења представљају норме непосредне примене и правила јавног поретка. Изабрано право или правила⁴ неће бити примењена уколико су у супротности са правилима јавног поретка и

¹ О томе сведочи стални раст броја поступака покренутих пред арбитражама. Тако је током 2015. године покренут 801 случај пред Међународном трговинском комором (МТК) Вид. више на: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Arbitration-posts-strong-growth-in-2015/>

² Вид. више UNCTAD International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement, Geneva, 2005, UNCTAD/Misc. 232/Add.39, тач.. 1.2. стр. 8, доступно на http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 2002, стр. 41 и даље.

³ Супротно становиште заступа Г. Станковић, Б. Старовић, Р. Кеча, Н. Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш 2002, стр. 25, залажући се да арбитражни судови представљају део подсистема судства у једној држави

⁴ Под правом се подразумевају углавном правила и прописи донети од стране државе према унапред одређеном легислативном поступку. Правила обухватају и облике тзв. „меког права“ које доносе аутономни недржавни „законодавци“, као што су правила *lex mercatoria*. У којим околностима се уговорне стране и арбитражи опредељују за примену правила вид. више Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и Адр*, Београд 2010, стр. 136–151.

нормама непосредне примене. То практично значи да ће уговор о арбитражи⁵ произвести правно дејство и довести до конституисања надлежности арбитраже само ако је у сагласности са правилима јавног поретка земље седишта арбитражног трибунала.⁶ Са друге стране, правила јавног поретка неће дозволити признање и извршење донете арбитражне одлуке уколико је дејство одлуке противно правилима јавног поретка земље у којој се признање захтева.⁷

На сличан начин као што то чине норме јавног поретка, и норме непосредне примене могу утицати на исход спора тако што ће непосредно одредити арбитрабилност одређеног спора.⁸

Дејство норми непосредне примене

Као што је већ поменуто, у складу са начелом аутономије воље, уговорне стране су слободне да као меродавно право изаберу право једне од њих, право треће државе, *lex mercatoria* и опште принципе права или неку од ових комбинација. При томе се, као основно, поставља питање да ли арбитражи у њиховој примени морају да узму у обзир и норме тзв. непосредне примене јавног права које је релевантно, али које стране нису изабрале или су везане избором које су стране учиниле.⁹ Овим нормама државе уређују не само основну структуру и организацију, већ

⁵ О уговору о арбитражи у домаћој литератури вид. С. Трива, *О арбитражи, њеној правној природи и о арбитражном уговору, Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад 1973, стр. 5–45; Б. Познић, „Уговор о арбитражи и арбитражни поступак“, *Уговори у међународној трговини*, књига I, Београд 1987, стр. 235–273; Витомир Поповић, „Уговор о арбитражи“, *Српска правна мисао*, Бања Лука 1995, стр. 239–250; Ј. Перовић, „Пуноважност уговора о арбитражи“, *Међународна привредна арбитража – стање и перспективе*, Зборник радова, Београд 1997, стр. 123–136; Р. Кеча, *Арбитражни споразум*, Нови Сад, 1999; Г. Кнежевић, *Међународна трговачка арбитража, основна питања и проблеми*, Београд, 1999; М. Цукавац, „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража*, часопис Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд 2001, стр. 15–65; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002; Г. Станковић, Б. Старовић, Р. Кеча, Н. Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002; Г. Кнежевић и В. Павић, *Арбитража и ADR*, Београд, 2010; Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд 2012.

⁶ Вид. чл. 2 Конвенције Уједињених нација о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука (Њујоршка конвенција).

⁷ Вид. чл. V. 2. (б) Њујоршке конвенције и чл. 66 Закона о арбитражи Републике Србије.

⁸ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, стр. 852 и даље.

⁹ Вид. M.R. Baniassadi, „Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration“, 10 *Int'l Tax & Bus. Law*. 59 (1992), стр. 61, доступно на: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2>

и одређене приватно правне односе, посебно односе између домаћих и страних субјеката. Ове и друге норме могу, али и не морају бити саставни део изабраног права. Ограничења која су садржана у њима могу бити део правног поретка неке треће државе па се у тим ситуацијама поставља питања обавезности и оправданости њихове примене на спорни однос. У теорији су ове норме означене као норме непосредне примене¹⁰ јер се примењују на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна. У норме непосредне примене спадају прописи о ембаргу, корупцији, заштити конкуренције.

Норме непосредне примене¹¹ дефинишу се као норме које се примењују на одређени спорни однос независно од изабраног односно утврђеног права,¹² или чија примена не може бити искључена споразумом странака.¹³ Њихова примена није условљена избором материјалног и процесног права од стране уговорника.¹⁴ У Уредби Рим I, норме непосредне примене дефинисане су као „одредбе чије се поштовање сматра кључним у држави за заштиту њених јавних интереса, попут политичке, социјалне или економске организације, у мери у којој их је могуће применити на било коју ситуацију коју обухватају, без обзира на право које је иначе меродавно за уговор на основу ове Уредбе“.¹⁵

¹⁰ Више о нормама непосредне примене у међународној трговинској арбитражи вид. Y. Derains, „Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration“, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (P. Sanders уредник), 1987, стр. 227, 228; H. Grigera Naón, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr, 1992; B.von Hoffmann, „Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunals“, *Act of State and Arbitration* (K-Heinz Böckstiegel уредник) Köln, Berlin, Bonn, München, 1997.

¹¹ У енглеској литератури за норме непосредне примене користе се следећи изрази: mandatory rules, act of public authority. У француском језику: ‘lois d’ application immédiate, lois de police’. У немачком Eingriffsnormen. У правној теорији није постигнута сагласност око употребе једног од наведених термина приликом одређивања појма норми непосредне примене. Вид. више J. Beulker, *Eingriffsnormenproblematik in Internationalen Schiedsverfahren*, Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrechts, Mohr Siebeck, 2005, стр. 8–13; Ph. Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, пара. 1520.

¹² B. von Hoffman, „International Mandatory Rules of Law before Arbitral tribunal“, *Acts of State and Arbitration*, стр. 4; M. Blessing, *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Kluwer / Helbling & Lichtenhahn, 1999. стр. 228; A. Shepheard, „Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Law Perspective“, *Am. Rev. of Int’l. Arb.*, 18(2007) стр. 121.

¹³ A. Shepheard, *н. дело*, стр. 121.

¹⁴ P. Mayer, „Mandatory Rules of Law in International Arbitration“, *2 Arbitration Internation*, 1986, стр. 274, 275.

¹⁵ Чл. 9(1) Уредбе (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17. јуна 2008. о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I).

По својој природи, норме непосредне примене првенствено су норме јавноправног карактера¹⁶, мада има и супротних мишљења.¹⁷

Сличности норми јавног поретка и норми непосредне примене

Како норме непосредне примене, као и правила јавног поретка, утичу на признавање уговора о арбитражи, односно на арбитрабилност спора, поставља се питање сличности и разлика.

Сличности се могу тражити у начину примене и циљу доношења ових норми. Примена и једних и других норми императивног је карактера и не зависи од воље уговорних страна. И једне и друге норме доносе се са циљем да омогуће очување одређених виталних (општих) интереса.

Норме непосредне примене доноси свака држава како би заштитила сопствене интересе. Овим нормама законодавац прописује обавезну примену унутрашњег (сопственог) права у споровима међународног карактера. На тај начин директно се сужава могућност избора меродавног права од стране уговорних страна. Норме јавног поретка такође штите основне вредности и интересе друштва. Већ је речено да арбитрари приликом решавања спора неће применити норму која је у супротности са основним принципима јавног поретка.

Осим сличности постоје и разлике између ове две групе норми.

Разлика између норми непосредне примене и норми јавног поретка може се тражити у односу на колизиону технику којом се одређује меродавно право.

О *начинима примене* норми непосредне примене постоје различита схватања. Једни аутори сматрају да су норме непосредне примене принудна материјална правила која на експлицитан или имплицитан начин одређују област своје сопствене обавезне примене, односно намећу сопствену меродавност без посредовања колизионих норми.¹⁸ На тај начин одређена норма садржи у себи једнострану колизиону норму.

¹⁶ Т. Рајчевић, „Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву“, *Страни правни живот* бр. 3/ 1998, стр. 90.

¹⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 144.

¹⁸ Б. Бардош, *Сукоб закона код уговора о трансферу технологије са елементом иностраности*, Нови Сад 1989 (докторска дисертација) стр. 145; А. Barraclough, J. Waincymer, „Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration“, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005. стр. 2. доступно на <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf>

Према другом схватању, норме непосредне примене претходе примени колизионе норме и примењују се независно од прихваћене колизионе технике. Заступници овог схватања сматрају да „норме непосредне примене можемо да укратко одредимо као норме које претендују да буду примењене на основу наредбе садржане у самој норми, и то на све правне односе који са овим правним системом долазе у контакт, чак и када примена права правног система коме припадају норме непосредне примене не произилази као резултат примене колизионоправне методе одређења меродавног права“.¹⁹ Пракса показује да норме непосредне примене претходе примени колизионе технике одређивања права.

Норме јавног поретка ће се применити након примене колизионе норме. Другим речима, до примене норми јавног поретка ће доћи тек након одређивања меродавног права. Из овог редоследа, међутим, не треба судити и о њиховом хијерархијском односу. У случају да норме меродавног права под којим се подразумевају и норме непосредне примене тог права нису у сагласности са опште усвојеним принципима, до њихове примене на спорни однос неће ни доћи. Из тог следи да норме јавног поретка уживају већу правну снагу од норми непосредне примене.²⁰

У складу са изнетим ставом, можемо закључити да норме непосредне примене искључују колизиони начин одређивања меродавног права, док јавни поредак искључује примену страног материјалног права. Међутим, због недовољно прецизиране границе између норми непосредне примене и норми јавног поретка, поједини аутори говоре о негативној функцији јавног поретка, сматрајући под тим искључење од примене колизионе норме. Сматрамо да се не може говорити о искључењу примене колизионе норме, већ једино о искључењу права на које је упутила колизиона норма. До искључења примене колизионе норме ће доћи уколико се на спорни однос примене правила непосредне примене. У том смислу се једино може говорити о негативној функцији норми непосредне примене.

Иако се о тананој разлици између норми непосредне примене и норми јавног поретка може и шире полемисати, за потребе овог рада у даљем тексту ће бити речи искључиво о нормама непосредне примене.

¹⁹ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 151. напомена 539.

²⁰ О. Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Praeger, 1994, стр. 193.

Подела норми непосредне примене

У зависности од природе интереса који се жели заштитити прописивањем, императивне норме се могу поделити на:

1. норме којима се штите основна правна и морална начела и вредности датог друштва и државе;²¹
2. норме са циљем заштите одређених монетарних интереса државе, попут прописа о контроли спољнотрговинске размене или прописа о ограничењу новчаног трансфера;
3. норме путем којих се штити благостање грађана одређене државе. Нпр. заштита економски слабије странке, недовољно упућеног инвеститора у пословима трговине хартијама од вредности
4. норме којима се штити слободна трговина и ефикасно функционисање тржишта, као што су прописи о забрани нелојалне конкуренције.
5. норме којима се штити фискални и економски систем државе попут оних о царинским прописима или ограничења увоза и извоза.
6. норме које су донете из политичких разлога, нпр. оне којима се забрањује трговина са одређеним земљама.²² Ове норме имају за циљ заштиту политичких и војних циљева и интереса. У том циљу доносе се одлуке о бојкоту или ембаргу против одређене државе.

Према припадности одређеном правном поретку норме непосредне примене могу се класификовати на оне које припадају²³:

1. праву које је изабрано као меродавно за уговор (*lex causae*)²⁴;

²¹ Ову поделу прихвата М. Петровић, „Јавни поредак и међународна трговачка арбитража“, *Правни живот*, бр. 9–10/ 1994, стр. 1405 и 1406.

²² У том смислу: М. Blessing, „Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration“, *Journal of International Arbitration*, No. 4/1997. стр. 27.

²³ Подела је преузета од М. Петровић, на истом становишту је и А. Јакшић који не даје овако експлицитну поделу, већ се на основу мишљења изнетог у књизи може доћи до оваквог закључка. Посебно видети стр. 151, 152.

²⁴ У општој теорији међународног приватног права прихваћен је концепт колизионоправне аутономије воље по коме она представља својеврсну тачку везивања (*lex voluntatis*) која има дејство као и свака друга. То значи да се меродавним правом сматра изабрани правни поредак, односно, да се на уговорни однос примењује изабрано право као право и то како диспозитивни, тако и његови императивни прописи. Право од кога се пошло, *lex fori*, не примењује се, па ни

2. праву седишта арбитраже (*lex fori*);
3. праву треће државе, која је тесно везана за спор. Најчешће је то право земље у којој ће одлука бити извршена, која има или ће имати фактичку могућност да се супротстави одлуци или има фактичку власт над уговарачима²⁵, или
4. припада наднационалном или супранационалном поретку као што су, на пример, резолуције Савета безбедности УН о санкцијама према неким државама, (Ирак, Либија, Југославија, Србија и Црна Гора).

Обавезност норми непосредне примене

Имајући у виду напред наведене функције и улогу коју норме непосредне примене као државног права конкретног правног система имају, а с обзиром на то да арбитраже немају *lex fori*, нити су арбитраже део државне јавне организације, као претходно се поставља питање да ли арбитраже обавезују норме непосредне примене и да ли су арбитражи дужни да их примењују. Из чињенице да арбитражи нису „чувари посебних државних јавних интереса“²⁶, па ни интереса државе у којој имају седиште, могу их применити под истим условима под којима примењују и странско право: ако су га изабрале саме уговорне стране или на њихову примену упућују релевантне колизионе норме. Оправдање за примену могло би се наћи у уговорној теорији и у овлашћењу које су странке пренеле арбитражама. Тако изабране или одређене норме непосредне примене могу бити део права треће државе или део супранационалног система.

У првом случају, норме непосредне примене меродавног права које је изабрано од стране уговорних страна примениће се директно на одређени спор, *eo ipso*²⁷ као део *lex causae*. Једино ограничење за њихову директну примену налази се у захтеву да не могу бити у супротности са јавним поретком.²⁸

његове императивне одредбе, са изузетком оних које чине јавни поредак. Исто тако, неће се применити само оне норме изабраног права које су супротне јавном поретку државе форума.

²⁵ Г. Кнежевић, *Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 1987, стр. 119.

²⁶ Вид. више Ch. Brunner, „Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance in International Arbitration“, Kluwer, 2008, стр. 265.

²⁷ Ch. Brunner, *н. дело*, стр. 266. наводи да је ово преовладавајући став.

²⁸ Вид. P. Mayer, *н. дело*, 1986, стр. 280; Y. Deraind, *н. дело*, стр. 255; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 848.

Наиме, полази се од претпоставке да су странке приликом избора права имале на уму право у целости, његове диспозитивне и императивне одредбе. Стога би примену норми непосредне примене могле да одбију или да сведу у границе принципа легитимних очекивања. Ова претпоставка је обориве природе па се странке након почетка поступка могу сагласити да уговарајући право одређене земље нису желели и њихова правила непосредне примене.²⁹ Најједноставнији и најбољи начин да се искључи примена норми непосредне примене на настали спор јесте да странке експлицитно изузму њихову примену.

Други начин на који се норме непосредне примене могу наћи пред арбитражом и на тај начин утицати на арбитрабилност спора јесте онда када чине део права седишта арбитражног трибунала (*lex fori*)³⁰. Оправдање због којих у овом случају арбитражи примењују норме непосредне примене државе седишта се могу наћи у практичним разлозима јер донета арбитражна одлука може бити извршена у тој држави. Странке се у пословним трансакцијама опредељују за приватни начин решавања спорова, између осталог и из разлога економичности и ефикасности поступка. Применом норми непосредне примене земље седишта арбитраже, смањује се могућност поништаја донете одлуке. Може се, наравно, поставити питање да ли су арбитражи дужни да, решавајући спор, примене неко друго право осим оног кога су странке изабрале. Традиционална арбитражна доктрина³¹ и судска пракса одбијају примену страних јавноправних прописа, наглашавајући да арбитражи своју надлежност црпе из арбитражног уговора, чиме су обавезни да поштују исказану вољу уговорних страна поступајући по праву које су странке изабрале.³² Овакав став више не налази упориште у савременој

²⁹ A. Barraclough, J. Waincymer, „Mandatory rules of law in International Commercial Arbitration“, *Melbourne Journal of International Law*, бр. 6, 2005, стр. 17. Супротно, А. Јакшић: избор меродавног права нема за последицу и искључење примене императивних норми јавног права, чак и уколико су странке то у свом уговору предвиделе. Јакшић се позива на В. Von Hoffmann, Berger, Blessing. Видети напомену 570, стр. 159.

³⁰ Овакав став наћи ће упориште само у случајевима да се прихвати теорија седишта арбитраже, а не теорија делокализације. Уколико је прихваћена теорија делокализације, арбитражни трибунал нема *lex fori* те није у обавези да консултује норме непосредне примене нити једног правног поретка, па чак ни земље у којој трибунал заседа. У тим случајевима, норме непосредне примене могу се узети у обзир само у оквиру *lex contractus*.

³¹ E. Gaillard, *Sentence arbitrale, Droit arbitrale au fond du litige*, in *Droit International Prive Francais*, Paris, 1991. стр. 100. Gaillard истиче да би арбитражи могли да узму у обзир стране императивне прописе који се односе на вишу силу или неморалност, али ван тих прописа не виде се разлози да арбитражи примене прописе трећих држава. Истиче да је примена међународног јавног поретка оправданија него примена норми непосредне примене.

³² *Lalive* је у МТК одлуци Но. 410-2104, од 15. марта 1972. године, јасно изразио овакав став

доктрини.³³ У жељи да донесу арбитражну одлуку која ће бити призната и извршена у некој од земаља, арбитри морају узети у обзир и норме непосредне примене.

Норме непосредне примене трећих земаља могу се појавити пред арбитражним трибуналом на два начина. Ако норма непосредне примене утиче на испуњење обавеза преузетих уговора, тада се посматра као чињеница која отежава испуњење уговора. На овакав начин посматрана, норма не утиче на пуноважност главног уговора. Она се, наиме, третира као чињеница, постајући тако оперативни елемент³⁴ на основу ког се случај решава по праву које је меродавно.

Само у случајевима када се норме непосредне примене директно примењују на конкретни однос можемо говорити о самој примени ових норми и њиховом утицају на главни уговор. Тако, ако норме забрањују корупцију, ако је главни уговор погођен корупцијом, неминовно ће доћи до поништаја уговора.

Постоји сагласност да норме непосредне примене треба директно применити на конкретан уговорни однос само у случајевима да представљају део транснационалног (наднационалног) јавног поретка. У тим случајевима, оправдана је примена норми треће државе мимо воље уговорних страна, тј. мимо уговореног меродавног права.³⁵

О примени норми непосредне примене пред трибуналима говоре и решења одређених међународних конвенција.

Тако члан 16 Хашке конвенције о меродавном праву за уговоре о посредовању и заступању предвиђа: „При примени ове конвенције, може се признати дејство принудним прописима било које државе са којом конкретна ситуација има значајну везу, ако се и уколико се, по праву ове последње државе, ова правила имају применити, без обзира на право које би било меродавно према њеним колизионим нормама“. Одредбе члана 9(3) Рим I Уредбе о праву меродавном за уговорне односе предвиђају да се „може признати дејство нормама непосредне примене државе у којој треба испунити обавезе настале из уговора, у мери у којој

истичући да он као неутрални и међународни арбитар није обавезан да води рачуна о локалним и политички инспирисаним јавним порецима, већ само о заиста међународном јавном поретку.

³³ Y. Derains, „Public Policy and Law Applicable to the Dispute in International Arbitration“, *ICCA New York Arbitration Congress*, 1986. стр. 227; P. Mayer, *н. дело*, стр. 287.

³⁴ Т. Варади, Б. Бордош, Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 174.

³⁵ Вид. M. Blessing, *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Helbing und Lichtenhahn, 1999, стр. 267. Овај став је потврђен и у арбитражној пракси. Вид. случај пред МТК арбитражом, бр. 6320 МТК из 1991. Сажетак објављен у Böckstiegel, *н. дело*, стр. 149, 154.

те норме непосредне примене чине испуњење уговора противзаконитим. При одлучивању да ли да ће се ови прописи применити, узима се у обзир њихова природа, сврха, као и последице њихове примене или непримене³⁶.

Спорови који се односе на примену норми непосредне примене могу генерално да буду предмет међународне трговачке арбитраже.³⁷ У прилог томе говоре случајеви у којима се расправљало о питањима увођења санкција, прописа о девизној контроли, о конкуренцији, хартијама од вредности или корупцији.

Норме непосредне примене и арбитрабилност

У односу на наведено, можемо закључити да норме непосредне примене утичу на право које ће бити примењено на одређени однос на начин да ће уживати примат у времену примене. Да ли ће одређени спорни правни однос заиста бити и решен пред арбитражом зависиће од тога да ли је спор подобан за арбитражно решавање према правилима непосредне примене. На исти начин може се посматрати утицај правила јавног поретка на надлежност арбитраже у смислу арбитрабилности спорова. Иако је у старијој правној теорији владало схватање да јавни поредак утиче на ограничење арбитрабилности спорова, данас владајуће схватање доктрине указује на то да је утицај јавног поретка на арбитрабилност смањена. У пракси се показало да јавни поредак има мали утицај на арбитрабилност у међународним трговинским споровима,³⁸ да утицај јавног поретка на арбитрабилност „није доказан“³⁹ и да је значај јавног поретка у дискусијама око арбитрабилности „врло ограничен“.⁴⁰ Стога се предлаже да се неарбитрабилност спорова испитује у „светлу унутрашњих ограничења арбитраже као механизма за решавање спорова уговорног порекла“.⁴¹

Ипак, то не значи да између арбитрабилности и јавног поретка не постоји било каква веза, већ само да се не може говорити о идентично-

³⁶ Више о овим појединачним значењима у А. Barraclough, J. Waincymer, *н. дело*, стр. 22 и даље.

³⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 337–347 (579, 568), J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, пара. 347. M. Blessing, *н. дело*, 1999, стр. 262–265, пара. 789–801.

³⁸ Вид. А. Kirгу, *н. дело*, стр. 379.

³⁹ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 32, пас. бр. 2–39.

⁴⁰ Исто.

⁴¹ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 32, пас. бр. 2–42.

сти ова два појма. Тако се питање арбитрабилности може поставити код оцене пуноважности арбитражног уговора или у поступку доношења и извршења арбитражне одлуке, док се садржина и улога јавног поретка односе на право или вредности које не могу бити предмет кршења у арбитражном уговору или арбитражној одлуци.⁴² Принципи који чине јавни поредак, чију садржину чине императивни прописи којима странке не могу слободно располагати,⁴³ ван домена су надлежности арбитражних трибунала и углавном су резервисани за националне судове. Тако се питања која су у супротности са основним вредностима јавног поретка сматрају неарбитрабилним. Међутим, правна правила која ограничавају арбитрабилност не морају нужно бити део јавног поретка.⁴⁴ Иако су таква правила императивне природе и стране их не могу мењати својом вољом, ови императивни прописи не представљају *de facto* део јавног поретка. Поред императивне природе потребно је да поседују и друге квалитете.⁴⁵

Закључак

Норме непосредне примене ће се применити на спорни однос независно од воље уговорних страна. На тај начин норме непосредне примене утичу на право које је изабрано од стране уговорних страна или арбитра, на начин да се примењују пре и независно од одабраног права. На такав начин норме непосредне примене утичу и на арбитрабилност спора. Норме непосредне примене не треба мешати са правилима јавног поретка иако се и једне и друге доносе у циљу заштите општих јавних интереса.

За арбитражно решавање спорова од значаја је истаћи да ће одређени правни односи који су регулисани нормама непосредне примене бити предмет арбитражног одлучивања. У прилог таквом закључку говоре спорови настали као последица повреде права конкуренције, спорови из ембарга или спорови настали као последица корупције.

⁴² J. R. Sever, „The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on Us. And Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?“, 65 *Tnl. L. Rev.* 1991, стр. 1661, 1664.

⁴³ P. Lalive. „Transnational (or Truly International) Public policy and International Arbitration: Comparative Arbitration Practice and Public Policy“, *Arbitration ICCA International Arbitration Congress*, стр. 261.

⁴⁴ К-Н. Böckstiegel, *н. дело*, стр. 183.

⁴⁵ *Исто*.

Резиме

У правној теорији и арбитражној пракси је као општеприхваћено право уговорних страна да решавање својих спорних односа повере арбитражним трибуналима и да при томе уговоре право по коме ће арбитра решити конкретни спор. Међутим, границе избора меродавног права одређене су јавним поретком и правилима о непосредној примени.

Оба института имају за циљ да одређивањем граница слободе код уговарања меродавног права заштите основне вредности домаћег правног и политичког поретка. То практично значи да се право које је одабрано од стране уговорних страна или арбитра неће применити на конкретни спор уколико је у супротности са јавним поретком државе седишта арбитраже. Са друге стране, норме непосредне примене ће се применити на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна.

Што се тиче међусобног односа, пракса показује да норме непосредне примене претходе примени колизионе технике одређивања права. Норме јавног поретка ће се применити након примене колизионе норме. Другим речима, до примене норми јавног поретка ће доћи тек након одређивања меродавног права. Из овог редоследа, међутим, не треба судити и о њиховом хијерархијском односу. У случају да норме меродавног права под којим се подразумевају и норме непосредне примене тог права нису у сагласности са опште усвојеним принципима, до њихове примене на спорни однос неће ни доћи. Из тога следи да норме јавног поретка уживају већу правну снагу од норми непосредне примене.

Практично, норме непосредне примене искључују колизиони начин одређивања меродавног права, док јавни поредак искључује примену страног материјалног права. Међутим, због недовољно прецизиране границе између норми непосредне примене и норми јавног поретка, поједини аутори говоре о негативној функцији јавног поретка, сматрајући под тим искључење од примене колизионе норме. Сматрамо да се не може говорити о искључењу примене колизионе норме, већ једино о искључења права на које је упутила колизиона норма. До искључења примене колизионе норме ће доћи уколико се на спорни однос примене правила непосредне примене. У том смислу се једино може говорити о негативној функцији норми непосредне примене.

Jelena Vukadinović PhD
Research associate
Institute of Comparative Law
Belgrade

THE EFFECT OF MANDATORY RULES OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

Mandatory rules of law are laws that purport to apply irrespective of the law chosen by the parties to govern their contractual relations. In this sense, whether they are 'mandatory' does not depend on whether they will ultimately end up applying via the relevant conflict of laws analysis, but only on how the law itself defines its sphere of application. This article examines their role in international commercial arbitration.

In this sense, article lists the considerations relevant to the application of mandatory rules and situations in which the application of mandatory rules is so well accepted.

Key words: *international commercial arbitration, applicable law, arbitrability, mandatory rules, public order.*

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Кривично материјално право

УСЛОВНА ОСУДА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Проф. др Драган Јовашевић*

Апстракт: Кривично право сваке државе, од најстаријих времена до данас, предвиђа различите мере друштвене реакције према учиниоцима кривичних дела. То су кривичне санкције. Оне представљају принудне мере које изриче суд учиниоцу кривичног дела и којима му се одузимају или ограничавају одређена права и слободе. Оне се примењују према физичком или правном лицу које је прекршило норме правног поретка и повредило или угрозило туђе правно добро које ужива законску заштиту. У циљу ефикасне заштите друштвених вредности од криминалитета, све државе познају више врста кривичних санкција. То су: 1) казне, 2) мере упозорења, 3) мере безбедности, 4) санкције за малолетнике (васпитне мере и казна малолетничког затвора) и 5) санкције за правна лица. Основна, најстарија и најзначајнија врста кривичних санкција је казна. Она је прописана за највећи број кривичних дела у Кривичном закону.

Но, поред и уместо казне, у судској пракси посебан значај и улогу имају мере упозорења. Од када су се појавиле, почетком 20. века у систему кривичних санкција, оне бележе пораст у примени према учиниоцима кривичних дела. Посебно када се ради о примарним, нехатним, случајним учиниоцима, када се ради о кривичним делима која немају тежу последицу и чији учинилац не представља личност са криминалним карактеристикама. Сва савремена кривична законодавства (укључујући и законодавство Републике Србије) предвиђају две врсте мера упозорења. То су: 1) условна осуда и 2) судска опомена. Условна осуда је условно одлагање извршења изречене казне затвора за одређено време, под условом да осуђено лице не учини ново кривично дело и да ис-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш.

пуни друге постављене обавезе. За примену ове санкције потребно је испуњење двају услова: а) формални – који је везан за изречену казну затвора и б) материјални – који представља уверење (оцену) суда да је примена ове санкције оправдана и нужна у конкретном случају. Многа савремена законодавства разликују две врсте условне осуде: 1) обичну (класичну) условну осуду и 2) условну осуду са заштитним надзором. Ако осуђено лице не поступи по налогу суда, закон предвиђа могућност обавезног или факултативног опозивања условне осуде.

Кључне речи: закон, кривично дело, кривичне санкције, суд, мера упозорења, условна осуда.

1. Уводна разматрања

Условна осуда и судска опомена (упозоравајуће, опомињуће или адмонитивне кривичне санкције) настале су крајем 19. века као супститути¹ кратке казне затвора у случајевима када њено извршење није нужно за остварење сврхе кажњавања. Оне су представљале даљи допринос развоју идеје специјалне превенције и индивидуализације у примени кривичних санкција према учиниоцима лакших кривичних дела. Мере упозорења су законом предвиђене мере друштвене реакције које суд у законом предвиђеном поступку изриче пунолетном учиниоцу скривљеног кривичног дела, а које се у циљу заштите друштва од криминалитета састоје у упозорењу учиниоца да му у случају поновног извршења кривичног дела слободе и права која иначе ужива као и сваки грађанин могу бити одузете или ограничене за одређено време. Кривични законик Републике Србије² (КЗ) у чл. 64–77 предвиђа две мере упозорења. То су: 1) условна осуда која се јавља у два облика: а) условна осуда у класичном смислу и б) условна осуда са заштитним надзором и 2) судска опомена³.

У теорији се истичу следеће карактеристике мера упозорења: а) то су мере опомене и упозорења које не садрже зло, репресију или принуду

¹ Упозоравајуће кривичне санкције уведене су у нашој држави Кривичним закоником Краљевине Југославије из 1929. године, иако је њихово увођење предложено још пројектом Закона о условној осуди Краљевине Србије из 1906. године. У Војводини (где је важило угарско кривично право) условна осуда је уведена 1908. године.

² Службени гласник Републике Србије број: 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

³ Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Ниш, 2012. године, стр. 218–223.

у смислу одузимања или ограничавања слобода или права учиниоцу кривичног дела, али предочавају, указују на могућност њихове примене. Но, и овде се ради о мерама које се примењују према учиниоцу дела против и мимо његове воље, б) то су мере које представљају супституте казне затвора или новчане казне јер је њихова примена везана за казну, в) оне се примењују зависно од природе, тежине и врсте кривичног дела, односно својстава личности његовог учиниоца (примарни, ситуациони, нехатни учиниоци) када суд дође до уверења да је изрицање казне непотребно са аспекта остварења сврхе примене кривичних санкција, г) хумани карактер ових мера произилази из њихове природе, карактера и дејства јер оне не представљају зло и принуду према учиниоцу кривичног дела и д) са аспекта сврхе ових кривичних санкција ради се о санкцијама изразито специјално превентивног карактера. Наиме, према члану 64 став 2 КЗ, сврха је ових мера у оквиру опште сврхе кривичних санкција да се према учиниоцу лакшег кривичног дела не примени казна када се може очекивати да ће упозорење уз претњу казне (условна осуда) или само упозорење (судска опомена) довољно утицати на њега да више не врши кривична дела.

2. Појам и системи условне осуде

Условна осуда је одлагање извршења утврђене казне учиниоцу кривичног дела под условом да за време које одреди суд не изврши ново кривично дело⁴. Ако условно осуђено лице не изврши ново кривично дело у одређеном року и испуни друге постављене обавезе тада до извршења казне неће ни доћи, а оно ће се сматрати као да није осуђивано. У противном, условна осуда се опозива, а утврђена казна извршава. То значи да је условна осуда опраштање казне (или привремено одрицање државе да изрекне казну) учиниоцу дела од стране друштва под одређеним условима, опраштање које је базирано на уверењу да ће се учинилац убудуће владати у складу са нормама правног поретка и да неће вршити кривична дела⁵.

⁴ У савременом кривичном праву позната је и парцијална условна осуда. Тако члан 132–31 француског Кривичног законика (*Droit penal du 1992, Paris, 1994*, стр. 69–71), члан 43 аустријског Кривичног законика (E. Foregger, E. Serini, *Strafgesetzbuch*, Wien, 1989, стр. 55–56) и члан 57 Казненог закона Хрватске предвиђају могућност условног одлагања извршења дела утврђене казне затвора. У том случају се условна осуда претвара у антиципирани условни отпуст.

⁵ Условна осуда се у судској пракси јављала у следећим случајевима: уз условну осуду за кривично дело насиља у породици не може се изрећи додатна обавеза окривљеном да уредно плаћа издржавање супрузи за заједничку децу (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1362/2006);

У праву Републике Србије условна осуда⁶ је самостална кривична санкција где суд утврђује казну учиниоцу за извршено кривично дело и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које суд одреди, а које не може бити краће од једне ни дуже од пет година (време проверавања или време кушње), не учини ново кривично дело (члан 65 КЗ). То значи да се изрицањем условне осуде учиниоцу кривичног дела утврђује казна, али се не изриче, што указује на карактер ове васпитно-прекорне и упозоравајуће санкције. У правној теорији се

када окривљени изврши кривично дело насиља у породици може му се уз условну осуду изрећи заштитни надзор као обавезно посећивање брачног терапеута при Институту за ментално здравље (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 3062/2006); приликом утврђивања услова за изрицање условне осуде није неопходно утврђивање „особито олакшавајућих околности“ које оправдавају изрицање ове санкције (пресуда Окружног суда у Нишу Кж. 411/2007); оцена да ли се може очекивати да ће упозорење уз претњу казне на окривљеног довољно утицати да више не врши кривична дела у конкретном случају зависи и од начина извршења кривичног дела, а тежина дела се не оцењује уопштено кроз прописану казну, већ конкретно кроз јачину повреде и угрожавања заштићеног добра (пресуда Окружног суда у Нишу Кж. 703/2007); у случају када се окривљени огласи кривим за кривично дело повреде права из социјалног осигурања, тада се уз условну осуду може одредити испуњење обавезе од стране окривљеног да оштећеном уплати по основу доприноса за пензијско и инвалидско осигурање одређеног износа (пресуда Окружног суда у Суботици Кж. 409/2008); суд ће изрећи условну осуду када оцени да се у конкретном случају упозорењем уз претњу казном затвора може довољно утицати на окривљеног да више не врши кривична дела, те да је изречена санкција сразмерна јачини повреде заштићеног добра, степену кривице и личности окривљеног, а имајући у виду и његов ранији живот, те да је нужно и довољно за остварење сврхе условне осуде у оквиру опште сврхе кривичних санкција (пресуда Окружног суда у Нишу Кж. 136/2009); када постоји правноснажна и извршна парнична пресуда којом је окривљена већ обавезана на исплату штете оштећеном, сувишна је обавеза плаћања причинене штете оштећеном која је одређена уз условну осуду (пресуда Апелационог суда у Нишу Кж. 1448/2010); није довољно да се суд у пресуди само позове на одредбу закона, већ у разлозима пресуде мора да наведе које су околности цењене као „нарочито олакшавајуће“ при изрицању условне осуде (пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1924/2010); првостепени суд је учинио битну повреду одредаба кривичног поступка јер је окривљенима при одмеравању казне најпре утврдио појединачне казне затвора за кривична дела учињена у стицају, па их је осудио на јединствену казну затвора у трајању од десет месеци, а затим им изрекао условну осуду (решење Апелационог суда у Нишу Кж. 2360/2010); при изрицању условне осуде окривљеном за дела у стицају суд је обавезан да најпре за свако дело утврди појединачне казне, а затим јединствену казну и да истовремено одреди да се она неће извршити ако окривљени у време проверавања не учини ново кривично дело (пресуда Апелационог суда у Нишу Кж. 2137/2011); неодређивањем рока за испуњење обавеза одређених условном осудом повређен је закон у корист окривљеног јер се не може јасно закључити када доспева обавеза окривљеног да поступи по посебном услову (решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 4237/2011); уколико у условној осуди суд одреди да ће се казна извршити ако осуђени не испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама, суд је дужан да утврди тачну висину обавеза на име издржавања и да у изреци пресуде наведе износ те обавезе како би пресуда била подобна за извршење (решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 4783/2011); када је суд пропустио да уз условну осуду изрекне и новчану казну чије је изрицање по закону обавезно, повредио је закон у корист окривљеног (пресуда Апелационог суда у Нишу Кж. 207/2012).

⁶ Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Београд, 2011, стр. 611–614.

могу наћи и схватања према којима код условне осуде држава не одустаје од реакције на кривично дело, чиме се остварује праведност, те генерална и специјална превенција, али се према учиниоцу кривичног дела показује обзирност тако да се поштеђује од извршења казне⁷. У неким правним системима условну осуду као врсту кривичне санкције поред суда могу да изричу и вансудски органи (нпр. председник републике).

Условна осуда се појављује у два облика. То су⁸:

- а) условна осуда у класичном смислу и
- б) условна осуда са заштитним надзором.

За постојање условне осуде са заштитним надзором потребно је да мере заштитног надзора буду прописане у Кривичном законнику. Условна осуда може бити изречена само пунолетном учиниоцу скривљеног кривичног дела. Постоје два система условне осуде који су се развили из института „probation“. То су⁹:

- а) континентални и
- б) англоамерички систем.

Према континенталном (француско-белгијском систему, који се назива и „sursis“, а који је уведен на идеју сенатора Беранжеа) суд води кривични поступак према учиниоцу кривичног дела и изриче му врсту и меру казне, али чије извршење одлаже за одређено време под одређеним условима. Учиниоца се за то време не сматра осуђиваним ако испуни постављене услове. Предности овог система су јер се учиниоцу кривичног дела суди и изриче казна тако да се у случају њеног опозивања приступа извршењу већ изречене казне. Пресуда се доноси на бази свежих и непосредно утврђених доказа, тако да је мала могућност да дође до грешака у прикупљању, утврђивању и судској оцени доказа¹⁰.

Код англоамеричког система¹¹ нема вођења кривичног поступка, већ се суђење одлаже за време док се учиниоца кривичног дела ставља под систем прокушавања, односно под надзор органа правосуђа и јавне безбедности, под условом да он на то пристаје. Англоамерички систем прокушавања повољнији је за учиниоца кривичног дела с обзиром на

⁷ П. Новоселец, *Опћи дио казненог права*, Загреб, 2004, стр. 379.

⁸ Б. Петровић, Д. Јовашевић, А. Ферхатовић, *Кривично право 2 (Саучесништво, Кривичне санкције, Посебни дио)*, Сарајево, 2016, стр. 189–193.

⁹ Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007, стр. 244–252.

¹⁰ Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске, Општи део*, Бања Лука, 2012, стр. 217–223.

¹¹ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право*, Београд, 2014, стр. 99–102.

то да не долази до суђења и изрицања казне (па се такво лице не сматра осуђиваним), а заштитни надзор који врше одређена лица штити га од искушења и пружа му помоћ у савладавању свакодневних животних проблема за укључивање у друштвено користан рад и уздржавање од кршења прописа. Недостатак овог система долази до изражаја у случају опозивања прокушавања, када долази до суђења и изрицања осуде јер тада могу настати тешкоће око прикупљања и утврђивања доказа због протеча времена.

Условна осуда¹² производи следећа правна дејства: 1) ова санкција повлачи осуђиваност, па се лице коме је она изречена сматра осуђиваним лицем, односно у случају извршења новог дела оно се сматра повратником, 2) уз ову санкцију се може изрећи мера одузимања имовинске користи, 3) уз ову санкцију се могу изрећи следеће мере безбедности: а) обавезно лечење наркомана, б) обавезно лечење алкохоличара, в) забрана вршења позива, делатности и дужности, г) забрана управљања моторним возилом, д) одузимање предмета, ђ) јавно објављивање пресуде, е) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и ж) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама, 4) ова санкција не повлачи правне последице осуде, осим ако буде опозвана, 5) законска рехабилитација наступа ако лице коме је изречена условна осуда у време проверавања и у року од једне године по истеку овог рока не учини ново кривично дело, 6) акти амнестије и помиловања немају дејство на изречену условну осуду и 7) условна осуда се уноси у казнену евиденцију.

2.1. Изрицање условне осуде

За изрицање условне осуде потребно је испуњење двају кумулативних услова. То су¹³:

- 1) формални услов¹⁴ – да је учиниоцу за извршено кривично дело утврђена казна затвора у трајању мањем од две године или новчана казна. Ако је у пресуди утврђена кумулативно казна затвора и новчана казна, тада се може условна осуда изрећи само у односу на казну затвора. При томе је закон поставио два ограничења у погледу могућности изрицања условне осуде:

¹² М. Радовановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1972, стр. 277–283.

¹³ Љ. Селиншек, *Казенско право, Сплошни дел ин основе посебнега дела*, Љубљана, 2007, стр. 297–304.

¹⁴ Н. Мрвић Петровић, *Кривично право*, Београд, 2005, стр. 160–164.

- а) она се не може изрећи учиниоцу кривичног дела за које је прописана казна затвора у трајању од десет година или тежа казна, и
 - б) она се не може изрећи ако није протекло више од пет година од правноснажности раније осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно дело. У овом случају је потребно да је протекло више од пет година од последње правноснажне осуде, да се ради о осуди на казну затвора у било ком трајању и да се ради о осуди за умишљајно кривично дело. Мере безбедности које су изречене уз условну осуду се извршавају.
- 2) материјални услов¹⁵ – уверење (оцена) суда да ће се на осуђеног и без извршења утврђене казне у довољној мери утицати да више не врши кривична дела. Суд до овог уверења долази имајући у виду сврху условне осуде, при чему се посебно узимају у обзир следеће околности: а) личност учиниоца, б) његов ранији живот, в) његово понашање после извршеног кривичног дела, г) степен кривице и д) друге околности под којима је дело учињено. Уверење суда треба да произађе из чињеничног стања које говори о околностима под којима је дело учињено и о личности учиниоца дела. То своје уверење и чињенице на којима га заснива суд је дужан да образложи у самој пресуди.

И кад су испуњени ови законом кумулативно предвиђени услови, суд може (а не мора) да изрекне условну осуду. Ако суд одлучи да изрекне условну казну, тада одређује време проверавања¹⁶ у конкретном случају и услове под којима одлаже изрицање казне. Ти услови могу да буду: а) обавезни и б) факултативни. Обавезни услов при изрицању условне осуде јесте да осуђени за време проверавања, које може да траје од једне до пет година, не учини ново кривично дело. Факултативни услови под којима се изриче условна осуда могу да буду: а) општи и б) посебни¹⁷:

- 1) општи факултативни услови односе се на сва кривична дела и на све учиниоце под претпоставком да тај услов одговара природи кривичног дела и околностима под којима је учињено. То могу да буду: а) да врати имовинску корист прибављену кри-

¹⁵ К. Турковић et al., *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2013, стр. 82–87.

¹⁶ Време проверавања (време кушње или пробације) одређује се на основу уверења (оцене) суда о дужини времена које је потребно за остварење специјалне превенције као сврхе остварења ове кривичне санкције. У том случају суд треба да процени колико је времена потребно за специјално превентивно дејство (П. Новоселец, *Опћи дио казненог права*, оп.цит., стр. 387).

¹⁷ В. Камбовски, *Казнено право, Опит дел*, Скопје, 2006, стр. 730–738.

- вичним делом, б) да накнади штету која је проузрокована кривичном делом¹⁸ и в) да испуни друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама. Рок за испуњење овако постављених обавеза утврђује се у оквиру одређеног времена проверавања,
- 2) посебни факултативни услови могу да се састоје у обавези осуђеног да изврши неку од изречених мера безбедности (обавезно лечење наркомана, обавезно лечење алкохоличара, забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом, одузимање предмета, забрана приближавања и комуникације са оштећеним и забрана присуствовања одређеним спортским приредбама), и
 - 3) посебни факултативни услови који су у посебном делу Кривичног законика предвиђени код појединих кривичних дела који одговарају његовој природи: у члану 169 КЗ да у одређеном року поступи по прописима о мерама заштите на раду, у члану 191 КЗ да добровољно преда малолетника лицу или установи којој је оно поверено или да омогући извршење одлуке о поверавању малолетног лица или одлуке о уређивању начина одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником, у члану 195 КЗ да измири доспеле обавезе издржавања и да уредно даје издржавање, у члану 196 КЗ да извршава своје законом утврђене породичне обавезе, у чл. 260–264 КЗ да у остављеном року предузме прописане мере заштите, очувања и унапређивања животне средине итд.

2.2. Опозивање условне осуде

Кривично право Републике Србије предвиђа три основа за опозивање условне осуде. То су¹⁹:

- 1) извршење новог кривичног дела²⁰ (члан 67 КЗ) представља основ који доводи до обавезног или факултативног опозивања условне

¹⁸ Када постоји правноснажна и извршна парнична пресуда којом је окривљена већ обавезана на исплату штете оштећеном, сувишна је обавеза плаћања причињене штете која је одређена уз условну осуду (пресуда Апелационог суда у Нишу Кж. 1448/2010).

¹⁹ И. Симић, А. Трешњев, *Кривични законик са краћим коментаром*, Београд, 2010, стр. 62–68.

²⁰ Повређен је кривични закон у корист окривљеног пошто суд после одлуке да не опозове раније изречену условну осуду није утврдио јединствену казну затвора и за раније учињено кривично и за ново кривично дело уз одређивање новог времена проверавања (пресуда Врховног суда Србије Кж. 825/2006). У поступку опозива условне осуде потребно је прво утврдити почетак и истек времена проверавања по претходној пресуди да би се могло закључити да ли је окривљени извршио кривично дело у време проверавања (решење Апелационог суда у Нишу Кж. 3613/2011).

осуде. Условна осуда ће се обавезно опозвати ако осуђени у време проверавања учини једно или више кривичних дела за које је изречена казна затвора од две године или у дужем трајању. Условна осуда може се опозвати ако осуђени у време проверавања учини једно или више кривичних дела за која је изречена казна затвора мања од две године или новчана казна. За оцену да ли ће опозвати условну осуду у овом случају суд обавезно узима у обзир околности које се односе на учињено кривично дело и на личност учиниоца, а посебно: а) сродност учињених кривичних дела, б) њихов значај и в) побуде из којих су учињена. При одлучивању суд је везан забраном изрицања условне осуде ако учиниоцу за кривична дела утврђена у условној осуди и за нова кривична дела треба изрећи казну затвора од две године или тежу казну.

Када опозове условну осуду, суд применом одредаба о одмеравању казне за дела у стицају изриче јединствену казну затвора (за раније учињено и за ново кривично дело) узимајући казну из опозване условне осуде као утврђену која се системом асперације увећава за новоизречене казне²¹. Ако не опозове условну осуду, суд за новоучињено кривично дело може да изрекне условну осуду или казну. Осуђеном лицу коме је за ново кривично дело изречена казна затвора, време проведено на издржавању нове казне се не урачунава у време проверавања које је утврђено условном осудом за раније дело. Ако за ново кривично дело суд изрекне условну осуду, тада применом одредаба о одмеравању јединствене казне за дела у стицају утврђује јединствену казну за раније учињено и ново кривично дело и одређује ново време проверавања које не може бити краће од једне ни дуже од пет година рачунајући од дана правноснажности нове пресуде. Уколико осуђени у току новог времена проверавања поново учини кривично дело, суд обавезно опозива условну осуду и тада изриче јединствену казну затвора,

- 2) раније учињено кривично дело²² (члан 68 КЗ) други је основ за обавезно или факултативно опозивање условне осуде. Условна

²¹ Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, *Коментар Кривичног законика Црне Горе*, Цетиње, 2004, стр. 159–172.

²² Прибављање доказа, списка или правноснажне пресуде којом је раније изречена условна осуда представља услов за одлучивање о опозивању условне осуде јер за ову одлуку није довољан податак о постојању раније осуде из казнене евиденције (пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. 25/2010); О евентуалном опозивању раније изречене условне осуде не може се правилно одлучивати само на основу података из казнене евиденције за окривљеног, већ је потребно извршити увид у списе тог предмета и правноснажну пресуду (решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1918/2012).

осуда се обавезно опозива ако су испуњена два услова: а) ако се после њеног изрицања утврди да је осуђени извршио кривично дело пре него што је условно осуђен и б) ако суд оцени да не би било основа за изрицање условне осуде да се раније знало за то дело. Ако не опозове условну осуду, тада за новооткривено кривично дело може да изрекне условну осуду или казну, и

- 3) неиспуњење одређених обавеза (члан 69 КЗ) последњи је основ за факултативно опозивање условне осуде²³. У случају када је уз условну осуду осуђеном лицу постављена једна или више факултативних (општих и посебних) обавеза, па је он не испуни у року који је одређен у пресуди, тада суду стоје на располагању следеће могућности: а) да продужи рок за испуњење ове обавезе у року времена проверавања, б) да опозове условну осуду, в) да изрекне казну која је утврђена у условној осуди, г) да осуђено лице ослободи од испуњења постављене обавезе и д) да постављену обавезу замени другом одговарајућом обавезом предвиђеном у закону ако утврди да осуђени из оправданих разлога не може да је испуни.

Поступак за опозивање условне осуде је уређен одредбама чл. 545–551. ЗКП. Условна осуда може се опозвати у току времена проверавања²⁴

²³ У поступку опозива условне осуде веће првостепеног суда не утврђује само чињеницу да ли је осуђени испунио обавезу која одлаже извршење утврђене казне затвора, већ је дужно да оправданост и целисходност захтева за опозив условне осуде процењује на основу свих околности (решење Апелационог суда у Нишу Кж. 1165/2010); Доношење одлуке о опозиву условне осуде претпоставља да је осуђени био у могућности да у остављеном или продуженом року испуни изречене обавезе, а да то ипак није учинио из разлога који се не могу сматрати оправданим (решење Апелационог суда у Нишу Кж. 1765/2010); Неодређивањем рока за испуњење обавезе одређене условном осудом повређен је кривични закон јер се не може јасно закључити када доспева обавеза окривљеног да поступи по посебном услову (решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 4237/2011); Окривљеном је због извршења кривичног дела недавања издржавања изречена условна осуда и посебан услов да убудуће редовно плаћа све доспеле обавезе – рате издржавања јер ће за случај неиспуњења овог услова условна осуда бити опозвана (решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 5211/2010); Приликом доношења пресуде којом се опозива условна осуда због неиспуњења неке обавезе која је изречена првобитном пресудом суд је у обавези да утврди да ли постоје оправдани разлози због којих окривљени своју обавезу није испунио водећи рачуна да се условна осуда може опозвати само у време проверавања (пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. 702/2013).

²⁴ У ситуацији када је првостепени суд опозвао условну осуду у прописаном року и таква одлука буде правилна у време њеног доношења, али због поднетих жалби она не буде правноснажна, другостепени суд ће, испитујући одлуку о кривичној санкцији по службеној дужности, отклонити примену одредбе о опозивању условне осуде ако је протекао рок од једне године од дана када је протекло време проверавања (пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. 2126/2011); Када правноснажна пресуда буде укинута поводом ванредног правног лека приликом изрицања кривичне санкције у поновљеном поступку у време проверавања урачунава се и време у којем

(члан 70 КЗ). Ако осуђени у том времену учини кривично дело које повлачи опозивање условне осуде, а то је пресудом утврђено тек после истека времена проверавања, условна осуда се може опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Ако осуђени у одређеном року не испуни неку од постављених обавеза, суд може најкасније у року од једне године од дана када је истекло време проверавања одредити да се изврши утврђена казна у условној осуди. Ако се после изрицања условне осуде утврди да је осуђени извршио кривично дело пре него што је условно осуђен, због чега не би било основа за изрицање условне осуде, условна осуда се може опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Одлуку о опозивању условне осуде доноси у форми пресуде суд који је судио у првом степену. У њој се морају утврдити основ за опозивање и разлози којима се суд руководио да опозове условну осуду ако је реч о факултативном опозиву.

2.3. Условна осуда са заштитним надзором

Условна осуда са заштитним надзором (члан 71 КЗ) други је облик (модалитет) ове упозоравајуће санкције, уведен са циљем да се умање разлике између континенталног и англоамеричког система условне осуде. Увођењем заштитног надзора као елемента пробације уз условну осуду добијен је комбинован, нов облик условне осуде, који даје широке могућности за остваривање специјалне превенције. Заштитни надзор обухвата законом предвиђене мере помоћи, старања, надзора и заштите. Изрицање заштитног надзора је факултативно и зависи од нахођења суда. Наиме, када изрекне условну осуду, суд може да одреди да се учинилац кривичног дела стави под заштитни надзор за одређено време у току трајања времена проверавања ако се с обзиром на његову личност, ранији живот, држање после извршеног кривичног дела, а нарочито његов однос према жртви кривичног дела и из околности извршења дела може очекивати да ће се заштитним надзором потпуније остварити сврха условне осуде. Заштитни надзор одређује суд у пресуди којом изриче условну осуду и одређује мере заштитног надзора, њихово трајање и начин њиховог испуњавања. Њихово извршење уређено је чл. 34–37 Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера.

је укинута пресуда била правноснажна и извршна (пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 3155/2013).

Садржину заштитног надзора (члан 73 КЗ) чине следеће обавезе: 1) јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора у роковима које тај орган одреди, 2) оспособљавање учиниоца за одређено занимање, 3) прихватање запослења које одговара способностима учиниоца, 4) испуњавање обавеза издржавања породице, чувања и васпитавања деце и других породичних обавеза, 5) уздржавање од посећивања одређених места, локала или природби ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела, 6) благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места, 7) уздржавање од употребе дроге или алкохолних пића, 8) лечење у одговарајућој здравственој установи, 9) посећивање одређених професионалних и других саветовалишта или установа и поступање по њиховим упутствима и 10) отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела.

При избору једне или више обавеза у оквиру заштитног надзора и одређивању њиховог трајања, суд нарочито узима у обзир следеће околности: а) године живота учиниоца, б) његово здравствено стање, в) склоности и навике, г) побуде из којих је извршио кривично дело, д) држање после извршеног кривичног дела, њ) ранији живот, е) личне и породичне прилике, ж) услове за испуњење наложених обавеза и з) друге околности које се односе на личност учиниоца, а од значаја су за избор мере заштитног надзора и њихово трајање. У сваком случају, када се определи за изрицање условне осуде са заштитним надзором, суд одређује и време трајања овако постављене мере, с тим да се ово време креће у оквиру времена проверавања. У току трајања заштитног надзора суд може, с обзиром на остварене резултате, да: а) поједине обавезе укине, б) постављене обавезе замени другим обавезама, в) да опомене учиниоца дела, г) да продужи време испуњења поједине обавезе д) да укине заштитни надзор ако се утврди да је његова сврха већ остварена или е) да опозове условне осуду. Са опозивањем условне осуде престаје и заштитни надзор.

3. Условна осуда за правна лица

Доношењем посебног Закона о одговорности правних лица за кривична дела²⁵ у Републици Србији 2008. године успостављена је нова гра-

²⁵ Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

на казненог права – корпоративно кривично право²⁶. Корпоративно кривично право²⁷ је део, сегмент класичног кривичног права. То је систем законских прописа (*ius publicum*) којима се одређују појам, елементи одговорности, систем кривичних санкција и поступак за њихово изрицање и извршење правним лицима као учиниоцима кривичних дела и систем кривичних дела која могу извршити ова лица у циљу сузбијања дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности²⁸ или је то скуп правних норми које одређују садржаје и обим овлашћења државе на кажњавање правних лица, при чему темељна претпоставка за примену тих норми представља одређено понашање које је прописано као кривично дело²⁹.

Закон о одговорности правних лица за кривична дела уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које се могу изрећи правним лицима и правила поступка у којем се одлучује о кривичној одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мера безбедности или правних последица осуде и извршењу судских одлука (члан 1 ЗОПЛКД). То је закон којим се допуњују одредбе Кривичног законика у случајевима када се као учинилац тим закоником предвиђених кривичних дела (и кривичних дела из споредног, помоћног, посебног кривичног законодавства) јавни правно лице.

Тако корпоративно кривично право Републике Србије познаје више врста кривичних санкција. То су (члан 12 ЗОПЛКД)³⁰: а) казне, б) мере упозорења и в) мере безбедности. То је плуралистички систем кривичних санкција за правна лица. И према правном лицу се могу применити све врсте (облика) условне осуде. То су: а) условна осуда у класичном смислу и б) условна осуда са заштитним надзором.

²⁶ Д. Јовашевић, *Корпоративно кривично право*, Ниш, 2012, стр. 16–25.

²⁷ В. Икановић, *Одговорност правних лица за казнена дјела*, Бања Лука, 2011, стр. 189–193.

²⁸ Д. Јовашевић, *Криминалитет правних лица и државна реакција*, Зборник радова „Криминал и државна реакција“, Београд, 2011, стр. 273–296.

¹ Марјановић, *Македонско кривично право, Општ дел*, Скопје, 1998, стр. 2.

⁸ Грозданић, М. Шкорић, *Увод у казнено право, Општи дио*, Ријека, 2009, стр. 2.

²⁹ Д. Јовашевић, М. Симовић, „Систем кривичних санкција за правна лица у Републици Србији“, *Безбједност, полиција, грађани*, Бања Лука, број 1–2/2014, стр. 5–28.

³⁰ Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, оп. цит., стр. 241–248.

3.1. Изрицање условне осуде

За изрицање условне осуде правном лицу потребно је испуњење два кумулативна услова³¹. То су:

- 1) формални услов – да је учиниоцу за извршено кривично дело утврђена новчана казна у износу до пет милиона динара. При томе је закон поставио два ограничења у погледу могућности изрицања условне осуде: а) она се не може изрећи учиниоцу кривичног дела за које је прописана казна затвора у трајању од десет година или тежа казна и б) она се не може изрећи ако није протекло више од пет година од правноснажности раније осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно дело. Мере безбедности које су изречене уз условну осуду се извршавају, и
- 2) материјални услов – уверење (оцена) суда да ће се на осуђеног и без извршења утврђене казне у довољној мери утицати да више не врши кривична дела. Суд до овог уверења долази имајући у виду сврху условне осуде, при чему се посебно узимају у обзир следеће околности: а) степен одговорности правног лица за учињено кривично дело, б) мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела и в) мере које је правно лице предузело према одговорном лицу након учињеног кривичног дела.

Своје уверење и чињенице на којима га заснива, суд је дужан да образложи у самој пресуди. И кад су испуњени ови законом кумулативно предвиђени услови, суд може (а не мора) да изрекне условну осуду. Ако суд одлучи да изрекне условну казну, тада одређује време проверавања³² у конкретном случају и услове под којима одлаже изрицање казне. Ти услови могу да буду: а) обавезни и б) факултативни. Обавезни услов при изрицању условне осуде јесте да осуђени за време проверавања, које може да траје од једне до три године, не учини ново кривично дело. Факултативни услови под којима се изриче условна осуда могу да буду: а) општи и б) посебни³³.

³¹ Д. Јовашевић, *Одговорност правних лица за кривична дела – европски стандарди и право Републике Србије*, Зборник радова „Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније“, Београд, 2010, стр. 516–533.

³² Време проверавања (време кушње или пробације) одређује се на основу уверења (оцене) суда о дужини времена које је потребно за остварење специјалне превенције као сврхе остварења ове кривичне санкције. У том случају суд треба да процени колико је времена потребно за специјално превентивно дејство (П. Новоселец, *Опћи дио казног права*, оп. цит., стр. 387).

³³ М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Општи дио*, Бања Лука, 2008, стр. 430–438.

То су: 1) општи факултативни услови односе се на сва кривична дела и на све учиниоце, под претпоставком да тај услов одговара природи кривичног дела и околностима под којима је учињено. То могу да буду: а) да врати имовинску корист прибављену кривичним делом, б) да накнади штету која је проузрокована кривичном делом, и в) да испуни друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама. Рок за испуњење овако постављених обавеза утврђује се у оквиру одређеног времена проверавања, 2) посебни факултативни услови могу да се састоје у обавези осуђеног да изврши неку од изречених мера безбедности (забрана обављања одређених регистрованих делатности, одузимање предмета) и 3) посебни факултативни услови који су у посебном делу Кривичног законика предвиђени код појединих кривичних дела који одговарају његовој природи: у члану 169 КЗ да у одређеном року поступи по прописима о мерама заштите на раду, у чл. 260–264 КЗ да у остављеном року предузме прописане мере заштите, очувања и унапређивања животне средине итд. Интересантно је да закон ништа не говори о последицама неиспуњења општих и посебних факултативних обавеза од стане правног лица у остављеном року – да ли то представља основ за опозивање условне осуде или не.

3.2. Опозивање условне осуде

Наше корпоративно кривично право предвиђа као разлог за опозивање условне осуде ако правно лице у време трајања рока проверавања буде одговорно за једно или више кривичних дела (без обзира на то да ли су та кривична дела извршена за време трајања овог рока или пре изрицања условне осуде јер се за њих није знало у време суђења). То значи да извршење новог кривичног дела (члан 21 ЗОПЈКД) представља основ који доводи до обавезног или факултативног опозивања условне осуде.

Условна осуда ће се обавезно (облигаторно) опозвати ако осуђено правно лице у време проверавања буде одговорно за једно или више кривичних дела за која му је изречена новчана казна од пет милиона динара или у већем износу. Условна осуда може се опозвати (факултативно опозивање) ако осуђено правно лице у време проверавања буде одговорно за једно или више кривичних дела за која му је изречена новчана казна мања од пет милиона динара. За оцену да ли ће опозвати условну осуду у овом случају суд обавезно узима у обзир околности које се од-

носе на учињено кривично дело и на правно лице, а посебно сродност учињених кривичних дела и њихов значај. При том је суд везан забраном изрицања условне осуде ако правном лицу за кривична дела утврђена у условној осуди и за нова кривична дела треба изрећи новчану казну у износу преко пет милиона динара.

Када опозове условну осуду, суд применом одредаба о одмеравању казне за дела у стицају изриче јединствену новчану казну (за раније учињено и за ново кривично дело) узимајући казну из опозване условне осуде као утврђену која се системом кумулације увећава за новоизречене казне. Ако не опозове условну осуду, суд за новоучињено кривично дело може да изрекне: а) условну осуду или б) казну. Ако суд нађе да и за ново кривично дело треба изрећи условну осуду, тада утврђује јединствену новчану казну (за раније учињено и за новоучињено кривично дело) и одређује ново време проверавања које може да се креће од једне до три године. Ово време проверавања почиње да тече од дана правноснажности нове пресуде. Ако осуђено правно лице у току новог времена проверавања буде поново одговорно за учињено кривично дело, тада суд обавезно (облигаторно) опозива условну осуду и изриче безусловну новчану казну.

Условна осуда може се опозвати у току времена проверавања (члан 70 КЗ). Ако осуђени у том времену учини кривично дело које повлачи опозивање условне осуде, а то је пресудом утврђено тек после истека времена проверавања, условна осуда се може опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Ако осуђени у одређеном року не испуни неку од постављених обавеза, суд може најкасније у року од једне године од дана када је истекло време проверавања одредити да се изврши утврђена казна у условној осуди. Ако се после изрицања условне осуде утврди да је осуђени извршио кривично дело пре него што је условно осуђен због чега не би било основа за изрицање условне осуде, условна осуда се може опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Одлуку о опозивању условне осуде доноси у форми пресуде суд који је судио у првом степену. У њој се морају утврдити основ за опозивање и разлози којима се суд руководио да опозове условну осуду ако је реч о факултативном опозиву.

3.3. Условна осуда са заштитним надзором

Условна осуда са заштитним надзором (члан 71 КЗ) други је облик (модалитет) ове упозоравајуће санкције, уведен са циљем да се умање разлике између континенталног и англоамеричког система условне осуде³⁴. Увођењем заштитног надзора као елемента пробације уз условну осуду добијен је комбинован, нов облик условне осуде који даје широке могућности за остваривање специјалне превенције. Заштитни надзор обухвата законом предвиђене мере помоћи, старања, надзора и заштите. Изрицање заштитног надзора је факултативно и зависи од нахођења суда. Наиме, када изрекне условну осуду, суд може да одреди да се правно лице као учинилац кривичног дела стави под заштитни надзор за одређено време у току трајања времена проверавања (члан 22 ЗОПЈКД). Заштитни надзор одређује суд у пресуди којом изриче условну осуду и одређује мере заштитног надзора, њихово трајање и начин њиховог испуњавања.

Садржину заштитног надзора (члан 22 ЗОПЈКД) чине следеће обавезе: 1) организовање контроле у циљу спречавања даљег вршења кривичних дела, 2) уздржавање од пословних активности ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела, 3) отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, 4) обављање рада у јавном интересу и 5) достављање периодичних извештаја о пословању органу надлежном за извршење заштитног надзора.

При избору једне или више обавеза у оквиру заштитног надзора и одређивању њиховог трајања суд нарочито узима у обзир следеће околности: а) године живота учиниоца, б) његово здравствено стање, в) склоности и навике, г) побуде из којих је извршио кривично дело, д) држање после извршеног кривичног дела, њ) ранији живот, е) личне и породичне прилике, ж) услове за испуњење наложених обавеза и з) друге околности које се односе на личност учиниоца, а од значаја су за избор мере заштитног надзора и њихово трајање. У сваком случају, када се определи за изрицање условне осуде са заштитним надзором, суд одређује и време трајања овако постављене мере, с тим да се ово време креће у оквиру времена проверавања.

У току трајања заштитног надзора суд може с обзиром на остварене резултате да: а) поједине обавезе укине, б) постављене обавезе заме-

³⁴ Д. Јовашевић, *Криминалитет правних лица и државна реакција*, Зборник радова „Криминал и државна реакција“, Београд, 2011, стр. 121–136.

ни другим обавезама, в) да опомене учиниоца дела, г) да продужи време испуњења поједине обавезе или д) да укине заштитни надзор ако се утврди да је његова сврха већ остварена будући да овде закон не предвиђа могућност опозивања условне осуде. Са опозивањем условне осуде престаје и заштитни надзор.

4. Закључак

Савремена кривична законодавства, па и кривично законодавство Републике Србије инаугурисано 1. јануара 2006. године (са низом новела), предвиђа разуђен систем кривичних санкција за физичка и правна лица као учиниоце кривичних дела. То је у складу са обимом, структуром и динамиком криминалитета, али и са захтевима криминалне политике – да се сваком учиниоцу кривичног дела индивидуализира врста и мера друштвене реакције оличене у кривичној санкцији која одговара степену друштвене опасности учиниоца дела, односно обиму и интензитету проузроковане последице и околностима под којима је кривично дело учињено. Казне су основне и од најстаријих времена најчешће прописиване и изрицане кривичне санкције. И данас је највећи број кривичних дела у посебном делу кривичног права запређен управо овом врстом кривичних санкција.

Но, под утицајем идеја о индивидуализацији и превенцији као основној функцији кривичног права, почетком 20. века у систем кривичних санкција се уводе нове врсте мера друштвене реакције. То су мере упозорења (опомињуће, упозоравајуће, адмонитивне кривичне санкције), међу којима се посебно истиче условна осуда. Те су мере потпуно лишене ретрибутивног карактера, њиховом применом се од учиниоца кривичног дела не одузимају или му се не ограничавају слободе и права, али му се њихово одузимање и ограничење стављају у изглед ако се не уздржи од даљег кршења правних прописа и вршења кривичних дела. На тај начин се психолошком „принудом“ утиче на учиниоца кривичног дела у смислу поправљања његовог понашања, уздржавања од кршења прописа и понашања и владања на слободи под одређеним ограничењима и под претњом примене у закону прописане или у судској одлуци изречене врсте и мере казне.

Слично као и у другим савременим кривичним законодавствима, и кривично право Републике Србије познаје две врсте условне осуде које

су идентичне по карактеристикама, правној природи, дејству, те условима за изрицање и опозивање. Разлика је само у садржини и начину извршења изречене осуде и примени посебних мера према осуђеном лицу које треба да му помогну да за време проверавања не учини ново кривично дело и да истраје у добром понашању. Обе врсте условне осуде у Србији предвиђене су и за физичко (пунолетно) и за правно лице, са идентичним условима за изрицање, те начином и поступком извршења.

Prof. Dragan Jovašević, L.L.D.
Full Professor
Law Faculty, University of Niš

THE SUSPENDED SENTENCE IN LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

From the ancient time till today criminal law in all countries provides a different social control measures-criminal sanctions. These are coercive measures imposed on offenders by court and that him take away or limit certain rights and freedoms. Sanctions are applied to the natural or legal persons who violates the norms of the legal order and hurt or endanger other legal goods that enjoy legal protection. In order to effectively protect social values of the crime, legislation in all countries predict a more kinds of criminal sanctions. These are: 1) sentence, 2) precautions, 3) safety measures, 4) penalties for juveniles (educational measures and punishment of juvenile prison) and 5) sanctions for legal persons. Elementary the oldest and the most important type of criminal sanctions is imposed It is prescribed for the highest number of offences in the Criminal Code.

But apart and instead of punishment, in the jurisprudence of particular in the jurisprudence of particular importance and role dimensions have warning measures. Since they emerged in the early 20th century in the system of criminal sanctions, they recorded an increase in the application to the offenders. Especially when it comes to primary, careless, accidental offenders

when it works on crimes that do not have a serious consequence, and whose perpetrator does not represent a person with criminal characteristics. All contemporary criminal legislation (including legislation of the Republic of Serbia) provides two types of warning measures. These are : 1) Suspended sentence and 2) Judicial admonition. Suspended sentence is a conditional stay of execution of sentence of imprisonment for a specified time, provided, that the convicted person does not commit another criminal offense and to fulfill other obligations set. For the application of these sanctions is necessary to fulfill two conditions : a) formal-which is attached to the sentence of imprisonment and b) material-which is the belief (assessment) court that the application of these sanctions is justified and necessary in a particular case. Many modern legislation are two different types of conditions convictions: 1) ordinary (classical) suspended sentence and 2) a suspended sentence with supervision. If the convicted person fails to comply with a court order, the law provides for the mandatory or optional revoke of suspended sentence.

Key words: *code, criminal act, criminal sanctions, warning measure, suspended sentence*

SKICE O NEOPHODNOSTI IZUČAVANJA SAVREMENIH/ KLASIČNIH PITANJA OSNOVA KRIMINOLOGIJE*

Dr Miomira Kostić**

***Apstrakt:** Bavljenje kriminologijom, kao i bilo kojom drugom društvenom naukom ili naučnom disciplinom, podrazumeva jasno, precizno određenje predmeta i cilja teorijskog i empirijskog istraživanja, kao i primenu adekvatnih metodoloških postupaka, radi dolaženja do saznanja predmeta koji se proučava. Izložena su neka podsećanja na razvoj kriminologije kao samostalne nauke, osnovni kvalitativni i kvantitativni metodološki postupci. Kao poseban segment rada, naglašen je značaj i uloga u bavljenju društveno-humanističkim naukama, kao i razlikovanje društveno-humanističkih od prirodnih nauka.*

***Ključne reči:** kriminologija, osnovi, metod, kvalitativno, kvantitativno, društvene nauke.*

Uvod

Mnogobrojna pitanja, vezana za osnovne postavke kriminologije kao samostalne nauke, poput predmeta, metoda, ideoloških polazišta kriminologa/kriminološkinja prilikom tumačenja dobijenih empirijskih rezultata

**** Redovna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.**

* Integralni tekst rada „Bavljenje kriminologijom – prilog rasvetljavanju pitanja primene adekvatne metodologije“, autorke Miomire Kostić objavljen je u: *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru: tematski zbornik radova. Knj. I* [urednik Predrag Dimitrijević; prevod Gordana Ignjatović]. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta, 2011. 265–280. ISBN 978-86-7148-148-9. Ovaj rad predstavljao je rezultat teorijskog istraživanja, kao rad na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. projekta 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije. Delovi toga rada korišćeni su kao segmenti za članak „Skice o neophodnosti izučavanja savremenih/klasičnih pitanja osnova kriminologije“.

истраživanja, na prvi pogled predstavljaju standardne teme, koje spadaju u polazne tačke kriminološke književnosti.

Od samih početaka nastanka razmišljanja o kriminalitetu i zločincu, na način koji nije bio samo krivičnopravni, javila se, pre svega, heterogenost, neodređenost u shvatanjima o pojmu zločina i kriminaliteta uopšte. Kriminološkim pitanjima najpre su se počeli baviti stručnjaci različitih drugih nauka, psiholozi, biolozi, lekari, antropolozi, sociolozi, koji su saznanja svojih nauka i naučnih disciplina koristili kao izvor za interpretaciju i tumačenje različitih činjenica koje su se izdvajale posmatranjem kriminalnog fenomena, ili samog zločinca.

Bavljenje kriminologijom, kao i bilo kojom drugom društvenom naukom ili naučnom disciplinom, podrazumeva jasno, precizno određenje predmeta i cilja teorijskog i empirijskog istraživanja, kao i primenu adekvatnih metodoloških postupaka, radi dolaženja do saznanja predmeta koji se proučava. Različita pitanja, iz oblasti: sociologije, kriminologije, penologije, viktimologije, kao i odgovori na njih, obuhvaćeni su nekom od vodećih ideja intelektualne tradicije na Zapadu, prevashodno o prirodi naučnog saznanja i o putevima kojima se do njih dolazi/lo. Inače, u nauci postoji jedna konstantna potreba za jasnim prikazom istorijata razvoja ljudske misli, a s tim povezano neprekidno „bujanje“ ljudskog istraživanja, što čini krajnje otežanim da se nečije saznanje „stavi zasigurno na prvu stepenicu, kao vodeće, u intelektualnoj istoriji“.¹

Uopšte posmatrano, određivanje pojma jedne nauke, pa i kriminologije, nemoguće je bez preciznog određenja njenog predmeta, kao i metoda kojima se služi u proučavanju svog predmeta. Kriminologija svoj status samostalne, teorijsko-empirijske, društvene i interdisciplinarne nauke² zavređuje samostalnim predmetom i metodama koje se primenjuju u istraživanju. Međutim, kao što se više naučnih, srodnih disciplina bavi istim predmetom istraživanja, određenom pojavom u spoljnom svetu, tako se i više njih služi istim metodama u proučavanju te pojave. Stoga se u nauci postavlja pitanje jasnog razgraničenja dveju posebnih, samostalnih nauka, koje imaju isti predmet i metod istraživanja. Kako naglašava Ž. Horvatić (1981), s ortodoksnih

¹ Videti: David Oldroyd, *The Arch of Knowledge*, 1986, p. 1, <http://books.google.com/books?>, pristup: 17.10.2011.

² Nauka podrazumeva korišćenje sistematskih metoda empirijskog istraživanja, analizu podataka, teorijsko mišljenje i logičku procenu argumenata, radi razvoja korpusa znanja o određenom problemu. Prema ovoj definiciji, kako ističe E. Gidens, sociologija, odnosno kriminologija jesu posebne nauke. Gidens, E. (2005). *Sociologija*. Beograd: Ekonomski fakultet, str. 656.

pozicija posmatrano, moglo bi se zahtevati da su samo „poseban predmet i specifične metode uvjeti za formiranje posebne znanstvene discipline“.³

Ipak, u društvenim naukama, poput sociologije, kriminologije, koje se bave povezanim, često uslovljenim, „isprepletanim“ pojavama, bez obzira na sličnost predmeta i primeni identičnih metoda u njihovom proučavanju, postoje i drugi kriterijumi „koji opravdavaju formiranje posebnih i samostalnih znanstvenih disciplina“.⁴ Sigurno da takva vrsta razgraničenja, kao i opravdanosti atributa samostalnosti, koji nauka nosi, mogu da budu uočeni ukoliko se napravi jasno razlikovanje između epistemološkog i metodološkog stanovišta, vezanog za jednu nauku. Epistemološko stanovište nosi u sebi utvrđivanje konstitutivnih principa naučne delatnosti, odnosno šta nauka teži da postigne, dok se metodološko stanovište odnosi na to kako i na koji način „naučnik stvarno prilagođava svoje ponašanje idealnim zahtevima delatnosti u kojoj učestvuje“.⁵

Razvoj kriminologije kao samostalne nauke

Još 1964. godine, prevodeći s francuskog jezika „malu“ Kriminologiju Žana Pinatela, dr Dragoljub Dimitrijević je pravilno primetio da se „na širem planu kriminalitet i borba protiv njega, ne može sagledati i rešiti posredstvom prirodnih nauka i medicinskog tretmana kao ni dometom samo deskriptivne sociologije“.⁶

Pinatel navodi da se kao osnivači kriminologije imaju odrediti: Lombrozo (Cesare Lombroso, 1836–1909), vojni lekar, čije se delo *Čovek zločinac* (1876) posmatra kao osnova kriminalne antropologije i kriminologije uopšte; Enriko Feri (Enrico Ferri, 1856–1929), koji je napisao *Kriminalnu sociologiju*, koja je 1881. godine izašla iz štampe pod nazivom *Novi vidici krivičnog prava*; i, Rafaele Garofalo (Raffaele Garofalo, 1851–1934), koji je 1885. izdao svoj udžbenik *Kriminologija*. U tom smislu, Pinatel i piše da o njenom razvoju svedoči Međunarodni kongres kriminalne antropologije, održan 1885. godine u Rimu, zatim u Parizu (1889), Briselu (1892), Ženevi (1896), Amsterdamu (1901), Turinu (1906) i Kelnu (1913).⁷

³ Videti: Horvatić, Ž. (1981). *Elementarna kriminologija*. „Liburnija“ – Rijeka, „Školska knjiga“ – Zagreb, str. 22.

⁴ Ibidem.

⁵ Videti detaljnije: Đurić, M. (1962). *Problemi sociološkog metoda*. Beograd: Savremena škola, str. 32.

⁶ Dimitrijević, D. (1964). „Predgovor“ (3-5). U: Pinatel, Ž. (1964). *Kriminologija*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika, str. 4.

⁷ Pinatel, Ž. (1964). *Kriminologija*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika, str. 7.

Kratki osvrt na razvoj kriminologije kao samostalne nauke, kroz različite kriminološke pravce, ukazaće na značaj primenjivanih metodoloških postupaka, određivanih u skladu s predmetom istraživanja. Tako su metode prirodnih nauka jedno vreme bile dominantne u kriminologiji, upravo pod uticajem antropološki i biološki orijentisane kriminologije, gde se poseban značaj davao nasleđivanju kriminalnih dispozicija, pa su primenjivane metode koje su omogućavale merenje nasledne opterećenosti, ispitivanje odnosa između nasleđenih i stečenih dispozicija i sl. Tako je, na primer, Gal (Gall) svoj rad na anatomiji mozga počeo u Beču, gde se bavio medicinom 1785–1805. godine. Kada je njegov rad proglašen neprihvatljivim s religioznog stanovišta, 1805. godine, napustio je Beč i radio na nekoliko nemačkih univerziteta. Smatra se da je, pored Lavatera (Lavater) i Đambatista dela Porta (Giambattista Della Porta), jedan od osnivača fiziognomije u kriminologiji. Njihova shvatanja, iako napuštena, ipak su predstavljala preteče antropološkog pravca u kriminologiji, a njihov je značaj u tome što su preuzeli metode egzaktnih nauka, a zločince proučavali pojedinačno, kao bolesnike.⁸

Opet, na prelasku vekova, grupa psihijatara, uključujući Ašafenburga (Ašafenburg) i Nakea (Näcke), odbacila je postojanje „moralnog defekta“ i zauzela mnogo složeniji stav o interakciji između nasleđivanja i okoline. Oni su ustanovili „Ašafenburgovu paradigmu“, u kojoj je dominirao stav da mnogi kriminalci pate od opšte mentalne abnormalnosti (opisane u terminu degeneracije, Minderwertigkeit ili psihopatija), što ih čini mnogo podložnijim da žive kriminalnim načinom života, pod nepovoljnim spoljnim okolnostima – ne zato što su te abnormalnosti bile neposredno kriminogene, „već zato što su razvojno omeli svoje karijere u društvenom i ekonomskom životu“.⁹

Od perioda Vajmarske republike, Ašafenburgova paradigma postala je predominantna. Praktično, svaki kriminolog, biološki orijentisan, u periodu između dva svetska rata, uključujući i one koji su bili najposvećeniji istraživanju genetskih faktora, poput Langea (Lange) i Štumfla (Stumpfl), bili su saglasni u tome da se, izuzev retkih slučajeva gemütlos psihopata, kongenitalni ili genetski faktori, koji su imali udela u kriminalnom ponašanju, nisu sastojali od nekog kriminogenog „moralnog defekta“, već od različitih abnormalnih tragova koji nisu nasledno kriminogeni, ali bi mogli da razviju kriminogeni potencijal, u određenoj kombinaciji i pod određenim spoljnim okolnostima.

⁸ Videti: Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M. *Kriminologija*. (2009). Niš: Pelikan Print, str. 268–269.

⁹ Wetzell, F. Richard. (2000). *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, p. 297.

Najvažniji doprinos Ašafenburgove paradigme bio je u kompleksnom sagledavanju interakcije između nasleđivanja i uticaja iz okoline, što je promovisalo da se pojava metodološki i konceptualno bliže odredi. U stvari, Ašafenburg je precizno opisao podelu uzroka zločina na dve velike grupe: društveni uzroci i individualni uzroci. Prva grupa razmatra samo spoljašne uslove „opšte fluktuacije koja utiče na javljanje zločina“; druga grupa uslova uvek vodi, prilikom ispitivanja individuog ličnog naginganju u zločin, ka „kaljuzi“ iz koje je individua potekla, a to „direktno vodi nazad duž puta prema društvenim uzrocima“ zločina.¹⁰ Štumfl je imao mnogo veći domašaj u metodološkim pitanjima studija o blizancima, nego u svojim radovima Lange, sve do Egznerove kriminološke studije iz 1939. godine, koja je predstavljala vidljivi napredak u odnosu na standardni rad Ašafenburga iz 1903. godine. Ova rastuća određenost metodologije neizmerno je, dodatno, usložila komplikovani zadatak biologa. Kako je njihovo razumevanje interakcije nasleđivanja i okruženja postalo složenije, njihov cilj, koji se sastojao u identifikovanju kriminogenih genetskih faktora i razdvajanja između popravljivih i nepopravljivih, postao je još „neuhvatljiviji“.¹¹ Kasnije, kada je došlo do razvoja kriminalne sociologije, najpre na evropskom, a zatim na tlu Severne Amerike, prihvaćene su sve metode i tehnike istraživanja, koje su inače dominantne u sociologiji.

Interesantno je stanovište Saderlenda, Kresija i Lakenbila (Sutherland, Cressey, Luckenbill) iz 1992. godine, u njihovom delu „Principi kriminologije“. Oni iznose tvrdnju da kriminologija obuhvata tri međusobno uslovljena područja koja se usmeravaju na procese stvaranja zakona, kršenja zakona i reakciju na kršenje zakona, pa stoga preciziraju oblasti: 1) sociologija krivičnog prava – namera da se sistemski analiziraju uslovi pod kojima se razvija sistem kaznenog prava i da se objasne varijeteti pravaca delovanja i procedura koji se koriste u policiji i sudovima; 2) sociologija zločina i socijalna psihologija kriminalnog ponašanja – namera da se sistemski analiziraju ekonomski, politički i socijalni uslovi u kojima se generiše ili prevenira zločin; i, 3) sociologija kažnjavanja i popravljanja – namera da se sistemski analiziraju pravci delovanja i procedure kontrole javljanja kriminaliteta. Tako se naučno određenje predmeta kriminologije nalazi u razvoju suštine saznanja u odnosu na ova tri procesa.¹²

¹⁰ Videti: Gustav Aschaffenburg. *Crime and Its Repression*. (1968). Montclair, New Jersey: Patterson Smith, str. 15.

¹¹ Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 298.

¹² Sutherland, D. Cressey, D. Luckenbill, D. (1992). *Principles of Criminology*. General Hall. p. 3. https://books.google.rs/books?id=wqRQqXKuU7sC&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs_ge_su

S današnjeg aspekta posmatrano, kao predmet kriminološkog izučavanja mogu se odrediti pitanja koja se odnose na: kriminalitet, delinkvenciju i devijaciju. Kriminalitet, u užem krivičnopravnom smislu, obuhvatio bi sva izvršena krivična dela na određenom prostoru i u određenom vremenskom sledu posmatranja; s druge strane, širi koncept kriminalnog fenomena odnosio bi se na sve kažnjive radnje izvršene na određenom prostoru i u određenom vremenskom sledu posmatranja (krivična dela, prekršaje, privredne presteupe, disciplinske povrede radne obaveze, nasilje u porodici, dakle sva ponašanja za koja je pozitivnim zakonodavstvom države predviđeno sankcionisanje); i, devijantna ponašanja, kao odstupanja od opšteprihvaćenog kulturnog standarda, na određenom prostoru i u određenom vremenskom sledu posmatranja, pri čemu je kriminalitet najteži oblik lične devijacije.¹³

Ovom razmišljanju korespondira objašnjenje koje je 1960. godine izneo Pinatel, bar što se tiče američke kriminologije. Naime, Pinatel je još tada ukazao na asimilaciju kriminologije i penologije u SAD, što je preuzeto iz francuske škole 19. veka. Kriminologija obuhvata dva velika poglavlja: kriminalnu etiologiju i penologiju. Svaki program prevencije kriminaliteta podrazumeva poznavanje forme, oblika i uslova zločina, a kako bi se odredili metodi tretmana prestupnika, moraju se prethodno saznati dominantna obeležja njihove ličnosti, dakle njena struktura i razvoj.¹⁴

Pri tome, u kriminologiji ne opstaje samo puki zbir utvrđenih činjenica koje imaju kvantitativno značenje, već su one postavljene u određeni sistem i podležu naučnoj analizi, uz primenu: analitičkog i sintetičkog, induktivnog i deduktivnog metoda, kao i materijalističkog, istorijsko-dijalektičkog metoda. Takav vid izučavanja ovih činjenica, na nivou konkretnosti nastanka pojava, upravo i čini bit naučne spoznaje. Ipak, empirijsko praćenje i beleženje pojava nije cilj sam po sebi. Takav se postupak ne okončava samo na nivou opisivanja činjenica, bez prethodno izgrađenog teorijskog koncepta, čijim se osnovnim polazištima i vrši interpretacija i verifikacija teorijskih postavki, uz nastojanje da se otkriju zakonitosti koje vladaju istraživanom pojavom.¹⁵

mmmary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, retrieved 21.8.2016.

¹³ Milutinović, M. (1989). *Kriminologija*. Beograd: Savremena administracija, str. 34.

¹⁴ Pinatel, Ž., op. cit., str. 16.

¹⁵ Aranudovski, Lj. *Kriminologija*. (2007). Štip: 2. Avgust S, str. 104–105.

Različite metode/tehnike u kriminologiji

Dilema, formulisana pitanjem, šta je značajnije u pogledu dobijanja naučnih rezultata, primena kvalitativnog ili kvantitativnog istraživanja kriminalnog fenomena, skoro da prevazilazi potrebu razjašnjenja i iznošenja valjane argumentacije, upravo iz razloga što to zavisi ne od takve dileme, već od toga šta je postavljeno kao predmet kriminološkog istraživanja, i na kom se nivou (makro ili mikro) posmatra kriminalni fenomen.

Put dolaženja do saznanja važan je, kako za kriminologiju, kao samostalnu nauku, tako i za praksu krivičnog pravosuđa. Vrednost, podesnost i neophodnost upotrebe kvalitativnog metoda podložni su diskusiji. Zbog svojih jedinstvenih doprinosa – dubine razumevanja pojave, kao primarnog cilja – koji se mogu obezbediti primenom kvalitativnih metoda, među kriminolozima se raspravlja o tome koliko se te metode često mogu da koriste, a ukoliko se prema tim pravilima sprovodi istraživanje, kako i na koji način to može doprineti kreiranju kriminološkog saznanja i prakse krivičnog pravosuđa.

Zbog raznolikosti u dobijanju podataka, načinu kako su podaci sakupljeni i analizirani, kao i to kako podaci i analize podataka rasvetljavaju predmet istraživanja, saznanja dobijena putem kvalitativnog istraživanja su „mnogo informativnija, bogatija i nude povećano razumevanje, u poređenju s onim koja se postižu kvantitativnim istraživanjem“.¹⁶

U kriminološkoj literaturi se ističe da se kvalitativno istraživanje usmerava prema suštastvenosti jedne kriminološke pojave, njenim osobenostima, utvrđujući karakteristike: događaja, ljudi, interakcija, kulturnih postavki i iskustava. Takođe, Berg (Berg, 2001), kao jedan od vodećih proponenata kvalitativnih istraživanja u kriminologiji, objašnjava: „Kvalitet upućuje na to koja pojava, gde, kada i kako se dogodila – na njenu suštinu i njeno okruženje. Stoga, kvalitativno istraživanje upućuje na značenje, koncepte, definicije, karakteristike, metafore, simbole i opise stvari“.¹⁷

Ipak, kvantitativno istraživanje smatra se *naučnijim* pristupom u bavljenju društvenim naukama. Fokus je usmeren na primenu specifičnih definicija, pažljivu operacionalizaciju o tome šta znače određeni koncepti i varijable. S druge strane, metodi kvalitativnog istraživanja usmeravaju veću pažnju ka

¹⁶ Richard Tewksbury, „Qualitative Versus Quantitative Methods: Understanding Why Qualitative Methods are Superior for Criminology and Criminal Justice“, *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, Vol 1 (1) 2009. p. 38-58. (p. 38), http://www.jtpcrim.org/January_Articles/Qualitative_Vs_Quantitative_Richard_Tewksbury.pdf, pristup: 25.10.2011.

¹⁷ Cit. prema: Richard Tewksbury, op. cit., str. 39.

interpretaciji, pri čemu su jasno uočljivi: pogledi, konteksti, okruženje, kao i širina razumevanja koncepta.¹⁸

Kvalitativnim istraživanjem postiže se istinsko razumevanje društvenog aspekta o tome kako se javlja zločin i kako državna struktura i procesi, s tim povezani, reaguju na izvršeni zločin, u kulturno zasnovanom kontekstu.

Ipak, rezultati kriminoloških istraživanja, u kojima su se primenjivale kvalitativne metode, veoma se retko objavljuju. Prema podacima iz 2005. godine, na primer, manje od 11% naučnih članaka iz kriminologije, objavljenih u visoko rangiranim časopisima iz oblasti kriminologije i krivičnog prava, sadrži rezultate istraživanja dobijene primenom kvalitativnih metoda, dok je manje od 15% bilo objavljeno u niže rangiranim časopisima.¹⁹

U objašnjenju kvalitativnih istraživanja, u stvari se zanemaruje jedna jasna konstatacija – podaci uopšte ne moraju da budu iskazani u brojevima, numerički. Učestalost distribucije neke pojave, kao i prognoziranje, ne moraju da se prikazuju. Podaci mogu da imaju oblik: reči, slika, impresija, gestovne izraze ili tonalitet, koji svi, u stvari, predstavljaju stvarne događaje ili stvarnost, onako kako se ona vidi simbolično, ili u sociološkom smislu. Kvalitativno istraživanje koristi „neuspostavljenu“ logiku, da bi se došlo do toga šta je „stvarno stvarno“ – kvalitet, smisao, kontekst ili slika stvarnosti, u kojoj ljudi izistinski delaju, a ne kako kažu da postupaju na taj način. Smisao neuspostavljene logike je u tome da ne postoje pravila „korak-po-korak“, u kojoj istraživači ne treba da koriste već *fabrikovane* metode ili uspostavljena pravila, termine, procedure, što će, ukupno, njihovo istraživanje učiniti „čistim i povezanim“ (kako to, inače, izgleda kada bude objavljeno u časopisima).²⁰

Stoga, postoji teškoća oko određenja kvalitativnog istraživanja, zato što ono ne obuhvata istu terminologiju kao uobičajeno naučnu. Najjednostavnija definicija glasi da kvalitativno istraživanje obuhvata metode prikupljanja podataka i analize koje nisu kvantitativne (Lofland, Lofland, 1984). Sledeći način tog određenja je da se kvalitativno istraživanje fokusira na „kvalitet“, termin koji upućuje na suštinu ili ambijent nečega (Berg, 1989). Zatim, kvalitativno istraživanje obuhvata subjektivnu metodologiju i sebe samog, odnosno istraživača kao instrument za istraživanje (Adler, Adler, 1987).

U stvari, svako ima svoju sopstvenu, omiljenu definiciju. Istraživači, koji primenjuju istorijsko-komparativnu metodu, smatraju da kvalitativno

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Cit. prema: Richard Tewksbury, op. cit., str. 40.

²⁰ *Qualitative Social Science Research Methodologies*, <http://www.drtoconnor.com/3760/3760lect06.htm> pristup: 25.10.2011.

istraživanje uvek uključuje istorijski kontekst, a nekada i kritički stav prema „isturenosti“ koja se stavlja ispred, kako bi se došlo do „dubinske strukture“ socijalnih relacija. Ipak, najčešće, kvalitativno istraživanje zasnovano je na osnovnom, od strane istraživača, prihvaćenom teorijskom stavu, od koga se i polazi.

Navešćemo neke od metodoloških postupaka, primenjenih u kvalitativnim istraživanjima, koji se uobičajeno ne navode u domaćoj kriminološkoj književnosti, s napomenom da se nekada, u stranim izvorima, ne pravi razlika između metoda i tehnika istraživanja, koje se koriste prilikom saznanja kriminalnog fenomena na mikronivou. Stoga, od tih postupaka, navode se: učestvovanje – posmatranje; etnografija; fotografija; etnometodologija; intervju uz dramaturški pristup; sociometrija; prirodni eksperiment; ispitivanje pojedinačnog slučaja; nenametljivo merenje; sadržajna analiza; historiografija i sekundarna analiza podataka.

Učestvovanje – posmatranje je proces u kome se istraživač udubljuje u studiranje ljudi od kojih se ne sme razlikovati. To se najčešće odvija tajno, identitet istraživača skriva se pod drugim imenom, pri čemu on ne odaje stvarnu svrhu svog boravka u toj sredini. Ovaj se postupak odvija kao: potpuno učestvovanje (istraživač učestvuje u devijantnim, ilegalnim aktivnostima i trudi se da neposredno utiče na grupu); učesnik kao posmatrač (istraživač učestvuje u devijantnim, ilegalnim aktivnostima, ali nema neposredni uticaj na grupu); posmatrač kao učesnik (istraživač učestvuje jednokratno u nekoj devijantnoj ili ilegalnoj aktivnosti, a zatim ne učestvuje ni u jednoj drugoj kriminalnoj aktivnosti); potpuno posmatranje (istraživač, kao član kriminalne grupe, ne učestvuje ni u jednoj devijantnoj niti kriminalnoj aktivnosti). Ono što je ključno za sve ove postupke jeste da istraživač mora da postupa na dva nivoa: da postane insajder i, istovremeno, ostane autsajder. Mora da izbegne da postane previše uključen u grupu, odnosno da ne bude njen „prirodni deo“, u smislu da prestane s istraživanjem i da postane, skoro, doživotno uključen u kriminalnu grupu. U kriminološko-empirijskom smislu, to bi značilo da istraživač gubi svoju objektivnost i počinje da glorifikuje kriminalce. Ovim metodom proučavane su: bande; grupe koje vrše zločine mržnje; prostitutke i trgovci drogom.

Etnografija je proces opisivanja kulture ili načina života jednog naroda. Smisao je u tome da je svaka osoba refleksija svoje kulture i da svi gestovi, simboli, pesme, izjave jedne osobe, kao pripadnika te kulture, imaju implicitno značenje za sve druge osobe koje pripadaju tom narodu. Etnografski pristup podrazumeva posmatranje i vođenje beležaka. Pri tome, istraživač treba

da sledi neka uputstva, kao: odmah se zapisuje sve i ne diskutuje ni o čemu pre zapisivanja; brižljivo treba pratiti pravila i sekvence događaja, kao i to koliko koja sekvenca traje; uočeno treba odvojiti od sopstvenih osećanja ili razmišljanja.

Fotografisanje ili snimanje filma je, u stvari, etnografski postupak, sproveden uz kamere ili foto-aparate. Etnografski film može se snimati o beskućnicima, na primer. Ova se tehnika često naziva *govorna istorija*.

Etnometodologija je studija o uobičajenom saznanju i predstavlja etnografsku tehniku, koju je ustanovio sociolog Harold Garfinkel (Harold Garfinkel), kasnih šezdesetih godina 20. veka. Podrazumeva aktivnu ulogu istraživača, kojom se krši standardna rutina grupa u jednom narodu, s ciljem da se ustanovi kakvom jačinom i na koje se sve načine članovi grupe mobilisu da ponovo uspostave dejstvo jedne kulturne norme. Ideja ovog postupka nije u tome da se prekrši zakon ili čak norme društvenog ustrojstva, već da se sitnim, pomalo smešnim postupcima krše pravila u grupi, koja će istraživača, zbog toga, proglasiti čudakom. Onda je istraživač u boljoj poziciji da razume krhke i fluidne procese socijalne kontrole, isto kao i pravila koja ljudi koriste da bi sačuvali ograničenja u svojoj kulturi. Ovaj se metod, i pored svojih ogromnih teorijskih potencijala, ne koristi često. Od 1989. godine istraživači ga primenjuju pod imenom sociolingvistika.

Intervjuisanje putem primene dramaturgije, ili, jednostavno dramaturgija, je tehnika vršenja istraživanja igranjem uloga ili glumljenjem svojih sklonosti, u nekoj simboličnoj interakciji ili obliku socijalnog performansa. Dramaturgija ili sociodrama propagirana je od strane Ervinga Goffmana (Erving Goffman), ranih šezdesetih godina 20. veka.²¹ Protagonisti su: cela grupa ili deo grupe ili pojedinac koji predstavlja neku grupu. Sociodrama se ne bavi unutrašnjim svetom pojedinca i njegovim interpersonalnim odnosima, već odnosima koji vladaju u grupama i unutar grupa (odnosi autoriteta u društvu, radnoj organizaciji, ispitivanje društvenih slojeva i odnosa između njih).²²

Sociometrija je merenje socijalne distance između članova grupe. Sas-toji se u procenjivanju privlačenja i odbijanja između pojedinaca u grupi, kao i sa strukturom grupe, što je definisano osećanjima. Metod je prvi ustanovio socijalni psiholog, Moreno (J.L. Moreno, 1934) i do današnjeg dana uvek podrazumeva grafičko opisivanje strukture grupnih relacija, što se naziva sociogram.²³ Bazična metoda uključuje upotrebu papira i olovke, kao i zahtev da

²¹ *Qualitative Social Science Research Methodologies*, loc.cit.

²² Videti: Veljković, J. Đurić, Z. (2003). *Psihodrama i sociodrama*. Beograd: Centar za primenjenu psihologiju, str. 68.

²³ *Qualitative Social Science Research Methodologies*, loc.cit.

svaka osoba iz grupe najpre napiše svoj izbor grupnih članova, kao partnera koje žele u različitim aktivnostima, pa se relativno jednostavno utvrđuje ko je „zvezda“, a ko je „izolovan“.²⁴

Prirodni eksperiment upućuje na situaciju u kojoj se dogodio rascjep, ili podela između članova grupe, i istraživaču se pružila prilika da prouči proces diferenciranja socijalne strukture. Prirodni eksperiment često se javlja u političkim naukama, kroz praćenje promene propisa o ubiranju poreza od građana, ili u slučaju kada savezna država primorava države članice da promene svoju socijalnu politiku, radna mesta, obrazovanje ili saobraćajnu politiku. U istorijsko-komparativnim istraživanjima, prirodni eksperiment se javlja kada se nacija okreće od komunizma ka kapitalizmu. Ekonomisti analiziraju procvat privatnog biznisa, ili pak recesiju, kao oblike prirodnog eksperimenta.

Metod individualnog slučaja, ili studija slučaja, ili istorijski metod (metodološki postupak uvek opisivani u domaćoj kriminološkoj književnosti, kao i u zemljama u okruženju) jeste analitičko-induktivni metod koji obezbeđuje naučno saznanje ispitivanjem pojedinačnih slučajeva kriminalnog ponašanja i delinkventa.²⁵

Nenametljiva merenja su načini prikupljanja podataka u kojima subjekti nisu svesni da su predmet proučavanja i nekada se nazivaju nereaktivnim merama. Uobičajeno sadrže prikrivene, neobične puteve saznanja i prikupljanja podataka, koji potpadaju u jednu od dve kategorije: „nanošenje“ ili „spiranje“. Nanošenje je odraz svega onoga što ljudi ostavljaju iza sebe (smeće, na primer). Spiranje znači sve ono u okolini ljudi, ili na ljudima, što je pohabano, uništeno ljudskom aktivnošću (staro odelo, na primer). Ispitivanje grafiti i vandalizma primeri su primene nenametljivih mera istraživanja u krivičnom pravu.

Sadržajna analiza je primer tehnike prikupljanja i analiziranja sadržine teksta. Sadržina teksta određuje se prema: rečima, frazama, izrekama, pasusima u tekstu, slikama, simbolima i rečima. To se često primenjuje u radu obaveštajnih ili policijskih službi, kada se nadgleda diplomatska pošta, prisluškuju telefoni, čita sadržina mejlova na internetu (borba protiv terorizma, na primer).

Istoriografija je metod primene istorijskog istraživanja, ili prikupljanja, ili analiziranja istorijskih podataka. Postoje četiri vrste istorijske evidencije:

²⁴ Veljković, J. Đurić, Z., loc. cit.

²⁵ Videti opširnije: Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M., op. cit., str. 74, Arnaudovski, Lj., op. cit., str. 114.

primarni izvori, sekundarni izvori, pokretni izveštaji i ponovno prikupljanje podataka.

Sekundarna analiza je ponovna analiza podataka, koji su prvobitno sakupljeni od strane nekog drugog istraživača, u druge svrhe, u odnosu na to šta sadašnji istraživač želi time da postigne. Nekolicina podataka u kriminologiji i krivičnom pravu postoji baš u tu svrhu. Uniform Crime Report, na primer, može biti analiziran na više načina, pa se često pridodaju dodatne varijable u već postojeći sistem prikupljenih podataka. Ova tehnika je većinom kvantitativna, pa se kvalitativni delovi koriste kao vrednosna provera kvantitativnih pokazatelja.²⁶

Metodi kvantitativnog istraživanja obično se odnose na merenje kriminološke ili krivičnopravne stvarnosti. Radi razumevanja ovog procesa neophodno je odrediti nekoliko termina. Pojmovi su apstraktne oznake koje se zasnivaju na stvarnosti i koje mogu biti određene numeričkim vrednostima, koje ih čine varijablama. Varijable se zatim proučavaju, da bi se istražili obrasci: relacija; načina kako dve varijable utiču jedna na drugu; uzroka i posledica. Na najosnovnijem nivou, obično postoji najmanje jedna zavisna varijabla i jedna nezavisna varijabla. Zavisnu varijablu istraživač nastoji da predvidi. Nezavisna varijabla je ta koja uzrokuje, determiniše vremenski zavisnu varijablu.

Za nastanak kauzaliteta potrebno je ispunjenje tri kriterijuma. Prvi je asocijativnost. U stvari, zavisne i nezavisne varijable moraju da upućuju jedna na drugu. Drugi kriterijum odnosi se na vremensko određenje. Nezavisna varijabla mora da prethodi vremenski zavisnoj varijabli. Konačno, tu je i pitanje utvrđivanja postojanja lažnih odnosa, odnosno ako se odnos između nezavisnih i zavisnih varijabli ne zasniva na varijaciji neke treće, neuočene varijable.

Postoje brojni metodi kvantitativnog istraživanja, dostupni istraživačima, od kojih većina potpada pod rubriku *istraživačkog postupka*, koji se slobodno može odrediti kao plan za istraživanje, koji uključuje istraživanje, odnosno davanje odgovora na pitanja: ko, šta, gde, kada, zašto i kako. Ovi istraživački metodi uključuju: ispitivanje; eksperimentalno i kvaziekperimentalno istraživanje; istraživanje kroz poprečne preseke; longitudinalno istraživanje; istraživanje vremenskih serija i metaanalizu.²⁷

²⁶ *Qualitative Social Science Research Methodologies*, loc.cit.

²⁷ *Criminology and Criminal Justice Research: Methods – Quantitative Research Methods*, <http://law.jrank.org/pages/923/Criminology-Criminal-Justice-Research-Methods-Quantitative-research-methods.html>, pristup: 31.10.2011.

Ispitivanje je najčešće korišćen metod opservacije (posmatranja), unutar društvenih nauka, uključujući i kriminologiju. Ispitivanje uključuje prikupljanje informacija iz uzorka sastavljenog od pojedinačnih elemenata, preciznije osoba, putem njihovih odgovora na postavljena pitanja. Tehnički, može se obaviti usmeno, neposredno od ispitanika, ali i putem: mejlova, telefona, kompjutera. Ispitivanje se može obavljati pomoću zatvorenih i otvorenih pitanja. Otvorena pitanja zahtevaju da ispitanik odgovori na određeno pitanje, svojim rečima, dok zatvorena pitanja zahtevaju da ispitanik izabere jedan od ponuđenih odgovora.

Eksperimentalno i kvaziekperimentalno istraživanje su, prema nekim istraživačima, najbolji načini utvrđivanja uzroka i posledica koje izazivaju. Pravi eksperiment mora imati bar tri sastavna dela: dve grupe za poređenje (eksperimentalnu i kontrolnu grupu); promenu u nezavisnoj varijabli pre utvrđivanja promene u zavisnoj varijabli; nasumično utvrđivanje dveju ili više grupa za poređenje.

Mnogi eksperimenti sadrže postupke pre i posle testiranja. Prethodne mere testiranja zavisne varijable prethode eksperimentalnoj intervenciji, dok se kasnije primenjuju mere testiranja ishodne varijable, pošto je eksperimentalna grupa dobila odgovarajući tretman. Nasumičnost je ono što grupu za poređenje, u pravom eksperimentu, čini moćnim izvorom za identifikovanje efekata tretmana. Klasični eksperimentalni dizajn postoji onda kada je obavljeno prethodno testiranje obe grupe, zatim intervencija samo za jednu, eksperimentalnu grupu, a potom testiranje za obe grupe.

Kod kvaziekperimenta ne postoji nasumični odabir u odnosu na eksperimentalnu i kontrolnu grupu, već se to utvrđuje aproksimativno, pažljivim biranjem subjekata iz dve grupe, pomoću nekoliko ključnih varijabli. Dva osnovna tipa kvaziekperimenta su: prvi, formiranje nejednakih kontrolnih grupa, koje se sastoje od grupe za eksperiment i grupe za poređenje, koje se formiraju pre primene tretmana i koje nisu određene nasumičnim pristupom; i drugi, nacrti za ispitivanje pre-i-posle, nad kojima se vrši pre-i-posle testiranje, bez grupa za poređenje.

Istraživanje kroz poprečne preseke podrazumeva studije grupe, u jednom trenutku vremena, dakle brzi presek ispitivanog fenomena, pa se zato odnosi na reprezentativne uzorke grupa, pri čemu se rezultati, odnosno nalazi istraživača generalizuju.

Longitudinalne studije javljaju se kao: panel studije i studije kohorte. Oba pristupa primenjuju se nad istom grupom, za neki period vremena i

uopšteno se odnose na procenjivanje unutar i između promena u grupi. Panel studije prate istu grupu ili uzorak kroz vremenski period, dok se studijama kohorte izučava mnogo specifičnija populacija, onako kako se menja kroz vreme.

Istraživanje vremenskih serija obično obuhvata varijacije multiplikovanog posmatranja iste grupe (osoba, gradova, oblasti), u toku nekog vremena ili sukcesivnih tačaka u vremenu. Obično se analizira jedna varijabla (kao što je nivo kriminaliteta, na primer), u periodima vremena koji slede jedan za drugim. Ovaj metodološki postupak posebno je pogodan za studije o primeni novih zakona ili socijalnih programa.

Metaanaliza predstavlja skorašnju istraživačku metodologiju. Pristup istraživanju sastoji se u kvantitativnoj analizi onoga do čega se došlo u multiplikovanim studijama. U primeni metaanalize istraživači treba da objedine rezultate nekoliko studija i da načine neku vrstu sažetka, sastavljenog od empirijskih pokazatelja o nekom uzroku i njegovom dejstvu na pojavu. Tipičan primer metaanalize bio bi istraživanje odnosa između rasturene porodice i delinkvencije.²⁸

Konačno, bez obzira na određen predmet i u skladu s tim primenjeni metod kriminološkog istraživanja, pod uslovom jasno i precizno primenjenog naučnog sleda radnji u istraživanju, istraživaču uvek ostaje jasan cilj: ne samo površinsko razumevanje kriminalnog fenomena, već razotkrivanje tog segmenta društvenog života na nov način. Sva stečena saznanja o fenomenološkim i etiološkim pokazateljima ispitivane pojave, već u sledećem istraživanju o istoj ili sličnoj temi, imaće samo karakter hipoteza, koje treba verifikovati. Samo na taj način moguće je primeniti uvek bolje, delotvornije metode politike suzbijanja kriminaliteta, jer će teorijska polazišta samo istraživanjem dobiti empirijsku verifikaciju.

Zaključne crtice

Sam naziv ovog rada, kao i njegovi delovi, pa i zaključne crtice, jasno ukazuju na nameru autorke da ovo bude tek početak, uvod u raspravu o osnovnim bitnim pitanjima kriminologije, i njenih srodnih disciplina, penologije, viktimologije, s ciljem obnovljenog tumačenja već postojećih saznanja, ili, pak pokušaja ustanovljenja novog „svetla“ u tim domenima, ali u potpuno promenjenim savremenim društvenim i ekonomskim okolnostima.

²⁸ Ibidem.

U Srbiji se, u prvoj polovini 2016. godini, pojavila, u malom obimu, tema društvenog položaja društvenih nauka, kao i značaja izučavanja društveno-humanističkih disciplina na domaćim univerzitetima. Naravno, ova rasprava bila je izazvana prozaičnim, a objektivnim primerom načina finansiranja naučnih istraživanja u oblasti društveno-humanističkih disciplina.

Poređenjem nivoa aplikativnih svojstava između prirodnih i društveno-humanističkih nauka, sigurno je da će prirodne odneti prevagu. Kako primećuje I. Vuković u svom kratkom eseju „Hobi fakulteti“ (2016) „kao što se u starim vremenima intelektualna sloboda merila odstupanjem od dijalektičke direktive, tako se u novim vremenima meri odstupanjem od zahteva tržišta. A naučnog napretka bez slobode mišljenja nikada nije bilo, niti će ga ikad biti“.²⁹ U prilog ovom razmišljanju nalazimo i reči J. Babića, po kome „glavni deo onoga čime se bave društvene nauke odnosi se na *vrednosti*, na analizu i opravdavanje vrednosti. U njima se radi o *opravdavanju* onog što se čini ili treba činiti, a ne o *objašnjenju* kako se to može izvesti. U njima se više bavimo razlozima nego uzrocima. Dok nas prirodne nauke osposobljavaju da ovladamo prirodom i njenom beskrajnom raznolikošću, društvene nauke treba da nas učine boljim ljudima, sposobnim da napravimo bolji svet, kroz analizu razloga koji će opravdati vrednosti ciljeva koji se postavljaju i koje treba postaviti“.³⁰

Otkuda inspiracija za ovaj rad, ovako naslovljen, navedenim razmišljanjima? Kriminologija obiluje brojnim saznanjima o fenomenološkim i etiološkim svojstvima kriminaliteta. Njena dostignuća u oblasti preveniranja zločina nemerljiva su. Podsećanje na njene osnovne naučne postulate, kao i dostignuća u oblasti kriminalizacije i dekriminalizacije pojedinih ponašanja, moraju biti korišćena na način koji će građanima predočiti saznanja o zločinu kao ljudskom činu, koji je nemoguće potpuno iskoreniti, s jedne strane, a čije prepoznavanje i ulaganje državnih i pojedinačnih napora u njegovu prevenciju, s druge strane, mora biti prioritet svake države.

²⁹ Vuković, I. (2016). „Hobi fakulteti“. Kultura umetnost nauka. *Politika*. Subota 30. april 2016. godina LX, br. 3, str. 04.

³⁰ Babić, J. (2016). „Sluškinje vlasti“. Kultura umetnost nauka. *Politika*. Subota 30. april 2016. godina LX, br. 3, str. 05.

LITERATURA

1. Aranudovski, Lj. *Kriminologija*. (2007). Štip: 2. Avgust S, str. 104–105.
2. Aschaffenburg, G. (1968). *Crime and Its Repression*. Montclair, New Jersey: Patterson Smith.
3. Babić, J. (2016). „Sluškinje vlasti“. Kultura umetnost nauka. *Politika*. Subota 30. april 2016. godina LX, br. 3, str. 05.
4. Dimitrijević, D. (1964). „Predgovor“. (3-5). U: Pinatel, Ž. (1964). *Kriminologija*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika.
5. Đurić, M. (1962). *Problemi sociološkog metoda*. Beograd: Savremena škola.
6. Gidens, E. (2005). *Sociologija*. Beograd: Ekonomski fakultet.
7. Horvatić, Ž. (1981). *Elementarna kriminologija*. „Liburnija“ – Rijeka, „Školska knjiga“ – Zagreb.
8. Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M. *Kriminologija*. (2009). Niš: Pelikan Print.
9. Kostić, M. (2011). „Bavljenje kriminologijom – prilog rasvetljavanju pitanja primene adekvatne metodologije“, u: *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru: tematski zbornik radova. Knj. I* Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta. 265–280.
10. Milutinović, M. (1989). *Kriminologija*. Beograd: Savremena administracija.
11. Pinatel, Ž. (1964). *Kriminologija*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika.
12. Veljković, J. Đurić, Z. (2003). *Psihodrama i sociodrama*. Beograd: Centar za primenjenu psihologiju.
13. Vuković, I. (2016). „Hobi fakulteti“. Kultura umetnost nauka. *Politika*. Subota 30. april 2016. godina LX, br. 3, str. 04.
14. Wetzell, F. Richard. (2000). *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press.
15. David Oldroyd, *The Arch of Knowledge*, 1986, p. 1,
16. <http://books.google.com/books?>, pristup: 17.10.2011.
17. Sutherland, D. Cressey, D. Luckenbill, D. (1992). *Principles of Criminology*. General Hall.

18. https://books.google.rs/books?id=wqRQqXKuU7sC&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, retrieved 21.8.2016.
19. Richard Tewksbury, „Qualitative Versus Quantitative Methods: Understanding Why Qualitative Methods are Superior for Criminology and Criminal Justice“, *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, Vol 1 (1) 2009. p. 38-58. (p. 38), http://www.jtpcrim.org/January_Articles/Qualitative_Vs_Quantitative_Richard_Tewksbury.pdf pristup: 25.10.2011.
20. *Qualitative Social Science Research Methodologies*,
21. <http://www.drtoconnor.com/3760/3760lect06.htm> pristup: 25.10.2011.
22. *Criminology and Criminal Justice Research: Methods – Quantitative Research Methods*,
23. <http://law.jrank.org/pages/923/Criminology-Criminal-Justice-Research-Methods-Quantitative-research-methods.html>, pristup: 31.10.2011.

Prof. Miomira Kostić, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

**SKETCHES ON THE NECESSITY OF STUDYING
CONTEMPORARY / CLASSIC THEMES OF THE BASIS OF
CRIMINOLOGY**

Summary

Dealing with criminology, as well as any other social science or scientific discipline, implies a clear, precise definition of the object and purpose of theoretical and empirical research as well as application of adequate methodological procedures, in order to arrive at a knowledge of the object under study. On display are some reminders of the development of criminology as an independent science, the basic qualitative and quantitative

methodological procedures. As a special segment of the paper, the importance and role in addressing social and human sciences, as well as the differentiation of social and humanistic sciences is emphasized.

Key words: *social and human sciences, criminology, methodology, researches.*

**SUZBIJANJE KAZNENIH DJELA ILEGALNIH MIGRACIJA NA
PODRUČJU REGIJE S POSEBNIM OSVRTOM NA REPUBLIKU
HRVATSKU I REPUBLIKU SRBIJU***

Prof. dr. Željko Nikać
Dr sc. Vanda Božić*****

***Apstrakt:** Ratni sukobi u Siriji, Afganistanu, na Bliskom istoku i na sjeveru Afrike bili su generator najveće seobe naroda poslije II svjetskog rata. To je dovelo do političke i ekonomske krize te brojnih terorističkih akata u svijetu, što se odrazilo i na regiju Jugoistočne Europe, osjetljivu na međunarodne i druge sukobe. U odgovoru na sigurnosne izazove, rizike i prijetnje, države poduzimaju mjere na unutrašnjem planu, dok na međunarodnom planu surađuju na bilateralnom, regionalnom i multilateralnom nivou. Pravnu osnovu aktivnosti čine norme unutrašnjeg prava i međunarodni dokumenti. Operativni odgovor na unutrašnjem i međunarodnom planu obuhvaća aktivnosti, mjere i radnje nacionalnih službi, međunarodnih organizacija i dr. Posebno je ukazano na aktivnosti u suzbijanju ilegalnih migracija u Hrvatskoj, Srbiji i regiji. U radu je napravljen pregled i analiza stanja prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za kaznena djela ilegalnih migracija u sudskoj praksi na područjima Hrvatske i Srbije. Na kraju su dani i prijedlozi de lege ferenda s ciljem što uspješnijeg suzbijanja kaznenih djela ilegalnih migracija.*

***Ključne riječi:** ilegalne migracije, kaznena djela, legislativa, policija, Hrvatska, Srbija, regija, međunarodna suradnja, EU*

* Rad je pisan u okviru potpore Hrvatske zaklade za znanost i odobrenog projekta pod br. 1949 „Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition – Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime“. – Referat je nastao i kao rezultat rada na projektu „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija“. Projekat se vodi kod MPNTR RS pod br. 179045.

** **Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.**

*** **Znanstveni suradnik, Pravni fakultet, Zagreb.**

Uvod

Krajem 2010. i početkom 2011. godine započet je proces poznat pod nazivom “Arapsko proljeće” koji je bio početak pobune naroda protiv diktatorskih i totalitarnih režima koji su dugo bili na vlasti u pojedinim državama. Proces je krenuo najprije u Sudanu, potom u Tunisu, Egiptu, Libiji, Bahreinu, Siriji, Jemenu, Alžiru, Iraku, Jordanu, Maroku i Maliju. Manjih protesta bilo je i u Kuvajtu, Libanonu, Mauritaniji, Saudijskoj Arabiji i zapadnoj Sahari. U početku su to bili građanski protesti u klasičnoj formi demonstracija i marševa popraćeni na popularnim društvenim mrežama poput You Tubea, Facebooka i Twittera. Aktualne vlasti u većini ovih država su na demonstracije odgovorile očekivano – represijom, kontrademonstracijama i provladinim protestima.

Do ljeta 2011. godine demonstracije su rezultirale obaranjem vlasti u Tunisu i Egiptu, kadrovskim promjenama u vladama nekih država i obećanjima pojedinih *lidera* da će se povući sa vlasti. Domino efekt očitovao se na susjedne i ostale arapske zemlje, pa je došlo do eskalacije sukoba i oružanih borbi involviranih grupa i frakcija. Najteže stanje bilo je u Libiji gdje je tadašnji predsjednik Gadafi odbio da se povuče, nakon čega je došlo do građanskog rata i strane vojne intervencije grupe zapadnih država iz sastava NATO. Još teža situacija je u Siriji gdje građanski rat još uvijek traje i nema izgleda da će doći do održivog primirja, uspjeha pregovora (UN, Geneva) i uspostavljanja trajnijeg mira. Ovo posebno zbog činjenice da su u ovaj sukob direktno involvirane najveće svjetske sile (SAD i Rusija) sa svojim saveznicima, dok su obični građani, nažalost, kolateralna šteta.

“Arapsko proljeće” inspiriralo je i nekoliko manjih protesta koji su se dogodili u ostalim zemljama izvan arapskog svijeta, primjerice u SAD-u gde je organiziran građanski protest pod sloganom “Okupirajmo Wall Street.”¹

Posljedice ovih sukoba najprije su se reflektirale na spomenute zemlje i obične građane koji su se suočili s ogromnim razaranjima, ljudskim i materijalnim žrtvama, izbjeglištvom i vjerskim (islamskim) terorizmom. Jedna od značajnijih posljedica bila je *seoba* ljudi i čitavih naroda, do sad najveća u povijesti. Bježeći od ratom zahvaćenih područja čitave obitelji i čak manje lokalne zajednice potražile su ponajprije spas u obližnjoj Turskoj, zatim u Grč-

¹ Više: Browsers, Michaelle, *Political Ideology in the Arab World: Accommodation and Transformation*, 2009, New York: Cambridge University Press. – Goldstone, Jack A., Hazel, John T., Jr. (2011), *Understanding the Revolutions of 2011: Weakness and Resilience in Middle Eastern Autocracies*, Foreign Affairs.

koj kao prvog u nizu zemalja iz sastava EU te Italiji (pomorskim putem), ali i drugim zemljama Starog kontinenta. Na toj ruti našle su se i države članice nekadašnje Jugoslavije poput Makedonije, Srbije, Hrvatske i Slovenije, a nešto manje Crna Gora i BiH.

U početku su migracije bile manjeg obima i uglavnom legalne, uz prihvaćanje ostalih država i imanja senzibiliteta prema žrtvama rata u Siriji i drugim državama. Međutim, kako su se ratni sukobi intenzivirali, to su i seobe postale masovne i dobile karakter *ilegalnih migracija* s obilježjima kaznenih djela. Zbog velikog broja migranata i kontinuiteta procesa ilegalne migracije su snažno uzdrmale vanjske granice EU, njenu ekonomsku snagu i unutrašnju koheziju država članica. Proces je ostavio duboke posljedice na sve zemlje koje su se našle na migrantskim rutama, kontinentalnoj i pomorskoj, na skoro identičan način kao i na zemlje EU kao mjesta konačne destinacije migranata.

Međunarodna suradnja država globalno kao i regije Jugoistočne Europe, nametnula se kao nužnost u ovoj situaciji, jer je izbjeglički val zaprijetio rušenjem svih tekovina suvremenog društva i ljudske civilizacije. U nastavku referata, kratko će se ukazati na važnije pravne izvore, mehanizme, mjere i aktivnosti međunarodne suradnje, kao i pojedine dileme i probleme koji prate ovaj proces.

1. Migracije – pojam, uzroci i klasifikacija

- a) Migracije stanovništva poznata su pojava od davnina do danas i odvijale su se uvijek s manjim ili većim intenzitetom zavisno od društvenih, ekonomskih i drugih uvjeta u državama i regijama. Pojedinci i društvene grupe pokušavali su doći do područja koja bi im omogućila život u znatno lakšim uvjetima pa je to bio i osnovni razlog seobe stanovništva kroz povijest. Migracijska kretanja nisu prestala ni u novijoj svjetskoj povijesti, već su se intenzivirala s razvojem poljoprivrede i posebno industrije u pojedinim zemljama. To se naročito odnosi na industrijsku revoluciju koja se dogodila u Engleskoj u XIX stoljeću i kasnije u SAD-u, kada su milijuni migranata s drugih kontinenata krenuli ka Americi u potrazi za boljim životom. Sredinom XX stoljeća dolazi do pravog buma i ekspanzije migranata u Europi i SAD-u.² Ovaj proces nastavljen je i

² Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Dosije, Beograd, 2007, str. 172.

danas zbog općepoznatih ekonomskih i drugih (ne)prilika u svijetu, a posebno u pojedinim državama i regijama. Podsjećamo da su srodna kretanja bila i na našim prostorima nakon minulog rata, kada je veliki broj građana napustio svoje domove i morao se preseliti na druge lokacije.

Semantički, pojam *migracija* (lat. *migratio*) znači seobu, seljenje, te se koristi u širem smislu za označavanje različitih oblika mobilnosti ljudi i životinja. Pojam migracija različito je određen na međunarodnom nivou i u upotrebi su brojne definicije. Zbog prostornih i drugih limita ukazujemo na pojmovno određenje *Međunarodne organizacije za migracije* koja definiira migracije kao kretanje ljudi ili grupa ljudi preko granica država i unutar njih, bez obzira na distancu koja se pritom prelazi, uzroke i okolnosti pod kojima se kretanje odvija.³ U domaćim rječnicima prihvaćeno je slično određenje pojma prema kojem se pod migracijama (lat. *migro*) smatra preseljenje ili premještanje stanovništva unutar granica jedne države (*unutrašnje migracije*) i iz jedne države u drugu (*vanjske migracije*).⁴

b) Uzroci migracija su različiti s obzirom na to da prirodni i društveni uvjeti utječu na migracijske tokove. Kao *prirodni* uzroci navode se geografski, geološki, klimatski, hidrološki i drugi faktori koji su djelovali kao (de)stimulativni uzroci migracija stanovništva u minulom desetljeću u svijetu.⁵ Nadalje, kao uzroci migracija javljaju se prirodne katastrofe i druge izvanredne situacije kao što su havarije, akcidenti, tehničko-tehnološki događaji, posljedice suvremenih ratova, infektivne bolesti i dr.⁶

Značajan uzrok migracija čine i *ambijentalni* činioci kao što su društveni, politički i ekonomski odnosi u određenoj zajednici i u konkretnom periodu. Važniji društveni uzroci migracija su prije svega konflikti, sukobi i ratovi, među kojima su naročito destruktivni sukobi na rasnoj, vjerskoj, etničkoj i drugoj osnovi. Takav je bio slučaj na teritoriju bivše SFRJ kada društvena i ekonomska kriza nisu mogle biti prevaziđene političkim kompromisom pa

³ *Glossary on migration*, International Organization for Migration, Geneva, 2011, str. 62–63. Više u: Mijalković, S., Žarković M., *Ilegalne migracije i trgovina ljudima*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2012.

⁴ Mastilo, N., *Rečnik savremene srpske geografske terminologije*, Geografski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 228.

⁵ *Monitoring disaster displacement in the context of climate change*, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Internal Displacement Monitoring Centre, 2009, p. 8. Prema: op. cit. u nap. 3.

⁶ Žarković, M., Mladan, D., Bjelovuk, I., *Specifičnosti kriminalističkog postupanja na mestu događaja u uslovima velikih akcidenata – vanrednih situacija*, NBP No. 2, Vol. XIV, Beograd, 2009, str. 185–202.

je došlo do eskalacije konflikta na vjerskoj i nacionalnoj osnovi, što je preraslo u oružani sukob. U kontinuitetu s tim su i *ekonomski* činioci kao direktni uzroci migracija, među kojima su siromaštvo, nezaposlenost, male plaće, nizak standard građana, visoka stopa kriminala i dr.⁷ U pitanju su značajni faktori koji iniciraju migracijske procese, stoga velik broj migranata napušta zonu konflikta kako bi se domogli utočišta u razvijenim državama kao što su SAD i članice EU koje pružaju daleko veće šanse za posao i zaradu, obrazovanje i socijalnu zaštitu.

c) *Klasifikacija* migracija u doktrini i praksi je izvršena po različitim kriterijima.⁸ Za potrebe ovog rada spominjemo podjele migracija na *prisilne* i *dobrovoljne* (po osnovu uvjeta i ciljeva), *individualne* i *kolektivne* (kvantitet), *organizirane* i *neorganizirane* (organizacija), *privremene*, *povremene* i *trajne* (trajanje), *unutrašnje* i *međunarodne* (teritorija) i dr.⁹

U kontekstu teme posebno je značajna podjela na *legalne* (regularne) i *ilegalne* (neregularne) migracije po kriterijima pravne osnove migracijskih tokova. Regularne migracije odvijaju se po nacionalnim propisima država, dok su neregularne migracije suprotne propisima država porijekla, tranzita i odredišta. Zbog *ino* elementa, posebna pažnja pripada *međunarodnim migracijama* jer uključuju više država, međunarodnih organizacija i subjekata. Osnovni elementi ove vrste migracija su mobilnost aktera (ulazak i boravak u stranoj zemlji) i strano državljanstvo.¹⁰ U praksi se javljaju različiti modaliteti migracija kao kombinacija navedenih tipova, a posebnu pažnju privlače *krijumčarenje ljudi* i *trgovina ljudima*.

Trend migracija, legalnih i ilegalnih, raste iz godine u godinu tako da je danas dobio alarmantne razmjere. Ilustracije radi, na početku ovog tisućljeća bilo je oko sto pedeset milijuna migranata, pet godina kasnije oko sto devedeset i krajem prvog desetljeća oko dvjesta četrnaest milijuna migranata.¹¹ Brojnost migranata razlikuje se od države do države, pa je tako po pravilu najviše migranata u najrazvijenijim zemljama kao što su SAD, Rusija, Kanada, V.

⁷ International Labour Office (ILO), *Global Employment Trends 2012, Preventing a deeper jobs crisis*, 2012, Geneve, p. 10.

⁸ Više: Babović, M., *Savremeni migracijski tokovi u svetu, Škola o prisilnim migracijama*, Grupa 484 & IAN, Beograd, 2006, str. 5–6.

⁹ Mijalković, S., *Suprotstavljanje trgovini ljudima i krijumčarenju migranata*, Službeni glasnik i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 46.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *The IOM World Migration Report 2010*, p. 1. Više: *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, UN Department of Economic and Social Affairs, p. 1-3, dostupno na: <http://esa.un.org/migration/p2k0data.asp>, (27.08.2016).

Britanija, Francuska, Njemačka i dr. U grupu primatelja migranata spadaju i neke bogate arapske zemlje kao što su UAE, Katar, Saudijska Arabija i dr.¹² U kratkom osvrtu na stanje i kretanje migracija dodajemo da specijalizirane organizacije prate distribuciju migracija i migranata po spolu, uzrastu i drugim parametrima.¹³

2. Ilegalne migracije – podjela, regulativa i suzbijanje

Kao što je rečeno, neregularne migracije su vrsta seoba i kretanja koje su suprotne propisima država porijekla, tranzita i odredišta. *Protupravnost* se različito manifestira sa stanovišta države polazišta, tranzita i krajnje destinacije. Kod prve grupe protupravnost se očituje kao prelaženje državne granice bez valjane putne isprave, suprotno administrativnim i drugim uvjetima za izlazak iz konkretne zemlje. U odnosu na države tranzita i krajnje destinacije protupravnost se ogleda u neispunjavanju uvjeta za ulazak, boravak ili rad u tim zemljama (boravišne i radne dozvole i dr.).

- a) U odnosu na poznate načine izvršenja ilegalne migracije mogu biti *neorganizirane*, *poluorganizirane* i *organizirane*. Pravu grupu čine samoinicijativne migracije pojedinaca ili manjih grupa ljudi, dok poluorganizirane karakterizira manji stupanj organiziranosti i njih ne vode organizirane kriminalne grupe.¹⁴ U realizaciji ovih oblika ilegalnih migracija često učestvuju *ad hoc* angažirane osobe kao što su stanovnici pograničnih mjesta koji poznaju lokalne prilike te za naknadu učestvuju u nezakonitim aktivnostima (neopaženi prelasci granice, izbjegavanje policijskih patrola i sl.).

Organizirane migracije su najopasnije jer iza njih stoje organizirane kriminalne grupe uz podršku korumpiranih graničnih službenika policije, carine i dr. Karakterizira ih organizirani pristup regrutaciji, transportu i prihvatu ilegalnih migranata u zemlji destinacije pa možemo govoriti o krijumčarenju migranata. Elementi organiziranog kriminala i krijumčarenja migranata zasnovani su na odredbama Konvencije UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala¹⁵ i rješenjima iz dopunskih protokola: a) za prevenciju, suz-

¹² *Ibid.*

¹³ Op.cit. u nap. 11.

¹⁴ Filipovski, Z., *Otkrivanje i sprečavanje na ilegalnata migracija i trgovija so luće vo Republika Makedonija* (magisterski trud), Fakultet za bezbednost, Skopje, 2002, str. 40. Autor umesto pojma poluorganizovane navodi *delimično organizovane migracije*.

¹⁵ GS UN Rez.A/RES/55/25 od 15.11.2000. Šire: Nikač, Ž., *Palermo konvencija i Dopunski protokoli*

bijanje i kažnjavanje trgovanja ljudskim bićima, ženama i djecom, b) protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom,¹⁶ i c) protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom.¹⁷

Porastu ilegalnih migracija na području regije Jugoistočne Europe i Starog kontinenta značajno doprinose aktualni procesi, rat u Siriji i druge neprilike, ali i restriktivni propisi EU koji se odnose na režim prelaska granica, tranzit i boravak stranaca. Poznato je da su radi sprečavanja ilegalnih migracija predviđene brojne administrativne i prekršajne mjere koje podrazumijevaju različite kazne (novčane, zatvor), zaštitne mjere (zabrana ulaska u državu) i druge mehanizme. Pomagači i ostali sudionici također su prekršajno i kazneno procesuirani te im se izriču uglavnom kaznenopravne sankcije u vidu dužih zatvorskih kazni. Generalno se teže sankcioniraju organizatori krijumčarenja ljudi koji potječu iz miljea organiziranog kriminala, dok se običnim migrantima garantiraju osnovna ljudska prava i slobode.

- b)** Moderno doba karakterizira visok stupanj *sigurnosnih izazova, rizika i prijetnji* po sigurnost ljudi, država i međunarodne zajednice u cjelini. Ilegalne migracije su danas nesporno u samom vrhu prijetnji po nacionalnu i međunarodnu sigurnost pa je shodno tome potrebna adekvatna nacionalna i internacionalna reakcija. U odgovoru na ovaj izazov poduzimaju se normativnopravne i operativne mjere na unutrašnjem (nacionalnom) i međunarodnom planu.

Legislativni odgovor polazi od normi *nacionalnog zakonodavstva* kojima se pravno regulira status stranaca. Tako je u Republici Srbiji položaj stranaca reguliran *Zakonom o strancima*¹⁸ prema kojem je stranac svako lice koje nema državljanstvo RS (čl. 3). Strancima je dozvoljen ulazak i boravak s važećom putnom ispravom, uz vizu ili dozvolu boravka, ukoliko zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno. Strancu se može zabraniti ili ograničiti kretanje i boravak na određenom prostoru zbog zaštite javnog

u funkciji suzbijanja organizovanog kriminala, Zbornik KPA, Projekat MPNTR, KPA, Beograd 2015, str. 265–290.

¹⁶ Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece te Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojima se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori br. 06/01, Beograd, 2001, Narodne novine RH br. 14/02, 13/03 i 11/04.

¹⁷ Protokol protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.: 11/04, Sl. list SCG – Međunarodni ugovori br. 11/05

¹⁸ Zakon o strancima, Sl. glasnik RS br. 97/08.

poretka, sigurnosti Republike i građana i dr. (čl. 4-5). Prema čl. 8 vrši se kontrola kretanja stranaca (ulazak, boravak i izlazak) te se može odbiti zahtjev za ulazak ili izlazak iz RS pod određenim uvjetima. Kao *nezakoniti ulazak* u RS smatra se ulazak: izvan mjesta ili vremena određenog za prelazak državne granice; izbjegavanjem granične kontrole; upotrebom tuđe, nevažeće, odnosno lažne putne ili druge isprave; davanjem neistinitih podataka graničnoj policiji; za vrijeme trajanja zaštitne mjere udaljenja stranaca s područja RS, mjere sigurnosti protjerivanja stranca iz zemlje ili mjere otkaza boravka (čl. 10). Strancu se može privremeno *zabraniti izlazak* iz RS ako: posjeduje tuđu, nevažeću, neispravnu putnu ili drugu ispravu; ne posjeduje vizu koja je potrebna za ulazak u drugu državu; postoji opravdana sumnja da bi izlaskom iz RS mogao izbjeći kazneni odnosno prekršajni progon, izdržavanje kazne zatvora, izvršenje sudske naredbe, lišenje slobode ili izvršenje dospelje imovinskoopravne obveze, po nalogu nadležnog organa (čl. 13).¹⁹

Identičnu pravnu regulativu usvojila je i Republika Hrvatska donošenjem *Zakona o strancima*,²⁰ prema kojem je stranac osoba koje nije državljanin RH (čl. 2). Istim zakonom u pravni poredak uneseno je više odluka, direktiva i drugih propisa EU (čl. 1) koji se odnose na ovu oblast čime su ovi akti postali sastavni dio unutrašnjeg prava. Dalje se u čl. 39 Zakona navode slučajevi nezakonitog ulaska stranca na teritorij RH i druga slična rješenja kao i u propisima RS.

Međunarodni pravni izvori od značaja za suzbijanje ilegalnih migracija dosta su različiti, stoga ćemo navesti nekoliko važnijih. U prvom redu to je *Konvencija protiv transnacionalnog organiziranog kriminala i dopunski Protokoli* (Protokol II, čl. 5-6), prema kojima se migranti tretiraju kao osobe čija se personalna situacija zloupotrebljava iz materijalnih pobuda i drugih lukrativnih motiva. Prema navedenim aktima, razlikuju se kaznena djela *trgovanja ljudima* i *krijumčarenje migranata*.²¹ Prema *Preporuci principa i smjernica o ljudskim pravima i trgovanju ljudima* trgovanje ljudima je više nego organizirano kretanje osoba u cilju profita, a dodatnu osnovu razdvajanja čine prijevara, sila ili prinuda u cilju eksploatacije.²² Jedna od redovnih posljedica

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Zakon o strancima, NN RH br. 74/13.

²¹ O krijumčarenju ljudi vidi više: Božić, V., Lisičar, H., Mudrić, M., „Kaznenopravni aspekti krijumčarenja ljudi u Republici Hrvatskoj s osvrtom na mediteransku krizu – analiza stanja i preporuke de lege ferenda“, *Pravni život*, časopis za pravnu teoriju i praksu, 9 (2015), 578 1-848; str. 283–301.

²² Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, dostupno na: <http://apflnet.ilo.org/resources/recommended-principles-and-guidelines-on-human-rights-and-human-trafficking>, (31.08.2016) *Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima*, usvojene od strane Visokog komesarijata UN za ljudska prava, 2002, str. 9.

je narušavanje zdravlja i gubitak života migranata koji se nalaze u nepodnošljivim higijenskim, sanitarnim i zdravstvenim uvjetima.²³ Najteže posljedice proizvodi *eksploatacija* migranata od strane kriminalnih organizacija koja se najčešće javlja u vidu radnog i seksualnog iskorištavanja.

Od ostalih izvora po značaju izdvajaju se *Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanju ljudima*,²⁴ *Direktiva 2011/36/EU* Europskog parlamenta i Vijeća o prevenciji i borbi protiv trgovanja ljudima i zaštiti žrtava trgovanja ljudima,²⁵ *Okvirna odluka Vijeća Europe 2001/220/PUP* o položaju žrtava u kaznenom postupku²⁶ i *Direktiva Vijeća EU 2004/83/EZ*²⁷ o boravišnim dozvolama državljanima trećih zemalja koji su žrtve ilegalnih migracija i surađuju s nadležnim organima, a ne samo za žrtve trgovanja ljudima.²⁸ U pitanju su uglavnom sistemska pravna rješenja u vezi sa kojim je doneseno više temporalnih preporuka, zaključaka i drugih akata za implementaciju.

- c) *Operativni odgovor* polazi od aktivnosti država i njihovih organa na suzbijanju ilegalnih migracija na nacionalnom nivou, dok se na međunarodnom planu radi o suradnji na bilateralnom, regionalnom i multilateralnom nivou.

Na *unutrašnjem* planu države angažiraju prije svega policiju i njene efektivne, zatim carinu, inspeksijske, medicinske i druge službe radi suzbijanja ilegalnih migracija na granici i po dubini teritorija. Nakon prihvaćanja suvremenog koncepta *Community policinga* kao modela organizacije i načina rada policije u razvijenom svijetu, granična policija je najpozvanija specijalizirana linija rada za suzbijanje ilegalnih migracija. To je slučaj kako u RS i RH tako i u svim ostalim zemljama regije, gdje je ova služba preuzela poslove zaštite državne granice od vojnih snaga. U MUP RS u sastavu *Direkcije policije* nalazi se *Uprava granične policije* koja ima svoju infrastrukturu i razvijene regionalne centre preko kojih ostvaruje komunikaciju s centralom u sjedištu i

²³ Više: Hansen, E., Donohoe, M., Health Issues Of Migrant And Seasonal Farmworkers, *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, Vol. 14, No. 2, 2003, p. 153–164.

²⁴ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, CETS No. 197, Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima; NN, MU, br. 7/2007.

²⁵ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Official Journal of the European Union L 101/1.

²⁶ Okvirna Odluka Vijeća od 15.03.2001. o položaju žrtava u kaznenom postupku (2001/220/pup) Službeni list Europske unije L 082/1.

²⁷ Direktiva Vijeća 2004/83/ez od 29.04.2004. o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljana treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite, Službeni list Europske unije L 304/12.

²⁸ Op.cit. u nap. 3.

drugim organima.²⁹ Srodna organizacija je i u MUPRH, gdje se u sastavu *Ravnateljstva policije* nalazi *Uprava za granicu* i ostale specijalizirane linije rada i policijske uprave.³⁰ Identične organizacijske forme imaju i ostale policijske snage država nekadašnje Jugoslavije i šire u regiji.

Granična policija nije jedina policijska formacija koja se angažira u suzbijanju ilegalnih migracija. Posebno mjesto uvijek imaju kriminalistička policija i policija poretka koja je vidljiva na terenu i prisutna u dubini teritorija. U MUP RS takvo mjesto imaju *Uprava kriminalističke policije* (UKP) u čijem se sastavu nalazi SBPOK (organizirani kriminal), *Uprava policije* (UP) i srodne službe. U MUP RH identična mjesta zauzimaju također UKP i UP, kao i druge službe.³¹ Skoro identična organizacija ovih službi je i drugim državama u okruženju pa to značajno olakšava međusobnu komunikaciju i suradnju.

Međunarodni operativni odgovor obuhvaća aktivnosti na bilateralnom, regionalnom i međunarodnom planu. U regiji je zaključeno više bilateralnih sporazuma o suradnji između država posebno članica bivše SFRJ koji su uglavnom potpisani na osnovu *Konvencije o međunarodnoj policijskoj suradnji u JIE* (2006)³² i na podlozi *Konvencije SELEC*³³. Bilateralni sporazumi po pravilu zaključuju se generalno za međunarodnu policijsku ili pravosudnu suradnju, ali i za pojedina područja rada kao što su prekogranična suradnja, suzbijanje organiziranog kriminala i dr.

Republika Srbija zaključila je više međunarodnih sporazuma o suradnji s državama regije: Sporazum između Vlade RS i Vlade RH o policijskoj suradnji; Protokol između MUP RS i Ministarstva bezbednosti BiH o sprovođenju zajedničkih patrola uz zajedničku državnu granicu; Protokoli o suradnji s MUP RM i MUP RCG u toku turističke sezone; Sporazum s MUP RM o graničnoj suradnji i dr. Također je zaključeno više sporazuma o suradnji s drugim državama na širem području Regije kao što su: Sporazum između Vlade RS i Vlade Grčke o suradnji u prevenciji i borbi protiv kriminala, posebno organiziranih oblika; Sporazum između Vlade RS i Vlade Bugarske o prekograničnoj policijskoj suradnji; Sporazum između Vlade RS i Vlade Rumunjske o suradnji u borbi protiv organiziranog kriminala, međunarodne ilegalne trgovine drogama i međunarodnog terorizma; Ugovor između RS i Mađarske

²⁹ MUP RS, dostupno na: www.mup.rs. (31.08.2016)

³⁰ MUP RH, dostupno na: www.mup.rh (31.08.2016)

³¹ *Ibid.*

³² Zakon o potvrđivanju Konvencije o policijskoj suradnji u JIE, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 70/07

³³ Zakon o ratifikaciji Konvencije SELEC, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 08/11.

o suradnji organa za suzbijanje kriminala, u sprečavanju prekograničnog kriminala i u borbi protiv organiziranog kriminala; Protokol između Vlade Republike Srbije, Vlade Republike Bugarske i Vlade Rumunjske o unaprijednjoj trilateralnoj suradnji u borbi protiv kriminala, posebno prekograničnog kriminala te Istanbulska ministarska deklaracija o „Partnerstvu za migracije zemalja puteva svile.“³⁴

Na osnovu ovih i drugih sporazuma, policija RS uspostavila je dobre odnose i suradnju s nacionalnim policijama susjednih država što je posebno važno u oblasti suzbijanja ilegalnih migracija. Identičan pristup ima i policija RH, uz napomenu da je pozicija Hrvatske olakšana s obzirom na članstvo u EU, ali s druge strane, i otežana jer kao članica ima obveze suglasno zajedničkoj politici i odlukama organa EU.³⁵

Najzastupljeniji *vidovi i oblici suradnje* su razmjena informacija, zajedničke granične patrole, operativne akcije, zajednički istražni timovi te drugi mehanizmi predviđeni međunarodnim dokumentima. Značajnu ulogu imaju i oficiri za vezu koji su uspostavljeni u većem broju zemalja u regiji, kao što je to slučaj s policijskim atašeima pri ambasadama u Republici Srbiji (Hrvatska, Slovenija, Rumunjska i dr.).

U pogledu ostalih oblika suradnje navodimo projekt „IOM migranti i izbjeglice u Hrvatskoj“ između MUP RH i Međunarodne organizacije za izbjeglice, proveden u periodu od 16.09.2015 do 31.08.2016. godine. Projekt je obuhvatio značajnu finansijsku i drugu podršku IOM i drugih ino partnera tijekom trajanja tzv. balkanske rute kada je renovirano nekoliko prihvatnih objekata, nabavljena oprema i dr. Tijekom ovih aktivnosti posebna pažnja posvećena je zaštiti ranjivih grupa migranata (žene, djeca, stariji, invalidi). Projekt je doprinio boljem razumijevanju potreba migranata i usklađenom postupanju državnih i drugih aktera.³⁶

Identične projekte ima MUP RS s partnerima iz zemlje i inozemstva. U oblasti migracija značajni su projekti u suradnji s IOM koji se odnose na: upravljanje migracijskim tokovima, suzbijanje trgovanja ljudima, iregularne migracije, suzbijanje krijumčarenja migranata na Zapadnom Balkanu, rješavanje problema malodobnih migranata bez pratnje, unapređenje kapaciteta za rješavanje problema neregularnih migracija i dr.³⁷

³⁴ Nikač, Ž., *Međunarodna policijska saradnja*, KPA, Beograd, 2015, str. 79–89.

³⁵ Više o Pregledu zaključenih međunarodnih ugovora RH i drugih država na: <http://www.mvep.hr/hr/vanjska-politika/bilateralni-odnosi/pregled-bilateralnih-medunarodnih-ugovora/srbija,121.html> (31.08.2016)

³⁶ Op. cit. u nap. 25 (01.09.2016)

³⁷ Op. cit. u nap. 24 (01.09.2016)

3. Nezakoniti prelasci državne granice

Godinama je razlog velikom broju ilegalnih migracija bio baziran na dobrovoljnoj osnovi, ljudi su migrirali u drugu državu u potrazi za boljim životom, boljim obrazovanjem ili bolje plaćenim poslom. Međutim, posljednjih godina odlazak iz *svoje* u *stranu* državu izazvan je stanjem nužde i prisile prvenstveno zbog ratova, nasilja, progona, prirodnih katastrofa, ali i drugih izvanrednih situacija u kojima im život postaje ugrožen. Kao što je i navedeno u prethodnom poglavlju, razlozi zbog kojih dolazi do ilegalnih migracija mogu se klasificirati, prema svom značaju, na geografske, ekonomske, političke i socijalne faktore.³⁸ Preko 150 milijuna ljudi danas živi izvan država svog rođenja ili država čiji su državljani.³⁹

Velika je *tamna brojka* i privremenih i stalnih neregistriranih internacionalnih migranata s obzirom na to da u drugim državama žive i rade ilegalno. Pružanje pomoći i pomaganje ljudima u nezakonitim prelascima državne granice, s jedne strane, postao je jedan od najbolje plaćenih poslova čija godišnja procijenjena zarada prelazi iznos od 8 milijardi američkih dolara,⁴⁰ dok se s druge strane, u svijesti ljudi, krijumčarenje ljudi ne percipira kao teško kazneno djelo, već naprotiv, kao oblik pomoći ugroženima.

3.1. Na području Republike Hrvatske

Stanje i kretanje ilegalnih migracija temelji se na nezakonitim prelazima državne granice Republike Hrvatske, brojem stranaca koji su ilegalno boravili u Republici Hrvatskoj kao i brojem stranaca bez posjedovanja putnih isprava te brojem stranaca koji ilegalno rade u Republici Hrvatskoj. Državljanima Europske unije i schengenskog prostora, u skladu sa Zakonom o schengenskim granicama⁴¹ i Direktivom 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji o slobodi kretanja i boravka na teritoriju države članice,⁴² podliježu osnovnoj graničnoj kontroli, za razliku od državljana trećih zemalja nad kojima se provodi temeljna granična kontrola.

³⁸ Arabi, F.A.I., „Ilegalne migracije stanovništva u Libiji“, *Pravo – teorija i praksa*, Broj 4–6, 2015, str. 61–74.

³⁹ Prema statističkim podacima MUP: *Migracije kao globalni i lokalni problem*, dostupno na: portal MUP, http://artefact.mi2.hr/_a01/lang_hr/report_katanec_hr.htm, (15.08.2106)

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Zakon o schengenskim granicama, SL L 105, 13.04.2006.

⁴² Direktiva 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji o slobodi kretanja i boravka na teritoriju države članice, SL L 158/77, 29.04.2004

Tijekom 2014. godine, 8.658 stranih državljana nisu ispunili uvjete za ulazak i boravak u Republici Hrvatskoj, na prvom mjestu tu su državljani Bosne i Hercegovine (3.530) s udjelom od 40,8%, drugi su državljani Albanije (1.561) s udjelom od 18% , dok su državljani Republike Srbije treći prema brojnosti odbijenih ulazaka (731) s udjelom od 8,44%, s tim da ih je najviše zatečeno na prijelazu s Bosnom i Hercegovinom (4.097), zatim Srbijom (1.489) te Crnom Gorom (1.471), a kao razlozi odbijanja navode se neposjedovanje pozivnog pisma, putne isprave i sredstava za uzdržavanje.⁴³

Zabilježeni su slučajevi novog *modus operandi* ilegalnih migracija tijekom 2014. godine kada su se, u više navrata, stranci prijavili na dva leta, prvi, s reguliranim dokumentima u samoj zračnoj luci i drugi, putem interneta, s krivotvorenim dokumentima. Osobne valjane dokumente pokazali su prilikom granične kontrole, koje uništavaju u međunarodnom prostoru zračne luke, da bi se potom čekirali s krivotvorenim dokumentima za naredni let.⁴⁴

U 2014. evidentirano je 3.914 ilegalnih prijelaza državne granice (3.569 stranaca i 345 državljana RH). Najbrojniji su državljani Sirije (550), drugi po brojnosti su Albanci (421), dok su na trećem mjestu državljani Afganistana (388).⁴⁵

Na zapadnobalkanskoj ruti, početkom 2015. godine, dolazi do značajnog povećanja broja migranata, naročito na granici između Mađarske i Srbije. Mađarska tada, kako bi spriječila najezdu migranata, podiže na svojoj strani ogradu, što ima za posljedicu preusmjerenje migracijskog vala ka granici između Hrvatske i Srbije. Od 16. rujna 2015. do 31. prosinca 2015. godine u Republiku Hrvatsku ušlo je 559.761 migranata, od čega je najveći broj migranata ušao na području PU vukovarsko-srijemske i nešto manji broj na području PU osječko-baranjske. Najviše migranata jesu državljani Bliskog istoka odnosno Sirije (246.013), Afganistana (151.748), Iraka (78.935) i Irana (13.804).⁴⁶

U Republici Hrvatskoj tijekom 2015. godine evidentirano je 65 povreda državne granice, od čega se 43 slučaja odnose na povredu kopnene državne granice, 21 slučaj na povredu morske državne granice i 1 slučaj na povredu državne granice u zračnom prostoru.⁴⁷

⁴³ MUP RH: Izvješće Ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2014. godini, Zagreb, ožujak 2015, str. 73.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ MUP RH: Godišnje izvješće o radu za 2015. godinu, Zagreb, lipanj 2016, str. 58.

⁴⁷ *Ibid.*

Na granici prema	2014.	2015.	2015. U RH	2015. IZ RH	Nepoznati dio granice ili zatečeni u dubini teritorija
Sloveniji	1430	644	125	519	-
Mađarskoj	49	64	28	36	-
Srbiji	786	277	242	35	-
Crnoj Gori	178	92	88	4	-
BIH	694	402	338	64	-
Pomorski i zračni promet	6	32	26	6	-
Nepoznati dio granice ili zatečeni u dubini teritorija	771	2.248	-	-	2.248
Ukupno	3.914	3.759	847	664	2.248

Tablica br. 1. Nezakoniti prelasci državne granice prema susjednim zemljama⁴⁸

Nezakoniti prijelazi državne granice prema susjednim državama vidljivi su u tablici br. 1. Najviše ilegalnih prijelaza u 2015. bilo je na državnoj granici prema Sloveniji (644), dok veliku brojku zauzimaju nezakoniti prijelazi na nepoznatom dijelu granice ili u dubini teritorija države (2.248). Na drugom mjestu po brojnosti su nezakoniti prijelazi na granici prema Bosni i Hercegovini (402), a na trećem granični prijelazi prema Srbiji (277). Godinu prije, situacija je bila neznatno promijenjena. Granica prema Sloveniji i dalje je na prvom mjestu po brojnosti ilegalnih prijelaza (1.430) i bilježi dvostruko povećanje u odnosu na 2015. Na drugom mjestu po učestalosti su nezakoniti prelasci granice prema Srbiji (786), a na trećem prema Bosni i Hercegovini (694). Tijekom 2014. osjetno je bio zabilježen manji broj ilegalnih prijelaza na nepoznatom dijelu granice kao i onih zatečenih u dubini teritorija (771). Najbrojniji su državljani Sirije, njih 550 u 2014. zatečeno je u nezakonitom prelasku državne granice, čime čine 14,1% svih nezakonitih prelazaka u RH. Državljeni Albanije drugi su po brojnosti (421) što je 60,1% više u odnosu na godinu prije (263). Državljeni Afganistana (388) zauzimaju treće mjesto u brojnosti nezakonitih prelazaka.

⁴⁸ Broj nezakonitih prelazaka državne granice koji su uhvaćeni u pokušaju nezakonitog ulaska u RH, u pokušaju nezakonitog izlaska iz RH te osobe koje su prihvaćene od policije susjedne države; MUP RH Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj: Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2015. godini, Zagreb, siječanj 2016, str. 139.

Državljanstvo	2014.	2015.	+/- %	Zatečeni na granici	Zatečeni u blizini granice	Zatečeni u dubini teritorija	Prihvaćeni od policije druge države
Afganistan	388	386	-0,5	245	30	98	11
Albanija	421	380	-9,7	58	86	129	107
Alžir	128	12	-90,6	0	3	2	7
Bangladeš	107	25	-76,6	11	9	5	0
BIH	187	171	-8,6	20	59	73	16
Eritreja	246	1	-99,6	0	0	0	1
Maroko	36	11	-69,4	2	2	5	2
Pakistan	194	66	-66,0	46	9	10	1
Sirija	550	1.041	89,3	617	84	306	34
Somalija	90	24	-73,3	12	4	-	8
Srbija	103	78	-24,3	11	44	16	7
Sudan	53	3	-94,3	1	-	-	2
Tunis	30	4	-86,7	1	2	-	1
Turska	67	58	-13,4	11	17	21	8
Ostale	1.063	1.366	28,5	422	356	298	40
Ukupno	3.914	3.759	-4,0	1.464	768	998	273

Tablica br. 2. Nezakoniti prelasci državne granice po državljanstvu⁴⁹

Tablica br. 2 prikazuje počinitelje, prema državljanstvu, zatečene u ilegalnom prelazu državne granice u 2015. i 2014. godini. U 2015. najviše evidentiranih osoba u nezakonitom prelazu bilo je iz Sirije (1.041), Afganistana (386) i Albanije (380), dok je slična situacija zabilježena i u 2014, najviše državljana Sirije (550), Albanije (421) i Afganistana (388). Državljanima Eritreje (1), Sudana (3) i Tunisa (4) na ljestvici su s najmanje nezakonitih prijelaza državne granice. Zanimljivo je za spomenuti kako je godinu prije bio evidentiran iznimno velik broj državljana Eritreje (246) koji su zatečeni u ilegalnom prijelazu državne granice. Ukoliko usporedimo protekle dvije godine, možemo uočiti smanjenje u broju nezakonitih prijelaza, ukupno 3.759 u 2015. u odnosu na 3.914 u 2014.

⁴⁹ *Ibid.* str. 137.

3.2. Na području Republike Srbije

U razmatranju problematike nezakonitih prelazaka državne granice na području Republike Srbije polazimo od generalnog stava da Srbija nije zemlja krajnje destinacije, već jedna od tranzitnih zemalja na pravcu koji vodi ka najrazvijenijim zemljama Zapadne Europe. Raspoloživi podaci pokazuju da se broj ilegalnih migranata zatečenih na području Srbije drastično povećao s eskalacijom migrantske krize u ratom zahvaćenim područjima i Europi. Situacija je naravno bila bolja prije vala migranata i krize koja još uvijek traje, međutim i tada je bio evidentan ovaj problem sagledavši posljedice koje je proizveo.⁵⁰

Prema ranijim procjenama Centra za pomoć azilantima dana su predviđanja da je izvjesna migrantska kriza, prije svega zbog situacije na sjeveru Afrike i teške ekonomske krize u Grčkoj. Dalje je predviđen trend rasta azilantata,⁵¹ ali nitko nije očekivao da bi to moglo poprimiti tako velike razmjere. Faktičko stanje je takvo da se migranti na svom putu od matičnih zemalja, uglavnom preko Turske, upućuju prema Grčkoj gdje se minimalno zadržavaju, a potom idu dalje balkanskom rutom preko Makedonije, Srbije, Hrvatske i drugih zemalja ka Zapadnoj Europi. Aktualni su i alternativni pravci preko Bugarske, Rumunjske, BiH i Crne Gore, ali su za sada manje zastupljeni.

Aktivnosti MUP RS i pripadnika policije usmjerene su prije svega na otkrivanje ilegalnih migranata na samim državnim granicama, ali i u dubini teritorija u zavisnosti od mobilnosti migranata. Svi granični prelazi su interesantni za migrante, oni pokušavaju da im Srbija bude samo zemlja tranzita ka konačnom odredištu neke od država EU. U posljednje vrijeme Granična policija MUP RS poduzima mjere i radnje na zaštiti državnih granica u suradnji s Vojskom Srbije na osnovu posebne odluke Vlade RS.⁵² UGP i regionalni centri GP su značajno poboljšali sredstva za rad i nabavili suvremenu opremu i uređaje za opservaciju pa to znatno olakšava aktivnosti na suzbijanju ilegalnih migracija i zaštiti državne granice. Posljednja u nizu bila je mje-

⁵⁰ Prema brojnosti prednjače ilegalni migranti iz Afrike i Azije koji se po pravilu zadržavaju kratko u RS i idu dalje. Oni koji pak ostaju podnose zahtjeve za azil s ciljem izbjegavanja prekršajne odgovornosti. Prema podacima za početak i kraj prvog desetljeća XXI stoljeća višestruko je povećan broj zahtjeva za azil tako da je 2011. podneseno ukupno 3.134 zahtjeva. Prema zemlji porijekla prednjače podnositelji iz Afganistana (1.691), Somalije (492) i Pakistana (348). Povećan je i broj prekršajno procesuiranih ilegalnih migranata kao npr. na granici s Republikom Mađarskom.

⁵¹ Spolna struktura osoba koja je zatražila azil u RS ukazuje da su oko 80% muškarci, starosti između 15 i 30 godina. Procjenjuje se da figurira jedan izuzetno veliki broj ilegalnih migranata koji se nije obratio za azil u RS, četiri puta veći od onih koji su zatražili azil.

⁵² Odluka Vlade RS od 17.07.2016. o formiranju zajedničkih timova policije i vojske za zaštitu državne granice, otkrivanje ilegalnih migranata i suzbijanje krijumčarenja ljudi, Tanjug, 17.07.2016.

ra angažiranja manjih policijskih snaga susjednih država (npr. Mađarska, Austrija, Njemačka) na pomoći oko osiguranja državne granice s Makedonijom i Bugarskom.⁵³

U periodu prije eskalacije migrantske krize ostvareni su dobri rezultati u suzbijanju ilegalnih migracija. Na početku drugog desetljeća XXI stoljeća policija je podnijela veći broj kaznenih i prekršajnih prijava protiv ilegalnih migranata kao i drugih sudionika u izvršenju kaznenih djela krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima. U tom smislu situacija je bila znatno bolja prije vala migranata i krize koja još uvijek traje, ali je podnesen jedan respektabilan broj prijava.⁵⁴

U tablici br. 3 prikazani su statistički podaci o stanju *Granične bezbednosti iz Izveštaja o radu MUP RS* za treći kvartal 2015. godine. Može se uočiti veliki porast broja ilegalnih migranata u 2015. godini (10.829) u odnosu na prethodnu, 2014. godinu (2.416). Nadalje, enormno je povećan broj osoba koje su izrazile namjeru da zatraže azil.

Otkriveni migranti u zelenom pojasu
2014. – 2.416 osoba
2015. – 10.829 osoba
Broj osoba koje su izrazile namjeru da zatraže azil
2014. – 4.245 osoba
2015. – 117.654 osoba

Tablica br. 3. Evidencija broja migranata prema podacima MUP RS⁵⁵

⁵³ Op. cit. u nap. 24. Sastanak ministara policije Srbije i Mađarske g. N. Stefanovića i g. Š. Pintera.

⁵⁴ Tijekom 2011. MUP RS podnio je 28 kaznenih prijava protiv 34 državljanina Republike Srbije i 17 stranih državljana za kazneno djelo *nedozvoljeni prelaz držane granice i krijumčarenje ljudi* iz čl. 350 KZ RS. U istoj godini podneseno je i 16 kaznenih prijava protiv stranih državljana za kazneno djelo *falsifikovanja isprava* iz čl. 355 KZ RS.

⁵⁵ MUP RS: Izveštaj o radu za period VII-IX mesec 2015. Dostupno na: http://arhiva.mup.gov.rs/cms_lat/sadrzaj.nsf/2015-10_15%20Izvestaj%20o%20radu%20MUP%20za%20period%20jul-%20septembar.pdf (31.08.2016)

4. Ilegalne migracije u kaznenom zakonodavstvu

4.1. Kazneni zakon Republike Hrvatske

Nezakonit ulazak, kretanje i boravak inkriminirani su člankom 326 Kaznenog zakona Republike Hrvatske⁵⁶ i usklađeni s Direktivom Europske unije 2002/90/EZ od 28. studenoga 2002.⁵⁷ o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka kojom se državama članicama nalaže inkriminiranje pomaganja osobi koja nije državljanin države članice da uđe ili prijeđe preko državnog područja države članice ili boravi na njezinom području.

Tko iz koristoljublja omogući ili pomogne drugoj osobi nedozvoljeno ući, izići, kretati se ili boraviti u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma, čini kazneno djelo *protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma*, za koje je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Kvalificirani oblik počinjenja ovog kaznenog djela propisan je za slučaj ako je pri počinjenju kaznenog djela doveden u opasnost život ili tijelo osobe koja nedozvoljeno ulazi, kreće se ili boravi u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma, ili je s njom postupano na nečovječan ili ponižavajući način, ili je djelo počinila službena osoba u obavljanju službene dužnosti, u kojim slučajevima će se počinitelj kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.⁵⁸

Da bi se radilo o počinjenom kaznenom djelu *protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma*, od počinitelja se zahtijeva da je znao ili morao znati da se radi o omogućavanju ili pomaganju osobama koje nisu hrvatski državljani da uđu, iziđu, kreću se ili borave na navedenom području i da je njegova namjera (*dolus*) usmjerena ka ostvarenju koristi koja se u konačnici ne mora niti realizirati.⁵⁹ Valja napomenuti da nema kaznenog djela ukoliko oso-

⁵⁶ Kazneni zakon RH, NN br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

⁵⁷ Svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za: a) svaku osobu koja namjerno pomaže osobi koja nije državljanin države članice da uđe ili prijeđe preko državnog područja države članice i pritom krši zakone te države o ulasku i tranzitu stranaca, (b) svaku osobu koja, zbog financijske koristi, namjerno pomaže osobi koja nije državljanin neke države članice da boravi na državnom području te države članice i pritom krši zakone te države o boravku stranaca; Čl. 1 Direktive Europske unije 2002/90/EZ od 28. studenoga 2002, Službeni list Europske unije L 328/17.

⁵⁸ Čl. 326 st. 2 KZ RH.

⁵⁹ Više o tome vidi: Božić, V., *Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi (analiza stanja de lege lata uz prijedloge de lege ferenda)*, Zbornik

ba (bez ičije pomoći) nezakonito ulazi, izlazi, kreće se ili boravi u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma, već ona u tom slučaju samo prekršajno odgovara.

Ako je kazneno djelo *protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma*, iz čl. 326 st. 1 KZ počinjeno u sastavu zločinačkog udruženja, zakonom je predviđena kazna zatvora od jedne do deset godina,⁶⁰ dok je za kvalificirani oblik počinjenja djela prema čl. 326 st. 2 KZ, zakonom propisana kazna zatvora od tri do dvanaest godina.⁶¹

4.2. Krivični zakonik Republike Srbije

Nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi kazneno je djelo propisano čl. 350 Krivičnog zakonika Republike Srbije.⁶² Da bi se radi-lo o kaznenom djelu, počinitelj mora omogućiti drugom nedozvoljeni prelaz granice Srbije ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz Srbiju te njegovo postupanje mora biti učinjeno u namjeri pribavljanja koristi (sebi ili drugom).⁶³ Zakonom je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, što odgovara i visini propisane kaznenopravne sankcije u KZ RH za temeljno kazneno djelo iz čl. 326 KZ RH. Ako je kazneno djelo počinjeno od strane organizirane kriminalne grupe, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od tri do dvanaest godina, što odgovara i visini kazne za kvalificirani oblik počinjenja kaznenog djela *protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma*, iz čl. 326 st. 2 KZ RH.

Kaznom zatvora od jedne do deset godina kaznit će se počinitelj za kvalificirani oblik *nedozvoljenog prelaza državne granice i krijumčarenje ljudi*⁶⁴ ako je kazneno djelo učinjeno od strane grupe, zloupotrebom službenog položaja, ili na način kojim se ugrožava život ili zdravlje lica čiji se nedozvoljeni prelaz granice Srbije, boravak ili tranzit omogućava ili je krijumčaren veći broj lica.

Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 2/2015, Izdavač: Pravni fakultet u Rijeci, v. 36, br. 2, str. 845–874.

⁶⁰ Čl. 329 st. 1 toč. 2 KZ RH.

⁶¹ Čl. 329 st. 1 toč. 3. *Ibid.*

⁶² Krivični zakonik Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14.

⁶³ Čl. 350 st. 2. *Ibid.*

⁶⁴ St. 3. *Ibid.*

Razlika u odnosu na KZ RH, jest u inkriminaciji čl. 350 st. 1 KZ RS, prema kojoj će se kaznom zatvora do jedne godine kazniti počinitelj koji bez propisane dozvole pređe ili pokuša preći granicu Srbije, naoružan ili upotrebom nasilja. Ovaj vid počinjenog kaznenog djela predstavlja privilegirani oblik kaznenog djela *nedozvoljenog prelaza državne granice i krijumčarenje ljudi*, koji se odnosi na počinitelja kaznenog djela koji osobno prelazi ili pokuša preći granicu Srbije bez potrebne dozvole, naoružan ili uz upotrebu nasilja.

5. Pregled i analiza stanja prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za kaznena djela ilegalnih migracija u sudskoj praksi

5.1. Sudska praksa u Republici Hrvatskoj

U tablici br. 4 prikazano je brojčano stanje prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za kazneno djelo protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici Europske unije ili potpisnici Šengenskog sporazuma za 2015. i 2014. godinu. U 2015. godini primjetno je 10,59% više prijavljenih osoba nego godinu prije, međutim 18% manje je optuženih i 8,50% manje osuđenih u odnosu na 2014. godinu.

Čl. 326 KZ RH – Protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici Europske unije ili potpisnici Šengenskog sporazuma		
	2014.	2015.
PRIJAVE	68	72
OPTUŽBE	78	64
OSUDE	59	54

Tablica br. 4. Prijave, optužbe i osude za kazneno djelo iz čl. 326 KZ RH ⁶⁵

⁶⁵ DZS, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2015. godini*, dostupno na: portal DZS, http://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2016/SI-1576.pdf (15.08.2016) DZS, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2014. godini*, dostupno na: portal DZS, http://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2015/SI-1551.pdf (15.08.2016).

5.2. Судска пракса u Republici Srbiji

U tablici br. 5 prikazano je broјčano stanje пријављених, оптужених и осуђених особа за казнено дјело недозвољеног прелаза државне границе и кријумчарење људи за 2015. и 2014. Одмах моћемо уочити велико повећање броја пријављених и осуђених особа у 2015. у односу на 2014. годину, троstrуко повећање пријављених и двоstrуко повећање осуђених особа.

Чл. 350 КЗ РС – Недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи		
	2014.	2015.
PRIJAVE	198	605
OPTUŽBE	239	nema podataka
OSUDE	191	407

Tablica br. 5. Пријаве, оптужбе и осуде за казнено дјело из чл. 326 КЗ РС⁶⁶

Погледамо ли однос пријављених, оптужених и осуђених особа за казнена дјела илегалних миграција у судској пракси Републике Хрватске и Републике Србије, ситуација није нити приближно иста. У 2014. години у Републици Хрватској евидентирано је 59 осуђених, док Република Србија билежи 191 осуду за илегалне миграције и кријумчарење људи што представља троstrуко више осуђених на подручју Србије у односу на Хрватску. Унатоћ чинјеници да Република Србија има готово двоstrуко више становништва него Република Хрватска,⁶⁷ и даље је за ово казнено дјело више осуда на подручју Републике Србије. Надаље, у 2015. години Република Србија билежи осјетно повећање броја, како пријављених, тако и осуђених особа у односу на 2014, а гледано на исто раздобље осуђених на подручју Републике Хрватске, Република Србија са 407 осуда за разлику од Републике Хрватске са 54 осуде има 753,70% више изречених осуђујућих пресуда за казнено дјело незаконитог преласка државне границе и кријумчарења људи.

⁶⁶ Републички завод за статистику РС: Пунoletни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2014, пријаве, оптужења и осуде, доступно на: http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/97/01/SB_603_Pnoletni_ucinioci_KD_2014.pdf Републички завод за статистику РС: Пунoletни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2015, пријаве, оптужења и осуде, Саопштење, број 189, год. LXVI, 15.07.2016., доступно на: http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/19/06/SK12_189-srb-punoletni-2015.pdf (15.08.2016)

⁶⁷ Број становника Републике Хрватске према попису становништва из 2011. године износи 4.284.889, према подацима Државног завода за статистику РН, доступно на: <http://www.dzs.hr/> Број становника Републике Србије према попису становништва из 2011. године износи 7.236.519, Републички фонд за статистику РС, Статистика становништва, Саопштење, број 171 - год. LXVI, 30.06.2016., доступно на http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/16/12/SN70_171-Procene_2015_saopstenje_SRB+bkorekt_posle_ispravki_28_06_2016.pdf, (15.08.2015.)

jumčarenja ljudi. Osjetno veći broj prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za navedeno kazneno djelo na području Republike Srbije uvelike se može pripisati i činjenici da je u KZ RS inkriminiran prelazak granice Srbije kao i pokušaj prelaska bez potrebne dozvole, uz upotrebu nasilja ili naoružanja.

Zaključak

Gledano kroz povijest, ilegalne migracije nesumnjivo su jedan od najvećih svjetskih problema. Na težinu ovog pitanja dodatno utječe to što su nastale kao rezultat oružanih sukoba s izraženom vjerskom komponentom i što su u sukobima involvirane najveće svjetske sile. Kako se kraj ovih sukoba još ne nazire za sada nema nade da će se uskoro uspostaviti održivo primirje između zaraćenih strana u Siriji, Afganistanu i drugim zonama konflikta. Posljedice ovih sukoba osjećaju se svuda u svijetu, a posebno je pogođen Stari kontinent i zemlje koje se nalaze u široj zoni konflikta.

Od pada Berlinskog zida do danas Europa se nije srela s ovako složenim problemom na koji nema adekvatan, brz i ujednačen odgovor. Poseban problem predstavlja činjenica da se oružani sukob prenosi svakodnevnim terorističkim aktima u europskim gradovima gdje su žrtve nedužni građani koji su se zatekli na javnim mjestima. Iza ovih sukoba stoje radikalne islamske grupe koje po pravilu regrutiraju mlade, ideološki nesvjesne i mnoge osobe rođene u državama EU. Kao domino efekt javio se veliki otpor javnosti prema građanima ove vjeroispovijesti, porast desničarskih pokreta i mogućnost međunacionalnih sukoba na kontinentu. Povećani su i financijski troškovi država za snage sigurnosti i druge potrebe, što sve doprinosi potencijalnoj ekonomskoj krizi.

Regija Balkana i države bivše Jugoslavije, posebno Srbija i Hrvatska, nalaze se na balkanskom putu migranata i u velikoj mjeri su izložene posljedicama migrantske krize. Stoga je njihova uloga veoma važna ne samo kao spona ka EU čija je Hrvatska članica, već u konkretnim oblicima i vidovima suradnje u suzbijanju ilegalnih migracija. Jedinствен i harmoniziran pristup kroz sve vidove suradnje je jedini način da se migracije kontroliraju te da se ublaže njihove posljedice. U odgovoru na ove izazove države su usvojile nacionalni pravni okvir u formi kaznenog zakonodavstva i važnijih međunarodnih dokumenata, uz napomenu da su uvijek moguće novele legislative u skladu sa zahtjevima vremena. Značajna je operativna reakcija na međunarodnom i unutrašnjem planu čiji su nosioci nacionalne policije i specijalizirane međunarodne organizacije.

Mišljenja smo da *pro futuro* treba unaprijediti policijski obavještajni rad na prikupljanju i razmjeni podataka o trasama kretanja krijumčara ljudi i migranata, skloništima, sredstvima koja koriste i dr. U funkciji boljih rezultata treba osnažiti službe granične policije u državama regije, pojačati nadzor državnih granica u fizičkom i tehničkom smislu, provoditi kontrolu vozila i putnika na graničnim prelazima i u dubini teritorija država, kontrolirati putne isprave i poduzeti druge mjere kontrole. Valja poduzeti i ekonomske mjere analize stanja na tržištu rada, slobode kretanja ljudi i radnika kao i kontrolirati rad na crno. Na nacionalnom nivou svake države treba pojačati multiagencijsku suradnju svih ovlaštenih službi kao što su: policija, tajne službe, vojne službe sigurnosti, carina, inspeksijski organi, organi pravosuđa i dr. U funkciji sigurnosti regije treba pojačati oblike i vidove međudržavne suradnje, dok bilateralno treba jačati svakodnevnu suradnju djelatnika policije i carine na graničnim prelazima.

Na širem planu mislimo da su uputna razmišljanja o djelotvornijoj vanjskoj politici vodećih država svijeta u odnosu na krize i krizna žarišta. I na kraju, na nivou zajednica treba pojačati svijest građana od opasnosti eskalacije ilegalnih migracija i poticati povratak ilegalnih migranata.

LITERATURA

1. Arabi, F.A.I., „Ilegalne migracije stanovništva u Libiji“, *Pravo – teorija i praksa*, Broj 4–6/2015.
2. Babović, M., *Savremeni migracijski tokovi u svetu*, Škola o prisilnim migracijama, Grupa 484 & IAN, Beograd, 2006.
3. Božić, V., *Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi (analiza stanja de lege lata uz prijedloge de lege ferenda)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 2/2015, v. 36.
4. Božić, V., Lisičar, H., Mudrić, M., „Kaznenopravni aspekti krijumčarenja ljudi u Republici Hrvatskoj s osvrtom na mediteransku krizu – analiza stanja i preporuke de lege ferenda“, *Pravni život*, časopis za pravnu teoriju i praksu, 9 (2015), 578 1-848, str. 283–301
5. Browsers, Michaelle, *Political Ideology in the Arab World: Accommodation and Transformation*, 2009, New York: Cambridge University Press

6. Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, CETS No.197
7. Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Official Journal of the European Union L 101/1
8. Direktiva Vijeća 2004/83/EZ od 29.04.2004. o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljana treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite, Službeni list Europske unije L 304/12
9. Direktiva 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji o slobodi kretanja i boravka na teritoriju države članice, SL L 158/77, 29. 04. 2004.
10. Direktiva Europske unije 2002/90/EZ od 28. 11.2002, Službeni list Europske unije L 328/17.
11. DZS, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2014. i 2015.
12. Filipovski, Z., *Otkrivanje i sprečavanje na ilegalnata migracija i trgovinja so luće vo Republika Makedonija* (magisterski trud), Fakultet za bezbednost, Skopje, 2002
13. Glossary on migration, International Organization for Migration, Geneva, 2011
14. Goldstone, Jack A., Hazel, John T., Jr. (2011), *Understanding the Revolutions of 2011: Weakness and Resilience in Middle Eastern Autocracies*. Foreign Affairs.
15. GS UN Rez.A/RES/55/25 od 15.11.2000.
16. Hansen, E., Donohoe, M., *Health Issues Of Migrant And Seasonal Farmworkers*, Journal of Health Care for the Poor and Underserved, Vol. 14, No. 2, 2003.
17. Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Dosije, Beograd, 2007.
18. International Labour Office (ILO), *Global Employment Trends 2012, Preventing a deeper jobs crisis*, Geneve, 2012
19. Kazneni zakon RH, NN br.125/11, 144/12, 56/15, 61/15
20. Krivični zakonik Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14

21. Mastilo, N., *Rečnik savremene srpske geografske terminologije*, Geografski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
22. Migracije kao globalni i lokalni problem, dostupno na: portal MUP, http://artefact.mi2.hr/_a01/lang_hr/report_katanec_hr.htm
23. Mijalković, S., *Suprotstavljanje trgovini ljudima i krijumčarenju migranata*, Službeni glasnik i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009
24. Mijalković, S., Žarković, M., *Ilegalne migracije i trgovina ljudima*, KPA, Beograd, 2012.
25. Monitoring disaster displacement in the context of climate change, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Internal Displacement Monitoring Centre, 2009
26. MUP RH: Izvješće Ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2014, Zagreb, ožujak 2015
27. MUP RH: Godišnje izvješće o radu za 2015. godinu, Zagreb, lipanj 2016.
28. MUP RH, Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj: Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2015. godini, Zagreb, siječanj 2016
29. MUP RS: Izveštaj o radu za period VII-IX mesec 2015.
30. Nikač, Ž., *Palermo konvencija i Dopunski protokoli u funkciji suzbijanja organizovanog kriminala*, Zbornik KPA, Projekat MPNTR, KPA, Beograd 2015
31. Nikač, Ž., *Međunarodna policijska saradnja*, KPA, Beograd, 2015.
32. Odluka Vlade RS od 17.07.2016. o formiranju zajedničkih timova policije i vojske za zaštitu državne granice, otkrivanje ilegalnih migranata i suzbijanje krijumčarenja ljudi, Tanjug, 17.07.2016.
33. Okvirna odluka Vijeća od 15.03.2001. o položaju žrtava u kaznenom postupku (2001/220/pup), Službeni list Europske unije L 082/1.
34. Pregled zaključenih međunarodnih ugovora RH i drugih država na: <http://www.mvep.hr/hr/vanjska-politika/bilateralni-odnosi/pregled-bilateralnih-medunarodnih-ugovora/srbija,121.html>
35. Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima usvojene od strane Visokog komesarijata UN za ljudska prava, 2002
36. Protokol protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 11/04, Sl. list SCG – Međunarodni ugovori br. 11/05

37. Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, dostupno na: <http://apflnet.ilo.org/resources/recommended-principles-and-guidelines-on-human-rights-and-human-trafficking>
38. Republički zavod za statistiku RS: Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji u 2014 i 2015, prijave, optuženja i osude, Saopštenje, broj 189, god. LXVI, 15.07.2016.
39. Republički zavod za statistiku RS, Statistika stanovništva, Saopštenje, broj 171 - god. LXVI, 30.06.2016.
40. The IOM World Migration Report, 2010
41. Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision, UN Department of Economic and Social Affairs
42. Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima; NN, MU, br. 7/2007
43. Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece te Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojima se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Narodne novine RH br. 14/02,13/03 i 11/04, Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori br. 06/01, Beograd, 2001
44. Zakon o potvrđivanju Konvencije o policijskoj saradnji u JIE, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 70/07
45. Zakon o ratifikaciji Konvencije SELEC, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 08/11
46. Zakon o schengenskim granicama, SL L 105, 13. 04.2006.
47. Zakon o strancima, NN RH br. 74/13, Sl. glasnik RS br. 97/08
48. Žarković, M., Mlađan, D., Bjelovuk, I., *Specifičnosti kriminalističkog postupanja na mestu događaja u uslovima velikih akcidenata – vanrednih situacija*, NBP No. 2, Vol. XIV, Beograd, 2009.

Željko Nikač, PhD

Professor,

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Vanda Božić, PhD

Scientific Assistant,

Faculty of Law, Zagreb

**COMBATING CRIMINAL ACTS OF ILLEGAL MIGRATION IN
THE AREA OF THE REGION WITH PARTICULAR REFERENCE
TO THE REPUBLIC OF CROATIA AND THE REPUBLIC OF
SERBIA**

Summary

War conflicts in Syria, Afghanistan, the Middle East and North Africa were the biggest generator of the migration in post-war history. This has led to the numerous terrorist acts primarily in Europe, the political and economic crisis and had reflection in the Southeast Europe region, which is always sensitive to interethnic and other conflicts. In response to the security challenges countries are taking measures at the national level, while at the international level develop bilateral, regional and multilateral cooperation. The legal basis of the activities are the norms of domestic law and international documents. The operational response to domestic and international level includes measures and actions of the national agencies, international organizations, etc. The paper particularly stressed the activities on combating illegal migration in Croatia, Serbia and the region, with a thorough analysis of the situation on the reported, accused and convicted persons for criminal offenses of illegal migration in the jurisprudence of the Croatia and Serbia. Finally the authors offer suggestions de lege ferenda with the aim of successful suppression of crimes of illegal migration.

Key words: *illegal migration, criminal offenses, legislation, police, Croatia, Serbia, Region, international cooperation, EU*

ПРОТИВПРАВНА КОНСТРУКЦИЈА УДРУЖЕНОГ ЗЛОЧИНАЧКОГ ПОДУХВАТА

Проф. др Милан Благојевић*

***Апстракт:** Ова конструкција, о којој нема ни слова у Стату-ту Трибунала у Хагу (а ни у Римском статуту Међународног кривичног суда), постоји само у појединачним одлукама Трибунала у Хагу, у чему и јесте њена противправност, а трагедија је тим већа што је она, како је вријеме показало, употребљавана у Трибуналу само против оптужених српских руководиоца (политичких и војних). Дакле, вријеме и појединачни до сада пресуђени предмети су показали да је она креирана како би се (пре)судило лицима српске националности који су за вријеме ратних дешавања били на руководећим позицијама у Републици Српској, Републици Српској Крајини и Републици Србији.*

***Кључне ријечи:** удружени злочиначки подухват, Трибунал у Хагу, правне конструкције, законитост, незаконитост.*

1. Уводни дио

Много тога противправног везано је за Трибунал у Хагу, почев од чина његовог стварања па све до бројних одлука ове креације. Подсјећања ради, треба рећи како је овај трибунал утемељен кршењем Повеље Уједињених нација, јер је, доносећи Резолуцију број 827 од 25. маја 1993. године (којом је основан Трибунал у Хагу и усвојен Статут тог трибунала) Савјет безбједности изашао из оквира својих надлежности прописаних поменутом повељом. Да би се то разумјело, подсјетићу

* Ванредни професор уставног права на Универзитету за пословни инжењеринг и менаџмент у Бањој Луци.

на чињеницу да ниједном одредбом Повеље Уједињених нација није дато право Савјету безбједности да оснива било какву међународну институцију, која би потом правно обавезивала било коју државу, па тако ни чланице Уједињених нација. Такво право Савјету безбједности није дато ни Поглављем VII Повеље УН. Наиме, чланом 39 Повеље прописано је да Савјет безбједности утврђује постојање пријетње свјетском миру, кршење тог мира или постојање акта агресије. С тим у вези Савјет безбједности, према истој одредби, даје препоруке те одлучује о томе које мјере ће бити предузете да би се одржао или васпоставио мир. Међутим, вршећи ову потоњу надлежност, Савјет безбједности *то мора чинити у складу са чл. 41 и 42 Повеље УН*, а ти чланови уређују предузимање двију врста мјера, од којих прву представљају мјере које не укључују употребу силе, док другу врсту чине мјере којима се употребљава сила.

Прва врста мјера које може наметнути Савјет безбједности прописана је у члану 41 Повеље, а оне се могу јавити као *потпун или дјелимичан прекид економских односа; потпун или дјелимичан прекид жељезничких, морских, ваздушних, поштанских, телеграфских, радио и других средстава комуникације*; те као *прекид дипломатских односа*. Уколико Савјет безбједности утврди да наведене мјере неће бити адекватне, или да нису биле адекватне, у тој ситуацији овлашћен је да се, на основу члана 42 Повеље УН, одлучи на предузимање акције употребом ваздушних, морских или копнених снага како би одржао или васпоставио међународни мир и безбједност. Такве акције укључују *демонстрације, блокаде и друге операције ваздушним, морским или копненим снагама држава чланица Уједињених нација*.

Како видимо, чл. 39, 41 и 42 Повеље УН (а ни остале одредбе те повеље), како понаособ тако ни у међусобној вези, не дају право Савјету безбједности да оснује било какву институцију, а посебно не међународну правосудну институцију. Зашто је то тако? Одговор на ово питање налази се у једном од принципа међународног јавног права, садржаном у члану 2 тачка 2 Повеље Уједињених нација, према којем се ова организација заснива на *једнакости свих својих држава чланица*. Дакле, принцип једнакости свих држава чланица УН налаже да приликом одлучивања у УН о томе хоће ли бити основана међународна институција (па и међународна правосудна институција) морају учествовати све државе чланице УН, а то је у систему УН правно могуће једино кроз њену Генералну скупштину која се састоји од свих држава чланица УН. За разлику од Генералне скупштине, Савјет безбједности је орган

УН који броји 15 чланова, од којих су пет сталних (Велика Британија, Кина, Русија, САД и Француска) те 10 несталних чланова (у овом тренутку то су: Ангола, Венецуела, Египат, Јапан, Малезија, Нови Зеланд, Сенегал, Шпанија, Украјина и Уругвај).

Према томе, када је 1993. усвојио Резолуцију број 827, којом је основан Трибунал у Хагу, у одлучивању о томе учествовала је само неколицина држава чланица УН које су у том тренутку биле чланови Савјета безбједности. Тиме је овај орган изашао из оквира својих надлежности које му припадају према Повељи УН, што представља једну од грубих повреда Повеље УН. Друга њена повреда огледа се у томе што је на тај начин еклатантно повријеђен принцип једнакости свих држава чланица те организације, садржан (као врховна правна обавеза) у већ поменутом члану 2 тачка 1 Повеље УН.

Претходна аргументација показује како се у коријенима Трибунала у Хагу налази неправо и само неправо, на чему је затим израсло и једно од неправа које је предмет овог рада. О чему је ријеч? Ради се о противправној конструкцији тзв. *удруженог злочиначког подухвата* (*Joint Criminal Enterprise*), насталој у пракси Трибунала у Хагу, о којој нема ни слова чак ни у Статуту тог трибунала усвојеном противправним путем од стране Савјета безбједности УН. За појам правне конструкције својствено је да се до њега долази тако што се из нижих правних појмова узима оно што им је заједничко (главно), па се методом индукције конструише један нови (виши) правни појам. Као примјер може се навести правна конструкција *правног посла*, до које се долази тако што се из бројних уговора, као нижих правних појмова, узима оно што је за сваки од њих главно, па се тим путем долази до правне конструкције која се назива *правним послом*. Но, да би се извела ова или било која друга правна конструкција којом се пледира на то да буде правно обавезујућа, у том процесу може учествовати само правно овлашћени стваралац. Другим ријечима, не може се, а да то буде у складу са правом, креирати правна конструкција од стране субјекта који за то нема овлашћење. Још прецизније казано, на терену унутрашњег права државе, правне конструкције могу се креирати у уставима и законима, након чега домаћи судови тако створене конструкције могу само примјењивати у пракси. За разлику од унутрашњег правног поретка, на терену међународног права ове конструкције могу се стварати међународним уговорима, али и путем обичајног права. У овом потоњем случају није довољно да суд који се позива на обичај само наведе његово постојање, већ такву

тврдњу мора поткријепити примјерима учестале праксе која је раније прихваћена од значајног броја држава. Тек ако постоје такви конкретни примјери, може се изводити закључак о постојању неког обичаја у међународном праву. Међутим, како таквих примјера нема, усљед чега их Трибунал у Хагу и није могао навести у својим пресудама, јасно је да, када је ријеч о овој конструкцији, такве учестале праксе прихваћене од значајног броја држава није било прије стварања Трибунала у Хагу. Ако се томе дода чињеница да конструкција удруженог злочиначког подухвата није постојала ни у неком међународном уговору, а ни у Статуту Трибунала у Хагу (нити је познаје касније усвојени Римски статут сталног Међународног кривичног суда), онда се закључак о њеној противправности намеће сам по себи.

Важност ове конструкције је у томе што је на основу ње (боље рећи само на основу ње) могло бити омогућено да сваки од предмета против индивидуално одређених лица српске националности, као и других лица која су током протеклог рата била на служби у оружаним снагама Републике Српске, буде претворено и у суданију против Републике Српске пред Трибуналом у Хагу. Потом је та конструкција преузета и у Суду Босне и Херцеговине, што ће бити показано кроз примјере који слиједу у наставку.

С обзиром на овако одређен предмет рада, његов наставак подијељен је у три дијела. У првом од њих изнијећу најсвјежији примјер из пресуде претресног вијећа Трибунала у Хагу против др Радована Карацића, док ћу у другом дијелу изнијети примјере из праксе Суда БиХ. Завршни дио рада садржи закључно разматрање.

2. Пракса Трибунала у Хагу

У вези са предметом против др Радована Карацића неопходно је подсјетити како је у параграфу 14 треће измијењене оптужнице Тужилаштва у Хагу (број ИТ-95-5/18-ПТ од 27. фебруара 2009. године) он оптужен на сљедећи начин (курзив у цитату је мој):

„14. Радован Карацић је у значајној мјери допринио да се постигне циљ трајног уклањања босанских Муслимана и босанских Хрвата с подручја на које су босански Срби полагали право, чињењем злочина на један или више сљедећих начина:

- (а) формулисањем, унапређењем и/или подстицањем развоја и провођења политике СДС-а и државних органа босанских Срба, чија сврха је била остварење циља удруженог злочиначког подухвата, и/или учешћем у томе;
- (б) учешћем у оснивању, подржавању и/или одржавању политичких и државних органа босанских Срба, ВРС-а, ТО-а и МУП-а, паравојних снага и добровољачких јединица босанских Срба (даље у тексту: снаге босанских Срба), преко којих се остварио циљ удруженог злочиначког подухвата...”

Дакле, др Карацићу ставља се на терет да је учествовао у оснивању и одржавању државних органа, то јест Републике Српске, као и да је те органе, а то значи Републику Српску, користио да би преко њих остварио циљ наводног удруженог злочиначког подухвата. То је, хтјели ми признати или не, оптужба не само против др Карацића него и против Републике Српске. Такву оптужбу прихвата претресно вијеће у предметној пресуди од 24. марта 2016. године, за шта издвајам одговарајуће параграфе из те пресуде. Тако се у параграфу 3477 (стр. 1311. пресуде) каже како претресно вијеће налази да је др Карацић имао кључну улогу у формулисању политике и активном промовисању *стварања паралелних државних, војних, полицијских* и политичких структура као и да су, како стоји у пресуди, *“те паралелне структуре биле креиране како би подржале постојање издвојене државе босанских Срба као и да омогуће ширење циљева општег* (у смислу сводног, кровног – моја опаска) *удруженог злочиначког подухвата”*, а тај наводни план је имао за циљ „да се трајно уклоне босански Муслимани и босански Хрвати са територије БиХ коју су босански Срби тражили за себе“ – параграф 2627 пресуде. У верзији на енглеском језику овај дио пресуде гласи (курзив у цитату је мој):

„3477. The Chamber also found that *the Accused was pivotal* in making careful preparations to allow the Bosnian Serbs to respond to any move towards independence by BiH with the creation of its own parallel structures and take-over of power at a municipal level.

The Accused’s involvement in this regard included formulating policies and actively promoting the creation of the parallel governmental, military, police and political structures that were used to gain or retain control of Bosnian Serb claimed territory. These parallel structures were designed to support the existence of a separate Bosnian Serb state and allow for the furtherance of the objective of the Overarching JCE.“

Потом се у параграфу 3507 (стр. 1323. пресуде) и за органе власти у локалним заједницама (општинама) у Републици Српској каже да су њихови кризни штабови, заједно са припадницима Територијалне одбране, Министарства унутрашњих послова Републике Српске и Војске Републике Српске, чинили злочине ради ширења заједничког плана унутар општег (у смислу сводног, кровног) удруженог злочиначког подухвата приликом преузимања власти у општинама. Овај дио пресуде у верзији на енглеском језику гласи (курзив у цитату је мој):

“3507. The Chamber found that *the Crisis Staffs, paramilitaries, and members of the TO, MUP, and VRS carried out crimes in furtherance of the common plan of the Overarching JCE during the take-over of the Municipalities.*”

На цитирани начин претресно вијеће је правно неутемељено изнијело у пресуди став према којем су државни органи Републике Српске (Народна скупштина, Влада, Министарство унутрашњих послова и Војска Републике Српске) злочиначки, с обзиром на то да се за њих каже да “*These parallel structures were designed to ... allow for the furtherance of the objective of the Overarching JCE*“, то јест да су као паралелне структуре били основани ради ширења циљева општег (у смислу сводног, кровног) удруженог злочиначког подухвата, што се затим понавља и код органа власти (кризних штабова) на локалном нивоу.

Међутим, како нема доказа да је др Радован Караџић починио иједан злочин (нема у пресуди доказа да су он и било који други члан државног руководства Републике Српске починили или на било који други начин учествовали у извршењу иједног од убистава или других кривичних дјела из оптужнице), претресно вијеће прибјегава противправној конструкцији удруженог злочиначког подухвата. Ова конструкција о којој, како је речено, нема ни слова у Статуту Трибунала у Хагу (а ни у Римском статуту Међународног кривичног суда), постоји само у појединачним одлукама Трибунала у Хагу, у чему и јесте њена противправност, а трагедија је тим већа што је она, како је вријеме показало, употребљавана у Трибуналу само против оптужених српских руководиоца (политичких и војних). Дакле, вријеме и појединачни до сада пресуђени предмети показали су да је она креирана како би се (пре)судило лицима српске националности који су за вријеме ратних дешавања били на руководећим позицијама у Републици Српској, Републици Српској Крајини и Републици Србији. У параграфу 560 (стр. 212. пресуде) и претресно вијеће каже да је ова конструкција призната у јуриспруденцији Трибунала (дакле, не у прописима) и да према тој јуриспруденцији има три облика.

Према првом, основном облику, ова конструкција би обухватала оне ситуације у којима сви учесници, дјелујући са истим циљем, посједују исту намјеру остварења тог циља. Други облик припада организованим системима лошег третмана (на примјер, у затворима). Разлози које сам претходно изнио указују, понаособ и у међусобној вези, на то да се др Карацићу не може приписати одговорност ни за један од наведена два облика ове конструкције. Да би се она подробније објаснила, послужићу се примјером из пресуде жалбеног вијећа у предмету против Радослава Брђанина (пресуда жалбеног вијећа од 03. априла 2007. године), након чега ћу то повезати са оптужницом против др Радована Карацића. Дакле, у пресуди жалбеног вијећа против Радослава Брђанина каже се слjedeће (курзив у цитату је мој):

„430. Остали услови за изрицање осуђујуће пресуде на основу доктрине УЗП-а једнако су стриктни. Пресудитељ о чињеницама мора ван разумне сумње утврдити да је више особа дијелило заједнички злочиначки циљ; да је оптужени допринио остварењу тог заједничког злочиначког циља; и да се заједнички намјеравани злочин (односно, за изрицање осуђујуће пресуде на основу треће категорије УЗП-а, предвидив злочин) заиста и догодио. *Ако се не докаже да је главни извршилац припадао УЗП-у, пресудитељ о чињеницама мора додатно утврдити да се злочин може приписати барем једном учеснику удруженог злочиначког подухвата и да је тај учесник, послуживши се главним извршиоцем, дјеловао у складу са заједничким планом.* Приликом потврђивања тих елемената, суд, поред осталог, мора: утврдити да је УЗП-у припадало више особа (мада није нужно утврдити именом идентитет сваке од тих особа); *прецизно дефинисати заједнички злочиначки циљ* како у смислу намјераваног кажњивог циља тако и у погледу домашаја (нпр. утврдити временска и географска ограничења тог циља; *и опити идентитет намјераваних жртава*); *утврдити да тај злочиначки циљ није само јединствен, него и заједнички за све особе које су заједно дјеловале у оквиру удруженог злочиначког подухвата*; те тачно оквалификовати допринос оптуженог том заједничком плану. Што се тиче овог посљедњег елемента, *Жалбено вијеће напомиње да тај допринос, иако не мора да буде неопходан односно знатан, мора бити у најмању руку значајан допринос злочинима*, за које се одговорност приписује оптуженом.

431. Ако су ван разумне сумње остварени сви ти услови за приписивање одговорности на основу УЗП-а, то значи да је оптужени скривио много више од пуког удруживања са криминалцима. Он

је посједовао намјеру да почини злочин, удружио се са другима како би остварио и тај циљ, и дао је значајан допринос почињењу злочина. На основу јуриспруденције – која одражава стандарде усвојене у међународном обичајном праву за утврђивање општих оквира удруженог злочиначког подухвата – *оптужени се основано може прогласити кривим не само због сопственог доприноса, него и због поступака осталих учесника УЗП-а који су дјеловали на остварењу предметног злочина (прва категорија УЗП-а), односно за дјела која су била предвидива посљедица извршења тог злочина ако се његово стање свијести може оквалификовати као *dolus eventualis* (трећа категорија УЗП-а). Није пресудно да ли су ти остали учесници УЗП-а лично остварили *actus reus* злочина или су се за то послужили главним извршиоцима који нису дијелили заједнички циљ.*“

Цитирани дио пресуде представља став Трибунала у Хагу не само у предмету против Радослава Брђанина већ и у другим предметима. У претходном цитату могу се запазити бројне произвољности којима се нарушава правна сигурност као једна од темељних вриједности у сваком правном систему. Наиме, жалбено вијеће каже да, ако се не докаже да је *главни извршилац* (нпр. локални криминалац који је током рата извршио убиство или силовање лица друге националности) припадао удруженом злочиначком подухвату, суд мора додатно утврдити да се злочин може *приписати* барем једном учеснику удруженог злочиначког подухвата и да је тај учесник, послуживши се главним извршиоцем, дјеловао у складу са заједничким планом. Према Трибуналу, у том случају оптужени ће (овај пут др Карацић) одговарати за неки злочин који је учинио главни извршилац иако он није припадао злочиначком подухвату, уколико се злочин тог *главног извршиоца* умјесто оптуженом може приписати *било ком другом члану (учеснику)* злочиначког подухвата. Ово је за Трибунал довољно, без обзира на то што тај други члан наводног злочиначког подухвата прије извршења злочина није, на примјер, имао било какав контакт са оптуженим на основу којег би оптужени могао знати да ће бити извршен злочин. За приписивање извршеног злочина оптуженом у овом случају довољно је само то да су оптужени и то друго лице (*учесник*) чланови удруженог злочиначког подухвата, што је недопустива произвољност. Овај подухват, како даље произлази из поменуте пресуде, мора имати *дефинисан заједнички злочиначки циљ*. Тај циљ дефинише најприје Тужилаштво у својим оптужницама и то, на примјер, као циљ трајног уклањања неког становништва са одређене територије, на-

кон чега судећа вијећа то само преузму у својим пресудама. У пракси Трибунала то је значило да политичко руководство српског народа, иако је демократски изабрано и легитимно, својим одлукама о стварању Републике Српске није чинило то, већ су такве одлуке (према схватању Трибунала) биле удружени злочиначки подухват чији је наводни прецизно дефинисани заједнички циљ био да се трајно уклоне Муслимани и Хрвати са територије Републике Српске.

О каквој произвољности је ријеч најбоље потврђује пракса Трибунала према којој све што, ношени најнижим људским поривима (нпр. мржњом, осветољубивошћу, користољубљем), након тога (након стварања Републике Српске) учине локални криминалци на територији Републике Српске (убијањем, тјелесним повређивањем, силовањем или на неки други начин) представља дио наводног удруженог злочиначког подухвата за који је одговоран др Карацић, а због којег су и органи Републике Српске (Народна скупштина, Влада, Министарство унутрашњих послова и Војска Републике Српске) злочиначки, с обзиром на то да се за њих у пресуди каже да су као паралелне структуре били основани ради ширења *циљева општег (у смислу сводног, кровног) удруженог злочиначког подухвата*, након чега се то понавља и код органа власти (кризних штабова) на локалном нивоу.

На примјеру оптужнице против др Радована Карацића то значи да је он, према Трибуналу, одговоран за убиство или силовање сваког цивила у некој од општина из оптужнице само зато што је прије тога у тачки 14 оптужнице речено да је др Карацић учествовањем у стварању политичких и државних органа Републике Српске наводно *значајно допринио постизању циља да се трајно уклоне Муслимани и Хрвати са територије Републике Српске извршењем кривичних дјела*. Другим ријечима, учествовање др Радована Карацића, а то значи и осталих чланова државног руководства, у стварању Републике Српске не представља то, већ наводни удружени злочиначки подухват са наведеним циљем, чије постизање подразумијева извршење сваког од појединачних кривичних дјела из оптужнице. Ово је таква произвољност најприје од стране Тужилаштва, а потом и судећих вијећа, због које би сваки од њих требало кривично да одговара за злоупотребу службеног положаја, будући да о свему томе нема ниједне једине ријечи у Статуту Трибунала у Хагу нити у обичајном праву.

С обзиром на то да је увијек било и биће појединаца склоних вршењу злочина (у виду убистава, силовања и сл., усмјерених против

лица друге националности), али који се не могу ни на који начин довести у везу са државним органима, у Трибуналу је за такве случајеве произвољно осмишљен тзв. трећи облик удруженог злочиначког подухвата. У овом случају ради се о непосредним извршиоцима злочина који нису чланови наводног удруженог злочиначког подухвата, а који изврше убијања, силовања и друге злочине према одређеном становништву. Према пракси Трибунала и тада постоји одговорност осталих учесника наводног удруженог злочиначког подухвата. Једини услов је да је то убиство или неки други злочин *за њих био природна и предвидива посљедица њиховог подухвата*, а да ли је нешто било предвидиво, о томе, наравно, одлучује Трибунал у Хагу. Подразумијева се да је у свим предметима против Срба оптужених у Трибуналу, па тако и у предмету против др Радована Караџића, појединачни злочин за њих увијек био природна и предвидива посљедица, јер то напросто тако сматрају Тужилаштво и судећа вијећа. Одмах пада у очи правна несигурност овакве конструкције, јер нема нити може бити поузданих мјерила на основу којих би се унапријед могло знати да ли је нешто природна и предвидива посљедица нечијег понашања (да ће, на примјер, у некој општини локални криминалац убити или силовати некога зато што припада другом народу). Међутим, тако нешто је створено у судској пракси Трибунала и само од оцјене, боље рећи воље судија, зависи одлука о том питању. Није тешко закључити, што је показала и досадашња пракса Трибунала, да је овај трећи облик одговорности примјењиван искључиво у случајевима оптужених српских функционера. Тако је било и у пресуди против др Радована Караџића. Дакле, у његовом случају он је, казано једноставним језиком, правно неосновано проглашен кривим за све оне случајеве криминалних појединаца и група на српској страни који су, ношени ураганима сапетих мржњи, вршили убиства, силовања и друга недјела према Муслиманима и Хрватима током рата. „Разлог“ за такву осуду др Караџића је, како сматра претресно вијеће (параграф 3521 пресуде), што су та недјела по оцјени судија била *предвидива (???)* за др Караџића. Међутим, о томе како је то др Караџић могао да предвиди шта ће учинити неки локални криминалац, у пресуди је изостало било какво ваљано образложење, што не треба да чуди јер се неразумне конструкције (каква је конструкција удруженог злочиначког подухвата) и не могу објаснити. Очигледно је да се ради не само о нечему што нема темељ у праву, већ је ријеч и о крајње нерационалној и произвољној конструкцији.

О каквом апсурду је ријеч, вјероватно најбоље свједочи оно што се недавно догодило у пракси Врховног суда Велике Британије. Наиме, трећи облик конструкције удруженог злочиначког подухвата као облик одговорности тзв. секундарних учесника у кривичним дјелима проширен је (судском праксом, а не законом) 1984. године одлуком британског Државног вијећа. Од тада је тај облик постојао све до 18. фебруара 2016. године, када је стављен ван снаге одлуком Врховног суда Велике Британије у предмету *Ruddock v The Queen* (текст одлуке доступан је на интернет адреси <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0015-judgment.pdf>). Том одлуком Врховни суд је утврдио како је (све протекле деценије) била погрешна одлука из 1984. године којом је уведен наведени облик удруженог злочиначког подухвата. У практичном погледу то значи да се кривично право у вези са овим питањем вратило тамо гдје му је једино мјесто, то јест на захтјев да се у оваквим случајевима за одговорност саучесника тражи исти субјективни елемент као и за непосредног учиниоца. Још једноставније казано, а пренијето на терен примјера убиства којим сам се претходно послужио, не може бити одговорности саучесника за убиство које је извршило друго лице ако то дјело није обухваћено умишљајем саучесника.

То је, дакле, суштина ове произвољне конструкције која је у основи сваке од тачака оптужнице против др Радована Карацића. Њоме је, како је показано, пресуђено не само њему него и Републици Српској.

Ову конструкцију Трибунал користи и у оном дијелу пресуде против др Радована Карацића у којем га је осудило за догађаје везане за узимање припадника УНПРОФОР-а као талаца, током НАТО бомбардовања Републике Српске у мају 1995. године. Претресно вијеће то чини иако је ријеч о поступању у крајњој нужди, а у случају постојања такве нужде нема кривичног дјела. Наиме, у параграфу 5856 пресуде претресно вијеће каже да је НАТО од Уједињених нација био овлашћен да изврши бомбардовање, а основ за то налази у Резолуцији Савјета безбједности број 836 из 1993. године. Међутим, оно што је вијеће пропустило да каже јесте да у тој резолуцији (тачка 10) стоји да се то може урадити под руководством Савјета безбједности („*under the authority of the Security Council*“). На ово указујем због тога што цитиране ријечи значе (и у језичком и у телеолошком погледу) да је започињању бомбардовања 1995. требало да претходи одговарајућа (конкретна) одлука за то од стране Савјета безбједности, а такве (руководне) одлуке нема, због чега је Трибунал и није могао навести у пресуди против др Карацића. Из тих разлога је

НАТО бомбардовање 1995. било противправно, чиме се ова алијанса ставила на страну једне од зараћених страна. Претходно наведено је од важности, јер све што након тога предузимају одговарајући органи Републике Српске нису репресалије, како их погрешно правно супсумира Трибунал у овој пресуди (видјети параграфе 5948–5950). Умјесто тога, ради се о поступању у крајњој нужди, која искључује постојање кршења закона или обичаја ратовања, под коју инкриминацију је претресно вијеће подвело узимање припадника УНПРОФОР-а од стране Војске Републике Српске. Крајња нужда постоји кад је дјело учињено ради тога да учинилац од свог добра отклони истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при томе учињено зло није веће од зла које је пријетило. Пренесено на терен предметног случаја, када НАТО предузима наведено правно дефектно бомбардовање против Републике Српске и тиме се отворено придружује једној од страна у ратном сукобу, па када Војска Републике Српске због тога (и само због тога, што произлази и из пресуде против др Карацића) узима као таоце припаднике УНПРОФОР-а, онда је то поступање у *крајњој нужди*, а не наводни удружени злочиначки подухват да би се НАТО „*принудио* да прекине ваздушне ударе против војних циљева босанских Срба“, како се неосновано закључује у параграфу 5951 пресуде претресног вијећа.

3. Пракса Суда Босне и Херцеговине

Створена на наведени начин, конструкција удруженог злочиначког подухвата потом се користи и у пракси Суда БиХ, о чему свједоче примјери које износим у наставку. Тако у пресуди број Х-КР-08/549-2 од 10. септембра 2009. године, донесеној на основу споразума о признању кривице, Суд БиХ, прихватајући конструкцију учешћа у удруженом злочиначком подухвату који тужилац ставља на терет оптуженом, каже сљедеће (курзив у цитату је мој):

„У временском периоду од краја априла 1992. године до краја септембра исте године а у оквиру широког и систематичног напада војске и полиције Српске Републике БиХ а затим Републике Српске усмјерене против бошњачког и хрватског становништва општине Приједор који напад је и извршен у истом периоду, знајући за такав напад, у својству резервног милиционара, свјесно и вољно учествовао у *удруженом злочиначком подухвату цивилних и војних власти општине Приједор*, у

циљу прогона особа бошњачке и хрватске националности и вршења злочина над њима, имајући исти циљ са члановима цивилних и војних власти општине Приједор, те са војним и цивилним структурама Српске Републике БиХ а затим Републике Српске, који циљ је подразумевао, на дискриминаторној намјери заснован, прогон бошњачког и хрватског становништва на политичкој, националној, етничкој и вјерској основи са територија под контролом војске и полиције Српске Републике БиХ, а затим Републике Српске...“.

Оно што је важно у цитираном дијелу изреке пресуде јесте то да Суд БиХ хоће да каже како су радње извршења оптуженог дио, односно посљедица наводног „удруженог злочиначког подухвата цивилних и војних власти општине Приједор“, што би у логичком смислу требала бити својеврсна *premissa minor*, будући да она исходи из *premise maior*, а то је да су, према оптужници и овој пресуди Суда БиХ, „војне и цивилне структуре Српске Републике БиХ а затим и Републике Српске имале исти циљ“. Међутим, у образложењу пресуде изостали су било какви правни ваљани разлози о свему томе.

На начин сличан претходном, Суд БиХ поступа и у пресуди број Х-КР-10/928 од 19. јула 2010. године. И овдје се ради о пресуди донесеној на основу споразума о признању кривице, а у њеној изреци се каже (курзив у цитату је мој) да:

„...су припадници Војске Републике Српске и Министарства унутрашњих послова Републике Српске (МУП РС) предузимали широко распрострањен и систематичан напад против бошњачког цивилног становништва из заштићене зоне УН-а Сребреница, који напад је био у складу са државном или организационом политиком и у циљу провођења те политике ...“.

Оно што је у овом случају важно јесте то да и у образложењу ове пресуде, у вези са цитираним дијелом њене изреке, нема ни ријечи о наведеним тврдњама. Суд, наиме, није изнио ниједан разлог, односно доказ, на којем заснива такве своје тврдње.

Примјери које сам претходно изнио морају се посматрати у вези са још једном неуставном праксом развијеном у Суду БиХ, везаном за инкриминацију злочина против човјечности. Наиме, у раду тог суда примјетна је вишегодишња пракса неуставне ретроактивне примјене поменуте инкриминације на догађаје из протеклог рата у БиХ, упркос чињеници да злочини против човјечности нису били прописани као кри-

вично дјело у домаћем законодавству све до 2003. године, када је високи представник наметањем Кривичног закона БиХ прописао и то кривично дјело. Међутим, упркос неуставности такве праксе, њоме се служе Тужилаштво БиХ и Суд БиХ у поступцима против некадашњих припадника Министарства унутрашњих послова и Војске Републике Српске. Разлог за то је у чињеници што само помоћу ове инкриминације може бити наведено да је неко дјело (нпр. убиство или премлаћивање) учињено у оквиру наводно широког и систематског напада Полиције и Војске Републике Српске против муслиманског становништва, без обзира на то што у конкретном случају докази не потврђују постојање таквог напада. А такав напад се умеће у оптужнице и пресуде јер се он може приписати држави или некој другој организацији која у датом тренутку врши власт на одређеној територији. Када се, дакле, уметну такве формулације, то значи да је за њих оптужена Република Српска. Тиме се ова суђења и бројне пресуде Суда БиХ претварају у суђење не појединцима него у суђење Републици Српској којој, да ствар буде гора, није омогућено да у тим поступцима путем својих заступника оповргне такве неосноване тврдње из оптужница Тужилаштва БиХ.

4. Закључно разматрање

Вјерујем да су претходни примјери (који нису усамљени) показали на који начин пресуде поменутих институција нису биле само пресуде оптуженим лицима, већ и српском народу и Републици Српској, што говори о политичкој суштини ове суданије. Наиме, имајући у виду све оно о чему је било ријечи у претходним дијеловима, циљ тих пресуда је својеврсна стигматизација Републике Српске и српског народа. То се чини тако што се легитимна тежња једног конститутивног народа да се стварањем Републике Српске организује у државно-политичком смислу, на шта су га напросто натјерала остала два народа, оваквим и бројним другим пресудама Трибунала у Хагу и Суда БиХ проглашава као наводни удружени злочиначки подухват, односно као наводни широки и систематичан напада Полиције и Војске Републике Српске против муслиманског становништва.

У овом смислу треба гледати и на то да се у пресуди претресног вијећа Трибунала у Хагу против др Радована Караџића ни на једном мјесту органи Републике Српске неће да назову њиховим правим име-

ном. Умјесто тога, Народна скупштина Републике Српске се у тој пресуди назива скупштином босанских Срба (стр. 28 пресуде), а Влада Републике Српске владом босанских Срба (стр. 38). Чак се и Устав Републике Српске и Закон о Војсци Републике Српске у тој пресуди не називају тако, већ устав босанских Срба, односно закон босанских Срба о војсци (видјети параграф 3493 ове пресуде). Ако се узме у обзир све оно што је претходно речено у овом раду, није тешко закључити да Трибунал поступа на такав начин да би казао како је у његовој визури не-легалан период постојања Републике Српске од 1992. до окончања рата и Дејтонског споразума 1995. године. То се затим мора довести у везу са актуелном одлуком Уставног суда БиХ (број У-3/13 од 26.11.2015. године), којом се Републици Српској противправно покушава наметнути неки други дан као њен дан, упркос чињеници да је она рођена 9. јануара 1992. године. Уставни суд БиХ то чини прегласавањем (гласовима двоје судија Бошњака и троје судија странаца), тако што не суди правној норми која постоји, већ нечему чега нема у Закону Републике Српске којим су уређени њени празници. Наиме, када се у том закону пропише да се 9. јануар празнује као Дан Републике, онда у томе нема нити може бити било шта чиме би био повријеђен Устав БиХ, јер је тог (а не неког другог) дана створена Република Српска. С обзиром на ту историјску чињеницу, ниједан суд не може судити историји нити може рећи да се оваквим историјским догађајем преферира било који народ (како, иначе, неосновано закључује Уставни суд у ставу 90 наведене одлуке). Закључујући на такав правно неутемељени начин, судије које су прегласавањем донијеле ову одлуку затим неосновано закључују (став 79) и да овај празник Републике Српске мора представљати све њене грађане. То, другим ријечима, значи да Дан Републике, у визури судија који су прегласавањем донијеле одлуку, мора бити оно што желе и остали народи, а извјесно је да Бошњаци као тај празник не би прихватили ниједан датум прије Дејтонског мировног споразума. Из овога би, у коначном, произлазило да је Српска нелегална творевина у периоду од 9. јануара 1992. до Дејтонског мировног споразума. Одатле би био само корак до одлуке Уставног суда БиХ према којој би Република Српска морала промијенити и своје име, чиме би била у потпуности обесмишљена. Наиме, ако је већина судија могла правно неутемељено закључити (и само тако наметнути своју вољу свим другим) да празник Републике Српске мора бити оно што желе и остали народи, како се не би преферирао ниједан народ, онда га ништа након тога неће спречавати да у до-

гледно вријеме закључи (нпр. по захтјеву Бакира Изетбеговића као члана Предсједништва БиХ) и да назив овог ентитета не може садржавати ријеч „Српска“, јер се њиме преферира само један народ, након чега би наложио Народној скупштини Републике Српске и Парламентарној скупштини БиХ да због тога измијене релевантне одредбе Устава Републике Српске, односно Устава БиХ.

Завршавајући овај рад, морам истаћи како се пресудама које су биле предмет претходне анализе доприноси остварењу два циља. Први од њих, истина другим поводом, исправно запажа Мирјана Васовић, говорећи о регионалној мржњи. С тим у вези она каже:

„Објективном посматрачу, наиме, просто боде очи чињеница да мржња, посебно према српском народу, већ двадесет година јача, уместо да, као што би се очекивало и као што је природно, постепено јењава. Штавише, непрестано се проналазе нови разлози и изводе ‘докази’ који је потпирују (као што се у Сребренци, једном годишње, ритуално умножавају сахрањена тела). ... У ствари, степен анимозитета према српском народу у региону досегао је тачку после које можемо бити потпуно мирни. Нема тог злодела – почињеног, приписаног или намераваног – којим би се оволика и оваква мржња могла оправдати. Ипак, ако погледамо изблиза, није то ни нека метафизичка мржња. Има она своју конкретну предисторију (историјске мржње не застаревају), као што има и сасвим одређену, актуелну улогу и инструменталност. Најкраће речено, она служи да се консолидују недовршене државе, хомогенизују идентитетски несигурне нације и легитимише пољуљана власт.“

(Мирјана Васовић: *Регионална мржња*, објављено 27.08.2015. на <http://www.politika.rs/rubrike/Komentari/Regionalna-mrznja.sr.html>)

Двије ствари ћу из цитираног издвојити за ову прилику. Прва је да се, нажалост, пресудама каква је и пресуда против др Радована Караџића само доприноси продубљивању српско-бошњачког јаза, што је велика трагедија с обзиром на нашу сродност (исто српско етничко поријекло), која своје коријене налази у далекој прошлости. Друга ствар је да се оваквим пресудама, хтио то неко признати или не, настоји деконсолидовати Република Српска, што је суштина њихове политичке анатомије. Та деконсолидација се, према замислима креатора овакве политике, треба остварити у главама овдашњег српског становништва. Наиме, када и појединци почну некритички прихватати одређене ставове зато што долазе од одређених институција, онда је то сигуран пут у њихову индоктринацију и самопорицање, којем је нарочито склон српски

народ. Из тих разлога ће се, дакле, и оваквим пресудама покушавати убиједити становништво Републике Српске да промијени свој однос према сопственој држави, на начин да се она у масама делегитимизује, што је суштина менталне десупстанцијализације државе. Тиме се жели олакшати посао бројним снагама (у БиХ и иностранству) које настоје на сваки начин срушити Републику Српску. Њима, наиме, овакве пресуде требају да би остварили свој коначни политички циљ, то јест да би позивањем на овакве пресуде исходили нестанак Српске мирним путем, мада се неће либити да то учине и насилно у одређеном тренутку уколико покушај њене менталне десупстанцијализације не да резултате. Стога сам, указујући на противправности и неистине које су биле предмет овог рада, њиме желио објаснити како нема основа духу самопорицања у нашем народу нити окретању леђа Републици Српској, јер то она не заслужује на било који начин нити због било чега.

Milan Blagojević, PhD
Associate Professor of Constitutional Law
at the University for Business Engineering and Management in Banja
Luka

ILLEGAL CONSTRUCTION OF THE JOINT CRIMINAL ENTERPRISE

Summary

This construction, which is not mentioned by a single word in the Statute of the Hague Tribunal (nor in the Rome Statute of the International Criminal Court), is the subject of this paper. In the paper is shown that JCE exists only in the individual decisions of the Hague Tribunal, and this actually makes its illegal character. The tragedy is even worse if we know, and the time has proven it, that this construction was used in the Tribunal only against the accused Serbian leaders (political and military). So, the time and individual, so far adjudicated cases showed that it was created in order to judge (against) the persons of the Serbian nationality who were appointed to the leadership positions in the Republic of Srpska, Republic of Srpska Krajina and Republic of Serbia during the war.

Key words: *joint criminal enterprise, Hague Tribunal, legal constructions, legality, illegality.*

ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И РЕАЛНОГ

Др Иван Јоксић*

Апстракт: Кривично дело геноцида спада у ред најокрутнијих кривичних дела које има своју међународну и националну димензију. Реч је о делу које је подједнако важно сузбијати и у ратним и мирнодопским условима. Нажалост, озбиљније интересовање за инкриминисање геноцидних поступака, проистеклих из геноцидне намере његових учинилаца, почиње под утиском „геноцидних“ злочина. Иако се поступци усмерени ка истребљењу и уништењу једног ентитета (народа, групе) везују за најраније периоде људског друштва, његова нормативна димензија настаје знатно касније, са развојем међународног правног поретка.

Ради лакшег разумевања појма, значења и суштине злочина геноцида неопходно је указати на његове историјске моменте. Такође је важно прецизирати инкриминациону зону различитих поступака којима се заправо спроводи геноцидна намера. У томе нам могу помоћи ставови из судске праксе међународних *ad hoc* кривичних трибунала, као и релевантни међународни, регионални и национални правни инструментаријум.

Кључне речи: злочин геноцида, намера, одговорност, злочинци, жртве, казна.

* Ванредни професор, Правни факултет за привреду и правосуђе, Универзитет Привредна академија, Нови Сад.

1. Уводна разматрања

Вршење злочина према припадницима једног колективитета датира још из доба првобитне заједнице. Касније се са појавом првих држава могу уочити организованији облици истребљивања припадника противничке стране. Оно се огледало у настојању припадника једног народа да се убиствима, етничким чишћењем, превођењем у другу веру, потпадањем у ропски положај, који је најчешће био недостојан човека, униште читаве групације људи. Отуда се вођење ратова на крају завршавало масовним егзекуцијама припадника непријатељске војске и превођењем у ропски положај њихових породица.

У средњем веку су под утицајем религијских схватања вршене масовне егзекуције оних који су одступали од званичних схватања о свим важнијим друштвеним питањима. Зато су мучење, спаљивање, пребијање, изнуђивање признања били „леgitимна“ средства званичне религије изражене у црквеним учењима. Крваво прогањање „неверника“ било је незаобилазан модел „преваспитања“ чак и оних који су своје сумње о пореклу човека, облику планете земље и слично настојали да докажу на научним основама.

Но, вршење „геноцидних“ злочина није било само одлика црквених односно инквизиционих судова. Ништа мање окрутни нису били османлијски освајачи који су се на нашим просторима сурово обрачунавали са припадницима покорених народа (тур. жар. раја). Историја бележи масовно превођење хришћанског становништва у другу веру, одвођење најспособнијих младих људи у Истанбул и стварање јаничарске војске, истребљење читавих села и градова који су били непокорни или „неблагодонаклони“ према освајачима. О томе најречитије сведоче писани трагови и споменици подигнути на местима где су најмонструознији злочини сурово извршавани (на пример Ђеле-кула у Нишу).

Вршење злочина није била непознаница и на другим континентима где су читаве групе и народи били изложени масовном уништењу. То је случај са америчким континентом где су читава индијанска племена била десеткована, пресељавана у посебне логоре или резервате, одузимана им је земља, уништавана читава села, били изложени масовном покрштавању и др. Над Индијанцима је извршен и културни геноцид тако што је њихова религија сматрана варварском и страном новом цивилизованом свету. Овакво поступање придошлог белачког становништ-

ва озакоњено је у за то подесним законима. Очит пример је Дејвисов закон (Dawis) којим се прописује да се индијанска земља подели на парцеле чији су власници сами Индијанци. Ограничење се састојало у томе да се парцеле нису могле продавати 25 година, али се преостала земља могла продавати досељеницима. Ову одлуку је потврдио и Врховни суд САД 1903. године, где се наводи да Конгрес може давати индијанску земљу будућим закупцима без сагласности индијанских племена.

Масовно вршење злочина, под утицајем геноцидне намере, добило је свој коначан епилог у 20. веку на великом делу земљине кугле. У том погледу Европа постаје полигон на коме је геноцидна намера злочинаца приказивана као „коначно решење“ статуса читавих етницитета. Реч је о два крупна историјска догађаја а то су Први и Други светски рат. Иако они представљају велику прекретницу у третирању злочина геноцида, неопходно је разлучити реално постојање геноцида и његово накнадно правно уобличење.¹

У Првом светском рату вршени су масовни злочини против цивилног становништва. Они су се састојали у масовном погубљењу, мучењу, принудном расељавању и етничком чишћењу читавих географских простора у којима су живели припадници одређене групе односно народа. Овако изражени облици испољавања нечовечног поступања имају сва обележја злочина геноцида. Тако је, на пример, поступање бугарске војске у источној Србији, аустроугарске војске у западној Србији, одређених паравојних формација у просторима јужног дела Србије, било у супротности са свим постојећим међународним документима. Ипак, иако је реално постојао, нису још увек били успостављени правни оквири који би омогућили кажњавање за геноцидно поступање.

Појава фашизма као нове идеологије, те ново уређење немачке државе, наговештавали су монструозно и планско „решавање“ постојања одређених народа. У бити овако конципиране идеологије било је злочиначко односно геноцидно решавање успостављене поделе на „ми“ и „они“. Отуда клицу будућег геноцидног поступања у Другом светском рату треба тражити у идеологији фашизма. Током Другог светског

¹ Важно је напоменути да се појава и испољавање геноцидног поступања не исцрпљује само на евроазијским просторима. Историја памти злочиначко поступање према домородачком становништву, чије су прапостојбине постале плен колонијалних освајача. Захваљујући таквом поступању данас имамо ситуацију да читави народи једноставно више не постоје, тј. да се њихови људски трагови губе у вртлогу борбе за освајање и очување освојених колонијалних простора. Види: А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националном кривичном праву*, Правни факултет, Ниш, 1991, стр. 10.

рата настају фабрике смрти које само практично реализују претходно успостављени концепт једнонационалне или једнорасне „аријевске“ државе.

На основу доступне научне и архивске грађе можемо прихватити чињеницу да 20. век заиста представља век „масовне смрти“. У њему се испољавала сва дубина монструозног спровођења геноцидне намере. Ако бисмо проговорили језиком бројки онда можемо навести чињенице да су од 55 милиона људских живота страдалих у директној борби, или од бомбардовања, епидемије и глади, 10 милиона биле жртве геноцида: Јевреји, Јермени, Роми, Руси, Украјинци, Срби и др. Нажалост, инкриминисање геноцидног поступања, као и правно установљење злочина геноцида као међународног кривичног дела, настаје након и под негативним утиском извршених масовних злочина из времена Другог светског рата.²

2. Теоријско одређење геноцида

Највеће заслуге за језичко утемељење геноцида приписују се пољском адвокату и универзитетском професору Рафаелу Лемкину.³ Под утиском монструозних злочина извршених за време Другог светског рата Лемкин је покренуо иницијативу да се геноцид уврсти у ред међународних кривичних дела, чиме би се створили правни оквири за кажњавање његових учинилаца. У свом капиталном делу „Axis Rule in occupied Europe“ из 1944. године Лемкин даје значајно шире појмовно значење геноцида као „координирани план различитих активности упе-

² Под утицајем страховитих злочина почињених за време Другог светског рата Лондонским споразумом из 1945. године је установљен Међународни војни суд за суђење ратним злочинцима сила Осовине. Статутом овог суда предвиђене су три врсте међународних кривичних дела: злочини против мира, ратни злочини и злочини против човечности. Иако је Статут био само израз правила која су још одраније била утврђена у међународном праву, начела садржана у Статуту и Нирнбершкој пресуди призната су као начела позитивног међународног права. Геноцид тада није био предвиђен као међународно кривично дело. Група аутора у редакцији Н. Срзентића, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 490.

³ Рафаел Лемкин је по националности био пољски Јеврејин који је почетком Другог светског рата избегао у САД. Најпре адвокат, а затим универзитетски професор, Лемкин је показивао интересовање да се установи геноцид као кривично дело. Он је творац термина геноцид који представља сложеницу грчке речи *genos* (род) и латинске речи *occidere* (убити, убијати). Њиховим спајањем добијамо данашњу реч геноцид коју бисмо у ширем преводу могли означити као родоубиство. Овде се под родом сматрају припадници одређеног етничитета, расе, вероисповести и сл.

рених ка разарању суштинских темеља постојања националне групе, а с циљем уништења групе као такве.⁴

Лемкиново схватање геноцида уперено је ка уништењу националне групе, чиме би се могао извести закључак да он занемарује могућност да и други етницитети могу бити предмет геноцидне намере. Овакво схватање донекле релативизује чињеница да Лемкин у свом каснијем деловању оставља могућност за екстензивнијим тумачењем геноцида који би обухватио и остале колективитете, а не само „националне групе“.

Иако геноцид представља кривично дело које је неопходно посматрати у духу кривичног права, последњих година можемо запазити нешто другачије тенденције. Реч је о настојању да се злочину геноцида дају филозофске конотације. Зачетници ове идеје у основи не одступају од почетних Лемкинових схватања геноцида али овом кривичном делу прилазе са упоришта појединих филозофских оријентација. Отуда је занимљиво указати на становиште које деле поједини аутори који са својих позиција настоје да злочину геноцида (при)дају нешто шири смисао. У том циљу спровођени су различити пројекти којима се настоји геноцид посматрати као врста деконструкције односно (де)конструктивног деловања према другој групи људи. Сви пројекти, са изузетком Шабасових књига и текстова,⁵ појам геноцида реконструишу искључиво путем филозофске рефлексije, инсистирајући на потреби за још много озбиљнијим филозофским дебатама. Чини се да анализа геноцида представља филозофски задатак, или задатак филозофа (који је додатак правнику или судији, а и историчару) и филозофски проблем (такође и „филозофски фокус“). Томе треба придодати кривичне поступке вођене пред Међународним кривичним судом за бившу Југославију (МКТЈ) и прве пресуде за геноцид, као и различите медијске и политичке редукације и упрошћавања.⁶

Било како било, злочин геноцида представља поприште на коме се сучељавају ставови и мишљења аутора различитих правних, фило-

⁴ М. Палевић, *Лемкин – „отац геноцида“*, рад објављен у Зборнику радова „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“, Правни факултет, Крагујевац, 2015, стр. 565–566.

⁵ Вилијам Шабас је угледни правник, професор међународног права и члан српског правног тима у усменој расправи пред Међународним судом правде у спору између Србије и Хрватске по узајамним тужбама за геноцид. Шабас је био и на челу истражитељског тима УН који је испитивао злочине почињене у Гази.

⁶ П. Бојанић, „Институција групе и геноцидна деловања“, *Филозофија и друштво*, бр. 3/13, стр. 124–125.

зофских, социолошких, психолошких и других теоријских оријентација. Они настоје да геноцид, као најтежи злочин који људска историја памти, објасне са становишта властитих убеђења и сазнања. У којој мери је злочин геноцида искључиво правни или пак филозофски феномен зависи од приступа у његовом третирању. Зато не треба овако тежак злочин искључиво затварати у правне оквире и одбијати могућност да се њему екстензивније приступа. Сматрамо погоднијим да се значење геноцидне намере, геноцидног поступања, геноцидних пројеката (тамо где их је било), систематски разматра у значајно ширим теоријским оквирима. По природи ствари то искључује било које облике популизма и дневно-политичких покушаја да се злочин геноцида користи као доказ нечије „наслеђене“ или „претпостављене“ кривице.

3. Међународна димензија геноцида

Злочин геноцида припада групи међународних кривичних дела чији се правни оквири везују за доношење Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (у даљем тексту Конвенција).⁷ Главне заслуге за то што је ова конвенција угледала светлост дана припадају већ помињаном Рафаелу Лемкину. Важно је нагласити да овом Конвенцијом геноцид постаје аутономна врста злочина.⁸ То практично значи да је исључена могућност преливања која би по систему спојених судова омогућавала кривично гоњење за неко друго међународно кривично дело (злочин против мира, ратни злочин и др.), онда када је несумњиво учињени злочин плод реализовања „геноцидне намере“.⁹

⁷ Усвојена и отворена за потписивања и ратификацију или приступање резолуцијом Генералне скупштине 260 А(III) од 9. децембра 1948. године. Ступила на снагу 12. јануара 1951. године у складу са одредбама члана XIII. Службени весник Президијума народне скупштине ФНРЈ бр. 2/1950.

⁸ „У међународним истраживањима постоји жестока дискусија о питањима из ове дефиниције. Уобичајена критика је да Конвенција о геноциду искључује злочине против човечности као што је терор совјетског и кинеског режима или масовна убиства у Камбоџи. Још једно контроверзно питање били су нуклеарни напади на Хирошиму и Нагасаки, или бомбардовање Дрездена и Хамбурга пред крај Другог светског рата. Неки ову врсту војног насиља сматрају геноцидом, док други, и поред великог броја убијених, тврде да ови ратни подухвати нису учињени са намером да се уништи одређена група“. К. Magnusson, „Појам геноцида у праву и науци: јаз који се шири?“, *Crimen*, бр. 1/13, стр. 29.

⁹ У контексту разматрања о геноциду Касезе наводи низ позитивних и негативних особина изражених у самом тексту Конвенције. Предности се састоје у следећем: а) даје ваљану дефиницију тог злочина; б) предвиђа кажњавање дела везаних за геноцид; в) забрањује геноцид без обзира на то да ли се врши за време рата или мира; г) сматра геноцид злочином који повлачи кривичну одговорност учиниоца и других учесника, али и међународним кривичним

Конвенцијом се прописује да је геноцид, без обзира на то да ли је извршен за време мира или рата, злочин по међународном праву и да државе (стране потписнице) преузимају обавезу да га спрече и казне.¹⁰ Инкриминациона зона геноцида се у Конвенцији утврђује прописивањем његове субјективне компоненте (*mens rea*) и објективне компоненте (*actus reus*). Оне су кумулативно постављене, што значи да изостанак једне или обеју компоненти искључује постојање геноцида.

3.1. Субјективно обележје (*mens rea*) геноцида

Субјективно обележје геноцида чини присуство посебне (геноцидне) намере код учиниоца ради потпуног или делимичног уништења једне националне, етничке, расне или верске групе као такве. У својој бити оваква врста намере представља посебну врсту умишљаја (*dolus specialis*) чије присуство се у сваком конкретном случају мора доказивати. Посебност геноцидне намере огледа се у чињеници да се њоме настоји угрозити опстанак одређених колективитета (националне, етничке, расне или верске групе људи). Како је у пракси то могуће учинити? По нашем мишљењу, неопходно је на основу спољашњих (објективних) манифестација учињеног злочина утврђивати валидност претходно постојале геноцидне намере. Међутим, у пракси то није увек могуће и једноставно учинити, па отуда имамо случајеве где је евидентно присуство најмонструознијих облика злочиначког чињења према жртвама а да то ипак не буде квалификовано као геноцид. Наравно, то не искључује кривично гоњење за неко друго међународно кривично дело, као што су ратни злочини и др.

У вези са геноцидом поставља се много отворених питања али се посебно чини занимљивим питање бројки у односу на жртве. Немали број аутора различитих професија, укључујући по овом питању и лаичку јавност, геноцид готово искључиво везују за бројност жртава и тиме желе нагласити сву монструозност овог злочина. Једноставније, геноцидом се жели уништити читав један колективитет или пак његов значајан део, па његово постојање треба утврђивати у односу на број жртава и

делом којим се повлачи одговорност државе. Међу недостатке Конвенције убраја следеће: а) дефиниција геноцида не укључује културни геноцид; б) геноцид не обухвата истребљење по политичким основама; в) четири врсте заштићених група нису дефинисане, а нису постављена ни мерила за њихово дефинисање; г) механизам спровођења који се предвиђа Конвенцијом није ефикасан. А. Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 110–111.

¹⁰ Види члан 1 Конвенције.

њихову припадност одређеној групи. У том смислу Magnusson наводи „да ли ћемо масовна убиства карактерисати као геноцид или не није толико питање бројки, већ колико велики део групе је уништен“.¹¹ Овај аутор прави јасну дистинкцију између броја „потребних жртава“ да би се један злочин могао окарактерисати геноцидом и других међународних кривичних дела који укључују масовно страдање. По нашем мишљењу, он стоји на сасвим исправном становишту јер сматра да геноцид чини посебним управо циљ да се читавој једној групи људи не дозволи да постоји. Ако до тога дође, појединац који припада групи нема никакву шансу да преживи, док је тешко помислити да би масовно убиство на сличан начин било усмерено на чланове неке друштвене категорије.¹²

Са сличним дилемама сусретао се и Међународни кривични трибунал за бившу Југославију (МКТЈ). Касезе је мишљења да је МКТЈ у случају Крстић пружио значајан допринос разјашњењу питања геноцидне намере. С обзиром на то да је тужилаштво у овом случају окривило оптуженог да је у невеликом локалитету (област Сребренице) планирао и учествовао у масакру између 7.000 и 8.000 босанских Муслимана способних за војску, наметнута су два питања: 1) Да ли су „заштићену групу“ сачињавали „босански Муслимани Сребренице“ или „босански Муслимани“; 2) С обзиром на то да обичајно право за дело геноцида захтева намеру да се у целини или делимично уништи група, да ли је таква намера постојала ако су систематски убијани само војноспособни мушкарци? Веће је на прво питање одговорило констатацијом да се радило о групи босанских Муслимана, а да су босански Муслимани Сребренице представљали „део заштићене групе сагласно члану 4 Конвенције о геноциду“. Веће је додало да се „намера да се уништи једна група у ограниченој географској области величине региона неке земље, па и општине, може окарактерисати као геноцид“. Што се тиче чињенице да су лица која су систематски убијана у Сребреници били „само мушкарци способни за војску“, Веће је нагласило да је, док су ти људи били поубијани, истовремено остатак становништва, који су били босански Муслимани, насилно исељен из те области. Веће је закључило да намера да се побију сви босански Муслимани способни за војску у Сребреници представља намеру да се делимично уништи група босанских Муслимана у значењу члана 4 Конвенције.¹³

¹¹ К. Magnusson, *op. cit.*, стр. 31.

¹² *Ibidem*.

¹³ А. Касезе, *op. cit.*, стр. 119–121.

У случају Крстић став је МКТЈ у другостепеној пресуди из 2004. године образложен на основу мишљења да је „геноцидна намера“ реализована и онда када је њоме погођен део а не читава група. Он се поткрепљује већ усвојеним мишљењем у предмету *Kayishema* где је другостепено веће било мишљења да „израз“ делимично захтева намеру да се уништи велики број чланова групе. Идентично мишљење је прихваћено и допуњено од стране претресних већа у предметима *Bagilishema* и *Semanza*, где се за постојање геноцида захтева намера да се уништи значајан део групе.¹⁴

Питање тумачења геноцида у пракси Хашког трибунала показује различите приступе. То је нарочито случај када ове критике долазе из пера аутора који су непосредно учествовали у раду Хашког трибунала у својству бранилаца оптужених. Реч је о критиковању екстензивног и на много претпоставки заснованог тумачења појма геноцида. Такође је неприхватљиво дефинисање геноцида на основу објективног елемента (броја страдалих), без јасног субјективног елемента (геноцидне намере), као и посредно извлачење субјективног елемента (геноцидне намере) из објективног елемента (начина и последица почињења неких од облика ратних злочина). Као пример оваквих непринципијелности наводе се квалификације догађања у и око Сребренице 1995. године.¹⁵

3.2. Објективно обележје (*actus reus*) геноцида

Објективно обележје геноцида се састоји у предузимању више различитих радњи. Према одредби члана 2 Конвенције, ради се о следећем: а) убиство чланова групе; б) тешка повреда физичког или менталног интегритета чланова групе; в) намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења; г) мере уперене на спречавање рађања у оквиру групе; д) принудно премештање деце из једне групе у другу.

Несумњиво је да свака од наведених радњи представља крајње нехуман и злочиначки однос према жртвама као производ геноцидне намере. Међутим, поједине од наведених радњи у пракси могу изазвати одређене дилеме на које треба дати конкретан одговор јер без тога није могуће доказати постојање геноцида.

¹⁴ Другостепена пресуда МКТЈ у случају Крстић, параграф 9 (Предмет бр. IT-98-33-A).

¹⁵ Види: Г. Петронијевић, *Непринципијелности у примени правних стандарда у раду МКСЈ-а*, Зборник радова „Хашки трибунал између права и политике“, Институт за упоредно право, Београд, 2013, стр. 145.

Поставља се питање да ли геноцид може бити извршен онда када је њиме обухваћено намерно убиство само једног припадника заштићене групе. У судској пракси преовладао је став да је и у овом случај геноцид почињен. Као пример можемо навести случај Акајес где је претресно веће заузело став у правцу квалификовања намерног убиства једног припадника заштићене групе као злочин геноцида.¹⁶

Одређене дилеме изазива последња од укупно пет алтернативно предвиђених радњи којима је могуће учинити геноцид. Тако је принудно премештање деце из једне групе у другу врста етничког чишћења која није потпуна. Зато би било целисходније рећи да геноцид представља присилно премештање читаве или делова групе које не мора бити засновано само на њиховом старосном узрасту. Тиме бисмо дошли до јасно израженог појма етничког чишћења које подразумева било који део „етноса“.¹⁷

На подручју инкриминисања „етничког чишћења“ ништа ново не доноси Статут МКТЈ. Он, такође, у одредби члана 4 став 2 полази од пет могућих радњи извршења које су преузете из Конвенције. Но, израз етничко чишћење употребљен је у вези са догађајима у Босни и Херцеговини. Њиме се жели инкриминисати геноцидна намера усмерена на присилно премештање читаве групе или дела групе са једне на другу територију. На тај начин се жели хомогенизовати одређено територијално подручје у смислу припадништва једном одређеном народу, верској или некој другој скупини.

У пресуди Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе из 2007. године питање етничког чишћења било је предмет различитих тумачења и ставова. Реч је о тумачењу које се, између осталог, заснива на садржају преамбуле Резолуције Генералне скупштине 47/121, где се наводи како се “гнусна политика ‘етничког чишћења’, која је облик геноцида” проводи у Босни и Херцеговини. У пресуди се наводи да је потребно размотрити правни значај који овај термин може имати. Иако наведени појам није укључен у

¹⁶ Б. Чејовић, *Међународно кривично право (општи и посебни део)*, Досије, Београд, 2006, стр. 189–190. Овакав став судског већа можемо сматрати исправним и потпуно на линији првог облика испољавања геноцида који укључује „убиство чланова групе“ (тачка а).

¹⁷ Оваквих предлога је било у времену доношења Конвенције тако што би се додао још један облик геноцида. Он би се састојао у „наметању мера са циљем да се натерају чланови групе да напусте своје домове како би избегли претњама да ће иначе бити злостављани“. Овај предлог није усвојен, што донекле компликује ситуацију када треба доказивати „етничко чишћење“ позивајући се на Конвенцију као кровни међународни правни инструмент, када је геноцид у питању.

Конвенцију о геноциду, треба навести да предлог из нацрта Конвенције – да се у њу уведу и “мере чији је циљ да се припадници одређене групе натерају да напусте своје домове како би избегли претње каснијих окрутности” – није прихваћен (А/Ц.6/234). Отуда би се етничко чишћење могло сматрати само обликом геноцида уколико одговара или спада у једну од категорија дела забрањених чланом 2 Конвенције. Међутим, у контексту Конвенције, појам “етничко чишћење” нема никакав правни значај, па га зато није могуће квалификовати као злочин геноцида.¹⁸

У контексту разматрања објективних обележја геноцида важно је дати исправно тумачење појма „заштићене групе“ јер она представља објект кривичноправне заштите овог кривичног дела. У својој бити „заштићена група“ представља прилично неодређен појам који је неопходно конкретизовати уважавајући њене специфичности које обухватају заједничке карактеристике њених припадника. Овде бисмо, такође, могли додати постојање свести о заједничкој припадности чланова групе. То практично значи да је у сваком конкретном случају неопходно идентификовати групу на основу заједничких карактеристика њених припадника.¹⁹

Конвенција користи нешто шири опсег у одређивању врсте колективитета који чине националне, етничке, расне или верске групе. Међутим, тиме се не заокружује појам „заштићене групе“ јер основ припадности појединца и делова групе читавој групи може бити заснован на заједничким историјским коренима, односу према традицији, језику, култури и др. У том смислу је појам „заштићене групе“ еволуирао у периоду од доношења Конвенције па све до формирања *ad hoc* Међународног кривичног суда за бившу Југославију и сталног Међународног кривичног суда. Зато је неопходно осавременити Конвенцију у делу којим се проширује појам и значење „заштићене групе“. Притом би новелирање овог појма морало ићи дотле да се геноцид може извршити према сваком члану или делу „заштићене групе“, који се у односу на читаву групу налази у посебном идентитетском односу, с тим што би у сваком конкретном случају морали утврђивати природу тог односа. У овом случају долази до значајног одступања од Лемкинових схватања „заштићене групе“ које се заснива на етничкој и националној припадности њених

¹⁸ Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе од 26. фебруара 2007, параграф 190.

¹⁹ С. Аврамов, *Геноцид у Југославији у светлости међународног јавног права*, Београд, 1992, стр. 75.

чланова.²⁰ Надаље, геноцидно поступање према члановима, делу или читавој „заштићеној групи“, представља повреду принципа једнакости грађана.²¹ Нажалост, овај принцип је повређен омогућавањем државама које поседују колоније или друге облике несамосталних територија да самостално одлуче да ли ће се Конвенција примењивати и на те територије („колонијална клаузула“).²²

3.3. Облици испољавања геноцида

Геноцид представља међународно кривично дело чија се радња извршења испољава у више посебних облика: а) геноцид; б) планирање извршења геноцида; в) непосредно и јавно подстицање на вршење геноцида; г) покушај геноцида; д) саучесништво у геноциду (члан 3) Конвенције. Већ на први поглед можемо уочити да Конвенција не предвиђа све могуће облике радње извршења геноцида. Уместо тога се оставља суду да у конкретном случају (у пракси „најчешће широко“) тумачи да ли се одређена радња или радње могу подвести под злочин геноцида.

Иако су наоко јасно одређени, интересантно је указати на специфичности појединих радњи извршења геноцида. Реч је о непосредном и јавном подстицању на вршење геноцида (тачка в). На првом месту је неопходно рећи да ово не представља подстрекавање на геноцид јер Конвенција као последњи облик радње извршења предвиђа „саучесништво у геноциду“ (тачка д). То практично значи да су овом радњом исцрпљени сви могући облици саучесништва где, између осталих, спада и подстрекавање. Дакле, издвајање радње извршења као „непосредно и јавно подстицање на вршење геноцида“ представља инкриминисање тзв. говора мржње. Овако конструисани „јавни говор“ мора бити усмерен према индивидуално неодређеном броју лица. Зато треба бити посебно обазрив код утврђивања геноцидне намере и начина њене објективизације јер за постојање овог облика није потребно да је код

²⁰ Иако уже третира појам „заштићене групе“ овај аутор је 1933. године у Извештају припремљеном за Пету међународну конференцију за унификацију кривичног права предложио увођење нових инкриминација односно два нова међународна кривична дела, и то: вандализам и варварство. По својој природи ова дела угрожавају чланове „заштићене групе“ уништавајући свест о њиховој културној припадности (на пример рушење културно-историјских споменика). Види: R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944, p. 91.

²¹ Б. Чејовић, *Принципи кривичног права*, Досије, Београд, 2008, стр. 213.

²² А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, Војска, Београд, 1996, стр. 31.

другог створена одлука. Дело се сматра свршеним предузимањем сваке делатности која се може сматрати позивањем или подстицањем.²³

На идентичан начин је овај облик кривичног дела геноцида предвиђен у члану 4 став 3 тачка ц Статута МКТЈ и члану 375 став 7 Кривичног законика. Међутим, Римски статут Међународног кривичног суда није прописао овај облик радње извршења геноцида (види члан 6).²⁴

С обзиром на то да геноцид представља најтеже кривично дело које човечанство познаје, предвиђено је неселективно кажњавање свих лица, без обзира на то да ли управљају државом, обављају функције или су обични појединци (члан 4). Конвенције. Такође је прописана незастаривост у погледу кривичног гоњења и извршења казне за злочин геноцида.

Закључак

Монструозност људских поступака могуће је пратити још из времена настанка племенских заједница и првих држава. Она се састојала у предузимању радњи и мера којима се појединцима, деловима или читавим групама људи у најмању руку наносе патње и бол. Они се испољавају у убијању, мучењу, премештању на друге територије, превођењу у нову веру, отимању деце и др. Заштитне групе су у тим случајевима били припадници поражених колективитета односно других народа, племена, верских заједница, раса и сл.

Масовно вршење злочина, које добија размере геноцида, везује се за период Првог и Другог светског рата. Појава фашизма као искључиве и колективистичке идеологије у 20. веку у својој бити је заснована на геноцидном поступању према другим неаријевским етницитетима. По окончању Другог светског рата, а под утиском учињених злочина, познати правник Рафаел Лемкин покренуо је иницијативу да се злочин геноцида уврсти у ред међународних кривичних дела. Његово озакоњење започело је доношењем Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године.

²³ Детаљније: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика Србије*, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 1096.

²⁴ Види: Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда („Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 5/01).

Злочин геноцида у себи садржи два основна обележја од којих је један субјективне а други објективне природе. Субјективну ноту геноциду даје геноцидна намера (*mens rea*) без које није могуће његово постојање. Њена посебност огледа се у чињеници да се намерно жели угрозити опстанак одређених колективитета (националне, етничке, расне или верске групе људи). Отуда је исправније рећи да она представља посебну врсту умишљаја (*dolus specialis*) чије присуство се у сваком конкретном случају мора доказивати. Објективно обележје геноцида (*actus reus*) састоји се у предузимању више алтернативно постављених радњи извршења предвиђених у одредби члана 2 Конвенције. То практично значи да се објективизација геноцидне намере мора циљано пронаћи у неком од алтернативно предвиђених облика геноцида.

Посебност злочина геноцида може се уочити у постојању више кажњивих дела. То су: а) геноцид; б) планирање извршења геноцида; в) непосредно и јавно подстицање на вршење геноцида; г) покушај геноцида; д) саучесништво у геноциду (члан 3) Конвенције. У суштини, сваки од наведених дела представља модалитете остваривања геноцидне намере. Када говоримо о правном третману злочина геноцида онда морамо имати у виду ставове изражене у пресудама нирнбершког суда, МКТЈ и Међународног суда правде (на пример, у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе). Овде долазе до изражаја присутне различитости у разумевању појединих облика геноцидног поступања.

Ivan Joksić, PhD
Associate Professor,
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University Business Academy, Novi Sad

CRIME OF GENOCIDE BETWEEN THE NORMATIVE AND THE REAL

Summary

The crime of genocide is one of the cruelest crimes, which has its international and national dimension. It is a work that is equally important to prevent and in war and peacetime. Unfortunately, serious interest in criminalizing genocide proceedings arising out of his genocidal intentions of the perpetrators, started under the impression “genocidal” crimes. While actions aimed at extermination and destruction of one entity (the nation, the group) bind to the earliest periods of human society and its normative dimension occurs much later with the development of the international legal order.

For ease of understanding of the concept, meaning and essence of the crime of genocide, it is necessary to point out its historical moments. It is also important to specify inkriminacionu zone in different procedures to actually implement genocidal intent. In this we can be helpful attitudes of judicial practice of international ad hoc criminal tribunals, as well as relevant international, regional and national legal instruments and tools.

Keywords: *the crime of genocide, intention, responsibility, criminals, victims, punishment.*

KRIVIČNO DJELO OTMICA

Prof. dr Branko Vučković*

Prof. dr Vesna Vučković**

***Apstrakt:** Krivično djelo otmice relativno je novo krivično djelo, jer je prvi put uvedeno u jugoslovensko krivično zakonodavstvo stupanjem na snagu republičkih krivičnih zakona 1977. godine. Razlog propisivanja ovog krivičnog djela bio je rezultat modernizacije tadašnje krivičnopravne nauke i zakonodavstva, po ugledu na moderne evropske države, prije nego potreba za zaštitom sloboda i prava čovjeka i građanina. Ovo je kompleksno krivično djelo koje je usmjereno protiv dostojanstva čovjeka, njegovih osnovnih vrijednosti – čovjeka kao ličnosti i često je rezultat organizovanog kriminaliteta, odnosno javlja se kao poseban oblik terorizma. Aktualnost ove teme očigledna je sa krivičnopravnog, kriminološkog i kriminalističkog aspekta.*

***Ključne riječi:** otmica, krivičnopravni aspekt, kriminološkopravni i kriminalistički aspekt.*

Uvod

Iako je krivično djelo otmice novijeg datuma, ono je u nekim specifičnim oblicima postojalo kroz istoriju.

Zakonik knjaza Danila iz 1855. godine propisivao je kažnjavanje za otmice djevojaka ili žena „iza živog muža“ u Crnoj Gori, što je bilo često, jer se u suprotnom ne bi propisivalo. Prema Valtazaru Bogišiću, otmicama je

* Predsjednik Osnovnog suda Kotor, predsjednik Udruženja za krivično pravo i kriminalnu politiku Crne Gore, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“, Podgorica.

** Sudija Upravnog suda Crne Gore, Podgorica, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“, Podgorica i na Fakultetu za mediteranske poslovne studije Tivat.

„kumovalo“ sveštenstvo, ili ih je bar tolerisalo. Poznato je da su sveštena lica bez problema i posljedica vjenčavali otmičare sa otetim djevojkama ili ženama i ne pitajući ih za njihovu saglasnost. Bilo je i ubistava i osvete „naročito ako je ženina porodica bila jača nego otmičareva“, a ako su bile jednake snage, stvari su se mogle rješavati kompromisom. Kod mnogih otmica žena je kasnije pristajala da ostane u kući otmičara i sve bi se završilo brakom.¹

U Krivičnom zakoniku za Kraljevinu Crnu Goru iz 1906. godine, propisan je poseban delikt u Glavi XII, par. 135–144, koji se odnosi na otmicu djevojaka. Zakonik propisuje da kaznenom postupku podliježu sveštenici kada vjenčaju lice za koje znaju da je već u braku, momka prije navršene sedamnaeste i djevojku prije navršenih petnaest godina života, ako vjenčaju lice znajući da je „bjesomučno ili ludo, silom otelo djevojku“. Problem otmice djevojaka u Crnoj Gori oduvijek je bio aktuelan. Otmica je smatrana velikom sramotom u djevojčinoj porodici, njenim bratstvenicima i plemenicima, pa je najčešće uzvraćano neproporcionalnom osvetom koja je nekada evoluirala u pravi krvavi rat.²

Krivično djelo otmice prvi put je uvedeno stupanjem na snagu republičkih krivičnih zakona 1977. godine. U Krivičnom zakonu Republike Crne Gore³ u glavi šestoj – Krivična djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina, u članu 46 propisano je:

- „(1) Ko izvrši otmicu nekog lica u namjeri da njega ili nekog drugog prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi, kazniće se zatvorom od jedne do deset godina.
- (2) Ko djelo iz stava 1 ovog člana učini prema maloljetnom licu ili ko radi ostvarenja cilja otmice prijeti da će oteto lice lišiti života ili da će ga teško tjelesno povrijediti, kazniće se zatvorom najmanje tri godine.
- (3) Učinitelj djela iz stava 1 i 2 ovog člana, koji dobrovoljno pusti na slobodu oteto lice prije nego što je ostvaren njegov zahtjev zbog kojeg je izvršio otmicu, može se blaže kazniti ili osloboditi od kazne“.

Od tada do danas ovo krivično djelo mijenjano je više puta a razlog za to je da se iz dana u dan ovaj oblik nasilja sve više ispoljava, poprma alarmantne dimenzije i da se, gotovo svakodnevno, objavljuje vijest o nekoj novoj otmici. Imajući u vidu opasnost od ovog krivičnog djela i ozbiljnost da se

¹ V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, Titograd, 1984, str. 260–261.

² S. Marinović, R. Vukotić, M. Dakić, *Crnogorsko sudstvo kroz istoriju*, Cetinje, 1998, str. 498.

³ „Sl. list RCG“, broj 22/77.

ono vrši, potrebno je stalno vršiti njegovu modifikaciju u Krivičnom zakoni-ku.

Osnovna obilježja krivičnih djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina

U slobodi i pravu čovjeka i građanina posebno su značajne lične i društvene vrijednosti. Njihov obim i sadržina, a posebno stvarne mogućnosti za njihovo korišćenje, opredjeljivali su, tokom razvoja ljudskog društva, društveno-ekonomski i politički položaj čovjeka. Otuda i nastojanja progresivnih snaga za što većim i sadržajno potpunijim ličnim, ekonomskim, političkim i drugim slobodama, pravima ljudi i građana. U tom smislu, poznati su i naponi utvrđivanja sloboda i prava koji bi bili priznati svakom čovjeku, koji se, dakle, smatraju imanentnim ljudskoj ličnosti izraženi naročito u Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine i u Povelji organizacije Ujedinjenih nacija od 1945. godine kao i u Opštoj deklaraciji o pravima čovjeka od 1948. godine.

Krivičnim djelima iz ove grupe obuhvaćena je zaštita samo određenih sloboda i prava čovjeka i građanina. Raznovrsnost ovih krivičnih djela otežava izvlačenje njihovih opštih karakteristika, ali se, i pored toga, mogu uočiti neka zajednička obilježja, doduše, relativnog značaja.

Ova krivična djela nemaju jedinstven zaštitni objekt. To nije jedno pravno zaštićeno dobro, kao što je npr. život ili tijelo, imovina, zdravlje i sl., već različite slobode i prava. U tom smislu može se govoriti o heterogenosti zaštitnog objekta kod ovih krivičnih djela. Ono što je, međutim, ipak zajedničko i što je osnov svrstavanja ovih djela u jednu grupu, to je da se radi o osnovnim, pretežno ličnim slobodama i pravima. Pojam „sloboda“ teško je definisati, a posebno je teško povući neku preciznu granicu između sloboda i prava. Sloboda znači mogućnost ličnosti da se ponaša na jedan ili drugi način, da nešto čini ili ne čini. Ova mogućnost izbora najčešće se odnosi na korišćenje nekog prava, pa otuda i tijesna povezanost i uslovljenost između sloboda i prava, što je imalo za posljedicu njihovo povezivanje u pogledu krivičnopravne zaštite. Prava su ovlašćenja koja su ljudima i građanima priznata na osnovu ustava, zakona ili nekog drugog pravnog akta. U sadržajnom smislu, slobode i prava mogu biti različiti. U teoriji je najčešća njihova klasifikacija na lične (one slobode i prava koji su imanentni ljudskim bićima, kao što je npr. sloboda kretanja ili pravo na život i nepovredivost tjelesnog integriteta), političke

(koje obuhvataju slobode i prava vezana za učešće u vršenju vlasti i javnom životu uopšte, kao što su npr. izborna prava, zatim prava koja se odnose na političko organizovanje, zatim sloboda štampe i uopšte sloboda misli i opredjeljenja, i dr.) i ekonomsko-socijalne (pravo na rad, pravo na uživanje plodova svoga rada, kao i niz drugih ekonomskih i socijalnih prava koja proizilaze iz rada ili su u vezi sa radom). Dalje je moguće razlikovati slobode i prava koje se u datom društvu priznaju svakom čovjeku (ljudske slobode i prava) i slobode i prava koje se priznaju državljanima određene države (građanske slobode i prava). Prve se smatraju univerzalnim i prihvaćene su u svim civilizovanim društvima, što ne znači da među državama ne postoje veće ili manje razlike u pogledu njihovog obima i mogućnosti za stvarno realizovanje, dok su druge, najčešće, uslovljene društveno-ekonomskim i kulturnim razvojem, odnosno karakterom društveno-političkog sistema date države.⁴

Povrede sloboda i prava građana mogu se izvršiti na razne načine. Kod određenog broja krivičnih djela iz ove grupe radnja izvršenja obuhvata upotrebu sile ili prijetnje. Takav je npr. slučaj kod prinude, otmice, iznuđivanja iskaza, zlostava u službi i ugrožavanja sigurnosti. Za neka djela je karakteristično da se mogu izvršiti u vršenju službe, odnosno zloupotrebom službenog položaja ili ovlašćenja kao što je protivpravno lišenje slobode kad djelo vrši službeno lice, iznuđivanje iskaza, zlostava u službi, protivzakonito pretresanje i narušavanjem nepovredivosti stana (učinjenim od strane službenog lica). Ovo ukazuje na još jednu karakteristiku krivičnih djela protiv sloboda i prava građana – njihovu povezanost sa krivičnim djelima protiv službene dužnosti.

Izvršiocci ovih krivičnih djela mogu biti razna lica. U tom pogledu ona se mogu svrstati u četiri grupe. Neka mogu biti izvršena od bilo kog lica, kao što su prinuda, otmica, ugrožavanje sigurnosti i dr. Samo službeno lice može biti izvršilac sljedećih krivičnih djela: iznuđivanje iskaza, zlostava u službi i protivzakonito pretresanje. Treću grupu čine ona krivična djela koja mogu biti izvršena kako od drugog tako i od službenog lica, s tim što postoji teži oblik kad je djelo izvršilo službeno lice. Takva su: protivpravno lišenje slobode, povreda tajnosti pisama ili drugih pošiljki i dr. Najzad, krivično djelo neovlašćenog otkrivanja tajne mogu izvršiti samo određena lica – advokat, branilac, ljekar ili drugi zdravstveni radnik.

Umišljaj je jedini oblik vinosti kod ovih krivičnih djela, zakon ni u jednom slučaju ne predviđa kažnjavanje ako je krivično djelo izvršeno iz nehata.

⁴ B. Vučković, V. Vučković, *Krivično pravo Crne Gore*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, FMS Tivat, 2011, str. 439–440.

Otmica (član 164 Krivičnog zakonika Crne Gore)

Krivično djelo otmice u Krivičnom zakoniku Crne Gore⁵, propisano je u Glavi petnaest – *Krivična djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina u članu 164 i glasi:*

- „(1) Ko silom, prijetnjom, obmanom ili na drugi način odvede ili zadrži neko lice u namjeri da od njega ili drugog lica iznudi novac ili kakvu drugu imovinsku korist ili da njega ili koga drugog prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina.
- (2) Ko radi ostvarenja cilja otmice prijeti ubistvom ili teškom tjelesnom povredom otetom licu, kazniće se zatvorom od dvije do deset godina.
- (3) Ako je oteto lice zadržano duže od deset dana ili je prema njemu postupano na svirep način ili mu je teško narušeno zdravlje ili su nastupile druge teške posljedice ili ko djelo iz stava 1 ovog člana učini prema maloljetnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom od dvije do dvanaest godina.
- (4) Ako je usljed djela iz st. 1, 2 i 3 ovog člana nastupila smrt otegotog lica ili je djelo izvršeno od strane više lica na organizovan način, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do petnaest godina“.

Otmica je specifično krivično djelo koje, po svojim obilježjima, obuhvata i elemente prinude, iznude i protivpravnog lišenja slobode. Ovim djelom napada se kako sloboda odlučivanja, tako i sloboda kretanja. U osnovi, otmica je protivpravno lišenje slobode drugog lica, ali nije i njen cilj; lišenje slobode više je način pomoću koga se ostvaruje cilj otmice – iznuđivanje imovinske koristi ili nekog drugog činjenja ili nečinjenja.

Krivično djelo otmice obuhvata osnovni i nekoliko kvalifikovanih oblika.

Osnovni oblik (stav 1) ima sljedeća obilježja.

- a) Radnja krivičnog djela je odvođenje ili zadržavanje nekog lica. Odvođenje je udaljavanje sa mjesta na kome se lice do tada nalazilo i dolaženje ili dovođenje na neko drugo mjesto. Zadržavanje je, u smislu ovog krivičnog djela, ostajanje na određenom mjestu, bilo zato što je neko lice onemogućeno ili spriječeno da ga napusti ili što, pod uticajem obmane, samo ostaje na tom mjestu. I odvođenje i zadržavanje predstavljaju kod ovog krivičnog djela oblike protivpravnog lišenja slobode, tako da otmica predstavlja trajno

⁵ „Sl. list RCG“, br. 70/03... „Sl. list CG“, br. 56/13 ... 42/15.

- krivično djelo. Oteto lice je na ovaj način lišeno slobode odlučivanja, jer je dovedeno u položaj podređenosti i zavisnosti prema učiniocu djela.
- b) Odvođenje ili zadržavanje treba da se vrši upotrebom sile, prijetnje, obmane ili na drugi način. Pojam sile i prijetnje treba uzeti u smislu kako su određeni kod krivičnog djela prinude (član 165 Krivičnog zakonika Crne Gore – u daljem tekstu: KZ). Mogući su svi oblici sile (apsolutna, kompulzivna, hipnoza) i prijetnje (neposredna i posredna, obična i kvalifikovana). Obmana je dovođenje u zabludu lica koje se, pod uticajem te zablude, odvodi ili zadržava. Zakonik inkriminiše i svaki drugi način na koji se može ostvariti radnja ovog krivičnog djela. Time se htjela ova inkriminacija proširiti i na slučajeve otmica pri kojima nije upotrijebljena sila, prijetnja ili obmana, mada je teško zamisliti otmicu koja nije izvršena na neki od ovih načina.
- c) Za krivično djelo otmice od posebnog značaja je *pobuda* izvršenja po kojoj se ono razlikuje od drugih sličnih krivičnih djela. Odvođenje ili zadržavanje nekog lica treba da se vrši sa namjerom da se od njega ili nekog drugog lica iznudi novac ili neka druga imovinska korist, ili da se to ili drugo lice prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi. S obzirom na ovu pobudu učinioca, razlikuju se dvije otmice – *koristoljubiva otmica* i *otmica radi prinude*. Za postojanje djela nije od značaja na kakvo je činjenje, nečinjenje ili trpljenje upravljana otmica. Ova namjera ostvaruje se protivpravnim lišenjem slobode i prinudom koju sadrži otmica.

Krivično djelo je svršeno kad je odvođenje ili zadržavanje učinjeno na neki od navedenih načina i time ostvareno stanje protivpravnog lišenja slobode, a kod učinioca djela je postojala namjera da na taj način ostvari imovinsku korist ili izvrši drugu prinudu. Za postojanje djela nije neophodno da je ostvaren cilj namjere. Moguć je i pokušaj ovog djela, za koji se kažnjava. On postoji kad je preduzeta radnja izvršenja, ali nije ostvareno lišenje slobode.⁶

U presudi Višeg suda u Podgorici, K. 10/12, koja je potvrđena presudom Apelacionog suda Crne Gore (Kž. 221/13), zauzet je stav da je izvršeno krivično djelo otmice iz člana 164 stav 1 KZ, kada su optuženi, pri izlasku iz zgrade, uhvatili za rame i ugurali u vozilo oštećenog, zatim ga odvezli u stan zahtijevajući od njega da reguliše vlasništvo nad kućom, na ime navodnog duga od 30.000,00 evra, vezali mu noge i ruke kanapom i držali u stanu

⁶ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, FMS Tivat, 2010, str. 438–439.

zaključanog u ostavi, zatim su napustili stan, nakon čega se oštećeni uspio osloboditi i preko terase, razbijajući staklo, ušao u susjedni stan i o događaju obavijestio policiju.

Bitan elemenat krivičnog djela iz člana 164 stav 1 KZ nije nanošenje tjelesnih povreda drugom licu, već preduzimanje radnji obmane, a potom upotreba sile i prijetnje prema oštećenom kako bi se isti prinudio da nešto učini. O tome se izjasnio i Vrhovni sud Crne Gore u odluci Kž. I br. 31/11, u kojoj se između ostalog navodi da nepostojanje povrede kod oštećenog nije od odlučnog značaja za postojanje krivičnog djela u pitanju (član 164 stav 1), jer bitan elemenat ovog krivičnog djela nije nanošenje tjelesnih povreda drugom licu već preduzimanje radnji obmane, a potom upotreba sile i prijetnje prema oštećenom kako bi se isti prinudio da nešto učini.

Izvršilac djela može biti svako lice. U pogledu vinsti moguć je samo direktan umišljaj, praćen navedenom namjerom; učinilac treba da je svjestan da na neki od navedenih načina vrši otmicu i da to čini radi postizanja imovinske koristi ili prinude otetog lica na neko drugo činjenje, nečinjenje ili trpljenje.

Zakonik predviđa *teže – kvalifikovane oblike ovog krivičnog djela:*

a) Kad se, radi ostvarenja cilja otmice, prijeti ubistvom ili teškom tjelesnom povredom otetom licu (stav 2). Kvalifikatorne okolnosti odnose se na prirodu i težinu zla kojim se prijeti. U oba slučaja djelo je kvalifikovano posebnom okolnošću koja mora biti obuhvaćena umišljajem učinioca.

U presudi Drugog opštinskog suda u Beogradu, K. 1254/95, koja je potvrđena presudom Okružnog suda u Beogradu, Kž. 1448/97, zauzet je stav da ovaj oblik krivičnog djela postoji u slučaju kad se optuženi koji se lažno predstavio oštećenom da želi pod povoljnijim uslovima da proda stan, po prethodnom dogovoru sa drugooptuženim, pozvao oštećenog, pa kada je oštećeni došao u stan, optuženi su mu rukom pokrili oči, zatim stavili nož pod grlo, vezali ga, pri čemu su mu prijetili da će ga ubiti ukoliko ne preda 100.000 DM, pa kada je oštećeni preko svoje majke pribavio novac i omogućio im da ovu sumu preuzmu, pustili su ga na slobodu.

b) Ako je oteto lice zadržano duže od deset dana ili je otmica izvršena na svirep način ili su nastupile druge teške posljedice ili je djelo učinjeno prema maloljetnom licu (stav 3). Ovim kvalifikovanim oblikom obuhvaćene su četiri različite situacije. U tri slučaja djelo je kvalifikovano posebnim okolnostima (dužina trajanja otmice,

način njenog izvršenja i starosno doba otetog lica), koje moraju biti obuhvaćene umišljajem učinioca, a u trećem i četvrtom slučaju, kvalifikatorne okolnosti su izražene u težini posljedice djela i za njih je potreban nehat. Ako bi, u odnosu na ove posljedice, postojao umišljaj, prije bi se radilo o sticaju osnovnog oblika sa nekim oblikom teške tjelesne povrede ili sa drugim krivičnim djelom. Pojam svireposti treba uzeti u istom smislu kao i kod krivičnog djela ubistva, dok pod drugim teškim posljedicama treba shvatiti svaku onu posljedicu koja prati otmicu i teško pogađa pasivnog subjekta, a ne odnosi se na narušavanje zdravlja. Maloljetnim licem smatra se lice mlađe od osamnaest godina. Može se postaviti i pitanje, kod drugog kvalifikovanog oblika, da li je realno uzeti za njegovo postojanje rok od deset dana; kod kvalifikovanog oblika protivpravnog lišenja slobode taj rok je trideset dana. Otmica jeste teže krivično djelo od protivpravnog lišenja slobode, ali nema opravdanja za trostruko manje trajanje stanja otmice, pogotovo što je propisana teža kazna nego kod odgovarajućeg oblika protivpravnog lišenja slobode.

Drugi opštinski sud u Beogradu izjasnio se kada postoji ovaj oblik krivičnog djela, u presudi K.614/95, koja je potvrđena od strane Okružnog suda u Beogradu, Kž. 1218/97, da je otetom licu teško narušeno zdravlje kada je oštećeni u stanu u kome se nalazio u strahu od odmazde iskoristio trenutak kada je optuženi razgovarao telefonom, pa je izletio na terasu i sa drugog sprata skočio i tom prilikom zadobio teške tjelesne povrede u vidu preloma obje ruke.

- c) Ako je oteto lice usljed toga izgubilo život ili je djelo izvršeno od strane više lica na organizovana način (stav 4). Prvi oblik kvalifikovan je nehatnim lišavanjem života otetog lica. Riječ je o najtežem obliku ovog djela i za njegovo postojanje potrebna su dva uslova: da između otmice i nastupanja smrti postoji uzročna veza; i da se smrt otetog lica može pripisati nehatu učinioca. Ako bi se posljedica smrti mogla pripisati umišljaju učinioca, radilo bi se o nekom obliku teškog ubistva. U drugom slučaju treba da je u djelu učestvovalo najmanje dva ili više lica i da je njegovom izvršenju prethodio dogovor.⁷

⁷ Ibid, str. 440.

Odnos krivičnog djela otmice sa nekim drugim krivičnim djelima

Ovo krivično djelo slično je, po nekim svojim obilježjima, drugim krivičnim djelima. To je naročito slučaj sa krivičnim djelom *oduzimanje maloljetnog lica* (član 217 KZ). Pobuda izvršenja osnov je za razlikovanje otmice od krivičnog djela oduzimanja maloljetnog lica. Ovo drugo djelo, ne vrši se, po pravilu, radi ostvarenja imovinske koristi ili prinuđivanja na drugo činjenje, nečinjenje ili trpljenje. Koristoljubiva namjera nije obilježje tog djela, već može predstavljati samo kvalifikatornu okolnost. Osim toga, djelo oduzimanje maloljetnog lica ne vrši se, po pravilu, upotrebom sile ili prijetnje i nije upravljeno na prinudu i lišavanje slobode kretanja.

Otmica je prinudno ili obmanom odvođenje ili zadržavanje nekog lica. Stoga ne postoji sticaj ovog djela sa krivičnim djelom *prinude* (član 165 KZ) jer su ova dva djela konsumirana otmicom. Ako je, međutim, prilikom otmice ili za vrijeme dok traje protivpravno stanje ostvareno otmicom, učinjeno i neko drugo krivično djelo (npr. silovanje, oštećenje tuđe stvari i dr.) postojaće sticaj otmice sa drugim izvršenim djelom. Otmičar, koji u ostvarenju cilja otmice prinuđava drugo lice na izvršenje krivičnog djela, odgovara kao podstrekač na to djelo. Moguć je, dakle, sticaj sa svakim djelom koje nije obuhvaćeno osnovnim ili težim oblicima otmice.

Otmica više lica nije jedno, već više krivičnih djela; koliko je lica oteto, toliko je izvršeno krivičnih djela otmice.

Otmica predstavlja specijalni slučaj protivpravnog lišenja slobode. Kod krivičnog djela *protivpravno lišenje slobode* (član 162 KZ) radi se o oduzimanju slobode kretanja žrtvi krivičnog djela, i to, zatvaranjem, držanjem zatvorenim ili na drugi način protivpravnog oduzimanja ili ograničenja slobode kretanja. Kod krivičnog djela otmice, radnja djela je odvođenje ili zadržavanje nekog lica, pa je teško zamisliti situaciju u kojoj je oteto lice odvedeno ili zadržano protiv svoje volje, a da istovremeno nije učinjeno njegovo zatvaranje u određenu prostoriju, motorno vozilo i sl.⁸ Osnovni kriterijum za kvalifikaciju otmice jeste koristoljubiva namjera sačinjena od iznuđivanja imovinske koristi ili prinuđivanja drugih lica na činjenje, nečinjenje ili trpljenje.

Ovo krivično djelo slično je i krivičnom djelu *iznude* (član 250 KZ), s tim što je cilj otmice ne samo iznuđivanje novca ili druge imovinske koristi, već prinuđivanje otegotog lica ili nekog drugog da nešto učini, ne učini ili trpi.⁹

⁸ S. Kruščić, „Neki krivičnopravni i kriminalistički aspekti otmice“, *Bezbednost*, broj 5/01, Beograd, str. 662.

⁹ Dj. Ignjatović, M. Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta Beograd, Beograd, 2010, str. 198.

Postavlja se pitanje, da li postoji sticaj ova dva krivična djela. Po ovom pitanju, zauzet je stav u presudi Županijskog suda u Vukovaru, K. 71/2007, da optuženi koji je ušao u prostorije Hrvatskog zavoda za penzijsko osiguranje, gdje je preskočio pult i ušao u službeni prostor službenika tog zavoda te kuhinjskim nožem koji je imao pri sebi, ne dopuštajući oštećenoj da se kreće i uz prijetnju da će ih sve pobiti, zahtijevao da mu predaju 2.000,00 kuna, za koji iznos smatra da je neopravdano skinut sa njegove penzije, izvršio samo krivično djelo otmice, a ne i krivično djelo iznude, jer je riječ o obliku prividnog sticaja.

Krivično djelo otmice u uporednom zakonodavstvu

U ovom dijelu referata ukazaće se samo na neka rješenja u zemljama u okruženju, bivše Jugoslavije, s obzirom na to da su te države nakon osamostaljenja donijele svoje krivične zakonike, ali cijeneći da su svi oni proizašli iz dotadašnjeg istog pravnog sistema, to normativnopravni okvir nema nekih značajnijih razlika.

Krivični zakonik Republike Srbije¹⁰, u članu 134, propisuje krivično djelo otmice i ono glasi:

- „(1) Ko silom, pretnjom, obmanom ili na drugi način dovede ili zadrži neko lice u nameri da od njega ili drugog lica iznudi novac ili kakvu drugu imovinsku korist ili da njega ili koga drugog prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi, kazniće se zatvorom od dve do deset godina.
- (2) Ko radi ostvarenja cilja otmice preti ubistvom ili teškom telesnom povredom otetom licu, kazniće se zatvorom od tri do deset godina.
- (3) Ako je oteto lice zadržano duže od deset dana ili je prema njemu postupano na svirep način ili mu je teško narušeno zdravlje ili su nastupile druge teške posledice ili ko delo iz stava 1. ovog člana učini prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom od tri do petnaest godina.
- (4) Ako je usled dela iz st. 1. do 3. ovog člana nastupila smrt otetog lica ili je delo izvršeno od strane grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do osamnaest godina.
- (5) Ako je delo iz st. 1. do 3. ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od najmanje pet godina“.

¹⁰ „Sl. glasnik RS“, br. 85/05108/14.

Iz zakonske definicije proizlazi da su osnovni oblik i kvalifikovani – teži oblici ovog krivičnog djela suštinski isti kao u Krivičnom zakoniku Crne Gore, ali da postoje razlike u visini kazne propisane za pojedine oblike krivičnog djela.

Kazneni zakon Republike Hrvatske¹¹ propisuje krivično djelo otmice u članu 137 i glasi:

- „(1) Tko drugome protivpravno oduzme slobodu s ciljem da nekog trećeg prisili da što učini, ne učini ili trpi, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.
- (2) Ako je kazneno djelo iz stavka 1 ovog članka počinjeno uz prijetnju da će se oteta osoba usmrtniti, ili je počinjeno na okrutan način, ili je otetoj osobi prouzročena teška tjelesna ozljeda, ili je počinjeno prema djetetu ili osobi s invaliditetom, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.
- (3) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1 ovog članka prouzročena smrt otete osobe, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od tri do petnaest godina.
- (4) Počinitelj koji dobrovoljno pusti na slobodu otetu osobu prije nego što je ostvario cilj iz stavka 1 i 2 ovog članka, može se osloboditi kazne“.

Analizom ovog krivičnog djela, može se zaključiti da je i kod osnovnog i težih – kvalifikovanih oblika, u odnosu na rješenja u Krivičnom zakoniku Crne Gore, propisana različita kazna. Takođe, postoji razlika u odnosu na Krivični zakonik Crne Gore i Krivični zakonik Republike Srbije, jer ovaj zakonik propisuje *dobrovoljni odustanak*. Dobrovoljni odustanak moguć je samo dok radnja kojom se stvara protivpravno stanje nije dovršena, a ne i za sve vrijeme dok protivpravno stanje traje. Vrhovni sud Republike Hrvatske, u presudi Kž. 419/94, zaključio je da se ne radi o dobrovoljnom puštanju na slobodu oštećene, jer iz rezultata provedenog postupka nesporno proizlazi da je oštećena oslobođena tek nakon višesatnih priprema i djelotvorne intervencije specijalne jedinice policijske uprave, pa o primjeni stavka 3 ne može biti ni govora.¹²

Krivično djelo otmice propisano je u članu 134 Kazenskog zakonika Slovenije¹³ i glasi:

¹¹ „Narodne novine“ broj 125/11

¹² A. Garačić, *Kazneni zakon u sudskoj praksi*, Naklada Zadro, Zagreb, 2001, str. 181.

¹³ „Uradni list RS“, št. 50/12.

- „(1) Kdor koga ugrabi z namenom, da njega ali koga drugega prisili, da nekaj stori, opusti ali trpi, ali kdor v zverj z ugrabitvijo prisili ugrabljeno osebe ali koga drugega, da nekaj stori, opusti ali trpi, se kaznuje z zaporom od šest mesecev do petih let.
- (2) Kdor stori dejanje iz prejšnjega odstavka proti mladoletni osebi ali zagrozi z ubojem ali s hudo telesno poškodbo ugrabljene osebe, se kaznuje z zaporom od enega do desetih let.
- (3) Storilec dejanj iz prvega ali drugega odstavka tege člana, ki prostovoljno spusti na prostost ugrabljeno osebe, preden je izpolnjena njegova zahteva, zaradi katere jo je ugrabil, se sme kaznovati mileje ali se mu sme kazen odpustiti“.

I kod ovog krivičnog djela, kao i u Krivičnom zakoniku Republike Hrvatske, zakonodavac je propisao dobrovoljni odustanak, što može biti osnov za oslobađanje od kazne.

Otkrivanje i dokazivanje krivičnog djela

Krivično djelo otmice delikt je nasilja i, posmatrano sa kriminalističkog aspekta, postoji više njegovih pojava oblika. Otmica može biti politički motivisana, sa ciljem eliminisanja ili kompromitovanja političkih protivnika. Može biti proizvod ličnih motiva – mržnja ili osveta, ali se može vršiti i u cilju opstrukcije krivičnog postupka, omogućavanje bjekstva lica lišenog slobode. Nije sporno da otmičari često traže novac u zamjenu za oteto lice, te da se često iz straha za to lice ne prijavljuju nadležnim organima izvršenje krivičnog djela.

Kod krivičnog djela otmice, kao djela nasilničkog kriminaliteta, primjenjuje se metodika razjašnjavanja i dokazivanja uz korišćenje svih onih metoda za koje je policija ovlašćena u postupku za rješavanje krivičnih djela organizovanog kriminaliteta, pri čemu treba voditi računa o bitnim specifičnostima ovog vida organizovane kriminalne djelatnosti.¹⁴

Otmica se danas vrši kroz plansko djelovanje, a sam čin se brzo završava, jer obično se studiozno i dugo priprema i vrši se upotrebom sile, prijetnje, obmane radi prisiljavanja žrtve prilikom odvođenja ili zadržavanja.

¹⁴ M. Bošković, Z. Skakavac, *Kriminalistika – Metodika – Operativa*, Fakultet za pravne i poslovne studije „dr Lazar Vrkić“, Novi Sad, 2012, str. 186–187.

Da bi se uspješno otkrilo izvršenje krivičnog djela, od posebnog značaja je utvrditi način izvršenja i sredstva upotrijebljena prilikom izvršenja. Način saznanja da je djelo izvršeno obično su prijave porodice, šire rodbine oštećenog, prijave građana, javna pogovaranja, a ponekad to mogu biti i sredstva javnog informisanja – mediji. U zavisnosti od načina izvršenja i drugih bitnih činjenica, preduzeće se adekvatne kriminalističke radnje i mjere. Ukoliko je djelo prijavljeno odmah nakon njegovog izvršenja, a radi se o primjeni sile, pristupa se kriminalističkoj obradi lica mjesta, vršenju uviđaja i pronalaženju tragova i predmeta u vezi sa učiniocem i krivičnim djelom, naročito ako je oštećeni pružao otpor.

Otmičari obično žele da dobiju novac ili da oteto lice prinude da nešto učini ili ne učini ili trpi, pa se izvršioci najčešće telefonskim putem obraćaju porodici ili prijateljima otetog lica određujući uslove koje moraju ispuniti da bi oteto lice bilo oslobođeno. Postoje dileme kod osoba kojima se prijavljuje otmica i ispostavljaju zahtjevi, da li da postupe po zahtjevu otmičara ili slučaj prijave policiji. U drugom slučaju policija ima velike mogućnosti da primijeni efikasne metode rasvjetljavanja djela.¹⁵

Metodika otkrivanja krivičnog djela uslovljena je načinom saznanja za izvršeno djelo. Najčešće se za izvršenje ovog krivičnog djela saznaje preko lica koje treba da ispuni zahtjeve otmičara ili od strane pojedinih članova ili šire porodice oštećenog. U tom smislu, osobi kojoj treba da se preda novac daju se precizna uputstva o tome kako treba da se ophodi sa osobom kojoj treba da preda vrijednosti, kako da se ponaša ako te vrijednosti treba da ostavi na određenoj destinaciji i kako da postupi u slučaju promjene mjesta ostavljanja traženih sredstava.¹⁶

Nije lako i jednostavno, niti je u kriminalističko-taktičkoj situaciji moguće ostvariti da se učinilac uhvati u izvršenju krivičnog djela, u primjeni sile, prijetnje, obmane, odnosno u momentu primanja protivpravne imovinske koristi. Stoga, u otkrivanju učinioca i prikupljanja odgovarajućih materijalnih dokaza, potrebno je koristiti indicijalni metod otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnog djela.

Prilikom vršenja otmice, kao nasilničkog kriminaliteta, često se u današnje vrijeme koriste mobilni telefoni, i njihov značaj danas je veliki u istraživanju, dokazivanju i rasvjetljavanju ovog krivičnog djela. Na to ukazuje i slučaj otmice Marka Varešanovića na području Bosne i Hercegovine, koja je

¹⁵ V. Rakočević, "Otmica – krivično pravni i kriminalistički aspekt", *Perjanik, časopis za teoriju i praksu iz oblasti policije, bezbjednosti, kriminalistike i prava*, Danilograd, broj 17/18, godina 6, str. 21.

¹⁶ Ibid.

u kratkom vremenu rasvijetljena zahvaljujući lociranju na osnovu pretplatničkog broja, zatim blagovremenom upućivanju zahtjeva za informacije o ustanovljenom IMEI broju određenog provajdera na području Srbije. Provajder je dostavio tražene podatke iz kojih je bila evidentna veza IMEI broja (telefonskog uređaja) sa ucjenjivačkim pozivom ocu maloljetnog Marka Varešanovića i pozivom na pretplatnički broj jednog od organizatora navedene otmice. Nakon tako dobijenih informacija, rješavanje naizgled slučaja pretvoreno je u rutinsku operaciju koja je za epilog imala spektakularnu akciju hapšenja od strane specijalnih policijskih jedinica.¹⁷

Umjesto zaključaka

De lege lata

U radu su analizirane osnovne karakteristike krivičnog djela otmice, sa posebnim osvrtom na rješenja i analizu ovog krivičnog djela u Krivičnom zakoniku Crne Gore. Ovo krivično djelo, iako je prvi put uvedeno u Krivični zakon Republike Crne Gore 1977. godine, stupanjem na snagu republičkih krivičnih zakona (1977. godine), istorijski posmatrano, postojalo je mnogo ranije.

Problem otmice uvijek je bio aktuelan kroz razvoj ljudskog društva, jer se otmicom ugrožavaju osnovne slobode i prava čovjeka i građanina, kao posebne lične i društvene vrijednosti.

Komparativnom analizom ovog krivičnog djela, u krivičnim zakonima zemalja u okruženju, može se zaključiti da su radnje izvršenja uglavnom na isti način određene, ali da postoji razlika u vrsti i visini propisane kazne za pojedine oblike krivičnog djela.

Ovo krivično djelo, kao djelo protiv sloboda i prava čovjeka i građanina, ima određene dodirne tačke sa drugim krivičnim djelima koji sadrže različite oblike „otmice“, ali se ipak od njih razlikuju, pa je u radu ukazano na neka od njih i njihov odnos sa ovim krivičnim djelom.

Data je analiza pojedinih oblika ovog krivičnog djela, sa stavovima iz sudske prakse.

¹⁷ S. Babić, D. Milosavljević, S. Milosavljević, “Značaj mobilnih telefonskih aparata, SIM i MMC kartica u forenzičko-kriminalističkom istraživanju nasilničkog i organizovanog kriminala”, *Perjanik, časopis za teoriju i praksu iz oblasti policije, bezbjednosti, kriminalistike i prava*, Danilovgrad, broj 28/2012, godina 10, str. 61.

De lege ferenda

Имајући у виду озбиљност и опасност кривичног djела oтмике, а свједоци смо да се данас све више дешава, потребно је стално вршити преиспитивање и модификовање овог кривичног djела, како његових појавних облика, тако и прописане казне.

Branko Vučković, PhD,
President of Basic Court in Kotor,
President of Association for Criminal Law and Criminal Policy of
Montenegro,
Professor at Faculty of Law, University „Mediteran“, Podgorica

Vesna Vučković, PhD
Judge of Administrative Court of Montenegro, Podgorica,
Professor at Faculty of Law, University „Mediteran“, Podgorica,
and at Faculty for Mediterranean Business Studies in Tivat

CRIMINAL ACT OF ABDUCTION

Summary

The criminal act of abduction is relatively new crime, because it is introduced for the first time into the Yugoslavian penal legislation when republic criminal laws came into force in 1977. The reason of regulation of this criminal act was the result of modernization of former criminal legal science and legislation, based on modern European countries, more than the necessity for protection of freedoms and rights of man and citizen. This is a complex criminal act directed against the dignity of man, of his primary values – of man as an individual and it is often a result of organized criminality and it appears as a special form of terrorism. Actuality of this topic is evident from criminal legal, criminological and criminalistic point of view.

Key words: *abduction, criminal law aspect, criminology law aspect, and criminalistic aspect.*

REGISTAR POČINILACA KRIVIČNIH DJELA SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA I ISKORIŠĆAVANJA DJECE

Doc. dr Nada Grahovac*

***Apstrakt:** Dijete ima pravo na zaštitu od različitih oblika nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja, a država i obavezu i odgovornost da obezbijedi ostvarivanje ovog prava za svako dijete.*

Jedna od obaveza države je i prikupljanje i čuvanje podataka o počiniocima krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece, poznat kao registar pedofila, te uspostavljanje mehanizma za prikupljanje podataka vezanih za seksualno zlostavljanje i iskorišćavanje.

Iako je uspostavljanje ovog mehanizma i potreba i obaveza, Bosna i Hercegovina još uvijek nije odgovorila preuzetoj međunarodnoj obavezi niti je prepoznala potrebu da i ovim mehanizmom zaštiti djecu i njihovu sigurnost.

***Ključne riječi:** Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog zlostavljanja i seksualne zloupotrebe, pravo djeteta, obaveza države.*

Uvod

Osnovno pravo svakog djeteta, pravo na život i razvoj¹, ne samo da je povrijeđeno već je i ozbiljno ugroženo različitim oblicima nasilja, zlostavljanja i iskorišćavanja. Seksualno zlostavljanje djece tek u novije vrijeme izazi-

*Ombudsman za djecu Republike Srpske

¹ UN Komitet za prava djeteta, Opšti komentar broj 12: Pravo djeteta na slobodu od svih oblika nasilja, tačka 62: Zaštita od svih oblika nasilja mora da se razmatra ne samo u smislu prava djeteta na „život“ i „opstanak“, već takođe u smislu njegovog prava na „razvoj“ koje mora da se tumači u liniji sa sveukupnim ciljem zaštite djeteta. Zato obaveza države ugovornice uključuje sveobuhvatnu zaštitu od nasilja i iskorišćavanja koje bi moglo da ugrozi pravo djeteta na život, opstanak i razvoj. Komitet očekuje od država da tumače „razvoj“ u najširem smislu kao potpun koncept, obuhvatajući pravo djeteta na fizički, mentalni, duhovni, moralni, psihološki i socijalni razvoj.

va sve više pažnje i stručne i društvene javnosti. Pri tome stvarni broj djece koja žive sa traumama seksualnog zlostavljanja ostaje zauvijek nepoznat, jer statistike pokazuju kako se samo mali broj ovih djela procesuiraju.

Mnoga djeca danas žive sa patnjom i strahom, povrijeđeni i poniženi, sa osjećajem krivnje da su sami tome doprinijeli. I potpuno sami.

UN Konvencija o pravima djeteta² obavezuje države da preduzmu sve potrebne zakonodavne, administrativne i ostale mjere³, kako bi osigurale ostvarivanje svakog prava iz Konvencije za svako dijete.

Implementacija Konvencije je proces kojim države članice preduzimaju mjere kako bi obezbijedile ostvarivanje svih prava iz Konvencije za svako dijete u njihovoj nadležnosti. To zahtijeva da se, prije svega, zakonodavstvo u potpunosti uskladi sa Konvencijom, kako bi se njeni zahtjevi i osnovni principi mogli direktno primjenjivati. Komitet ističe da, u kontekstu Konvencije, države moraju da vide svoju ulogu kao dužnost ispunjenja jasnih zakonskih obaveza prema svakom djetetu, te da ostvarivanje ljudskih prava djeteta ne smiju shvatiti kao dobrotvorni rad ili iskazivanje milosti.⁴

Prihvatajući Konvenciju o pravima djeteta, država je preuzela i obavezu i odgovornost da preduzme sve zakonodavne, administrativne, obrazovne i socijalne mjere kako bi dijete zaštitila od bilo kojeg oblika nasilja, što uključuje i seksualno zlostavljanje, iskorišćavanje i zloupotrebu dok je na brizi roditelja, zakonitih staratelja ili bilo koje druge osobe koja se brine o djetetu.⁵

Obaveza države da „će preduzeti“ odgovarajuće mjere ne ostavlja slobodan prostor za postupanje po nahođenju država ugovornica. U skladu s tim, države su pod strogom obavezom da preduzmu „sve odgovarajuće mjere“ da u potpunosti osiguraju ovo pravo za svu djecu⁶. Da bi sistem odgovorio na potrebe djece i njihovo pravo na zaštitu, sve odgovarajuće mjere odnose se na cijeli niz mjera u različitim resorima, uključujući i programe prevencije i mjere psihosocijalne podrške djeci, adekvatne kazne za počinioce, multidisciplinarni pristup u svim slučajevima intervencije.

Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualne zloupotrebe⁷ obavezuje na cijeli niz mjera i aktivnosti, koje se u

² Bosna i Hercegovina je Konvenciju o pravima djeteta preuzela notifikacijom o sukcesiji 1993. godine

³ Konvencija o pravima djeteta, član 4.

⁴ UN Komitet za prava djeteta, Opšti komentar broj 5: Opšte mjere za sprovođenje Konvencije, tačka 1,11.

⁵ UN Konvencija o pravima djeteta, član 19, član 34.

⁶ UN Komitet za prava djeteta, Opšti komentar broj 13: Pravo djeteta na slobodu od svih oblika nasilja, tačka 37.

⁷ Bosna i Hercegovina je ratifikovala Konvenciju Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualne zloupotrebe 27.9.2012. godine, „Službeni glasnik BiH“, Međunarodni ugovori broj 11/12.

različitim sektorima moraju preduzeti, kako bi se smanjili rizici od različitih oblika seksualnog nasilja, zlostavljanja i iskorišćavanja djece⁸. Među brojnim zahtjevima koje Konvencija postavlja državama članicama je i zahtjev za prikupljanje i čuvanje podataka o počiniocima ovih krivičnih djela⁹, te uspostavljanje mehanizama za prikupljanje podataka vezanim za seksualno iskorišćavanje i zlostavljanje djece i njihovu evaluaciju¹⁰.

Baza podataka o počiniocima seksualnog zlostavljanja djece, odnosno registar počinitelja, prepoznat je u mnogim zakonodavstvima država Evrope, u Australiji, Novom Zelandu, SAD, kao jedna od mjera koja može doprinijeti boljoj zaštiti djece od lica koja su već osuđena za krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece.

U Bosni i Hercegovini, nažalost, još uvijek nije prepoznata potreba za uspostavljanje takvog registra i država još uvijek nema odgovor na preuzetu međunarodnopravnu obavezu¹¹.

Ombudsman za djecu Republike Srpske pokrenuo je inicijativu za uspostavljanje baze podataka¹², kao jednu od mjera, koja bi, pored sistemskih mjera i aktivnosti u različitim resorima, doprinijela boljoj zaštiti djece i njihovoj sigurnosti. Polazeći od osnovnog cilja koji se donošenjem zakona o registru počinitelja ovih krivičnih djela treba ostvariti, a to je zaštita djece i njihove sigurnosti kroz smanjenje povratnika među počiniocima ovih krivičnih djela i imajući u vidu iskustva država koje su uspostavile registar, svakako je neophodno aktivno učešće stručnjaka različitih profila, kako bi se u datim uslovima obezbijedila najbolja zakonska rješenja.

⁸ Osnovni cilj Konvencije je prevencija, sprečavanje i borba protiv seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja djece, zaštita prava djece-zrtava seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja, te unapređenje i nacionalne i međunarodne saradnje u borbi protiv seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja djece (član 1).

⁹ Član 37 stav 1 Konvencije.

¹⁰ Član 37 stav 2 Konvencije.

¹¹ Krivična djela za čije počinioce Konvencija obavezuje na prikupljanje i čuvanje podataka propisana su krivičnim zakonima entiteta i Brčko distrikta, u skladu sa Ustavom utvrđenim nadležnostima, tako da je i donošenje zakona o registru počinitelja tih krivičnih djela u nadležnosti istih. Donošenje zakona i uspostavljanje registra na nivou entiteta ne umanjuje međunarodnopravne obaveze države niti pravo djece na zaštitu.

¹² Ombudsman za djecu pokrenuo je inicijativu za izmjene i dopune Krivičnog zakona kojima bi se: –pooštrile kazne za počinioce ovih krivičnih djela, posebno minimalne kazne; povećala dobna granica za dobrovoljni pristanak na polni odnos jer je uzrast od 14 godina kako je to zakonom određeno apsolutno neprihvatljiv; pored kazne zatvora za počinioce ovih djela utvrdile i dodatne mjere – obavezno liječenje –psihosocijalni tretman; zabrana obavljanja bilo kojeg poziva, djelatnosti ili dužnosti kojom se dovodi u vezu sa djecom; onemogućilo ublažavanje kazne za počinioce ovih krivičnih djela primjenom odredaba Krivičnog zakona. www.djeca.rs.ba S obzirom na važnost preventivnih programa u zaštiti djece od različitih oblika nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja, na inicijativu Ombudsmana za djecu program prevencije nasilja nad djecom sastavni je dio školskog programa od školske 2014/2015. godine. Godišnji izvještaj Ombudsmana za djecu za 2013. godinu, str. 68.

Konvencija je postavila okvir koji obavezuje

Članom 37 Konvencije o pravima djeteta, države članice se obavezuju preduzeti sve potrebne zakonske i druge mjere na prikupljanju i čuvanju nacionalnih podataka o osuđenim počiniocima krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece koja su ustanovljena u skladu sa Konvencijom. Jedini uslov koji Konvencija postavlja u vezi sa prikupljanjem i obradom podataka jeste da prikupljanje i čuvanje podataka, s obzirom na to da se isti smatraju posebno osjetljivim, bude u skladu sa nacionalnim propisima o zaštiti ličnih podataka i podataka koji se odnose na identitet i genetski profil (DNK) i međunarodnim standardima¹³.

Zakon o zaštiti ličnih podataka¹⁴ za obradu ličnih podataka postavlja tri uslova, prvo da je obrada ličnih podataka propisana zakonom, zatim da se obrada podataka vrši u jednom od legitimnih ciljeva, a takav cilj može biti nacionalna sigurnost, javna sigurnost, ekonomska dobrobit zemlje, sprečavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala, zaštita prava i sloboda drugih i treći uslov, neophodnost takve obrade podataka u demokratskom društvu i da ograničenje prava mora biti srazmjerno cilju koji se želi ostvariti. Zakon, dakle, za javnu dostupnost podataka iz registra, imajući u vidu svrhu koja se želi postići, zahtijeva procjenu stvarne potrebe da ti podaci budu dostupni javnosti i mjere koje su neophodne da bi se svrha postigla.

Istovremeno sa obavezom države na prikupljanje i čuvanje podataka o počiniocima seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece, države su obavezne uspostaviti mehanizam – odrediti nadležni organ za prikupljanje i čuvanje podataka. O imenu i adresi nacionalnog autoriteta za prikupljanje i čuvanje podataka, država je obavezna obavijestiti generalnog sekretara Savjeta Evrope i to u vrijeme potpisivanja ili prilikom deponovanja svog instrumenta o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju.

Država je, istovremeno, obavezna preduzeti potrebne mjere kako bi informacije iz evidencije mogle biti dostupne drugim državama u skladu sa domaćim propisima i zahtjevima međunarodnog prava.

Dajući državama članicama samo okvir u kojem treba da preduzmu potrebne mjere u cilju prikupljanja i čuvanja podataka, Konvencija državama ostavlja potpunu slobodu u daljoj implementaciji Konvencije. Ne obavezujući države na uspostavljanje posebne baze podataka, Konvencija ostavlja

¹³ Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti lica s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka (ETS 108).

¹⁴ Zakon o zaštiti ličnih podataka, „Službeni glasnik BiH“ broj 49/06 i 76/11.

mogućnost da se u navedene svrhe koriste već postojeće evidencije. Sve to pred državu članicu postavlja brojna pitanja: radi se o vrlo zahtjevnoj obavezi – osigurati kvalitetno zakonsko rješenje kojim registar treba da ostvari svoju preventivnu ulogu u zaštiti djece i njihove sigurnosti i pri tome osigurati uravnotežen pristup kojim bi se onemogućila zloupotreba podataka sadržanih u registru. Pored pitanja da li podaci iz registra treba da budu dostupni javnosti ili samo određenom krugu ustanova i institucija, vrlo je važno zakonom jasno odrediti koje podatke registar treba da sadrži, za koja lica, počiniocima kojih krivičnih djela se vodi evidencija; koje posebne obaveze i ograničenja se uspostavljaju za ova lica; ko vrši nadzor; ko vodi registar; kakve su sankcije za nepoštovanje obaveza utvrđenim zakonom i sl.

S obzirom na različita zakonska rješenja o važnim pitanjima koja se odnose na registar i njegovo uspostavljanje, daje se prikaz zakonskih rješenja Republike Srbije, Republike Hrvatske i Velike Britanije, koja mogu doprinijeti u izradi zakona u Bosni I Hercegovini.

Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima

Republika Srbija je 2013. godine usvojila Zakon¹⁵ kojim propisuje posebne mjere koje se sprovode prema učiniocima krivičnih djela protiv polne slobode prema maloljetnim licima i istim uredila vođenje posebne evidencije osuđenih lica za ta krivična djela¹⁶. Zakon se ne primjenjuje na maloljetne učinioce krivičnih djela utvrđenih ovim zakonom¹⁷.

Posebnu evidenciju vodi uprava za izvršenje krivičnih sankcija, kao organ u sastavu Ministarstva pravde i državne uprave, a podaci iz posebne evidencije se mogu dati sudu, javnom tužiocu i policiji, a na obrazložen zahtjev i državnom organu, preduzeću i drugoj organizaciji ako još traju pravne posljedice osude i ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu, kao i inostranim državnim organima u skladu sa međunarodnim sporazumom.

¹⁵ Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 32/13.

¹⁶ Zakon se primjenjuje na učinioce koji su prema maloljetnicima izvršili sljedeća krivična djela: silovanje, obljava nad nemoćnim licem, obljava sa djetetom, obljava zloupotrebom položaja, nedozvoljene polne radnje, podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa, posredovanje u vršenju prostitucije, prikazivanje, pribavljanje i posjedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloljetnog lica za pornografiju, navođenje maloljetnog lica na prisustvovanje polnim radnjama, iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela protiv polne slobode prema maloljetnom licu.

¹⁷ Član 3, stav 2 Zakona.

Državni i drugi organi koji rade sa maloljetnicima dužni su da zatraže podatak da li je lice koje treba da zasnuje radni odnos, upisano u posebnu evidenciju.

Posebna evidencija sadrži ime i prezime osuđenog, jedinstven matični broj, adresu prebivališta, podatke o zaposlenju, podatke o značaju za fizičko prepoznavanje, DNK profil, podatke o krivičnom djelu i kazni, podatke o pravnim posljedicama osude i o sprovođenju posebnih mjera propisanih zakonom.

Prema učiniocima krivičnog djela, poslije izdržane kazne sprovode se sljedeće posebne mjere:

- obavezno lično javljanje organizacionoj jedinici policije u mjestu njegovog prebivališta, i organizacionoj jedinici Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, svakog mjeseca najkasnije do 15. dana u mjesecu,
- zabrana posjećivanja mjesta na kojima se okupljaju maloljetna lica i dužnost da se uzdržava od posjećivanja mjesta kao što su školske zgrade, školska dvorišta, vrtići, igrališta, dječje manifestacije i sl.,
- obavezno posjećivanje profesionalnih savjetovališta i ustanova, prema programu koji mu odredi organizaciona jedinica Uprave za izvršenje krivičnih sankcija,
- obavezno lično i u roku od tri dana od dana promjene, obavijestiti nadležnu organizacionu jedinicu policije i Uprave za izvršenje krivičnih sankcija o promjeni prebivališta, boravišta ili radnog mjesta,
- obavezan je, najkasnije tri dana prije putovanja u inostranstvo, lično se javiti nadležnoj organizacionoj jedinici policije sa podacima o državi u koju putuje, kao i mjestu i dužini boravka u inostranstvu.

Posebne mjere sprovode se najduže 20 godina poslije izdržane kazne zatvora s tim da po isteku svake četiri godine od početka primjene posebnih mjera, sud po službenoj dužnosti odlučuje o potrebi njihovog daljeg sprovođenja. Podaci iz posebne evidencije vode se trajno i ne mogu se brisati.

Zakonom su utvrđene i sankcije – kazna zatvora za prekršaj učinioca krivičnog djela ako ne postupi u skladu sa zakonom propisanim posebnim mjerama.

Zakon o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji

Republika Hrvatska je bazu podataka o počiniocima krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece uspostavila donošenjem Zakona o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji 2012. godine¹⁸.

Prema zakonu, kaznenu evidenciju ustrojava i vodi ministarstvo nadležno za pravosuđe koje je ujedno i središnje tijelo za razmjenu tih podataka sa drugim državama. U okviru kaznene evidencije sadržan je i popis pravosnažno osuđenih lica za krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta. Upis podataka u kaznenu evidenciju ministarstvo obavlja na osnovu podataka iz pravosnažnih sudskih odluka i drugih akata.

Kaznena evidencija sadržava¹⁹:

- a) podatke o istovjetnosti osuđene osobe, i to u pravilu: ime i prezime, rođeno prezime, lični identifikacioni broj, ime i prezime oca i majke, rođeno prezime majke, datum, mjesto i država rođenja, državljanstvo, prebivalište i boravište,
- b) podatke o presudi,
- c) podatke o izmjenama osude.

Neposredan pristup podacima iz evidencije ministarstvo osigurava sudovima i tužilaštvima u odnosu na osobu za koju je započeo krivični progon i policiji i tužilaštvu radi sprečavanja, otkrivanja i progona krivičnih djela.

Posebno uvjerenje²⁰ o podacima iz kaznene evidencije o pravosnažno osuđenim osobama za krivična djela utvrđena zakonom, mogu se na obrazložen zahtjev dostaviti sudovima, tijelima javne vlasti i ustanovama u postupcima zaštite prava i interesa djece kao i u postupcima povjeravanja određenih poslova i zadataka u radu s djecom.

Nadzor nad počiniocima ovih krivičnih djela može trajati najduže dvije godine i to za krivična djela za koja je zakonom utvrđena kazna zatvora više od dvije godine, i to samo ako sudija prilikom određivanja kazne odredi i takav nadzor²¹.

¹⁸ Zakon o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji, „Narodne novine“ broj 143/12, 105/15.

¹⁹ Član 6 Zakona.

²⁰ Posebno uvjerenje sadržava ograničene podatke iz kaznene evidencije koje se izdaje za posebnu svrhu ili kada je to predviđeno posebnim zakonom. Ograničeni podaci su samo oni podaci koji su potrebni za ispunjenje svrhe zbog koje su zatraženi ili koji su predviđeni u posebnom zakonu, član 13 stav 1 Zakona.

²¹ Republika Makedonija je donošenjem Zakona o posebnom registru lica koja su pravosnažno osuđena za krivična djela seksualne zloupotrebe maloljetnih lica i pedofilije („Službeni vesnik na RM“ broj

Podaci iz kaznene evidencije brišu se potpuno i trajno iz baze podataka, pod uslovom da počilnac krivičnog djela nije ponovo osuđen zbog novog krivičnog djela, protekom rokova kada rehabilitacija nastupa po sili zakona, kao npr. dvadeset godina od dana izdržane, zastarjele ili oprostene kazne kod osude na kaznu dugotrajnog zatvora.

Sex Offenders Act

Velika Britanija je 1997. godine uspostavila registar počilnaca krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece donošenjem zakona Sex Offenders Act²².

Registar vodi policija i isti je dostupan službenicima zatvorskog sistema i službenicima za nadzor uslovnog otpusta, ali i direktorima škola, određenim ljekarima, voditeljima klubova za mlade, sportskih klubova i sl²³. Svaka zloupotreba podataka iz registra od strane lica kojima su podaci dostupni zakonom je sankcionisana.

Zahtjevu za prijavljivanje u registar počilnaca seksualnih delikata podliježe osoba koja je:

- a) osuđena za seksualne presteupe koje reguliše zakon²⁴,
- b) proglašena da nije kriva za seksualni prestup zbog neuračunljivosti, ili je osoba sa posebnim potrebama i počinila ovakvo djelo, ili je
- c) u Engleskoj, Velsu i Sjevernoj Irskoj upozorena od strane policajca u vezi sa počinjenjem ovih djela i u vrijeme izricanja upozorenja osoba je priznala djelo.

11/2012) 2012. uspostavila registar počilnaca koji vodi Ministarstvo rada i socijalne politike, preko JU Zavod za socijalnu djelatnost. Podaci iz registra za osuđena lica dostupni su javnosti, a podaci koji se odnose na žrtve ni po jednom osnovu nisu javno dostupni. Zakonom je utvrđena i sankcija – novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine za nepoštovanje obaveza utvrđenih Zakonom. Izmjenama i dopunama Zakona („Službeni vesnik na RM“ broj 112/2014) proširen je broj krivičnih djela za čije se počinioce vode podaci u registru, te utvrđena obaveza lica u registru da o svakoj promjeni ličnih podataka obavijeste sud u roku od 3 dana, www.mtsp.gov.mk

²² Sex Offender Act, prev. Zakon o seksualnim prestupnicima, preuzeto sa www.scotland.police.uk

²³ Program Obezbijedimo djeci sigurnost (Keeping Children Safe) provodi se na teritoriji UK i omogućava roditeljima, starateljima i onima koji se brinu za dijete da podnesu zahtjev i saznaju da li se osoba koja je kontaktirala njihovo dijete ispod 18 godina, a što je izazvalo njihovu zabrinutost, nalazi u Registru seksualnih prestupnika.

²⁴ Djela koja su predmet ovog zakona u Engleskoj i Velsu su: silovanje, seksualni odnos sa djetetom mlađim od 13 godina, incest, sodomija, podsticanje prostitucije, trgovina ljudima u svrhu seksualne eksploatacije, zloupotreba položaja povjerenja radi seksualnog iskorišćavanja, seksualni delikt nad djetetom u okviru porodice, delikti sa osobama koje su mentalno oboljele i ne mogu dati pristanak, nepristojno fotografisanje djece, zloupotreba djece kroz prostituciju i pornografiju, voajerizam, neprimjereno izlaganje.

Počinitelj koji podliježe obavezi prijavljivanja u registar obavezan je u roku od 3 dana lično prijaviti policiji svoje ime i prezime, datum rođenja, adresu stanovanja, detalje pasoša, kreditne kartice i banke, te broj osiguranja. O svakoj promjeni navedenih podataka, ova lica su obavezna obavijestiti policiju.

Lica evidentirana u registru obavezna su najmanje sedam dana prije putovanja, ako putuju na period duži od tri dana, policiji dostaviti podatke o datumu putovanja, zemlje i mjesta koja će posjetiti, podatke o prevozu koji će koristiti, adresu na kojoj će biti smješteni.

Vremenski period u kojem je lice registrovano zavisno je od dužine kazne koju je počinitelj izdržao za počinjeno krivično djelo, tako da se doživotna registracija odnosi na lica osuđena na kaznu zatvora od 30 mjeseci ili više, lica osuđena za seksualni delikt na izdržavanje kazne 6–30 mjeseci će biti u registru 10 godina, a lica kojima je izrečena novčana kazna ili kazna društveno korisnog rada registruju se na period od pet godina.

U slučaju da je osoba na “relevantni datum” mlađa od 18 godina, sud može donijeti odluku da su do njenog punoljetstva roditelji ili staratelji odgovorni za njihovo prijavljivanje u registar, a period predviđen za ostajanje u registru smanjuje se na pola u odnosu na lica čiji je period registracije određen na 10, 7 i 5 godina.

Zakonom su utvrđene i sankcije: kazna zatvora za izvršeno krivično djelo ako lice ne ispuni bilo koji od postavljenih zahtjeva, ako propusti bez opravdanog razloga da ispuni postavljene zahtjeve ili prijavi policiji bilo kakve informacije za koje zna da su lažne²⁵.

Imajući u vidu zahtjevnost obaveze koju je država preuzela, vrlo je važno da se kod donošenja zakona o registru počinitelja posebna pažnja posveti pitanjima: koja lica i za koja djela podliježu obavezi registracije, koje su to posebne obaveze i ograničenja koje se uspostavljaju za ova lica, ko vodi registar i ko vrši nadzor nad ovim licima, kome su podaci iz registra dostupni i na koje vrijeme se registar vodi.

Koja lica i za koja krivična djela podliježu obavezi registracije? – Zakonom se, prije svega, mora odrediti za koja lica, počiniocima kojih krivičnih djela se uspostavlja obaveza prikupljanja i čuvanja podataka, odnosno, koja lica se upisuju u registar. Kada je riječ o licima počiniocima krivičnih djela seksualnog zlostavljanja djece, zakonska rješenja su različita. Razlike su prisutne u dijelu da li se baza podataka vodi samo za punoljetna lica ili i za malo-

²⁵ Zakonom iz 1997. godine bila je predviđena kazna zatvora do šest mjeseci, ali je izmjenama Zakona 2003. godine moguća kazna zatvora do pet godina.

ljetne učinioce ovih krivičnih djela, da li se podaci o maloljetnicima vode pod istim uslovima kao za punoljetna lica ili je registracija obavezna samo za one maloljetnike koji predstavljaju ozbiljnu prijetnju za sigurnost djece. Konvencija obavezuje da se prikupljaju i čuvaju podaci koji se odnose na lica koja su osuđena za krivična djela ustanovljena u skladu sa Konvencijom, pa i zakonska rješenja na registraciju obavezuju pravosnažno osuđena lica. Posebnu pažnju izazivaju odredbe Zakona o seksualnim prestupnicima²⁶ koji uređuje da se zahtjev za prijavljivanje počinitelja seksualnih delikata odnosi i na lica koja su djelo učinila u stanju neuračunljivosti usljed čega nisu krivično odgovorna i na lica sa posebnim potrebama koji su počinioci ovih djela.

Kada je riječ o krivičnim djelima čiji počinioci treba da budu registrovani, Konvencija u članovima 18–23 navodi različite oblike ponašanja: seksualno zlostavljanje, krivična djela u vezi sa dječjom prostitucijom, krivična djela u vezi sa dječjom pornografijom, krivična djela u vezi sa učešćem djeteta u pornografskim predstavama, korumpiranje djece, nagovaranje djece u seksualne svrhe, i nalaže državama da takva ponašanja nacionalnim zakonima utvrde kao krivična djela. S tim u vezi postavlja se pitanje da li u bazi podataka treba da se evidentiraju samo počinioci navedenih krivičnih djela. S obzirom na postavljeni zahtjev Konvencije, državi je ostavljena mogućnost da i za neka druga ponašanja, zakonom utvrđena kao krivična djela, utvrdi obavezu prikupljanja i čuvanja podataka i za ta lica. Jedno od takvih djela je krivično djelo vanbračna zajednica sa maloljetnim licem²⁷, koje čini punoljetno lice koje živi u vanbračnoj zajednici sa maloljetnim licem uzrasta od 14 do 16 godina²⁸, bez obzira na to što isto nije u kategoriji krivičnih djela protiv polnog integriteta.

Posebne obaveze i ograničenja i nadzor – S obzirom na to da se Konvencijom prikupljanje i čuvanje podataka o počiniocima krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece državama nalaže u svrhu „sprečavanja i krivičnog gonjenja” nužnim se nameće potreba definisanja posebnih mjera, obaveza i ograničenja za ova lica, kao što su: obaveza javljanja nadležnom organu policije, obavještanje o promjeni prebivališta, boravišta i radnog mjesta, obavještanje o putu u inostranstvo, posjećivanje profesionalnih savjetovališta i ustanova, zabranu rada sa djecom po bilo kojem osnovu i približavanje objektima u kojima borave djeca.

²⁶ Sex Offenders Act, DIO I, tačka 1.a), b), c)

²⁷ Zbornik priopćenja sa stručne rasprave „Baza podataka o počiniteljima spolnih delikata na štetu djece“, L. Peto Kujundžić, *Svrha podataka o osuđenim osobama za kaznena djela protiv spolnih sloboda i spolnog ćudoređa na štetu djece*, Zagreb 2008, str. 92.

²⁸ Prema članu 204 Krivičnog zakona, za ovo krivično djelo kazniče se i roditelj, usvojilac ili staralac koji maloljetnom licu dopusti da u vanbračnoj zajednici živi sa drugim licem ili ga na to navede.

Ukoliko za lica koja su upisana u registar nisu definisane i posebne mjere i obaveze i ako nad tim licima nije osiguran odgovarajući nadzor u sprovođenju utvrđenih mjera i obaveza, registar ostaje samo evidencija počinitelaca, a sama evidencija neće doprinijeti ostvarivanju cilja koji njeno uspostavljanje treba da obezbijedi – da djeluje preventivno i odgovori na potrebe djece i njihovo pravo na zaštitu.

Sankcije za nepoštovanje zahtjeva registra – Zakonom bi svakako trebalo definisati i odgovarajuće sankcije za nepoštovanje zakonom utvrđenih obaveza od strane ovih lica. Sankcije bi trebalo da se odnose kako na propuštanje obaveze prijavljivanja i obaveze ažuriranja podataka u evidenciji, tako i na neispunjavanja zakonom definisanih obaveza. Određujući visinu kazne zakonodavac mora osigurati potrebnu ravnotežu da ista ne bude dodatna kazna za počinioca za već počinjeno djelo, ali da istovremeno bude ozbiljna prijetnja za ponašanja suprotna zakonom utvrđenim obavezama.

Trajanje registra – Zakonska rješenja, u dijelu koji se odnosi na trajanje registracije, imaju različit pristup i najčešće polaze od težine počinjenog djela i zavisno od toga određuju i vrijeme registracije, ali su prisutna i rješenja kojima se određuje maksimalno vrijeme registracije, ostavljajući mogućnost da ono pod određenim uslovima može biti umanjeno, s tim da se vrijeme provedeno na izdržavanju kazne, bez obzira na visinu kazne, ne uračunava u vrijeme trajanja registracije. Zakonom Republike Srbije utvrđeno je da se posebne mjere prema počiniocima ovih krivičnih djela sprovode najduže 20 godina, ali da se poslije isteka svake četiri godine odlučuje o potrebi njihovog daljeg sprovođenja, o čemu, po službenoj dužnosti, odlučuje sud koji je donio prvostepenu presudu. Kod utvrđivanja vremena registracije svakako je važno imati u vidu procjenu da li veću preventivnu ulogu ima unaprijed određeno vrijeme nadzora nad ovim licima, ili je maksimalno određivanje vremena nadzora za sve počinioce, bez obzira na težinu počinjenih djela, uz mogućnost njenog umanjivanja, veći “pritisak” na počinioce.

Dostupnost podataka – U vezi sa uspostavljanjem registra počinitelaca, najviše pažnje u javnosti izaziva pitanje da li će podaci iz registra biti dostupni javnosti ili samo određenim službama i institucijama.

Zbog osjetljivosti podataka koji se unose u registar, veoma je važno da pitanje njihove dostupnosti zakonom bude jasno određeno i u skladu sa nacionalnim propisima i međunarodnim standardima u ovoj oblasti, a koji se odnose na zaštitu privatnosti i zaštitu ličnih podataka. S tim u vezi, zakonodavac mora osigurati odgovarajuće mehanizme za njihovu zaštitu, koji će se odnositi i na prikupljanja i na čuvanje podataka i koji će biti zasnovani na korišćenju savremenih IT metoda zaštite.

Za razliku od SAD²⁹, gdje su države pitanje dostupnosti podataka vrlo različito uredile, pa i uz mogućnost da se informacije o počiniocima dobiju i putem e-pisma, u evropskim državama ti podaci najčešće nisu dostupni javnosti, već su zakonom određene službe i institucije koje imaju pravo na te informacije, a najčešće se radi o službama i institucijama koje rade sa djecom.

Dostupnost podataka iz registra, svima ili samo određenim službama i institucijama, nije od presudnog značaja u ostvarivanju cilja koji se njegovim uspostavljanjem želi ostvariti. Ključno je da li su istim uspostavljene posebne mjere i obaveze prema počiniocima djela koji su ozbiljna prijetnja za djeću, njihov razvoj i odrastanje i da li se i kako sprovodi nadzor nad tim licima.

Ako se ima u vidu da je obaveza države da uspostavi adekvatne mehanizme za zaštitu djece, javnim objavljivanjem podataka iz registra, između ostalih, postavlja se i pitanje da li država na ovaj način svoju obavezu i odgovornost u zaštiti djece i njihove sigurnosti prebacuje na roditelje. Naravno da uloga roditelja i u zaštiti djece od seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja ne može biti zanemarena, ali oni ne mogu preuzeti odgovornost za obaveze koje država ima u zaštiti djece. Imajući u vidu cilj koji treba ostvariti uspostavljanjem registra, osjetljivost podataka koje registar sadrži, obavezu države u zaštiti djece i njihovih interesa, rizike koje nosi javno objavljivanje podataka, podaci iz registra trebalo bi da budu dostupni policiji, sudovima, tužilaštvima i ustanovama i organizacijama koje rade sa djecom, a ne i javnosti.

Zaključak

Donošenje zakona kojim se uređuje prikupljanje i čuvanje podataka o počiniocima krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanje djece obaveza je koju je država preuzela prihvatanjem Konvencije Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja.

Svoju vrlo zahtjevnu obavezu za uspostavljanje registra počinitelja država nikako ne bi trebalo da ispunjava na način da samo zadovolji formu kako bi odgovorila preuzetoj obavezi, jer je uspostavljanje registra više od preuzete obaveze. Uspostavljanje tog mehanizma država treba da vidi, prije svega, kao potrebu djece i njihovog prava na zaštitu i potrebu sistema da i tim mehaniz-

²⁹ Zbornik priopćenja sa stručne rasprave „Baza podataka o počiniteljima spolnih delikata na štetu djece“, prof. dr sc. K. Turković, *Baza podataka prema Konvenciji Vijeća Evrope o zaštiti djece od spolnog zlostavljanja i iskorištavanja i neki primjeri rješenja iz stranih zakonodavstava*, Zagreb 2008, str. 23.

mom, pored niza drugih, odgovori na potrebe djece i osigura ostvarivanje njihovih osnovnih prava na poštovanje njihovog ljudskog dostojanstva, fizičkog i psihičkog integriteta.

S obzirom na to da je uspostavljanje registra samo jedna od mjera, aktivnosti se moraju usmjeriti na sistemske preventivne programe, koji su najvažniji u zaštiti djece i njihovih interesa u svim oblastima, posebno u zaštiti djece od seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja.

Stalna upozorenja o broju lica evidentiranim u registru u državama koje su registar uspostavile, ukazuju na to da je svijest građana o potrebi prijavljivanja ovih djela sve veća, ali i upozoravaju da su izostali adekvatni preventivni programi koji bi odgovorili na potrebe djece.

Donošenje zakona o registru počilaca treba da doprinese podizanju svijesti javnosti o problemu seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece, da motiviše i roditelje i sve druge koji rade sa djecom da i svaku sumnju na seksualno zlostavljanje djeteta prijave nadležnim službama. Donošenje zakona preventivno bi djelovalo i u dijelu odvracanja počilaca od činjenja ovih krivičnih djela, posebno onih koji su ovo krivično djelo već počinili (smanjenje recidivizma) te u dijelu da se lica koja su već počinila ova krivična djela ne prijavljuju na poslove za rad sa djecom i ne približavaju objektima u kojima borave djeca, jer znaju da će biti provjeravana i da su pod nadzorom.

Donošenje zakona o prikupljanju i čuvanju podataka ili uspostavljanju registra počilaca krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece neće riješiti problem seksualnog zlostavljanja djece ali, kao jedna od mjera, može doprinijeti njihovoj boljoj zaštiti, prije svega stalnim nadzorom nad licima koja su već osuđena za ova krivična djela, ovaj mehanizam treba da doprinese smanjenu povratnika među počiniocima ovih krivičnih djela.

Provjera podataka o konkretnoj osobi u vezi sa njenim zapošljavanjem morala bi zakonom biti utvrđena kao obaveza, a ne samo mogućnost, i to svih, uključujući i privatne vaspitno-obrazovne ustanove, sportske klubove, igraonice i sve druge ustanove i službe organizovane za rad sa djecom.

Radi praćenje uticaja definisanih zakonskih rješenja i efekata njihove primjene u zaštiti djece i njihovih interesa, veoma je važno zakonom uspostaviti odgovarajući mehanizam čiji pokazatelji treba da daju odgovor da li su, i u kojoj mjeri, ciljevi definisani donošenjem zakona i ostvareni.

**Doc. dr Nada Grahovac,
Ombudsman for Children of Republic of Srpska**

THE DATABASE OF SEXUAL OFFENDERS AGAINST CHILDREN

Summary

By ratifying the UN Convention on the Rights of the Child the state has taken over the obligation to undertake all legislative, administrative, educational and social measures to protect the child against any form of violence, including the sexual abuse and exploitation while the child is in the care of parents, legal custody or with any other caregiver.

By accepting the European Council's Convention on Protection of the Children against Sexual Abuse and Exploitation, the state took over the responsibility to develop measures and activities in different sectors to reduce risks from different forms of sexual violence, abuse, and exploitation of children including gathering and keeping information on perpetrators of such criminal acts; establishment of mechanisms for data collection related to the sexual exploitation and abuse of children: evaluation of collected data and exchange of the data in accordance with the international instruments at disposal.

Bosnia and Hercegovina still has not responded to this international and legal obligations nor it responded, in accordance to the Convention, to the needs of the children and their right to be protected. Having in mind that the establishment of the database on sexual offenders against children is the requirement ad the need, this document points out solutions form different countries that could assist and contribute to the preparation of the law in Bosnia and Hercegovina.

Key words: *Convention on Protection of the Children against Sexual Abuse and Exploitation, right of child, state obligation.*

OSNOVNI POJMOVI, IZVORI I NAČELA MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA

Doc. dr Marina M. Simović*
Prof. dr Vladimir M. Simović**

***Apstrakt:** Često se može čuti da je međunarodno pravosuđe nedovoljno razvijeno ili, što je još bitnije, da nije kao takvo obavezno, već je fakultativno. S tim u vezi, ukazuje se na to da u međunarodnoj zajednici nema centralizovanog pravosudskog sistema, kao i činjenicu da se države mogu podvrći nadležnosti međunarodnog suda samo ukoliko na to izričito pristanu. Ipak, današnje vrijeme sveprisutnog napretka opšte globalizacije, za svoj rezultat ima značajne promjene u svim sferama života, pa i u samom razvoju međunarodnog pravosuđa. Kroz spoznaju kako je međunarodnih sudova sve više, dolazi se i do zaključka kako oni imaju i sve uticajniju ulogu. To je sasvim shvatljivo ukoliko je poznata činjenica da je sve više glavnih subjekata međunarodnog prava, tj. država i međunarodnih organizacija, kao i da se pojavljuju neki novi subjekti međunarodnog prava.*

*Iz Povelje Ujedinjenih nacija za svaku državu članicu proističe obaveza безусловne saradnje u provedbi odluka Savjeta bezbjednosti (čl. 25, 43 i 48 Povelje). Međunarodnopravna obaveza saradnje je kao *lex specialis* regulisana i u članu 29 Statuta Haškog tribunala. Iz posebne i ograničene svrhe koju taj sud ima, proističu i određene granice njegova djelovanja, tj. on treba izbjeći svako postupanje koje bi moglo otežati ili čak ugroziti uspostavu ili održavanje mira i bezbjednosti u konfliktnoj regiji. Te granice od Haškog tribunala zahtijevaju posebno sudijsko i tužilačko samoograničavanje (*staatsanwaltliche Selbstbeschränkung*) utemeljeno na izbjegavanju svake*

* Sekretar Ombudsmana za djecu Republike Srpske i docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ u Banjoj Luci.

** Tužilac Tužilaštva BiH i vanredni profesor na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci.

političke aktivnosti. Slično „sudijskom samoograničavanju” (richterliche Selbstbeschränkung) u odnosu na područje politike (judicial self restraint), sa ovim se poredi obaveza Haškog tribunala na uzdržavanje od bavljenja politikom (political self restraint). Ovaj tribunal je doduše osnovan kao pravna mjera usmjerena na ostvarivanje političkih ciljeva (osiguranje mira). Tribunal kao takav počiva na političkom mandatu, ali se ne smije služiti političkim, već samo procesnim sredstvima.

Ključne riječi: *međunarodno krivično pravo, Međunarodni krivični sud, Haški tribunal, Ujedinjene nacije, ratni zločin.*

1. Uvodne napomene

Međunarodno krivično pravo predstavlja podgrupu međunarodnog javnog prava i dok se međunarodno pravo uglavnom tiče međudržavnih odnosa, međunarodno krivično pravo odnosi se na pojedince. Kao u slučaju nauke nacionalnog krivičnog prava, u kojoj pitanja u vezi sa krivičnim djelom spadaju u red osnovnih, i u međunarodnom materijalnom krivičnom pravu ta pitanja su osnovna.¹

U pravnoj teoriji postoje razne podjele pravnih sistema, od kojih je za nas najvažnije ona koja pravne sisteme dijeli na: unutrašnje (pravni sistem određene države) i međunarodne (sistem međunarodnog prava). U okviru ovih sistema sva njihova pravna pravila sistematizuju se u određene pravne grane, pa se tako međunarodna krivičnopravna pravila sistematizuju u granu međunarodnog prava koja se naziva međunarodnim krivičnim pravom, a o čijem se pojmu i u domaćoj krivičnopravnoj teoriji susreću različita tumačenja.

Razvoj međunarodnog krivičnog prava striktno je vezan za krivično gonjenje za ratne zločine (Ambros, 660–673). U suštini, krivično gonjenje za ratne zločine datira još od vremena drevne Grčke, a vjerovatno i znatno prije toga (Schalken, 298). Ideja o postojanju nekih opšteprihvaćenih pravila ponašanja, čak i u najekstremnijim situacijama (oružani sukob), potvrđuje filozofska i religiozna uvjerenja o fundamentalnim vrijednostima ljudskog duha i rezultiraju činjenicom kako se ratni zakoni i običaji ratovanja mogu naći u djelima klasičnih autora i historičara. Protiv onih koji bi prekršili ta pravila – vođen je sudski postupak i određivana kazna².

¹ Najrestriktivnija definicija pojma međunarodnog krivičnog prava bila je vezana za prostorno važenje krivičnog prava jedne zemlje. Međunarodno krivično pravo danas se sve više poima kao integrativno pravo u kome su sadržane dvije komponente: nacionalno i međunarodno.

² Sa razvojem zakona i običaja rata, sredinom XIX vijeka, koncept međunarodnog krivičnog gonjenja

Savremene kodifikacije ovog prava propisuju šta je to nehumano ponašanje i određuju sankcije, uključujući i smrtnu kaznu – za pljačkanje, silovanje civila i zlostavljanje zatvorenika i slična okrutna djela. Međunarodno krivično sudovanje (vojno i *ad hoc*) dalo je značajan doprinos i stvorilo fundamentalne pretpostavke za realizovanje višedecenijske težnje i ostvarivanja univerzalnog cilja – formiranje stalnog Međunarodnog krivičnog suda (ICC – **International Criminal Court**). Svijest civilizovanog čovječanstva i razvoj međunarodnog ratnog i humanitarnog prava, kao i sudska praksa kroz istoriju, odigrali su značajnu ulogu u uspostavljanju ovog suda.

Složenost i osnovanost međunarodnog krivičnog prava nalazi se u propisima kojima se utvrđuju pojedina krivična djela i sankcije za njihove učinioce, kao i u načinu rješavanja sukoba o prostornom važenju krivičnih zakona država. U tome značajnu ulogu ima međunarodno krivično pravo, koje se sve više afirmiše kao nezaobilazan subjekt u prevenciji i borbi protiv kriminaliteta u međunarodnim razmjerama.

U današnje vrijeme gotovo da nema pitanja iz oblasti međunarodnog krivičnog prava koje nije raspravljano u teoriji. To je svakako posljedica potreba nastalih u stvarnosti, u praksi koja je, nažalost, postavljala na dnevni red toliko aktuelnih pitanja i slučajeva gdje je međunarodna zajednica bila primorana da reaguje na taj specifičan kriminalitet međunarodne prirode.

Međunarodno krivično pravo posebno stavlja odgovornost na individualna lica i propisuje i sankcioniše djela koja su prema međunarodnom pravu definisana kao krivična. Međunarodno krivično pravo je kao takvo relativno nov sistem prava, a njegovi aspekti nisu ujednačeni, niti su opštevažeći. Takođe, neki aspekti prava koji su jedinstveni za Haški tribunal (ICTY – **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**), ne odražavaju međunarodno običajno pravo, te se, pored toga, razlikuju od prava koje se primjenjuje pred ICC (Cassese, 1999: 144–171). Međunarodno krivično pravo uključuje zakone, postupke i načela koja se odnose na pitanja oblika odgovornosti, odbrane, dokaznih materijala, sudskih postupaka, kažnjavanja, učešća žrtava, zaštite svjedoka, zajedničke pravne pomoći i saradnje.

za zločine protiv čovječnosti polako počinje dobijati svoje osnovne „konture”. Uz to, haške konvencije iz 1899. i 1907. godine predstavljaju prvu značajniju kodifikaciju ratnog prava u jednom međunarodnom sporazumu. One sadrže značajnu seriju odredaba koje se odnose na zaštitu civila. Član 46 Aneksa IV Haške konvencije iz 1907. godine štiti poštovanje „porodične časti i prava, živote pojedinaca i privatnu svojinu, kao i religijska uvjerenja i običaje”.

Kako je poznata činjenica da je međunarodno krivično pravo podgrupa međunarodnog javnog prava, izvori ovog prava uglavnom su isti kao i izvori međunarodnog javnog prava.⁶ Kroz cjelokupno sagledavanje materije, može se uvidjeti pet izvora ovog prava koje koriste međunarodni i hibridni krivični sudovi: ugovorno pravo; međunarodno običajno pravo (običaj, običajno pravo); opšti pravni principi; sudske odluke (pomoćni izvor) i stručni radovi (pomoćni izvor). Izvori prava nekada se preklapaju kroz korealacijske odnose, te se može reći da su u međusobnom dinamičnom odnosu³.

Globalno sagledavajući iznesene činjenice, pet izvora međunarodnog krivičnog prava koreliraju sa klasičnim prikazom izvora međunarodnog prava, sadržanim u članu 38 stav 1 Statuta Međunarodnog suda pravde (ICJ – **International Court of Justice**): 1) međunarodne konvencije, opšte ili posebne, koje uspostavljaju pravila izričito priznata od država u sporu; 2) međunarodni običaj, kao dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo; 3) opšta načela prava priznata od civilizovanih država i 4) sudske odluke i radovi najpriznatijih publicista iz različitih zemalja, kao pomoćna sredstva za utvrđivanje pravnih pravila.

Relevantnost i bitnost faktora i sadržaja ovih izvora u nacionalnim krivičnim pravosuđima razlikuje se za svaku državu ponaosob. Kao čest primjer u nekim pravosuđima neposredni izvor međunarodnog krivičnog prava je državno zakonodavstvo koje uključuje međunarodno krivično pravo. U tom slučaju, ugovorno i međunarodno običajno pravo ne mogu se koristiti kao neposredni izvor. U obrnutom slučaju, neki sudovi mogu primijeniti ugovorno pravo, ali ne i međunarodno običajno pravo, dok drugi sudovi mogu primijeniti i običajno pravo. Pored toga, čak i ako je unutrašnje zakonodavstvo neposredan izvor mjerodavnog prava, ugovori međunarodnog krivičnog prava, njihovi komentari i međunarodne sudske odluke često se koriste kao pomoćno sredstvo u tumačenju domaćih zakona, te se ponekad smatraju uvjerljivim (ali ne i obavezujućim) presedanima.

Rimski statut⁴, Elementi krivičnih djela⁵ i Pravilnik o postupku i dokazima⁶ predstavljaju primarne izvore prava pred ICC. Ugovori i načela i pravila međunarodnog prava primjenjuju se onda kada se iskoriste primarni

³ Mnogi pravni stručnjaci u definisanju ovog pojašnjenja uzimaju za primjer ugovor koji može odražavati, tj. postati dio međunarodnog običajnog prava ili uticati na njegov razvoj, kao i obratno. Takođe, presuda međunarodnog suda može uticati na razvoj ugovornog i međunarodnog običajnog prava.

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court.

⁵ Elements of Crimes.

⁶ Rules of Procedure and Evidence.

izvori, te se naposljetku razmatraju opšta načela prava, implementirajući i relevantne i odgovarajuće nacionalne zakone (Bennouna, 1101–1107).

2. Pojam i karakteristika međunarodnih krivičnih djela

Opšti dio međunarodnog krivičnog prava predstavlja sistem pravnih propisa kojima se određuju pojam i elementi međunarodnog krivičnog djela, osnovi krivice i sistem krivičnih sankcija za njihove učinioce, kao i uslovi za utvrđivanje krivice i kažnjivosti. Ovi propisi svoj izvor nalaze u: 1) međunarodnim pravnim aktima (aktima međunarodne zajednice koji su donijeti u okviru međunarodnih univerzalnih ili regionalnih organizacija kao i ugovorima između pojedinih zemalja sa krivičnopravnom problematikom) i 2) nacionalnom krivičnom zakonodavstvu (međunarodna krivična djela čija se obilježja bića sastoje u kršenju propisa međunarodnog prava).

Prema opšteusvojenoj definiciji pojma krivičnog djela u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima (koja je kompleksna objektivno-subjektivna i materijalno-formalna), međunarodno krivično djelo se može odrediti kao društveno opasno i protivpravno ponašanje vinog učinioca koje je propisima određeno kao krivično djelo i za čijeg učinioca je propisana krivična sankcija. Iz ovako određenog pojma proističu osnovni, opšti elementi koji čine opšte biće međunarodnog krivičnog djela. To su sljedeći elementi: 1) djelo (ponašanje) čovjeka koje obuhvata: ljudsku radnju, prouzrokovanu posljedicu i uzročno-posljedičnu vezu, 2) društvenu opasnost, 3) protivpravnost, 4) određenost djela u propisima i 4) vinost učinioca (Jovanović, Jovašević, 67–70).

Postoji više vrsta međunarodnih krivičnih djela (Stojanović, 33). Uobičajena je podjela na međunarodna krivična djela u užem smislu (prava ili čista) i međunarodna krivična djela u širem smislu (neprava ili mješovita). Inače, ova je podjela prvi put usvojena na 14. kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo, koji je održan 1989. godine u Beču.

Međunarodnim krivičnim djelima u užem smislu (*core crimes*) krše se ratni zakoni i običaji rata (dakle, norme međunarodnog ratnog i humanitarnog prava). To su djela sadržana u nirnberškoj i tokijskoj presudi. Tu spadaju: zločin protiv mira, ratni zločini i zločin protiv čovječnosti. Nazivaju se još međunarodna krivična djela prema opštem međunarodnom pravu (ili *crimina iuris gentium*). Usvajanjem Rimskog statuta i njegovim stupanjem na snagu, inaugurisana su takođe međunarodna krivična djela u vidu: zločina genocida,

zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i zločina agresije. U pravnoj teoriji ima shvatanja da se ova krivična djela nazivaju međunarodnim zločinima *stricto sensu* iza kojih stoje kogentne norme međunarodnog prava npr. Haške ili Ženevske konvencije (Kambovski, 1998: 263 i Radulović, 103).

Kao osnovne karakteristike međunarodnih krivičnih djela u užem smislu u pravnoj teoriji se navode: 1) imaju dvostruku prirodu. Njihovo izvršenje povlači: a) krivicu pojedinaca kao njihovih izvršilaca ili saučesnika, odnosno nadređenih lica (po osnovu komandne odgovornosti), s jedne strane i b) međunarodnopravnu odgovornost države, s druge strane; 2) krše se osnovna ljudska prava i stoga su zabranjena kao represalije u slučaju vršenja istih takvih zločina druge suprotstavljene strane; 3) u pogledu krivičnog gonjenja i kažnjavanja, ne zastarijevaju i 4) opšte međunarodno pravo nameće obavezu državama da ne krše osnovne norme koje zabranjuju njihovo vršenje kao obavezu *erga omnes*.

Međunarodna krivična djela u širem smislu su djela kojima se krše druga pravila međunarodnog prava i međunarodna zajednica želi da inkriminiše i sankcioniše u okviru nacionalnog krivičnog zakonodavstva. Ovdje se zapravo radi o djelima koja imaju osnov u međunarodnim zabranama, ali je kažnjavanje i krivično gonjenje njihovih učinilaca ostavljeno na volju nacionalnim krivičnim zakonodavstvima. Aktivnost međunarodne zajednice ovdje nije usmjerena na obezbeđenje represivnog supranacionalnog sistema, već ka cjelovitoj primjeni međunarodnih instrumenata, harmonizaciji zakonodavstava i intenzivnoj međusobnoj saradnji država (Kambovski, 2003:18). Tu spadaju krivična djela u vezi sa opojnim drogama, otpadnim materijama ili nuklearnim materijama, sigurnošću vazdušnog saobraćaja, prostitucijom, pornografijom, trgovinom ljudima i oružjem, zaštitom životne sredine i sl.

U pravnoj teoriji se, pored pojma međunarodnog krivičnog djela, sreće i pojam krivičnog djela sa elementom inostranosti. Iako se ova dva pojma ponekad izjednačuju po značenju i sadržini, ipak se bitno razlikuju. Naime, krivično djelo sa elementom inostranosti (Zlatarić, 5–7) jeste vrsta krivičnog djela koje je na bilo koji način (dakle, bilo kojim svojim elementom) povezano sa inostranstvom, koje dakle ima određeno međunarodno značenje, odnosno izaziva rezonanciju u međunarodnim relacijama. U osnovi ovog pojma nalazi se shvatanje pojma međunarodnog krivičnog prava koje se određuje kao sistem krivičnopravnih normi vezanih za krivičnopravne odnose sa inostranim elementom i za primjenu supranacionalnih normi i standarda (Kambovski, 2003:13).

Међународна кривична дјела су у правном систему БиХ предвиђена у Кривичном закону БиХ⁷, у глави XVII, под називом „*Кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом*” (Јовашевић, 2010: 17–28). Ова кривична дјела, заправо, представљају дјелатности којима се крше међународни уговори, споразуми и конвенције и нарушава или угрожава мир међу народима, сигурност човјечанства, односно друге међународним правом заштићене вриједности или којим се крше ратна правила о понашању зараћених страна према ратним заробљеницима, ранјеницима, болесницима и цивилном становништву. Настанак ових кривичних дјела везан је за постојање међународних правила којима се регулишу односи између држава у доба рата, тј. односи између зараћених страна у погледу започињања и вођења рата.

Објекат заштите ових кривичних дјела јесу човјечност и друге универзалне, опште цивилизацијске вриједности заштићене међународним правом. Заштита човјечности значи заштиту основних људских добара као што су живот, тјелесни интегритет, част, углед и достојанство човјека, основна људска права и слободе. Друге вриједности физичких лица, појединих држава и cjelokupne међународне заједнице имају, такође, општи, универзални значај, па су заштићене и зајамчене међународним правом.

Највећи број међународних кривичних дјела може се учинити у законом одређено вријеме, тј. за вријеме рата, оружаног sukoba или okupacije. По правилу, ова кривична дјела се чине организовано и ради provoђења одређене политике vladajuće grupe или partije. Будући да спадају у организовани, planski kriminalitet, ова се дјела најчешће чине по наређењу pretpostavljenih vojnih или političkih rukovodilaca. Та чињеница захтијева посебно utvrđivanje odgovornosti organizatora, naredbodavca и učinioca.

Ова кривична дјела могу бити учињена само с umišljajem. Поједина кривична дјела из ове групе не zastarijevaju у погледу кривичног gonjenja или izvršenja izrečenih kazni: genocid, zločin protiv човјечности, ратни zločini и друга кривична дјела за која по ratifikovanim међународним уговорима zastarjelost не може да наступи.

3. Ugovorno pravo

Уговори су споразуми (obično у писаној форми) из којих proističu права и obaveze, uglavnom између држава. Неки уговори такође stvaraju dužnosti

⁷ “Службени гласник Bosne и 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 и 40/15.

i predviđaju zaštitu individualnih lica. Međunarodno krivično pravo ima mnogo ugovornih izvora, koji se protežu od očiglednih primjera kao što su Konvencija o genocidu i odredbe o teškim povredama iz četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine – do relevantnih ugovora o ljudskim pravima i ugovora koji nisu ratifikovani u jednakoj mjeri kao Ženevske konvencije.

U nekim pravosudnim sistemima, ugovorno pravo je glavni izvor međunarodnog krivičnog prava. Kao ogledni primjer te činjenice navode se Rimski statut koji je primarni izvor prava za ICC. Međutim, u ICTY i Tribunalu za Ruandu (**International Criminal Tribunal for Rwanda** – ICTR) ugovorno je pravo manje važno od običaja kao neposrednog izvora (iako su neka od krivičnih djela u njihovim statutima doslovno istovjetna onima iz ugovora, npr. Konvencije o genocidu).

Statut ICTR inherentno usvaja stanovište da se ugovori mogu koristiti kao izvor međunarodnog krivičnog prava, budući da inkriminiše povrede Drugog dodatnog protokola Ženevskim konvencijama, za koji se nije smatralo da u vrijeme njegovog donošenja odražava u svim svojim dijelovima međunarodno običajno pravo (Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst, 10). ICTY je uspostavio jasna pravila u kojim slučajevima ugovori mogu biti neposredni izvor međunarodnog krivičnog prava (barem u tom sudu), smatrajući da se ugovori mogu primjenjivati u slučaju kad: nesporno obavezuju strane u sukobu u vrijeme počinjenja navodnog krivičnog djela i nisu u suprotnosti sa obavezujućim normama međunarodnog prava, odnosno ne odstupaju od njih⁸. Međutim, Žalbeno vijeće ICTY obazrivo je primijetilo da, iako se ugovori mogu primijeniti kao neposredan izvor međunarodnog krivičnog prava, *ICTY u praksi uvijek traži potvrdu da je predmetna odredba ugovornog prava istovremeno i izraz običajnog prava*.

U sudskim postupcima za međunarodna krivična djela koji se oslanjaju na ugovore (kao i na druge izvore međunarodnog krivičnog prava), često se javlja pitanje načela zakonitosti koje brani retroaktivnu primjenu krivičnih zakona i sankcija. ICTY i ICTR tumače svoje statute kao ugovore u saglasnosti sa opštim pravilima tumačenja ugovora iz čl. 31 i 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine⁹. Ta pravila takođe predstavljaju običajno pravo¹⁰.

⁸ „Stanislav Galić”, predmet broj IT-98-29-T, prvostepena presuda, od 5. decembra 2003. godine, 98; „Duško Tadić”, predmet broj IT-94-1, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, Žalbeno vijeće, od 2. oktobra 1995. godine, 143 i „Dario Kordić” i drugi, predmet broj IT-95-14/2-A, drugostepena presuda od 17. decembra 2004. godine, 44.

⁹ Za primjer kako ICTY primjenjuje načela postavljena Bečkom konvencijom (iako bez izričitog spominjanja ove konvencije), vidjeti Tadić, *Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost ICTY*, 71–142.

¹⁰ Prema članu 31 stav 1 Bečke konvencije, ugovor se tumači u dobroj namjeri prema uobičajenom smislu koji se daje izrazima u ugovoru u njihovom kontekstu i u svjetlu njegovog predmeta i svrhe.

BiH je potpisnica Bečke konvencije o ugovornom pravu. Zato se navedena pravila tumačenja mogu koristiti prilikom tumačenja ugovora. Međutim, mora se posvetiti dužna pažnja svim domaćim pravilima u tumačenju prava i po mogućnosti strožim načelima tumačenja u krivičnom kontekstu. Na primjer, u slučaju da se dovodi u sumnju načelo tumačenja u korist optuženog, može se zahtijevati strože tumačenje od pravila Bečke konvencije.¹¹

4. Međunarodno običajno pravo

U skladu sa uobičajenom poznavanjem pravne materije, običaj se sastoji od državne prakse i *opinio juris*¹². Državna praksa mora biti dosljedna, jednoobrazna i kontinuirana među relevantnim državama, iako, kao takva, ne mora biti sveobuhvatna. *Opinio juris* može se definisati kao opšte uvjerenje ili prihvatanje od strane država da se određena praksa zahtijeva zakonom.

Ugovori obavezuju samo države koje su ih potpisale, dok opšte običajno pravo obavezuje sve države. Veći dio sadržaja materijalnog međunarodnog krivičnog prava postoji u običajnom pravu, bez obzira na to da li ista pravila istovremeno postoje i u ugovornom pravu. Međutim, uopšteno govoreći, mnogo je teže odrediti sadržaj običajnog od ugovornog prava.

Prema članu 55 stav 1 Rimskog statuta, lica protiv kojih se vodi istraga – posjeduju određena prava po međunarodnom običajnom i ugovornom pravu¹³. Lica koja su osumnjičena da su učinila neko krivično djelo protiv međunarodnog prava – posjeduju i *ododatna prava*, regulisana članom 55 stav

Može se pozivati na dopunska sredstva tumačenja, posebno na pripremne radnje na ugovoru i okolnosti njegova zaključenja, a u cilju potvrđivanja značenja koja proističu iz primjene člana 31 ili da se odredi smisao kada je tumačenje prema članu 31 dvosmisleno ili nejasno ili dovodi do rezultata koji je očigledno apsurdan ili nerazuman (član 32 Bečke konvencije).

¹¹ *Jean-Paul Akayesu*, predmet broj ICTR-96-4-T, prvostepena presuda, 2. septembar 1998. godine, 319, 500 i 501. Uz to, i Radislav Krstić, predmet broj IT-98-33- T, prvostepena presuda od 2. avgusta 2001. godine, 502.

¹² „Dražen Erdemović”, Zajedničko izdvojeno mišljenje sudija Mc Donalda i Vohraha, Žalbeno vijeće, 7. oktobar 1997. godine, 49.

¹³ U ova prava osumnjičenog spadaju: pravo da ne smije biti prisiljen optužiti samoga sebe ili biti prisiljen priznati krivicu; pravo da ne smije biti podvrgnut bilo kojem obliku prinude, pritiska ili prijetnje, mučenja ili bilo kojem drugom obliku okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja; ako se ispituje na jeziku koji je različit od jezika koji to lice potpuno razumije i govori, mora imati besplatnu pomoć stručnog prevodioca i sve prevode koji su nužni kako bi se zadovoljio uslov zakonitosti; ne smije biti podvrgnut arbitrarnom hapšenju ili pritvoru, kao i ne smije biti lišen slobode, osim na osnovu postupka koji je predviđen ovim statutom.

2 Rimskog statuta, kao i međunarodnim običajnim pravom¹⁴.

Zavisno od okolnosti, dokaz državne prakse i *opinio juris* mogu uključivati: diplomatsku prepisku; izjave o vladinoj zvaničnoj politici i saopštenja za štampu organa vlasti; izvršne odluke i pravnu praksu; mišljenja pravnih savjetnika organa vlasti; vojne priručnike; komentare nacрта izjava o međunarodnom pravu od strane Komisije za međunarodno pravo; mjerodavne komentare ugovora; državno zakonodavstvo; državne i međunarodne sudske odluke; sadržaj ugovora i praksu međunarodnih organizacija i njihovih organa, uključujući npr. Generalnu skupštinu UN i rezolucije Savjeta bezbjednosti koje se odnose na pravna pitanja. Običaj može proisticati iz ugovora, a ugovori mogu predstavljati dokaz da običajno pravilo postoji. Ugovori takođe mogu predstavljati pomoćni „element” u tumačenju običaja. Identično pravilo može postojati istovremeno u ugovornom i običajnom pravu, a za to se kao primjeri mogu navesti definicija genocida i odredbe o ozbiljnim povredama ženevskih konvencija.

Ugovori u određenim slučajevima sistematizuju običajno pravo koje postoji u dato vrijeme. Rimski statut to čini u određenoj mjeri, ali su neke od njegovih odredaba restriktivnije od običajnog prava, dok su druge manje restriktivne. Isto tako, neki elementi krivičnih djela u statutima ICTY i ICTR idu dalje od onoga što je bilo običajno pravo u dato vrijeme. Kao ogledni primjer koji se često navodi u pravnoj literaturi i praksi, jeste postupak protiv *Tadića* koji je vođen pred ICTY, u kojem se prezentovao način na koji je Žalbeno vijeće ICTY sagledalo širok raspon izvora u ocjeni da li se član 3 Statuta ICTY, koji daje nadležnost nad zakonima i običajima ratovanja, primjenjuje i na lokalne i međunarodne sukobe prema međunarodnom običajnom pravu¹⁵.

Kao što je to navedeno u pravnim izvorima koji izučavaju ovu oblast, postupak koji je protiv Milana Martića vođen pred ICTY takođe pruža ilustraciju načina na koji je ICTY pristupio analizi međunarodnog običajnog

¹⁴ To su: pravo biti upoznat, prije početka ispitivanja, da postoje osnove sumnje da je to lice počinilo krivično djelo koje je u nadležnosti ICC; čutati, a da se to ne smatra bitnim za određivanje krivice ili nevinosti; imati pravnu pomoć lica po ličnom izboru ili ako lice nema pravnu pomoć, imati pravnu pomoć lica koje mu bude određeno, u svakom slučaju kad tako nalažu interesi pravde, te bez plaćanja troškova tog lica, kad god ono nema na raspolaganju dovoljna sredstva da tu pomoć plati i biti ispitivan u prisustvu advokata, osim ako se lice nije dobrovoljno odreklo prava na advokata.

¹⁵ Pri usvajanju ovakvog zaključka, Žalbeno vijeće je pregledalo mnoge izvore, uključujući: izvještaje generalnog sekretara UN; izjave sa sastanka Savjeta bezbjednosti UN; predmet i svrhu člana 3 i uspostavljanja ICTY; istorijski pregled predmeta vođenih pred ICJ; istorijski pregled ranijih sukoba; javne izjave političara i instrukcije generala upućenih vojnicima koje su pronađene u vojnim proglasima. Vijeće je smatralo da se treba primarno osloniti na zvanične objave država, vojne priručnike i sudske odluke (Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost ICTY, 86–137).

prava. Optuženi se teretio za naređivanje artiljerijskih napada u kojima je ubijeno i ranjeno civilno stanovništvo. Krivično djelo je podvedeno pod odredbe člana 3 Statuta ICTY, iako se ono ne navodi izričito u odredbama tog člana. Pretresno vijeće ICTY moralo je stoga utvrditi da li navedene radnje imaju obilježja krivičnog djela prema međunarodnom običajnom pravu.

Sudske odluke (međunarodne i državne) i stručni radovi takođe se mogu koristiti da bi se ustanovio sadržaj običaja, pri čemu se pažljivo mora razmotriti da li ispravno navode običajno pravo.

5. Ostali izvori međunarodnog krivičnog prava

Statuti ICTY i ICTR nisu ugovori, već rezolucije Savjeta bezbjednosti UN usvojene prema obavezujućim odredbama VII Poglavlja Povelje UN. Međutim, obavezujuća snaga ovih rezolucija proističe iz člana 25 Povelje UN, koja jeste ugovor.

U situaciji kada nije postojalo pravilo u običajnom ili ugovornom pravu, ICTY je povremeno razmatrao opšta pravna načela u potrazi za mjerodavnim pravilom međunarodnog krivičnog prava. Ova načela formulisana su kroz proces ocjene državnih zakona i pravne prakse glavnih pravnih sistema u svijetu – da bi se odredilo može li ICTY utvrditi zajednički koncept. Ukoliko zajednički koncept postoji, ICTY bi mogao izvući opšte načelo prava koje se može primijeniti u kontekstu međunarodnog krivičnog prava.

Opšte pravno načelo znači da se ne mora ispitati sudska praksa svake države, već samo dovoljnog broja država – da bi se pokazalo da većina država u okviru raznih pravnih sistema prihvata neko određeno pravno načelo. Ako se za neko načelo *ustanovi da ga većina država u svojim domaćim pravnim sistemima generalno prihvata kao temeljni propis domaćeg pravnog sistema, njegovo tumačenje kao pravila međunarodnog prava čini se u potpunosti opravdanim*.¹⁶ Ako su državni koncepti suviše različiti, takav stav se isključuje.

Sudske odluke ICTY i ICTR pozivaju se i, uopšteno govoreći, prate svoju prethodnu sudsku praksu, iako nisu uvijek obavezni to da čine. Pretresna vijeća nisu obavezna da slijede odluke drugih pretresnih vijeća, ali moraju da slijede odluke žalbenih vijeća. Žalbena vijeća mogu odstupiti od svojih vlastitih prethodnih odluka, ali samo u izuzetnim situacijama – kada je to u interesu

¹⁶ Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija, Pravni izvještaji sa suđenja ratnim zločincima: *SAD v. Wilhelm List i drugi*, knjiga VIII, 34, 49 (1949. godine).

pravde¹⁷. ICTY i ICTR su se, isto tako, pozivali na sudske odluke državnih sudova i drugih međunarodnih sudova, uključujući i ICJ, Međunarodni vojni sud u Nirnergu (Nirnerški sud – Nuremberg tribunal), druge sudove osnovane nakon Drugog svjetskog rata, te Evropski sud za ljudska prava – obično u potrazi za dokazom o postojanju običajnog prava. Na sličan način ispitali su i razne publikacije međunarodnih autoriteta, uključujući naučne radove i izvještaje relevantnih tijela kao što su Komisija za međunarodno pravo i Međunarodni komitet Crvenog krsta (International Committee of the Red Cross – ICRC). Drugi međunarodni, hibridni i nacionalni sudovi često usvajaju isti koncept.

6. Hijerarhija između običajnog i ugovornog prava i *jus cogens*¹⁸

Uopšteno gledajući, ne postoji hijerarhija između ugovornog i običajnog prava. Ako je pravilo proisteklo iz jednog izvora oprečno pravilu proisteklom iz drugog, za razrješenje se koriste pravila tumačenja kao što su *lex posterior derogat priori* (kasniji zakon ukida raniji zakon), *lex posterior generalis non derogate prior specialis* (kasniji opšti zakon ne ukida raniji posebni zakon), kao i *lex specialis derogate legi generali* (poseban zakon ima prednost nad opštim zakonom). Pošto se opšta pravna načela koriste da ispune propuste u ugovornom i običajnom pravu, ona su podređena ugovornom i običajnom pravu.

Ni običajno ni ugovorno pravo ne mogu biti u sukobu sa *jus cogens*, tj. sa imperativnim normama opšteg međunarodnog prava. Budući da *jus cogens* odražava temeljna načela od kojih se ne može odstupiti, ugovorno i običajno pravo moraju se uvijek tumačiti dosljedno, saglasno normama koje su dostigle ovaj imperativni status. Primjeri *jus cogensa* su zabrana genocida i mučenja.

7. Načela i oblici tumačenja međunarodnog krivičnog prava

Kao što je navedeno u članu 31 stav 1 Bečke konvencije o ugovornom pravu, primarni metod tumačenja međunarodnog krivičnog prava jeste da

¹⁷ *Georges Anderson Rutaganda*, predmet broj ICTR-96-3-A, drugostepena presuda, 26. maj 2003. godine, 26, 188 i Zlatko Aleksovski, predmet broj IT-95-14/1-A, drugostepena presuda, 24. mart 2000. godine, 107–114.

¹⁸ English: preemptory norm.

ugovor treba tumačiti u dobroj namjeri prema uobičajenom smislu koji se daje izrazima u ugovoru u njihovom kontekstu i u svjetlu njegovog predmeta i svrhe. ICTY primjenjuje ovo načelo u tumačenju svoga statuta i ugovora. Stoga se sudska vijeća ICTY oslanjaju na primarni razlog uspostavljanja ovog suda (kažnjavanje ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava počinjenih u bivšoj Jugoslaviji, čime se doprinosi nacionalnom pomirenju i uspostavi i održavanju mira¹⁹) pri tumačenju svoga statuta.

Pretno vijeće ICTY je u predmetu *Delalić* navelo: „*Tumačenje odredaba mora, stoga, uzeti u obzir ciljeve Statuta i socijalnopolitičke razloge koji su doveli do njegova stvaranja*”²⁰. ICTY, kao i mnogi drugi međunarodni i državni sudovi, određuje svrhu ugovora teleološkim pristupom, odnosno primjenjuje kontekstualni, prije nego kruti ili dosljedni pristup tumačenju.

Stepen do kojeg se na navedena načela mogu oslanjati domaći sudovi u primjeni i tumačenju međunarodnih ugovora i drugih međunarodnih dokumenata, može varirati od države do države:

- slični *predmeti tretiraju se na sličan način*: slične predmete treba tretirati na isti način i u idealnom slučaju – sa istim obrazloženjem;
- *ne daju se izjave (savjetodavna mišljenja)*: sudovi ne nagovještavaju unaprijed kako će tumačiti pravila i odredbe;
- *in dubio pro reo*: treba primijeniti verziju zakona ili pravila koja je povoljnija za optuženog;
- *politička razmatranja kao pomoć u tumačenju*: političke odredbe mogu rasvijetliti cilj koji stoji iza određene odredbe, ali je njihovo korištenje u ICTY dovedeno u pitanje²¹;
- *protivrječnost dva ili više službenih tekstova*: prema članu 22 Bečke konvencije, ako postoji razlika između dva autentična teksta (*npr.*, između engleskog i španskog), osim ako ugovorom nije određeno koji tekst ima prednost, prihvata se verzija koja najbolje usklađuje tekstove u pogledu predmeta i svrhe ugovora²²;

¹⁹ S/Rez/955. (1994.), 8. novembar 1994. godine.

²⁰ „*Zejnir Delalić i dr.*”, predmet broj IT-96-21-T, prvostepena presuda od 16. novembra 1998. godine, 170.

²¹ Uporedi, *npr.*, Erdemović, Izdvojeno i različito mišljenje sudije Cassesea, Žalbeno vijeće, 7. oktobar 1997. godine, odbacivanje cjelishodnosti analize političkih razmatranja kao pomagala u tumačenju, Zajedničko izdvojeno mišljenje sudija Mc Donalda i Vohraha, 73–78 (diskusija o korištenju političkih razmatranja kao pomagala u tumačenju).

²² Ovo načelo takođe se odražava i u pravilu 7 Pravilnika o postupku i dokazima ICTY.

- načelo „*efikasnosti*“: riječ se ne treba tumačiti tako da postane suvišna. Saglasno navedenom, pravila ne treba učiniti besmislenim restriktivnim tumačenjem drugih odredaba istog akta;
- pretpostavke *protiv propusta*: praznine u međunarodnom običajnom ili ugovornom pravu mogu se ispuniti pozivanjem na opšta načela krivičnog prava. Međutim, riječi za koje se čini da su promišljeno izostavljene iz odredbe od strane ovlašćenog organa koji je sačinio zakon ili ugovor, ne mogu biti unesene u odredbu;
- ejusdem *generous*²³: to bi u prevodu značilo „*iste vrste*“. Koristi se za tumačenje nesavjesno napisanih statuta ili zakona. Ovo pomagalo zakonskog tumačenja treba koristiti obazrivo, i to samo nakon utvrđivanja preciznih pravnih definicija odredaba. Na taj način bi se izbjeglo kršenje uslova specifičnosti načela zakonitosti;
- *expressio unius est exclusio alterius*: u prevodu „*izražavanje jedne stvari isključuje drugu*“, odnosno uopšteno, ako je nešto ispušteno iz statuta ili zakona – znači da je isključeno. Ovo pomagalo zakonskog tumačenja takođe treba obazrivo koristiti, naročito kada se tumače odredbe međunarodnog krivičnog prava gdje bi se uključanje nekih osnovnih prava moglo tumačiti kao isključenje drugih prava;
- *lex specialis derogat generali*: ako je ponašanje regulisano opštom i posebnom odredbom, posebna odredba ima prednost;
- *jura novit curia*: na sudu je da odredi pravo i stranke koje dokazuju činjenice. Međutim, u okruženju međunarodnog krivičnog prava, gdje su prava optuženog u pitanju, ovo načelo ne treba primjenjivati, a sud može intervenisati kada je to neophodno radi zaštite prava optuženog;
- *obavezujuća ili instruktivna konstrukcija*: čak i kada se čini da je odredba koncipirana obavezujućim jezikom, može se tumačiti kao instruktivna kada taj pristup najbolje odražava namjeru autora.

²³ Eh-youse-dem generous. Preuzeto sa legal-dictionary.thefreedictionary.com/Ejusdem+generis (datum posjete 20. jula 2016. godine).

8. Odnos međunarodnog humanitarnog prava, ljudskih prava i međunarodnog krivičnog prava

Međunarodno krivično pravo povezano je sa drugim oblastima međunarodnog prava, uključujući i humanitarno pravo i pravo ljudskih prava. Međunarodno humanitarno pravo i pravo ljudskih prava uveliko su pomogli u razvoju međunarodnog krivičnog prava, a i nadalje doprinose njegovom tumačenju i primjeni. Glavna razlika između međunarodnog krivičnog prava i ovih drugih korpusa prava je činjenica da se međunarodno krivično pravo bavi individualnom krivicom za povrede međunarodnog prava. Nasuprot tome, humanitarno pravo ili pravo ljudskih prava primarno se fokusiraju na postupanja i obaveze država, vlada ili strana u sukobu. Međunarodno pravo ljudskih prava i humanitarno pravo takođe su međusobno povezani.

Prema međunarodnom krivičnom pravu, mnoga kršenja međunarodnog humanitarnog prava sada se smatraju ratnim zločinima. Međutim, oba korpusa prava imaju različite oblike tumačenja i primjene. Dok međunarodno humanitarno pravo može biti od koristi u tumačenju međunarodnog krivičnog prava, ta dva prava ne treba kombinovati. Tačnije, međunarodno humanitarno pravo šire je od međunarodnog krivičnog prava, jer ne predstavlja sva kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Pored toga, ne inkriminišu svi ugovori međunarodnog humanitarnog prava kršenja *tog prava*, iako kršenja mogu biti klasifikovana kao ratni zločini kroz običajno pravo. Štaviše, međunarodno humanitarno pravo primarno se bavi državama i sukobljenim stranama. S druge strane, međunarodno krivično pravo bavi se pojedincima i uključuje samo najteža krivična djela i povrede koje rezultiraju krivicom i sankcijama.

Međunarodno pravo ljudskih prava stvoreno je da zaštiti osnovna prava i slobode svih ljudi i zasniva se uglavnom na ugovornom pravu. Međunarodno krivično pravo razvilo se u velikoj mjeri kao odgovor na masovna kršenja ljudskih prava građana i drugih lica koje su neke države počinile na svojim teritorijama. Procesuiranje genocida i zločina protiv čovječnosti razvilo se iz standarda ljudskih prava. Međutim, međunarodne obaveze koje regulišu poštovanje ljudskih prava – primarno su nametnute državama, a ne pojedincima. Države moraju same odlučiti kako da nametnu obavezu poštovanja ljudskih prava i da se bave povredama ljudskih prava putem predstavnika države. Uz to, nisu sva ljudska prava zaštićena međunarodnim krivičnim pravom. Međunarodno krivično pravo može se smatrati alternativom, u slučajevima kada se države ne pridržavaju svojih obaveza u oblasti ljudskih prava.

9. Општа načela међународног кривичног права

Dva najbitnija načela међународног кривичног права su načelo zakonitosti i *načelo ne bis in idem* (Weyembergh, 337). Primjena ovih načela tokom sudskih postupaka pred међународним i domaćim sudovima u stalnom je razvoju. Optužena lica često žele osporiti da su међународna кривичna djela za koja se terete – bila priznata kao obavezujuće pravo u vrijeme njihovog navodnog počinjenja.

Rimski statut u svom članu 22 uključuje posebnu odredbu o načelu zakonitosti: lice nije кривично odgovorno saglasno ovom statutu, osim ako je dato ponašanje, u vrijeme kada je učinjeno, predstavljano кривично djelo iz nadležnosti ICC. Definicija кривичног djela tumači se strogo i neće se proširivati po analogiji. U slučaju nejasnoće, definicija se tumači u korist lica koje je pod istragom, koje se goni ili je osuđeno. ICC cijeni samo postupanje koje predstavlja кривично djelo iz nadležnosti ICC, koja su nabrojana u Rimskom statutu i pojašnjena u elementima кривичnih djela. Ne zahtijeva se da postupanje predstavlja кривично djelo prema domaćim zakonima, niti se odnosi na primjenu међународног кривичног права van nadležnosti ICC.

Da bi se izbjeglo kršenje načela zakonitosti, određene povrede moraju biti protivzakonite prema običajnom i ugovornom pravu, te za sobom povlačiti individualnu krivicu. Pri određivanju bića кривичног djela, ICTY i ICTR obično provjeravaju da li njihovi statuti odražavaju običajno pravo. Ako odražavaju, oni će primijeniti odgovarajući član statuta. Ako ne, određuju i primjenjuju običajno pravo. Generalno uzevši, ICTY i ICTR se ne oslanjaju na ugovorno pravo. Stvarni razlog ovakvog pristupa je izbjegavanje povreda načela *nullum crimen sine lege* – u slučaju da se strana u sukobu ne pridržava određenog ugovora. Da bi se izbjeglo kršenje načela zakonitosti, određene povrede moraju biti protivpravne prema običajnom i ugovornom pravu, te za sobom povlačiti individualnu krivicu.

Kod primjene običajnog права u кривичnim stvarima, neophodno je izričito odrediti šta je zakon propisivao u vrijeme izvršenja кривичног djela – kako se ne bi povrijedilo načelo zakonitosti. Takođe je važno ustanoviti da li se može logično zaključiti da je optuženi bio svjestan protivzakonite prirode svojih djela u vrijeme počinjenja.

Elementi koji prema међународnom običajnom pravu ukazuju na to da li je neko djelo кривично, uključuju činjenicu da je „veliki broj nacionalnih jurisdikcija” inkriminisao to djelo ili da je „ugovorna odredba koja sadrži

krivičnu sankciju za to djelo – postala dio međunarodnog običajnog prava”.²⁴ Prilikom ocjenjivanja ovih elemenata sud „uzima u obzir specifičnost međunarodnog prava, naročito međunarodnog običajnog prava”²⁵.

ICTY je pojasnio: „Vijeće se takođe mora uvjeriti da je definicija određenog ponašanja, kao kriminalnog, u relevantno vrijeme bila dovoljno precizna i poznata da bi opravdala osuđujuću presudu i kaznu u krivičnom postupku po inkriminaciji za koju se opredijelila optužba ... Sa stanovišta načela *nullum crimen sine lege*, bilo bi potpuno neprihvatljivo ... da osudi optuženog na osnovu zabrane u kojoj se, s obzirom na specificiranost međunarodnog običajnog prava i uvažavajući postepenost kristalizacije pravila krivičnog prava, predmetno ponašanje i razlika između krivično kažnjivog i dopustivog nedovoljno precizno opisuju ili ako u relevantno vrijeme ta zabrana nije bila dovoljno poznata. Osuđujuća presuda u krivičnom postupku se nikada ne bi smjela temeljiti na normi za koju optuženi u vrijeme kada je počinio djela – objektivno nije mogao znati, a ta norma mora dovoljno jasno definisati za koju radnju ili propust se podliježe krivičnoj odgovornosti”.²⁶ Pretresno vijeće prvo je ustanovilo da se predmetno ponašanje smatra protivzakonitim prema međunarodnom pravu i da (u *slučaju povrede prava*) podliježe individualnoj krivičnoj odgovornosti. Međutim, Pretresno vijeće ICTY zaključilo je da ne mogu pronaći izvore ili uvjerljive dokaze iz državne sudske prakse prije 1992. godine, koji bi ukazivali na postojanje definicije tog krivičnog djela, usprkos podnescima stranaka u postupku i prethodnim definicijama koje je dalo drugo Pretresno vijeće ICTY.

ICTY je naveo da *nullum crimen* načelo nije prepreka interpretaciji i pojašnjavanju *elemenata krivičnih djela, niti sprečava* dalji razvoj *prava od strane ovog suda*. Međutim, isto tako, naveo je: „Sud nipošto ne smije uvoditi nova krivična djela nakon što su djela za koje se optuženi okrivljuju počinjena, bilo time što će donošenjem definicije za neko krivično djelo koje dotad nije imalo definiciju, to djelo učiniti predmetom gonjenja i kažnjavanja ili time što će kriminalizovati djelo koje se do tog momenta nije smatralo kriminalnim”.

Načelo je podržano od strane Evropskog suda za ljudska prava. Kao ilustrativni primjer, ovaj sud je u predmetu *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

²⁴ Vasiljević, (IT-98-32), 199; „Anto Furundžija”, predmet broj IT-95-17/1-T, prvostepena presuda, 10. decembar 1998. godine, 177–186; „Dragoljub Kunarac”, predmet broj IT-96-23/1T, prvostepena presuda, 22. februar 2001. godine, 438–460 (u odnosu na državnu praksu o pitanju krivičnog djela silovanja) i „Zejnil Delalić i dr.”, predmet broj IT-96-21-A, drugostepena presuda, 20. februar 2001. godine, 163–167 (u odnosu na ozbiljna kršenja zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija koje predstavljaju međunarodno običajno pravo).

²⁵ Vasiljević, (IT-98-32), 196.

²⁶ Vasiljević, (IT-98-32), 193.

smatrao da načelo zakonitosti treba biti „tumačeno i primijenjeno ... na takav način da pruži efektivna jamstva protiv proizvoljnog optuživanja, osuđivanja i kažnjavanja²⁷. Evropski sud za ljudska prava u tom smislu navodi da krivično pravo ne može biti tumačeno po osnovu analogije, već mora biti jasno definisano.

ICTY je cijenio da je pravilo *nullum crimen sine lege* ispoštovano svaki put kada je, u vrijeme počinjenja krivičnog djela „država već ugovorno vezana određenom konvencijom”²⁸. Kršenje pravila povlači za sobom (prema ugovoru ili običajnom pravu) individualnu krivičnu odgovornost lica koje je prekršilo pravilo²⁹. Neki ugovori, kao što su Konvencija o genocidu i Ženevske konvencije (osobito njihove odredbe o teškim povredama), kreiraju međunarodna krivična djela i direktno obavezuju pojedince.

Drugo glavno pravilo međunarodnog krivičnog prava je načelo zabrane dvostrukog suđenja ili *ne bis in idem*. Ono sprečava mogućnost da licu bude dva puta suđeno za isto djelo, a proističe iz nastojanja da se osigura zakonit proces protiv optuženog i iz motivacije za temeljitim istragama i suđenjima. Statuti međunarodnih sudova i tribunala direktno odražavaju ovo načelo (Šurlan, 93).

Ne bis in idem je osnovno pravno načelo zajedničko praktično svim krivičnopravnim sistemima u Evropi (Wasmeier, 121; Vervaele, 100). Obično je riječ o temeljnom ljudskom pravu zajamčenom ustavom (Garačić, Grgić, 66–110). U zemljama *common law* pravne tradicije poznato je kao *double jeopardy*³⁰. U odnosu na sadržaj načela, istorijski su se razvila dva pristupa: *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ni protiv koga se ne smiju voditi dva krivična postupka zbog istog djela) i *Nemo debet bis puniri pro uno delicto* (niko ne smije biti dvaput kažnjen za isto krivično djelo) (Vervaele, 2005a: 10). Pretpostavka za primjenu prvog navedenog načela je krivični postupak, bez obzira na to je li taj postupak završen izricanjem kazne, a drugog – kazna, što znači da jedino izricanje osuđujuće odluke i kazne sprečava vođenje novog krivičnog postupka o istoj stvari protiv iste osobe³¹.

²⁷ Times 5-Dec-1995, [1995] 21 EHRR 363, 20166/92, [1995] ECHR 52, [1995] ECHR 52.

²⁸ *Prosecutor v Kordić (Dario) and Čerkez (Mario)*, Case No IT-95-14/2-PT ICTY, ICL 79 (ICTY 1999), 2nd March 1999, Trial Chamber III (ICTY).

²⁹ Tadić, 94, vidi takođe Vasiljević (IT-98-32), 193.

³⁰ Doslovan prevod bio bi “dvostruka opasnost”. Double jeopardy u američkom pravu propisan je Petim amandmanom na Ustav SAD.

³¹ U njemačkom pravu postoji razlika između *Erledigungsprinzipa* i *Anrechnungsprinzipa*. Prvim navedenim pojmom pokriveno je načelo *ne bis in idem* u oba njegova ranije navedena oblika. *Anrechnungsprinzip*, međutim, ne brani niti vođenje krivičnog postupka dva puta, niti dvostruko kažnjavanje, već znači uračunavanje kazne izrečene u prvom postupku u kaznu izrečenu u drugom

Načelo *ne bis in idem* služi ostvarenju dva cilja. S jedne je strane riječ o zaštiti pojedinaca od državnog *ius puniendi*, nakon što je protiv njih već vođen krivični postupak ili su kažnjeni. Pružanje zaštite pojedincu u tom slučaju u skladu je s načelima zakonskog procesa i pravednosti. S druge strane, tim se načelom ostvaruje pravna sigurnost kroz poštovanje pravosnažnosti sudskih odluka (*res judicata*). U većini evropskih država učinci načela *ne bis in idem* ograničeni su na nacionalni pravni poredak (Wasmeier, 121). Možemo stoga govoriti o nacionalnom *ne bis in idem*.

To znači da se prilikom odlučivanja o primjeni načela uzimaju u obzir samo odluke domaćih sudova, odnosno drugih nadležnih organa. Osoba protiv koje je već vođen krivični postupak zbog istog djela u istoj državi, odnosno koja je u istoj državi za isto djelo već kažnjena – uživa zaštitu nacionalnog *ne bis in idem*. Postupci vođeni protiv iste osobe zbog istog djela u drugim državama – ne uzimaju se u obzir.

U primjeni načela *ne bis in idem* u okvirima nacionalnog pravnog poretka javljaju se mnogobrojne poteškoće. Glavni problemi vezani su uz definisanje *bis* i *idem*. Vezano uz „*bis*”, postavlja se niz pitanja: koje vrste sudskih odluka aktiviraju primjenu načela; jesu li to samo meritorne ili i formalne odluke; mora li biti riječ o presudi ili je za primjenu načela dovoljna neka formalna sudska odluka donesena u ranijoj fazi postupka; mora li biti riječ o sudskoj odluci ili je dovoljna odluka nekog drugog pravosudnog organa (tužilaštva, policije)? Postoji i daljnje pitanje: odnosi li se načelo *ne bis in idem* samo na zabranu ponovnog vođenja krivičnog postupka ili zabranjuje kumulaciju krivičnog i prekršajnog postupka ili krivičnog postupka i različitih upravnih postupaka kojima se sankcionišu određene radnje?

Vezano uz *idem*, poteškoće u primjeni svode se na dilemu: da li je za primjenu načela odlučan identitet pravnih kvalifikacija ili je dovoljno da je riječ o istim činjenicama; ako je, pak, identitet činjenica dovoljan, mora li biti dopunjen identitetom zaštićenih pravnih dobara; koliki je stepen identiteta činjenica dovoljan, tj. moraju li činjenice biti u potpunosti iste ili su moguća i određena odstupanja?

Iskustva država u tom području pokazuju velike razlike. Stoga se na temelju njih ne može zaključiti o postojanju zajedničkih standarda u primjeni načela *ne bis in idem* na nacionalnom nivou (Vervaele, 101).

Odredbe o načelu *ne bis in idem* u evropskom krivičnom pravu sadržane su u Konvenciji o provedbi Schengenskog sporazuma (Convention

postupku. Primjenom tog načela se, dakle, ne ostvaruje načelo *ne bis in idem*, jer ni izricanje kazne u prvom postupku ne brani vođenje novog krivičnog postupka protiv istog okrivljenog o istoj stvari.

Implementing the Schengen Agreement, CISA),³² u čl. 54–58. Ove odredbe regulišu transnacionalni *ne bis in idem*, što znači da se njima uređuje primjena načela u odnosima između stranaka ugovornica, ali ne i onda kada se načelo primjenjuje unutar teritorija jedne od stranaka ugovornica³³.

Ugovorom iz Amsterdama Schengenski *acquis*³⁴ integrisan je u pravne okvire Evropske unije³⁵. Schengenski *acquis* počeo se primjenjivati na tadašnjih 13 država članica danom stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama, 1. maja 1999. godine. Nove države članice potpisale su posebne protokole o pristupanju *acquisu*. Dvije odluke³⁶ kojima je definisan pravni temelj u osnivačkim ugovorima za svaku od odredaba *acquisa* – donesene su 20. maja 1999. godine

Prema ovim odlukama, odredbe čl. 54–58 CISA utemeljene su na čl. 34 i 31 Ugovora o Evropskoj uniji, koji pripadaju odredbama o policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima. To znači da odredbe o *ne bis in idem* u CISA čine dio trećeg stupa prava Evropske unije. Međutim, time se ne iscrpljuje sva važnost Amsterdamskog ugovora za evropski *ne bis in idem*. Naime, Ugovorom je proširena nadležnost Evropskog suda pravde (European Court of Justice – ECJ)³⁷ u stvarima trećeg stupa. Prema odredbama Ugovora iz Maastrichta, nadležnost Suda u trećem stupu bila je u potpunosti fakultativna. Postojala je samo onda kada ju je neka od konvencija iz trećeg stupa izričito predviđala (Vervaele, 4).

Prema članu 35 Ustava Evropske unije³⁸, Evropski sud pravde ima nadležnost donositi prethodne odluke o regularnosti i tumačenju okvirnih

³² Schengenski sporazum o postupnom ukidanju provjera na zajedničkim granicama (Schengen Agreement on the Gradual Abolition of Checks at Their Common Borders) potpisan je 14. jula 1985. godine, između država članica Ekonomske unije Beneluxa (Benelux Economic Union), Njemačke i Francuske. Provedbena konvencija potpisana je između tih država 19. jula 1990. godine. Cilj Sporazuma i Konvencije bio je osigurati slobodu kretanja osoba unutar teritorija spomenutih država – ukidanjem provjera na zajedničkim graničnim prelazima. Istovremeno je uspostavljen i mehanizam čiji je cilj poboljšati međusobnu policijsku i pravosudnu saradnju – da bi se uspješno doskočilo bezbjednosnim problemima vezanim uz slobodno kretanje osoba.

³³ Za nacionalni *ne bis in idem* u evropskim okvirima posebno značenje ima praksa Evropskog suda za ljudska prava o tom načelu. Međutim, kako sve države članice nisu obavezane Protokolom 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ne može se govoriti o postojanju zajedničkih standarda u primjeni načela na nacionalnom nivou.

³⁴ Čine ga Schengenski sporazum i Provedbena konvencija.

³⁵ Protocol Integrating the Schengen *acquis* into the framework of the European Union, annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.

³⁶ Council Decisions 1999/435/EC and 1999/436/EC.

³⁷ Evropski sud pravde nadgleda poštovanje prava u tumačenju i primjeni osnivačkih ugovora, te akata institucija i drugih tijela Zajednice (Unije).

³⁸ Ugovor o uspostavljanju Ustava za Evropu.

odluka i odluka, o tumačenju konvencija koje čine dio trećeg stupa, te o ispravnosti i tumačenju mjera kojima se ti instrumenti implementiraju. Ipak, nadležnost Evropskog suda pravde ostaje zavisna od deklaracije država članica kojom je u trećem stupu prihvataju. Te su odredbe bile nužna pretpostavka za nastanak i razvoj judikature Evropskog suda pravde o evropskom *ne bis in idem*.

Prema članu 10 Statuta ICTY, nijednoj osobi kojoj je već suđeno pred ICTY za djela koja prema ovom statutu predstavljaju teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava – ne može se za ista djela suditi pred nacionalnim sudom. Osobi kojoj je pred nacionalnim sudom suđeno za djela koja predstavljaju teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, može se poslije toga suditi pred ICTY samo: ako je djelo za koje joj je suđeno okvalifikovano kao obično krivično djelo ili ako postupak pred nacionalnim sudom nije bio nepristrasan ili nezavisan, ako je bio smišljen da optuženog zaštititi od međunarodne krivične odgovornosti ili ako krivični postupak nije bio revnosno proveden. Razmatrajući kaznu koju će izreći osobi osuđenoj za neko od krivičnih djela prema ovom statutu, ICTY će uzeti u obzir koliki je dio eventualne kazne koju joj je za isto djelo izrekao nacionalni sud – ta osoba već izdržala.

Pred ICTY optuženi se može teretiti za više od jednog djela za isto postupanje – pod uslovom da se razlikuju elementi krivičnih djela. U predmetu koji je vođen protiv Tadića pred ICTY, Pretresno vijeće je odbacilo navode odbrane da je Tužilaštvo narušilo načelo *non bis in idem* jer je u Njemačkoj već pokrenut postupak na osnovu iste optužnice. Pretresno vijeće navodi da u Njemačkoj nije donesena presuda protiv optuženog, a na osnovu te optužnice, te da stoga nije narušeno načelo *non bis in idem*.³⁹

Međutim, ovo načelo odnosi se samo na sudove u istom pravnom sistemu i ne primjenjuje se automatski između država. Ovo se dijelom javlja i zbog načela državnog suvereniteta: „Sudovi jedne države ne mogu obavezivati sudove druge države”. Ipak, svaka država ima svoje vlastite poglede na tretiranje stranih presuda, a prekogranične implikacije ovog načela nisu usaglašene, niti prihvaćene kao opšte načelo međunarodnog prava⁴⁰.

Na međunarodnom nivou sudovi su primijenili različite pristupe koji utiču na nacionalne pravosudne sisteme. Na primjer, države ne mogu suditi licima za ista krivična djela koja se već presuđena u tribunalima, jer ICTY i ICTR imaju primat nad državama. Tribunali nisu vezani konačnim presudama

³⁹ „Duško Tadić”, Odluka o zahtjevu odbrane vezanom za princip *non bis in idem*, predmet broj IT-94-1-T, 14. novembar 1995. godine.

⁴⁰ Ova pitanja su od posebne su važnosti u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj i Srbiji.

nacionalnih pravosuđa⁴¹, ali se mogu pozivati na nacionalne presude, zavisno od kvaliteta nacionalnih sudskih postupaka i karakterizacije krivičnih djela za koja se sudi kao „uobičajenim”, nasuprot „teškim” međunarodnim krivičnim djelima⁴².

ICC ima slične odredbe, iako se razlikuju u tome što je nadležnost ICC u odnosu na državne pravosudne sisteme komplementarna, a ne primarna (Cryer, Friman, Robinson, Wilmschurst, 82). Prvenstveno, licu se može suditi za krivična djela van nadležnosti ICC prema državnom zakonu, za isto postupanje koje je bilo osnov presude ICC (Triffterer, 428). ICC može takođe suditi licu za postupanje koje je bilo predmet nacionalnog sudskog postupka, ako taj postupak nije bio zakonit ili je samo predstavljao farsu od suđenja – kako bi se izbjegla nadležnost ICC.

Prema članu 20 Rimskog statuta, osim u slučajevima propisanim ovim statutom, nikome se neće suditi pred ICC za djela koja su bila u osnovi krivičnih djela za koje je to lice ICC proglasio krivim ili oslobodio krivice. Nijednom licu koje je ICC proglasio krivim ili oslobodio krivice, neće suditi drugi sud za krivično djelo iz člana 5. Sud neće suditi nijednom licu kojem je sudio drugi sud za djela zabranjena čl. 6, 7 ili 8 za ista djela, osim ako se postupak u drugom sudu: vodio da bi se dato lice zaštitilo od krivične odgovornosti za krivična djela iz nadležnosti ICC ili nije vodio nezavisno ili nepristrasno u skladu sa normama propisanog postupka kakav priznaje međunarodno pravo, te se vodio na način koji u datim okolnostima nije bio saglasan sa namjerom da se dato lice privede pravdi.

U jednom od komentara Rimskog statuta navedeno je da se član 20 mora čitati zajedno s pitanjima prihvatljivosti, u skladu s odredbama člana 17 koje predviđaju da je predmet neprihvatljiv ako ga istražuje ili goni država koja je za njega nadležna. Pretresno vijeće ICC u predmetu Bemba⁴³ bavilo se ovim pitanjem. Odbrana optuženog u ovom predmetu isticala je da je istraga državnih organa Centralnoafričke Republike povodom identičnih inkriminacija kao i pred ICC, te potom odluka kojom se odbacuju inkriminacije, predstavljaju odluku o meritumu. Pretresno vijeće je zaključilo da odluka lokalnih organa ne predstavlja odluku o meritumu u smislu inkriminacija protiv Bembe.

Protokol 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda takođe se bavi načelom *non bis in idem*. Član 4 ovog protokola propisuje da se nijednoj osobi ne može ponovo suditi ili izreći kazna u krivičnom

⁴¹ Pravilnik o postupku i dokazima ICTY, pravilo 12.

⁴² Statut ICTY, član 10 i Statut ICTR, član 9.

⁴³ *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Odluka o prihvatljivosti i zloupotrebi osporavanja procesa, ICC-01/05-01/08- 802, 24. jun 2010. godine, 79–100.

postupku koji vodi pravosuđe iste države za krivično djelo za koje je ta osoba već pravnosnažno oslobođena ili osuđena u skladu sa zakonima te države. Odredbe stava 1 ovog člana ne sprečavaju ponovno razmatranje predmeta u skladu sa zakonom te države, pod uslovom da postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ako je došlo do bitnih povreda u prethodnom postupku, koje bi mogle uticati na ishod predmeta. U skladu s odredbama člana 15 Konvencije, nisu moguća odstupanja od odredaba ovog člana. U predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* Evropski sud za ljudska prava zauzeo je stav da se test prilikom odlučivanja da li su dva krivična djela identična – mora fokusirati na poređenje činjenica samog predmeta, nezavisno od pravne kvalifikacije prema nacionalnim propisima⁴⁴.

10. Umjesto zaključka

Međunarodna zajednica predviđala je, od najstarijih vremena do današnjih dana, različite oblike pomoći i saradnje u cilju krivičnog gonjenja i kažnjavanja učinilaca najtežih međunarodnih krivičnih djela (genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina) kojima se na najteži i najgrublji način krše pravila međunarodnog humanitarnog prava i povređuju ili ugrožavaju čovječnost i druga dobra zaštićena međunarodnim sistemom pravnih propisa. Među navedenim oblicima pomoći, najznačajniji je onaj koji se sastoji u ustanovljenju i djelovanju međunarodnih krivičnih sudova koji u interesu pravde, u ime civilizovanog dijela čovječanstva, vode krivični postupak i izriču kazne i druge krivične sankcije učiniocima međunarodnih krivičnih djela.

Jednostavnim poređenjem podataka o broju međunarodnih sudova na početku 20. vijeka, sredinom tog vijeka, kao i u današnje vrijeme, evidentan je ogroman porast broja međunarodnih sudova, bilo da se formiraju u okviru odgovarajućih međunarodnih organizacija ili nastaju na osnovu nekog međunarodnog ugovora. Sve više je međunarodnih sudova i sve su raznovrsniji, na šta direktno djeluju sve veća specijalizacija mnogih od njih, ali su i njihove funkcije, a time i značaj u stalnom porastu. Toj činjenici je neophodno dodati i postojanje čitavog niza kvazisudskih organa, posebno u materiji ljudskih prava.

⁴⁴ Aplikacija broj 14939/03, 82–84.

LITERATURA

1. Akande, D. (2009). *Sources of International Criminal Law*. Oxford Companion to International Criminal Law and Justice (in Cassese et al.).
2. Akande, D., Tzanakopoulos, A. (2015). *The International Court of Justice and the Concept of Aggression*, in Kress, C., Barriga, S. (eds), *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge University Press (forthcoming).
3. Ambros, K. (2006). *Remarks on the General Part of International Criminal Law*. Journal of International Criminal Justice, (1).
4. Babić, M. (2011). *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet.
5. Bandović, I. (2005). *Rad Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i domaćih sudova za ratne zločine*. Beograd.
6. Baumman J., Weber U., Mitsch W. (1995). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage*. Bielefeld.
7. Bennouna, M. (2002). *The Statute's Rules on Crimes and Existing or Developing International Law*. Cassese, Antonio et al. (Eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume II*. Oxford: Oxford University Press.
8. Burke - White, W. (2002). *A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement*. Michigan Journal of International Law, vol. 24, (1).
9. Vasilijević, V. (1997). *Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i kažnjavanje za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava, u Humanitarno pravo – savremena teorija i praksa*, ur. K. Obradović, Beograd.
10. Vervaele, J.A.E. (2005). *The transnational ne bis in idem principle in the EU – mutual recognition and equivalent protection of human rights*. Utrecht Law Review, (2).
11. Vervaele, J.A.E. (2005a). *European Criminal Law and General Principles of Union Law, Research Papers in Law, College d'Europe*. Brugge, (5).
12. Garačić, A., Grgić, M. (2008). *Ne bis in idem (u zakonima, konvencijama i sudskoj praksi)*. Zbornik "Aktuelna pitanja kaznenog zakonodavstva", Zagreb: Inženjerski biro.

13. Zlatarić, B. (1997). *Međunarodno krivično pravo, Prvi dio, Rasprostranjenost represivne vlasti države*. Zagreb.
14. Janković B. (1957). *Osnivanje međunarodnog krivičnog suda*. Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu.
15. Jovašević, D. (2006). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd.
16. Jovašević, D. (2010). *Međunarodna krivična djela – odgovornost i kažnjivost*. Niš.
17. Jovašević, D. (2003). *Sistem međunarodnih krivičnih djela*. Beograd: Sudska praksa, (4).
18. Kazazić, V. (2003). *Implementacija sporazuma međunarodnog humanitarnog prava u Bosni i Hercegovini*. Mostar: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, (16).
19. Kambovski, V. (1998). *Međunarodno kazneno pravo*. Skoplje.
20. Kambovski, V. (2003). *Primjena supranacionalnih normi međunarodnog kaznenog prava*. Zbornik radova “Relevantna pitanja međunarodnog krivičnog prava”.
21. Pavišić, B. (ed.) (2004). *Transition of Criminal Procedure Systems. vol. II*. Rijeka: Pravni fakultet.
22. Radulović, D. (1999). *Međunarodno krivično pravo*. Podgorica.
23. Ristivojević, B. (2008). *Razvoj međunarodnog krivičnog prava*. Pravni život, (9).
24. Simović, M. Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo.
25. Stigen, J. (2008). *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
26. Stojanović, Z. (2000). *Krivično pravo, Opšti dio*. Beograd: Službeni glasnik.
27. Shraga D., Zacklin, R. (1994). *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. European Journal of International Law, (1).
28. Schabas A.W. (1999). *Follow up to Rome: Preparing for Entry Into Force of the International Criminal Court Statute*. Human Rights Law Journal, vol. 20, (4–6).
29. Schalken, M. (1998). *Euro Justice: A Historic Initiative*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.

30. Triffterer, O. (2008). *Commentary Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Second Edition). Hart Publishing.
31. Triffterer, O., Ambos, K. (2016). *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3rd Edition. C.H.Beck.
32. Tuzmukhamedov, B. (2005). *The ICC and Russian Constitutional Problems*. Journal of International Criminal Justice, (3).
33. Fellmeth, A.X., Horwitz, M. (2011). *Guide to Latin in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
34. Fenrick, W. J. (1995). *Some International Law problems related to prosecution before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Duke Journal of Comparative & International Law, (6).
35. Horović, S. (2003). *Materijalnopravne odredbe Opšteg dijela Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda i njegova poređenje s odgovarajućim odredbama Opšteg dijela Kaznenog zakona Federacije BiH*. Mostar: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, (16).
36. Cassese, A. (1999). *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*. European Journal of International Law, vol. 10, (1).
37. Cassese, A., Jessberger, F., Cryer, R., De, U. (2016). *International Criminal Law*. Routledge.
38. Cogan, J. K. (2002). *International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects*. 27 Yale Journal of Int'l L.
39. Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., Wilmschurst, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University Press.
40. Ćorić V. et al. (2008). *Međunarodni sud pravde I - organizacija, postupak, slučajevi*. Beograd.
41. Wasmeier, M. *The principle of ne bis in idem*. International Review of Penal Law, sv. 77, 1-2.
42. Wasmeier, M. (2006). *The principle of ne bis in idem*. Rev. int. de droit pénal.
43. Weyembergh, A. (2004). *Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?*. Cahiers droit eur.
44. Šurlan, T. (2004). *Principle ne bis in idem in the Rome Statute*. Beograd: Nauka, bezbjednost, policija, (1).

**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**

**Vladimir M. Simović,
Prosecutor of the Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina
and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection
Independent University in Banja Luka**

BASIC CONCEPTS, SOURCES, AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Summary

Often you can hear that the international justice is underdeveloped or more importantly is not required as such but rather optional. In regards to this, it is implied that there is no centralized justice system in the international community and that countries could be subdued to jurisdiction of international court only if they explicitly agree to do so. However, nowadays ubiquitous progress of globalisation has as a result significant changes in all aspects of life including progress of international justice. Knowing that there are more and more international courts it can be concluded that their role is becoming more and more influential. This is quite understandable if we know that in more and more of main subject of international law also countries and international organisations as well as that there are some new subjects of international law.

*The Charter of the United Nations sets for each Member State obligations for unconditional cooperation in the implementation of decisions of the Security Council (Art. 25, 43 and 48 of the Charter). International legal obligation on cooperation is as *lex specialis* regulated in the Article 29 in Statute of the Tribunal. From a specific and limited purposes which that *ad hoc* court has come certain boundaries of its action i.e. it should avoid any action that could complicate or even endanger establishing or maintaining the peace and security in conflict region. Those boundaries of the Hague Tribunal require special judicial and prosecutorial self-limitation (*staatsanwaltli-**

che Selbstbeschränkung) based on avoiding any political activity. Similar to “judicial self-limitation” (richterliche Selbstbeschränkung) in relation to the policy area (judicial self-restraint), an obligation of Hague Tribunal to refrain itself from any politics practice (political self-restraint) is compared. This tribunal is in fact established as legal measure directed to achieve political goals (peace preservation). Tribunal as such sets on political mandate but should not use political but only procedural methods.

Key words: *International Criminal Law, International Criminal Court, the Hague tribunal, the UN, war crimes.*

SVRHA KAŽNJAVANJA

Doc. dr Darko Radulović*

***Apstrakt:** Sistem krivičnih sankcija predstavlja jedno od najvažnijih pitanja u oblasti krivičnog prava. Skoro da nije bilo reforme krivičnog prava a da se ona, manje ili više, nije doticala pitanja krivičnih sankcija. U okviru problematike krivičnih sankcija, jedno od najvažnijih pitanja jeste pitanje svrhe kažnjavanja kojoj je posvećen ovaj rad. U radu se govori o opravdanosti kazne i u vezi sa tim i svrsi kažnjavanja uopšte, uključujući i teorije o opravdanosti kazne i svrsi kažnjavanja koje su se u istorijskom razvoju krivičnog prava pojavile. Ukazuje se na značaj određivanja svrhe kazne u krivičnom zakonodavstvu. Centralno mjesto u radu zauzima izlaganje o svrsi kažnjavanja u svjetlu odredaba Krivičnog zakonika Crne Gore, koji, u principu, polazi od relativnih teorija o cilju kazne. Međutim, autor navodi i odredbe KZ koje ukazuju i na retributivni značaj kažnjavanja, što ukazuje na to da je krivično zakonodavstvo Crne Gore na putu mješovitih teorija o cilju kazne.*

***Ključne riječi:** Krivični zakonik, krivične sankcije, kazna, svrha i opravdanost kazne, odmjeravanje kazne.*

1.

U istorijskom razvoju krivičnog prava sistem krivičnih sankcija predstavlja njegov najdinamičniji dio. Skoro da nije bilo reforme krivičnog zakonodavstva ni na globalnom ni na nacionalnom planu, a da se ona nije doticala i sistema krivičnih sankcija. Kada se ovaj razvoj prati na globalnom planu i kroz društveni razvoj uopšte, moglo bi se reći da se dinamizam

* Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica.

krivičnih sankcija uglavnom ispoljava kroz njegove kvantitativne i kvalitativne strukturalne promjene.¹ Ove prve strukturalne promjene bile su svojstvene krivičnom zakonodavstvu do devetnaestog vijeka, pa i u devetnaestom vijeku, a vezane su za monistički sistem kazni, kada je jedna kazna zamjenjivana drugom (na primjer tjelesne kazne kaznom lišenja slobode). Do promjena u kvalitativnom smislu dolazi tek uvođenjem pluraliteta krivičnih sankcija – prvo, uvođenjem, pored kazni, mjera bezbjednosti, a kasnije i parapenalnih mjera (sudska opomena, uslovna osuda).

Često se u literaturi kaže da je istorija kazne istorija krivičnog prava, a istorija krivičnog prava, istorija kažnjavanja. Evolucija kazne se odvijala i nastavlja se u sadašnjosti u onim dijelovima njenog sadržaja koji se odnose na tri značajna segmenta: a) ko ima pravo da kažnjava, b) u čemu se sastoji zlo koje je sadržano u kazni i c) zašto se kazna i kažnjavanje primjenjuju, koji im je cilj i svrha.² Svako od ovih pitanja moglo bi da bude zasebna tema, a mi ćemo se u ovom radu baviti svrhom kažnjavanja za koju se, zasigurno, može reći da je u istorijskom razvoju kazne i kažnjavanja bila najpromjenljiviji i najdiskutabilniji segment kažnjavanja.

2.

U stanovištima i koncepcijama onih koji su se bavili kaznom i kažnjavanjem, počev od antičkih filozofa, pa do savremenih teoretičara, zajednička je samo konstatacija o nužnosti kazne, a po svim ostalim pitanjima, kao što su opravdanost, svrha kažnjavanja i slično, mišljenja su podijeljena. Kad je riječ o opravdanosti kazne, kojim pitanjem su se bavili ne samo teoretičari krivičnog prava, nego i filozofi, izdvajaju se dvije teorije – retributivistička i utilitaristička. Prema prvoj, opravdanje kazne nalazi se u retribuciji, tj. vraćanju zla učiniocu krivičnog djela, zbog zla koje je tim djelom nanio (lat. retribuo – nazad dati), a retribucija polazi od ideje srazmjernosti i ideje pravednosti.³ Ima mišljenja da se retribucija razlikuje od odmazde i pravedne osvete zbog toga što je retributivna kazna vezana za krivicu učinioca i druge okolnosti krivičnog djela, dok je odmazda vraćanje jednakog zla bez

¹ Dr Ljubiša Lazarević, *Individualizacija krivičnih sankcija i njeno mesto u politici suzbijanja kriminaliteta*, u Zborniku „Utvrđivanje činjeničnog stanja, izricanje i izvršenje krivičnih sankcija“, izd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1998, str. 134.

² Željko Horvatić i Petar Novoselec, *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 1999, str. 386.

³ Dr Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010, str. 153.

obzira na te okolnosti.⁴ Nasuprot ovoj teoriji, utilitaristička teorija opravdanje kazne nalazi u njenoj korisnosti (lat. utilitas, utiliter – korist, korisno) za sve članove društvene zajednice. Ona se primjenjuje ne samo radi toga što se griješilo, nego radi toga da se ne bi u budućnosti griješilo.

3.

U uskoj vezi sa pitanjem opravdanosti kazne jeste i pitanje svrhe kažnjavanja. U tom pogledu formirane su tri teorije o svrsi kažnjavanja: apsolutna, relativna i mješovita. Apsolutna teorija koja je inspirisana filozofskim učenjima Kanta i Hegela u uskoj vezi je sa retributivističkom teorijom o opravdanosti kazne, pa je po njoj svrha kazne vraćanje zla za učinjeno zlo. Kazna je sama sebi cilj bez obzira na to da li se nalazi u zahtjevu božanske, moralne ili zakonske pravde. Ona je rezultat kategoričnog imperativa koji nalaže beskompromisno vraćanje zla zbog ostvarenja apsolutne pravednosti. Jedina mjera kazne je objektivna težina učinjenog krivičnog djela, a krivično pravo je apstraktna konstrukcija koja poznaje samo delikt, a ne vodi računa o delinkvenciji⁵, što je isto kada bi ljekar rekao da ima samo bolesti, nema bolesnika.⁶ Relativne teorije o svrsi kažnjavanja, koje su u uskoj vezi sa utilitarističkim teorijama o opravdanosti kažnjavanja, polaze od toga da je svrha kažnjavanja sprečavanje krivičnih djela i prevencija. Kažnjava se ne samo zbog toga što je učinjeno krivično djelo, nego i radi toga da se ubuduće ne vrše krivična djela i kazne se propisuju da bi se svi upozorili i zastrašili, a primjenjuju da se dokaže ozbiljnost prijetnje i da se taj strah potkrijepi odlučnošću države da koristi krivičnopravnu prinudu, te da se učinilac krivičnog djela odvraća od daljeg kažnjivog ponašanja.⁷ S obzirom na to da li je prijetnja kaznom upućena svim potencijalnim učiniocima krivičnih djela ili konkretnom izvršiocu krivičnog djela, prevencija može da bude generalna i specijalna.

Mješovite teorije o svrsi kažnjavanja pokušavaju pomiriti suprotna stanovišta prethodno navedenih dviju teorija i ističu da je cilj kazne i retribucija i prevencija. Ostaje otvoreno pitanje kako kaznom kao sredstvom reakcije društva na kriminalitet postići ravnopravno ova dva cilja.

⁴ Željko Horvatić i Petar Novoselec, Op. cit., str. 389.

⁵ Dr Željko Horvatić, *Princip legaliteta i individualizacije kazne u jugoslovenskom krivičnom pravu prije i nakon donošenja novih krivičnih zakona*, JRKK br. 1/79, str. 26.

⁶ Stanko Frank, *Teorija kaznenog prava*, Zagreb, 1955, str. 208.

⁷ Dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, *Krivično pravo, Opšti dio*, Banja Luka, 2009, str. 363.

4.

U literaturi su različita mišljenja u pogledu zastupljenosti ovih teorija u savremenom krivičnom zakonodavstvu. Tako, po jednom mišljenju mješovite teorije o svrsi kažnjavanja u različitim varijantama su opšteprihvaćene u savremenom zakonodavstvu, a njihovi nedostaci nastoje se otkloniti uvođenjem alternativnih krivičnih sankcija.⁸ Na drugoj strani imamo stanovište da je naš zakonodavac prihvatio relativne teorije o svrsi kažnjavanja.⁹

5.

Savremena zakonodavstva se međusobno razlikuju po tome da li u zakonu izričito određuju svrhu kažnjavanja ili ne. Većina savremenih zakonodavstava ne sadrže izričitu odredbu o svrsi kažnjavanja, dok naše zakonodavstvo, kao i zakonodavstva na prostorima bivše SFRJ, sadrži izričitu odredbu o svrsi kažnjavanja polazeći od relativne teorije o svrsi kažnjavanja. Tako se u članu 32, a polazeći od opšte svrhe krivičnih sankcija istaknute u čl. 4 st. 2 KZ (da je opšta svrha pripisivanja i izricanja krivičnih sankcija suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom) navodi da je svrha kažnjavanja:

- 1) sprečavanje učinoca da čini krivična djela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela;
- 2) uticanje na druge da ne čine krivična djela;
- 3) izražavanje društvene osude za krivično djelo i obaveze poštovanja zakona;
- 4) jačanje morala i uticaj na razvijanje društvene odgovornosti.

Od kolikog je značaja svrha kažnjavanja kao strukturalni element kazne govori i činjenica što se u više članova Krivičnog zakonika (dalje KZ) pominje svrha kažnjavanja. Tako, u opštim pravilima o odmjeravanju kazne (čl. 42 st. 1) navodi se da će sud prilikom odmjeravanja kazne uzeti u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, ali će pri tome imati u vidu i svrhu kažnjavanja. Neki ističu da je karakteristika Krivičnog zakonika ta da za odmjeravanje kazne kao osnovni kriterijum treba da služi svrha kažnjavanja.¹⁰

⁸ Željko Horvatić i Petar Novoselec, Op. cit., str. 388; dr Miloš Babić i dr Ivanka Marković, Op. cit., str. 363.

⁹ Dr Zoran Stojanović, *Krivično pravo*, Podgorica, 2008, str. 270.

¹⁰ Dr Aleksandar Stajić, *Ublažavanje kazne i oslobođenje od kazne*, JRKK, br. 1-2/86, str. 151.

Isto tako, pri ocjeni da li će kod višestrukog povrata izreći strožu kaznu od propisane, sud će, između ostalog, imati u vidu i svrhu kažnjavanja (čl. 44 st. 3). Odlučujući o uslovnom otpustu, pored objektivnih i subjektivnih uslova čije se ispunjenje traži, sud će cijeniti i okolnosti koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja (čl. 37 st. 1). Nadalje, sud može učiniocu krivičnog djela ublažiti kaznu, između ostalog, ako utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti i pri tome ocijeni da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja (čl. 45 tač. 3). Sud može osloboditi od kazne učinioca krivičnog djela učinjenog iz nehata kad posljedice djela tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja (čl. 47 st. 2).

6.

Iz naprijed citirane odredbe čl. 32 KZ o svrsi kažnjavanja, koja je na liniji relativne teorije o svrsi kažnjavanja, proizilazi da je svrha kažnjavanja specijalna i generalna prevencija. Specijalna prevencija je dvostruko izražena: a) sprečavanje učinioca da čini krivična djela i b) uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela. Prvi način ostvarivanja specijalne prevencije ostvaruje se izvršenjem izrečene kazne zatvora, koja se ne postiže samo izolacijom osuđenog u kazneno-popravnoj ustanovi (jer i tamo može da izvrši krivično djelo, što se i dešavalo u praksi), nego podvrgavanjem određenom tretmanu, što je u funkcionalnoj vezi sa drugim aspektom specijalne prevencije – prevaspitanjem učinioca, koje ima za cilj izgradnju i učvršćivanje onih moralnih normi koje su prihvaćene u našem društvu i uticanjem da ubuduće ne vrši krivična djela.¹¹ Krivični zakonik Crne Gore baštini tradiciju jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva, pa i u domenu odredaba o svrsi kažnjavanja. U vezi s tim zanimljivo je propratiti evoluciju odredaba KZ o specijalnoj prevenciji od Krivičnog zakonika iz 1951, pa do KZ CG. Tako KZ od 1951. govori o popravljanju učinioca kao specijalno-preventivnoj svrsi kažnjavanja. Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine, umjesto popravljanja, govori o prevaspitanju učinioca kao specijalno-preventivnoj svrsi kažnjavanja. Da li se ovdje radi samo o terminološkoj ili pak suštinskoj razlici interesantno je samo sa teorijskog aspekta, a mislimo da sa praktičnog aspekta nije imalo nikakvog značaja. Pojam popravljanje znači učiniti sve da se učinilac krivičnog djela ponaša u skladu sa normativnim i vrednosnim

¹¹ Dr Ljubiša Lazarević i drugi, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Tivat, 2010, str. 112.

sistemom bez obzira na to da li je kod njega izgrađena svijest da to tako i treba. Kad je riječ o terminu prevaspitanje onda nije dovoljno da se učinilac djela ponaša u skladu sa normativnim i vrijednosnim sistemom, nego da koriguje svoj unutrašnji odnos prema društvenim normama i vrijednostima. Smisao ove terminološke promjene, ističe se u literaturi, ukazuje na težnju zakonodavca da obogati i produbi specijalno-preventivno dejstvo kazne daljim ciljevima koji zadiru u same uzroke kriminalnog ponašanja, tražeći promjenu ličnosti i ne zadovoljavajući se samo otklanjanjem negativnih manifestacija ličnosti bez njegove suštinske izmjene.¹² Drugi su na ovu promjenu reagovali pitanjem u kojoj mjeri ono vodi računa o realnim mogućnostima i nije li zahtjev za prevaspitanjem suviše ambiciozan da bi bar bio toliko ostvarljiv kao popravljjanje.¹³

Zakonodavac u Crnoj Gori u formulaciji specijalno-preventivne svrhe kažnjavanja izostavio je ove termine, i govori samo o uticaju na učinioca da ne vrši krivična djela, ne određujući sadržinu uticanja.

7.

Generalna prevencija takođe se ostvaruje na dva načina – prvi je, rekli bismo klasični, a to je uticanje na druge da ne čine krivična djela. Taj uticaj može da se manifestuje na različite načine, počev od propisivanja krivičnih djela i prijetnje zapriječenom kaznom za to krivično djelo i izricanjem kazne učiniocu što predstavlja upozorenje (opomenu) svim potencijalnim učiniocima da će u slučaju izvršenja krivičnog djela slično proći. Ovaj vid ostvarivanja generalne prevencije u literaturi se naziva negativna generalna prevencija.¹⁴ Drugi vid ostvarivanja generalne prevencije predviđen je u tački 3 i 4 čl. 32 KZ i za nju se u literaturi kaže da je to pozitivno-generalna prevencija.¹⁵ Njen smisao je da kod građana izrodi osjećaj društvene odgovornosti i društvenu osudu za učinjeno krivično djelo, odnosno učvršćivanje društvenih i moralnih normi čije usvajanje od strane građana predstavlja najveću branu vršenju krivičnih djela. Sličnu odredbu o ovom vidu generalne prevencije imalo je

¹² Dr Dragoljub Atanacković, „Realizacija svrhe krivičnih sankcija kroz izbor njihove vrste i mere“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 1985, str. 85.

¹³ Dr Željko Horvatić, *Izbor kazne u jugoslovenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi*, Zagreb, 1983, str. 164.

¹⁴ Dr Zoran Stojanović, „Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2, 1994, str. 221.

¹⁵ Dr Zoran Stojanović, *Komentar*, str. 154.

i krivično zakonodavstvo SFRJ, koja je unesena više iz ideoloških razloga nego što li je bilo na liniji pozitivne generalne prevencije.

8.

O značaju prevencije kao svrhe kažnjavanja govori Platon u svom djelu „Zakoni“, gdje jednostavno kaže da se razuman čovjek ne kažnjava radi toga što je griješio, nego radi toga da ne bi griješio. Ideja specijalne prevencije oživljava krajem devetnaestog i na samom početku dvadesetog vijeka pojavom sociološke škole krivičnog prava koja se, po svom glavnom osnivaču Francu fon Listu, naziva i njemačka sociološka škola. Po Listovom učenju, učinilac krivičnog djela se sprečava da u budućnosti vrši krivična djela prvo kažnjavanjem za učinjeno krivično djelo i njegovim zatvaranjem, a potom da se putem kažnjavanja popravi, odnosno resocijalizuje. Ideja resocijalizacije učinioca krivičnog djela dugo vremena bila je vladajuća i imala je velikog odjeka i u stručnoj javnosti i u zakonodavstvu, ali danas se osjeća izvjesna zasićenost tom idejom, pa i razočarenje u stvarne domete djelovanja na prestupnika i posljednjih godina se u kriminalnoj politici na uporednom planu čak uočava povratak idejama odmazde i generalne prevencije.¹⁶

Resocijalizacija kao izraz specijalne prevencije u svom fundamentalnom značenju podrazumijeva mijenjanje ličnosti i uslova života učinioca na takav način da učinilac više ne želi niti ima potrebe da vrši krivična djela.¹⁷ Ali se odmah postavlja pitanje kako to postići imajući u vidu da ustanove za smještaj i čuvanje lica lišenih slobode po svojoj prirodi predstavljaju negaciju društvenog života, zbog čega je nerealno očekivati da one istovremeno budu efikasan instrument društvene adaptacije.¹⁸

S druge strane, naglašavajući samo ili pretežno ličnost učinioca i prilagođavanjem tretmana njegovoj ličnosti radi resocijalizacije, zanemaruje se ono što je povod tom tretmanu, a to je krivično djelo i krivica učinioca. Da bi se proces resocijalizacije završio onda je za to potrebno određeno vrijeme i to se u momentu izricanja, odnosno odmjeravanja kazne ne može predvidjeti. Zato je i osnovni problem ideje specijalne prevencije kako uskladiti dužinu

¹⁶ Dr Igor Vuković, *Svrha kažnjavanja kao kriterijum odmjeravanja kazne*, edicija „Kaznena reakcija u Srbiji IV deo“, ur. dr Đorđe Ignjatović, Beograd, 2014, str. 154.

¹⁷ Nikola Srzentić, *Shvatanje o resocijalizaciji u savremenoj kriminalnoj politici*, Zbornik radova u stranom i uporednom pravu, 1981, sveska 6, str. 283.

¹⁸ Dr Snežana Soković, *Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta – očekivanja i realni dometi*, RKK, br. 2, 2007, str. 151.

kazne lišenja slobode i vrijeme potrebno za resocijalizaciju, jer se može desiti da je isteklo vrijeme na koje je kazna lišenja slobode bila određena, a da proces resocijalizacije još nije završen, i obrnuto. Neki rješenje ovog problema vide u određenom eklekticismu – s jedne strane, u racionalnoj i sistematičnoj procjeni svake pojedine ideje resocijalizacije u pogledu uređenja pojedinih krivičnopравnih mjera uz ograničenje u smislu unošenja elemenata pravičnosti u njihovo uređenje, i s druge strane, u neprihvatanju resocijalizacije kao osnovne kriminalno-političke platforme.¹⁹

9.

Generalnoj prevenciji kao cilju kažnjavanja svakako se ne može poreći značaj. Uostalom, ideja generalne prevencije poznata je već od Platona, a u nauci krivičnog prava predstavljena je kroz stavove Bekarije, Bentama i Fojerbaha. U različitim periodima u istorijskom razvoju krivičnog prava, zauzimala je različito mjesto i imala je različitu sadržinu. Kod Fojerbaha se ona zasniva na psihološkoj prinudi, jer se razlog činjenja krivičnih djela nalazi u čovjekovoj čulnoj prirodi i nastojanju da u sredini u kojoj živi nađe određena zadovoljstva, pa da bi se taj čulni podsticaj i potisnuo ili ublažio, nužno je da zločin bude kažnjen visokom kaznom, odnosno zlom koje će biti veće od koristi koju mu donosi krivično djelo. Ovo učenje ni danas ne gubi na značaju jer u određenom krugu populacije kod opredjeljenja za vršenje krivičnih djela „vaga“ se kakva šteta, a kakva korist od krivičnog djela može da bude, pa se kalkuliše između dobra koje će ostvariti izvršenjem krivičnog djela i kazne koja mu prijete i koja će eventualno biti primijenjena na njega za to krivično djelo. Generalna prevencija, iako dugo prisutna i u krivičnopравnoj teoriji i sve naglašenija u zakonodavstvu, i danas je, kada izgleda da je sve jasno i uvjerljivo, dosta sporna. Njenu sadržinu danas više ne čini samo zastrašivanje potencijalnih učinilaca krivičnih djela, nego se značaj generalne prevencije (tzv. pozitivne generalne prevencije) ogleda u podsticanju jačanja morala i uticaju na izgradnju društvene odgovornosti. Ali, postavlja se pitanje koliko je kazna pogodno sredstvo da razvija pozitivna moralna shvatanja o društvu. Svakako, određeni uticaj kazne na društveni moral postoji, počev od toga da neprimjenjivanje kazne prema učiniocu krivičnog djela može doprinijeti razvijanju opšte negativne moralne klime u društvu, pa do toga da je već

¹⁹ Dr Milanka Vešović, „Svrha kažnjavanja i sistem krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Pravna misao*, br. 5-6, 1987, str. 20.

oslabljeni društveni moral doprinio da se kazna ne primjenjuje, pa je teško reći što je uzrok, a šta posljedica.²⁰

Ostvarenje svrhe kažnjavanja nije moguće ukoliko se praksa gonjenja i kažnjavanja za učinjena krivična djela ne postavi na takve osnove da svi učinioci krivičnih djela budu procesuirani i da im se izrekne kazna srazmjerna težini učinjenog djela, odnosno da se pri izricanju kazne u svakom konkretnom slučaju polazi od svrhe koja tom kaznom treba da se ostvari i na individualnom i opštem planu. Ima slučajeve da moralna osuda često nadjačava kaznu u pogledu svrhe kažnjavanja, jer nekad odnos okoline prema učiniocu krivičnog djela i njegovoj porodici ima odlučujući uticaj na izvršenje određenih krivičnih djela, što opet zavisi kako ta sredina sa stanovišta časti i ugleda to djelo smatra nedopuštenim. Međutim, mi ne možemo krivičnopravnu zaštitu društva od kriminala dovoditi u vezu sa elementima morala, u naprijed navedenom smislu, odnosno prirodnog prava, s obzirom na to da pravni poredak pretpostavlja odgovarajuće ponašanje u skladu sa propisima, a druga ponašanja nisu sankcionisana i ona predstavljaju moralna, odnosno običajna, ili prirodnopravna pravila, koja u okviru razmatranja problematike izvršenja krivičnih djela ne mogu da se uzimaju u obzir kao relevantna, kako u pogledu individualne, tako i generalne prevencije.²¹

10.

Da li kazna ima i u kolikoj mjeri generalnopreventivno dejstvo teško je sa sigurnošću reći jer o tome nisu vršena istraživanja. Veliki broj povratnika čak u dobroj mjeri dovodi u sumnju i specijalno-preventivno dejstvo kazne. Osnovne karakteristike kazne značajne za generalno preventivno djelovanje, odnosno za tzv. pozitivnu generalnu prevenciju su strogost, izvjesnost i blagovremenost. O uticaju u zakonu propisanih strogih kazni na potencijalne učinioce još je Foerbah govorio. Strogost, odnosno težina krivične sankcije treba da obezbijedi negativan hedonistički kalkulus, izvjesnost krivičnog sankcionisanja ukazuje na efikasan sistem koji je sposoban da primijeni sve ono čime prijeti prestupnicima, dok brzina sankcionisanja u svijesti potencijalnih prestupnika povezuje krivično djelo i kaznu i onemogućava da se odgovornost izvršioca relativizuje protekom vremena.²²

²⁰ Dr Zoran Stojanović, *Generalna prevencija...*, str. 222.

²¹ Dr Zoran Stojanović, *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Savremena administracija, Beograd, 1987, str. 21.

²² Dr Snežana Soković, Op. cit., str. 47.

Od svih ovih karakteristika kazne značajnih za pozitivnu generalnu prevenciju najznačajnija je izvjesnost njenog izvršenja jer zakon koji se ne primjenjuje bez obzira na svoju strogost, ne može da ima generalno preventivno dejstvo.

Da podsjetimo, još je Bekaria polovinom osamnaestog vijeka tvrdio da jedan od najboljih načina da se spriječi zločin nije strogost, nego kazni njena neizbježnost.

11.

U članu 32 KZ kao svrha kažnjavanja pominje se specijalna i generalna prevencija sa različitim modalitetima ispoljavanja. Nigdje se kao cilj kažnjavanja ne pominje retribucija. Međutim, iz niza drugih odredaba KZ može se zaključiti da se kao svrha kažnjavanja javlja i retribucija. Uostalom, kazna po svojoj prirodi predstavlja retribuciju. U opštim pravilima o odmjeravanju kazne (čl. 42) imajući u vidu svrhu kažnjavanja na prvom mjestu se navodi stepen krivice, pa se ona u krivičnom zakonodavstvu javlja u dvostrukoj ulozi – kao element bića krivičnog djela i kao okolnost od značaja za odmjeravanje kazne, s tim što se kao okolnost od značaja za odmjeravanje kazne može stepenovati. Isto tako, u posebnom dijelu KZ kod inkriminisanja pojedinih krivičnih djela težina posljedice igra dominantnu ulogu kod propisivanja vrste i visine kazne, a što je krivično djelo teže kazneni rasponi su veći. Činjenica da se kod ublažavanja kazne ne može ići ispod određenih granica, bez obzira na to što bi i ublaženom kaznom možda bila ostvarena specijalna prevencija, govori o retributivnosti kazne. Slično imamo i kod uslovnog otpusta (čl. 37) gdje se traži da osuđeni mora da izdrži dvije trećine, a izuzetno polovinu kazne da bi mogao da bude uslovno otpušten, bez obzira na to što je na specijalno-preventivnom planu ostvarena svrha kažnjavanja. Imajući sve ovo u vidu, kao i još neke odredbe KZ koje ovdje nijesmo citirali, dijelimo mišljenje onih teoretičara koji smatraju da se naše krivično zakonodavstvo u pogledu svrhe kažnjavanja može smjestiti u okrilje mješovitih teorija o svrsi kažnjavanja,²³ bez obzira na to što u našoj literaturi dominira stanovište da je u našem zakonodavstvu prihvaćena relativna teorija o svrsi kažnjavanja.²⁴ Istina, i ovi drugi smatraju da bi i retribucija bila svrha kažnjavanja, ali ne ni

²³ Dr Igor Vuković, Op. cit., str. 157.

²⁴ Dr Ljubiša Lazarević i drugi, Op. cit., str. 112, dr Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010, str. 154.

ravnopravna, a kamoli dominantna u odnosu na prevenciju, jedino u slučaju ako bi se njen sadržaj odredio kroz princip pravednosti i princip srazmjernosti koji se u krivičnom pravu moraju uvažavati.²⁵ Međutim, ne treba retribuciju u savremenom pravu izjednačavati sa odmazdom. Retribucija koja je u sadržajnom pogledu usaglašena sa opšteprihvaćenim standardima o ljudskim pravima, s načelom legaliteta, srazmjernosti i pravednosti kazne može predstavljati i prednost koja svojim univerzalnim i globalnim značenjem povezuje prošlost i sadašnjost, kao konstantu postojanja ljudskih zajednica, kojom se ne odriče svoje tradicije upodobljene novim spoznajama.²⁶

12.

Ako kazna sadrži tri komponente: specijalnu prevenciju, generalnu prevenciju i retribuciju (koja nije odmazda, ali je, kako smo naprijed konstatovali, njen nužni sadržaj), onda se postavlja pitanje kako odmjeriti kaznu učiniocu krivičnog djela, a da svi ovi sadržaji budu zastupljeni. Pitanje je vrlo teško, pa nije čudo što ono kotira kao najteže pitanje kriminalne politike, čime je pred sudiju dat težak zadatak. Teško je naći mjeru kazne koja će udovoljiti svim ovim zahtjevima. Ako kaznu odmjeravamo prema krivici učinioca i potrebama retribucije, onda se pri izboru mjere kazne mora rukovoditi načelom pravičnosti kazne i njenom generalno preventivnom dejstvu, manje vodeći računa kako otkloniti sklonost učinioca ka vršenju krivičnih djela. Na drugoj strani, ako imamo u vidu specijalno-preventivno dejstvo kazne, onda u njenom izboru moramo imati u vidu ispoljene sklonosti učinioca krivičnog djela za daljim vršenjem krivičnih djela. U tom slučaju visinu kazne zatvora treba upodobiti prognozi o potrebnom vremenu za sprovođenje tretmana radi otklanjanja sklonosti ka vršenju krivičnih djela. To odmah povlači pitanje da li je sud u mogućnosti da u trenutku odmjeravanja kazne procijeni koliki je taj vremenski period u okviru kojeg bi se odgovarajućim tretmanom otklonile sklonosti učinioca krivičnog djela za daljim vršenjem krivičnih djela. Da li sud na osnovu nekoliko kontakata sa učiniocem krivičnog djela u toku suđenja može da sagleda sve okolnosti vezane za ličnost učinioca na osnovu kojih bi mogao „prognozirati“ ponašanje učinioca krivičnog djela, pogotovo ako imamo u vidu da sudija i nema odgovarajuća stručna znanja za takve ekspertize. Jedan od zadataka istrage jeste i prikupljanje podataka o ličnosti,

²⁵ Dr Zoran Stojanović, *Komentar...*, str. 155.

²⁶ Željko Horvatić i Petar Novoselec, *Op. cit.*, str. 395.

što u tužilačkom konceptu istrage vrši državni tužilac, pa se postavlja pitanje značaja tih podataka, ako se oni zaista prikupljaju. U literaturi vlada mišljenje da je upoznavanje ličnosti prvenstveno u službi individualizacije krivične sankcije,²⁷ a pošto te podatke pribavlja državni tužilac, može se postaviti pitanje koliko sudeći sudija ili vijeće utvrđuje stanje ličnosti okrivljenog neposredno, odnosno koliko je utvrđivanje takvog stanja više prihvatanje tuđeg mišljenja. Ako se uopšte u praksi sudova cijeni ovakvo stanje ličnosti, onda se ono svodi na prihvatanje tuđeg mišljenja o ličnosti, a ne vlastita spoznaja suda na osnovu neposredne opservacije.

Ako odmjerenom kaznom nije moguće istovremeno i jednako postići i specijalnu i generalnu prevenciju i retribuciju, onda se kao sporno pitanje pojavljuje kojem od ovih elemenata kazne treba dati primat. Po jednom mišljenju, dužina kazne zatvora ne bi trebalo da bude veća od one koja bi kao pravedna proizilazila iz prekora koji učinilac zaslužuje, pa kazna mora biti limitirana „masom krivnje“.²⁸

Drugi ističu da sud prilikom odmjeravanja kazne treba da vodi računa da kazna koju će izreći treba da postigne generalnu prevenciju, jer se u kasnijoj fazi ostvarivanja svrhe kažnjavanja generalnoj prevenciji daje manji značaj.²⁹ Ima i onih koji kažu da je prevencija kao svrha kažnjavanja već dva vijeka stavljena deklarativno na prvo mjesto u teorijskim raspravama, a da je u praksi završila na posljednjem, jer praksa ne može da nosi breme akademskih deklaracija o prevenciji.³⁰

Na kraju ovih teorijskih rasprava o svrsi kažnjavanja da zaključimo da određivanje svrhe kažnjavanja ima višestruki značaj. Odredbe KZ o svrsi kažnjavanja opredjeljuju suštinu i pravac kaznene politike. Svrha kažnjavanja treba da prožima krivično zakonodavstvo u propisivanju kazne i pravosuđe u njihovom izricanju. Svrha kažnjavanja se dalje ostvaruje u fazi izvršenja kazne, što je od naročitog značaja za izvršenje kazne zatvora, gdje u kaznenopopravnim ustanovama treba sačiniti i sprovesti program koji će doprinijeti da se osuđenik po izlasku iz ustanove pripremi za povratak u društvenu zajednicu i sredinu u kojoj je živio i radio.

²⁷ Dr Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2009, str. 341.

²⁸ Dr Franjo Bačić, „Neki praktični aspekti sudskog odmjeravanja kazne“, *Naša zakonitost*, br. 9, 1982, str. 43.

²⁹ Dušan Maričić, *Svrha krivičnih sankcija – njena kriminalno politička platforma i realizacija u sudskoj praksi*, Zbornik „Realne mogućnosti krivičnog zakonodavstva u suzbijanju kriminaliteta“, Beograd, 1997, str. 83.

³⁰ Dr Vladimir Krivokapić, *Osnovni oblici reagovanja na kriminalitet sa osvrtom na aktivnost organa unutrašnjih poslova*, JRKK br. 2, 1980, str. 172.

Darko Radulovic, Ph.D
Faculty of Law in Podgorica (University of Montenegro)

PURPOSE OF PUNISHMENT

Summary

The system of criminal sanctions is one of the most important issues in the area of criminal law. There is hardly any reform of criminal law that is not more or less influenced by the issues of criminal sanctions. In the context of the problem of criminal sanctions, one of the most important issues is the question of the purpose of punishment which this work is dedicated to. The work is about the justification of punishment, and in this regard the purpose of punishment in general, including the theory of justification and purpose of punishment that occurred in the historical development of criminal law.

The importance of determining the purposes of punishment in criminal legislation. The central place in the work occupies a presentation on the purpose of punishment in the light of the provisions of the Criminal Code of Montenegro, which, basically is based on the theory of relative order of the sentence. However, the author states the provisions of the Penal Code that indicate the retributive character of punishment, which indicates that the criminal legislation of Montenegro on their way to the mixed theory of the purpose of punishment.

Key words: *Criminal Code, criminal sanctions, punishment, purpose and justification of punishment, sentencing.*

UPOZORAVAJUĆE SANKCIJE

Doc. dr Miodrag Bukarica*

***Apstrakt:** Autor u radu ukazuje na razloge za uspostavljanje instituta uslovne osude, osobine krivičnih djela i uslove za izricanje uslovne osude protiv pravnih lica koji su propisani u međunarodnim dokumentima i uporednim zakonodavstvima zemalja koje su u osnovi slične zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini po tome što su prihvatile francusko-belgijski model uslovne osude. Upoređuje različita rješenja, ukazuje na manjkavosti i nedostatke rješenja iz zakonodavstava u Bosni i Hercegovini, pa čak i na neprimjenjivost nekih od njih. Daje tabelarni pregled uslova za izricanje uslovne osude pravnih lica iz zakonodavstava novonastalih Balkanskih država (uključujući i Bosnu i Hercegovinu), odnosno država čija zakonodavna rješenja su nastala na osnovima nekadašnjeg jedinstvenog pravnog sistema zajedničke države. Na kraju, autor sumira nedostatke rješenja de lege lata i predlaže izmjene de lege ferenda.*

***Gljučne riječi:** fizička i pravna lica, razlike, težina krivičnog djela, gornja granica novčane kazne, opoziv, sticaj, neprimjenjive zakonske odredbe.*

Uvodni dio

Upozoravajuće sankcije su po svom porijeklu i specifičnostima angloameričke. Javljaju se u dva oblika, kao probacija koja znači odlaganje izricanja kazne, ili kao osuda sa odlaganjem izvršenja već izrečene kazne. U Evropskom kontinentalnom zakonodavstvu preovladava osuda sa odlaganjem izvršenja kazne (tzv. francusko-belgijski model uslovne osude).

* Tužilac Okružnog tužilaštva Banja Luka.

Danas je u svijetu opšteprihvaćen stav da je glavna svrha uslovne osude izbjegavanje primjene kazne za krivična djela koja su manje opasna i kad izricanje bezuslovne kazne nije nužno radi krivičnopravne zaštite.¹ Iako se uslovno odlaganje izvršenja kazni, najčešće kazne zatvora ili novčane kazne, tradicionalno vezuje za fizička lica, u novijoj pravnoj teoriji nije sporan stav kako je u određenim slučajevima kriminalno-politički opravdano da se odloži izvršenje utvrđene ili izrečene novčane kazne i prema pravnim licima.

Uslovna osuda kod fizičkih lica najčešće se izriče uz kaznu zatvora ili uz novčanu kaznu, dok se kod pravnih lica izriče isključivo uz novčanu kaznu. Teoretičari ističu da je inspirisana specijalnom prevencijom, strogo je individualna i stoga je za njenu pravilnu primjenu od bitnog značaja ocjena ličnosti učinioca.² Postoje i stavovi da njena primjena nije opravdana, jer teži izbjegavanju kažnjavanja, dok uz novčanu kaznu ne sadrži dovoljno snage da odvрати učinioca od vršenja novih krivičnih djela.³

U pogledu dejstva uslovne osude, često se ističe kako uslovna osuda fizičkog i pravnog lica ne proizvode ista dejstva. Između ostalih, nije bez argumenata stav da uslovna osuda van sistema individualne odgovornosti bitno mijenja svoj karakter i domašaj, te da se kod pravnih lica javljaju ozbiljne sumnje u ostvarivanje njene svrhe.⁴ Nasuprot prethodnom, autor smatra da je upravo uslovno odlaganje izvršenja novčane kazne prema pravnim licima (kazna zatvora neprimjenjiva na pravna lica) opravdano iz više razloga. Naime, karakteristike pravnog lica sužavaju mogućnost šireg izbora kazni (sankcija), pa u tako ograničenom opsegu sankcija ne postoji blaža alternativa za bezuslovnu novčanu kaznu. Uz to valja istaći kako i tada objektivno postoje različite mogućnosti da se ograniči primjena uslovne osude na blaža krivična djela, pri čemu sud ima diskreciono pravo da u svakom pojedinačnom slučaju ocijeni da li je nužna primjena ovog instituta. Opravdana je i stoga što su pravila o opozivu projektovana tako da izvršenje kazne iz uslovne osude u budućnosti zavisi isključivo od osuđenog, pa tako ona djeluje opominjuće i ostvaruje svoju preventivnu svrhu. Konačno, dostupni podaci iz sudske prakse pokazuju nam da se uslovna osuda najčešće izriče upravo prema pravnim licima.⁵

¹ Pradel, Ž. (2009), *Komparativno krivično pravo*. Preveo sa francuskog Obrad Perić, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu (naslov originala *Droit pénal comparé*, 2008, Paris), str. 64.

² Bačić, F., Bavcon, Lj., Đorđević, M., Kraus, B., Lazarević, Lj., Lutovac, Z., Srzentić, N. i Stajić, A. (1986): *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, treće izdanje, Beograd: Savremena administracija., str. 247.

³ Ibid., str. 245.

⁴ Stojanović, Z. (2007), *Krivično pravo, Opšti deo*, četrnaesto izdanje, Beograd, Pravna knjiga, str. 197.

⁵ Podaci statističkih zavoda zemalja pokazuju da je uslovna osuda u sudskoj praksi novonastalih

Dakle, iz prethodno navedenog nedvosmisleno proizilazi da se fizička i pravna lica kao učinioci krivičnih djela razlikuju se u mnogim suštinskim osobinama. Stoga svaki zakonodavac prilikom koncipiranja sistema krivičnih sankcija, treba imati u vidu da ova razlika utiče na izbor vrste i osobina svake pojedinačne sankcije unutar sistema, a s tim u vezi, i na određivanje svrhe koja treba biti ostvarena izricanjem svake pojedinačne sankcije.

U krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske i drugim krivičnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini, uslovna osuda nalazi se u sistemu krivičnih sankcija. Prema fizičkim licima može se izreći ukoliko je utvrđena kazna zatvora do dvije godine, dok se pravnim licima izriče umjesto bezuslovne novčane kazne. I zakonski okviri za odmjeravanje novčane kazne se razlikuju, jer su kod pravnih lica višestruko veći i minimum i maksimum novčane kazne, a propisana je veća gornja granica novčane kazne čije se izvršenje može odložiti odnosno usloviti. Osim navedenih, nisu propisani nikakvi drugi posebni uslovi niti pravila, pa se na pravna lica supsidijarno primjenjuju odredbe opšteg dijela KZRS o uslovima za izricanje uslovne osude, opozivu i druge. Pošto su odredbe opšteg dijela KZRS prvobitno (u vrijeme kada pravna lica nisu mogla odgovarati za krivična djela) projektovane radi primjene na fizička lica, može se postaviti pitanje da li su one u svim slučajevima supsidijarne primjene, jednako primjenjive i na pravna lica. U traženju odgovora na ovo pitanje, krenućemo od međunarodnih izvora.

Međunarodni dokumenti

Uslovna osuda je najblaža sankcija, pa kako međunarodni dokumenti uglavnom imaju za predmet teža krivična djela i sankcije za djela na koja se konkretni dokument odnosi, uslovna osuda se tek sporadično pominje kao jedna od sankcija koje su primjenjive na pravna lica. Tako Preporuka broj R (88) 18⁶ ne sadrži detaljnija pravila o uslovnim sankcijama za pravna lica, ali

balkanskih država najviše zastupljena sankcija. U Crnoj Gori izriče su u 40% slučajeva, u Hrvatskoj 60%, u Srbiji 59,2%. Prema podacima Statističkog zavoda Slovenije za vremenski period do 2009. godine, uslovna osuda najčešće je izricana sankcija za pravna lica, pa je izrečena u čak 71% pravosnažnih presuda. Detaljniji pregled slijedi u nastavku teksta.

⁶ Preporuka No. R (88) 18 Ministarskog komiteta Vijeća Evrope državama članicama o odgovornosti preduzeća koja imaju status pravnih lica za krivična djela učinjena u vršenju njihove djelatnosti (Council of Europe, Committee of Ministers: Recommendation concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities) od 20.10.1988. godine, dostupno na internet adresi: <http://www.google.ba/#q=Council+of+Europe,+Committee+of+Ministers:+Recommendation+concerning+liability+of+enterprises+having+legal+personality+for+offences+comited+in>

u članu 7 stav 2 pod naslovom Sankcije sadrži široku listu sankcija, među kojima se, uz безусловne, preporučuje i uvođenje uslovnih sankcija.

Uporedno zakonodavstvo

U francuskom krivičnom zakonodavstvu se prema pravnim licima primjenjuje tzv. francusko-belgijski model uslovne osude, koji se sastoji u odlaganju već izrečene kazne. Pošto je francuski sistem krivičnih sankcija monistički, uslovna osuda tretira se kao kazna. Standardna uslovna osuda može se izreći pravnom licu koje, u vremenskom periodu najmanje pet godina prije izvršenja krivičnog djela za koje se sudi, nije bilo osuđeno za prekršaj ili krivično djelo (felony) na novčanu kaznu veću od 60.000 EUR (član 132-30 stav 2). Tako se prema pravnom licu, za vremenski period do pet godina, može odložiti izvršenje kazni: zabrana obavljanja jedne ili više djelatnosti, trajna ili ograničena zabrana učešća na javnim tenderima, zabrana izdavanja čekova, te zabrana korištenja platnih kartica. U norveškom zakonodavstvu je propisano pravilo da se može odložiti izricanje ili izvršenje kazne; odlaganje izvršenja može se odnositi samo na kaznu zatvora ili novčanu kaznu (član 52 stav 1). Period provjeravanja uobičajeno traje dvije godine, ali ukoliko osuđeni u vremenu provjeravanja učini novo krivično djelo pa se ispune uslovi za povećanje visine kazne, tada se vrijeme provjeravanja može produžiti na vremenski period do pet godina (član 53 stav 1). Uslovi za izricanje nisu se izmijenili ni nakon donošenja novog kaznenog zakonika.⁷

Zakonodavstva novonastalih balkanskih država

Analiza predmetnih zakonodavstava navodi nas na zaključak da su zakonodavci prilikom projektovanja uslova za izricanje uslovne osude prihvatili stav da kriminalno-političko opravdanje za odlaganje izvršenja novčane kazne prema pravnom licu može postojati samo u slučajevima izvršenja relativno blažih krivičnih djela, tj. kada svrha izricanja kazne može biti ostvarena upozorenjem, bez neposredne primjene kazne. U skladu sa tom teoretskom osnovom određene su formalne pretpostavke za izricanje uslovne osude.

+the+exercise+of+their+activities, sadržaj preuzet 26.12.2012. godine.

⁷ Jacobsen, J. and Sanevik, J. H. (2015), „An Outline of the New Norwegian Criminal Code“, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 3, Issue 2, pg. 176.

U pravilu, sud izriče uslovnu osudu kada su za njeno izricanje ispunjeni zakonom propisani uslovi (formalne pretpostavke), te ako ocijeni da učinilac ubuduće neće činiti nova krivična djela i da zbog toga svrha izricanja kazne može biti ostvarena upozorenjem bez primjene kazne (materijalne pretpostavke za izricanje uslovne osude).

Najvažniju formalnu pretpostavku u većini zakonodavstava novonastalih balkanskih država predstavlja maksimum utvrđene novčane kazne, dok dva zakonodavstva postavljaju dodatna ograničenja, koja mogućnost izricanja uslovne osude vezuju isključivo uz blaža krivična djela. Uz to, treba istaći da pojedina zakonodavstva propisuju specifične sankcije i posebna, samo tim zakonodavstvima svojstvena, pravila. Pojedini segmenti zakonodavstva svake države sadrže dobre osobine, ali i određene slabosti.

Najdetaljnija posebna pravila o izricanju uslovne osude propisana su u Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Crne Gore.⁸ Uslovna osuda izriče se kada je utvrđena novčana kazna do 100.000 EUR, dok se rok provjeravanja kreće u rasponu od jedne do tri godine (član 24). Uz to, mogu se odrediti dodatni uslovi koji se vezuju uz vraćanje imovinske koristi, naknadu štete ili ispunjenje neke druge obaveze predviđene u odredbama krivičnog zakona,⁹dok rok za ispunjenje obaveza ne može biti duži od roka provjeravanja.

Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske¹⁰ propisuje samo formalne pretpostavke za izricanje uslovne osude, dok su materijalne pretpostavke i drugi uslovi za izricanje uslovne osude propisani u Kaznenom zakonu.¹¹Važno je takođe ukazati da se uslovna osuda nalazila u sistemu krivičnih sankcija sve izmjena i dopuna Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 2011. godine,¹²ali nakon toga se smatra modifikacijom kazne i ne nalazi se

⁸ Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore, „Službeni list Republike Crne Gore” broj 02/07, 13/07 i 30/12.

⁹ Pod ovim pojmom podrazumijevaju se tri grupe obaveza. Prve su opšte i fakultativne, koje se mogu izreći uz svaku uslovnu osudu: povrat imovinske koristi pribavljene izvršenjem krivičnog djela i naknada štete nastale izvršenjem krivičnog djela, u drugu grupu spadaju obaveze koje se određuju uz izrečene mjere bezbjednosti, a treću grupu čine obaveze koje mogu biti nametnute uz uslovnu osudu povodom izvršenja krivičnog djela, npr. kod krivičnog djela zagađenja čovjekove okoline, kada mu se može odrediti obaveza da preduzme određene mjere za zaštitu, čuvanje i unapređenje životne sredine; detaljnije u Lazarević et al., str. 69.

¹⁰ Narodne novine broj 151/03, 110/07, 45/11, 143/12.

¹¹ Đurđević, Z. (2005), *Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za kaznena djela*, Zagreb, Narodne novine, str. 78.

¹² Narodne novine broj 125/2011.

u sistemu krivičnih sankcija.¹³ Може се изрећи правном лицу када су кумулативно испуњени услови да изречена новчана казна не прелази износ 50.000 HRK и да запријећена казна затвора не прелази три године (члан 13 став 2). Рок провјеравања траје од једне до три године. У теорији су подијелјени ставови о супсидијарној примјени одредба општег дијела Казненог закона о условној осуди према правном лицу, те једни заузимају став да правном лицу уз условну осуду могу бити наметнуте и допунске обавезе, а други да је такав став потпуно погрешан.¹⁴

Кривичен законик на Република Македонија¹⁵ прописује сасвим атипично рјешење. Првобитно се преčiшћеним текстом Законика из 2004. године условно одлагање извршења казне односило само на новчану казну и забрану вршења одређене дјелатности као главне казне (члан 96 г). Условно одлагање извршења ових казни било је могуће ако је за предметно кривично дјело прописана новчана казна или казна затвора до три године, те ако је правно лице код суда депоновоало пуни износ изрећене новчане казне и дало гаранције да у времену провјеравања неће учинити ново кривично дјело. Вријеме провјеравања кретало се у распону од једне до три године. Након измјена и допуна Законика из 2009. године новчана казна постала је главна казна, казне привремене и трајне забране вршења одређене дјелатности и престанка правног лица постале су споредне казне, уведене су четири нове врсте забрана и једно одузимање (дозвола, лиценци, концесија, овласти и других права утврђених посебним законом), а све су уврштене у споредне казне (члан 96 б). Могућност за изрицање условне осуде проширена је на све споредне казне које се састоје у забрани или одузимању дозвола, лиценци, концесија, овлашћења или других права која су прописана посебним законом (члан 96 ј став 1). Уведен је посебан рок за давање обезбјеђења извршења новчане казне. Овај рок је преklузивни, па неblаговремено давање обезбјеђења доводи до опозива условне осуде (став 2).

¹³ Derenčinović, D. i Novosel, D. (2012), „Закон о одговорности правних особа за казнена дјела – пролазне дјеље болести или (не)рјешива квадратура круга“, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, број 2 (vol. 19), Загреб, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, стр. 589.

¹⁴ Овдје се ради о различитим тумачењима супсидијарне примјене законске одредбе која прописује могућност наметања допунских обавеза. Док једна група теоретичара сматра да се правним лицима могу наметнути допунске обавезе иако таква могућност није изричито прописана законом, други указују како је законом прописано да се допунске обавезе могу изрицати само уз казну и да је стога недопуштено екстензивно тумачење према којем би то било могуће уз условну осуду, која није казна. Детаљније у Ђурђевић, стр. 80.

¹⁵ Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (пречистен текст), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15).

Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije iz 2012. godine¹⁶ propisuje uslov da je pravnom licu izrečena novčana kazna do 500.000 EUR (član 17), dok se rok provjeravanja kreće u rasponu od jedne do pet godina. Nove mogućnosti za izricanje uslovne osude donijele su izmjene i dopune Kaznenskog zakonika Republike Slovenije iz 2011. godine,¹⁷ čije odredbe se supsidijarno primjenjuju na pravna lica. Tako, ukoliko je u optužnici predloženo izricanje uslovne osude, a optuženi prilikom izjašnjenja o krivici samoinicijativno ili u dogovoru sa tužiocem prizna krivicu, sud je ovlašćen da mu za djela sa zakonskim minimumom od pet godina izrečne kaznu zatvora do pet godina i odgodi njeno izvršenje sa rokom provjeravanja do deset godina (član 58 stav 5 KZ Republike Slovenije). Međutim, pošto upućujuća odredba člana 23 Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije propisuje da se supsidijarno primjenjuju odredbe opšteg dijela Kaznenskog zakonika Republike Slovenije, a uslovna osuda može biti izrečena uz kaznu zatvora, mišljenja teoretičara o mogućnosti njene primjene na pravna lica su podijeljena.¹⁸ U junu 2016. godine se najavljuje predlog izmjena i dopuna Zakona, ali je jasno da neće biti novina u vezi sa uslovnom osudom.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije¹⁹ kumulativno postavlja uslove da postoji osnov odgovornosti pravnog lica i da je pravnom licu izrečena novčana kazna do 5.000.000 RSD. Rok provjeravanja kreće se u rasponu od jedne do tri godine, a sud prilikom donošenja odluke o eventualnom izricanju uslovne osude mora uzeti u obzir stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno krivično djelo, mjere koje je pravno lice preduzelo u cilju sprečavanja i otkrivanja krivičnog djela, te mjere koje je nakon učinjenog krivičnog djela preduzelo prema odgovornom licu (član 20 stav 2).

¹⁶ Uradni list Republike Slovenije številko 57/2012.

¹⁷ Uradni list Republike Slovenije številko 91/11.

¹⁸ Slično primjeru iz Hrvatske, jedni ukazuju na to da uslovna osuda može biti izrečena samo uz kaznu zatvora i da stoga primjena predmetne zakonske odredbe na pravna lica nije moguća, dok drugi istu odredbu tumače ekstenzivno i smatraju da je njena primjena moguća i na pravna lica.

¹⁹ Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/2008.

Karakteristike uslovne osude iz zakonodavstava novonastalih balkanskih država

	Crna Gora	Hrvatska	Makedonija	Slovenija	Srbija	BiH
Utvrđena kazna (u KM) ili druga sankcija	novčana kazna do 195.583	novčana kazna manja od 13.488	- novčana kazna u bilo kom iznosu - zabrana dobijanja dozvola, licenci, koncesija ili drugih prava	novčana kazna do 977.915	novčana kazna do 78.813	novčana kazna do 1.500.000
Propisana kazna	-	-	- novčana kazna - zatvor do 3 godine	-	-	-
Dodatni uslovi	- povrat protiv-pravne imovinske koristi - naknada štete - ispunjenje drugih obaveza	- supsidijarna primjena člana 62/1 KZ (popravak štete ili uplata određene sume novca) - popravak štete prouz. kriv. djelom - uplata novca	- deponovanje punog iznosa izrečene novčane kazne - davanje garancija da u vremenu provjeravanja neće učiniti novo krivično djelo	nisu propisani	Obaveze uz zaštitni nadzor: - kontrola - uzdržavanje od posl. akt. - otklanjanje ili ublažavanje štete - rad u javnom interesu - dostavljanje izvještaja	nisu propisani
Posebne okolnosti za izricanje	nisu propisane	nisu propisane	nisu propisane	nisu propisane	stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno djelo mjere u cilju sprečavanja i otkrivanja kriv. djela mjere prema odgovornom licu	nisu propisane

	Crna Gora	Hrvatska	Makedonija	Slovenija	Srbija	BiH
Rokovi provjeravanja	1–3 godine	1–3 godine	1–3 godine	1–5 godina	1–3 godine	1–3 godine
Posebne napomene	-	-	-	za djelo sa min. pet god. po sporazumu može uslovna osuda sa rokom provjeravanja do deset godina (član 58 stav 5 KZ)	-	-

* Protuvrijednost nacionalnih valuta preračunate u KM prema srednjem bankarskom kursu na dan 26.06.2016. godine

Opoziv uslovne osude

U predmetnim zakonodavstvima propisana su slična pravila o fakultativnom opozivu uslovne osude, ali se razlikuju stavovi o potrebi obligatornog opoziva uslovne osude i pravila o obligatornom opozivu. Dok obligatorni opoziv uslovne osude u jednoj grupi zakonodavstava ne postoji, u drugoj postoji i na pravna lica primjenjuju se pravila o obligatornom opozivu koja su propisana u odredbama opštih dijelova krivičnih zakona.

Zakon o odgovornosti pravnih lica Crne Gore propisuje da je opoziv uslovne osude osuđenog pravnog lica obligatoran ako pravno lice u vrijeme provjeravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih djela za koja mu je izrečena novčana kazna od 100.000 evra ili u većem iznosu (član 25 stav 1). Opoziv uslovne osude je obligatoran i kad sud poslije izricanja uslovne osude utvrdi da je pravno lice izvršilo krivično djelo prije nego što je osuđeno, a sud za krivično djelo iz uslovne osude i za to djelo utvrdi novčanu kaznu od 100.000 evra ili u većem iznosu (član 25 stav 2). U svim drugim slučajevima opoziv je fakultativan, pa sud prilikom donošenja odluke da li će opozvati uslovnu osudu za novo krivično djelo učinjeno u roku provjeravanja posebno treba imati u vidu srodnost učinjenih krivičnih djela i njihov značaj (član 25 stav 2). U članu 44 propisano je da se na pravna lica shodno primjenjuju odredbe opšteg dijela Krivičnog zakonika o opozivanju uslovne osude zbog

ranije učinjenog krivičnog djela (član 56) i odredbe o opozivanju uslovne osude zbog neispunjenja određenih obaveza (član 57). Saglasno tome, ako je sud nakon izricanja uslovne osude saznao za ranije učinjeno krivično djelo, treba imati u vidu da li bi bilo osnova za izricanje uslovne osude da se znalo i za to djelo (član 56 stav 1). Ukoliko pravno lice ne ispuni određene obaveze koje su bile propisane uz uslovnu osudu, sud ocjenjuje da li je osuđeno pravno lice objektivno imalo mogućnosti da u zadanom roku izvrši ove obaveze odnosno da li je odlaganje ispunjenja obaveza bilo opravdano, pa može opozvati uslovnu osudu, produžiti rok njeno ispunjenje, osloboditi pravno lice od ispunjenja obaveze ili je zamijeniti drugom odgovarajućom zakonom propisanom obavezom (član 57 stav 1).

Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske ne propisuje obligatorni opoziv uslovne osude ako pravno lice učini novo krivično djelo u vrijeme provjeravanja. Stavovi nisu jedinstveni u pogledu supsidijarne primjene odredaba Kaznenog zakonika u dva slučaja. Prvi se odnosi na situaciju kada se nakon izricanja uslovne osude sazna za krivično djelo koje je pravno lice učinilo prije izricanja uslovne osude, a drugi na situaciju kada pravno lice u roku provjere ne izvršava dopunske obaveze koje su mu nametnute uz uslovnu osudu. Preovladava stav da je supsidijarna primjena odredaba Kaznenog zakonika moguća samo kod opoziva uslovne osude zbog neispunjenja obaveza koje se odnose na naknadu štete i povrat imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim djelom.²⁰

Кривичен законик на Република Македонија из 2004. године²¹ прописивао је услове за обигаторни опозив изрећене новчане казне и казне забране вршења одређене дјелатности, које су биле уврштене у главне казне. Опозив условне осуде је обигаторан кад правно лице у vrijeme провјеравања учини ново кривично дјело и кад се открије да је раније учинило кривично дјело (члан 96-г). У преčiшћеном тексту Законика из 2009. године²² прописано је да суд може одредити условно одлагање извршења новчане казне и казни које се састоје од забране или одузимања лиценце, дозволе, овлашћења или другог права утврђеног посебним законом на временски период од једне до три године, али само уколико се ради о кривичном дјелу за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године (члан 96-ј став 1). За одлагање извршења новчане казне прописан је додатни услов да правно лице мора обезбједити извршење новчане казне у случају да дође до опозива условне осуде. У вези са тим,

²⁰ Đurđević, op. cit., str. 79.

²¹ Службен весник на Република Македонија број 19/2004 (пречиштен текст).

²² Службен весник на Република Македонија број 114/2009 (пречиштен текст).

uslovna osuda će se opozvati ako pravno lice u roku koji je odredio sud ne dâ obezbjeđenje izvršenja novčane kazne (stav 2). Propisan je prekluzivni rok za opoziv uslovne osude, te do opoziva može doći najkasnije godinu dana od isteka roka provjeravanja (stav 3). Sadržina predmetnih zakonskih odredaba ostala je neizmijenjena sve do danas.

U Zakonu o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije nisu propisani posebni uslovi za opoziv uslovne osude, pa se prema pravnim licima supsidijarno primjenjuju pravila opšteg dijela Krivičnog zakonika o fakultativnom opozivu.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije propisuje obligatoran opoziv kada pravno lice u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je izrečena novčana kazna od 5.000.000 RSD ili veća (član 21 stav 1).

Statistički podaci o uslovnim osudama u sudskoj praksi

Zavod za statistiku Republike Crne Gore²³ do danas nije objavio nijedan podatak o kriminalitetu pravnih lica, jer se podaci o osudama klasifikuju prema starosnom dobu učinilaca i vrsti krivičnih djela. Najsvježiji od statističkih godišnjaka sadrži podatke o osudama iz 2014. godine, a u zbirnoj kategoriji pod nazivom „osuđena lica“ postoji podatak da su sudovi u toj godini ukupno izrekli 1.284 uslovne osude, od čega se svega tri odnose na odlaganje izvršenja novčane kazne. Nema podataka o visinama novčanih kazni, a ne postoji niti kategorija „pravna lica“.²⁴

Podaci Zavoda za statistiku Republike Hrvatske za vremenski period 2005–2009. godine pokazuju kako se u Republici Hrvatskoj više izricala bezuslovna novčana kazna, dok je bio mnogo manji broj novčanih kazni čije se izvršenje uslovno odlagalo.²⁵ Pošto se uslovna osuda nakon izmjena i dopuna Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 2011. godine ne smatra sankcijom, već modifikacijom kazne, u izvještajima Zavoda za statistiku Republike Hrvatske iz 2012. godine pa nadalje, ne postoje nikakvi podaci o uslovnim osudama pravnih lica sa novčanim kaznama nakon 2011. godine.²⁶

²³ Podaci Zavoda na internet adresi: <http://www.monstat.org>, sadržaj preuzet 19.4.2012. godine.

²⁴ Podaci Zavoda na internet adresi: <http://www.stat.si>, sadržaj preuzet 26.06.2016. godine.

²⁵ U navedenom vremenskom periodu izrečeno je 36 novčanih kazni sa uslovnom osudom i 172 bezuslovne novčane kazne, tako da je omjer 1 : 4,77 u korist bezuslovne novčane kazne.

²⁶ U Priopćenju Državnog zavoda za statistiku Republike Hrvatske od 30. aprila 2013. godine, pod naslovom Pravne osobe kao počinioci kaznenih djela prema vrsti odluke u 2012, podtačkom 3

Podaci Statističkog ureda Republike Slovenije o izrečenim krivičnim sankcijama za vremenski period 2003–2009. godine pokazuju da je uslovna osuda bila najviše zastupljena sankcija pravnih lica. Nakon toga preovladavaju bezuslovne novčane kazne.

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini

Uslovna osuda u krivičnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije pedesetih godina bila je tretirana kao kazna. Vremenom se prvobitni stav zakonodavca izmijenio, pa je uslovna osuda postala posebna krivična sankcija. Tokom osamdesetih godina dvadesetog vijeka izgrađena je koncepcija da se granice primjene instituta uslovne osude određuju u zavisnosti od visine zakonom propisane kazne zatvora. Međutim, ova koncepcija je kritikovana i pobijana stavom da uslovna osuda nije kazna, već se samo vezuje za kaznu i stoji u funkciji kazne (zavisi od kazne). Kritičari postojećeg zakonskog rješenja stoga su smatrali da bi bilo mnogo logičnije da se postave opšti kriterijumi za izricanje uslovne osude, a sudu prepusti da u svakom konkretnom slučaju odlučuje o opravdanosti izricanja uslovne osude. Uz to su isticali potrebu da se isključi mogućnost njenog izricanja za teža krivična djela (veće zapriječene kazne) ili da se uvede drugi objektivni kriterijum.²⁷ Danas su u KZRS propisani formalni uslovi za izricanje uslovne osude koji bi u većem dijelu zadovoljili pomenute kritičare. Međutim, u odredbama posebnih glava krivičnih zakona nisu propisana posebna pravila za izricanje uslovne osude za pravno lice, a odredbe opštih dijelova krivičnih zakona nisu u potpunosti primjenjive na pravna lica.

U odredbama posebnih glava o odgovornosti pravnog lica propisano je da se uslovna osuda može izreći i pravnom licu, pod uslovom da mu je izrečena novčana kazna koja ne prelazi iznos od 1.500.000 KM, a vrijeme prosvjeravanja se tada kreće u rasponu od jedne do pet godina (član 136 KZ BiH, član 139 KZ RS, član 140 KZ FBiH, član 140 KZ BDBiH). Pošto prethodno predstavlja jedina posebna pravila koja se primjenjuju isključivo na pravno lice, u pogledu svega ostalog supsidijarno se primjenjuju pravila o uslovnoj osudi iz opštih dijelova krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini (član 59 stav 3, 4 i 5 KZ BiH, član 47 stav 1, 2 i 3 KZ RS, član 62 stav 2, 3 i 4 KZ FBiH,

„Kaznene sankcije – ukupno” stoji da su u 2012. godini izrečene ukupno 193 sankcije, od čega su 193 novčane kazne.

²⁷ Bačić et al., op. cit., str. 246.

član 62 stav 1, 2 i 3 KZ BDBiH). Ozbiljnija analiza ovih pravila pokazuje da predmetne formalne pretpostavke imaju nekoliko ozbiljnih nedostataka, koji ukazuju na moguće probleme u praktičnoj primjeni. U nastavku ćemo sagledati iste.

Kratak uporedni osvrt

Iz prethodnog proizlazi da se izvršenje novčane kazne u zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini može odložiti ukoliko je pravnom licu izrečena novčana kazna do 1.500.000 KM, dok je u svim zakonodavstvima novonastalih balkanskih država ili u zakonodavstvima zemalja poput Francuske, propisano da se može odložiti izvršenje novčanih kazni u daleko manjem iznosu (npr. do 13.488 KM u Hrvatskoj ili do 117.000 KM u Francuskoj)²⁸. Uz to, treba istaći da nije primijenjeno načelo srazmjernosti, tako da visina novčane kazne u praksi ne mora biti u skladu sa težinom učinjenog krivičnog djela.²⁹ Navedeni loše projektovani formalni uslovi za izricanje uslovne osude prema teoretskom modelu omogućuju izricanje uslovne osude sa novčanom kaznom za bilo koje krivično djelo, čak i za ona najteža. Na nezgrapnost zakonskog rješenja takođe ukazuje podatak da u sudskoj praksi, nakon više od dvanaest godina primjene zakonodavstva o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, uglavnom preovladavaju uslovne osude sa manjim novčanim kaznama, koje su bliže zakonskom minimumu, a daleko od gornje granice izrečene novčane kazne čije se izvršenje može uslovno odložiti (1.500.000 KM).

Opoziv uslovne osude

Slično prethodnom, nisu propisana posebna pravila o opozivu uslovne osude pravnog lica, te se supsidijarno primjenjuju odredbe o opozivu iz opštih dijelova krivičnih zakona. U ovim odredbama mogućnost opoziva uslov-

²⁸ Novčana protivvrijednost u KM prema srednjem bankarskom kursu na dan 26.06.2016. godine.

²⁹ Presudom Osnovnog suda Sokolac broj 089 1 K 06 000216 od 1.7.2008. utvrđeno je kako je izvršenjem predmetnog krivičnog djela više lica oštećeno za iznos 839.914,61 KM, te je optuženom pravnom licu izrečena novčana kazna od 5.500 KM i istovremeno određeno da kazna neće biti izvršena ako osuđeno pravno lice u roku od jedne godine ne učini novo krivično djelo. S druge strane, presudom Opštinskog suda u Gradačcu broj 28 0 K 001082 08 K od 8.12.2010. godine utvrđeno je da je osuđeno pravno lice izvršenjem krivičnog djela drugom pravnom licu pričinilo štetu u iznosu od 17.753,28 KM (višestruko manji iznos od prethodnog), ali je sud pravnom licu u ovom slučaju izrekao novčanu kaznu u većem iznosu i odredio dvostruko duži rok provjeravanja.

ne osude vezuje se za izrečenu kaznu zatvora. Tako je opoziv obligatoran ako osuđeni učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je sud izrekao kaznu zatvora preko jedne godine ili u dužem trajanju (član 45 stav 1 KZ BiH, član 46 stav 1 KZ FBiH, član 46 stav 1 KZ BDBiH), ili ako u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je izrečena kazna zatvora od dvije godine ili u dužem trajanju (član 48 stav 1 KZ RS). Nasuprot tome, opoziv je fakultativan kad osuđeni učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je sud izrekao kaznu zatvora do jedne godine (član 45 stav 2 KZ BiH, član 46 stav 2 KZ FBiH, član 46 stav 2 KZ BDBiH), ili učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je sud izrekao kaznu zatvora manju od dvije godine ili novčanu kaznu (član 48 stav 2 KZ RS). Iz prethodno izloženih odredaba opštih dijelova krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini proizilazi da mogućnost izricanja uslovne osude u jednom dijelu zavisi od visine izrečene kazne zatvora (stav 1), pa kako kazna zatvora ne postoji u sistemu kazni pravnog lica i njena primjena nije moguća na pravno lice, ispostavlja se da je supsidijarna primjena istih pravila na pravno lice u najmanju ruku prilično problematična. Nasuprot tome, kada se mogućnost izricanja uslovne osude prema pravnom licu uslovljava visinom izrečene kazne zatvora ili novčane kazne (stav 2), nije sporna mogućnost supsidijarne primjene odredaba opštih dijelova predmetnih zakona i na pravna lica, jer se pravnom licu može izreći novčana kazna.

Krivični zakoni u Bosni i Hercegovini ne propisuju posebna pravila o odmjeravanju jedinstvene kazne za krivična djela u sticaju (ranije učinjeno i za novo djelo), te se i u ovim slučajevima na pravna lica supsidijarno primjenjuju pravila o odmjeravanju kazne za krivična djela u sticaju koja su propisana u opštim dijelovima krivičnih zakona. Supsidijarna primjena pravila iz opštih dijelova krivičnih zakonodavstava Bosne i Hercegovine o odmjeravanju jedinstvene novčane kazne za krivična djela pravnih lica učinjena u sticaju uglavnom je moguća. Pošto je u većini zakona propisano da jedinstvena kazna mora biti veća od svake pojedine utvrđene novčane kazne, ali ne smije dostignuti zbir utvrđenih novčanih kazni (član 53 stav 2 tačka e KZ BiH, član 54 stav 2 tačka e KZ FBiH i član 54 stav 2 tačka e KZ BDBiH), isto pravilo primjenjivo je i na pravna lica.

Međutim, supsidijarna primjena pravila o odmjeravanju jedinstvene novčane kazne za krivična djela u sticaju iz člana 42 stav 2 tačka 4 KZ RS u nekim slučajevima nije moguća i na pravna lica. Glavni problem nalazi se u posebnom okviru za izricanje uslovne osude za pravno lice. Propisano je da se pravnom licu može izreći uslovna osuda umjesto novčane kazne do 1.500.000 KM (član 139 stav 2 KZ RS), ali nisu propisana posebna pravila o

odmjeravanju kazni za krivična djela pravnog lica učinjena u sticaju, tako da se prema pravnom licu supsidijarno primjenjuju odredbe opšteg dijela o sticaju. U ovim odredbama propisano je da jedinstvena novčana kazna za krivična djela u sticaju (ranije učinjeno i novo krivično djelo) ne može biti veća od 100.000 KM ili 1.000.000 KM ako je krivično djelo učinjeno iz koristoljublja (član 42 stav 2 tačka 4 KZ RS). Stoga, u hipotetičkom slučaju kada sud pravnom licu izrekne novčanu kaznu od 1.500.000 KM i njenu primjenu uslovno odloži na određeno vrijeme, a pravno lice u roku provjeravanja učini novo krivično djelo, mogu se javiti nerješivi problemi ukoliko sud odluči da opozove uslovnu osudu. Naime, prilikom izricanja jedinstvene kazne za krivična djela (djelo iz opozvane uslovne osude i novo krivično djelo) nije moguća supsidijarna primjena člana 42 stav 2 tačka 4 KZ RS, jer je propisano da jedinstvena novčana kazna ne smije preći iznos od 100.000 KM odnosno 1.000.000 KM (djela učinjena iz koristoljublja). Iz svega proizilazi da je na pravna lica moguće supsidijarno primijeniti pravila opšteg dijela KZ RS o odmjeravanju jedinstvene kazne za krivična djela u sticaju (ranije i za novo krivično djelo) samo kada se visine opozvane novčane kazne i novčane kazne za novo djelo uklapaju u okvire za odmjeravanje jedinstvene novčane kazne koji su propisani u opštem dijelu KZ RS. U praksi se nisu dešavali ovakvi slučajevi, ali opisano loše zakonsko rješenje svakako otvara mogućnost za pojavu problema koji nije moguće riješiti na odgovarajući način.

Zaključak

Danas je opšteprihvaćen stav da je odlaganje izvršenja izrečene kazne i ostavljanje roka provjeravanja (uslovna osuda) prihvatljivo samo u slučajevima izvršenja lakših krivičnih (djela za koja je propisana blaža kazna), te kad su uz to ispunjeni i ostali zakonom propisani uslovi (ranija neosuđivanost i drugi). Sličan zaključak o primjeni uslovne osude mogao bi se izvesti i za pravna lica. Zbog toga, uslovna osuda se u pravilu izriče u ograničenom broju slučajeva.

Saglasno prethodno navedenom, a imajući u vidu da se težina krivičnog djela iskazuje kroz gornju granicu (maksimum) zapriječene kazne zatvora, zakonodavac je kao gornju granicu za izricanje uslovne osude kod fizičkih lica postavio utvrđenu kaznu zatvora u trajanju do dvije godine. Za razliku od fizičkih lica, pravnim licima se u pravilu izriče novčana kazna, pa bi njena visina trebalo da bude srazmjerna težini krivičnog djela (visini zapriječene

kazne zatvora). Uporedna analiza uslova za izricanje uslovne osude iz zakonodavstava zemalja u neposrednom okruženju i Republike Srpske i podaci iz sudske prakse pokazuju da je zakonski maksimum izrečene novčane kazne, kao poseban uslov za izricanje uslovne osude, postavljen u nesrazmjerno visokom iznosu. Time je otvoren ogroman prostor da se pravim licima koja su osuđena čak i za teža krivična djela, kroz uslovnu osudu odlaže izvršenje utvrđenih novčanih kazni u neprihvatljivo visokim iznosima.

Naročito su loša legislativna rješenja o sticaju i opozivu uslovne osude, jer zakonodavci nisu propisali odgovarajuća posebna pravila o opozivu i odmjeravanju novčane kazne za pravna lica, dok supsidijarna primjena odredaba opšteg dijela KZRS u više slučajeva jednostavno nije moguća.

Zbog prethodno navedenog, neophodne su odgovarajuće izmjene i dopune KZRS.

LITERATURA

1. Pradel, Ž. (2009), *Komparativno krivično pravo*, preveo sa francuskog Obrad Perić, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu (naslov originala Droit pénal comparé, 2008, Paris).
2. Bačić, F., Bavcon, Lj., Đorđević, M., Kraus, B., Lazarević, Lj., Lutovac, Z., Srzentić, N. i Stajić, A. (1986): *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, treće izdanje, Beograd: Savremena administracija.
3. Jacobsen, J. and Sancvik, J. H. (2015), *An Outline of the New Norwegian Criminal Code*, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 3, Issue 2, pg. 176.
4. Stojanović, Z. (2007), *Krivično pravo*, Opšti deo, četrnaesto izdanje, Beograd: Pravna knjiga.
5. Đurđević, Z. (2005), *Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za kaznena djela*, Zagreb: Narodne novine.
6. Derenčinović, D. i Novosel, D. (2012), *Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela – prolazne dječje bolesti ili (ne)rješiva kvadratura kruga*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2 (vol. 19), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Међународни документи:

8. Preporuka No. R (88) 18 Ministarskog komiteta Vijeća Evrope državama članicama o odgovornosti preduzeća koja imaju status pravnih lica za krivična djela učinjena u vršenju njihove djelatnosti (Council of Europe, Committee of Ministers: Recommendation concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities) od 20.10.1988. godine, dostupno na internet adresi: <http://www.google.ba/#q=Council+of+Europe,+Committee+of+Ministers:+Recommendation+concerning+liability+of+enterprises+having+legal+personality+for+offences+comited+in+the+exercise+of+their+activities>, sadržaj preuzet 26.12.2012. godine.

Zakoni u elektronskoj formi:

9. French Penal Code, verzija na engleskom jeziku dostupna na internet adresi: <http://legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>, sadržaj preuzet 20.2.2011. godine.
10. Code pénale, edition 2016-04-3, Institut Français d'Information Juridique, dostupno na internet adresi: <http://codes.droit.org/cod/penal.pdf>, sadržaj preuzet 30.06.2016. godine.
11. Norway General civil Penal Code with amendments made by Act of 21 December 2005 No. 131, verzija na engleskom jeziku dostupna na internet adresi <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf>, sadržaj preuzet 26.1.2012. godine.

Zakoni i drugi propisi balkanskih zemalja:

12. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore broj 02/07, 13/07 i 30/12.
13. Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske, Narodne novine broj 151/03, 110/07, 45/11, 143/12.
14. Кривичниот законик на Република Македонија, Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (пречистен текст), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15)
15. Zakon o odgovornosti pravnih oseb Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije številko 59/99, 98/04 (uradno prečiščeno besedilo), 65/08 i 57/2012.

16. Kaznenski zakonik Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije številko 63/94, 70/94, 40/04, 95/04 i 55/08, 66/08, 39/09, 91/11 i 50/12(uradno prečišćeno besedilo).
17. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/2008.
18. Zakoni u Bosni i Hercegovini:
19. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 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.
20. Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.
21. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.
22. Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine broj 6/05, 21/10, 9/13 i 33/13 (prečišćeni tekst).

**Miodrag Bukarica, PhD, Associate Professor
Prosecutor of the District Prosecutor's Office Banja Luka**

WARNING SANCTIONS

Summary

Nowadays generally accepted attitude that the postponement of imposing the punishment and provision of the probation period (suspended sentence) is acceptable solely in case of lowest criminal offenses (the offences for which the lowest punishment is prescribed), and when other legally prescribed requirements (prior non-convicting and other) are also satisfied. Similar conclusion on application of a suspended sentence may be drawn for the legal entities as well. Therefore, as a rule, the suspended sentence is imposed in limited number of cases.

In accordance with the above, and taking into account that the graveness of the criminal offense is expressed through the upper limit (maximum) of the prescribed imprisonment punishment, the legislator has stipulated, as the upper limit for issuance of the suspended sentence to physical persons, a suspended sentence of up to two years of imprisonment. For the legal entities, a fine is provided as a rule, therefore its amount should be proportionate to the graveness of the criminal offense (the amount of prescribed imprisonment punishment). Comparative analysis of the requirements for issuing the suspended sentence in the legislations of the neighboring countries and the Republic of Srpska, and the data from the court practice, shows that the legally provided maximum fine, being a special requirement for issuing a suspended sentence to the legal persons, is stipulated in the disproportionately high amount. This opens a vast space for the legal entities who are sentenced for even more serious criminal offenses to postpone, by means of the suspended sentence, the execution of the fines imposed in unacceptably high amounts.

Particularly poor are legislative solutions on concurrence of criminal offenses and revocation of the suspended sentence, since the legislators have not prescribed the appropriate special rules on revocation and special rules for meeting out the fine penalty for the legal entities, while the subsidiary application of the RS Criminal Code general part provisions is simply not possible in majority of the cases.

In line with the above, it is necessary to introduce the appropriate amendments and alterations to the RS Criminal Code.

Key words: *physical and legal subjects, differences, criminal act gravity, maximum fine, minimum fine, recall, concurrence, inapplicable legislations.*

BROKER SCANDALS IN 2015 IN HUNGARY*

Dr. István László Gál**

“It is not enough that the (foreign) ministry keeps citizen’s money in high risk junk bonds, it also makes decisions based on insider information, and more quickly saves its “own” money than that of depositors.”¹

Tens of thousands of Hungarian depositors and investors have been affected by the loss of hundreds of millions of EUR worth of assets. Local governments and various non-profits have lost hundreds of millions. Brokers have been arrested. At least one professional football club stands on the brink of bankruptcy. It turns out the Foreign Ministry kept billions of taxpayer money in high-risk junk bonds. All of this has happened since police raided the Budapest headquarters of the Buda-Cash Broker House the night of February 23rd 2015.²

Hungary’s government denied insider trading after opposition members questioned a foreign ministry decision to withdraw state funds from a brokerage that filed for bankruptcy a few days later. The National Bank of Hungary suspended the licence of brokerage Quaestor on March 10, saying it may have sold more bonds than permitted under its issuance programme. The Hungarian opposition parties urged the foreign ministry to clarify whether it had any

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

** **University of Pécs, Faculty of Law, Criminal Law Department**

¹ <http://budapestbeacon.com/public-policy/brokerage-scandal-engulphs-hungary/21158> (30. 08. 2016.)

² <http://budapestbeacon.com/public-policy/brokerage-scandal-engulphs-hungary/21158> (30. 08. 2016.)

insider information about Quaestor's finances. "The foreign ministry and its institutions had no unlawful information whatsoever," it said on the government's website. Quaestor was the third Hungarian brokerage to run into financial trouble within weeks in 2015.³

Before we analyse the criminal law aspects of the Hungarian broker scandals in 2015, we have to summarise the Hungarian criminal law regulations regarding this topic, especially the Hungarian concept of the insider trading in the Criminal Code and in other legal regulations outside of the criminal law as well.

In a traditional market the customers bear all the relevant information, which is needed before making the decision of the actual purchase. They can analyse the product or even compare it to other merchant's offer. The stock exchange, as one of the means of the modern wholesale trade, shows similarities but even more dissimilarities with the regular market. As we know, it has two basic types: one of them is the stock exchange (or market), where securities, especially shares and bonds are traded, and the other is the commodity exchange, where usually raw materials (wheat, corn, coffee, rock oil, etc.), as well as eventually foreign currency, are merchandised. The very first stock exchange of the world was founded in Amsterdam during the turn of the 16th and 17th centuries, but nowadays the word 'stock exchange' does not necessarily mean an actual physical location, it is rather considered as a certain gathering of actors of the market, who are connected to each other by formal trading rules and communication networks. These performers appearing in the stock market make investment decisions. Contrary to the regular market, where the customer decides based on costs collated to the expected profits, while deciding on investment, the investor concentrates on two matters: the anticipated future yield, and the risk. In order to conclude a proper decision they need the most information available. These investors expect that all relevant information is true, holistic, and available for everybody at the same time and in same amount, and all of these are guaranteed by strict rules. The ideal goal would be to provide the same amount of information for everybody in every moment. Because of these undertakings of stock exchange, certain data has to be publicized from time to time, and it is also declared everywhere among the principles that insider trading and market influencing are forbidden. The perpetrator of insider trading basically harms other participants of the market by his/her act. If he sells securities wherewith he

³ <http://www.euronews.com/2015/03/27/hungary-orbans-government-denies-insider-trading> (30. 08. 2016.)

holds unflattering information, then the customer comes off badly, but if he is expecting rise of the rates, he then pulls the money from the pocket of those who would have kept their position. Insider trading can also cause harm on a macro level, because it can result in withdrawal of foreign investors and capital from the market.

Hungary joined the European Union on May 1st 2004 and became its member with full rights. In addition to the starred blue flag, we adopted the complete legal material, as well as the European law, which poses serious challenges to the jurisdiction actors, and has an effect on economic criminal law. This effect, however, for the time being may only be indirect, as the bodies of the European Union at present cannot yet create criminal law norms that could be directly applicable in the member states. Even earlier, we were watching with interest and sympathy the endeavours aimed at creation of unified code targeting the protection of financial interests of the Community, and we think this work – in which we would also like to take part now – is to be continued.

The main European background norm on insider trading is the new 2003/6/EC, which replaced the former 1989/592/EEC directive, but the 2003/124/EC and the 2003/125/EC directives also contain rules related to the topic. New directives significantly widened the sphere of insider information compared to former directives. Insider information is not interpreted only in connection with securities anymore, but this definition also includes information related to financial means and derivative securities, which lead directly to a wider range of impeachments related to insider trading.

Current Hungarian regulation on insider trading can be found in paragraph 410 of the new Hungarian Criminal Code (the Act 100 of the year 2012.)

410. § (1) Someone who:

- a) transacts operation referring to a financial mean by using insider information;*
- b) regarding the insider information in his/her possession, assigns other to transact operation referring to a financial mean;*
- c) due to benefit snatching, gives insider information away to an unauthorized person commits a crime, and can be punished by maximum 3 years of imprisonment.*

In Hungary this crime was unknown until 1990, but we are not at all late. In the United States there has been a legal regulation related to insid-

er trading since 1934, and in the United Kingdom since 1981. In Germany (where the stock market bears old traditions) this regulation came into force only in 1994. The European Union declared its principles forbidding insider trading in 1989.⁴

The statement of facts of insider trading got its current form in 2005. It became shorter than the former ones (for example the ‘forbidden security-trading’ and the ‘insider security-trading’), but it also widened the range of objects on which this crime can be committed (not only on securities but also on ‘other financial means’), and at last it does not contain the definition of insider information anymore, since that is included in one of the background norms.

The Act on Capital Market from 2001 (Tpt.) stands in the background of this crime. This statute provides a vigorous competence for the State Supervision of Financial Organisations, where today a separated department deals with problems of insider trading (Market Controlling Department). The National Bank of Hungary is authorised to charge the perpetrator of insider trading and market influencing with a penalty, if he/she violates, eludes, omits, or performs late one of the provisions written in the Tpt., or in other law derived from it, or one of the National Bank of Hungary’s orders or its own by-law.⁵

The penalty in case of insider trading or market influencing can be between 100.000 and 100.000.000 Forints (400 and 400.000 Euros) or maximum 400% of traceable financial benefit. This could have a strong dissuasive power in several cases. The announcement-making obligation is also a new element of the regulation in case of suspicion of insider trading (and this must be fulfilled by investment service providers), but there is no criminal sanction attached to the omission of this obligation, so it is not a crime, but it also can result in penalty. The service providers are obliged to name an assigned person, just like in case of money laundering, but here the announcement has to be sent to the National Bank of Hungary. The National Bank of Hungary decides whether it submits an accusation to the police or settles for a penalty in its own competence.

The object of the crime is the equality of chances, which is essential for stock market transactions and indirectly for fair market attitude.

The offender’s behaviour is sealing a transaction, but the crime can be committed outside the stock market. The phrase “sealing a transaction” does

⁴ István Vajda, *Insider Trading* (Economic Journal, 50. year, 2003, p. 235-253.)

⁵ Organisations dealing with investment service providing must conclude a separate by-law on the questions related to insider trading, similarly to money-launder prevention by-laws.

not mean that only the perpetrator himself must seal the transaction, in fact it is not the typical case; usually they use assistance of some kind of broker or commission merchant. The investment service provider – if he is unaware of the insider character of the transaction – is exempted from criminal liability on behalf of his mistake. (If only by regular care he should have recognised the insider transaction, the State Supervision of Financial Organs may fine him.) In the first two phrases neither the result (gaining benefit), nor the aim of gaining benefit are elements of the statement of facts, so the crime is carried out even if the perpetrator suffers losses from the transaction. The handing over of insider information to gain benefit practically implies selling that information.

(There are disputes in the scientific literature whether the benefit can only be of a financial kind or, for example, a moral acknowledgment (e.g. promotion), or a possibility of a sexual relationship. We are willing to accept this concept, but adding that in practice it is not the usual method of perpetration.)

The method of perpetration in the first phrase is “with use of insider information”, in the second is “according to the insider information in his possession”. To interpret this, we need to specify the definition of insider information, which we can find in the Act on Capital Market.

Insider information:

1. Such important information⁶ concerning a financial instrument (not including the goods-based derived transaction)
 - That is not yet publicised;
 - That is directly or indirectly connected to a financial instrument, or the issuer of the financial instrument;
 - That in case of publication would be capable of significantly influencing price of a financial instrument⁷;
2. Such important information related to persons who are assigned to execute any assignment concerning a financial instrument -excluding the ones listed under a. - that is connected to the current assignment given by the client-.

⁶ Important information: all information concerning an event or a circumstance that has already occurred or which occurrence is reasonably expectable, and which is specific enough to enable drawing a conclusion on possible influence of the event or circumstance on given financial instrument's price.

⁷ Information capable of influencing the rate: all information that would likely be used by an investor at time of making an investment decision.

3. Such important information concerning a goods-based derived transaction, which
 - Was not yet publicised;
 - Is directly or indirectly connected to a goods-based derived transaction;
 - ,according to the accepted market practice, should be shared with the market actors;
 - Is information regularly shared with the market actors;

The perpetrator can be anyone, so anyone who possesses insider information can commit insider trade. The circle of so-called insider persons that possess insider information can be found in the background norm.

Insider person:

1. Leading official, and a member of the supervising committee of the issuer;
2. Manager, leading official and a member of the supervising committee of the legal person, or economical partnership without a legal personality where the issuer directly or indirectly owns twenty-five or more per cents of the shares, or has a right to vote;
3. Leading official, member of the supervising committee, and a manager of a legal person, or an economic partnership without a legal personality where the issuer directly or indirectly owns ten or more per cent, or has a right to vote;
4. Manager, leading official, and a member of the supervising committee of any organisation participating in distribution or organisation of public buying offer according to the VII. Article; furthermore, any employee of these organs, or the issuer, who participated in distribution or the issuance, who got insider information during his work within a year from the distribution;
5. A natural person who directly or indirectly owns ten or more per cent of the issuer's capital;
6. Manager, leading official, and member of the supervising committee of the issuer's accounting credit institute;
7. One who received insider information because of his work or duties, during his work or exercising his regular assignments, or in any other way;

8. One who received insider information through crime;
9. A person living in common household or is closely related to a person listed in points a.-h.;
10. A person acting on behalf of such a company, where an insider person listed in points a.-i. owns a significant share.

The crime can only be committed intentionally, in the first two phrases, with *dolus eventualis*, in the third – according to the aim- only with *douls directus*.

It makes more difficult the judicature when some important theoretical questions, which are important in the practice, aren't specified perfectly. Because of this, for example, there are just a few criminal processes within insider transaction.

The first question is the definition of the benefit. There are two absolutely opposite opinions in the definition of benefit. One of the opinions says that the desired benefit could be a service like sexual contact, moreover a moral admission, like an improvement, not just a pecuniary thing.⁸

The justification of the minister proves this opinion. The justification says, that it is not important, that the transmitter or the beneficiary got the benefit, or the benefit is a pecuniary thing, or it is a kind of personal benefit. The justification of the minister is a type of the jurisprudential interpretation, so it is not binding in Hungary. It is a kind of help for the judicature, so it has a big effect for the judicature, all the same that is not binding.

It is confirmed by the justification of the minister in which the legislative intention is explained.⁹ Even so, it is confounding the law in practice, because it has an opposite aspect. The judicature aspect is that the benefit can be only a pecuniary thing, because the perpetrator's intention is for a big profit taking, or to avoid a price loss. They support this aspect of the construction of the crime, because they say if the insider's breach of duty is intended for other benefits, its effect is a kind of a corruption crime.

The other important question is the count of the crime. There are also opposite opinions on this topic. One group states that the count of a crime is defined by a number of economic organisations that are concerned by the insider's information, until they join a company as a stake- or shareholder. This means that to use more insider information, or do more transactions, it is a natural unit. To reckon with the disposable time for the perpetrator, we can

⁸ Erdősy-Földvári-Tóth, *Hungarian Criminal Law Special Part*

⁹ József Földvári, *Hungarian Criminal Law General Part*

exclude cumulatively. The opposite opinion states that the count of crime is determined by number of pieces of information, not by the number of transactions, doing continuous transactions with the same insider information, it would effect cumulatively.¹⁰ Naturally, we cannot define exactly what is the time that is already, or yet to be, enough to determine the level of cumulativeness, and this could vary depending on a type of crime.¹¹ The insider transaction is that kind of crime where big profit-taking outcome could inspire the perpetrator so much to use one insider information in a short time to do many transactions with one determination, to harm similar investors. It is a problem for the judicature to determine insider information definition, all the same that the Tpt. determines it exactly. The problem is that the definition contains two unreal expressions. One is the assumption of "not publicized information". The insider works around this in the following way: the insider bring out important information on a website that is not frequently visited by investors, and the investors usually don't get information from this website. In this situation we cannot impeach the insider because he/she published the information, this information is accessible for everybody, although he/she knows that not too many investors would get that information.

Ideally, the insider's intention cannot be intent to select the investors who would get the information¹², but it is very hard to prove what was the intention of the insider.

Definition of price sensitive information is also a problem, it is not certain in that moment what effect information would have on the market.¹³ Price sensitivity of a piece of information depends on activity of the company, and on its function.¹⁴

There is a bigger problem than the above mentioned one, a lot of insider information, because of this carefulness, lack of preparation, trifling, bad habitudes, belief in sufficient financial materials, or because of default ideas of criminal law, these information do not get to the criminal investigation authorities.

¹⁰ Erdösy-Földváry-Tóth, i.m. 443.o.

¹¹ József Földvári, i.m. 220.o.

¹² Mihály Tóth, *Economic crimes in the shaping judicature ELTE Law Continuation Istitution*

¹³ István Vajda, *Insider Transaction*. Economic Review L. year 2003. March 254. o.

¹⁴ Laura N. Beny, *Insider Trading Laws and Stock Markets Around The World: An Empirical Contribution To The Theoretical Law and Economics*, John. M. Olin Center of Law and Economics, University of Mitchigan, 2006. 335.o.

The other relative problem is to analyse, and to prove the intention of the accused.

Was the kitchen-cooking employee aware that he/she got insider information when he/she questioned the headmaster of the company? There are some simple cases when it is easy to decide this, but in most cases that is a difficult task. Because of this, maybe it will be practical to penalize incautious form of insider transaction, like the Tpt. says in the 201. § (1) section.

Instruments of the National Bank of Hungary are nowadays able to recon effectively, and to sanction insider transactions in Hungary. It was reasonable that the cases of insider transactions multiplied over the last years. Nowadays, the work of the stock market has traditions. Insider transaction, in the form it is in the Hungarian Criminal Code, is inopportune to impeach, it is necessary to clear out the issue of the count of insider transactions, the benefit of snatching, and to solve the problem of difficult evidencing. It would be meritorious to achieve all these if we seriously believe that insider transactions can have significant harmful effects on the economic life in the state.

THE INTERROGATION AND IMPRESSIONABILITY OF CHILDREN

Elek Balázs*

The interrogation of children during a court procedure at a court should be avoided as much as possible, primarily, as it follows from the provisions of law, in order to spare them from harm. (Criminal Procedure Law XIX of 1998, Section 86, (1), Section 207, (4))

In such cases, the court judge may refer to the child's testimony given during the investigation, recorded by the investigative judge or the investigating authority. In such cases, one must also consider basic specifics of age, and possible sources of mistake, which may surface in the confession. Of course, it might even be necessary to hear out a child or a minor, but then the specifics, the knowledge of which is essential when interrogating them, must be carefully considered.

A minimal knowledge of development of children is required for one to be able to obtain the appropriate information from them. The accuracy of received information differs depending on information being provided by a very young child, by a primary or secondary school pupil, or by a teenager. The person who is aware of the nature of different levels of development is more capable to judge whether a child of a certain age understood the questions or not, and whether they can successfully express their thoughts and feelings, or not.

In the literature of law it is widely agreed, regarding witnesses of young age, that the level of their impressionability is greater, they are timid, and that interrogation also frightens them.¹ It was already shown by the experiments of

* Judge, High Appeal Court of Debrecen, Associate Professor, Debrecen University, Faculty of Law.

¹ Gödöny József, *Bizonyítás a nyomozásban. Közigazgatási és Jogi Könyvkiadó*, Budapest, 1968. pg. 232.

Hungarian neurologist Emil Moravcsik, more than a hundred years ago, that many children proved to have quite accurate skills of observation and interpretation, but at the same time, their suggestive impressionability was very great, and reality was often distorted by their rich imagination and lack of responsibility.²

Children believe adults without doubt, accept what they hear from them without criticism, and can easily be influenced by their parents, adults close to them, and even their playmates. Influencing may happen even unintentionally, for example, when a child is made to repeat multiple times what he or she is supposed to say to Mister Policeman or to Mister Judge.

The confession of a child may turn out to be worthless after all, but the authorities may also get the truth from the child in the end. In fact, children are able to provide accurate and useful information. Problem is that adults may not always know how to obtain reliable information from them.

Children are more ready to make mistakes in source-observation, which is the case of people mixing up the memories of events that actually happened with the ones they have only thought of, dreamed, or been asked about. It is especially so when they are repeatedly encouraged to think of, or talk about events that actually never happened at all.

There are many factors regarding children's confessions that are generally accepted by the scientific community. Age difference becomes significant in terms of impressionability, as it is easier to control children who are not attending school yet, than schoolchildren and adults. Children can be controlled easily, even intentionally, to give false or inaccurate confession.

The memory of a child can differ from reality also due to inappropriate questioning techniques. A child's memory of a real situation can be significantly altered by the questions, and the child may color the memory even with such ideas that never happened at all. It can be a problem if the questioner is convinced about what had happened, and is inclined to ask a question in a way so that the answers will support his or her hypothesis. As time goes by, major contradictions and changes may appear in the confession of the child witness, which might suggest the possibility that he or she learned the story from an adult, especially if they lack a visual image that corresponds to what they said.³

² Balogh J., Moravcsik E., *A tanúvallomások pszichológiájának tárgyalása*. Jogtudományi Közlöny, 1908. augusztus 14. pg. 253-257.

³ Underwager, R. C., Wakwerfeld, H., *Szeminárium a gyermekek elleni szexuális erőszak problémájáról* Institute for Psychological Therapies; <http://www.umn.edu/nlhome/g012/under006>

It is true that young children do not say too much in a free recall situation, so usually information must be obtained from them via questioning. The free recall of a child can be accurate enough, but recalls less than adults. This can quickly make the questioner frustrated and he or she might start a controlled questioning, or applying forcing methods. Information may become distorted due to inappropriate questioning techniques, if the child cannot accurately recall his or her memories.

Although repeated or influencing interviews, or faulty questioning techniques do not mean that children had been violated, they make it very difficult, or even impossible, to find out what happened, if something happened at all.

The questioner is already convinced about what had happened even before the beginning of interrogation. They think that the child had been e.g. abused, so they are inclined to ask questions in a way so that their hypothesis is validated. The questioner does not consider the pressure applied on the child during questioning – if the resistance of the child is weak, then he or she may provide answers that are not true as a result of such pressure.

The questioner reinforces some of the answers of the child. This is the case when they say to the child that *you did very well, your mom will be so proud of you now that you have told this scary secret*, or when the child is allowed to play with a special toy, after he or she spoke about the abuse, and when candy, food, soft drinks, or toys are promised or given to the child if he or she cooperates and answers the questions.

The questioner does not make it clear for the child that it is not a problem if they do not answer a question, for which they do not know the answer. The child will answer to strange and unanswerable questions as well. Certain studies show that children also gave answers to very strange questions as, for example, is red wider than yellow.

After the phrase *I don't know* and some other types of answers, the questioner is inclined to ask questions, against which the resistance of the child is weak. The questioner ignores answers that do not support his or her hypothesis.⁴

As opposed to that, at a proper interrogation, a child is told that it is okay if he or she is not able to answer a question, one should let them say “I don't know” or “I don't remember,” and they should not be influenced to say what the questioner wants to hear.

⁴ Zajac, R., Gross, J., Hayne, H. (2003), *Asked and answered: questioning children in the courtroom. Psychiatry, Psychology and Law* 10.1. (April 2003) pg. 199-210.

The free recall skill of a child is as important as that of an adult. The point is that no influencing or leading questions should be used. Open questions, however, can be repeated more than once. Reporting of a child should not be interrupted by questioning. Yes-or-no questions should only be asked in the end, after the interrogator has already tried to obtain information via open questions. Only open questions can be repeated. If the interrogator does not consider the answers given to direct questions, and keeps repeating these questions, the child will slowly realize what kind of answer is expected from him or her. The prohibition of such influencing questions would be an extremely important task also at the court for the leader of the trial.

It would be important to record the interrogation on camera or tape, from the beginning during the investigation. This would ensure the full documentation of the conversation, and would register what is said accurately, including the applied techniques and obtained information. A video recording makes it possible even to analyze the occasional non-verbal references as well.

However, it has also been discovered that specialists cannot tell the difference between video recordings where children tell a true story and where they make up something as a result of influencing questioning. The opinion or judgment of adults regarding the accuracy of the reports given by a child can only be inadvertent.⁵

At the so-called client trial, which can be considered as an English-American model, the party addressing the witness cannot ask so-called leading questions, for the sake of ensuring the credibility of the witness and the true nature of their confession. The reason for this is that otherwise, a witness could easily be led to answer what one wants to hear. The verification of the credibility of the witness is a task for the party of opposite interest, immediately after the direct questioning of the witness, during cross-questioning.⁶

Many grammatical structures have been labeled as inappropriate for children when used during cross-questioning, for example questions consisting of more than one part, questions with a grammatically confusing effect, e.g. where negation is used inappropriately, passive questions, asking back, and questions with multiple meanings, but we can include complicated use of words here as well. (*“Is this your evidence for that?”*)

⁵ Underwager, R. C., Wakwerfield, H., *Szeminárium a gyermekek elleni szexuális erőszak problémájáról Institute for Psychological Therapies*; (<http://www.umn.edu/nlhome/g012/under006>) pg. 6.

⁶ Joachim, H. (1993), *A büntetőeljárás reformja Kelet- és Nyugat-Európában. Fordította Bócz E. Magyar Jog*, pg. 298-306.

Those analyzing the cross-questions that are allowed for defense lawyers in the Anglo-Saxon law proved many times that the wording of such questions can not only be confusing for children, but even for adults as well.⁷

The tendency of those who are conducting the cross-examination asking inappropriate questions and children trying to answer these questions leads obviously to inaccuracy and contradictions in confession of children. These contradictions can occur for example when a child gives an answer for part of a long, complex question, but not for the whole of it, or when they consider the question as a yes-or-no question and answer to it accordingly. Compared to previous confessions, these might prove to be contradictory, but not because children are lying intentionally, but because they are trying to use skills that they do not necessarily have.

If people giving testimony cannot unfold freely during the interrogation, they often can provide only a false (or partial) account of their knowledge of the concrete statement of facts. The knowledge of certain questioning techniques and different effects of particular types of questions – for example, knowing when to interrupt a person during a confession – must be part of the basic knowledge of the person conducting the interrogation. The subject of the interrogation must always be thoroughly assessed, and the interrogator's choice of vocabulary and expression must be calibrated to his or her individual characteristics: The same question can elicit very different answers when posed to a corporate executive or a manual labourer. If the person's mental capacity is weak, the questions must be structured in a simpler manner

For example, the words an interrogator chooses to describe sexual intercourse in the scope of crimes against sexual freedom can make a major difference. The vocabulary of a five-year-old victim will be very different from that of a perpetrator, although neither of them would probably understand the relevant legal terminology. During several trials related to crimes against sexual ethics, perpetrators would first deny that sexual intercourse had taken place, but then admit it self-evidently when interrogators employed words that be fitted their particular cultural circumstances.

After analyzing court questionings of children, R. Zajac and co-researchers established that more than 75% of children modified at least one detail of their confession during the procedure. In accordance with older research, they have found that defense lawyers use complex, grammatically confusing and credibility-challenging basic and yes-or-no questions to a greater extent during interrogation than prosecutors.

⁷ Zajac, R., Gross, J., Hayne, H. (2003), *Asked and answered: questioning children in the courtroom*. Psychiatry, Psychology and Law 10.1. (April 2003) pg. 199-210.

Accurate memories of the case are only partly sufficient to obtain a reliable and accurate confession from a child witness. Children must possess a sufficient amount of linguistic knowledge to be able to understand and answer the questions asked during the court procedure.

Problem is that children are not able to understand the questions they are asked at the court, because the legal expressions often used at the court are unknown or not understandable for them. Children who did not understand the question request clarification rarely, and try to answer the questions that are too complex or make no sense to them instead. This obviously leads to inaccuracy and contradictions in the confessions of children.

The willingness of children to answer questions that make no sense to them depends on whether the question itself is open (so many answer options are possible) or closed (there are a limited amount of possible answers). 75% of children between 5 and 8 years tried to answer a closed question with no sense (e.g. *"Is the box louder than the knee?"*), but only a small percent of them answered open questions (e.g. *"What do bricks eat?"*). In other words, children were more willing to answer meaningless questions, when the expected answer was "yes" or "no." Consequently, if they are presented with questions for which the expected answer is only "yes" or "no," it may happen that they answer a question that they do not understand at all.⁸

In case of children, emphasizing the contradictions with the confession is many times the goal of the defense also in the court procedure, which in itself is not even something objectionable. However, such contradictions may lower the credibility of children, so it can be the aim of some parties to utilize leading questions as well.

Research found that when children received open-ended questions like e.g. *"what happened?"*, they described their experiences accurately and in a detailed way, but after receiving more specific questions like *"where did you hurt yourself?"*, the number of inaccurate recalls increased dramatically. This rate was 9% with open questions, whereas in the latter case, 49%.

Certain harmful effects of suggestive questions come from the fact that the memory system of a young child is fundamentally fragile. It is an especially difficult task for them to recall the source of their memories, namely, the time and place of a certain event they participated in. When they are repeatedly asked about an event, it will become familiar to them merely due to the repeated mentioning. When lacking the feeling of familiarity and the de-

⁸ Zajac, R., Gross, J., Hayne, H. (2003), *Asked and answered: questioning children in the courtroom*. Psychiatry, Psychology and Law 10.1. (April 2003) pg. 199-210.

tails regarding the origin of the memories, children of kindergarten age can easily confuse some episodes of their life that were originally distinguishable, and can even include elements that are the product of their own imagination.⁹

During the interrogation of children, it must also be considered that the desire to meet the expectation of others – e.g. the parents or the questioner – can have an influence on them as well, which can already result in an invalid statement.¹⁰

After conducting a relatively high amount of trials hearing sexual abuse against minors and a research on the same, my own experience does not back up the results of foreign research that discusses the greatly misleading and influencing questioning of defense lawyers when hearing crimes against minors. However, this could be caused by the defense in these cases almost always being a designated counsel, and by the occasional aversion on their part towards the accused. According to my experience, which coincides with the results of the Hungarian research on the same topic, defense was not too active in most cases, but was monitoring events in a typically passive way, with a minimal questioning activity.¹¹

Knowledge of questioning techniques and various effects of specific types of questions must be part of the interrogator's basic knowledge. In the absence of this knowledge, one cannot appropriately apply the rules of criminal procedural law on questioning. People who are "experienced influencers" ask more questions than those who are unskilled, and they also pay more attention to the answers. However, the questioning clearly determines the answers. This can be true in every field of life, including the courtroom.

Elaboration on the rules and norms of questioning techniques and types of questions applicable in judicial procedure is essentially missing from the scientific legal literature. Unfortunately, the arguments carried forward in the literature of forensic science cannot be fully applied to judicial procedure.

The application of those specific techniques of communication that are allowed during an investigation, and take place partly during informal conversations prior to the proper interrogation, cannot even be considered during the trial. The judge has no chance to get to know the person being interrogated before starting to record his or her testimony.

⁹ Sachter D. L., *Az emlékezet hét bűne. Hogyan felejt és emlékszik az elme.* HVG Kiadó Rt, Budapest, 2002. pg. 171-174.

¹⁰ Orosházi Józsefné, *Pszichológus szakértő a rendőrség munkájában.* In: Belügyi Szemle, 2004/6. pg. 20-26.

¹¹ Tóth Mihály, *Nyomozás és védelem.* In: Magyar Jog, 1989/4. sz. pg. 350; Fenyvesi Csaba, *Védői jogosultságok a nyomozásban.* In: Collega, 2001/11. pg. 6-12.

It must be pointed out that most forensic science handbooks emphasise the importance of proper questioning techniques. Still, countless scientific studies show that certain questions can distort both the answers and subsequent remembrance as well. Heavy questioning can make an interrogation more complete, but less accurate.

For this reason, many experts consider listening to be the best method of obtaining as much precise information as possible during interrogations. But judicial procedures do not allow for cases to be carried out at a comfortable pace, so the method of allowing the subject to speak without questions must be combined with targeted questioning.

My own experience affirms that it is possible to obtain appropriate and valid evidence from children witness testimony. However, even when judges are aware of the norms of how testimonies are formulated, they must remain sceptical of witness testimony throughout the trial. One can strive to obtain a trustworthy testimony, but mistakes cannot be entirely excluded when it comes to evidence provided by the witness. No tactics or methods can entirely preclude mistakes.

Кривично процесно право

КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ПОКАЗАТЕЉИ ФУНКЦИОНИСАЊА ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Проф. др Станко Бејатовић*

***Апстракт:** Два су кривичнопроцесна показатеља која чине предмет анализе у раду а која, по ставу аутора, представљају кључне показатеље када је реч о предметној проблематици. То су: ефикасност кривичног поступка и ефикасно одузимање противправно стечене имовинске користи. Међу немалим бројем анализираних питања, посебна пажња посвећена је оним која се тичу: опитних напомена о кривичнопроцесним показатељима функционисања правне државе, где је констатована њихова бројност и различит степен важности. Затим, ту су питања која се тичу појма и појединих фактора ефикасности кривичног поступка (законска норма; адекватност примене законске нормe; ефикасност поступка откривања и доказивања извршених кривичних дела; међусобни однос и сарадња субјеката откривања и доказивања; специјализација субјеката откривања и доказивања и степен злоупотребе правне нормe). Односно, питања претпоставки ефикасног одузимања незаконито стечене имовинске користи (случај нпр. са употребом посебних истражних техника и радњи доказивања и специјализацијом субјеката откривања, доказивања и одузимања незаконито стечене имовинске користи). Ова, као и друга питања, разматрана су са три аспекта (теоретски, криминално-политички разлози озакоњења појединих института и практични). Уз то, у раду су дати и немали предлози *de lege ferenda* који, по ставу аутора, треба да допринесу жељеном степену ефикасности кривичног поступка и ефикасности одузимања незаконито стечене имовинске користи као кључних показатеља функционисања правне државе.*

* Редовни проф. Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Кључне речи: правна држава, функционисање, кривичноправна норма, ефикасност кривичног поступка, суд, јавно тужилаштво, полиција, осумњичени, окривљени, кривично дело, одузимање незаконито стечене имовинске користи.

1. Опште напомене

Једно од кључних обележја сваке државе која жели да има статус савремене, модерне, демократске државе, државе цењене не само од стране других држава и међународних асоцијација без обзира на њихов карактер већ и од стране њених грађана јесте функционисање њеног правног система. У ситуацијама нефункционисања правног система једне државе не само да та држава губи статус модерне, савремене, демократске државе већ је то и препрека за њено чланство у одређене међународне асоцијације (случај нпр. са чланством у Европску унију), баријера за иностране инвестиције и основ за одузимање јој појединих надлежности која по самој својој природи припадају држави. Тако нпр. то је основ за одступање од кључног кривичноправног начела (начела *ne bis in idem*). Најбољ пример за исправности овакве једне констатације јесте чл. 20 Статута Сталног међународног кривичног суда. Према истом, овај суд ће судити за кривична дела из његове стварне надлежности и поред тога што је за конкретни кривични случај било суђено пред другим судом (судом државе потписнице Статута) ако је поступак пред судом те државе вођен супротно основним начелима функционисања правне државе (ради избегавања кривичне одговорности за кривична дела из надлежности Суда или због тога што суђење није вођено на начин који би обезбедио независност у одлучивању и непристрасност у складу са начелима вођења поступка или је поступак вођен на начин који је у датим условима био недоследан у спровођењу намере да се окривљени изведе пред лице правде)¹. Ових неколико примера сами за себе више него јасно говоре о степену значаја правног функционисања државе. Управо, с обзиром на овако висок степен актуелности ове проблематике мора се, пре свега, поставити питање: Који су то показатељи функционисања правне државе? Одговор на овако постављено питање зависи од аспекта посматрања. Тако, посматрано са кривичнопроцесног аспекта, они су су

¹ Бејатовић, С., Бановић, Б., *Основи Међународног кривичног права*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 2015, стр. 256.

бројни, с тим да међу њима посебно место заузимају два. То су: ефикасност кривичног поступка и одузимање незаконито стечене имовинске користи. Више је него неспорно да су ово два кључна показатеља степена функционисања правне државе када се ради о њеној борби против криминалних активности као једном од њених приоритетних задатака уопште. И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционална повезаност тако и чињеница да од степена ефикасности кривичног поступка и успеха одузимања незаконито стечене имовинске користи зависи и оцена о степену функционисања правне државе, што долази посебно до изражаја код тешких облика криминалитета који је нажалост особеност не само једне државе већ и глобални проблем². Ово из разлога што је управо код ових облика криминалитета неспорна нужност, неопходност и оправданост што ефикасније примене мера кривичне принуде. Овде, као и уопште, само ефикасна примена мера кривичне принуде је инструмент успешне борбе против ове и не само ове врсте криминалитета, већ и уопште, и најбољи показатељ функционисања правне државе.³

С обзиром на изнесени значај двају наведених показатеља функционисања правне државе обавеза је сваке државе, ако хоће да има статус правне државе, да обезбеди све предуслове како за ефикасан кривични поступак тако и за ефикасно одузимање незаконито стечене имовинске користи. У контексту овог морају се поставити а потом и дати одговори на три кључна питања. То су: Који су то предуслови ефикасности кривичног поступка и ефикасности одузимања незаконито стечене имовинске користи? Затим, да ли су они присутни у Републици Србији и, ако не, шта би требало предузети по том питању?

Када је реч о првом питању, онда треба констатовати како бројност тако и начелну подударност претпоставки ефикасности кривичног поступка и ефикасности одузимања незаконито стечене имовинске користи, с тим да међу њима посебан значај имају: законска норма; адекватност примене законске норме; ефикасност поступка откривања и доказивања извешених кривичних дела; ефикасност откривања и доказивања незаконито стечене имовинске користи; међусобни однос и

² Бејатовић, С., *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним делима насилничког карактера*, Збор. „Тероризам и друга кривична дела насилничког карактера и кривичноправни инструменти супротстављања“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Теслић, 2016.

³ Бејатовић, С., „Кривичнопроцесни инструменти ефикасности борбе против криминалитета (нормативни и практични аспект)“, *Правна ријеч*, 2015, 12, бр. 44.

сарадња субјеката откривања и доказивања; специјализација субјеката откривања и доказивања и степен злоупотребе правне норме. Само у својој узајамној повезаности свих ових предуслова испуњене су нормативне претпоставке за адекватно функционисање правне државе када је реч о њеном аспекту борбе против криминалитета уопште. Одговор на друго и треће постављено питање могуће је дати тек на основу једне детаљне стручно-критичке анализе низа норми позитивног кривичног законодавства, степена адекватности њихове примене и постигнутим резултатима у досадашњој примени. Број питања која треба да буду предмет анализе као подлоге давања одговора на овако постављена питања је велики. Једним рефератом, ма какве биле његове претензије, не могу бити обухваћена сва ова питања. С обзиром на то, овде се даје анализа само неких од њих, пре свега кривичнопроцесног карактера.

2. Ефикасност кривичног поступка као показатељ функционисања правне државе (Стање у Србији и мере унапређења)

Када је реч о кривичноправном аспекту функционисања правне државе без обзира на то о којој држави је реч, онда нема сумње да је један од кључних показатеља те њене особености управо ефикасност кривичног поступка. С обзиром на ово, не чуди чињеница што је управо питање ефикасности кривичног поступка предмет, већ дуги низ година, интензивне расправе не само у круговима стручне јавности већ и много шире.⁴ Захтев за ефикасношћу кривичног поступка је, слободно се може рећи, постао и један од важнијих особености савремене науке кривичног процесног права, савременог кривичног процесног законодавства чија решења прате тенденције науке и један од кључних показатеља функционисања правне државе.⁵ Он је, сасвим оправдано, један од кључних међународних правних стандарда из ове области као целине. Када је реч о европским интеграцијама, он је један од кључних предуслова отварања и затварања одређених поглавља (пре свега поглавља 23). Разлози давања оваквог значаја ефикасности кривичног поступка

⁴ 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.

⁵ 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, стр. 9–39.

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 као једног од кључних задатака сваке правне државе и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције.⁶ 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.⁷ 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 као задатак правне државе 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.”⁸

С обзиром на изнесени значај ефикасности кривичног поступка уопште а не само у оквирима конкретне државе у савременом кривичном процесном законодавству траже се решења којима се ствара нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак схваћен како у смислу времена његовог трајања тако и у смислу законитости пресуђења конкретне кривичне ствари. Решења присутна у савременом компаративном кривичном процесном законодавству прати и наш законодавац од почетка рада на реформи. Решења која је с овим циљем донео важећи текст ЗКП су значајна. Она су, начелно посматрано, оправдана али њихова нормативна разрада није на нивоу жељеног – на нивоу жељеног степена нормативне основе ефикасности откривања и доказивања кривичних дела и њихових извршилаца.

⁶ 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.

⁷ 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, стр. 187.

⁸ 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.

На крају, у вези са овим показатељем функционисања правне државе треба истаћи и то да је једно од значајних питања у вези са овом проблематиком и питање фактора који утичу на његову ефикасност и субјеката од чије ефикасности рада зависи та ефикасност. Полазећи од чињенице 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. Сходно овом, на ефикасност кривичног поступка, посматрано као целина, утичу бројни фактори. Међу њима кључне су следеће групе фактора. То су: законска норма; сложеност и тежина конкретног кривичног предмета; организација правосуђа; међусобни односи и сарадња процесних–кривичнопроцесних субјеката и злоупотреба права.⁹ Што се тиче субјеката од ефикасности чијег рада зависи и ефикасност поступка откривања и доказивања кривичних дела и њихових извршилаца, то су, може се слободно рећи, посматрано у ширем смислу речи, сви субјекти предистражног и кривичног поступка уопште. Међутим, и поред тачности овакве једне констатације, тачно је и то да од ефикасности рада трију субјеката овог поступка (полиције, јавног тужилаштва и суда) у највећем могућем степену зависи и његова ефикасност као целина. С обзиром на ово, када је реч о субјектима ефикасности кривичног поступка, онда посебну пажњу треба посветити управо овим субјектима.

2.1. Поједини фактори ефикасности кривичног поступка

Фактори ефикасности кривичног поступка су бројни, с тим да међу њима посебан значај имају следећи:

2.1.1. Кривичноправна норма као фактор ефикасности кривичног поступка¹⁰

Један од изузетно значајних, ако не и кључних инструмената ефикасности кривичног поступка, јесте кривично законодавство схваћено у ширем смислу значења. И у теорији и у пракси неспорна је како њихо-

⁹ О томе детаљније види: Збор. „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008, стр. 248–262.

¹⁰ Реч је о кривичноправној норми схваћеној у ширем смислу значења.

ва 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 које примењују ове норме, у немалом обиму, зависи и степен ефикасности кривичног поступка а тиме и степен успеха државе на пољу борбе против криминалитета уопште. Нема сумње, ако одређени законски текст одговара савременим захтевима борбе против криминалитета, ако његове норме налазе адекватну примену у пракси, ако се злоупотребе права своде на минималне случајеве или пак само на његове покушаје и ако је адекватна организација и функционисање полиције, суда и тужилаштва, онда је улога кривичног законодавства у борби против не само организованог криминалитета не само већа већ и значајно успешнија, и супротно. Оваква каузална повезаност између кривичног законодавства и адекватности државне реакције посебно долази до изражаја код тешких облика криминалитета. 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 адекватно кривично законодавство. Овде, као и уопште, само је адекватно кривично законодавство инструмент ефикасне борбе против криминалитета.¹¹

Када је реч о овом фактору ефикасности државне реакције на криминалитет, треба, пре свега, имати у виду следеће: *Прво*, конкретни закони, да би били у функцији ефикасне криминалне политике, морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминалитета, да буду усклађени са нашом стварношћу и да буду применљиви. Једном речју, морају, посматрано са аспекта свог садржаја, да буду ослобођени нормативног романтизма и да у себи садрже само онолико репресивности колико је то стварно неопходно. 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 зато 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

¹¹ 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. 21.

изузетно висока¹². *Друго*, општи циљ политике сузбијања криминалитета – заштита друштва од криминалитета остварује се и преко примене кривичног законодавства која мора да буде ефикасна 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 кривичноправних норми условљена је, у великој мери, и добром организацијом, функционисањем и координираним радом правосудних и других органа непосредно ангажованих на пољу борбе против криминалитета. Преко ових четирију аспеката кривично законодавство је инкорпорирано како у политику сузбијања криминалитета тако и у практичну реализацију ефикасности државне реакције на криминалитет уопште. Једном речју, представља њихову значајну компоненту у остваривању протективне функције.

Ако се прихвати основна хипотеза постављена у раду да позитивно кривично законодавство стоји у каузалном односу са степеном ефикасности борбе против криминалитета, односно да је само адекватно – савремено кривично законодавство, законодавство усклађено са друштвеном стварношћу 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 кривично законодавство Србије посматрано са аспекта свог садржаја и са аспекта његове примене у функцији ефикасне криминалне политике или не? Ако не, шта би у њему требало мењати да би оно било у тој функцији? Полазећи од већ констатоване чињенице бројности питања кривичног законодавства уопште и немогућности анализе свих у оквирима једног реферата у наставку рада покушаћемо да кроз конкретну и појединачну разраду само једног мањег броја кривичнопроцесних института 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 кривичног законодавства уопште, представљају нормативну основу ефикасности државне реакције на криминалитет. Ефикасност државне реакције на пољу борбе против криминалитета уопште зависи у немалом степену од квалитета законске норме као целине, а не само од овде анализираних одредаба. Једном речју, постоји и немали број других питања о којима се, у овоме контексту, мора водити рачуна, а о којима

¹² Види: Збор. „Законодавни поступак и казнено законодавство“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

се на овоме месту, због ограниченог обима рада, не говори али се и она морају узети у обзир.¹³

Када је реч о кривичнопроцесном законодавству Србије као инструменту државне реакције на криминалитет уопште, онда пре свега треба констатовати чињеницу да је кључни циљ преко петнаест година дугог процеса реформе нашег кривичног процесног законодавства стварање нормативне основе за што ефикасније деловање надлежних државних органа на пољу откривања и доказивања кривичних дела – стварање нормативне основе за што ефикаснији кривични поступак¹⁴. У том циљу процес реформе је донео низ новина, што је пре свега карактеристика последњег законског текста као резултата досадашњег рада на процесу реформе – ЗКП из 2011. год. Овај законски текст донео је низ новина које су, начелно посматрано, у функцији основног циља процеса реформе – у функцији стварања нормативне основе за достизање жељеног степена ефикасности откривања и доказивања извршених кривичних дела. Међутим, њихова нормативна разрада у немалом броју случајева не само да није у тој функцији већ и својом практичном применом може да да и потпуно супротан ефекат. Примера за исправност овакве једне констатације је немали број. Илустрације ради, наводимо само неке од њих.

– Минимизирање улоге суда у поступку доказивања. Једна од новина коју је донео 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.¹⁵ 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

¹³ 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.

¹⁴ Бановић, Б., *Посебне доказне радње и нови ЗКП*, Збор. „Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 142–159.

¹⁵ Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Сл. гласник, Београд, 2016, стр. 107–111.

претреса.¹⁶ Уместо раније предвиђених инструмената утврђивања истине (нпр. 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.¹⁷ Избацивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, па тиме и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, засигурно није у функцији ефикасности кривичног поступка а тиме ни у функцији адекватности државне реакције на криминалитет уопште. Уз то, овакво решење довело је и до немалог броја нелогичности других законских решења која такође нису у контексту ефикасности кривичног поступка, а тиме ни у функцији адекватности надлежних државних органа на пољу борбе против криминалитета, што посебно долази до изражаја код његових најтежих облика. 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 њена не(ефикасност).* 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 целине¹⁸ као једног од кључних

¹⁶ Бурђић, В., *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редеофинисаним начелима кривичног поступка*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 74–78.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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) тужилачког 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.¹⁹ 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 међународних аката 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

¹⁹ 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.

принципа на којима почива овај концепт.²⁰ С обзиром на ово, 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 предузимање 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.²¹

Изнесена и не само изнесена решења новог концепта истраге предмет су, чини се сасвим оправдане, немале критике стручне јавности

²⁰ 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.

²¹ 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.

Србије и као таква могу оправдано довести у питање функционисање новог концепта истраге у складу са очекиваним. Није мали број решења новог концепта истраге овог карактера. Примера ради, наводимо само три. *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 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 – не²²;

– *Нелогичности нормирања поједностављених форми поступања у кривичним стварима.* Једна од особености процеса реформе као целине јесте стално ширење поља могућности примене поједностављених форми поступања. Посматрано у овом контексту, озакоњење института споразума о признању кривице једна је од важнијих особености које је донео процес реформе. 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 пуну оправданост и стално је присутан тренд ширења његове примене²³. Међутим, за разлику од изворних решења ЗКП из 2011. год., доноси бројне новине у нормативној разради овог института. Нпр. предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела.²⁴ Или, ту је одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Затим, против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе и сл. Не упуштајући се у набрајање других одредаба Законика о споразуму²⁵, чини се да се наведене, и не само наведене, одредбе којима је нормативно разрађен споразум у ЗКП РС из

²² О другим критикама овог концепта истраге 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.

²³ 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.

²⁴ Упореди чл. 282а претходног ЗКП и чл. 313 ст. 1 новог ЗКП РС.

²⁵ О томе опширније види: Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015.

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, 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*, обавезан елементар текст 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 решења²⁶ желела предвидети могућност да се странке договоре само о распону казне а да се суду препусти да, у случају прихватања споразума, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне. *Четврто*, 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 аргуме-

²⁶ Случај пре свега са САД (Види: Бркић, С., *Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2003, бр. 1–2; Дамашка, М., „Судбина англоамеричких процесних идеја у Италији“, *Хрватски њетопис за казнено право и праксу*, Загреб, Vol. 13, 2006, бр. 1.

ната 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. *Даље*, 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.²⁷

Или, када је реч о скраћеном кривичном поступку онда и поред оправданости ширења поља његове примене присутне су и 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 поступку код свих кривичних дела за која се кривично гоњење предузима по приватној тужби.²⁸ Веома је тешко, ако не и немогуће, наћи аргументе оправданости ових двају решења. Отуд став аутора да она нису не само у функцији ефикасности кривичног поступка посматрано уопште већ ни у складу са природом ове поједностављене форме поступања у кривичним стварима.

– *Припремно рочиште и (не)ефикасност главног претреса*. Једна од немалог броја новина уређења главног претреса према важећем тексту ЗКП 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 ефикасности²⁹. Уз то, на овај начин се и омогућава обострано „отварање

²⁷ О критикама других решења споразума види: Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015.

²⁸ 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.

²⁹ 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)“,

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.³⁰

Обавезност 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 обавезно је 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 о томе обавести 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 припремном 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

Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 204–214.

³⁰ Шкулић, М., „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот*, бр. 9, том I, Београд, 2010, стр. 587–611.

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 одржава се пред председником већа, без присуства јавности. *Треће*, у позиву за припремно рочиште председник већа ће упозорити странке и оштећеног да се на припремном рочишту може одржати главни претрес³¹. *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 оправдано, 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 истраге³².

– *Систем правних лекова и (не)ефикасност кривичног поступка*. Процес реформе кривичног процесног законодавства донео је низ новина и код система правних лекова. Одређени број новина у функцији је нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка, а тиме и адекватности државне реакције на криминалитет. Случај нпр. са обавезом пресуђења од стране другостепеног суда ако је у истом предмету првостепена пресуда већ једанпут укидана. Или, ту је и прописивање рокова за поступање – одлучивање по уложеном правном леку и сл³³. Но, са друге стране, постоје и решења која нису у функцији циља предвиђања могућности права на употребу правног лека, а тиме ни у функцији ефикасног решења кривичне ствари. Случај нпр. са институтом одлучивања првостепеног суда поводом уложене жалбе. Суштина института огледа се у томе да у случају да су у жалби изнете чињенице и предложени нови докази који, према оцени председника већа првостепеног суда, могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања, веће ће

³¹ 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).

³² 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.

³³ Види: Шкулић, М., *Жалба као редован правни лек (Појам, врсте и основне карактеристике)*, Збор. „Правни лекови у кривичном поступку (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)“, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016, стр. 117–146.

поново отворити главни претрес и наставити доказни поступак . Против нове пресуде првостепеног суда којом је потврђена или преиначена ранија пресуда може се изјавити жалба у складу са одредбама Законика (чл. 443 ст. 2–4). Решење представља до сада потпуно неуобичајени законски механизам са становишта нашег досадашњег кривичног поступка и није сасвим јасан *ratio legis* такве законске могућности. Вероватно је жеља законодавца да на такав начин растерети другостепени суд и убрза поступак. Но, имајући у виду да се против нове пресуде првостепеног суда којом је потврђена или преиначена ранија пресуда може изјавити жалба, оправдано је питање колико се оваквим једним решењем постиже тај циљ. Слично је и са несагласности појединих основа могућности изјављивања жалбе (погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање као жалбени основ) и поприлично пасивном улогом суда у утврђивању чињеничног стања уопште.³⁴

2.1.2. Адекватност примене законске норме и ефикасност кривичног поступка

Као што је то већ истакнуто, адекватна кривичноправна норма један је од кључних предуслова ефикасности кривичног поступка, али не безусловно. Неопходна је и адекватна примена такве норме. Само у ситуацијама када имамо адекватну законску норму и њену адекватну примену, можемо говорити о створеним предусловима за ефикасан кривични поступак. Свако одступање од тог доводи до несклада између нормативног и реалног, између оног што је законом прописано и оног што се дешава у практичној примени закона. Органи који примењују закон не могу да у таквом степену дерогирају законска решења, да их чине бесмисленим и претварају у декларативне одредбе. Између нормативног и апликативног аспекта законске норме мора да се успостави једна нормална и рационална еквиваленција, да и на једној и на другој страни постоји осећај вредности о стварним друштвеним потребама и криминално-политичким захтевима у прописивању појединих института и решења уопште и њиховој примени у пракси. Само у таквом случају, кривично процесно законодавство конкретне државе у функцији је жељеног степена ефикасности кривичног поступка, а тиме и у функцији превенције

³⁴ Опширније види: Бејатовић, С., *Правни лекови у кривичном поступку као инструменти законитости решења кривичне ствари (Појам, врсте, стање и искуства у примени)*, Збор. „Правни лекови у кривичном поступку (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016, стр. 9–30.

криминалитета. Превентивна функција законске норме уопште, а тиме и норми кривичног процесног права, није толико у њеној строгости колико у неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени зато прописани законски услови.

2.1.3. Међусобни однос и сарадња субјеката кривичног поступка као фактор ефикасности

Један од фактора који утиче и на степен ефикасности државне реакције на криминалитет јесте и међусобни однос и сарадња субјеката откривања и доказивања. Однос и сарадња субјеката откривања и доказивања кривичних дела, да би били у функцији ефикасности, 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 и сарадње зависи од фазе поступка. Тако нпр. већ у предистражном поступку мора да дође до изражаја професионалан ангажован однос између полиције и јавног тужица као руководиоца предистражног поступка, а у истрази такав однос мора да постоји 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 која је донео важећи ЗКП када је реч о процесном положају браниоца у кривичном поступку³⁵. Слично овом, такав однос треба да буде 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 од-

³⁵ 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.

луке. 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 зависи пре свега од степена сарадње ових субјеката³⁶.

2.1.4. 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 ЗКП 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”,³⁷ 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. Тако нпр. међу онима који у таквом случају доводе до одуговлачења кривичног по-

³⁶ Бејатовић, С., *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним делима насилничког карактера*, Збор. „Тероризам и друга кривична дела насилничког карактера и кривичноправни инструменти супротстављања“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Теслић, 2016.

³⁷ Види: Ђурђић, В., *Злоупотреба власти органа кривичног гоњења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1996, Тематски број “Злоупотреба права”; Марковић, М., *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, 1937.

ступка 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 иако 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;³⁸ 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 непрекидности тока главног претреса. Став аутора, и не само аутора³⁹, 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.⁴⁰ Злоупотребу права као фактор ефикасности кривичног поступка није увек лако утврдити. Међутим, и поред тих тешкоћа, злоупотреба права не сме да буде толерисана.

³⁸ Ђурђић, В., *Злоупотреба власти...*, стр. 345.

³⁹ 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, стр. 88–124.

⁴⁰ 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.

2.1.5. Одузимање незаконито стечене имовинске користи као показатељ функционисања правног система (Стање у Србији и мере унапређења)

Један од даљих не само изузетно важних већ и неизоставних показатеља функционисања правне државе на пољу борбе против криминалитета у чијој основи стоји стицање имовинске користи јесте ефикасно одузимање незаконито стечене имовинске користи. Само у ситуацијама када имамо ефикасно одузимање незаконито прибављене имовинске користи може се рећи да функционише правна држава. У противном, не само да тога нема већ то може да буде и сигнал да се исплати вршење ове врсте криминалитета. Бројни су криминално-политички разлози неопходности што потпуније практичне примене ове мере. Међу њима посебно се истичу четири. То су: *Прво*, спречавање инфилтрације незаконито стечених прихода у легалне финансијске токове. Један од кључних циљева извршилаца кривичних дела која се врше ради стицања имовинске користи јесте инфилтрација незаконито стечених прихода у легалне финансијске токове и на тај начин њихово касније несметано коришћење. С обзиром на ово, ако једно друштво хоће да се успешно бори против криминалитета, оно мора да обезбеди и инструменте спречавања инфилтрације незаконито стечених прихода у легалне финансијске токове, а један од важнијих инструмената с тим циљем је одузимање имовине стечене криминалним активностима пре њене инфилтрације у легалне финансијске токове. *Друго*, смањење могућности каснијег улагања у даље криминалне активности. Једна од особености функционисања криминалних група уопште, а посебно оних чији је циљ стицање имовинске користи, јесте стално ширење њихове криминалне зоне и на тај начин увећавање њихове финансијске моћи. Основни начин остварења оваквог њиховог циља је улагање већ криминалним активностима прибављених средстава у даље криминалне активности. Спречавањем таквих путева њиховог функционисања не само да се смањује већ и прекида могућност улагања у даље криминалне активности, што за своју крајњу последицу има и престанак њиховог рада. Због овог, предвиђање и практична примена инструмената којима се онемогућава касније улагање у нове криминалне активности изузетно је важан фактор борбе против криминалитета у чијој основи је мотив незаконитог стицања имовинске користи. Начин његовог остварења управо је благовремено и потпуно одузимање имовине стечене криминалним активностима. *Треће*, слабљење моћи криминалних

организација, а потом и њихово потпуно уништење. Функционисање једне криминалне, као уосталом и било које друге организације, захтева и финансијска средства. Без њиховог обезбеђења не само да нема њиховог “успешног” функционисања већ ни функционисања уопште. Један од кључних инструмената постизања овог циља управо је одузимање имовинске користи стечене криминалним активностима, и то посебно у случајевима када је оно благовремено и потпуно. Четврто, превентивна функција кривичног права, посматрано уопште, значајно добија на свом интензитету и тиме се даје значајан допринос смањењу криминалних активности уопште, што је управо и најбољи показатељ функционисања правне државе.

С обзиром на изнесени значај ефикасног одузимања незаконито стечене имовинске користи мора се, пре свега поставити питање: Које су то претпоставке за адекватну практичну реализацију ове мере, да ли су оне испуњене у Републици Србији и ако не, шта би требало предузети у циљу њиховог испуњења? Посматрано са аспекта претпоставки адекватног превентивног и репресивног деловања државе на пољу борбе против криминалитета у чијој основи је незаконито стицање имовинске користи, као и криминалитета уопште, може се констатовати њихова бројност. Но, кључне су четири. То су :

1. *Адекватна законска норма.* И у теорији и у пракси кристално је јасно да је законска норма један од кључних предуслова адекватности и одузимања незаконито стечене имовинске користи. Али не безусловно. Да би конкретни законски текстови били адекватни инструменти борбе против криминалитета посматрано и са овог аспекта они морају да испуњавају одређене услове. Међу њима су кључна два. Да буду усклађени са захтевима савремене кривичноправне науке, релевантним међународним правним актима и компетентним компаративним законодавством из те области. Друго, да буду усклађени са захтевима времена у којем се примењују и конкретним приликама простора на којем налазе своју примену. Само онај законски текст који по свом садржају одговара овим захтевима (и у превентивном и репресивном смислу) инструмент је успешног одузимања незаконито стечене имовинске користи. У противном, он представља декор без употребне вредности. Само у случајевима када конкретни законски текстови обезбеђују ефикасно одузимање имовинске користи стечене вршењем кривичног дела они су у функцији

- ефикасне борбе против криминалитета не само овог карактера већ и уопште. У противном, они могу да буду и један од фактора у одлучивању да ли извршити криминалну активност или не.
2. *Искључење злоупотребе законске норме или пак њено свођење на најминималнију могућу меру.* Да би законска норма била адекватан инструмент одузимања незаконито стечене имовинске користи, не сме да буде злоупотребљена. Мора да буде примењена у њеном духу – у смислу озакоњења.
 3. *Адекватна примена законске норме.* Да би законска норма била адекватан инструмент и овог аспекта борбе против криминалитета, мора да буде и адекватно примењена. Само у ситуацијама када је норма која одговара предње изнесеним захтевима адекватно примењена она има јако и превентивно и репресивно дејство. Примена норме не сме да буде селективна. Под њен удар морају да дођу сви они који су је прекршили.
 4. *Ефикасна примена законске норме* овог карактера схваћена у њеном квалитативном и квантитативном смислу.

Имајући у виду његову садржину, као и све оно што је досадашњи резултат његовог доношења, може се рећи да је доношењем Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела⁴¹ у Републици Србији створена доста добра нормативна основа за жељени степен ефикасности одузимања незаконито стечене имовинске користи. Доношењем посебног закона у вези са овом проблематиком створена је нормативна основа за брзо и ефикасно реаговање државе по овом питању. Створена је нормативна основа за деловање специјализованих – посебно обучених органа за одузимање имовине стечене криминалним активностима и за неопходну примену посебних истражних техника откривања и доказивања незаконито стечене имовинске користи. Једном речју, усаглашено је наше кривично законодавство са међународним правним стандардима из ове области⁴².

⁴¹ „Сл. гласник РС“, бр. 32/13.

⁴² Види: Бејатовић, С., *Одузимање незаконито стечене имовине и превенција криминалитета*, Збор. „Кривичне и прекршајне санкције и мере: Изрицање, извршење и условни отпуст“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2016, стр. 68.

* * *

Извршена анализа двају кључних показатеља функционисања правне државе (ефикасност кривичног поступка и одузимање незаконито стечене имовинске користи) показује да су они, у немалом степену, посматрано са аспекта норме, у функцији жељеног степена функционисања правне државе. Истина, нормативна разрада неких од решења у кривичном процесном законодавству није у функцији жељеног степена нормативне основе за потребну ефикасност кривичног поступка. Број таквих решења није мали (случај нпр. са новим концептом истраге, немалим бројем питања поједностављених форми поступања, припремним рочиштем, системом правних лекова и сл.). С обзиром на ово, неопходно је наставити рад на реформи кривичног процесног законодавства и у истом обезбедити адекватнију нормативну основу за жељени степен ефикасности кривичног поступка као кључног показатеља степена функционисања правне државе.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бановић, Б., *Посебне доказне радње и нови ЗКП*, Збор. „Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
2. Бановић, Б., *Полиција и нова решења у ЗКП*, Збор. “Нова решења у казним законодавству и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013.
3. Бејатовић, С., *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним делима насилничког карактера*, Збор. “Тероризам и друга кривична дела насилничког карактера и кривичноправни инструменти супротстављања“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Теслић, 2016.
4. Бејатовић, С., *Правни лекови у кривичном поступку као инструменти законитости решења кривичне ствари (Појам, врсте, стање и искуства у примени)*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.

5. Бејатовић, С., *Одузимање незаконито стечене имовине и превенција криминалитета*, Збор. „Кривичне и прекршајне санкције и мере: Изрицање, извршење и условни отпуст”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2016.
6. Бејатовић, С., „Кривичнопроцесни инструменти супротстављања организованом криминалитету и корупцији“, *Право и правда*, 2014, год. 13, бр. 1.
7. Бејатовић, С., *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије (доследност или не)*, Збор. „Кривично законодавство – de lege lata et de lege ferenda”, Бања Лука, 2015.
8. Бејатовић, С., „Кривичнопроцесни инструменти ефикасности борбе против криминалитета (нормативни и практични аспект)“, *Правна ријеч*, 2015, год. 12, бр. 44.
9. Бугарски, Т., *Основни улагања жалбе и законитост решења кривичне ствари*, Збор. „Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.
10. Бубаловић, Т., *Одлуке вишег суда о жалби против казнене пресуде – Законско уређење и нека искуства у пракси судова Републике Хрватске*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.
11. Ђурђић, В., *Злоупотреба власти органа кривичног гоњења*, Збор. “Злоупотреба права”, Правни факултет, Ниш, 1996.
12. Ђурђић, В., *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
13. 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.
14. Радуловић, Д., *Систем правних лекова и реформа Законика и кривичном поступку Црне Горе (норма и пракса)*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.

15. Илић, Г., *Јавни тужилац као једини субјекат права на подношење захтева за заштиту законитости – Да или не?*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.
16. 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.
17. Ивичевић Карас, Е., *Сустав правних лијекова и реформа хрватског казненог поступка (Основне значајке и искуства у примјени)*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.
18. Лажетић-Бужаровска, Г., *Реформа кривичног процесног законодавства Македоније и систем правних лекова (закон и пракса)*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.
19. Sieber, U., *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009.
20. Симовић, М., *Уставно право на жалбу у кривичним стварима: Међународни стандарди и пракса у Босни и Херцеговини*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.
21. Сијерчић-Чолић, Х., *Актуелна питања кривичног поступка у БиХ*, Збор. „Актуелна питања кривичног законодавства“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
22. 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.
23. Фишер, З., *Правни лекови у кривичном поступку у Словенији*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства, искуства у примени и мере унапређења”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016.

24. Шкулић, М., *Жалба као редован правни лек (Појам, врсте и основне карактеристике)*, Збор. “Правни лекови у кривичном поступку – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2016, стр. 117–146.
25. 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.
26. 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 у Србији, Београд, 2013.
27. Шкулић, М., Илић, Г., *Реформа у стилу “Један корак напред – два корака назад”*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
28. 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.

Stanko Bejatović, PhD,
Full Professor at Faculty of Law, University in Kragujevac

CRIMINAL PROCEDURE INDICATORS OF FUNCTIONING OF A LEGAL STATE

Summary

There are two criminal procedure indicators that are subject of analysis in this paper, which, according to the author, represent key indicators when it comes to the subject in question. Those are: efficiency of criminal procedure, and efficient illegal assets confiscation. Among significant number of analysed issues, special attention was given to those that refer to: general remarks on criminal procedure indicators of functioning of a legal state where it was established that they are numerous and have different levels of importance. Further, there are also issues that refer to the idea and certain factors of criminal procedure efficiency (legal norms: adequacy of use of a legal norm; efficiency of procedure of detection and documentation of committed criminal acts: relationship and cooperation between subjects of detection and documentation: specialization of subjects of detection and documentation, and a degree of abuse of a legal norm). Respectively, matters of assumptions of efficient confiscation of illegally acquired assets (e.g. case with use of special investigative techniques and actions for documentation, and specialization of subjects of detection, demonstration and confiscation of illegally acquired assets). These, as well as other issues, were examined from three aspects (theoretical, criminal and political reasons for legalization of certain organisations, and a practical one). Besides that, in the paper were given significant suggestions de lege ferenda, which, according to the author, should contribute to the desired level of criminal procedure efficiency and illegal assets confiscation efficiency as key indicators of functioning of a legal state.

Key words: legal state, functioning, criminal procedure norm, efficiency of criminal procedure, court, public prosecutor's office, police, suspect, defendant, crime, confiscation of illegally acquired assets.

ZNAČENJE POJMOVA „OSNOVANA SUMNJA“ I „NALOG ZA PRETRES STANA“ U KONTEKSTU ČETVRTOG AMANDMANA NA USTAV SAD

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović*

***Apstrakt:** Četvrti amandman na Ustav SAD osigurava da nema izdavanja naloga za pretres ili hapšenja, osim ako postoji „osnovana sumnja“ da je izvršeno krivično djelo. Međutim, izraz „osnovana sumnja“ je apstraktan. U osnovi, to znači da službenici za sprovođenje zakona moraju imati pouzdan dokaz da bi svaka razumna osoba pomislila da je hapšenje ili pretres opravdano (više nego da nije). Iako Četvrti amandman na Ustav SAD ne iziskuje izričito postojanje osnovane sumnje i u slučaju hapšenja i pretresa bez naloga suda, sudska praksa zahtijeva da takva sumnja bude predstavljena i u ovom slučaju.*

Način na koji je određeno postojanje osnovane sumnje prije hapšenja ili pretresa nije isti u slučajevima bez naloga, kao i sa sudskim nalogom. U prvom slučaju sam službenik za sprovođenje zakona određuje kada postoji osnovana sumnja. U drugom slučaju to procjenjuje nezavisni sudija. U svakom slučaju, postojanje osnovane sumnje mora kasnije biti ocijenjeno od strane sudećeg sudije na zatvorenom saslušanju (da bi se odredilo da li je određeni dokaz pribavljen kršenjem Četvrtog amandmana i zato neprihvatljiv).

U većini slučajeva niz činjenica koje određuju osnovanu sumnju za potrebe izdavanja naloga bi takođe predstavljale ovu sumnju u situacijama gdje je dozvoljen pretres ili hapšenje bez naloga. Vrhovni sud SAD ukazao je na to da se u vrlo strogim slučajevima može upotrijebiti nešto niži standard za

* Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i član Evropske akademije nauka i umjetnosti.

osnovanu sumnju kada se pretres ili hapšenje obavlja bez sudskog naloga, ali je uopšteno mjerilo isto za oba slučaja.

Ključne riječi: *Ustav SAD, osnovana sumnja, nalog za pretres, hapšenje, dokaz, sudija, policija.*

1. Uvodne napomene

Iako se zahtijeva osnovana sumnja i za pretres i hapšenja, značenje ovog termina nije isto u dvije situacije. Za postojanje osnovane sumnje za hapšenje lica, dva razloga moraju biti opravdana suštinskim, vjerodostojnim dokazima: a) da je počinjeno kršenje zakona i b) da je lice koje se hapsi učinilo krivično djelo. Osnovana sumnja za pretres određenih prostorija mora biti podržana činjenicom da: a) je određeni predmet radi kojeg se vrši pretres povezan sa kriminalnim aktivnostima i b) će se ti predmeti biti nađeni na mjestu na kome se vrši pretres¹.

Svaka vjerodostojna informacija može se uzeti u obzir u određivanju postojanja osnovane sumnje za pretres ili hapšenje, čak i ako podaci ne bi bili dopustivi na suđenju. Na ovaj način, policija može koristiti glasine (hearsay) kao dio svog predstavljanja osnovane sumnje ili čak prethodne kriminalne evidencije osumnjičenog. Pouzdanost informacija će, naravno, zavisiti dijelom od tih izvora, a određene vrste podataka (na primjer, prethodne kaznene evidencije) nikada neće biti dozvoljene za određivanje osnovane sumnje. Međutim, sudija (eng. magistrate²) može uzeti u obzir bilo kakve dokaze (bez obzira na njihovo porijeklo) u donošenju odluke za postojanje ove sumnje.

Samo argumenti koji su prezentovani sudiji koji izdaje nalog – mogu biti osnovana sumnja za izdavanje naloga. Nalog ne može biti povratno odobren na osnovu policijskog dokaza – da su postojale ostale činjenice koje nisu iznijete sudiji³. U stvari, glavna opravdanost za dobijanja naloga je da se ostvari pisani zapis s kojim bi se osnovana sumnja kasnije mogla razmotriti.

¹ Policija može imati pouzdan dokaz da je određeni pojedinac počinio određeno krivično djelo, ali nema razloga vjerovati da bi se dokaz o krivičnom djelu mogao naći u domu osumnjičenog. U toj situaciji bi postojala osnovana sumnja za hapšenje, ali ne i za pretres.

² U značenju: sudija, magistrat u kome sudi neplaćeni sudija, mirovni sudija, pravno obrazovani službenik. U daljem tekstu: sudija.

³ Potreba da se opravdanost naloga analizira samo na osnovu činjenica iznesenih sudiji, traži od policije da zabilježi stanje njihovih informacija prije pretresa ili hapšenja. Oni su tako spriječeni da obavljaju pretres bez postojanja osnovane sumnje, otkrivajući nove dokaze prilikom pretresa i izjavljivanjem na zatvorenom saslušanju da su znali te nove činjenice sve vrijeme.

Kao što Vrhovni sud SAD⁴ kaže, pozivajući se na pravilo potrebe pisane izjave da bi se sudilo samo za informacije predstavljene sudiji, „suprotno pravilo bi, naravno, dalo beznačajne uslove za nalog iz Četvrtog amandmana“.⁵

U nekim slučajevima službenik će, tražeći usmeno nalog, prezentovati sudiji dokaze koji nisu sadržani u službenikovoј pisanoј izjavi u zahtjevu. Usmena informacija će se razmatrati na kasnijem zatvorenom saslušanju, da bi se utvrdilo da li je osnovana sumnja za izdavanje nalog prvobitno postojala⁶.

Nalog za pretres će se poništiti na osnovu iskaza da je korišćeno lažno svjedočenje policajca za dobijanje naloga. U *Franks v. Delaware*⁷ Vrhovni sud je smatrao da u slučaju gdje branilac može pokazati, na osnovu prednosti dokaza, da pisana izjava korišćena za dobijanje naloga sadrži lažno svjedočenje pod zakletvom ili „bezobzirnu nemarnost za istinu“, a ostatak pisane izjave ne sadrži valjan materijal za utvrđivanje osnovane sumnje – nalog će biti proglašen nevažećim.

Vrhovni sud je u slučaju *Franks* utvrdio da jednom kada osumnjičeni pokaže „stvarno prethodno prikazivanje“ da izjava sadrži krivokletstvo i nemarnost osobe pod zakletvom, ima pravo na saslušanje na kome može ispitati policajca koji je zatražio nalog i svakog drugog svjedoka. Međutim, *Franks* ne dopušta osumnjičenom da opovrgne nalog samo zato što sadrži netačne informacije; on mora dokazati stvarno krivokletstvo i lažno svjedočenje od samog davaoca izjave.

Nalog neće biti smatran nevažećim ako se kasnije ispostavi da je policija pogrešno vjerovala informacijama koje su date sudiji. „Validnost naloga mora biti određena na osnovu informacija koje su otkrili službenici ili koji su imali dužnost da otkriju – da bi ih dostavili sudiji“⁸. Nekoliko predmeta Vrhovnog suda ukazuju da vjerovatnoća događaja mora biti najmanje 50 odsto⁹.

⁴ U daljem tekstu: Vrhovni sud.

⁵ *Whiteley v. Warden*, 401 U.S. 560 (1971). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/560/case.html> (datum pristupa 22.7.2016).

⁶ *Frazier v. Roberts*, 441 F.2d 1224 (1971). Dostupno na www.leagle.com/decision/19711665441F2d1224_11307 (datum pristupa 22.7.2016).

⁷ 438 U.S. 154 (1978). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/154/case.html> (datum pristupa 22.7.2016).

⁸ *Maryland v. Garrison*, 480 U.S. 79 (1987). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/79/case.html> (datum pristupa 22.7.2016).

⁹ U slučaju *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963) policija je imala informacije da je lice po imenu „Blackie Toy“, koji je radio u praonici rublja u ulici Leavenworth, prodavalo heroin. Bilo je nekoliko lica sa nadimkom Toy koji su vodili praonice u toj ulici i hapšenje jednog od njih smatralo se da je izvršeno bez osnovane sumnje jer policija nije mogla da dokaže da je imala informacije bilo koje vrste koje su suzile obim pretrage na određenog Toya. U slučaju *Mallory v. U.S.*, 354 U.S. 449 (1957)

Odluka sudećeg sudije da li postoji osnovana sumnja jeste „mješovita odluka prava i činjenica“ – sudija to čini pronalaženjem činjenice (u odnosu na ono što policija zna ili je znala) i zaključkom o pravu (u odnosu na pravne zaključke koji će biti izvučeni iz tog znanja). Kada se odluka o osnovanoj sumnji poslije ponovo razmatra na suđenju pred žalbenim sudom, ova mješavina prava i činjenica predstavlja problem, jer saznanja o činjenicama mogu da se obore na suđenju samo kada su „definitivno pogrešna“, a pravni zaključci se ponovo razmatraju „de novo“ (ispočetka), bez određenog poštovanja prema saznanjima nižih sudova¹⁰.

2. Određene informacije kojima se utvrđuje osnovana sumnja

U nekim situacijama osnovana sumnja za pretres ili hapšenje može se utvrditi na osnovu ličnih saznanja policajca. U slučaju hapšenja, na primjer, neke vrste dokaza kojima policajac može da stekne uvid “iz prve ruke” i mogu da doprinesu osnovanoj sumnji su: bježanje osumnjičenog kada mu policajac priđe; fizički dokazi (npr. otisci stopala ili ruku određenih lica); dobrovoljno priznanje osumnjičenog; sumnjivo ili tajnovito ponašanje; prethodni kriminalni dosije osumnjičenog i prisustvo osumnjičenog u zoni gdje su zločini česti. Iako mnogo različitih informacija mogu da doprinesu zaključku da postoji osnovana sumnja, punovažna vrijednost svake od njih mora biti pažljivo razmotrena od strane sudije (ili policajca koji je postupao bez naloga). Kako je Vrhovni sud istakao u slučaju *Beck v. Ohio*¹¹: „Ne smatramo da je saznanja policajca o fizičkom izgledu podnosioca žalbe i prethodnom dosijeu nedopustivo ili potpuno irelevantno u slučaju osnovane sumnje... Ali, smatrati da saznanje o jednoj ili obje ove činjenice čine vjerovatnom osnovanu sumnju – bilo bi isto kao i smatrati da bilo ko sa prethodnim kriminalnim dosijem može biti uhapšen tek tako“.

Nerijetko, informacija na kojoj se zasniva osnovana sumnja potiče od informanata koji su i sami umiješani u kriminalne aktivnosti. Budući da po-

policija je imala informaciju da je jedno silovanje počinio maskirani crnac. Uhapsili su trojicu crnaca koji su imali pristup podrumu u kom se silovanje odigralo. Vrhovni sud je smatrao da nedostaje osnovana sumnja u svakom od ovih hapšenja. Uloga policije nije da redom hapsi ljude i da koristi proces ispitivanja u policijskim stanicama da bi utvrdili koga treba da optuže prije nego što informišu sudiju o osnovanoj sumnji.

¹⁰ U slučaju *Ornelas v. U.S.*, 517 U.S. 690 (1996) Vrhovni sud je istakao da ukoliko apelacioni sud vjeruje da određeno znanje policije nije bilo dovoljno za osnovanu sumnju, sud će promijeniti odluku čak i ako je prvostepeni sud našao da to znanje daje tu sumnju, a apelacioni sud veruje da je to približno.

¹¹ 379 U.S. 89 (1964). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/89/case.html> (datum pristupa 25.7.2016).

licijski *informanti* često imaju korist od toga da budu u „milosti“ policajaca, obezbjeđujući informacije sumnjive istinosne vrijednosti, sudovi uglavnom primjenjuju stroge testove da bi odredili da li informacije informanata utvrđuju osnovanu sumnju.

2.1. Test „ukupnost okolnosti“¹²

Vrhovni sud je odlučio da na pitanje da li informacija koju daje informant predstavlja osnovanu sumnju za pretres ili hapšenje – treba da bude odgovoreno „ukupnošću okolnosti“¹³. U suštini, ovo znači da u slučaju koji uključuje informacije od informanta, osnovana sumnja će biti riješena u suštini na isti način kao i u slučajevima gdje činjenice potiču iz drugih izvora. Slučaj *Gates* je veoma bitan jer eksplicitno obara stroži test za utvrđivanje osnovane sumnje u slučajevima informanata koji je Vrhovni sud koristio duže od 20 godina.

Aguillarov test „sa dva kraka“¹⁴ je stariji, restriktivniji za utvrđivanje osnovane sumnje i potiče iz slučaja *Aguilar v. Texas*¹⁵. U *Aguillaru* (kako se opširno govori u slučaju *Spinelli v. U.S.*¹⁶) je konstatovano da materijal koji se dobije od informanata može da bude dovoljan da se utvrdi osnovana sumnja za nalog za pretres ili hapšenje, ali samo ako su oba od uslova ispunjeni (oba kraka ovog testa). Prvi krak: morali su da postoje dokazi (obično u obliku pisane izjave službenog lica koji traži nalog) da je informant „pouzdan svjedok“¹⁷ (bilo zato što je bio pouzdan u prošlosti ili usljed posebnih razloga na osnovu kojih može da se vjeruje da su njegove informacije u ovom određеном slučaju pouzdane). Drugi krak: postojanje činjenica koje pokazuju „bazu saznanja“ informanta, tj. određena sredstva na osnovu kojih je došao do informacija koje je pružio policiji.

Slučaj *Spinelli* i slučajevi sa nižih sudova koji su uslijedili posle njega dosljedno su tretirali ova dva kraka kao međusobno apsolutno nezavisna, tako da je svaki krak morao da bude ispunjen prije nego što je utvrđena osnovana sumnja. Čak i nevjerovatno jak dokaz da je informant uvijek bio pouzdan ili

¹² Eng. totality of (the) circumstances test.

¹³ Vidjeti *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). Dostupno na www.casebriefs.com/.../arrest-search-and-seizure/illinois-v-gates-2 (datum pristupa 25.7.2016).

¹⁴ Eng. Aguilar’s “two-pronged” test.

¹⁵ 378 U.S. 108 (1964). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/108/case.html> (datum pristupa 25.7.2016).

¹⁶ 394 U.S. 410 (1969). Dostupno na www.4lawschool.com/criminal/spinelli.htm (datum pristupa 25.7.2016).

¹⁷ Eng. reliable witness.

skoro sigurno tačno govori – nije mogao da nadomjesti nemogućnost da se sudiji otkrije kako je informant došao do informacija koje je dao u izveštaju. Nasuprot tome, čak i detaljna tvrdnja kako je *informant* došao do činjenica koje nudi – nije mogla da otkloni potrebu za dokazima o pouzdanosti informanta. Međutim, ispunjenje bilo kojeg ili (oba) kraka Aguillarovog testa može da se postigne ako je policija obezbijedila „potkrepljenje“¹⁸ informacije koja se razlikuje od izvještaja informanta¹⁹.

2.2. Odustajanje od Aguillarovog testa u slučaju Gates

Illinois v. Gates je direktno oborio Aguillar/Spinelli test sa dva kraka. Od tada, sve dok sudija može opravdano odlučiti da na osnovu informacije informanta, a i drugih dostupnih činjenica, postoji osnovana sumnja da se vjeruje da je pretres ili hapšenje opravdano – on može i da izda nalog.

U slučaju Gates policija u Bloomingtonu je primila anonimno pismo u kome se tvrdi da par Susan i Lance Gates diluju drogu, da će Suzan otići automobilom na Floridu 3. maja, a da će Lance sletjeti avionom nedugo zatim i vratiti auto nazad sa drogom u prtljažniku u vrijednosti od 100.000 dolara. Policija je potvrdila da jedan Lance Gates živi u Bloomingtonu i da na njegovo ime postoji rezervacija za let do West Palm Beacha za 5. maj. Federalni policajci držali su Lancea pod prismotrom kada je sletio u West Palm Beach, pratili ga do hotelske sobe rezervisane na Susanino ime i vidjeli Gatesa i neku ženu (vjerovatno Susan) kako se voze ka sjeveru (auto-putem) sutradan rano izjutra, u automobilu koji je registrovan na Lanceovo ime. Policija iz Bloomingtona, navodeći ove činjenice, dobila je nalog za pretres kuće Gatesovih i njihovog automobila. Kada su Gatesovi stigli u Bloomington, policija je već čekala i pretresla njihov automobil i kuću, te pronašla drogu na oba mjesta. Vrhovni sud je zaključio da je postojala osnovana sumnja za izdavanje naloga za pretres. Dolazeći do ovog zaključka, Sud je ostavio po strani Aguillarov

¹⁸ Eng. corroborating.

¹⁹ U slučaju *Draper v. U.S.* 358 U.S. 307 (1959) informant (koji je prethodno bio pouzdan, te na taj način ispunjavao jedan krak Aguillarovog testa) je tvrdio da će Draper dilovati heroin. Informant nije rekao policiji kako je došao do ove informacije (tako da nije ispunio drugi krak Aguillarovog testa), ali je tvrdio da je osumnjičeni otišao za Čikago vozom jedan dan ranije i da će se vratiti u Denver vozom sa heroinom jednog od dva navedena jutra. Potkazivač je takođe opisao i uz mnoge pojedinosti odjeću koju će osumnjičeni nositi kad izađe iz voza. Kada je policija presrela voz koji je dolazio iz Denvera jednog od navedenih jutara, ugledali su muškarca čija je odeća u potpunosti odgovarala opisu koji je dao informant. To što su policajci vidjeli muškarca koji je bio tako obučen – bilo je dovoljno da potkrijepi da je informant imao odgovarajuću osnovu za informaciju koju je dao. Vrhovni sud je tako presudio, ne u slučaju *Draper*, ali jeste u daljim raspravama o slučaju *Draper* – u slučaju *Spinelli*.

zahtjev o ispunjenju dva nezavisna kraka. Umjesto toga, presudio je da dva kraka treba tretirati kao „relevantna razmatranja u analizi ukupnih okolnosti koje su tradicionalno odlučivale o osnovanoj sumnji“.

Vrhovni sud je naveo nekoliko razloga u prilog ovoj promjeni u doktrini. Aguillarov test sa dva kraka bio je toliko strog da je policija često morala da pristupi pretresu bez naloga (npr. onih zasnovanih na pristanku), što se kosi sa sklonostima američkog sistema ka procesima uz nalog. Takođe, zahtjev za izdavanje naloga za pretres obično skiciraju ljudi koji nisu pravnici, od kojih se ne može očekivati da savladaju tehničke zahtjeve kompleksnog testa sa dva kraka. Naposljetku (što je možda i najznačajnije), rigidna primjena testa sa dva kraka u velikoj mjeri je umanjila vrijednost anonimnih dojava, budući da one uglavnom ne ispunjavaju jedan, a možda i oba kraka (jer pouzdanost informanta nije poznata i zato što je način na koji je on došao do informacija koje navodi – često nepoznat).

Direktna posljedica presude u slučaju Gates jeste da jak dokaz jednog od kraka – može zapravo nadomjestiti neadekvatno dokazivanje od strane drugog. Na primjer, kako je sam Vrhovni sud zaključio u slučaju Gates, ukoliko je određeni informant poznat kao neobično nepouzdan, njegova nemogućnost da pruži osnove svog znanja u nekom određenom slučaju, neće u potpunosti spriječiti da se pronađe osnovana sumnja na osnovu njegove dojave. Slično tome, čak i ako postoji razlog da se sumnja u motive informanta (što smanjuje njegovu ukupnu pouzdanost), njegov detaljan opis zločina, zajedno sa izjavom da je posmatrao događaj „iz prve ruke“ (što zadovoljava krak o „bazi saznanja“), može biti dovoljan da se njegova dojava uzdigne do nivoa osnovane sumnje.

Uz to, potkrijepljeni aspekti informantove priče mogu da se kombinuju sa samom pričom u određivanju da li uopšte postoji osnovana sumnja. Ovo je posebno moguće tamo gdje (kao u slučaju Gates): 1) identitet informanta nije poznat policiji i 2) potkrepljenje se odnosi na „buduće radnje“ treće stranke koje nije lako predvidjeti. Zbog toga, u slučaju Gates, činjenica da je informant tačno predvidio da će Lance Gates letjeti na Floridu uskoro poslije i da će odmah potom vratiti porodični automobil nazad, opravdava to što je sudija zaključio da „nije nemoguće“ da je informant takođe imao pristup pouzdanim informacijama i navodnim nelegalnim aktivnostima Gatesovih²⁰.

Vrhovni sud je u slučaju Gates eksplicitno odbacio argument da informantova „nevina aktivnost“ ne bi bila dovoljna da se podigne sa nivoa inače

²⁰ Dojava, sama po sebi, nije bila dovoljna da se utvrdi osnovana sumnja, primijetio je Vrhovni sud, pošto ne utvrđuje ni pouzdanost informanta niti kako je došao do informacije.

neadekvatnog dopisa na nivo osnovane sumnje. Djela koja nemaju veze sa kriminalom, mogu, međutim, da opravdaju sumnju u kriminalnu aktivnost, ovdje, npr., letovi na obalu Floride i direktno praćen odlazak automobilom, poznati su kao odlika dilovanja drogom i sudija je mogao da uzme ovu šemu u obzir²¹.

2.3. Kritika

Mnogi autori vjeruju da je najveća opasnost u dopuštanju slobodnog korišćenja dojava anonimnih informanata to što će policija izmisliti fiktivne (nestvarne) informante kako bi dobili nalog za koji inače ne bi imali osnovanu sumnju (barem sumnju do koje su došli legalnim sredstvima) ili da bi utvrdili ovu sumnju retroaktivno za pretres ili hapšenje za koje nisu imali nalog. Odustajanje od Aguillarovog testa sa dva kraka u slučaju Gates čini ove opasnosti još stvarnijim.

2.4. Identitet informanta

U Četvrtom amandmanu na Ustav SAD ni na bilo koji način se ne traži od policije da otkrije identitet informanta ni sudiji niti na budućem glavnom pretresu. Sve dok je sudija uvjeren ili vjeruje da je policajac pod zakletvom istinito opisao ono što mu je informant rekao, informant ne mora da se pojavi niti da otkrije svoj identitet. Slično tome, na glavnom pretresu informant ne mora da se pojavi niti da bude identifikovan sve dok policajci svjedoče detaljno o onome što im je informant rekao i zbog čega vjeruju da je njihov informant iskren (pouzdan). Međutim, policajci moraju da se podvrgnu na glavnom pretresu unakrsnom ispitivanju koje traži advokat odbrane u vezi sa pouzdanošću ili postojanjem informanta, pri čemu je informant privilegovan u smislu zaštite njegovog identiteta²².

²¹ Dvoje sudija Vrhovnog suda koji su glasali protiv i jedan sudija koji se složio sa većinom u slučaju Gates, nije se složilo sa odlukom većine da se odbaci test iz slučaja Aguillar sa dva nezavisna kraka. Sudija White, iako se složio sa većinom, bio je zabrinut da bi nova doktrina mogla dozvoliti da se osnovana sumnja nađe samo na osnovu dojava nekog informanta „poznatog po neobičnoj pouzdanosti njegovih predviđanja“, bez dokaza o tome na koji je način informant došao do činjenica koje navodi. Slično ovome, sudija Brennan (kome se priključio i Marshall) neslaganje je obrazložio zabrinutošću zbog opasnosti umanjena istinitosti dojava od anonimnih informanata u testu sa dva kraka iz slučaja Aguillar. On smatra da se na ovaj način tretira anonimni informant kao „vjerovatno pouzdan“, što je nerazumna pretpostavka.

²² *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/300> (datum pristupa 26.7. 2016).

Vrhovni sud je u slučaju McCray, opravdavajući odbijanje da traže otkrivanje identiteta informanta, izjavio: „Ništa u ´klauzuli o zakonitosti postupanja`²³ Četrnaestog amandmana ne zahtijeva od državnog sudije u svakom saslušanju da pretpostavi da policajci koji su izvršili hapšenje krše zakletvu“. Mnogi autori su kritikovali ovu izjavu i presudu u slučaju McCray uopšte na stanovištu da ona zapravo uključuje policijsko kršenje zakletve.

Baš kao što se test „baze saznanja“ sada koristi da bi se utvrdilo da li informacija informanta čini osnovanom sumnju za pretres ili hapšenje, taj isti test se koristi i da se utvrdi da li je informacija informanta dovoljno pouzdana da, iako ne čini osnovanu sumnju, ipak pruža „opravdanu sumnju“²⁴ koja je neophodna za „obustavljenje istrage“²⁵.

2.5. Kriminalna reputacija osumnjičenog

Reputacija osumnjičenog da je učestvovao u kriminalnim aktivnostima u prošlosti, može se razmatrati u utvrđivanju osnovane sumnje ukoliko su takođe navedene i činjenice koje ukazuju na njegovu prethodnu kriminalnu aktivnost²⁶. Tako je slučaj Harris uključivao prisustvo osnovane sumnje za pretres prostorija osumnjičenog. Službena zabilješka koja potkrepljuje zahtjev za izdavanje naloga za pretres uključivala je i izjavu da „osumnjičeni ima reputaciju kod mene da je četiri godine prodavao destilovana alkoholna pića bez poreza i tokom tog perioda ja sam dobio mnoge informacije od svakakvih vrsta ljudi koji potvrđuju ove aktivnosti“. U službenoj zabilješci takođe se navodi da je kolega policajac pod zakletvom „pronašao popriličan štek nelegalnog viskija u jednoj napuštenoj kući koja je bila pod kontrolom (osumnjičenog) u ovom vremenskom periodu“. Konačno, u pisanoj izjavi se navodi da je sam informant od osumnjičenog nelegalno kupio viski. Vrhovni sud je zaključio da izjavu svjedoka pod zakletvom da je osumnjičeni imao kriminalnu prošlost sudija može smatrati dijelom utvrđivanja da je postojala osnovana sumnja za pretres. Činilo se da Sud vjeruje da dok kriminalna reputacija osumnjičenog, sama po sebi, nikad ne može biti dovoljna da pokaže osnovanu sumnju, ona može da se kombinuje sa činjeničnim izjavama u vezi sa prošlim kriminalnim aktivnostima osumnjičenog.

²³ Eng. Due Process Clause.

²⁴ Eng. reasonable suspicion.

²⁵ *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990). Dostupno na www.4lawschool.com/case-briefs/alabama-v-white (datum pristupa 26.7. 2016).

²⁶ *U.S. v. Harris*, 403 U.S. 573 (1971). Dostupno na caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/612.html (datum pristupa 26.7. 2016).

Vrhovni sud je u slučaju Harris pridavao veliki značaj činjenici da je informantova informacija predstavljala priznanje da je i informant prekršio zakon. Priznavanje zločina, kao priznanje protiv privatnog interesa, nosi sopstvenu indikaciju kredibiliteta – što je dovoljno da se barem podrži pronalazhenje osnovane sumnje za pretres. Sud je smatrao da činjenica da je informant možda plaćen ili mu je obećana „pauza – ne uklanja preostali rizik i sramotu zbog priznavanja počinjenog kriminalnog ponašanja“.

2.6. Informacije koje potiču od izvora koji nemaju veze sa kriminalom

Informanti o kojima je bilo riječi u prethodnom dijelu ovog članka jesu oni koji su uglavnom i sami bili umiješani u kriminalne aktivnosti, često u istu aktivnost kao i osumnjičeni. Ponekad, međutim, policija će doći do informacija preko izvora koji nemaju veze sa kriminalom (npr. preko običnih građana, žrtava zločina, drugih policajaca itd.). U ovakvim slučajevima sudovi su bili popustljiviji u vezi sa informacijama koje moraju da dokažu pouzdanost informanata.

Većina sudova pretpostavlja da je običan građanin koji je ili žrtva zločina ili svjedok (očevidac) zločina, pouzdan informant – čak i ako njegova pouzdanost prije nije bila provjerena²⁷. Test „baze saznanja“ Vrhovnog suda (slučaj Gates) vjerovatno znači da je obična pouzdanost građana koji poštuju zakon – faktor koji će sudija uzeti u razmatranje pri utvrđivanju da li postoji osnovana sumnja. Ali, neki dokazi u vezi sa tim kako je informant došao do svoje informacije, vjerovatno će biti potrebni i u ovakvim situacijama, iako se to ne traži direktno kao stvar zakona, kako je bilo prije slučaja Gates.

Neki sudovi prave razliku između građanina informanta čiji identitet policija otkriva i onih čija se imena čuvaju u tajnosti. Zbog mogućnosti policijskog krivokletstva, sudovi mogu tražiti više informacija koje ukazuju na kredibilitet neidentifikovanog informanta, nego u slučajevima gdje je ime informanta otkriveno tako da on može da učestvuje na unakrsnom ispitivanju tokom glavnog pretresa.

Ponekad će policijski službenik koji predaje zahtjev za izdavanje naloga za pretres (ili vrši pretres ili hapšenje bez naloga) postupati na osnovu izjave drugih policijskih službenika. Policijski službenik može, npr., da reaguje na obavještenje preko medija ili po naređenju pretpostavljenih. Odluka Vrhovnog suda u slučaju *Whiteley v. Warden*²⁸ nagovještava da, pod takvim okol-

²⁷ *U.S. v. Lewis*, 738 F.2d 916 (8th Cir 1984).

²⁸ 401 U.S. 560 (1971). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/560> (datum pristupa 26.7. 2016).

nostima, hapšenje ili pretres su validni samo ako je onaj ko je izdao prvobitnu „uzbunu” ili naređenje – djelovao na osnovu osnovane sumnje.

U slučaju *Vhiteley* je u Laramie vajominska policija uhapsila dvojicu muškaraca koji su odgovarali opisu iz potjernice koju je izdao šerif okruga Carbon i koji je emitovan preko državne policijske radio-mreže. U potjernici je pisalo da se ta dvojica muškaraca traže zbog obijanja i provale i da je izdat nalog za njihovo hapšenje. Ispostavilo se da je nalog izdat bez osnovane sumnje, ali su policijski službenici koji su izvršili hapšenje tvrdili da je hapšenje u svakom slučaju legalno, jer su „razumno pretpostavili da ko god da je izdao potjernicu, imao je osnovanu sumnju da naredi hapšenje“. Vrhovni sud se nije složio sa ovom tvrdnjom i smatrao je da je nalog izdat bez osnovane sumnje.

U slučaju *White v. U.S.*²⁹ Vrhovni sud je dopustio da se „zajednička informacija svih službenika“ razmatra u utvrđivanju da li je postojala osnovana sumnja za pretres bez naloga. Ili, u slučaju *U.S. v. Ragsdale*³⁰ automobil osumnjičenog zaustavljen pod okolnostima koje dopuštaju pretres bez naloga. Jedan od dvojice umiješanih službenika imao je osnovanu sumnju da izvrši pretres, ali njegov kolega, koji nije imao ovu sumnju – izvršio je pretres. Presuđeno je da je pretres važeći.

U slučajevima gdje jedan policajac postupa na osnovu informacija koje mu je povjerio kolega policajac, sudovi obično pretpostavljaju da je informant pouzdan, baš kao što slična pretpostavka važi i u slučajevima kad je informant građanin koji nema veze sa kriminalom. Međutim, obično će ponovo biti potrebno nekakvo objašnjenje u vezi sa tim kako je informant došao do informacije.

3. Nalog za pretres – izdavanje i sprovođenje

Nalog za pretres je dokument koji službeniku izvršne vlasti daje ovlašćenje da izvrši pretres, a izdaje ga „sudijski službenik”³¹ ili sudija. Ovdje ćemo koristiti termin sudija u značenju koji smo ranije dali.

Sudija mora da bude nezavisan i odvojen od izvršne vlasti. Neutralnost sudije povećava vjerovatnoću da će se doći do ispravne odluke o postojanju

²⁹ 448 F.2d 250 (8th Cir. 1971). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/745/case.html> (datum pristupa 27.7. 2016).

³⁰ 471 F.2d 24 (5th Cir. 1972). Dostupno na www.leagle.com/decision/InFDCO20111101733/U.S.v.RAGSDALE (datum pristupa 27.7. 2016).

³¹ Eng. judicial officer.

osnovane sumnje prije hapšenja ili pretresa i da će broj hapšenja i pretresa koji se kose sa Ustavom SAD biti sveden na minimum³².

Ukoliko sudijski službenik koji izdaje nalog ima novčani interes koji utiče na njegovo prosuđivanje u vezi sa tim da li treba da izda nalog, on nije „neutralan i nezavisan sudija“ i u tom slučaju nalog je nevažeći. Npr. mirovni sudija³³ u saveznoj državi Georgia ne prima platu i dobija nadoknadu u iznosu od pet dolara za svaki nalog koji izda. On nema nikakve prihode ako odbije zahtjev za izdavanje naloga. Zbog toga, nalog za pretres koji on izda je nevažeći i onaj ko vrši pretres po tom nalogu krši Četvrti amandman na Ustav SAD³⁴.

Slično tome, sudija koji ne samo da prati policiju na mjesto pretresa, već i aktivno učestvuje u njemu, nije „neutralan i nezavisan“. U slučaju *Lo-Ji Sales*³⁵ sudija je u istrazi u vezi sa pornografijom potpisao nalog za pretres, a zatim se uputio sa policijom do radnje osumnjičenog, gdje je pregledao desetine predmeta, donoseći odluku o tome koji od njih treba da se oduzmu kao pogodan dokaz. Vrhovni sud je odluku o pretresu i rezultate pretresa proglasio nevažećim zbog nedostatka neutralnosti tog sudije.

Sudija mora da ima ovlašćenje u skladu sa zakonom da bi izdao nalog za pretres. U federalnim sudovima to su pravници koje određuje okružni sud³⁶. U državnim sudovima službenici državnog suda, sudije, pa čak i službenici opštinskih sudova³⁷ mogu da izdaju ove naloge³⁸.

Sudija mora, međutim, da posjeduje intelektualnu kompetenciju da utvrdi da li postoji osnovana sumnja. Ovo je složenije u slučaju, recimo, naloga za pretres zasnovanog na informacijama informanta, nego naloga za hapšenje u slučaju lakšeg krivičnog djela.

Policajac koji traži nalog za pretres mora priložiti činjenice koje sadrže osnovanu sumnju. Informacije u zahtjevu moraju da budu dovoljno nove da bi omogućile sudiji da opravdano vjeruje da predmeti koji treba da se oduzmu nisu već uklonjeni iz prostorija koje treba da se pretresu. Zahtijevani ste-

³² Vidi *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/443/case.html> (datum pristupa 28.7. 2016).

³³ Eng. justice of the peace. U SAD može može sklapati brakove, sudija laik.

³⁴ *Connally v. Georgia*, 429 U.S. 245 (1977). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/245> (datum pristupa 28.7. 2016).

³⁵ 442 U.S. 319 (1979). Dostupno na www.lawschoolcasebriefs.net/2013/11/lo-ji-sales-inc-v-new-york... (datum pristupa 28.7. 2016).

³⁶ Eng. district court.

³⁷ Eng. municipal court.

³⁸ *Shawdwik v. City of Tampa*, 407 U.S. 345 (1972). Dostupno na caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/407/345.html (datum pristupa 28.7. 2016).

pen novosti zavisice dijelom od toga da li je pretres za koji se traži nalog djelo koje je još u toku ili je već izvršeno³⁹.

Postupak za izdavanje naloga je „ex parte“⁴⁰. Osumnjičeni nema pravo (mogućnost) da ospori izdavanje naloga za pretres. Strana u postupku je samo policijski službenik koga saslušava sudija. Međutim, osumnjičeni će imati šansu da naknadno na pretresu pokaže da je nalog izdat bez postojanja osnovane sumnje.

3.1. Uslov posebnog opisivanja

Četvrti amandman na Ustav SAD zahtijeva da nalog sadrži detaljni opis prostorija koje se pretresaju i stvari koje treba zaplijeniti. Sudovi tumače da je nalog dovoljno precizan da ga policijski službenik izvrši čak i ako nema tu početnu vezu sa slučajem, znajući gdje da istraži i koje stvari da zaplijeni⁴¹.

Ako treba pretresati stambenu zgradu ili drugi objekat u kojem stanuje više porodica, nalog mora da sadrži ime stanara ili broj stana⁴². U slučaju da nalog sadrži pretres lica, treba navesti ime lica i najmanje kompletan opis osumnjičenog⁴³. Jedan stari slučaj Vrhovnog suda, koji nikada eksplicitno nije odbačen, iskazao je da „ništa nije prepušteno nahodanju službenika koji izvršava nalog“⁴⁴.

Sudovi dozvoljavaju veću uopštenost u nalogu nego što je navedeno u slučaju Marron⁴⁵. Ostali dokazi su dozvoljeni da budu uvedeni na suđenju i za svrhu dokazivanja krivice optuženog, kao i za dodatne optužbe koje nisu pomenute u nalogu.

Prvi amandman na Ustav SAD implicira da opis dobara koji se plijene mora da bude krajnje poseban. Inkriminisani predmeti moraju biti precizno opisani⁴⁶.

³⁹ *People v. Dolgin*, 114 N.E.2d 389 (Ill. 1953). Dostupno na law.justia.com/cases/illinois/supremecourt/1953/32722-5.html (datum pristupa 28.7. 2016).

⁴⁰ Jednostran, nekontradiktoran.

⁴¹ *Lyons v. Robinson*, 783 F.2d 737 (8th Cir. 1985). Dostupno na [www.leagle.com/decision/19851520783F2d737_11395/LYONS v. ROBINSON](http://www.leagle.com/decision/19851520783F2d737_11395/LYONS_v._ROBINSON) (datum pristupa 28.7. 2016).

⁴² *Manley v. Commonwealth*, 176 S.E. 2d 309 (Va. 1970)

⁴³ *U.S. v. Ferrone*, 438 F.2d 381 (3d Cir. 1971). Dostupno na openjurist.org/438/f2d/381/united-states-v-ferrone (datum pristupa 28.7. 2016).

⁴⁴ *Marron v. U.S.*, 275 U.S. 192 (48 S.Ct. 74, 72 L.Ed. 231) (1927). Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/275/192> (datum pristupa 28.7. 2016).

⁴⁵ *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463 (1976). Dostupno na www.casebriefs.com/.../arrest-search-and-seizure/andresen-v-maryland (datum pristupa 29.7. 2016).

⁴⁶ *Marcus v. Search Warrants*, 367 U.S. 717 (1961). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/717> (datum pristupa 29.7. 2016).

Nalog ponekad može da zahtijeva pretres automobila. Tada nalog treba da sadrži broj saobraćajne dozvole, godinu proizvodnje automobila i ime vlasnika. Pogrešan opis nije uvijek fatalan. Tako je u *Bowling v. State*⁴⁷ nalog koji je sadržavao tačan broj dozvole auta, ali pogrešan opis boje i godinu, bio dovoljan da omogući službeniku koji vrši pretres da pronade auto.

3.2. Šta se može oduzeti?

Određene grupe stvari (predmeta) biće zakonito oduzete ako su opisane u nalogu za pretres izdatom na osnovu osnovane sumnje. Sredstva korišćena u izvršenju djela, koristi od djela i krijumčarenja uvijek su predmet oduzimanja.

U slučaju *Gouled v. U.S.*⁴⁸ federalni agenti koji su istraživali slučaj prevare dobili su validno izdat nalog za pretres, sa opisom dvaju ugovora u posjedu osumnjičenog. Vrhovni sud je ocijenio da je njihovim oduzimanjem prekršen Četvrti amandman, ne zato što je nedostajala osnovana sumnja, nego što su predmeti oduzeti van ovlašćenja policije. Sud je smatrao da je nalog za pretres možda korišćen kao sredstvo za dobijanje pristupa kući ili kancelariji osumnjičenog i dokumenti isključivo za pokretanje istrage u cilju obezbjeđenja dokaza koji bi se iskoristili protiv njega u krivičnom postupku. Utvrđeno je da oduzimanje predmeta može biti izvršeno u skladu sa Ustavom SAD samo “kada je imovina sredstvo ili korist djela ili krijumčarenja”. Pravilo Gouleda jeste jeste da predmeti koji su samo dokazne vrijednosti ne mogu biti oduzeti i postaju poznati kao pravilo “pukog dokaza”.

Pravilo “pukog dokaza” oboreno je od strane Vrhovnog suda u *Warden v. Hayden*⁴⁹. Ovdje je među oduzetim predmetima bila odjeća koja je pripadala osumnjičenim u oružanoj pljački. Odjeća je odgovarala opisu očevidaca i uvedena je na suđenje. Vrhovni sud je držao da je odjeća bila “puki dokaz” iz Gouled testa i da je njeno oduzimanje bilo ustavno. Odluka Suda se zasnivala na odbacivanju principa da vlada može oduzeti samo one predmete u kojima je imala opštepravni imovinski interes. Sud je napomenuo da je “principijelni objekt Četvrtog amandmana da zaštiti privatnost prije nego imovinu i mi odbacujemo izmišljene i proceduralne barijere zaostale na imovinskim koncep-

⁴⁷ 408 S.W. 2d 660 (Tenn. 1966). Dostupno na caselaw.findlaw.com/ga-court-of-appeals/1415185.html (datum pristupa 29.7. 2016).

⁴⁸ 255 U.S. 298 (1921). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/255/298/case.html> (datum pristupa 29.7. 2016).

⁴⁹ 387 U.S. 294 (1967). Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/387/294> (datum pristupa 30.7. 2016).

tima”⁵⁰. U odbijanju pravila “pukog dokaza” Vrhovni sud je, međutim, prepoznao mogućnost da neka oduzimanja predmeta mogu da povrijede privilegiju Petog amandmana protiv samooptuživanja⁵¹.

Vrhovni sud je odbacio mogućnost, ostavljenu otvorenom u *Wardenu*, da pretres i oduzimanje predmeta mogu narušiti Peti amandman. U *Andresen v. Maryland*⁵² ovaj sud je potvrdio ispravnost pretresa sa nalogom, i to advokatske kancelarije optuženog i kancelarije preduzeća i oduzimanje zapisnika o poslovanju iz obje kancelarije. Ovi zapisnici su sadržavali, između ostalog, inkriminišuće izjave optuženog. Vrhovni sud je priznao da bi bilo kršenje prava optuženog prema Petom amandmanu da se obaveže na dostavu zapisnika o poslovanju (kao u slučaju sudskog poziva). Ali, oduzimanje ovih zapisnika iz advokatske kancelarije nije predstavljalo kršenje Petog amandmana: “Zaštita je pružena od strane ‘samooptuživanja’ iz Petog amandmana koja se bazira na lice, a ne informacije koje ga možda inkriminišu”.

3.3. Nalog za pretres protiv lica koja nisu osumnjičena

Četvrti amandman na Ustav SAD dozvoljava da se pretres prostorija lica koje nije osumnjičeno može izvršiti samo ako se osnovano sumnja da će se pronaći dokazi u vezi sa krivičnim djelom. U *Zurher v. the Stanford Daily*⁵³ Vrhovni sud je istakao da osnovana sumnja koja je bila obavezna za izdavanje naloga za pretres, ista je i za neosumnjičenog i osumnjičenog i ne moraju postojati indikacije da je vlasnik sam sebe povezao sa krivičnim djelom. Uz to, ni policija ne mora da pokaže da postoji posebna opasnost da će dokaz biti uništen ako se „poziv pod prijetnjom kazne”⁵⁴ koristi radije nego nalog. Sud je takođe ocijenio da *Stanford Daily* novine, uprkos njihovoj zaštite u Prvom amandmanu, nisu pod specijalnim tretmanom i da obaveze za izdavanje naloga za pretres novinskih prostorija nisu strože od ostalih vrsta prostorija⁵⁵.

⁵⁰ U izdvojenom mišljenju sudija Douglas je istakao da “lične stvari i posjedi pojedinaca ... su neprikosnoveni od radoznalih očiju, od duge ruke zakona, od istraživanja od strane policije... Postoji zona u koju policija ne može ući – bilo ‘u potjeri’ ili naoružana sa pedantnim pravilnim nalogom”.

⁵¹ Nakon *Wardena*, federalno pravo je promijenjeno tako da dozvoljava izdavanje naloga za pretres za “puke dokaze” o izvršenju krivičnog djela (Federal Rule of Crim. Pro. 41 (b)).

⁵² 427 U.S. 463 (1976). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/427/463/case.html> (datum pristupa 30.7.2016).

⁵³ 436 U.S. 547 (1978). Dostupno na www.casebriefs.com/.../zurher-v-stanford-daily (datum pristupa 30.7.2016).

⁵⁴ Eng. subpoena.

⁵⁵ U izdvojenom mišljenju sudije Stewarta, kome se pridružio sudija Marshall, naglašeno je da dozvola pretresa povjerljivih novinskih fajlova može “spriječiti novinara da bude sposoban da obeća povjerljivost njegovih potencijalnih izvora”, što je dovelo do umanjenja vrijednosti protoka informacija u javnosti.

3.4. Izvršenje naloga

Većina jurisdikcija, uključujući federalni sistem, ima pravila kojima se propisuje način na koji će se nalog za pretres izvršiti. Ta pravila se donose na vremenski period kada treba da se izvrši pretres, sate u danu tokom kojih je pretres dozvoljen, način na koji službenik izvršava nalog itd. U dodatku ovih pravila sudska praksa pokazuje generalno procedure koje moraju pratiti pretres – da one ne bi bile “nepravedne” u smislu kršenja Četvrtog amandmana.

Mnogi zakoni i sudska pravila određuju period dana u kome nalog za pretres mora biti izvršen. Fed. R. Crim. Pro.⁵⁶ 41(d) npr. obavezuje da pretres mora biti sproveden najkasnije u roku od 10 dana nakon objavljivanja naloga. Pretres mora biti izvršen unutar tog roka. Federalni sud tumači pravilo 41 (d) na način da „...ono je... neophodno da nalog za pretres bude izvršen brzinom određenom u naredbi, kao i da smanji mogućnost da činjenice na kojima je osnovana sumnja bila zasnovana...prestanu. Nalog za pretres može da bude izvršen u bilo koje vrijeme u roku od 10 dana nakon što je nalog objavljen, pod pretpostavkom da je osnovana sumnja postoji cijelo vrijeme izvršenja, dajući u razmatranje službeniku i vrijeme”⁵⁷.

Oko pola saveznih država ima zakone koji ograničavaju izvršenje naloga za pretres u dnevne sate, osim ako nema posebnih okolnosti. Slično, Fed. R. Crim. Pro 41(c) obezbjeđuje da će nalog biti izvršen u dnevnim satima, osim ako organ koji izdaje nalog i osnovana sumnja ovlašćuju na vrijeme osim tokom dana. Vrhovni sud se nikada nije držao pravila da su pretresi u noćnim satima bezrazložni, osim ako postoje posebne okolnosti⁵⁸.

Kao generalno pravilo važi da službenik koji izvršava nalog mora najaviti da je on lice koje izvršava pravo (izvršilac⁵⁹) i da posjeduje nalog, te da je on tu da ga izvrši. Tako, 18 U.S.C. 3109⁶⁰ obezbjeđuje da federalni službenik može provaliti u prostor za pretres samo ako je “nakon izjave o njegovom autoritetu i svrsi, odbijen njegov ulazak”. Ovaj zahtjev potiče iz zabrane (u Če-

⁵⁶ Federal Rules of Criminal Procedure (as amended to December 1, 2015). Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp> (datum pristupa 30.7. 2016).

⁵⁷ *U.S. v. Nepstead*, 427 F. 2d 259 (9th Cir. 1970). Dostupno na openjurist.org/424/f2d/269/united-states-v-nepstead (datum pristupa 30.7. 2016).

⁵⁸ U *Gooding v. U.S.* 416 U.S. 430 (1974) troje sudija Vrhovnog suda, ne slažući se sa većinom, izjavili su da princip pretresa u noćnim časovima “uključuje veći upad od običnih pretraživanja i stoga zahtijeva više opravdanja...može biti ustavni imperativ. U nekim situacijama i pretres privatne kuće tokom večernjih sati izgleda kao ovaj primjer – ovaj princip obavezuje na prikaz dodatnih opravdanja za pretraživanje preko i iznad običnog prezentiranja osnovane sumnje”.

⁵⁹ Eng. enforcement officer.

⁶⁰ Employment of experts and consultants; temporary or intermittent. Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/3109> (datum pristupa 30.7. 2016).

tvrtom amandmanu) “bezrazložnih” pretresa: u mnogo nenajavljenih situacija prinudni ulazak će ometati i zastrašivati stanovnike – tako će se samo zbog toga smatrati bezrazložnim.

Vrhovni sud prepoznao je najmanje jednu situaciju: prijetnju od neposrednog uništenja dokaza, koja dozvoljava službenicima ulazak u prostor za pretres u skladu sa Ustavom SAD, i to bez ličnog predstavljanja⁶¹. Tako je u Keru osumnjičeni zbog trgovine narkoticima izmakao policiji malo prije nego što su oni došli da ga uhapse u njegovoj kući. Sud je smatrao da su znanja policije da ih je osumnjičeni vjerovatno očekivao, spojena sa znanjem da osumnjičeni posjeduje malu, jednokratnu količinu narkotika, bila dovoljna da spriječe njihov ulazak bez predstavljanja u “bezrazložnom pretresu” i hapšenju, protivno Četvrtom amandmanu⁶².

Princip je da službenik mora da se predstavi u odnosu na hitne okolnosti, i to važi čak i tamo gdje se ne koristi sila za ulazak. Tako je u Keru test shvatanja (razumnosti) ulaska bez predstavljanja bio isti kao i kada su vrata bila razbijena. Sud je u *Sabbath v. U.S.*⁶³ naglasio da obaveza predstavljanja važi čak i onda kada su vrata zatvorena, ali ne i zaključana.

Većina sudova, oslanjajući se na Kera, smatra da su činjenice pojedinih situacija izazvane vjerovatnoćom da predstavljanje od strane službenika može dovesti do uništenja dokaza. Mogućnost uništenja dokaza ponekad će opravdati nenajavljeni ulazak, pa mogućnost opasnosti za policiju može biti razlog za to⁶⁴. Ker i drugi slučajevi opredijelili su u mnogim sudskom instancama da policija ne treba da “kuca” ili najavi se prije ulaska. Ali, Vrhovni sud je smatrao da nakon Kera činjenica da policija nije kucala ili se najavila prije ulaska jeste faktor koji sud treba da uzme kada odlučuje da li je ulazak bio “opravdan”⁶⁵.

⁶¹ *Ker v. California*, 374 U.S. 23 (1963). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/23/case.html> (datum pristupa 30.7. 2016).

⁶² Četiri sudije Vrhovnog suda izdvojili su mišljenje u Keru tvrdeći da postoje svega dvije situacije, a nijedna od njih nije predstavljena u Keru, u kojima službenici mogu da primijene nenajavljen ulazak: (1) kada okolnosti kao što su bijeg i potjera zbog hapšenja službenika ostavlja bez sumnje da je prestupnik svjestan prisustva i svrhe službenika i (2) kada su službenici opravdani u uvjerenju da je neko u neposrednoj opasnosti od tjelesnih povreda.

⁶³ 391 U.S. 585 (1968). Dostupno na caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/391/585.html (datum pristupa 30.7. 2016).

⁶⁴ Npr. ako policija ima razloga da vjeruje da osumnjičeni ima pištolj i sklon je da ga upotrijebi – ima opravdanje za ulazak bez prethodne najave, a u cilju da se smanji vjerovatnoća da će osumnjičeni pucati u njih. Ovo je posebno tačno kada osumnjičeni kaže da on “nikad neće biti živ uhvaćen” ili postoje neke slične indikacije opasnosti.

⁶⁵ Prema Četvrtom amandmanu, to je obavezno. Vidi *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927 (1995). Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-5707.ZO.html> (datum pristupa 31.7. 2016).

Opravdanost nenajavljenog ulaza mora se uvijek ocjenjivati na osnovu činjenica vezanih za pojedinačne slučajeve. Tako je u *Richards v. Wisconsin*⁶⁶ Vrhovni sud “oborio” pravilo Wisconsina da se najava uvijek mora izvršiti prije ulaska, i to kod slučajeva vezanih za droge. Policija mora da ima “opravdanu sumnju da kucanje i najavljivanje njihovog prisustva, unutar pojedinih okolnosti, može biti opasno ili uzaludno ili to može spriječiti efektivnu istragu zločina, npr. omogućavajući rušenje dokaza”. U slučaju postojanja krivičnog djela u vezi sa drogom kada ni jedna od ovih opasnosti ne postoji, opšte pravilo nije opravdano, čega se Vrhovni sud jednoglasno držao u *Richardsu*.

Ako se službenik predstavi i naiđe na odbijanje dozvole za ulazak, može koristiti silu da uđe u prostorije. Uz to, ako se za stanara znalo da je u kući, ali nije odgovarao, službenik može ući unutra. On mora, međutim, dati stanaru adekvatno vrijeme da odgovori na zahtjev. Kada je službenik vikao „policijski službenik“ i odmah provalio vrata, on se nije pridržavao obaveze određene Četvrtim amandmanom da pretres mora biti sproveden „razumnim“ ponašanjem⁶⁷. Ako nema nikoga u kući, službenik može provaliti unutra i pretresti kuću, ne držeći se „bezrazložnog“ pravila.

3.5. Pretres lica u prostorijama

Kao dio pretresa prostorija, policija nekad želi da pretrese i lica koji su u toj prostoriji. Ako postoji razlog da se uhapsi lice koje je u prostoriji, policija može i da sprovede uzgredni postupak hapšenja. Ako osnovana sumnja nedostaje, samo je u nekim okolnostima policija ovlašćena i da pretresa prisutna lica.

Ako lice pokušava da ode tokom pretresa, a traženi predmeti bi lako mogli da se prenesu, vjerovatno pravilo za policiju je da to lice privremeno uhapsi. Ovo može biti opravdano u analogiji sa *Terry v. Ohio*⁶⁸ koji dozvoljava sigurno privremeno „zaustavljanje“ i „opipavanje“ čak i kada osnovana sumnja za puno hapšenje nedostaje.

Policija može da “opipa” (pretraži dodirom) lica na “sceni” ako ima razlog za strah da je ono možda opasno. Ali, kao što Terry indicira, oni ne mogu

⁶⁶ 520 U. S. 385 (1997). Dostupno na www.casebriefs.com/.../arrest-search-and-seizure/richards-v-wisconsin (datum pristupa 31.7.2016).

⁶⁷ *People v. Benjamin*, 455 P. 2d 438 (Cal.1969). Dostupno na socal.stanford.edu/opinion/people-v-benjamin-22727 (datum pristupa 31.7.2016).

⁶⁸ 392 U.S. 1 (1968). Dostupno na https://en.wikipedia.org/wiki/Terry_v._Ohio (datum pristupa 31.7.2016).

napraviti puno “stvarnih zahvata”⁶⁹ po tijelu, ali mogu da izvrše “vanjski pregled”⁷⁰ osumnjičenog⁷¹.

3.6. Ograničen prostor za pretres i oduzimanje neimenovanih predmeta

U izvršenju pretresa u skladu sa nalogom, policija mora ograničiti pretres na mjesto naznačeno u nalogu i gdje bi predmeti vjerovatno mogli biti sakriveni. Isto tako, dok policija obavlja pretres, može da naiđe na predmete koji nisu navedeni u nalogu. Sudovi su generalno liberalni u dozvoljavanju oduzimanja predmeta sve dok je pretres vođen na odgovarajućem mjestu, a neimenovani predmeti su „prosto oko – vidljivo mjesto”⁷² u nekom trenutku tokom punovažnog pretresa.

Policija ne može, naravno, oduzeti bilo koji predmet na koji naiđe tokom pretresa. Mogu oduzeti jedino predmete koji su dovoljno povezani sa kriminalnom aktivnošću.

Zbog pravila dozvoljenosti oduzimanja neimenovanih predmeta, nadograđena je i doktrina „prostog oka“. Postoji ograničenje stepena nadzora koje policija može da koristi na otkrivenom objektu – da bi se uvjerala da li je predmet u vezi sa krivičnim djelom⁷³. Za aplikaciju doktrine „prostog oka“ ne traži se da otkriće policije u predmetu bude „nehotično”⁷⁴. Vrhovni sud je smatrao tako u *Horton v. California*⁷⁵.

3.7. Prisustvo medija i “zadiranje”⁷⁶ u tijelo

Policija ne može pozvati treća lica kao što su članovi medija da budu sa njima prilikom izvršenja pretresa ili hapšenja (po osnovu naloga u privatnoj kući). Tako je u *Wilson v. Layne*⁷⁷ Vrhovni sud našao da prema Četvrtom

⁶⁹ Eng. full scale.

⁷⁰ Zbog oružja (eng. pat down).

⁷¹ *Ybarra v. Illinois*, 444 U.S. 85 (1979). Dostupno na caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/444/85.html (datum pristupa 31.7.2016).

⁷² Eng. plain view.

⁷³ *Commonwealth v. Bowers*, 274 A 2d 546 (Pa. Super. Ct. 1970). Dostupno na caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1678268.html (datum pristupa 31.7.2016).

⁷⁴ Eng. inadvertent.

⁷⁵ 496 U.S. 128 (1990). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/128> (datum pristupa 1.8.2016).

⁷⁶ Eng. intrusion.

⁷⁷ 526 U.S. 603 (1999). Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supct/html/98-83.ZS.html> (datum pristupa 1.8.2016).

amandmanu optuženi ima pravo da bude oslobođen bezrazložnih pretresa i oduzimanja predmeta, ali je to pravo povrijeđeno kada je lokalna policija pozvala reportere novina i fotografe da dođu dok je hapsila optuženog u njegovoj kući. Vladin stav o predstavljanju medija u naredbi „da se publikuju vladini naponi u borbi kriminala“ – nije bio dovoljan da nadmaši ekstra nametanje na privatnost optuženog.

Naredba za pretres ponekad se izdaje za pretres lica, a ne mjesta. To je najčešće slučaj kada pretres uključuje određeni stepen “zadiranja” u tijelo lica (skoro uvijek osumnjičenog) koje treba biti pretraženo. Pošto Četvrti amandman štiti pravo lica da budu zaštićeni protiv nerazumnih pretresa i oduzimanja predmeta, takvi upadi, sa ili bez naredbe za pretres, moraju biti “razumni“. Pitanje opravdanosti može nastati u raznim kontekstima: uzimanje uzoraka krvi, “ispumpavanje” želuca osumnjičenog, operacija – da bi se odstranio dokaz u kriminalnom slučaju itd.

Uopšteno, opravdanost bilo kog vida “zadiranja” treba biti određena korišćenjem testa “ispitivanja uravnoteženja”⁷⁸. Interes pojedinca koji se odnosi na njegovu privatnost i bezbjednost se “vaga” nasuprot interesima društva u vođenju procedure⁷⁹. Tako je u Winstonu Vrhovni sud koristio svoju balansirajuću formulu da bi se donijela odluka da nije razumno dopustiti državi da se optuženom da opšta anestezija i zatim se izvadi metak smješten duboko u njegovim grudima⁸⁰. Ali, korišćenje testa “ispitivanja uravnoteženja”⁸¹ ne znači da su sve hirurške intervencije “nerazumne” (kao što je bila ona u Winstonu). Na primjer, da je metak u tom slučaju bio smješten na površini tijela, pa je mogao biti izvađen uz lokalnu anesteziju i manju invaziju na tkivo, Vrhovni sud je i u Winstonu mogao odobriti proceduru.

Slično, Vrhovni sud smatra da nasilno vađenje krvi od osumnjičenog, da bi se utvrdilo da li je vozio u pijanom stanju, nije nerazumno⁸². Takođe, korišćenje X-zraka i “ispumpavanje želuca” da bi se dobili dokazi da optuženi krije drogu unutar crijeva, u nekim slučajevima neće biti nerazumno⁸³.

⁷⁸ Eng. balancing test.

⁷⁹ *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753(1985). Dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/753/case.html> (datum pristupa 1.8.2016).

⁸⁰ Ovdje je žrtva pljačke ispalila metak u grudi izvršioca, a država tražila da se izvadi metak – da bi se dokazalo da je ispaljen iz pištolja žrtve. Pošto operacija nije bila banalna i mogla je trajati preko dva sata i povrijediti nerve, krvne sudove i druga tkiva optuženog – “zadiranje” je bilo “znatno”. S druge strane “vage”, potreba države za dokazom nije bila “pretjerana”, pošto su postojali drugi dokazi koji bi vezali optuženog sa krivičnim djelom.

⁸¹ Eng. balancing test.

⁸² *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). Dostupno <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html> (datum pristupa 1.8.2016).

⁸³ *U.S. v. Montoya de Hernandez*, 473 U.S. 531(1985) ukazuje da lice na koje se sumnja da je izvršilo ovaj tip krijumčarenja, može biti upućeno na rendgensko snimanje. U mnogim slučajevima ovakva

Kada je optuženi natjeran na pretres tijela, da bi na taj način država uzela dokaze koji upućuju na to da je on počinio krivično djelo, moglo bi se tvrditi da, pored razumnosti samog pretresa, postoji povreda zabrane prinudnog samooptuživanja u Petom amandmanu. Bilo kako bilo, Vrhovni sud smatra da se zabrana u Petom amandmanu odnosi na “izvođenje dokaza o karakteru i ponašanju lica”⁸⁴, a ne na ovu vrstu dokaza.

Izuzetak “u dobroj namjeri”⁸⁵: obično, ako je naredba za pretres nevažeća iz bilo kog navedenog razloga, pretres će biti neustavan. Dalje, “pravilo isključenosti”⁸⁶ može se primijeniti tako da dokaz uzet na taj način neće se moći uzeti u obzir na suđenju tom licu čija su prava iz Četvrtog amandmana bila povrijeđena. Vrhovni sud smatra da ako policija razumno vjeruje da je naredba validna, pravilo isključenosti neće se odnositi na zabranu da se dokaz uzet na taj način ne iznese u toku suđenja lica čija su prava ugrožena pretresom.

4. Naredba za hapšenje

Naredba za hapšenje, iako postoji u svim jurisdikcijama u SAD, mnogo se rjeđe koristi, uglavnom zbog toga što postoji mali broj slučajeva u kojima sud smatra njeno korišćenje potrebnim. Uz to, većina naredbi za pretres odnosi se i na hapšenje. Na primjer, vrijeme u koje naredba mora biti izvršena i identifikacija koju službenik mora prethodno dati, slični su u oba slučaja.

Iako naredba za hapšenje, kao i naredba za pretres, mogu biti izdati na osnovu osnovane sumnje, značenje ove sumnje u slučaju hapšenja malo se razlikuje. Dok se naredba za pretres mora izdati u vremenskom periodu dovoljno kratkom da još postoji vjerovanje da se stvari koje treba oduzeti nalaze u datim prostorijama, izvršenje naredbe za hapšenje nije tako strogo vremenski ograničeno. Ako postoji sumnja da je određena osoba izvršila krivično djelo, povod za njegovo hapšenje traje neodređeno, osim ako postoje dokazi koji dokazuju suprotno.

Kada tokom izvršenja hapšenja policija naiđe na dokaz koji optužuje, može ga uzeti u obzir kao da su ga našli tokom pretresa. Ali, pošto policija nema baš priliku da se kreće po prostorijama tokom hapšenja, oblast u kojoj doktrina “prosto oko – vidljivo mjesto” doseže je mala.

procedura će biti dopuštena ako je izdata naredba za pretres.

⁸⁴ Eng. balancing test. testimonial evidence (sudsko izvođenje dokaza, iskaz pred sudom).

⁸⁵ Eng. in good faith.

⁸⁶ Eng. exclusionary rule.

Četvrti amandman nalaže da naredba za hapšenje određeno opisuje lice koje treba uhapsiti. Pored imena lica koje treba biti uhapšeno, naredba za hapšenja mora sadržati krivično djelo za koje je optuženo i naziv suda koji je izdaje. Ova naredba važi samo u državi njenog izdavanja, a ekstradicioni postupci se koriste da bi se uhvatio osumnjičeni koji je u drugoj državi.

5. Zaključak

Četvrti amandman neće se primijeniti na slučajeve koji nisu pretres ili oduzimanje predmeta. Prema Četvrtom amandmanu, zabrana protiv neosnovanih pretresa i oduzimanja predmeta primjenjuje se samo na mjesta gdje se smatra da optuženi ima osnovana očekivanja o privatnosti. Stoga, jedno od prvih pitanja koje se postavlja kada se analizira pretres jeste da li optuženi ima tu vrstu interesa u dijelu koji se pretresa.

Ne postoji osnovano očekivanje privatnosti kada se radi o vazдушnom nadgledanju prostora gdje postoji mogućnost takvog nadgledanja. Ako policija posmatra optuženog iz javnog (povoljnog) položaja, njihovo ponašanje nije pretres i ne treba nalog. Doktrina „prosto oko – vidljivo mjesto” podrazumijeva da ako vlasti vide dokazni materijal sa gledišta povoljnog položaja gdje imaju pravo da budu, taj materijal je prihvatljiv iako policija nema nalog.

Nalog za pretres mora biti baziran na osnovanoj sumnji i da specifično identifikuje prostorije i lica koje bi trebalo pretresti. Osnovana sumnja za nalog za pretres postoji ako je više nego vjerovatno da će se naći dokazi optužbe u vrijeme i na mjestu gdje se pretres obavlja.

Povjerljivi informanti bogat su izvor za odgovor na relevantna pitanja. Ako je nalog baziran na “rekla-kazala”⁸⁷ ili na policijskom informantu, dovoljnost informacija zasnovana je na osnovu „ukupnosti okolnosti”⁸⁸. Mora postojati potkrepljenje činjenica ili druga sredstva dokazivanja da je informant kredibilan. Izuzetak „u dobroj namjeri” od zahtjeva za nalog “spasiće” pretres iako je nalog neupotrebljiv, ako se službenici ponašaju objektivno dobronamjerno.

Ako službeniku izuzetno ne treba nalog za hapšenje, ne znači da se ne traži osnovana sumnja. Čak i bez naloga, službenici moraju da imaju osnovanu sumnju da bi izvršili legalno hapšenje.

⁸⁷ Eng. hearsay.

⁸⁸ Eng. totality of the circumstances.

LITERATURA

1. Barry, A.J., Fisher, R.D. (2007). *Techniques of Crime Scene Investigation, Eighth Edition (Forensic and Police Science) 8th Edition*. CRC Press.
2. Becher, R.F., Dutelle, A.W. (2013). *Criminal Investigation 4th Edition*. Jones and Bartlett Learning.
3. Bloom, R., Brodin, M.S. (2016). *Criminal Procedure: The Constitution and the Police 8th Edition*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
4. Emanuel, S. (2014). *Criminal Procedure, Thirtieth Edition*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
5. Emanuel, S. (2016). *Constitutional Law 33rd Edition*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
6. Emanuel, S. (2013). *Evidence, Eighth Edition*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
7. *Federal Rules of Criminal Procedure as amended through 2014*, Publisher: NITA.
8. Jerold, I H., Kamisar, Y., Wayne R., LaFave, R. W. (1993). *Criminal Procedure and the Constitution: Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*. St. Paul, Minn.: West.
9. Levenson, L.L (2016). *Federal Criminal Rules Handbook*. Brand: Thomson West.
10. Marc, A. M. (1992). *Rethinking the Constitutional Right to a Criminal Appeal*. University of California at Los Angeles Law Review, 39.
11. Samaha, J. (2013). *Criminal Procedure 9th Edition*. Hardcover.
12. Wayne, R., LaFave, R.W, Jerold, I H. (2009). *Hornbook on Criminal Procedure*. West Group.

**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 Arts and Sciences of Bosnia and Herzegovina,
Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences
and Active Member of the European Academy of Arts and Sciences**

DEFINITION OF “PROBABLE CAUSA” AND “WARRANT TO SEARCH AN APARTMENT” IN THE CONTEXT OF FOURTH AMENDMENT TO THE CONSTITUTION OF USA

Summary

The Fourth Amendment to the Constitution of USA ensures that there no search or arrest warrant can be issued, unless there is “probable causa” that a criminal act has been committed. However, the term “probable causa” is an abstract term. Basically, it means that law enforcement officials must have reliable evidence that any reasonable person might think that the arrest or search of justified (rather than that it is not). Although the Fourth Amendment to the Constitution of USA does not explicitly require the presence of probable causa and in the case of search and arrest without a court order, regardless of that case-law still requires that such doubt is presented in this case.

The method used to determine presence of probable causa prior to arrest or search is not the same in cases without a warrant, and with a court order. In the first case a law enforcement officer itself determines the presence of probable causa. In the second case, it is estimated by an independent judge. In any case, the existence of probable causa should later be evaluated by the trial judge in a closed hearing (to determine whether certain evidence obtained is in violation with the Fourth Amendment and therefore unacceptable).

In most cases, a number of facts that define probable causa for the issuing an warrant would also define the doubt in situations where a search or an arrest without a warrant is allowed. The US Supreme Court has pointed out

that in somewhat lower standard of probable causa for a search or a warrant without a court order can be used in some very strict cases, but generally rule is the same for both cases.

Key words: *Constitution of USA, probable causa, search warrant, arrest, evidence, judge, police.*

POIMANJE PRETPOSTAVKE NEVINOSTI U TEORIJI I PROCESNOJ STVARNOSTI

Dr Vojislav Đurđić*

***Apstrakt:** U radu se najpre izlaže o nastanku ideje da se okrivljeni zaštiti od predrasuda i predubedenja, a zatim o pravnim izvorima pretpostavke nevinosti, kao pravnog standarda koje involvira pravo na pravično suđenje. U raspravi o pravnoj prirodi pretpostavke nevinosti izneta su postojeća doktrinarna gledišta, na bazi koje se autor priklanja shvatanju da je reč o temeljnoj garanciji koja štiti okrivljenog od predubedenja u krivičnom postupku i povodom njega, i osigurava legitimno utvrđivanje pravno relevantnih činjenica. U izlaganju o njenom sadržini, objašnjena su tri pravna standarda za koje autor smatra da grade pretpostavku nevinosti – prvo, postupanje bez predrasuda i predubedenja o krivici okrivljenog; drugo, teret dokazivanja ne sme biti na okrivljenom, i treće, rizik nedokazanosti relevantnih činjenica mora biti rešen u korist okrivljenog. Polje njenog važenja determinisano je tako da pretpostavka nevinosti važi u krivičnom postupku, ali štiti okrivljenog i izvan postupka od javnih izjava o njegovoj krivici do pravnosnažnosti presude. Dejstvo pretpostavke nevinosti rasprostire se i na građanske postupke koji se vode povodom krivičnog postupka okončanog oslobađajućom ili odbijajućom presudom, kao i na donošenje odluke o troškovima krivičnog postupka nakon tih presuda. Razmatran je i odnos pretpostavke nevinosti i određivanja pritvora, a na kraju rada ukazano je i na neka procesna pravila srpskog krivičnog postupka koja su s njom u disharmoniji.*

***Ključne reči:** pretpostavka nevinosti, pravičan postupak, teret pružanja dokaza, pravilo in dubio pro reo, pritvor.*

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

1. Poreklo ideje i pravni izvori pretpostavke nevinosti

Ideja o pretpostavci nevinosti nastala je kao odgovor na brutalnost inkvizicionog krivičnog postupka. Sama zamisao o pretpostavci nevinosti izvirao iz prosvetiteljskih promišljanja o kaznenoj politici i nastojanja da se iz krivične procedure uklone mehanizmi utvrđivanja činjenica, karakteristični za inkvizicioni tip krivičnog postupka, koji su dovodili do okrutnog ograničenja ljudskih prava. Prvi protagonista ideje o pretpostavci nevinosti okrivljenog bio je poznati italijanski pravnik Čezare Bekaria, začetnik i osnivač klasične škole krivičnog prava, a pisani trag tog promišljanja ostao je zabeležen u njegovom poznatom delu „O zločinima i kaznama“: „Niko se ne može smatrati krivim pre negoli ga je sud osudio, i društvo mu ne sme uskratiti javnu zaštitu pre negoli bude ustanovljeno da je povredio uslove pod kojima mu je ona priznata“. Kao i mnogi Bekarijevi odgovori na brutalna ograničenja ljudskih prava i tiraniju državnih organa nad građanima u inkvizicionom krivičnom postupku, i zamisao o presumpciji nevinosti našla je svoje mesto u francuskoj Deklaraciji o pravima čoveka i građana iz 1789. godine, koja se navodi kao prvi pisani izvor prava u kome se ova značajna garancija javlja. Uistinu, prezumpcija nevinosti okrivljenog nije ustanovljena kao samostalni procesni institut već je utkana u odredbu člana 9 Deklaracije, kao temeljna garancija zaštite od preterane strogosti prema uhapšenim a još neosuđenim licima: „*Pošto se za svakog pretpostavlja da je nevin dok se ne proglasi krivim*“, u slučaju da se hapšenje smatra neophodnim, bilo koja strogost koja pritom nije potrebna (koja nije srazmerna cilju hapšenja – da se obezbedi prisustvo uhapšenog u postupku), mora biti strogo zabranjena.

Samostalnost pretpostavke nevinosti uspostavlja se tokom daljeg razvoja savremenog sistema krivičnog postupka. Od polovine dvadesetog veka, preuzimaju je i proglašavaju tadašnji ustavi (npr. Ustav Francuske iz 1945) i međunarodni pravni izvori (Univerzalna deklaracija o pravima čoveka OUN¹, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima², kao i regionalni međunarodni dokumenti³).

¹ Univerzalna deklaracija o pravima čoveka (*Universal Declaration of Human Rights*) usvojena je i proklamovana rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine. Ne podleže ratifikaciji jer nije međunarodni ugovor.

² Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen je i otvoren za potpisivanje, ratifikovanje i pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A (XXI), od 16. novembra 1966. godine, a Jugoslavija ga je ratifikovala 1971. godine (vidi: „Službeni list SFRJ“, Međunarodni ugovori, br. 7/1971).

³ Vidi čl. 8 st. 2 Američke konvencije o ljudskim pravima (*American Convention on Human Rights*), usvojena na Konvenciji Američkih Država u San Hozeu 22. novembra 1969. godine; i čl. 7 st. 1b

Danas se presumpcija nevinosti smatra jednom od tekovina civilizovanog društva i pravne države. Kao neprikosnoveni pravni standard i temeljnu garanciju za zaštitu čovekovih prava i sloboda u krivičnom postupku, jemče je svi međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, a u konstitucijama savremenih demokratskih država ima rang ustavnog načela.

Sušтина pretpostavke nevinosti formulisana je u članu 6 stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: „*Svako ko je optužen za krivično delo smatraće se nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona*“. Na sličan način formulišu pretpostavku nevinosti i ostali međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, bilo da su univerzalnog ili regionalnog značaja (Univerzalna deklaracija – u čl. 11 st. 1, Međunarodni pakt – u čl. 14. st. 2, Američka konvencija o ljudskim pravima – u čl. 8 st. 2 i Afrička povelja o pravima čoveka i naroda – čl. 7 st. 1 tač. b).

Na unutrašnjem planu, nezaobilazne su ustavne garancije pretpostavke nevinosti u konstitucijama savremenih država. U Srbiji je takođe pretpostavka nevinosti podignuta na rang ustavnog načela, proklamovanog odredbom člana 34 stav 3 Ustava⁴: „*Svako se smatra nevinim za krivično delo dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda*“. Ovakva ustavna proklamacija korespondira sa napred citiranom odredbom Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti. Pretpostavka nevinosti ugrađena je i u krivičnoprocesno zakonodavstvo. U srpsko procesno zakonodavstvo prvi put je uvedena Zakonom o krivičnom postupku iz 1953. godine, a odredbu kojom je ustanovljena zakonodavac razvrstava u osnovna načela. Vremenom je menjana i dograđivana, tako da je normativno uređenje pretpostavke nevinosti prešlo put od tzv. negativne definicije (nekrivice) do pozitivnog određenja „smatraće se nevinim“, a dograđivana je i u pogledu obima važenja. Najnoviji Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine⁵ predviđa pretpostavku nevinosti u uvodnim zakonskim odredbama, sada označenim kao „osnovne odredbe“, u članu 3 st. 1.⁶ U potpunosti je preuzeta ustavna definicija pretpostavke nevinosti i time je otklonjena ranija izvesna neusklađenost sa ustav-

Afričke povelje o pravima čoveka i naroda (*African Charter on Human and Peoples Rights*), usvojena na 18. skupštini šefova država i vlada zemalja Organizacije afričkog jedinstva, u Najrobiju, Kenija, 27. juna 1981. godine a stupila na snagu 21. oktobra 1986.

⁴ Skupština Narodne Republike Srbije proglasila je Ustav 8. novembra 2006. godine („Sl. glasnik Republike Srbije“ br. 98/2006 od 10. novembra 2006).

⁵ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

⁶ U ovom radu navedeni članovi procesnog zakonika odnose se na Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine.

nom proklamacijom, a ujedno je ukinuta i dubiozna sankcija propisana procesnim zakonikom za kršenje pretpostavke nevinosti.⁷

2. Pravna priroda i svrha pretpostavke nevinosti

U teoriji krivičnog procesnog prava nema opšteprihvaćene definicije pretpostavke nevinosti, niti se njena pravna priroda istovetno tumači.

Jedni smatraju da je pretpostavka nevinosti *klasično pravo* okrivljenog.⁸ Kao osnovno pravo, ono pruža zaštitu okrivljenom u krivičnom postupku koji se protiv njega vodi, od organa tog postupka, ali i izvan postupka, od organa i javnih ličnosti koji nisu akteri krivičnog postupka. Ovom shvatanju se prigovara da je pretpostavka nevinosti više nego neko obično pravo, jer se okrivljeni može odreći svojih prava, a pretpostavka nevinosti deluje i u slučaju odricanja – kad okrivljeni prizna krivicu i svojevolsno se identifikuje sa krivcem.⁹ Nasuprot rečenoj kritici, formulacije pretpostavke nevinosti u međunarodnim dokumentima idu u prilog jednom takvom shvatanju, pošto se uobičajeno koristi sintagma da svako „*ima pravo* da bude smatran nevinim“ (čl. 11 st. 1 Univerzalne deklaracije o pravima čoveka), odnosno „*ima pravo* da se smatra nevinim“ (vidi: čl. 8 st. 2 Američke konvencije o ljudskim pravima; čl. 7 st. 1 tač. b Afričke povelje o pravima čoveka i naroda).

Prema drugom shvatanju, pretpostavka nevinosti jedno je od *osnovnih procesnih načela* kojim se reguliše položaj okrivljenog u krivičnom postupku. Načelo važi sve do pravnosnažnosti osuđujuće presude, do koje može doći samo ako u zakonito sprovedenom postupku pred nadležnim sudom, bude sa sigurnošću dokazana krivica okrivljenog. I ovom shvatanju se upućuje kritika da ne odražava suštinu pretpostavke nevinosti, jer ona sadrži u sebi mogućnost utvrđivanja suprotnog od onog što sama predviđa, pa je to sprečava da bude uvršćena u krivičnoprocesne principe.¹⁰ Osnovni principi mogu

⁷ Pretpostavka nevinosti bila je definisana na sledeći način: „Svako će se smatrati nevinim dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom nadležnog suda“ (čl. 3 st. 1 ZKP/2001). Za razliku od ustavne regulative, kao što se vidi, zakonodavac važenje pretpostavke nije vezivao za krivično delo, čime je ona dobijala univerzalni karakter, a pravnosnažna odluka o krivici mogla je biti doneta samo od nadležnog suda. Uz osnovne odredbe o sadržaju i obimu pretpostavke, zakonodavac je dodao, na način neuobičajen i nepoznat u uporednom pravu, odredbe o kažnjavanju za nepoštovanje pretpostavke nevinosti u krivičnom postupku i izvan njega (vidi čl. 3 st. 2 ZKP/2001).

⁸ Branko Petrić, „O ispitu okrivljenog“, *Pravni život*, br. 3, 1961, str. 11.

⁹ Prof. dr Zagorka Jekić i prof. Radmila Danić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2004, str. 123.

¹⁰ Dr Zagorka Simić-Jekić, „Pretpostavka nevinosti u Zakonu o krivičnom postupku od 24. XII 1976“, *JRKK*, br. 4, 1977, str. 25.

biti u manjoj ili većoj meri ograničeni, ali se, za razliku od pretpostavke nevinosti, nikad ne mogu opovrgnuti, a još manje preobratiti u svoju suprotnost.¹¹ Međutim, kritika implicate uzima da pretpostavka nevinosti ima stvarni a ne normativni sadržaj i istinosnu vrednost, kao oboriva pravna pretpostavka ili hipoteza, što nije opšteprihvaćeno i takođe se dovodi u pitanje.

Ima mišljenja da je pretpostavka nevinosti *radna hipoteza*.¹² Međutim, u krivičnom postupku hipoteza je optužni akt a pretpostavka nevinosti je antiteza. Hipotetički karakter pretpostavke nevinosti značio bi da ona ima materijalni smisao i da je zadatak krivičnog postupka potvrđivanje ove pretpostavke, a upravo je obrnuto – nije „nevinost“ oboriva, nego je oboriva hipoteza o „vinosti“. U pravnom značenju pretpostavka nevinosti nije oboriva pravna pretpostavka nego apstraktni stav i apsolutna presumpcija.¹³

Shvatanje da ova garancija, po pravnoj prirodi, predstavlja jednu vrstu uputstva za postupanje organa sa okrivljenim kao da je nevin,¹⁴ u stvari, predstavlja negaciju same pretpostavke nevinosti. Teoretičari koji negiraju njeno postojanje smatrali su da nije cilj odredbe o nekrivici okrivljenog da uspostavi presumpciju (najmanje presumpciju nevinosti) već da organima postupka, „koji su ponekad skloni da to zaborave, skrenu pažnju, da čovek koji je pred njima još nije kriv, i da ga moraju tretirati kao takvog“¹⁵. Međutim, s pravom se ovom gledištu prigovara da su upozorenja posledica postojanja pretpostavke nevinosti a ne bit odredbe o nekrivici lica protiv kojeg se vodi krivični postupak.¹⁶

Imajući u vidu napred rečeno, može se smatrati da je pretpostavka nevinosti *temeljna procesna garancija* koja štiti okrivljenog od predrasuda i predubedenja, u čijoj biti je *normativni zahtev* za legitimnim načinom utvrđivanja pravno relevantnih činjenica u krivičnom postupku. Kao garancija procesnog položaja okrivljenog ona je *konstitutivni element pravičnog postupka*¹⁷

¹¹ Dr Drago Radulović, *Pretpostavka nevinosti i standardi Evropske unije i Savjeta Evrope*, Zbornik referata sa međunarodnog naučnog skupa „Krivično procesno zakonodavstvo u Jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope“, Beograd, 23–24. oktobra 2006, str. 121.

¹² Vladimir Bayer, *Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslavenskom krivičnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3–4, 1960, str. 183.

¹³ Amplius: Slobodan Beljanski, *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beograd, 2001, str. 61 i 63.

¹⁴ Vidi: V. Vodinić, *O pravnoj prirodi presumpcije nevinosti*, Glasnik Pravnog fakulteta Kragujevac, 1980.

¹⁵ Dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 298.

¹⁶ Drago Radulović, *Pretpostavka nevinosti okrivljenog*, Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, 2008, str. 182.

¹⁷ “Fer“ suđenje se različito poima, sa stanovišta različitih procesnih tradicija (M. Findlay, „Internationalized Criminal Trial and Access to Justice“, *International Criminal Law Review*, 3/2002, pp. 237, 238).

kojim se, zajedno sa ostalim činiocima, osigurava kompenzacija okrivljenikovog inferiornog položaja u odnosu na nadmoć državne represivne vlasti.¹⁸ Kao pravni standard bez koga nema pravičnog suđenja,¹⁹ pretpostavka nevinosti osigurava da država stiče pravo na kažnjavanje samo kad se u zakonito sprovedenom postupku sa sigurnošću, van svake sumnje, utvrdi krivica okrivljenog i time zaštititi od dubitativnih sudskih odluka.

Pretpostavka nevinosti je pojam sa normativnim, konceptualnim sadržajem, a ne pojam koji sadrži iskaz o procesnoj stvarnosti, jer izraz „biti smatran“ nevinim, kao i izraz imati pravo „da se smatra“ nevinim, koji se koristi u svim unutrašnjim i međunarodnim izvorima, predstavlja *conceptus mentis*, pojam koji ima sadržaj nezavisan od sadržaja bića. Pošto je pretpostavka nevinosti, dakle, samo propozicija, istinitost pretpostavke ne bi bila opovrgnuta izricanjem osuđujuće presude niti bi izricanjem oslobađajuće presude bila potvrđena. Zbog takve njene suštine, pretpostavka nevinosti ne stoji ni u kakvom odnosu sa sumnjom koja opterećuje okrivljenog. Zakonom propisani stepen sumnje uslov je za pokretanje i održavanje postupka u toku, pa okrivljeni jeste sumnjiv, „ali se radi o tome da i tako sumnjiv okrivljeni mora biti smatran nekrivim (nevinim), ili bar imati pravo da ga takvim smatraju“.²⁰ U prilog ovakvom teorijskom shvatanju pretpostavke nevinosti kao pojma sa konceptualnim sadržajem, na praktičnom planu, može se navesti odluka Evropskog suda u slučaju *Minelli*: po mišljenju suda, čl. 6 st. 2 EK odnosi se na krivični postupak u celini, „bez obzira na ishod optužbe“,²¹ što bi značilo da pretpostavka nevinosti može biti povređena, tj. da ona važi i kad se postupak okonča osuđujućom presudom.

Razlike u teorijskom poimanju pretpostavke nevinosti postoje, ali ne dovode u pitanje njeno dejstvo i praktičan značaj.²² Svi se slažu u jednom, pretpostavka nevinosti treba da osigura primenu krivične represije samo na stvarne krivce. Međutim, u praksi ta harmonija ume da bude ozbiljno narušena, tako što se prejudicira osuđujući ishod krivičnog postupka, uz direktno ili indirektno kršenje pretpostavke nevinosti, u čemu se naročito „ističu nesavjesni predstavnici sredstava javnog informisanja, ali i pojedine ličnosti iz sfere

¹⁸ Cf. Dr sc. Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2010, str. 160.

¹⁹ Vidi: Miodrag Simović, „Pravo na pravično i javno suđenje (član 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) i pravo na suđenje bez odlaganja iz člana 13 Zakona o krivičnom postupku BiH“, *Pravna riječ*, br. 4/2005, str. 347–371.

²⁰ Slobodan Beljanski, *op. cit.*, str. 62.

²¹ Slučaj *Minelli v. Switzerland*, presuda ESLJP od 25. 03. 1983. (zahtev br. 8660/79), paragraf 30.

²² Vidi: Miodrag Simović, „Poštovanje međunarodnih standarda koji se tiču pretpostavke nevinosti u praksi sudova u Bosni i Hercegovini“, u: *Sprečavanje i suzbijanje savremenih oblika kriminaliteta*, Beograd, 2007, str. 13–28.

politike, a u nekim slučajevima nažalost, što je posebno opasno ..., i predstavnici državne vlasti“.²³

Pretpostavka nevinosti treba do pravnosnažnog okončanja postupka da okrivljenom obezbedi status *quo ante* (stanje kakvo je imao do tada, što znači do optužbe, shvaćene u najširem smislu). Zbog značaja koji joj se pridaje, uzima se kao obeležje okrivljenog jer čuva poštovanje prema njegovoj ličnosti, otklanja svaku predrasudu i doprinosi njegovoj ravnopravnosti u sporu sa tužiocem, a svojim dejstvom na način pribavljanja dokaza, stvara okrivljenom potreban prostor za slobodno kretanje u postupku.²⁴ Ona otklanja mogućnost postojanja tzv. dubitativnih presuda, unosi nužan red u postupak dokazivanja i kondicionira sudiju da pre presuđenja ne zauzima definitivne stavove o krivici optuženog.²⁵ Zbog takvog, skoro nemerljivog značaja, nezaobilazna je garancija u svim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima i konstitucijama savremenih pravnih država.

3. Konstitutivni elementi pretpostavke nevinosti

Zabrana prejudiciranja krivice okrivljenog, proklamovana u svim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima i savremenim konstitucijama, složen je pravni standard. Otuda je određivanje sadržaja pretpostavke nevinosti bitno sa stanovišta teorijskog poimanja ove ustanove, ali je izuzetno značajno i sa praktičnog aspekta, budući da od sadržaja zavisi kakve implikacije mogu nastati u pravosudnoj praksi. Praktični značaj potenciran je obavezom Srbije da harmonizuje svoj pravni poredak sa evropskim pravnim standardima.

Smatramo da pretpostavka nevinosti involvira tri pravna standarda koja determinišu njeno značenje i obim važenja u krivičnom postupku do pravnosnažnosti presude: (1) postupanje *bez predrasuda i predubeđenja* o krivici okrivljenog, (2) *teret dokazivanja* ne sme biti na okrivljenom i (3) *sumnja u relevantne činjenice* (tzv. *rizik nedokazanosti*) mora biti u korist okrivljenog. Ove pravne standarde izgradio je Evropski sud i uzima ih kao odlučujuće prilikom ocenjivanja da li su povređene odredbe Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti, ocenjujući ih samostalno ili zajedno s njima povezanim stan-

²³ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2014, str. 126.

²⁴ Dr Dragoljub V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1981, str. 122.

²⁵ Dr Davor Krapac, *Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka*, u Zborniku „Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici“, Beograd, 1989, str. 159.

dardima koji tvore neka druga garantovana prava ili slobode čoveka. Prema mišljenju suda, odredba stava 2 člana 6 Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti zahteva, između ostalog, da prilikom obavljanja svojih dužnosti sudije ne smeju polaziti od *predubeđenja* da je okrivljeni učinio delo koje mu se stavlja na teret, da *teret dokazivanja* leži na tužiocu i da svaka *sumnja* [u postojanje činjenica] mora ići *u korist* okrivljenog.²⁶

Izneto stanovište nije opšteprihvaćeno, mada se navedeni standardi, kad se pojedinačno posmatraju, pojavljuju u teorijskim poimanjima pretpostavke nevinosti, izuzev onih koji negiraju²⁷ njeno postojanje. Ima gledišta koja sadrže sva tri navedena standarda, sadržinski posmatrano, ali su oni nešto drukčije definisani.²⁸ Drugi pak teoretičari izostavljaju prvonavedeni pravni standard, dok druga dva standarda uzimaju kao pravila koja čine sadržinu pretpostavke nevinosti.²⁹ Nadalje, pojedini teoretičari, iako izlažu o njenoj sadržini, eksplicite ne određuju konstitutivne elemente koji je tvore, već neke od pomenutih tumače kao posledicu dejstva pretpostavke nevinosti.³⁰ Postoje i eksperti koji, pozivajući se na Nacrt rezolucije bečkog pripremnog kolokvijuma za Međunarodni kongres krivičnog prava,³¹ smatraju da, pored tri navedena, sadržinu pretpostavke nevinosti čini i četvrti element, koji se sastoji u postavci da ona važi dok ne bude doneta pravnosnažna osuđujuća presuda u zakonitom i pravičnom postupku,³²

(1) *Predrasude i predubeđenja* ne smeju biti izraženi ni u jednom momentu sudskog odlučivanja, nezavisno od faze u kojoj se postupak nalazi. U vezi s tim, Evropski sud smatra da je pretpostavka nevinosti povređena ako prethodno nije dokazana krivica okrivljenog u skladu sa zakonom, a sudska odluka koja se tiče okrivljenog odražava stav da je on kriv.³³ U konkretnom slučaju, krivični sud je obavezao francuskog novinara da delimično plati troškove postupka iako je protiv njega obustavio krivični postupak, koji je bio pokrenut zbog krivičnog dela klevete učinjene u članku objavljenom u novinama. Pošto je iskoristio sva pravna sredstva protiv te odluke i sa njima nije uspeo ni pred najvišom sudskom instancom, obratio se sa zahtevom Evropskom

²⁶ Slučaj *Barbera, Massegúe and Jabardo v. Espana*, presuda Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) od 6. decembra 1988, Serija A, br. 146, paragraf 77.

²⁷ Vidi: Dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 298.

²⁸ Amplus: A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford Univerzity Press, London, 2003, p. 390 (citirano kod M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2014, str. 125).

²⁹ Vidi: dr sc. Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2010, str. 390.

³⁰ Vidi: Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, 2014, str. 200.

³¹ *Revue internationale de droit penal*, br. 3/1978, str. 589.

³² Slobodan Beljanski, *op. cit.*, str. 57.

³³ Slučaj *Minelli v. Switzerland*, presuda ESLJP od 25. marta 1983, Serija A, br. 62.

sudu, koji je ustanovio da je odlukom o troškovima postupku implicirao krivicu, čime je povredio pretpostavku nevinosti. Da bi se izveo zaključak o kršenju pretpostavke nevinosti, dovoljno je da obrazloženje sudske odluke bude takvo da se njime sugeriše krivica lica na koga se odluka odnosi. Iskazivanje bilo kakve sumnje u pogledu krivice, makar ona bila izražena u obrazloženju oslobađajuće presude, u neskladu je s pretpostavkom nevinosti.³⁴ U tom pravcu je i gledište ovog suda, prema kojem, ukoliko tokom suđenja tužilac, svedoci ili veštaci daju izjave iz kojih je očigledno da su opterećeni predrasudama, sud ima obavezu da zauzme stav protiv takvih izjava kako bi se izbeglo da i sud ostavi utisak da je opterećen predrasudama, nakon čega se optuženi ne može pozivati na povredu odredaba Evropske konvencije zbog predrasuda učesnika u postupku.³⁵ Međutim, ako je postupak imao veliki publicitet u kome je krivica okrivljenog uzimana „zdravo za gotovo“, to može biti uzrok kršenja pretpostavke nevinosti pod uslovom da okrivljeni dokaže do izvesnog stepena da je konačna presuda doneta pod uticajem tog publiciteta, što neće biti nimalo lako.³⁶

Imajući u vidu da iz postupka moraju biti odstranjene sve predrasude i predubedenja, privlači pažnju stav Komisije u pogledu prakse krivičnih sudova da se u toku suđenja iznose podaci o osuđivanosti okrivljenog (tzv. kriminalni dosijei) ako postoje, prema kome, to ne predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti. Naši zakonopisci, rukovodeći se idejom iz kodeksa koji im je služio kao uzor,³⁷ uneli su pravilo da se podaci iz kaznene evidencije čitaju na kraju dokaznog postupka, kao dokazi o činjenicama od uticaja na izbor vrste i mere krivične sankcije. Za ovakvu implementaciju garancija pretpostavke nevinosti moglo bi se reći da korespondira sa postavljenim pravnim standardom o otklanjanju svakog predubedenja prilikom obavljanja sudijskih dužnosti, pod uslovom da se ti podaci već ne nalaze u krivičnim spisima koje je javni tužilac dostavio sudu nakon sprovedene istrage. U protivnom, ako se podaci već nalaze u tužilačkim spisima koje sud mehanički preuzima, što će u praksi biti čest slučaj, pomenuto pravilo gubi smisao i postaje puka proklamacija (ukras koji ulepšava zakon a ne štiti okrivljenog).

³⁴ Slučaj *Lamanna v. Austria*, presuda ESLJP od 10. jula 2001, zahtev br. 28923/95.

³⁵ Izveštaj Komisije za ljudska prava od 15. marta 1961, *Nielsen*, Yearbook IV (1961).

³⁶ Amplius P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001, str. 433, fusnota 996.

³⁷ Vidi čl. 418a st. 5 Zakona o kaznenom postupku Hrvatske. U harmoniji s tim je i pravilo da se optuženi koji je osporio navode optužbe saslušava „na završetku dokaznog postupka“ na glavnom pretresu (čl. 417a st. 5 ZKP).

Prva presuda protiv Srbije upravo je doneta zbog nepoštovanja ovog pravnog standarda o kome je reč, da predubeđenje u pogledu krivice okrivljenog ne sme biti izraženo ni u jednom momentu odlučivanja pre pravnosnažnosti presude. To je poznati slučaj Matijašević, u kome je Okružni sud u Novom Sadu, prilikom određivanja pritvora, u obrazloženju rešenja, izneo stav da je okrivljeni „počinio krivična dela koja su predmet ove optužbe“, umesto da ga smatra osnovano sumnjivim. Ni Vrhovni sud nije otklonio ovu „grešku“ prilikom odlučivanja po žalbi, budući da se nije izjašnjavao o povredi pretpostavke nevinosti na koju se žalilac pozvao. Evropski sud je stao na stanovište da je time povređena odredba člana 6 stava 2 Evropske konvencije, saglašavajući se sa podnosiocem prestavke „da treba napraviti suštinsku razliku između izjave da je neko samo *osumnjičen* da je izvršio krivično delo i jasne sudske objave, u odsustvu pravnosnažne presude da je pojedinac *izvršio* krivično delo u pitanju“.³⁸

(2) Drugim pravilom rešava se pitanje *tereta pružanja dokaza* u krivičnom postupku. U vezi s tim, izgrađen je pravni standard da *okrivljeni nije dužan da dokazuje svoju nevinost*, kao imanentan element konstrukcije pravičnog postupka.³⁹ Kad toga ne bi bilo, okrivljeni nikad ne bi bio siguran kad će otpasti sve sumnje u njegovu krivicu i da će krivična stvar biti definitivno presuđena po autoritativnim pravnim standardima.

Ovo procesno pravilo inkorporisano je u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo i njegova se implementacija sprovodi putem većeg broja zakonskih odredaba. Najpre, u „osnovnim odredbama“ zakonika eksplicite je propisano da je teret dokazivanja optužbe na tužiocu (čl. 15 st. 2), a zatim je u odredbama o pravima okrivljenog, predviđeno da okrivljeni ima pravo da ništa ne izjavi i da ne odgovara na postavljena pitanja (čl. 68 st. 1 tač. 2). Pored ovih načelnih konceptijskih postavki i mnoge duge zakonske odredbe – o formalnom sadržaju optužnih akata (čl. 332 st. 1 tač. 5 i 6), o saslušanju okrivljenog (čl. 85 st. 2), o izjašnjanju optuženog na glavnom pretresu (čl. 392 st. 2), a posredno još i zakonske odredbe o uređenju postupka koje su vezane za ove procesne institute – sistemski izgrađuju i učvršćuju pravilo da je u krivičnom postupku teret dokazivanja na tužiocu.

Gledište da niko ne može biti stavljen u položaj da dokazuje svoju nevinost, Evropski sud dosledno sprovodi, bilo da ocenjuje zakonsku regulativu

³⁸ Slučaj *Matijašević protiv Srbije*, presuda ESLJP od 19. septembra 2006, zahtev br. 23037/04, paragraf 47 i 48.

³⁹ O pravičnom postupku vidi: Miodrag Simović, Vladimir Simović, *Krivično procesno pravo – Uvod i Opšti dio*, Bihać, 2013, str. 182–187.

ili faktičko postupaње prema okrivljenom⁴⁰, ali čini i izuzetke kad teret dokazivanja prevaljuje na okrivljenog, po pravilu u situacijama u kojima je realno pretpostaviti da je okrivljenom neuporedivo lakše da dokaže nepostojanje nekog elementa posebnog bića krivičnog dela nego tužiocu da dokaže njegovo postojanje ili da dokaže nepostojanje uračunljivosti. Budući da se ti izuzeci temelje na opštem iskustvu, reč je o presumpcijama, prirodnim ili pravnim. Stav je ovog suda, naime, da je dopuštena *presumpcija čestitosti*, pa otuda teret dokazivanja kod krivičnog dela klevete prelazi na okrivljenog,⁴¹ te da je na okrivljenom da obara *presumpciju uračunljivosti*, tj. da je na njemu teret dokazivanja neuračunljivosti⁴².

Polazeći od stava da pravo na poštovanje pretpostavke nevinosti u krivičnom postupku nije apsolutno, Evropski sud za ljudska prava dopušta inverziju tereta dokazivanja i u slučajevima tzv. proširenog oduzimanja imovinske koristi. Postavilo se, naime, pitanje da li je dopuštena zakonska pretpostavka da stečena imovina potiče iz kriminalne delatnosti ako iz dokaznog materijala proizlazi razumna sumnja⁴³ da je imovina nezakonitog porekla. Načelni je stav Evropskog suda da činjenične i pravne presumpcije u nacionalnim zakonodavstvima same po sebi nisu protivrečne pretpostavci nevinosti ako su postavljene u okvirima razumnih granica koje uzimaju u obzir ulog i ako čuvaju pravo odbrane.⁴⁴ U slučaju u kome je teret dokazivanja porekla imovine prevaljen na osuđenog za krivično delo nedozvoljene trgovine opojnim drogama, zauzet je stav da nije povređena pretpostavka nevinosti ako su osigurane sledeće garancije odbrane: (a) da okrivljeni ima mogućnost da dokazivanjem obori zakonsku pretpostavku o kriminalnom poreklu svoje imovine i (b) da sud ima diskreciono pravo da ne primeni zakonsku pretpostavku ako smatra da bi se time dovela u pitanje pravičnost postupka.⁴⁵

(3) Treće pravilo vezano je za *raspodelu rizika u slučaju nedokazanosti* činjenica o postojanju krivičnog dela i krivice. Pretpostavka nevinosti pro-

⁴⁰ Evropski sud je, na primer, ustanovio da je austrijski prvostepeni sud povredio pretpostavku nevinosti, predviđenu u članu 6 stav 2 Evropske konvencije, zato što je na okrivljenog, inače vlasnika i uobičajenog korisnika automobila, preneo obavezu da identifikuje vozača u situaciji kad je sam poricao da je upravljao motornim vozilom u vreme kad je saobraćajna nezgoda prouzrokovana (Slučaj *Talfner v. Austria*, presuda ESLJP od 20. marta 2001).

⁴¹ Slučaj *Lingens & Leithens v. Austria*, presuda ESLJP od 8. jula 1986.

⁴² Slučaj *X. v. United Kingdom*, presuda ESLJP od 4. aprila 1990.

⁴³ Savet Evrope je u Preporuci br. (2002)11, u članu 11, sugerisao da se u nacionalnim zakonodavstvima članica uvede redukcija dokaznog standarda na nivou razumne sumnje prilikom dokazivanja da je imovina nezakonitog porekla i da potiče iz organizovanog kriminala.

⁴⁴ Slučaj *Salabiaku v. France*, presuda ESLJP od 26. decembra 1988.

⁴⁵ Slučaj *Phillips v. United Kingdom*, presuda ESLJP od 5. juna 2001. godine.

izlazi iz aksioma da u državi „vladavine prava“ niko ne može biti kažnjen dok se *sa sigurnošću* ne utvrdi da potpada pod pravo države na kažnjavanje, pa se stoga svaka neizvesnost oko činjenica na čijem postojanju država uspostavlja to svoje pravo na kažnjavanje mora uvek rešiti na njezinu štetu (*in dubio contra auctoritatem*).⁴⁶ Otuda, krivični sud mora da donose oslobađajuću presudu ne samo kad je dokazano da je okrivljeni nevin, tj. kad je sud u potpunosti uveren u nevinost okrivljenog, nego i kad nije sasvim uveren u njegovu krivicu ali ni u njegovu nevinost.

Evropski sud smatra da i najmanja sumnja u vezi s izvedenim dokazom mora ići u prilog optuženom. Imajući u vidu rečeno, pravilo o raspodeli rizika treba tumačiti tako da u slučaju sumnje u postojanje odlučnih činjenica o krivici okrivljenog, sud mora prilikom presuđenja krivične stvari odlučiti definitivnim utvrđivanjem tih činjenica u korist okrivljenog (*in dubio pro reo*). To znači da u slučaju sumnje treba smatrati: (1) da ne postoji odlučna činjenica koja ide na štetu okrivljenog; i (2) da postoji odlučna činjenica koja okrivljenom ide u korist. U tom delu se, dakle, pretpostavka nevinosti preklapa sa pravilom *in dubio pro reo*,⁴⁷ ali je to pravilo mnogo šire jer se ne odnosi samo na dokazanost odlučnih činjenica o krivici okrivljenog, kao što je slučaj kod pretpostavke nevinosti, već i na sve druge odlučne činjenice od kojih zavisi postojanje ili pravna kvalifikacija krivičnog dela i izricanje kazne, kao i na procesne pravno relevantne činjenice.

U napred rečenom smislu su i odredbe procesnog zakonika o oslobađajućoj presudi koja se donosi, između ostalog, i kad „*nije dokazano*“ da je optuženi učinio krivično delo koje mu se stavlja na teret (čl. 423 st. 1 tač. 2 ZKP Srbije), gde ovaj izraz ima značenje da to uopšte nije utvrđeno ili da nije u potpunosti utvrđeno, tj. da je nepotpuno utvrđeno.

Poput rešenja u uporednom pravu, i srpski zakonodavac se opredelio da pravilo *in dubio pro reo* unese u osnovne odredbe procesnog zakonika kojima se, između ostalog, određuju i osnovna načela krivičnog postupka, u koja neki autori razvrstavaju ovo pravilo. Njegova zakonska definicija glasi: „Sumnju u pogledu činjenica od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka, postojanje obeležja krivičnog dela ili primena neke druge odredbe krivičnog zakona, sud će u presudi, ili rešenju koje odgovara presudi, rešiti u korist okrivljenog“ (čl. 16 st. 5 ZKP Srbije).

⁴⁶ Vidi dr sc. Davor Krapac, *op. cit.*, str. 314, fusnota 20.

⁴⁷ Opširnije o ovom pravilu vidi: dr Đorđe Lazin, „*In dubio pro reo*“ u krivičnom postupku, Beograd, 1985.

4. Odnos pritvora i pretpostavka nevinosti

Određivanje pritvora samo po sebi nije kršenje pretpostavke nevinosti, pod uslovom da je zakonito i saglasno međunarodnim pravnim standardima o lišenju slobode. Međutim, u vezi sa rečenim odnosom, posmatrajući polje važenja pretpostavke nevinosti, važna su dva pitanja – a) obaveštavanje javnosti o hapšenju i b) građanskopravne reperkusije neosnovanog lišenja slobode.

a) Obaveštavanje javnosti o hapšenju i krivičnom postupku ne protivreći garanciji slobode izražavanja (čl. 10 EK), koja u sebi uključuje slobodu primanja i saopštavanja informacija. Zbog toga pretpostavka nevinosti ne sprečava organe vlasti da obaveštavaju javnost o rezultatima istrage, ali ona zahteva da to urade sasvim diskretno i oprezno, kako bi ova presumpcija bila ispoštovana.⁴⁸ U jednom slučaju, Evropski sud je zaključio da izjave ministra i visokih oficira, date na konferenciji za štampu neposredno posle hapšenja, kojom su uhapšeno lice javno optužili za podstrekavanje na ubistvo, predstavljaju povredu pretpostavke nevinosti, jer su dali jasne izjave o krivici uhapšenog. Po mišljenju suda, takva izjava o krivici uhapšenog mogla je da navede javnost da ga smatra krivim i unapred je prejudicirala zaključke o činjenicama do kojih tek treba da dođu nadležni pravosudni organi, što predstavlja kršenje čl. 6 st. 2 EK.⁴⁹

Ovakav stav evropskog suda mogao bi se protumačiti da ima šire značenje: da svako javno prikazivanje uhapšenog kojim ga državni organi na jasan način označavaju kao krivca, predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti, bilo da se to čini usmeno ili na neki drugi način. Tako gledano, prikazivanje na televiziji teatralnog hapšenja na način da se uhapšeni predstavi kao „kriminalac“, što se u Srbiji praktikovalo kad su hapšena neka u javnosti poznata lica, predstavljalo bi povredu pretpostavke nevinosti.

b) Evropska konvencija ustanovljava pravo na naknadu štete licima koja su uhapšena ili pritvorena protivno garancijama iz čl. 5 st. 1–4. „Svako ko je bio uhapšen ili pritvoren suprotno odredbama ovog člana ima utuživo (izvršno) pravo na naknadu“ (čl. 5 st. 5). Imajući u vidu sadržinu ove odredbe i napred izneta tumačenja garancija vezanih za lišenje slobode, može se zaključiti da je pravo na naknadu štete prilično restriktivno postavljeno jer se priznaje pod sledećim kumulativno postavljenim uslovima: (1) da postoji povreda člana 5 Evropske konvencije u pogledu zakonitosti hapšenja ili pritvaranja (druge povrede nacionalnih zakona izvan ovog člana ne dolaze u obzir

⁴⁸ Slučaj *Allenet de Ribemont v. France*, presuda, od 10. februara 1989, paragraf 38, zahtev br. 15175/89.

⁴⁹ *Ibidem*, paragraf 41.

kao osnov za naknadu štete); (2) da je lišenje slobode bilo nezakonito ili neosnovano u momentu hapšenja ili pritvaranja – *ratione temporis* (ako je kasnijom odlukom suda utvrđeno da okrivljeni nije izvršilac dela, on nema pravo na naknadu štete ako je u momentu pritvaranja bio osnovano sumnjiv); i (3) da je iscrpeo sva pravna sredstva prema unutrašnjem pravu, u smislu člana 26 Evropske konvencije.⁵⁰ Zbog ovako strogih uslova, mali je broj predmeta u kojima je Evropski sud odlučivao o pravu na naknadu štete.

Iz rečenog sledi da, prema Evropskoj konvenciji, licu oslobođenom od optužbe ne pripada pravo na naknadu štete za pritvor koji je izdržao pre oslobođenja, ako je bio zakonit i po nacionalnom pravu i po konvenciji. Međutim, u državama koje priznaju pravo na naknadu štete i u slučaju neosnovanog pritvora, sud u postupku odlučivanja o naknadi štete ne sme da izrazi sumnju u pogledu nevinosti oslobođenog od optužbe. U slučaju Asan Rušiti protiv Austrije, njegov zahtev je odbijen zbog uverenja suda da protiv njega i dalje postoji sumnja da je nevin, iako je pravnosnažno oslobođen optužbe, što je Evropski sud proglasio kršenjem pretpostavke nevinosti.⁵¹

U srpskom krivičnom procesnom zakonodavstvu pravo na naknadu štete daleko je šire postavljeno i pripada svakome ko je neosnovano lišen slobode, što u sebi obuhvata i nezakonito i neopravdano hapšenje i pritvaranje. Neosnovano lišenim slobode smatra se: lice koje je bilo lišeno slobode, a nije došlo do pokretanja krivičnog postupka, ili je pravnosnažnim rešenjem postupak obustavljen ili je optužba odbijena, ili je postupak pravnosnažno okončan odbijajućom ili oslobađajućom presudom; lice koje je usled greške ili nezakonitog rada organa postupka lišeno slobode ili je lišenje slobode trajalo duže ili je duže zadržano u zavodu radi izvršenja krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode; i lice koje je bilo lišeno slobode duže vremena nego što traje krivična sankcija koja se sastoji u lišenju slobode koja mu je izrečena (čl. 584 ZKP Srbije).

U vezi sa odnosom između pretpostavke nevinosti i pritvora, interesantan je stav Interameričkog suda, koji je u jednom slučaju povezo pretpostavku nevinosti i suđenje u razumnom roku. Naime, sud je našao da držanje optuženog lica u pritvoru tokom četiri godine krši pretpostavku nevinosti, jer se takav postupak prema optuženom pretvara u kaznu bez izrečene osude.⁵²

⁵⁰ Isto tako: Dr. sc. Ivo Josipović, *Uhićenje i pritvor*, Targa, Zagreb, 1998, str. 72–73.

⁵¹ Odluka ESLJP od 21 mart 2000, zahtev br. 28389/95.

⁵² Slučaj *Suarey Rosero v. Ecuador (1997)*, Tigoudja-Panoussis, str. 259 (Citirano prema: Vojin Dimitrijević i dr., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, 2006, str. 199).

5. Dejstvo pretpostavke nevinosti izvan krivičnog postupka

Jasno je da pretpostavka nevinosti obavezuje organe i učesnike krivičnog postupka, ali je njen obim važenja mnogo širi pošto se rasprostire i izvan sudskog postupka. Ona štiti okrivljenog u pokrenutom krivičnom postupku, ali i osumnjičenog u predistražnom postupku, a njeno dejstvo se, takođe, rasprostire i na sve slučajeve određivanja pritvora, kada zbog pretpostavke nevinosti tretman pritvorenog lica ne sme imati kazneni karakter⁵³. Polje važenja pretpostavke nevinosti rasprostire se i izvan krivičnog postupka koji nije okončan osuđujućom presudom.

Javne izjave i pretpostavka nevinosti. – Srpski zakonodavac zahteva poštovanje pretpostavke nevinosti i od subjekata koji nisu učesnici krivičnog postupka: „Državni i drugi organi i organizacije, sredstva javnog obaveštavanja, udruženja i javne ličnosti dužni su da se pridržavaju pravila iz stava 1. ovog člana i da svojim javnim izjavama o okrivljenom, krivičnom delu i postupku ne povređuju prava okrivljenog“ (čl. 3 st. 2 ZKP). Ova odredba posebno je značajna za sredstva informisanja u kojima se često senzacionalistički, tendenciozno i s unapred određenim krivcem izveštava o započetim ili predstojećim krivičnim postupcima, ili se takve izjave javnih ličnosti samo prenose, što je u direktnoj suprotnosti s citiranom odredbom i protivno je evropskim standardima o pretpostavci nevinosti. U vezi s tim, Evropski sud smatra da nije narušena pretpostavka nevinosti ako nadležni organ obavesti javnost o istrazi, imenujući osumnjičenog, ili saopšti da je osumnjičeni uhapšen ili da je priznao krivicu, ako ne kaže da je pomenuta osoba kriva. Novinari koji izveštavaju o krivičnim postupcima ne smeju da prekorače limite postavljene u cilju zaštite pravde i radi zaštite okrivljenikovog prava na pretpostavku nevinosti.⁵⁴

U pogledu širine granica u kojima pretpostavka nevinosti rasprostire svoje dejstvo, treba imati u vidu stavove Evropskog suda, prema kojima, od poštovanja pretpostavke nevinosti ne mogu biti izuzeti ni državni organi, čak ni oni u čijoj je kompetenciji donošenje autoritativnih pravnih standarda, među kojima su i pravni standardi koji se odnose na samu pretpostavku nevinosti. Pravne standarde na kojima je izgrađena, pa time i samu pretpostavku nevinosti, može da prekrši ne samo sud već i organi izvršne vlasti⁵⁵ pa i sam zakonodavac.

⁵³ U tom smislu je i Preporuka Komiteta ministara br. R (80) 1 od 27. juna 1980

⁵⁴ Slučaj *Du Roy and Malaurie v. France*, presuda ESLjP od 03. 10. 2000, zahtev br. 34000/96.

⁵⁵ Slučaj *Allenet de Ribbemon*, presuda ESLjP od 10. februara 1995, Serija A, br. 308.

Pretpostavka nevinosti štiti okrivljenog protiv koga se vodi krivični postupak od javnih komentara koji mu mogu štetiti zbog prejudiciranja njegove krivice, uključujući i izjave javnih tužilaca,⁵⁶ sudija,⁵⁷ ili drugih državnih zvaničnika⁵⁸. Zaštita se proteže i na lice koje je uhapšeno a protiv kog još nije pokrenut krivični postupak.

U pogledu zakonske regulative, Evropski sud je zauzeo načelno stano-
vište da u svakom pravnom poretку postoje prirodne i pravne presumpcije,
koje Evropska konvencija načelno ne zabranjuje. Međutim, države članice
dužne su da se u pogledu presumpcija na području krivičnog prava, pridrža-
vaju određenih razumnih granica i da prilikom njihovog propisivanja moraju
uzeti u obzir legitimne interese koji se štite presumpcijom i zaštitu okrivlje-
nikovih prava.⁵⁹

Dejstvo pretpostavke nevinosti u postupcima koji su povezani sa krivičnim postupkom. – Nesporno je da pretpostavka nevinosti štiti okrivljenog u krivičnom postupku (a kao što smo videli i u pretkrivičnom postupku). Međutim, njeno dejstvo je još šire, ona štiti optuženo lice i u postupku koji teče istovremeno sa krivičnim, kao i nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka ako optuženi ne bude osuđen. Uopšteno rečeno, polje važenja pretpostavke nevinosti rasprostire se i na sve druge postupke koji se vode povodom krivičnog postupka ili su u vezi s njim.

U postupku koji se vodi zbog javnih izjava ne sme se prejudicirati krivica optuženog u krivičnom postupku o kome se izveštava a koji još nije okončan. U predmetu *Diamantides protiv Grčke*, Evropski sud je zauzeo stanovište da je grčki sud, vodeći postupak po tužbi okrivljenog protiv novinara, povredio pretpostavku nevinosti jer je u odluci kojom odbija optužbu prejudicirao njegovu krivicu pre nego je krivični postupak okončan. Konkretno, sud je kao razlog da ne pokrene optužbu naveo da izjave novinara o okrivljenom nisu neistinite i da nisu ugrozile njegovu čast i ugled.⁶⁰

Takođe, pretpostavka nevinosti ima dejstvo i na građanske postupke koji se vode paralelno sa krivičnim, u kojima okrivljeni ima svojstvo građanske stranke. U tim građanskim postupcima, pretpostavka nevinosti zabranjuje donošenje odluke o njegovoj krivici u svojstvu građanske stranke sve dok krivični sud ne donese presudu o krivici. Jedina sudska odluka u pogledu kri-

⁵⁶ Slučaj *Daktaras v. Lithuania*, presuda od 10. oktobra 2000, paragraf 41.

⁵⁷ Slučaj *Lavents v. Latvia*, presuda od 28. novembra 2002.

⁵⁸ *Butkevičius v. Lithuania*, presuda od 26. marta 2002.

⁵⁹ Slučaj *Salabiaku v. France*, presuda ESLJP od 7. oktobra 1988, Serija A, br. 308.

⁶⁰ Slučaj *Diamantides v. Greece*, presuda od 19. maja 2005, zahtev br. 71563/01.

vice za krivično delo, prihvatljiva prema Evropskoj konvenciji, jeste presuda nadležnog krivičnog suda.⁶¹

Dejstvo pretpostavke nevinosti prenosi se i na odlučivanje o troškovima krivičnog postupka, kao i na građanske postupke koji se vode posle okončanja krivičnog postupka upravo zbog kršenja te pretpostavke ili neosnovanog lišenja slobode. U pogledu troškova, Evropska komisija je zauzela stano- vište da prilikom donošenja odluke o troškovima krivičnog postupka, sud čini povredu pretpostavke nevinosti ako odluči da optuženi snosi deo troškova po- stupka, smatrajući da je učinio utužena krivična dela, iako je postupak obu- stavljen.⁶² I odluku nacionalnog suda u predmetu Mineli protiv Švajcarske, Evropski sud je proglasio da je protivna čl. 6 st. 2 Evropske konvencije, zato što je nacionalni sud odbio da postupi po uobičajenim pravilima za dosuđiva- nje troškova postupka, smatrajući da je optuženi oslobođen samo zbog zasta- relosti.⁶³ Sa stanovišta pretpostavke nevinosti, nije dozvoljeno da sud izražava sumnju u pogledu krivice u postupku za naknadu štete povodom krivičnog postupka koji je pravnosnažno okončan oslobađajućom presudom. Takvo tu- mačenje zastupljeno je i u predmetu Sekanina protiv Austrije, gde je austrijski sud u obrazloženju odluke kojom odbija zahtev za naknadu štete zbog neo- snovanog predistražnog pritvora, izrazio sumnju u njegovu nevinost, na čemu zasniva svoju odluku. Zbog takvog obrazloženja odluke donete u građanskom postupku, u kome sud izražava stav o krivici nakon što je krivični postupak pravnosnažno okončan oslobađajućom presudom, Evropski sud smatra da je povređena pretpostavka nevinosti.⁶⁴ Ovim stavovima treba dodati da posle pravnosnažnosti oslobađajuće presude, državni organi treba da se uzdržavaju i od indirektnog sumnjičenja oslobođenog lica kako ne bi narušili pretpostav- ku nevinosti a ujedno ispoštovali sudsku odluku.

6. Pravna zaštita od povreda pretpostavke nevinosti

U pogledu pravne zaštite okrivljenog od kršenja pretpostavke nevinosti, pojavile su se različite ideje. Najpre, navedimo da je procesnim zakonikom Srbije iz 2006. godine bilo propisano novčano kažnjavanje lica koja javnom izjavom prekrše pretpostavku nevinosti.⁶⁵ Bile su predviđene prilično visoke

⁶¹ Bora Čejović, *Pretpostavka nevinosti okrivljenog*, Beograd, 2009, str. 254.

⁶² Slučaj *I. and C. v. Switzerland*, zahtev br. 10107/82, Izveštaj Komisije od 4. decembra 1985.

⁶³ Slučaj *Minelli v. Switzerland*, odluka ESLJP od 25. marta 1983, zahtev br. 8660/79.

⁶⁴ Slučaj *Sekanina v. Austria*, odluka od 25. avgusta 1993.

⁶⁵ Kritiku ovakve zakonske regulative vidi kod: V. Đurđić, „Načelo pravičnog postupka“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/2006, str. 92-93.

novčane kazne, što je, prema mišljenju nekih krivičnopравnih autora, „korak u pravom smeru“.⁶⁶

Pored toga, ima mišljenja da bi pravna sredstva zaštite pretpostavke nevinosti u krivičnom postupku mogla još biti: a) *odustanak od krivičnog gonjenja* i b) *pomilovanje*.⁶⁷

U stručnim raspravama i pravosudnoj praksi bilo je i zahteva da se kršenje pretpostavke nevinosti inkriminiše kao posebno krivično delo, čime bi se pružila krivičnopравna zaštita ovom temeljnom principu prava na pravično suđenje.⁶⁸

Povodom predloga da se kršenje pretpostavke nevinosti sankcioniše, s pravom se primećuje da je poštovanje presumpcije nevinosti, te važne procesne garancije, „više stvar društvene kulture, nego kaznenih sankcija“⁶⁹. Stvaranje pravne kulture da se svagda poštuje pretpostavka nevinosti, u krivičnom postupku i izvan njega, razuman je ali dalek cilj. Do tada, kao racionalno, istina ograničeno rešenje, može se smatrati nadoknađivanje štete okrivljenom po osnovu povrede pretpostavke nevinosti, bilo da je prekršena od organa krivičnog postupka ili davanjem javnih izjava u sredstvima informisanja.

7. „Iznuđivanje dokaza“ i pretpostavka nevinosti u krivičnom postupku Srbije

Napred je objašnjeno da pretpostavka nevinosti rešava i pitanje tereta pružanja dokaza. U vezi s tim, izgrađen je pravni standard da okrivljeni nije dužan da dokazuje svoju nevinost, kao imanentan element konstrukcije pravičnog postupka. Kad toga ne bi bilo, okrivljeni nikad ne bi bio siguran kad će otpasti sve sumnje u njegovu krivicu i da će krivična stvar biti definitivno presuđena po autoritativnim pravnim standardima. Gledište da niko ne može biti stavljen u položaj da dokazuje svoju nevinost, Evropski sud dosledno sprovodi, bilo da ocenjuje zakonsku regulativu ili faktičko postupanje prema okrivljenom, ali dopušta i izvesne izuzetke kad teret dokazivanja prevaljuje na okrivljenog, po pravilu kad se na okrivljenog primenjuje zakonska ili činjenična pretpostavka.

⁶⁶ Bora Čejović, *op. cit.*, str. 257.

⁶⁷ *Ibidem*, str. 259–261.

⁶⁸ Vidi: Novica Peković, *Pretpostavka nevinosti i sredstva javnog informisanja*, u zborniku „Krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore, Beograd, 2003, str. 183.

⁶⁹ Prof. dr Momčilo Grubač, „Kritika 'novog' Zakonika o krivičnom postupku“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2006, br. 2, str. 11.

U pogledu tereta dokazivanja, može se postaviti pitanje da li je posredno *iznuđivanje dokaza* u korist okrivljenog inkopatibilno sa ovim pravnim standardom na kome se temelji pretpostavka nevinosti. Naime, novim procesnim kodeksom Srbije nametnuta je obaveza strankama i braniocu da na pripremnom ročištu predlože dokaze pod pretnjom sankcije da se na glavnom pretresu neće izvesti oni dokazi koji bez opravdanih razloga nisu predloženi na tom ročištu (čl. 350 ZKP Srbije). Očigledno su zakonopisci bili motivisani idejom povećanja efikasnosti⁷⁰ postupka koja im je zamaglila pogled na jemstva ljudskih prava u krivičnom postupku. Iz ovakve regulative mogao bi se izvesti zaključak da će za odbranu biti iznuđeno predlaganje dokaza na pripremnom ročištu, uopšteno posmatrano, a osobito u situacijama kad okrivljeni i njegov branilac nisu nameravali da iznose dokaze u korist odbrane, pa to čine samo zato što je zakonom zabranjeno da kasnije predlože i izvedu svoje dokaze. Za zakonom nametnuto iznuđivanje dokaza ne može se ni u kom slučaju utvrditi da je u harmoniji sa pravom okrivljenog da ne dokazuje svoju nevinost, tj. sa standardom da je teret dokazivanja na tužiocu.

Za okrivljenog je ustanovljena još jedna dokazna zabrana: na glavnom pretresu izvode se dokazi samo u vezi sa delom optužnice koji optuženi ospori (čl. 349 st. 4 ZKP Srbije). Jasno je da se ovim dokaznim zabranama ograničava pravo okrivljenog na odbranu i pravo da izvodi dokaze u svoju korist, kao i da ta ograničenja nisu predviđena evropskom konvencijom niti su ustanovljena u praksi Evropskog suda. Iz ovih razloga, pitanje pravičnosti postupka postaje još izraženije u slučajevima kad okrivljeni nema branioca, a takva situacija može nastati za sva dela sa zaprećenom kaznom manjom od osam godina zatvora, što u praksi predstavlja najveći broj krivičnih dela o kojima sudovi odlučuju. Naime, pitanje je da li se uopšte može govoriti o pravičnom postupku kad su optuženi pravni laici, pa ne znaju koji deo optužbe i zašto treba osporiti, niti da im je obaveza da na pripremnom ročištu predlože dokaze. Zato, sve te dokazne zabrane koje se ispoljavaju kao ograničenje prava optuženog da izvodi dokaze u svoju korist i u određenim slučajevima ga dovode u preterano inferioran položaj u odnosu na tužioca, treba preispitati sa stanovišta pravnih standarda obuhvaćenih pravom na pravično suđenje.⁷¹

⁷⁰ U vezi s tim vidi: S. Bejatović, „Efikasnost krivičnog postupka i međunarodni pravni standardi“, u: *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*, Zlatibor, 2010, str. 184–207.

⁷¹ V. Đurđić, *Zakonske garancije prava na pravično suđenje*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70/2015, str. 386.

LITERATURA

1. Bayer, V., *Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslavenskom krivičnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4/1960.
2. Bejatović, S., „Efikasnost krivičnog postupka i međunarodni pravni standardi“, u: *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*, Zlatibor, 2010.
3. Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2014.
4. Beljanski, S., *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beograd, 2001.
5. Čejović, B., *Pretpostavka nevinosti okrivljenog*, Beograd, 2009.
6. Van Dijk, P., van Hoof, G.J.H., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001.
7. Vasiljević, T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981.
8. Vodinelić, V., *O pravnoj prirodi presumpcije nevinosti*, Glasnik Pravnog fakulteta Kragujevac, 1980.
9. Grubač, M., „Kritika 'novog' Zakonika o krivičnom postupku“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2/2006.
10. Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, London, 2003.
11. Dimitrijević V. i dr., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, 2006.
12. Dimitrijević, D., *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1981.
13. Findlay, M., „Internationalized Criminal Trial and Access to Justice“, *International Criminal Law Review*, 3/2002
14. Đurđić, V., *Zakonske garancije prava na pravično suđenje*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70/2015
15. Đurđić, V., „Načelo pravičnog postupka“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/2006.
16. Izveštaj Komisije za ljudska prava od 15. marta 1961, *Nielsen*, Yearbook IV (1961).
17. Jekić, Z., Danić, R., *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2004.
18. Josipović, I., *Uhićenje i pritvor*, Targa, Zagreb, 1998.
19. Krapac, D., *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2010.

20. Krapac, D., *Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka*, u Zborniku „Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici“, Beograd, 1989.
21. Lazin, Đ., *„In dubio pro reo“ u krivičnom postupku*, Beograd, 1985.
22. Nacrt rezolucije bečkog pripremnog kolokvijuma za Međunarodni kongres krivičnog prava, *Revue internationale de droit penal*, br. 3/1978.
23. Peković, N., „Pretpostavka nevinosti i sredstva javnog informisanja“, u: *Krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore*, Beograd, 2003.
24. Petrić, B., „O ispitu okrivljenog“, *Pravni život*, br. 3/1961.
25. Preporuka Komiteta ministara br. R (80) 1 od 27. juna 1980.
26. Radulović, D., *Pretpostavka nevinosti i standardi Evropske unije i Savjeta Evrope*, Zbornik referata sa međunarodnog naučnog skupa „Krivično procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope“, Beograd, 23–24. oktobra 2006.
27. Radulović, D., *Pretpostavka nevinosti okrivljenog*, Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, 2008.
28. Simić-Jekić, Z., „Pretpostavka nevinosti u Zakonu o krivičnom postupku od 24. XII 1976“, *Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju*, br. 4/1977.
29. Simović, M., „Pravo na pravično i javno suđenje (član 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) i pravo na suđenje bez odlaganja iz člana 13 Zakona o krivičnom postupku BiH“, *Pravna riječ*, br. 4/2005.
30. Simović, M., „Poštovanje međunarodnih standarda koji se tiču pretpostavke nevinosti u praksi sudova u Bosni i Hercegovini“, u: *Sprečavanje i suzbijanje savremenih oblika kriminaliteta*, Beograd, 2007.
31. Simović, M., Simović, V., *Krivično procesno pravo – Uvod i Opšti dio*, Bihać, 2013.
32. Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2014.

Vojislav Đurđić

Full Professor at the Faculty of Law, University of Niš

UNDERSTANDING THE ASSUMPTION OF INNOCENCE IN THEORY AND PROCEDURAL REALITY

Summary

In this paper the author initially discusses the origins of the idea that the accused should be protected against prejudices and pre-convictions, and then he presents the legal sources of the presumption of innocence, as a legal standard included in the right to a fair trial. In the course of elaboration of the legal nature of the presumption of innocence the existing schools of thought are presented, and the author accepts the view that it is a fundamental warranty which protects the accused against pre-convictions in the criminal proceedings, and ensures the legitimate establishment of facts. In the course of presentation of contents, the author explains three legal standards, which he holds to be the building blocks of the assumption of innocence – first, acting without prejudice and pre-convictions about the accused's guilt, second, the burden of proof may not lay on the accused, and third, the risk of unprovenness of the relevant facts must be resolved to the accused's benefit. The field of its application is determined in such way that the assumption of innocence applies in the criminal proceedings, but also protects the accused outside the proceedings against public statements about his guilt until the finality of the judgment. The effects of the assumption of innocence reach also the civil proceedings that follow the criminal proceedings that ended with equital or indictment refusal, as well as the decision on the costs of criminal proceedings that ended with such judgments. The relationship between the assumption of innocence and detention has been discussed, and in the end some of the rules of Serbian criminal procedure that contradict the assumption of innocence have been pointed out.

Key words: *assumption of innocence, just procedure, burden of proof, rule in dubio pro reo, detention.*

SUĐENJE U ODSUSTVU OKRIVLJENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU

Dr Drago Radulović*

***Apstrakt:** Glavni pretres održava se u prisustvu okrivljenog, što je jedna od osnovnih manifestacija načela neposrednosti. Ovo je blisko povezano sa načelima optužbe i kontradiktornosti, što podrazumijeva da se pred sudom pojavljuju dvije ravnopravne stranke sa oprečnim zahtjevima – s jedne strane tužilac sa naporima da dokaže osnove optužnice, a s druge strane okrivljeni koji želi da izbjegne krivične sankcije i sve druge reprekusije krivičnog gonjenja. S obzirom na to da nije uvijek moguće obezbijediti prisustvo okrivljenog tokom krivičnog postupka, zakonski propis predviđa mogućnost suđenja u odsustvu okrivljenog kao neophodan izuzetak opravdan određenim razlozima. Autor rada u prvom njegovom dijelu obrađuje pitanje opravdanja suđenja u odsustvu okrivljenog, zatim slijedi pregled istorijskog razvoja ovog pravila, a centralni dio rada odnosi se na suđenje u odsustvu okrivljenog u svjetlu Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore. Slično zakonskoj odredbi koja prati tradiciju, Zakonik prepoznaje tri slučaja suđenja u odsustvu okrivljenog: a) suđenje okrivljenom koji je u bjekstvu, b) suđenje u odsustvu okrivljenog u sumarnom postupku kad se okrivljeni ne pojavi na suđenju, c) suđenje kada je okrivljeni odlukom Vijeća udaljen iz sudnice zbog narušavanja reda i vrijeđanja dostojanstva suda.*

***Ključne riječi:** Zakon o krivičnom postupku, krivični postupak, suđenje, okrivljeni, tužilac, sud.*

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, Podgorica.

Uvodne napomene

Prisustvo okrivljenog na glavnom pretresu jedna je od pretpostavki za njegovo održavanje i jedno od glavnih manifestacija načela neposrednosti i pravila *audiatur et altera pars*. To podrazumijeva da se pred sudom pojave dvije ravnopravne stranke sa oprečnim zahtjevima; s jedne strane tužilac sa nastojanjem i željom da dokaže osnovanost svog optužnog akta i realizuje odgovarajuće prijedloge i zahtjeve iz istog koji su upravljani ili na ličnost okrivljenog ili na njegova imovinska dobra i, s druge strane, optuženog koji nastoji da izbjegne krivičnu sankciju i sve druge reperkusije krivičnog gonjenja bilo pred sudom, bilo pred građanima. Oprečnost ovih zahtjeva treba da riješi sud u zakonito sprovedenom postupku uz dosljednu primjenu svih drugih temeljnih principa krivičnog postupka (usmenost, javnost, kontradiktornost i dr.), kako bi došao do vrhovnog cilja krivičnog postupka, do istine. Dosljednog provođenja ovih osnovnih načela krivičnog postupka, a ni iznalaženja istine, u principu, ne može biti bez prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. Ni u onim slučajevima gdje okrivljeni izričito traži da mu se sudi u odsustvu, kao i u slučaju kad se na osnovu nekih prethodnih saznanja pretpostavlja da će okrivljeni na glavnom pretresu ćutati, sud se ne smije odreći njegovog prisustva, jer nekada i samo pasivno prisustvo okrivljenog može da posluži kao izvor saznanja. Postupak sproveden uz dosljednu primjenu svih ovih načela, uz prisustvo svih subjekata čije je prisustvo potrebno ili cjelishodno, uz zastupljenost svih stadija ili faza, zove se redovni krivični postupak i u tom postupku presuda se izriče u prisustvu okrivljenog.

No, odavno se pred krivično procesnu teoriju, pa i pred zakonodavstvo, postavljalo pitanje kako postupiti u onim slučajevima kada je okrivljeni odsutan, bilo da je odsutan usljed bjekstva ili je pak nedostižan državnim organima i slično. Aktuelnost ovog pitanja rasla je, mogli bismo reći, uporedo sa intenzivnijim razvojem nauke i tehnike, sa razvojem saobraćaja i migracijom naroda. To davno postavljeno pitanje sastojalo se u tome da li će se u tom slučaju zastati sa krivičnim postupkom dok se ne stvore mogućnosti da se okrivljenom sudi u prisustvu, ili će se, pak, postupak voditi i presuda donijeti u njegovom odsustvu.

Mišljenja u teoriji i rješenja u zakonodavstvu o ovom pitanju bila su heterogena, pa na jednoj strani imamo mišljenja i u zakonu usvojenih rješenja koja kontumacijalno suđenje zabranjuju u potpunosti.¹ Zastupnici ovog mi-

¹ Od novijih zakona suđenje u odsustvu okrivljenog zabranjeno je po Zakonu o krivičnom postupku BiH, vidi dr Miodrag N. Simović i dr Vladimir M. Simović, *Krivično procesno pravo II*, Istočno Sarajevo, 2014, str. 120.

šljenja ističu da je prisustvo okrivljenog na glavnom pretresu jedan od najbitnijih momenata za pronalaženje istine, jer odsustvo okrivljenog stvara sukob između dva zahtjeva pravičnosti: prvo, između zahtjeva da nijedno izvršeno krivično djelo ne ostane nekažnjeno (apstraktna pravičnost) i zatim zahtjeva da niko *in concreto* saslušan ne bude osuđen jer lako može biti i nevin osuđen (konkretna pravičnost).²

Konkretna pravičnost, po ovima, zabranjuje da se sudi u odsutnosti okrivljenog, ali apstraktna pravičnost to dopušta, što je uslovilo da zastupnici i ovog shvatanja dozvole kontumacijalno suđenje, jer svako krivično djelo zaslužuje postupak, a i kaznu uz ispunjenje uslova za njeno izricanje.

Kako su u teoriji bila podijeljena mišljenja o pitanju mogućnosti i dozvoljenosti kontumacijalnog suđenja, tako su ta mišljenja bila podijeljena po pitanju gdje leži osnov zabrani ovog suđenja odnosno u kojim načelima krivičnog postupka se nalazi taj osnov. Jedni osnov zabrani kontumacijalnog suđenja nalaze u načelu istine, tvrdeći da se do istine ne može doći postupkom u odsustvu okrivljenog.³ Ovima je prigovarano da je u najviše slučajeva prijeko potrebno saslušati okrivljenog da bi se došlo do istine, ali, ipak, ne stoji to da sud u odsustvu okrivljenog ne može doći, prema raznim okolnostima i dokazima, do uvjerenja i do prave istine o tome da li je okrivljeni učinilac krivičnog djela ili ne.

Drugi ističu da osnov zabrani izricanja presude u odsustvu okrivljenog leži u samoj organizaciji postupka koji je usmen, javan i kontradiktoran, gdje naročito dolazi do izražaja načelo *audiatur et altera pars*, te se ne može presuda donijeti u odsustvu okrivljenog budući da bi postupak bio povrijeđen u svojim osnovnim načelima.⁴

Dakle, samo organizovanje optužnog postupka pretpostavlja prisustvo optuženog u krivičnom postupku, uz napomenu da se do istine može doći iako okrivljeni nije prisutan na glavnom pretresu, što znači da osnov zabrani kontumacijalnog suđenja ne stoji samo u načelu istine.

² Ortloff, *Goldammer Archiv für Strafrecht 1871*, str. 492 i dalje citirano po Božidaru Markoviću, I, Postupak protivu odsutnih i odbjeglih krivaca (kontumacijalni postupak), Rasprave iz krivičnog postupka, Beograd, 1914, str. 5.

³ Zacharie, *Handbuch des deutschen Strafprocesses 1863*, II knjiga, str. 375–395, citirano po B. Marković, I, op. cit., str. 6.

⁴ H. Mejer, *Strafverfahren gegen Abwesnde*, 1869, str. 13–15, citirano po B. Marković, I, op. cit., str. 8

Osvrt na istorijski razvoj instituta kontumacijalnog suđenja

Kako smo naprijed istakli, ovo davno postavljeno pitanje mogućnosti kontumacijalnog postupka i danas je aktuelno i različito riješeno u zakonodavstvima. Za bolje razumijevanje stanja stvari bilo bi korisno posmatrati kako se kontumacijalni postupak razvijao u prošlosti, počev od rimskog prava pa dalje.

Tako su u starom rimskom pravu funkciju pravosuđa vršile komicije. Prisustvo okrivljenog suđenju obezbjeđivano je jemstvom, te ako i pored jemstva nije došao pred komiciju, posljedice njegovog nedolaska bile su različite ovisno od razloga nedolaska. Ukoliko je sebi našao azil, narodna komicija je cijenila umjesnost azila i takav okrivljeni je mogao da dobije kaznu *aquae et ignis interdictio* sa kojom je bio povezan gubitak imanja. Ukoliko okrivljeni nije došao, izricana je kazna, naređivano je oduzimanje imanja, a možda i *aquae et ignis interdictio*. Ako je okrivljeni opravdano izostao, suđenje se odgađalo i zakazivano novo. U vrijeme *questiones perpetuae*, odsutni su osuđivani na novčanu kaznu, ili na *aquae et ignis interdictio*. Međutim, u teoriji je preovladalo stanovište da u oba ova perioda nije bilo ustaljenih pravila ponašanja u ovim situacijama. Kasniji rimski postupak u doba Carstva dosta se razlikuje od prethodnog i ovo je doba sa sobom donijelo i pravilo da se nenaslušani okrivljeni po pravilu ne može osuditi. Tako ako se optužba odnosila na teže krivično djelo, a okrivljeni se nije mogao dobiti na sud ni putem poziva niti drugog sredstva, u tom slučaju izdavana su tri edikta putem kojih je okrivljeni pozivan da dođe na sud. Ako se i nakon trećeg edikta ne bi pojavio, njegovo imanje je uzapćivano. Godinu dana poslije trećeg edikta okrivljeni je mogao da opravda svoj nedolazak, u protivnom njegovo imanje je konačno konfiskovano i više ga nije mogao povratiti. Krivična stvar nije suđena, pa se može reći da je konfiskovanje bilo kazna za neposlušnost, a ne kazna za izvršeno krivično djelo.⁵

Postupak za lakša krivična djela sličan je ovom, s tim što se nakon godine dana od trećeg edikta pristupa izviđanju i suđenju ukoliko se okrivljeni ne pojavi, ili ne opravda svoje odsustvovanje. Iz iznijetog se može zaključiti da rimsko pravo izuzetno dopušta kontumacijalni postupak i to kad su u pitanju najneznatnija krivična djela postavljajući osnovno pravilo *ne absens damnatur*, čime je stajalo na stanovištu konkretne pravičnosti, koja traži da kazna dostigne samo pravog krivca i da se prema tome istraga može voditi samo ako je okrivljeni prisutan i ako ga je sud čuo.⁶

⁵ B. Marković, I, op. cit., str. 9.

⁶ B. Marković, I, op. cit., str. 10.

Početak srednjeg vijeka susrećemo se sa institutom „forbannitio“ (stavljanje van zaštite zakona). Naime, ukoliko se okrivljeni ne bi javio na poziv tužioca, i to na tri uzastopna poziva tužioca, pred sud, onda je izricana ova mjera čije su se posljedice sastojale u tome da okrivljenikova ličnost ni imovina nisu bili zaštićeni, niti mu je ko smio pružiti pomoć, makar se radilo i o njegovim najbližim. Samo tačno navedenim razlozima okrivljeni je mogao da opravda svoj nedolazak.

Prema nekim mišljenjima, stavljanje okrivljenog van pravne zaštite nije predstavljalo kaznu za učinjeno krivično djelo, nego za neposlušnost i kao mjera za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku.

Kanonsko pravo je o pitanju kontumacijalnog suđenja otišlo dalje od srednjevjekovnog prava, i nije dopuštalo da se okrivljeni više stavlja van pravne zaštite bez bližeg utvrđivanja krivičnog djela. Okrivljeni koji je odsutan nije stavljan van pravne zaštite, nego je protiv njega vođena istraga i nakon toga mu se sudilo.

U periodu preovladavanja inkvizitorskog sistema krivičnog postupka kontumacijalno suđenje u sve vrijeme važenja ovog sistema nije bilo jednako zastupljeno. Naime, u vrijeme torture okrivljenog i isključenja dokaza indicijama, suđenje u odsustvu okrivljenog bilo je teže izvodljivo iako je bilo zagarovano da se postupak može voditi i presuda donijeti i bez prisustva okrivljenog. Kada je tortura kao sredstvo iznuđavanja priznanja od okrivljenog izostavljena u procesu provođenja dokaznog postupka i kad se moglo dokazivati i na osnovu indicija, stvorena je mogućnost da se istraga može voditi i u odsustvu okrivljenog, a nauka je pitanje o suđenju *in contumaciam* smatrala kao čisto pitanje cjelishodnosti, pa isto nije dopuštala za neznatnija krivična djela, a za izvjesna teža djela moglo se suditi *in contumaciam*, jer u ovim slučajevima presuda obično nije mogla biti izvršena, već je dosta bilo da se njome postigne represija.⁷

Opšti kazneni zakon cara Josifa II (Josephina) od 1788. godine predviđa je o da do kontumacijalnog suđenja može doći samo izuzetno i to ako bi učinjeno krivično djelo svojom društvenom opasnošću na sebe skretalo veliku pažnju, ili ako bi nekažnjavanje moglo reperkutovati veoma štetne posljedice.

Code d’instruction criminelle (1808) regulisao je dvije vrste postupka protiv odsutnih ili odbjeglih krivaca, ovisno o vrsti krivičnog djela, odnosno nadležnosti suda. Kada se sudilo za prestup (delikt) i istup (kontravention),

⁷ B. Marković, I, op. cit., str. 14.

(koje suđenje se nazivalo par default) Code d'instructio criminelle je predviđao da u slučaju nedostatka uredno pozvanog okrivljenog na glavni pretres može se isti sprovesti i donijeti presuda na koju kasnije okrivljeni može uložiti protest (opposition), te ako je isti u zakonom predviđenom roku podnesen imao je takvo dejstvo da se smatralo kao da dotična presuda i ne postoji. Uz to, protest je imao i svojstvo poziva za sledeći pretres, te ako ni na sledeći pretres okrivljeni ne dođe, presuda koja je prethodno protestovana ostaje na snazi i protest se više ne može ulagati.

Suđenje za zločin (crime) protiv odsutnih okrivljenih (koje se u zakonu naziva la procedure de contumace) detaljnije je u zakonu regulisano. Okrivljeni se nalazi u stanju kontumacije ako se nije mogao dovesti pred sud, odnosno ako se u roku od deset dana po saopštavanju odluke o stavljanju pod sud ne javi, ili ako, pak, pobjegne. Okrivljeni koji se nalazi u ovakvom stanju pozivan je javnim pozivom od strane predsjednika porotnog suda ili u njegovom odsustvu od strane predsjednika prvostepenog suda, odnosno od najstarijeg sudije da se javi sudu. Nedolazak je sa sobom povlačio gubitak građanskih prava i uzapćenje imovine u toku kontumacijalnog postupka. Protekom pomenutog desetodnevnog roka pristupalo se suđenju *in contumaciam*, u kom postupku je okrivljeni mogao biti osuđen ili oslobođen od optužbe. Ovaj postupak se razlikuje od redovnog i po tome što se sudilo bez porotnika na osnovu čitanja akata i bez prisustva branioca okrivljenog.

Opšti njemački krivični postupak od 1877. godine usvojio je u načelu pravilo da se u odsustvu okrivljenog ne može voditi postupak, ali je u dva slučaja izuzetno dopustio tu mogućnost sa dva cilja; u cilju pretresa i donošenja presude i u cilju obezbeđenja dokaza za slučaj da okrivljeni bude dobavljen na sud ili se sam javi. Održavanje pretresa i donošenje presude iz razloga cjelishodnosti u odsustvu okrivljenog dozvoljeno je samo kod najmanje društveno opasnih krivičnih djela, koja su zapriječena novčanom kaznom (čl. 319), kao i kod onih krivičnih djela koja su zapriječena lakim zatvorom (od jednog dana do šest nedelja), ali samo ako je okrivljeni izostao, a ne ako je pobjegao. Postupak u cilju obezbeđenja dokaza u odnosu na redovni postupak više je imao karakter prethodnog postupka u kome su se pronalazili i obezbeđivali dokazi za slučaj da se odsutni pojavi i da se protiv njega povede redovni postupak.

Austrijski Zakon o krivičnom postupku od 1853. godine kontumacijalno suđenje je sveo na vrlo ograničenu mjeru i to samo kod onih krivičnih djela koja su zapriječena lišenjem slobode do pet godina uz odgovarajuće pretpostavke, i to: da se radi o lakšem krivičnom djelu, da je okrivljeni već saslu-

šan u prethodnoj istrazi i da je okrivljeni primio poziv za suđenje. Uz sve to potrebno je da sud stekne dojam da se predmet može riješiti u odsustvu okrivljenog, jer ako tog subjektivnog elementa (uslova) nema, ne može biti kontumacijalnog suđenja iako su se ispunili prethodni uslovi.

Srpski Zakonik o postupku sudskom u krivičnim delima iz 1865. godine, rađen po uzoru na austrijski iz 1853. godine, izuzetno dopušta suđenje *in contumaciam* pod određenim uslovima, jer se stajalo na stanovištu da presuda u krivičnim predmetima treba, što je više moguće, da počiva na materijalnoj istini, čije pravo saznanje nije moguće bez prisustva okrivljenog. U članu 314 predviđeni su uslovi pod kojima može doći do suđenja u odsustvu i to ako je u pitanju zločin koji svojom izraženom društvenom opasnošću skreće pažnju javnosti, ili se, pak, može očekivati da bi nekažnjavanje za taj zločin moglo izazvati negativne posljedice. Osim toga, potrebno je da ni biće tog zločina, kao ni ličnost učinioca ne podliježu nikakvoj sumnji – dakle, dokazana je vinstnost učinioca. Dakle, da bi sud vodio postupak *in contumaciam* treba da riješi dva pitanja, jedno pravno, drugo faktičko; pravno da činjenično stanje podvede pod odredbu zakona (zločin) i faktičko, da li konkretno djelo u odgovarajućim uslovima može da izazove pažnju, odnosno nekažnjavanje za to djelo „rđave“ posljedice, što je stvar subjektivne ocjene suda, jer jedno isto djelo u raznim situacijama izaziva i različite posljedice o kojima smo govorili. Jasno se vidi da je zakonodavac ovo izuzetno suđenje dopustio samo u cilju da se zadovolji javno mnjenje čiji su osjećaji pravičnosti ovako teškim krivičnim djelom povrijeđeni⁸.

Inače, glavni pretres mogao se organizovati na dva načina, što je dovelo i do dvije vrste presuda. Ako je okrivljeni uredno pozvan na glavni pretres, ali na isti ne dođe, pretres se održava i donosi konačna presuda u njegovom odsustvu, s tim što mu se određuje branilac za glavni pretres. U slučaju kada je okrivljeni u bjekstvu ili je odsutan, presuda, donesena na glavnom pretresu, ima privremeni karakter, jer ona pada čim se okrivljeni (u odsustvu osuđeni) pojavi, s ciljem da se trenutno zadovolji javno mnjenje čiji su osjećaji pravičnosti ovim djelom povrijeđeni, a ne u cilju definitivnog presuđenja. Slično rješenje ovog problema nalazilo se i u Zakoniku o postupku sudskom u krivičnim djelima za Knjaževinu Crnu Goru od 20. januara 1910. g., koji je i urađen po uzoru na srpski Zakonik.⁹

⁸ B. Marković, I, op. cit., str. 31.

⁹ Vidi dr Milisav Čizmović i dr Petar Stanojević, *Razvoj procesnih prava u staroj Crnoj Gori i Srbiji*, Priština 1993.

Zakonik o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije od 16. 2. 1929. godine načelno zabranjuje suđenje u odsustvu okrivljenog (čl. 463, 237 i 445). Od ovog načela učinjen je izuzetak u slučaju kada se okrivljeni na poziv za glavni pretres ne javi, niti izostanak opravda, u kom se slučaju može održati pretres i donijeti presuda i to samo pred sudijom pojedincem sreskog ili okružnog suda, uz pretpostavku da su svi ostali pravno relevantni momenti dokazani (čl. 237a i 383). Ovakvo rješenje usvojeno je radi toga što načelo *audiatur et altera pars* vrijedi u krivičnom postupku kao pretpostavka za dobijanje materijalne istine, a neposrednost postupka na glavnom pretresu izvodljiva je kad su obje strane prisutne, jer ako bi se dopustilo da se krivična stvar može presuditi i bez prisustva okrivljenog, onda bi presuda počivala na presumpciji i fikciji o tome da se okrivljenik odrekao prava odbrane, što može stajati u očiglednoj suprotnosti sa materijalnom istinom.¹⁰

O suđenju u odsustvu okrivljenog u svjetlu Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore

Dosljedno sprovođenje nekih od osnovnih načela našeg krivičnog postupka (akuzatornosti, kontradiktornosti, neposrednosti i dr.) nije moguće, ili je pak dosta otežano u odsustvu okrivljenog, jer sud nije u mogućnosti da čuje i drugu stranu nego samo tužioca, čime se ne postiže ravnoteža i ona pravna sigurnost koja je nužna, što se u velikoj mjeri odražava i na ishod krivičnopravne stvari. Zato postupak *in contumaciam* nije olako prihvaćen, ali je pod uticajem tekovina nauke krivičnog prava i saznanja da isključivo suđenje u prisustvu okrivljenog nije bez izuzetaka¹¹ prihvaćeno, naš zakonodavac morao prihvatiti (predvidjeti) da se može suditi i u odsustvu okrivljenog. Prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2000. godine (u daljem tekstu ZKP) u odsustvu okrivljenog može se voditi postupak i suditi u slučaju:

1. ako se okrivljeni nalazi u bjekstvu ili nije dostižan državnim organima (čl. 324, st. 3 ZKP);
2. kada po odluci vijeća bude udaljen iz sudnice zbog narušavanja reda i vrijeđanja dostojanstva suda (čl. 321, st. 2 ZKP) i

¹⁰ B. Marković, II, *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1930, str. 242.

¹¹ Od zakonodavstava u regionu izuzetak je krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH (vidi fusnotu 1). Zakonodavstva Common Law sistema, u pravilu ne dopuštaju suđenje *in absentia* jer se time povređuje pravilo *audiatur et altera pars* i temeljno pravo okrivljenog da bude saslušan.

3. u sumarnom postupku u slučaju kada ne dođe na glavni pretres iako je uredno pozvan (čl. 457, ZKP).

1. Da bi se sudilo okrivljenom u odsustvu, potrebno je ispunjenje odgovarajućih zakonskih uslova: da se okrivljeni nalazi u bjekstvu ili da je nedostižan državnim organima, da postoje naročito važni razlozi da mu se sudi u odsustvu, da postoji prijedlog tužioca za ovakvo suđenje i da sud prihvati ovakav prijedlog. Slične uslove za kontumaciono suđenje (tamo gdje je ono predviđeno) poznaju i zakonodavstva zemalja na području bivše Jugoslavije. Nešto drukčiji uslovi predviđeni su u Zakonu o kaznenom postupku Hrvatske, gdje je u čl. 402 propisano da do takvog suđenja može doći ako postoje osobito važni razlozi da mu se sudi, a pri tome nije moguće suđenje u stranoj državi, nije moguće izručenje i ako se optuženi nalazi u bjekstvu.¹²

Inače, *ratio legis* suđenja u odsustvu utemeljen je na razlozima faktičke i formalne prirode, koji nalažu da se bez prisustva stranke koja je u funkciji odbrane u nekim situacijama ipak održi glavni pretres, jer za to postoji širi društveni interes, zaštita interesa oštećenog, a time se onemogućuje nastupanje krivičnopravnih posljedica koje nastaju protekom vremena.¹³

Iako čl. 6 st. 3 tač. 9 Evropske konvencije pretpostavlja prisustvo optuženog glavnom pretresu jer je to fundamentalni princip prava na pravično suđenje, ipak je Evropski sud za ljudska prava zauzeo stanovište da je suđenje u odsustvu dozvoljeno pod određenim uslovima. Na primjer, dozvoljeno je onda kada se optuženi jasno i nedvosmisleno izjasni da ne želi da bude prisutan (Pitrimol protiv Francuske, presuda od 23. 11. 1993. g., Serija A, 277-A). Kada je dozvoljeno suđenje u odsustvu državni organi moraju dati sve od sebe u pokušajima da obavijeste optuženog o nastupajućem suđenju (Colloza protiv Italije – presuda od 12. 2. 1985. g. – serija A broj 89 tačka 28).

Po shvatanju Evropskog suda, i kad uslovi za suđenje u odsustvu nisu u potpunosti ispunjeni, takvo suđenje ne predstavlja povredu prava na pravično suđenje iz čl. 6 Evropske konvencije, ako će optuženom kasnije biti dozvoljeno ponovno saslušanje u predmetu i pravo na ponovno saslušanje ne smije zavisiti od optuženog koji se odriče njegovog prava, a ako je optužena osoba kasnije pritvorena po članu 6EK se smatra da je time nametnuta obaveza državi da ponovo otvori predmet slučaja (Evropski sud za ljudska prava Krombach protiv Francuske) i odluka Ustavnog suda BiH broj –II– 103/03 od 28. 5. 2004. g. Da ne bi došlo do suđenja u odsustvu okrivljenog, zakonodavac je

¹² O tome šire dr Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Rijeka, 2011, str. 731.

¹³ Dr Milan Škuljić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2014, str. 375; *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009, str. 930.

predvidio i odgovarajuće mjere za obezbjeđenje njegovog prisustva u krivičnom postupku i tek pošto te zakonske mjere ostanu bez uspjeha, pribjegava se suđenju u odsustvu. Okrivljeni je u bjekstvu ako je napustio svoje prebivalište ili boravište i izbjegava kontakt sa organima postupka mijenjajući ili krijući mjesto boravka, preduzimajući mjere da organi postupka ne saznaju za njegovu adresu sa ciljem da onemogući ili oteža postupak koji se protiv njega vodi, dok se nedostižnim smatra onaj okrivljeni do koga organ ne može doći zbog stvarnih ili pravnih prepreka.¹⁴ Prema skoro jedinstvenom shvatanju sudske prakse smatra se da je okrivljeni u bjekstvu kada mu se ne zna adresa ni boravište ni prebivalište, niti bilo koje mjesto gdje bi se mogao naći i pored toga što je pokušano da se preko rođaka, poznanika, raspisivanjem potjernice ili na drugi način pokušalo da se pribavi njegova adresa, pri čemu je nebitno da li se okrivljeni nalazi u zemlji ili inostranstvu.¹⁵ Bitno je da okrivljeni preduzima mjere da organi krivičnog postupka ne saznaju za njegovu adresu, u namjeri da se izbjegne ili oteža vođenje postupka protiv njega.¹⁶ Optuženi nije dostižan državnim organima kada mu se zna adresa i boravište, odnosno prebivalište, ali do njega se ne može doći iz nekih pravnih ili stvarnih razloga¹⁷ iako je uredno primio poziv. To su, na primjer, slučajevi stranca koji treba da odgovara pred našim sudom, ali se ne nalazi u našoj zemlji, a zemlja čiji je on državljanin nije spremna da ga izruči. Slična je situacija i ako je optuženi naš državljanin, ali zemlja njegovog boravišta neće da ga izruči niti on hoće da se odazove pozivu ili poziv odbija da primi. Prije nego što se odluči za suđenje u odsustvu, bilo da je riječ o optuženom strancu ili našem državljaninu čija adresa je poznata ili ju je moguće bez poteškoća pronaći, potrebno je preko međunarodne krivičnopravne pomoći dostaviti optužnicu, odnosno uručiti poziv za glavni pretres, pa ako se ne uspije, treba uzeti da je takvo lice nedostupno državnim organima i onda pribjeći suđenju u odsustvu.¹⁸ Drugi uslov za suđenje u odsustvu oličen je u postojanju naročito važnih razloga za takvo suđenje. Očito je da se tu radi o krivičnim djelima koja izazivaju naročitu pažnju, pa i uznemirenje i znatiželjnost javnosti, s obzirom na njihovu težinu, ili, pak, način izvršenja. Međutim, u prvi plan se ističe moralni značaj presude donesene u odsustvu okrivljenog, jer ona utvrđuje činjenično stanje koje je dotle moglo biti neizvjesno i predstavlja akt društvenog neodobravanja inkri-

¹⁴ Tihomir Vasiljević, I, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Beograd, 1977, str. 341.

¹⁵ Dr Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, str. 422.

¹⁶ Vidi dr Goran P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, 2013, str. 829.

¹⁷ Dr Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Posebni deo, Beograd, 2002, str. 31.

¹⁸ Dr Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2009, str. 389.

minisanih postupaka donijet od nadležnog organa i u propisanoj formi i zato ubjedljiv.¹⁹ Pored navedenog, ovakva presuda ima i realne efekte jer se njom isključuje zastarjelost krivičnog gonjenja, a ako je presuda osuđujuća, odnosno presuda kojom se optuženi oglašava krivim, iz nje se može izvršiti sve što nije vezano za ličnost okrivljenog i za njegovo prisustvo. S druge strane, donošenje ovakve presude nekada utiče i na ostvarenje odgovarajućih prava drugih subjekata u postupku, prvenstveno oštećenog, pa čak, ako se problem posmatra šire, ovakva presuda ima uticaja na ostvarenje zaštite sloboda i prava čovjeka i građanina u krivičnom postupku, kao i na ostvarenje odgovarajućih interesa društva u cjelini. Ona ima i svoju kriminalno političku opravdanost, njom se u javnosti izgrađuje povjerenje u efikasnost suda i sigurnost pravnog poretka.

Pored gore navedenog, za pokretanje i kasnije vođenje ovog postupka potrebno je da postoji zahtjev državnog tužioca, mada je i ranije u teoriji bilo zagovaranja da se to pravo da svim tužiocima, jer kad bi se uvažilo da sam javni tužilac da prijedlog za suđenje u odsustvu, u onim slučajevima gdje se pojavljuje oštećeni kao tužilac, bez obzira na to da li se za djelo goni po službenoj dužnosti ili po privatnoj tužbi, okrivljeni bi mogli da izbjegnju krivičnu sankciju skrivajući mjesto prebivališta, odnosno svojim bjekstvom.²⁰

I pored postojanja ovih uslova, da bi došlo do suđenja u odsustvu okrivljenog, potrebno je da sud, cijeneći opravdanost razloga, prihvati zahtjev tužioca za suđenje u odsustvu.

Suđenje u odsustvu okrivljenog je, rekli bismo, „jedno nužno zlo“ koje obiluje manjkavostima, a najveće manjkavosti su ograničenje prava na odbranu (ličnu odbranu), izostavljanje u postupku rasvjetljavanja i rješavanja krivične stvari neophodnog sučeljavanja, kontradiktornosti, usmenosti i slično. Imajući u vidu sve manjkavosti ovakvog suđenja, zakonodavac je prevashodno u funkciji zaštite interesa odbjeglog okrivljenog predvidio dvije mjere – da mora imati branioca od momenta donošenja rješenja da mu se sudi u odsustvu i da pod povoljnijim uslovima izdejstvuje ponavljanje krivičnog postupka.²¹

Tako je u članu 431 st. 1 tač. 1 ZKP propisano da se, mimo uslova za redovno ponavljanje, krivični postupak može ponoviti ako okrivljeni ili njegov branilac podnesu zahtjev za ponavljanje postupka u roku od šest mjeseci od dana kad se steknu uslovi da se osuđenom sudi u njegovom prisustvu. Kad

¹⁹ T. Vasiljević, II, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 524; dr Momčilo Grubač, Op. cit. str. 91; dr Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo*, Posebni deo, Niš, 2006, str. 39.

²⁰ Dušan Bogdanović, *Suđenje u odsustvu okrivljenog*, Glasnik APV, br. 1, 1967, str. 17.

²¹ Dr Snežana Brkić, *Krivično procesno pravo*, Posebni deo, Novi Sad, 2010, str. 112.

ће се stvoriti mogućnost da se okrivljenom sudi u prisustvu? To je kada bude izručen našoj državi u postupku ekstradicije, ili kada se nađe u našoj zemlji i bude lišen slobode ili se poslije sam prijavi. Ovdje se radi o jednom objektivnom roku, pa nije potrebno da mu je prethodno dostavljena presuda kojom je osuđen u odsustvu. Optuženi u smislu naprijed navedenog člana ne može iz inostranstva da podnese zahtjev za ponavljanje postupka, nego je potrebno da se vrati u zemlju prije nego što zahtjev podnese i da uz zahtjev o tome pruži dokaz (Odluka Krivičnog suda u Beogradu K. 1175/78 od 26. 10. 1978. g.)

Jedno od spornih pitanja jeste da li se zahtjev može podnijeti tek nakon nastupanja pravosnažnosti presude ili presuda osuđenom u odsustvu ne mora da postane pravosnažna. Po jednom mišljenju, postupak se može ponoviti i prije pravosnažnosti presude.²² Po drugom shvatanju, postupak se ne može ponoviti prije pravosnažnosti presude jer je riječ o vanrednom pravnom lijeku koji se inače izjavljuju protiv pravosnažnih sudskih odluka.²³ Ovo drugo stanovište zauzeto je od strane Krivičnog odjeljenja Vrhovnog suda Srbije 23. 12. 2001. g. u kojem se ističe da se postupak licu kojem je suđeno u odsustvu ne može ponoviti prije pravosnažnosti presude. Mi dijelimo ovo mišljenje, ali mislimo da se zahtjev za ponavljanje postupka koji je podnesen prije pravosnažnosti presude neće automatski odbaciti kao nedopušten, nego se po njemu neće postupiti dok presuda ne postane pravosnažna i tek od tada će se uzeti da teče rok od šest mjeseci.

Kao i kod redovnog ponavljanja, i ovdje se postupak sastoji iz dva dijela – odobravanje ponavljanja i samo ponavljanje. U slučaju odobravanja ponavljanja obavezno je dostavljanje optužnice osuđenom kako bi se on pripremio za odbranu, jer će se ta optužnica na novom glavnom pretresu uzeti za osnovicu, a ne presuda protiv koje je zahtjev podnesen.

Budući da je u ZKP predviđeno da će se postupak dovršen presudom *in contumaciam* optuženog ponoviti isključivo po zahtjevu osuđenog, odnosno njegovog branioca, kako bi u ponovljenom postupku u drukčijim okolnostima postigao povoljniju presudu, to je sud u ponovnom postupku vezan zabranom preinačenja na gore (*reformatio in peius*). Sud rješenjem odlučuje o ponavljanju postupka i o dostavljanju optužnice okrivljenom ukoliko mu ranije nije bila dostavljena, neovisno od toga da li je ranije optužnica dostavljana njegovom braniocu, a dostavljanje se vrši radi upoznavanja okrivljenog sa sadržinom optužnice.

²² Dr Momčilo Grubač i dr Branko Vučković, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Tivat, 2010, str. 1057.

²³ Dr Milan Škuljić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009, str. 1160.

2. Sem slučaja da se okrivljenom može suditi ako je u bjekstvu ili nije dostižan državnim organima (čl. 324, st. 3 ZKP) pojavljuje se slučaj kada se optuženom može suditi bez prisustva na glavnom pretresu iako je optuženi dostupan organima postupka, pa čak se i nalazi u prostoriji gdje se održava pretres. Ovaj način suđenja u odsustvu optuženog zakonodavac je predvidio za one optužene koji se nedisciplinovano ponašaju, vrijeđaju dostojanstvo suda i narušavaju red.

U ovom slučaju za suđenje u prisustvu optuženog kao prepreke ne stoje objektivni, nego subjektivni razlozi sadržani u ponašanju optuženog. Okrivljeni jednostavno narušava red, počinje da vrijeđa dostojanstvo suda i doводи sud u situaciju da ne može normalno da funkcioniše, te će sud, objektivno mjereći intenzitet narušenog reda, stepen uvrijeđenosti i omalovažavanosti suda, odlučiti da optuženog udalji iz sudnice.²⁴

Udaljenje iz sudnice može biti na određeno vrijeme, obično dok se ne završi određena radnja, a može se udaljiti za sve vrijeme dokaznog postupka pod uslovom da je ranije na pretresu ispitan. Prije završetka dokaznog postupka predsjednik vijeća poziva optuženog i upoznava ga sa tokom pretresa, pa ako ovaj i dalje ponavlja svoje nedisciplinovano ponašanje, pretres će se održati bez prisustva optuženog, a presuda će mu biti saopštena od strane predsjednika vijeća ili člana vijeća. Inicijator za vođenje postupka u ovom slučaju nije tužilac nego sud uz ispunjenje zakonskih uslova. Dok okrivljeni koji je u bjekstvu ili nije dostižan državnim organima mora imati branioca čim se donese rješenje da će se suditi u odsustvu, dotle se u ovom slučaju u pogledu odbrane postupa prema tome da li je odbrana obavezna ili ne (čl. 69).

Kako je formulisana odredba člana 321, st. 2 gramatičkim tumačenjem moglo bi se zaključiti da se ovaj propis može primijeniti samo kad sudi vijeće budući da se kaže „po odluci vijeća optuženi može biti udaljen iz sudnice“ dok se u slučaju suđenja sudije pojedinca ne bi mogle primijeniti odredbe ovog propisa. Međutim, pošto je sudija osnovnog suda, kada sudi kao pojedinac, ovlašten da primjenjuje mjere i pravila o pripremama za glavni pretres i rukovođenju glavnim pretresom, o odlaganju i prekidanju glavnog pretresa, može se zaključiti da sudija osnovnog suda, kada sudi kao pojedinac, može da primjenjuje mjere iz člana 321, st. 2.²⁵

3. Kao treći slučaj suđenja u odsustvu optuženog je suđenje „nedošavšem optuženom“ u sumarnom postupku (čl. 457, ZKP) uz ispunjenje odgovarajućih zakonskih uslova.

²⁴ Dušan Bogdanović, Op. cit., str. 18.

²⁵ Tako i D. Bogdanović u već citiranom radu, str. 21.

Mogućnost suđenja *in contumaciam* u sumarnom postupku opravdava se manjim društvenim značajem krivičnih djela u odnosu na ona iz nadležnosti okružnog suda, sprečavanjem zlonamjernog razvlačenja postupka od strane okrivljenog smanjenjem troškova postupka i povećanjem efikasnosti suđenja.²⁶

U pogledu uslova pod kojima je dolazilo do kontumacionog suđenja naše poslijeratno krivično procesno zakonodavstvo se razlikovalo. Tako prema Zakonu o krivičnom postupku od 1948. godine sud je, između ostalog, mogao suditi u odsustvu okrivljenog ako je pitanju lakše krivično djelo, ukoliko je ovaj uredno pozvan, a sud nađe da njegovo prisustvo nije nužno za pravilno utvrđenje stanja stvari (čl. 206, st. 2). U praksi sudova i pored, po našem mišljenju, jasne odredbe ovog člana bilo je sporno da li kao jedan od uslova stoji i prethodni ispit okrivljenog, sve dok Vrhovni sud NRH rješenjem iz 1950. (Kzz 13/51) nije stao na stanovište da se okrivljenom u smislu citiranog člana može suditi u odsustvu samo ako je prethodno ispitan.²⁷

Ovakva interpretacija odredbe ovog člana i dalje je zadržala nedoumicu kod sudova da li je potreban uslov da je okrivljeni ispitan. U teoriji je isticano da suđenje u odsutnosti principijelno ne sprečava okolnost što okrivljeni o djelu nije ispitan; ali ako po ocjeni suda ostali dokazni materijal nije dovoljan za pravilno ustanovljenje stanja stvari i ako bi se u tom pravcu stvar bolje mogla razjasniti saslušanjem okrivljenog, razumije se da će sud raspravu morati odgoditi i okrivljenog po potrebi i prisilno dovesti.²⁸

Snažan uticaj na formiranje ovakve sudske prakse imala je i odredba člana 28, st. 5 Ustava FNRJ, koji određuje da „niko ko je dostižan državnim organima ne može biti suđen a da nije po zakonu saslušan i na propisan način pozvan da se brani“. U kasnijim izmjenama Zakonika o krivičnom postupku, na izvjestan način je legalizovana praksa sudova tako da i u Zakonu o krivičnom postupku iz 1976. (čl. 442. 8. 3) kao jedan od uslova za suđenje nedošavšem okrivljenom kao uslov postavljeno prethodno saslušanje okrivljenog. I u važećem ZKP Crne Gore u neizmijenjenom obliku prihvaćena je odredba iz ZKP od 1976. o suđenju u odsustvu okrivljenog u skraćenom postupku koji nije došao na glavni pretres. Dakle, da bi došlo do suđenja nedošavšem optuženom potrebno je: da se radi o krivičnom djelu za koje je predviđena novčana kazna ili zatvor do pet godina, da je okrivljeni uredno pozvan, da njegovo prisustvo na glavnom pretresu nije nužno, i da je prije toga bio ispi-

²⁶ T. Vasiljević, II, op. cit., str. 525.

²⁷ Stanko Kliček, „O suđenju u odsutnosti okrivljenog“, *Naša zakonitost*, br. 5, 1953, str. 281.

²⁸ S. Kliček, Op. cit., str. 282.

tan i to od nadležnog organa u krivičnom postupku, te da sud prihvati takvo suđenje. Pored urednog poziva bilo bi potrebno da je optuženi blagovremeno primio optužni prijedlog, kako bi od dana prijema optužnog prijedloga do glavnog pretresa imao dovoljno vremena za odbranu. Kada prisustvo optuženog na glavnom pretresu nije nužno, rješava se u svakom konkretnom slučaju s obzirom na sve okolnosti stvari koja se rješava i sud slobodno cijeni da li je za pravilno utvrđenje stanja stvari potrebno prisustvo optuženog. Drugačije ne bi moglo ni biti kraj temeljnih principa našeg krivičnog postupka, posebno principa istine, po kome sud u svakom slučaju, pa i u ovom, ima da utvrdi potpuno i tačno činjenično stanje i kraj principa slobodnog sudijskog uvjerenja pri ocjenjivanju dokaza, pri kojem sud pri utvrđivanju činjenica nije vezan nikakvim pravilima.

Da bi moglo da dođe do suđenja u odsustvu okrivljenog u skraćenom krivičnom postupku svi prethodno navedeni uslovi treba kumulativno da se ispune. Ne traži se da okrivljeni stavi predlog da se u njegovom odsustvu održi glavni pretres, kao ni predlog tužioca za suđenje u odsustvu.²⁹

Sporno je da li se pod saslušanjem smatra samo aktivno držanje okrivljenog na tom saslušanju (da daje iskaz i da odgovara na postavljena pitanja), ili se pod saslušanjem smatra i pasivno držanje okrivljenog (neće da odgovara na pitanja). Prirodno stanje stvari kod saslušanja jeste da okrivljeni odgovara na pitanja i da da svoj iskaz, pa će manja potreba za njegovim prisustvom na glavnom pretresu biti u takvoj situaciji. S druge strane, i pasivno držanje je vid saslušanja, ali nepodoban za održavanje glavnog pretresa u odsustvu okrivljenog, jer lično prisustvo na glavnom pretresu, pa makar i ponovo bilo samo pasivno držanje, služi potpunijem obavještenju suda, jer se neke činjenice mogu saznati i na osnovu ličnog pasivnog prisustva okrivljenog na glavnom pretresu. U ZKP se ne navodi kad okrivljeni može biti saslušan, ali imajući u vidu različite situacije on može biti saslušan prije podnošenja optužnog predloga ili na nekom ranijem odloženom ili prekinutom glavnom pretresu ili zamolbenim putem prije glavnog pretresa. U svakom slučaju sudija bi trebalo da uzme u obzir da li je okrivljenog sam saslušao ili je to učinio državni tužilac prilikom preduzimanja dokaznih radnji prije podizanja optužnog predloga.³⁰

Suđenje u odsustvu okrivljenog je samo mogućnost, a ne i obaveza suda, tako da će sud uvijek cijeliti da li će održati pretres u odsustvu okriv-

²⁹ Po ZKP Srbije (čl. 507 st. 2), da bi sudija mogao da donese odluku o održavanju glavnog pretresa u odsustvu nedošavšeg okrivljenog mora pribaviti izjavu tužioca.

³⁰ Dr Goran P. Ilić i drugi, Op. cit., str. 1077.

ljenog ili će ga odložiti. Sud tom mogućnošću ne bi trebalo da se koristi kada se pojave neki novi momenti u odnosu na vrijeme kada je okrivljeni saslušan (na primjer, izmjena optužbe, novi svjedoci, novi vještaci i sl.) jer je okrivljeni saslušan samo u granicama činjeničnog stanja po ranijoj optužbi.³¹

Na glavnom pretresu koji se drži u odsustvu nedošavšeg okrivljenog ne može se odlučiti da se, kao izuzetak od načela neposrednosti, shodno članu 356 st. 2 tač. 3, čitaju zapisnici o iskazima svjedoka i vještaka koji nisu došli na glavni pretres, niti da se po članu 329 u slučaju započinjanja glavnog pretresa iznova ne saslušaju ranije saslušani svjedoci i vještaci, odnosno vrši uviđaj. To iz razloga što su takve odluke uslovljene prethodnim saslušanjem, odnosno saglasnošću stranaka.

U članu 457 ZKP, kao što smo naveli, predviđena je mogućnost suđenja u odsustvu nedošavšeg okrivljenog na glavni pretres, ali je ostalo otvoreno pitanje da li se u skraćenom postupku može suditi u odsustvu okrivljenog shodno odredbama čl. 324 o suđenju u odsustvu okrivljenog u redovnom postupku.

U sudskoj praksi možemo naći dva različita stava o ovom pitanju zauzeta od strane istog suda (Vrhovnog suda Srbije i Vrhovnog kasacionog suda Srbije). U odluci VSS Kž 1. br. 2813/08 od 19. 1. 2009. g. zauzeto je stanovište da je isključeno suđenje u odsustvu okrivljenog u skraćenom postupku, odnosno analogno primjena odredaba o suđenju u odsustvu u redovnom krivičnom postupku. Ovakvo stanovište naišlo je na kritiku u literaturi, pa se ističe da bi i u skraćenom postupku trebalo dozvoliti suđenje u odsustvu okrivljenog analogno istom suđenju u redovnom krivičnom postupku.³² U novoj odluci Vrhovni kasacioni sud Srbije (VKS, Kzz br. 12/10 od 14. 4. 2010. g.) zauzeo je stanovište da se odredbe o suđenju u odsustvu okrivljenog u redovnom krivičnom postupku mogu primijeniti i u skraćenom krivičnom postupku, jer bi u protivnom značilo prećutnu dozvolu za nastupanje zastarjelosti, a prijetnja zastarjelošću predstavlja važan razlog za suđenje okrivljenom u njegovom prisustvu.

Zaključak

Pitanje da li dozvoliti suđenje u odsustvu okrivljenog (kontumaciono suđenje) odavno se postavljalo pred zakonodavstvo i teoriju, počev od rim-

³¹ Mr Slavoljub Carić, „Suđenje u odsustvu okrivljenog“, *Izbor sudske prakse* br. 2, 1999, str. 16.

³² Dr Goran P. Ilić i drugi, *Op. cit.*, str. 1078.

skog prava. U ranom rimskom pravu nije bilo ustaljenih pravila ponašanja u ovakvim situacijama, dok je kasnije rimsko pravo, u doba Carstva, postavilo pravilo da se kontumaciono suđenje samo izuzetno dopušta i to kad su u pitanju najneznatnija krivična djela. Zagovarajući maksimalnu primjenu svih sredstava za obezbjeđenje okrivljenog u krivičnom postupku, rimsko pravo je stajalo na stanovištu konkretne pravičnosti koja traži da kazna dostigne pravog krivca. Kasnije u srednjovjekovnom krivičnom postupku ovo pravilo je dosta izmijenjeno, budući da je sudija u odsustvu optuženog mogao kako da prikuplja dokaze, tako i da izriče presudu, koja se povratkom (dostižnošću) osuđenog u odsustvu odmah i izvršavala.

U zakonodavstvu XIX vijeka bila je zastupljena velika šarolikost o pitanju rješenja ovog problema, počev od zakonom ustanovljene zabrane kontumacionog suđenja u pojedinim zemljama do njegovog dopuštanja za neka krivična djela i iz naročitih razloga u drugim. Tako srpski Zakonik o krivičnom postupku iz 1865. godine, rađen po ugledu na austrijski iz 1853, izuzetno dopušta kontumaciono suđenje najviše zbog interesa javnosti i njene izražene pravičnosti, naročito kada su u pitanju krivična djela koja svojom prirodom izazivaju pozornost javnosti.

Zakonik o sudskom krivičnom postupku stare Jugoslavije, polazeći od stanovišta da je za postizanje istine u krivičnom postupku pretpostavka načelo *audiatur et altera pars*, kontumacijalno suđenje dopušta samo za najlakša krivična djela.

Svjestan činjenice o otežanosti provođenja rukovodnih principa našeg krivičnog postupka u kontumacionom postupku a uvažavajući takođe okolnost da se ovim postupkom postižu odgovarajući realni efekti i ostvaruje zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina, naš zakonodavac je predvidio i ovu vrstu suđenja.

Kada je riječ o suđenju u odsustvu okrivljenog koji je u bjekstvu ili je nedostižan državnim organima, onda je zakonodavac pri regulisanju ovog slučaja imao na umu više interese drugih subjekata u postupku koji su u mogućnosti da na bazi ovog postupka i presude donesene u njemu realizuju svoja prava za čiju realizaciju ne predstavlja prepreku odsustvo okrivljenog. Međutim, kao razlog za suđenje nedošavšem optuženom više se pojavljuju interesi samog optuženog, kao i razlozi efikasnosti i ekonomičnosti postupka.

Mišljenja smo da suđenje u odsustvu okrivljenog treba da bude samo jedan izuzetak, kao što ga je zakonodavac i zamislio, premda u praksi sudova ovakav način suđenja poprima šire razmjere, jer prisustvo okrivljenog, kao i

ono što sam sudija čuje i vidi, ne može ništa zamijeniti, pa čak i najbolja odbrana, iako bi možda za samog okrivljenog u mnogim slučajevima bilo bolje ako ne bi bio prisutan u postupku, ali nikako ne bi bilo bolje za krivično pravosuđe i društvo u cjelini.

Drago Radulovic, Ph.D.
Full professor, of Faculty of Law in Podgorica
University of Montenegro

TRIAL IN THE ABSENCE OF THE DEFENDANT IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The main hearing is held in the presence of the defendant what is one of the main manifestations of the principle of immediacy. This is closely connected with the principle of accusation and contradiction that implies that in the front of the court appear two equal parties with conflicting requirements - on the one hand prosecutor with the efforts to prove the grounds of his indictment and the on the other accused who seeks to avoid criminal sanctions and all other consequences of criminal prosecution. Since it is not always possible to ensure the presence of the accused in criminal proceedings the legislations prescribes the possibility of trials in absentia of the accused as one necessary exception justified by various reasons. The author of this paper in the first part addresses the issue of justification of the trial in the absence of the accused, followed by the review of the historical development of this institute, and the central issue in the paper is the trial conducted in the absence of the defendant in the light of the Criminal Procedure Code of Montenegro. Similar to legislation which tradition follows, Code recognizes three cases of trial in absentia of the accused: a) the trial of the accused who is a fugitive, b) a trial in the absence of the defendant in summary proceedings when he has not come to trial, c) the trial when the defendant by decision of the Panel has been removed from the courtroom for violating the order and dignity of the court.

Key words: *Criminal Procedure Code, criminal proceedings, the trial, the defendant, prosecutor, court.*

СТРАНАЧКИ СПОРАЗУМИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ – „НУЖНО ЗЛО“ ИЛИ РАЦИОНАЛНА СУМАРНА КРИВИЧНОПРОЦЕСНА ФОРМА

Др Милан Шкулић*

***Апстракт:** У раду се објашњавају страначки споразуми у кривичном поступку, како са становишта њиховог појма и основног *ratio legis*-а, тако и кроз одговарајућу упоредноправну анализу. Анализиране су основне карактеристике *plea bargaining* механизма у Сједињеним Америчким Државама, као и битни елементи релативно новог решења које се односи на споразумевање странака уз активно учествовање кривичног суда у Немачкој.*

*У раду су детаљно анализиране основне одредбе српског Законника о кривичном поступку које се односе на споразум о признању кривичног дела, споразум о сведочењу окривљеног, те споразум о сведочењу осуђеног. Аутор закључује да споразум о признању кривичног дела може имати свој *ratio legis* и у континенталноевропском кривичном процесном праву, али само под условом да се не примењује у мери која класично суђење претвара у изузетак, јер би то било апсурдно. Страначки споразум не сме да се сведе ни на неку врсту „трговине сведочењем и исказом“, а ни правна квалификација не би смела бити предмет „страначке“ нагодбе, јер то онда не само да потпуно девалвира материјалне кривичноправне институте, већ може бити и изразито неправично.*

***Кључне речи:** страначки споразум, споразум о признању кривичног дела, споразум о сведочењу, испреговарано признање, кривични поступак.*

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

1. Уводна разматрања

Много се прашине подигло у Србији када је једна фолк звезда склопила споразум са јавним тужиоцем и, како је то добар део јавности доживео, „погодбом“ благе казне „откупила“ грехе. Било је ту и много нераздевања, а често се коментарисало и да ми сада имамо „амерички“ систем. Ствари су тада стајале нешто другачије. Такав споразум је у Србији од 2009. године (новеле у ЗКП-а из 2001), постојао у једној прилично умереној варијанти. Споразум о признању кривице био је могућ само у погледу кривичних дела за која је прописана казна затвора до 12 година и постоји могућност жалбе оштећеног против споразума. Ставка споразума није могла бити обавезивање окривљеног да сведочи против других окривљених, јер би то могло асоцирати на „куповину“ сведока.

На пример, Дражен Ердемовић је у поступку пред Хашким трибуналом признао да је у Сребреници учествовао у убиству око 1.200 људи, а да је лично убио око 70 људи. За тај злочин је, захваљујући сведочењу на које се обавезао споразумом (а чија је веродостојност прилично сумњива), осуђен на свега пет година затвора.

Захуктали српски реформатори су похитали да код нас све „поправе“ и преправе, па и да новоизабраним „делиоцима правде“, уз нову мрежу судова ставе на располагање и нове процесне законе, чијом би применом реформисано српско правосуђе „процветало“. Релативно новим Закоником о кривичном поступку омогућава се склапање споразума у погледу било ког кривичног дела. Нагодба тужиоца и окривљеног сада је могућа и за силовање детета, тешка убиства и сл. Није дозвољена ни жалба оштећеног против споразума. То је веома лоше решење, које у комбинацији са укидањем дужности суда да утврђује истину у кривичном поступку (што је највећи „хит“ наших реформатора), може бити изразито неправично у пракси.

Од када је ДНК анализа постала рутинска метода идентификације, не само да је њено коришћење допринело великом успеху у доказивању кривичних дела, већ је њоме у неким државама накнадно доказан низ судских заблуда. Након што је невиност једног осуђеника на смртну казну неспорно утврђена накнадно спроведеном ДНК анализом, гувернер државе Илиној је 2003. године донео одлуку да се све осуде на смртну казну у тој држави преиначе у казне доживотног затвора, када је дао и једну легендарну изјаву: *Нашим правним системом крстари дух судске заблуде.*¹

¹ Више о томе: J.D. Wright, *Dem Täter auf der Spur*, „Parragon“, London, Köln, 2009, стр. 92–93.

До 2007. године скоро 200 осуђеника у САД ослобођено је након што је ДНК анализом утврђено да су невини. Неки од њих спадају у оних фамозних 97%, који се код нас истичу као позитиван пример америчког система страначке „нагодбе.² Ти „јадници“ су, иако заиста невини, претходно сами признали злочине, што их је потом коштало година проведених иза решетака.³

Шта невиног човека може натерати да призна кривично дело? ОDMA помислимо на разне злоупотребе, а посебно на тортуру, али то овде није случај. Таква признања „изнуђује“ систем који је класично суђење претворио у изузетак. Онда када циљ кривичног поступка није истина, већ формално решавање предмета поступка, тада је признање заиста „краљица доказа“ и његовим добијањем се све решава. То је типично у англосаксонским поступцима, а посебно у САД. Додуше, таквог споразума нема у Великој Британији, односно Енглеској, иако је она „колевка“ америчког права. Веома строга казнена политика мотивише окривљене да признају кривична дела и са тужиоцем склопе споразум, којим суду предлажу одређену казну. Ако се суд увери да је признање истинито, други се докази не изводе, већ се суђење своди само на кажњавање. Како суд у САД није дужан да утврђује истину, он у пракси, по правилу, нема много разлога да сумња у признање. Обрнуто, ако нема признања, иде се пред пороту и тада, ако она окривљеног огласи кривим, следи више-струко тежа казна..

Страх од одлуке пороте може неке окривљене да натера на признање чак и онда када су невини, а нарочито када се ради о раније већ осуђиванима, који знају да ће пороту тешко убедити у своју невиност. У самом САД се стога тај систем често оштро критикује, али он

² Ово је иначе, *нетачан податак*, који ако се прихвати „здрово за готово“, може довести и до потпуно погрешног резонувања. Наиме, иако није спорно да се огроман број кривичних случајева у САД окончава применом упрошћене процесне форме, тј. избегавањем поротног суђења захваљујући испреговараном признању, ту се, када је реч о класичним кривичним делима, *ипак не ради о баш тако високом проценту*. Ни саме америчке власти, односно званичне институције не дају прецизне податке те врсте, већ се само понекад (попут података Савезног министарства правде), наводи да се око 90% или чак преко 90% случајева решава применом *plea bargaining* механизма, али се, при том, не наводи и структура деликата. Ово може довести и до погрешних закључака. Наиме, у ту масу од „преко 90% (код нас се без неке јаке аргументације или навођења формалног извора, чак често и сасвим паушално спомиње тих фамозних 97%), практично улазе сви могући деликти, почев од оних најтежих, односно класичних злочина, па до оних деликата, који су са становишта нашег казног система – прекршаји (некада и прилично „безазлени“, попут погрешног паркирања, односно прекорачења дозвољеног времена паркирања у одређеној зони и сл.), или чак неки „деликти“ знатно нижег ранга од прекршаја, попут коришћења градског превоза без карте и сл.

³ J. D. Wright, *op. cit.*, стр. 93.

тамо функционише, а свака држава сама бира законска решења која највише одговарају њеним потребама.

У САД сваки оптужени има уставно право на поротно суђење, али када би се то право само мало више користило, систем би доживео колапс, јер је класично суђење веома компликовано и скупо. Зато у САД споразум о признању кривице има такав значај, али га баш зато у Србији, јер ми немамо систем поротног суђења, не треба ни претерано фаворизовати, јер претерано ширење таквих механизма може у пракси некада бити и у супротности са основним циљем кривичног поступка.⁴ Србија треба узор првенствено да тражи у континенталним европским земљама, где споразум о признању кривице, и када постоји, не личи много на свог „рођака“ из Америке.

2. Правна природа и *ratio legis* страначких споразума

Како је основни предмет кривичног поступка *causa criminalis*, у погледу које (осим када се изузетно ради о кривичним делима за која се гони по приватној тужби, што није случај у свим позитивним кривичнопроцесним системима), постоји веома изражени јавни интерес,⁵

⁴ Сматра се да је у теоријском смислу циљ кривичног поступка комплексан: осуда кривца, заштита невиног, те избегавање сваке самовоље у вођењу поступка и одлучивању. Више о томе: С. Roxin und В. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag С.Н. Beck“, München, 2009, стр. 3. Када је реч о Србији, циљ кривичног поступка начелно је уређен у самом основном извору нашег кривичног процесног права, тј. у члану 1 ЗКП-а, у којем је прописано да тај законик утврђује 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, на основу законито и правично спроведеног кривичног поступка.

⁵ Тај начелни *јавни интерес* у погледу решавања основног предмета (*causa criminalis*) кривичног поступка је суштина уређења кривичног поступка као процедуре која начелно нема „приватни карактер“. Тако један познати немачки аутор (С. Roxin), на такав начин објашњава појам кривичног процесног права, наводећи: „Материјално кривично право, чија су основна правила садржана у Кривичном закону, установљава карактеристике кажњивих радњи, те забрањује правним последицама (казне и мере безбедности), које су повезане са чињењем кривичног дела. Да би ове норме могле да остваре своју функцију стварања елементарних претпоставки за мирни заједнички живот људи, оне не смеју у случају извршења кривичног дела, постојати само на папиру. Потребан је пре свега, један правно уређени поступак, помоћу кога се постојање кажњиве радње може установити, те истовремено омогућити спровођење законом прописане санкције. При том се под таквим „правно уређеним“ поступком могу разумети три аспекта: његове одредбе морају бити тако формулисане да на одговарајући начин потпомажу материјалном кривичном праву да буде спроведено; оне морају истовремено да установе границе права задирања органа кривичног правосуђа у заштићене слободе појединаца; и оне морају коначно, да створе могућност, да се правноснажном одлуком поново успостави нарушени правни мир.“ Више о томе: С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag С.Н. Beck“, München, 1998, стр. 1–2.

договарање и споразумевање странака (што је по логици ствари, увек могуће, па чак и у циљу рационализације поступка и веома пожељно), у парничном поступку, начелно је или искључено или подвргнуто строгим рестрикцијама у кривичном поступку. Ипак, страначки споразуми који су у форми тзв. *испреговораног признања*, најтипичнији за кривични поступак САД (мада их иначе, нема у Енглеској и Велсу, тј. кривичнопроцесном систему који је *родоначелник common law* процедуре, на којој је утемељен и кривични поступак САД), постају широко распрострањени широм света, па и у континенталној Европи. Њихова правна природа ипак није чисто “облигационог карактера”, као што то звучи из самог термина *споразум*, јер је суштина да такав споразум увек садржи и *признање* кривице, односно кривичног дела, што значи да се формално увек на одговарајући начин *потврђује теза једне странке*, тј. тужиоца. Другим речима, тужилац закључењем споразуме увек “по аутоматизму”, успева да “краћим путем” докаже оптужбу, тј. постигне свој основни процесни циљ. Додуше, то, с друге стране, у пракси углавном одговара и одбрани, када је реч о кривичној санкцији, односно “процесном исходу” поступка који се „фиксира“ на такав сумарни начин, који је најчешће нешто (или чак много), повољнији од онога који би вероватно уследио да је вођен и окончан “класични” кривични поступак.

Споразум јавног тужиоца и окривљеног о признању кривичног дела је, у ствари, једна „упрошћена“, односно поједностављена процесна форма, која је у кривично процесно право Србије – под називом „споразум о признању кривице“, први пут уведена 2009. године (у великој мери по узору на решење садржано у ЗКП-у из 2006, који никада није целовито примењиван), а у новом Законику о кривичном поступку из 2011. године, она је задржана уз одређене модификације, те повезана са могућношћу да се у оквиру страначког споразумевања о признању кривице, „задобијају“ и тзв. кооперативни сведоци, попут некадашњих сведока сарадника и окривљених сарадника, како су они регулисани у новом Законику.

Ради се о процесном институту који изворно потиче из неких адверзијалних, односно англосаксонских кривичних процедура, пре свега из САД, а данас су одређени облици таквог процесног механизма присутни и у многим другим, па и бројним континенталноевропским кривичним процедурама. Основни *ratio legis* страначког споразума је брже и једноставније окончање кривичног поступка, тј. он представља једну врсту упрошћене процесне форме, а неке његове варијанте се сведе и

на начине задобијања тзв. кооперативних сведока, односно постизање одређених комбинованих процесних циљева.

3. Сумарни осврт на страначко споразумевање у упоредном кривичном процесном праву

Страначко споразумевање је типично у оним моделима кривичног поступка код којих је суђење конструисано искључиво или стриктно страначки. Ради се о тзв. адверзијалним кривичним поступцима, али је парадоксално да у колевци адверзијалне процедуре, а то је у Енглеској, нема законских могућности за страначко преговарање и споразумно признање кривице, односно кривичног дела, док се данас „родним местом“ страначких споразума, односно „испреговораног признања“, пре свега, сматрају Сједињене Америчке Државе, чије је како кривично материјално, тако и кривично процесно право, настало баш на темељима енглеског кривичног поступка и *common law* система.⁶

Захваљујући механизму страначког споразумевања, потпуно „изостаје доказни поступак“.⁷ У теорији се овакве могућности објашњавају и као „диспонирање странака конкретним предметом кривичног поступка“,⁸ док се механизам страначког споразумевања наводи и као „типичан пример конвергенције два велика светска кривичнопроцесна система“.⁹

Одређене форме споразума о признању кривице, односно кривичног дела, данас су веома распрострањене у упоредном кривичном процесном праву, али се и у том погледу могу уочити велике суштинске разлике између кривичнопроцесних система који припадају једном или другом великом тзв. светском моделу кривичног поступка: 1) адверзијалном (англосаксонском) и 2) континенталноевропском.

⁶ Више о томе: М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, број 1/2010, Београд, 2010, стр. 81–84.

⁷ Више о томе: М. Симовић и В. Симовић, *Кривично процесно право II* (Кривично процесно право – посебно дио), друго издање, Правни факултет у Источно Сарајеву, Источно Сарајево, 2011, стр. 83.

⁸ Х. Сијерчић-Чолић, *Кривично процесно право*, књига II – Ток редовног кривичног поступка и посебни поступци, треће измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, стр. 73.

⁹ Д. Радуловић, *Кривично процесно право*, треће измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2015, стр. 279.

3.1. Споразум о признању кривице (испреговарано признање кривице – *Plea bargaining*) у Сједињеним Америчким Државама

Данас се споразум о признању кривице, или другим речима, “испреговарано” или „договорено“ признање кривице оптуженог, у свету уобичајено сматра најдистинктивнијом особенешћу америчког кривичног поступка, иако се ради о установи, односно процесном механизму који не постоји изворно у америчкој кривичној процедури.¹⁰ Наиме, све до педесетих година 19. века, класично поротно суђење је у САД увек било правило, а *plea bargaining* је фактички уведен у веома ограниченом виду, у другој половини 19. века, да би тек потом двадесетих година 20. века (што је повезано са драстичним порастом стопе криминалитета током периода тзв. прохибиције),¹¹ ова установа постала широко распрострањена широм САД, али и тада у потпуно неформалном виду, без икакве законске регулативе или формалног признања у судској пракси, све док Врховни суд САД 1970. године није својом одлуком у случају “Бреди”,¹² ту већ дуго постојећу праксу и формално оценио као сагласну праву.¹³

¹⁰ Корени кривичног поступка САД непосредно произлазе из класичног енглеског *common law* система, а он у свом примарном виду не познаје никакво споразумевање тужиоца и оптуженог о признању кривице, иако се и у Енглеској признање третира као доказ од врхунске важности (*regina probationem*), захваљујући коме се не морају изводити други или бар не сви докази током суђења, већ се поступак, онда када постоји валидно и кредибилно признање оптуженог, практично сумарно окончава изрицањем пресуде. Међутим, у Енглеској никада, што значи ни сада у позитивном енглеском кривичном процесном праву, није било могуће да се до признања дође захваљујући страначком преговарању. У пракси оптужени релативно често признају кривично дело, када сматрају да су „притешњени“ доказима (а нарочито када им то саветује и њихов бранилац), али то апсолутно не чине на темељу било каквих преговора са тужиоцем, нити оптужени добијају било какве гаранције у погледу казне која ће уследити у пресуди, која се доноси на основу њиховог признања, мада у Енглеској постоји прилично устаљена пракса по којој се признање оптуженог третира као значајна олакшавајућа околност, на шта по правилу и рачуна већина оптужених који признају кривично дело и тиме се опредељују за релативно сумарно окончање кривичне процедуре.

¹¹ Тако се у литератури примећује да је у време прохибиције дошло до општег пораста криминалитета у САД, а да је у исто време извођење доказа у кривичном поступку веома искомпликовано, те да су при том адвокати који су раније имали “једну подређену улогу”, кроз увођење успешнијих бранилачких метода, постали све важнији, што је довело и до тога да су кривични поступци постали све сложенији и тежи, а њихов исход све неизвеснији, па су дужина доказног поступка и неизвесност у погледу исхода поступка, генерално утицали на тежњу странака за претпретресним преговарањем. Више о томе: Dielman, „*Guilty Plea*“ und „*Plea bargaining*“ im *Amerikanischen Strafverfahren – Möglichkeiten für das Deutschen Strafprozess* ? GA, 1981, стр. 558–562.

¹² US Supreme Court, U.S. v. Brady, 397 U.S. 742, 90 S.ct. 1463 (1970).

¹³ S.Hubertus Kremer, *Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozess – Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn, 1994, стр. 229.*

Буквалан превод израза *plea bargaining* означава „ценкање“, „нагађање“, „погађање“ о признању, а сам споразум о признању кривице се у жаргону означава као „deal“, што се своди на „погађање“ тужиоца и окривљеног, односно његовог браниоца, око уступака који су спремни да пруже у замену за противуступке друге стране, при чему се сам страначки договор не мора односити само и искључиво на признање кривице, већ се окривљени може обавезати и на испуњење других „престација“, попут сведочења у кривичним поступцима против других окривљених.¹⁴

Код нас се уобичајено сматра да је примарни циљ установе споразума о признању кривице растеређење суда и нека врста „релаксације“ већине кривичних поступака, што се често и у самом САД наводи као основни *ratio* постојања *plea bargaining* система, али је интересантан један нешто другачији поглед из континенталне Европе (али и уз позивање на угледне америчке ауторе), на праве разлоге за постојање таквог, данас у САД широко распрострањеног процесног механизма.

Тако се, на пример, у немачкој литератури наводи да растеређење кривичног поступка, у ствари, ипак није основни разлог постојања споразума о признању кривице (испреговараног признања, тј. *plea bargaining-a*), већ суштински разлог за постојање ове установе лежи у чињеници, да када се ради о многим деликтима, нормативне могућности које се у САД прописима дају за кажњавање у погледу могуће максималне казне, нису корелативне са једном „разумном пропорционалношћу“,¹⁵ тако да кроз преговарање са тужиоцем, оптужени практично покушава да донекле ограничи „простор“ судији у погледу одмеравања казне.¹⁶

¹⁴ Више о томе: В. Бајовић, *Споразум о признању кривице*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 55.

¹⁵ Не само што су прописане казне у САД (ту је посебан значај тзв. смерница за одређивање казни – *Federal Sentencing Guidelines*), изузетно високе у поређењу са типичном европским законодавствима, већ на *веома строгу казнену политику* утиче не само генерално изразито пунитивна атмосфера у америчкој јавности и правосуђу, већ и *нека материјална кривичноправна правила*, попут оних која се односе на правило по коме се казне углавном изричу *кумулятивно* за кривична дела у стицају, те најчешће непостојање правила која би се тицала случајева привидног стицаја. У том су погледу од значаја и нека процесна, па и уставна правила. На пример, начело *ne bis in idem (prohibition of double jeopardy)*, уставног је ранга (Пети амандман на Устав САД), али се оно не односи на случајева (што није нимало ретко у пракси), када је једно исто кривично дело прописано како савезном регулативом, тако и прописима држава САД, што значи да ако, на пример „неко опљачка банку у Њу Џерсију, он тиме крши како право федерације, тако и право државе у којој је кривично дело учињено. То лице може бити легално кривично гоњено и осуђено одлуком суда у Њу Џерсију за то кривично дело, а потом се против њега може за исто кривично дело водити кривични поступак пред судом на савезном нивоу“. Више о томе: G.Clack (Ed.), *op.cit.*, стр. 106.

¹⁶ Више о томе: Т. Weigend, *Strafzumessung durch die Parteien – das Verfahren des Plea bargaining im Amerikanischen Recht*, ZStV 94, 1982, стр. 200–204.

Затим, треба имати у виду и да одлучивање поротника као обичних грађана (лаика) током самог класичног суђења, није “временски интензивно”, а да оптужени одлуку пороте често ишчекује са “великом неизвесношћу”, па га и то мотивише да се на неки начин “обезбеди” закључењем споразума са тужиоцем.¹⁷

Конечно, разлог за широко примењивање *plea bargaining* механизма у САД произлази и из чињенице да “амерички бранилац”, супротно ономе што се практикује у Европи (“инквизиторски” поступак),¹⁸ сам мора да утврђује чињенице које иду у прилог одбрани, односно изводи доказе у корист одбране, па тако, на пример, одбрана сама мора да се постара да пронађе “своје” сведоке, као и да самог оптуженог припреми за унакрсно испитивање, што је све, између осталог, скопчано и са значајним губитком времена, те великим финансијским издацима, тако да је у циљу уштеде времена и новца, бранилац често спреман на преговарање са тужиоцем, а нарочито с обзиром на чињеницу да у пракси он, захваљујући једном “разумном” споразуму са тужиоцем, може више да постигне за свог клијента, него што би то успео када би дошло до класичног поротног суђења.¹⁹

У америчкој литератури се наводи да, како на нивоу држава, тако и на савезном нивоу, најмање 90% свих „кривичних случајева“ никада не доспе на суђење, јер се тужилац и бранилац оптуженог²⁰ договоре о

¹⁷ Више о томе: S. Hubertus Kremer, op. cit., стр. 235.

¹⁸ Атрибут “инквизиторски” је под наводницима (претежно англосаксонски аутори сасвим рутински користе тај атрибут, када њиме обележавају типичне кривичне процедуре у континенталној Европи), јер савремени европскоконтинентални кривични поступци нису, наравно, чисто инквизиторског карактера (такви чисто инквизиторски поступци се сада посматрају само у историјском смислу), али у класичним европскоконтиненталним кривичним процедурама постоје значајни и упадљиви инквизиторски елементи (што није никаква аномалија ових система, већ напротив, њихова значајна компаративна предност односу на чисто адверзијално конструисане кривичне процедуре), а посебно везано за деловање начела истине и постојање официјелне дужности суда да официјелно утврђује чињенице које су релевантне за установљавање потпуног и тачног чињеничног стања, односно другим речима – истине и онда када за то уопште ни не постоји страначка доказна иницијатива, дакле по сопственој интенцији самог суда.

¹⁹ S. Hubertus Kremer, op. cit., стр. 235–236.

²⁰ У цитираном тексту говори се само о преговарању, односно договарању “тужиоца и браниоца оптуженог”, а не и самог оптуженог, с обзиром на то да, иако би то формално било могуће, у пракси скоро да нема случаја да се сам оптужени договара са тужиоцем, већ то, по правилу, чини његов бранилац. И иначе, *адверзијална конструкција поступка, скоро да подразумева обавезно учешће браниоца*, тј. квалификованог правника, односно адвоката на страни одбране у поступку, јер оптужени који је најчешће правни лаик, тешко може да “парира” државном тужиоцу, а у конкретном случају, када је реч о систему *plea bargaining-a*, неупоредиво је једноставније када се у статусу „преговарачких страна“, нађу два квалификована правника, тј. државни тужилац и бранилац оптуженог.

оптужби и „пресуди коју ће ‘држава’ предложити суду“,²¹ што се ефективно своди на обећање одређеног облика ублажавања казне у замену за признање кривице, а с обзиром на то да се применом *plea bargaining* механизма, „судбина оптуженог виртуелно решава без суђења, улога судије је да једноставно обезбеди исправну и закониту процедуру“, као и поштовање уставних права оптуженог.²²

Постоје *три основна типа plea bargaining-a*, односно споразумевања између тужиоца и одбране, према критеријуму предмета њиховог споразума, при чему се ти типови *могу и међусобно комбиновати*: 1) редукација оптужбе тако што се тужилац фокусира на лакше кривично дело, односно лакши облик кривичног дела које је предмет оптужбе, 2) одустанак тужиоца од кривичног гоњења у погледу појединих кривичних дела, те 3) постизање сагласности тужиоца и одбране у погледу казне чије ће се изрицање предложити судији.²³ Увек када се постигне било која варијанта споразума између тужиоца и оптуженог, односно одбране уопште, то подразумева да се тужилац обавезује на одређене „уступке“ одбрани, док се основна обавеза оптуженог састоји у давању изјаве којом признаје кривицу.²⁴

3.2. Споразумевање (*deal*) у немачком кривичном поступку

Како се то у теорији констатује, „такозвани *guilty plea* немачко процесно право не познаје“, али се и у Немачкој, међутим, развила пракса, по којој у замену за признање или делимично признање кривичног дела, суд оптуженом може обећати ублажавање казне, а та је пракса 2009. го-

²¹ Уобичајено се под „државом“ у оваквој врсти констатације у САД подразумева њен формални репрезент у односу на кривично гоњење, а то је државни тужилац.

²² G. Clack (Ed.), *op.cit.*, стр. 101.

²³ Више о томе: *Ibid.*, стр. 101 – 102.

²⁴ Када се амерички тужилац споразумева са окривљеним често је врло битна „ставка“ спремност окривљеног да се појави као сведок против других „озбиљнијих“ играча. Кад је једна делегација српског правосуђа пре пар година била у посети ФБИ у Сан Франциску чула је да велики проблем у том граду представља албанска „мафија“, за коју је речено да је врло тврд орах јер се ради о новој веома затвореној групацији, у коју је скоро немогуће продрети. Потом је амерички детектив утешно објаснио да се то увек дешава кад се појаве нови имигранти, те да временом делује „melting pot“ – неко од дошљака постане полицајац и створи се прилика да ФБИ добије инсајдера у криминалној организацији. Писац овог текста се нашалио рекао да је то можда и прилика да криминалци стекну инсајдера у полицији. Одговор се свео на тврдњу да је то свакако могуће, али не и сувише вероватно, јер се такве сарадње са криминалцима већина полицајаца плаши као куге знајући да ће криминалац ако „падне“ имати приликом преговора са тужиоцем податак о корумпираном полицајцу као јаку карту у рукаву. Спасавалући своју кожу он би врло радо сведочио против „партнера у плавом“.

дине и формално уврштена у Закон о кривичном поступку под називом „споразумевање у кривичном поступку“.²⁵

Предмет споразума не може да буде правна квалификација, односно правна оцена кривичног дела, али споразум може да садржи одређене елементе начела опортунитета кривичног гоњења, јер се њиме може договорити и одступање од кривичног гоњења за поједина кривична дела, када се ради о гоњењу за кривична дела у стицају.

Суд не може оптуженом да „обећа“ тачно одређену казну, већ само има могућност да одреди *доњу и горњу границу*, тј. могући *распон* кажњавања казном одређене врсте, што значи да се утврђује минимум и максимум пре свега, казне затвора или новчане казне. Споразум суштински није „закован“, јер ако се у међувремену појаве нове околности из којих произлази да предложени распон кажњавања није адекватан у односу на кривично дело, а пре свега, степен кривице, суд се не сматра везаним споразумом.

4. Врсте страначких споразума у Законику о кривичном поступку Србије (чл. 313–330)

Законик о кривичном поступку познаје *три врсте страначких споразума*: 1) споразум о признању кривичног дела, 2) споразум о сведочењу окривљеног, те 3) споразум о сведочењу осуђеног.

4.1. Споразум о признању кривичног дела

Споразум о признању кривичног дела је нека врста „испреговораног“ исхода кривичног поступка од стране странака, донекле слично установи *plea bargaining*, која постоји у америчком кривичном поступку.

Споразум о признању кривичног дела јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса.²⁶ Овде постоји случај обавезне стручне одбра-

²⁵ F.C.Schröder, *Увод у Закон о кривичном поступку Савезне Републике Немачке*, „University press Magistrat Sarajevo“, едиција Њемачко право, књига 1., Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit, Сарајево, 2011, стр. XXII.

²⁶ У изворном тексту Законика се крајњи моменат за закључење споразума о признању кривичног дела одређивао – *до изјашњења оптуженог о оптужби на главном претресу*. Последњим новелама Законика из маја 2014. године, тај рок је значајно продужен, тако што је прописано да је споразум могућ све до самог завршетка главног претреса. *Ratio legis* ове измене темељи се на тенденцији да се створе шире могућности за закључење споразума о признању кривичног дела као облику „поједностављеног“ и сумарног вида решавања предмета кривичног поступка.

не. Приликом закључења споразума окривљени мора имати браниоца.

Ако би се „законски текст“ дословно интерпретирао – с обзиром на то да се у Законику као моменат од којег отпочиње могућност закључења споразума о признању кривичног дела наводи *доношење наредбе о спровођењу истраге* – могло би се закључити да, с једне стране, такав споразум уопште није могућ у скраћеном поступку, јер тамо уопште и нема истраге, док би то чак значило и да споразум није могућ ни када се у општем кривичном поступку подноси непосредна оптужница (која се иначе може увек и без посебних услова поднети), а када изостаје истрага. Овакво тумачење би у основи било легитимно када је реч о „језику“ законодавца, али то свакако није била законодавчева интенција, па би наравно, *ratio legis*-у споразума о признању кривичног дела ипак више одговарало једно *шире тумачење*, по којем би закључење споразума о признању кривичног дела било могуће увек, што значи и у скраћеном поступку (тим пре јер су предмет тог поступка начелно лакша кривична дела него она у погледу којих се води општи кривични поступак), као и у општем кривичном поступку, када оптужењу није претходило и вођење истраге, тј. онда када је оптужница поднесена непосредно.

Споразум о признању кривичног дела сачињен у писаном облику јавни тужилац подноси одговарајућем облику судске функционалне надлежности, зависно од стадијума поступка: 1) до потврђивања оптужнице – судији за претходни поступак, а 2) након потврђивања оптужнице – председнику већа.

Ако је споразум о признању кривичног дела закључен пре подизања оптужнице, јавни тужилац ће заједно са споразумом доставити суду и оптужницу која чини саставни део овог споразума. Таква оптужница се неће испитивати као што се то иначе обавезно чини када је реч о оптужници која не представља саставни део споразума о признању кривичног дела.

Ако лице које је овлашћено поставило имовинскоправни захтев, јавни тужилац ће га пре закључења споразума позвати да такав захтев

Сматра се, наиме, да некада окривљени тек у даљем току поступка, дакле већ након што се у својству оптуженог изјаснио од оптужби на главном претресу, а посебно након извођења одређених доказа, постаје „реалнији“ и свестан „своје ситуације“, те бива склонии да закључи споразум о признању кривичног дела. С друге стране, овде је могућ и контрааргумент да се тако окривљеном даје више времена за неки вид „тактизирања“ и да то може донекле и пролонгирати поступак, јер се окривљеном даје прилика да „дуже размишља“ током поступка, тј. до самог завршетка главног претреса, да ли ће евентуално закључити споразум о признању кривичног дела. Наравно, по логици ствари, у што се каснијој фази поступка закључи споразум о признању кривичног дела, то ће јавни тужилац бити мање склон да „пристане“ на блажу кривичну санкцију, односно мању меру казне, као елемент овог споразума, али је то наравно, увек *questio facti*, који зависи од низа релевантних околности у сваком конкретном случају.

поднесе. У ствари, иако из законске формулације произлази да имовинскоправни захтев у сваком случају „мора“ бити поднесен, то наравно није тако, јер како би се лице које такав захтев може поднети могло натерати да то свакако учини ако то баш не жели, или на пример, из било ког разлога, хоће да захтев уместо у кривичном остварује у парничном поступку. То, у ствари, значи да јавни тужилац фактички лице поучава само о „могућности“ да имовинскоправни захтев поднесе.

4.1.1. Садржај споразума о признању кривичног дела

Споразум о признању кривичног дела садржи одређене *обавезне* и одређене *факултативне* елементе:

Споразум има следеће *обавезне елементе*:

- 1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе;
- 2) признање окривљеног да је учинио кривично дело које је предмет страначког споразума;
- 3) споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције;²⁷
- 4) споразум о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и о имовинскоправном захтеву,²⁸ уколико је поднет;

²⁷ Када је реч о кривичној санкцији која је предмет споразума, нелогично је да се странке могу договорити и само о “распону казне”, тј. одређивању минималне и максималне казне, а у којим би оквирима потом суд могао да утврди казну која ће се изрећи пресудом произашлом из споразума о признању кривичног дела. Тако нешто могуће је, на пример, у САД, али тамо казна проистиче из врло прецизних и скоро механички одређених и примењивих “инструкција” или “упутстава” за кажњавање, а у Србији је сходно правилима кривичног материјалног законодавства за одмеравање казне неопходно да суд узме у обзир све околности које утичу на то да казна буде мања или већа у оквиру конкретног могућег распона кажњавања, што се односи како на “класичан” случај када се ради о распону утврђеном кривичним законом, тако и овде, где су такав распон у оквиру свог споразума утврдиле странке. Како суд, онда када прихвати споразум о признању кривичног дела, више нема могућност да изводи било какве доказе, он није у прилици ни да изведе доказе који би се односили на околности од којих зависи мера казне. Стога је грешка што се одредбама Законика омогућава и споразумевање које би се односило само на *распон казне*, јер како би се суд могао одредити за конкретну меру казне унутар распона утврђеног споразумом, када није био у прилици да извођењем доказа утврди околности од којих у кривичноправном смислу зависи мера казне (олакшавајуће и отежавајуће околности). Поред тога, тиме се, а што је посебно значајно са становишта окривљеног, овде непотребно уноси и један елемент “несигурности”, јер окривљени у ствари, и поред тога што је признао кривично дело, не зна “шта га коначно чека”.

²⁸ Када је реч о обавезним елементима споразума, они ипак нису сви апсолутно обавезни, иако их законодавац на први поглед формално дефинише као *обавезне*. Наиме, као што је претходно већ објашњено, споразум ће се односити и на *имовинскоправни захтев*, али само ако је такав захтев уопште и поднесен. С друге стране, није јасно ни зашто би се споразум баш увек морао

- 5) изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке којом је суд у потпуности прихватио споразум, осим када се пресуда не односи на споразум или се ради о случају постојања разлога због којих би кривични поступак требало обуставити;
- 6) потпис странака и браниоца.

Споразум о признању кривичног дела може садржати и одређене *факултативне елементе*:

- 1) изјаву јавног тужиоца о одустајању од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривичног дела, што представља облик опортунитета кривичног гоњења, при чему нису утврђени било какви посебни критеријуми (са становишта целисходности, оправданости одустанка и сл.), за такву одлуку јавног тужиоца, већ је то потпуно препуштено његовој слободној оцени;
- 2) изјаву окривљеног о прихватању обавезе која се иначе може одредити у оквиру поступања јавног тужиоца према начелу условљеног опортунитета кривичног гоњења (одлагање кривичног гоњења у предистражном поступку), а под условом да приroda обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду;
- 3) споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног, где се, у ствари, ради о имовини која од окривљеног, односно другог лица које се сматра „власником“ такве имовине, може бити одузета у складу не са класичним правилима Кривичног законика, већ према одредбама одговарајућег посебног закона (тзв. проширено одузимање имовинске користи), а то је Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

тицати имовинскоправног захтева, чак и онда ако је такав захтев поднесен, јер би то тада значило да лице које је овлашћено да поднесе имовинскоправни захтев, а то је практично оштећени кривичним делом, увек може да “блокира” споразум о признању кривичног дела, уколико свој захтев усмери тако да његово остварење (па самим тим и споразумевање у том погледу у оквиру споразума о признању кривичног дела), практично буде немогуће, јер би, на пример, захтев који би се тицао накнаде штете био потпуно нереалан и сл. Поред тога, нелогично је да се као (чак обавезни) елемент споразума између две странке, одређује имовинскоправни захтев, тј. некакво “(под)споразумевање” између окривљеног и оштећеног (подносиоца имовинскоправног захтева), када само лице које је овлашћено да такав захтев подноси, уопште и није “страна” која се споразумева о признању кривичног дела. У пракси се, иначе, већ искристалисао став да се под споразумом о имовинскоправном захтеву, подразумева и споразумевања странака да се оштећени, тј. подносилац таквог захтева, упуту да га остварује у парничном поступку.

4.1.2. Судско одлучивање о споразуму странака

Страначки споразум ове врсте не производи правно дејство док га на одговарајући начин формално не афирмише суд. Функционална надлежност суда зависи од стадијума кривичног поступка. О споразуму о признању кривичног дела одлучује судија за претходни поступак до потврђивања оптужнице, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице – председник већа.

Одлука о споразуму о признању кривичног дела доноси се на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац и које се држи без присуства јавности.

Суд споразум о признању кривичног дела може да: 1) одбаци, 2) прихвати или 3) одбије.

Суд *решењем одбацује споразум* о признању кривичног дела када постоји један од два алтернативно прописана разлога: 1) ако споразум не садржи податке који спадају у обавезне елементе споразума о признању кривичног дела или 2) уколико на рочиште није дошао окривљени који је уредно позван, а који није оправдао изостанак.

Суд *пресудом прихвата споразум* о признању кривичног дела и оглашава окривљеног кривим ако утврди кумулативну испуњеност следећих услова:

- 1) да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе;
- 2) да је окривљени свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума;
- 3) да постоје и други докази који нису у супротности са признањем окривљеног да је учинио кривично дело;
- 4) 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.

Пресуда којом се прихвата споразум о признању кривичног дела је, по логици ствари, увек *осуђујућа пресуда*, тј. пресуда којом се оптужени оглашава кривим. Поред елемената које и иначе садржи осуђујућа пресуда, таква пресуда која се доноси на основу прихваћеног споразума о признању кривичног дела садржи обавезно и разлоге којима се суд руководи приликом прихватања споразума.

Суд решењем одбија споразум о признању кривичног дела ако утврди да алтернативно постоји неки од следећих разлога:

- 1) да постоје разлози због којих би поступак иначе требало након оптужења обуставити, што значи, уколико постоји неки од алтернативно прописаних разлога: 1) ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; 2) уколико је кривично гоњење застарело, или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, односно постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; те 3) нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе.
- 2) да није испуњен један или више услова који су потребни да суд прихвати споразум о признању кривичног дела.

Када решење о одбијању споразума о признању кривичног дела постане правноснажно, споразум о признању кривичног дела и сви списи у вези са њим уништавају се у присуству судије који је донео решење и о томе се саставља записник, а поступак се враћа у фазу која је претходила закључењу споразума. Судија који је учествовао у поступку одлучивања о споразуму о признању кривичног дела не може учествовати у даљем току поступка, што представља посебан разлог за обавезно изузеће судије, чији је *ratio legis* избегавање да одлуку о предмету кривичног поступка доноси судија који је потенцијално већ стекао „предубеђење“.

4.1.3. Жалба против одлуке о споразуму

Одлука суда о споразуму о признању кривичног дела доставља се јавном тужиоцу, окривљеном и његовом браниоцу. Против решења којим се споразум о признању кривичног дела одбацује или одбија, жалба није дозвољена.

Против пресуде којом је прихваћен споразум о признању кривичног дела, сва лица којима се доставља одлука суда о споразуму (странке и бранилац), могу у року од осам дана од дана достављања пресуде изјавити жалбу из два алтернативно прописана жалбена основа: 1) због постојања разлога због којих би иначе требало да се обустави кривични поступак у поступку испитивања оптужнице (дело које је предмет оптужбе није кривично дело итд.) или 2) ако се пресуда не односи на предмет споразума.

4.1.4. Начело *ne bis in idem* и споразум о признању кривичног дела

Када споразум о признању кривичног дела садржи изјаву јавног тужиоца о одустајању од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривичног дела (члан 314 став 2 тачка 1 ЗКП), то представља *облик опортунитета кривичног гоњења*, при чему нису утврђени било какви посебни критеријуми (са становишта целисходности, оправданости одустанка и сл.), за такву одлуку јавног тужиоца, већ је то потпуно препуштено његовој слободној оцени.²⁹

И овде, тј. у погледу овог особеног случаја поступања по начелу опортунитета кривичног гоњења, није стриктно решено питање деловања начела *ne bis in idem*, ако се одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења оствари у некој од претходних фаза кривичног поступка, *када такав одустанак неће резултирати доношењем одбијајуће пресуде*, тј. оних судских одлука које неспорно производе забрану поновног вођења кривичног поступка против истог лица за исто кривично дело.

Наиме, како споразум о признању кривичног дела може бити закључен од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса, то значи да до одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења за одређено кривично дело/кривична дела, може доћи *већ у фази истраге*. Тада би се истрага против окривљеног обуставила, односно такво кривично дело у таквом случају не би било предмет оптужбе, а како наредба о обустави истраге сходно члану 4 став 1 Законика о кривичном поступку и члану 34 став 4 Устава Србије, не спада у одлуке које производе дејства у смислу начела *ne bis in idem*, положај таквог окривљеног није сасвим сигуран.

Конечно, како је споразум о признању кривичног дела, без обзира на непрецизност законодавца приликом одређивања процесног тренутка од када се тај споразум може закључити, свакако могућ и у скраћеном поступку (где никада нема истраге),³⁰ па и онда када се у општем кривичном поступку, без претходног вођења истраге оптужница поди-

²⁹ Више о томе: М. Шкулић, *Организовани криминалитет, појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, „Службени гласник“, Београд, 2015, стр. 239.

³⁰ Овде се, у ствари, ради о тумачењу у смислу – *ко може више, може и мање*, тј. ако је нешто могуће онда када се ради о *тежим кривичним делима*, као предмету поступка, то је тим пре могуће и када су у питању *лакша кривична дела*. Другим речима објашњено, то значи да, ако је споразум о признању кривичног дела могућ у општем кривичном поступку (а што је стриктно приписано Закоником), он је могућ и када се ради о скраћеном поступку, без обзира на то што то није експлицитно прописано правилима Законика о кривичном поступку.

же непосредно, могуће је замислити и да се одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења манифестује решењем о одбацивању кривичне пријаве, дакле јавнотужилачком одлуком која је и иначе типична процесна манифестација поступања јавног тужиоца према начелу опортунитета кривичног гоњења.

Окривљеном би, у ствари, далеко више одговарало да буде оптужен и за то кривично дело, а да онда у каснијој фази кривичног поступка, јавни тужилац одустане од њега. То би тада резултирало релевантном судском одлуком (*пресудом којом се оптужба одбија*), која апсолутно подразумева да се такав окривљени не може поново кривично гонити за исто кривично дело.

Окривљеном би са становишта правне сигурности одговарало и да се донесе решење о обустави кривичног поступка, али ЗКП међу разлоге за доношење таквог решења – након што је оптужница већ поднесена (члан 338), практично ни не сврстава одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења.

И онда када до одустанка јавног тужиоца долази на главном претресу, може доћи до одређених проблема, јер законодавац не решава питање (не)могућности оштећеног да у таквом случају оствари своје право на преузимање кривичног гоњења. Ово питање би свакако требало адекватније решити у предстојећој реформи нашег кривичног процесног законодавства, а до тада, иако је реално тешко замислити такву врсту „некоректности“ јавног тужиоца, окривљени који улази у ову врсту „аранжмана“, као његов бранилац, „опреза ради“, требало би да инсистирају да се изјава јавног тужиоца о одустајању од кривичног гоњења у погледу одређених кривичних дела, а оквиру споразума о признању кривичног дела, процесно манифестује тиме што би јавни тужилац одустао од оптужбе на главном претресу, када би то резултирало доношењем, у односу на то кривично дело пресуде којом се оптужба одбија, у односу на коју, потом, онда када постане правноснажна, делује начело *ne bis in idem*.

Једним веома широким тумачењем члана 1 Законика о кривичном поступку, који између осталог, прописује и да је правично вођење кривичног поступка један од начелно декларисаних циљева Законика, могао би се извести закључак да јавни тужилац ни формално нема право да поново кривично гони лице у погледу којег је претходно кривична пријава одбачена јер је јавни тужилац поступио по начелу опортунитета кривичног гоњења, а исто важи и за претходно објашњено одустајање

од кривичног гоњења у оквиру споразума о признању кривичног дела, али би свакако било далеко боље да се ово питање и формално уреди одговарајућом стриктном нормом у Законнику о кривичном поступку.

4.2. Споразум о сведочењу окривљеног

Споразум о сведочењу окривљеног представља начин на који окривљени добија статус *окривљеног сарадника*, што представља други законски израз за некадашњи термин – *сведок сарадник*. Без обзира на промену законске терминологије, и сада се неспорно ради о лицу које има одговарајући „хибридни“ процесни карактер, те поседује како неке процесне особине окривљеног, тако и одређена процесна својства која карактеришу сведока. Ипак је тежиште на процесном својству окривљеног, што је јасно и када се има у виду да је у питању лице које се кривично гони, што је вероватно и био разлог за промену законске терминологије, мада се ту ипак, не ради о неком суштинском питању.³¹

Иначе, у нашој је литератури већ примећено да је, у односу на раније законско решење, значајна новина у новом Законнику да јавни тужилац може да закључи споразум не само са лицем коме се на терет ставља неко од кривичних дела која спадају у делокруг тужилаштва посебне надлежности, већ и било које друго кривично дело.³² Ово не

³¹ Иако законодавац више не користи израз „сведок сарадник“, већ *окривљени сарадник*, ни сада није суштински промењен процесноправни карактер таквог даваоца исказа, који је својеврсни процесни „хибрид“, односно субјекат код којег су „помешана“ процесна својства окривљеног и сведока. То важи примарно за окривљеног сарадника, који као давалац исказа у највећој мери има статус сличан сведоку, мора да говори истину и ништа не прећути итд., али ипак није само сведок, не само зато што не поседује одређена процесна права која су иначе иманентна сведоку, као што је то могућност ослобођења од дужности давања исказа, када је у одређеном законски релевантном односу са окривљеним против којег се води кривични поступак у којем даје исказ, или могућност ускраћивања одговора на поједина питања, већ пре свега стога што се у односу на њега доноси одговарајућа пресуда, било осуђујућа (када му се казна на одговарајући начин ублажава), било одбијајућа, ако је јавни тужилац у односу на њега одустао од кривичног гоњења. Пресуда се може донети само у односу на окривљеног, тј. лице које се кривично гони, што значи да у процесном смислу, код окривљеног сарадника, без обзира на његове „сведочке“ дужности, преовлађује процесни статус окривљеног. Он је, пре свега, окривљени, што је сада и у самом Законнику о кривичном поступку, увођењем израза *окривљени сарадник*, стриктно и наглашено. Другачије је са осуђеним сарадником. Код њега, обрнуто у односу на окривљеног сарадника, преовлађују својства сведока, јер се ради о лицу које је некада било окривљени, односно оптужени, а потом је постало осуђени, пошто је у односу на то лице донета осуђујућа пресуда која је постала правноснажна. Он се у актуелном кривичном поступку више кривично не гони, већ се ту појављује само као сведок, али ипак има и својство осуђеног, не само зато што је већ правноснажно оглашен кривим, већ и зато што му се у посебној врсти поступка, онда када је испунио своје „сведочке“ дужности, тј. дао одговарајући „кооперативан“ исказ, казна ублажава.

³² Више о томе: В. Делибашић, *Споразум о сведочењу окривљеног*, зборник Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Копаоник, 2014, стр. 216–217.

треба мешати са правилом да се сам споразум о сведочењу може односити једино на кривично дело које спада у делокруг тужилаштава посебне надлежности – организовани криминал и кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Наиме, окривљени може да буде окривљени сарадник само у таквом кривичном поступку, али се он сам може теретити како за кривично дело те врсте, тако и за било које друго кривично дело. Поред тога, ако је окривљени који склапа споразум о сведочењу окривљен за кривично дело из делокруга тужилаштава посебне надлежности, он може бити гођен како у истом поступку у којем се гони и лице против којег би требало да сведочи, али и у неком другом поступку, а уколико се терети за кривично дело друге врсте, онда ће, по логици ствари, он бити окривљен свакако у неком другом кривичном поступку.

Споразум о сведочењу може се односити само на кривично дело које спада у делокруг тужилаштава посебне надлежности – организовани криминал и кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Такав споразум странке, тј. јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса.

Споразум о сведочењу окривљеног може се закључити уколико су кумулативно испуњени следећи услови: 1) услов целовитог *признања* – потребно је да окривљени у потпуности призна да је учинио кривично дело, 2) услов целисходности – неопходно је да је значај исказа окривљеног за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела организованог криминала или кривичног дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, претежнији од последица кривичног дела које је учинио окривљени сарадник.

Одређена категорија лица је из разлога правичности искључена од могућност да закључе споразум о сведочењу, па тако окривљени за кога постоји основана сумња да је организатор организоване криминалне групе не може бити предложен за окривљеног сарадника.

Приликом закључења споразума о сведочењу окривљени мора имати браниоца. Јавни тужилац ће пре закључења споразума о сведочењу позвати окривљеног да у року који не може бити дужи од 30 дана самостално и својеручно, што детаљније и потпуније, истинито опише све што зна о кривичном делу поводом којег се води поступак и о другим делима која спадају у делокруг тужилаштава посебне надлежности. Неписмени окривљени диктираће прелиминарни исказ у апарат за снимање

гласа. Споразум о сведочењу сачињава се у писаном облику и подноси се суду до завршетка главног претреса, а уз споразум се прилаже и записник сачињен о исказу који је окривљени дао.

4.2.1. Садржај споразума о сведочењу окривљеног

Споразум о сведочењу окривљеног садржи следеће *обавезне елементе*:

- 1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе;
- 2) изјаву окривљеног, која сходно природи споразума о сведочењу окривљеног има својеврстан *дуалистички карактер*, тако што један део ове изјаве представља *целовито признање*, а други се своди на преузимање одређених обавеза од стране окривљеног и потврђивања да је добио потребне поуке, које се тичу његовог будућег „хибридног“ процесног статуса.³³ Својом изјавом окривљени у потпуности признаје кривично дело, што представља део изјаве који се тиче актуелног кривичног гоњења у односу на таквог окривљеног. Затим окривљени у „другом делу“ своје изјаве преузима одређене обавезе које се тичу његовог будућег исказа који ће дати у својству специфичног „сведока“, те потврђује да су му познате релевантне последице његовог будућег процесног статуса, односно правног и процесног положаја, што укључује: а) обавезивање да преузме „класичну дужност сведока“ – да ће дати исказ о свему што му је познато о кривичном делу у погледу којег треба да сведочи (а које спада у категорију кривичних дела за која су надлежна тужилаштва посебне надлежности) и да ништа неће прећутати, б) да је упозорен на дужности које има као сведок, в) да је упозорен на погодности које се тичу исхода кривичног поступка који се води против њега, као и г) да се не може позивати на погодност ослобођења од дужности сведочења (ако спада у категорију лица која су ослобођена од дужности сведочења) или на могућност ослобођења од дужности одговарања на поједина питања (питања која би њега или њему блиска лица изложила тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу);

³³ Више о томе: М. Шкулић и Т. Бугарски, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, стр. 408–409.

- 3) споразум о врсти и мери или распону казне или друге санкције која ће бити изречена, о ослобођењу од казне или о обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења окривљеног у случају давања исказа на главном претресу у складу са обавезама које је окривљени преузео;
- 4) споразум о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и о имовинско-правном захтеву, уколико је поднет;
- 5) изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке којом је суд у потпуности прихватио споразум;
- 6) потпис странака и браниоца.

Факултативно, споразум о сведочењу може садржати и споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног, где се ради о одузимању имовине сходно посебном закону (тзв. проширено одузимање имовинске користи).

4.2.2. Судско одлучивање о споразуму о сведочењу окривљеног

О споразуму о сведочењу окривљеног одлучује суд, а конкретна функционална надлежност суда зависи од фазе кривичног поступка, што значи да одлуку доноси: 1) судија за претходни поступак до потврђивања оптужнице, а 2) председник већа ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице. Суд одлучује на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и бранилац.

Решењем суда споразум о сведочењу окривљеног сарадника може се: 1) одбацити, 2) прихватити или 3) одбити.

Суд решењем *одбацује споразум* о сведочењу окривљеног ако споразум не садржи неки од обавезних елемената, или на рочиште не дође уредно позвани окривљени, који свој изостанак није оправдао.

Суд решењем *прихвата споразум* о сведочењу окривљеног ако утврди да су *кумулятивно* испуњени следећи услови:

- 1) услов који се односи на *будуће сведочење* – да је окривљени свесно и добровољно пристао да сведочи под условима који су предвиђени Закоником о кривичном поступку (да говори истину и ништа не прећути итд.);
- 2) услов *релевантне свести окривљеног* – да је окривљени у потпуности свестан свих последица закљученог споразума, а посебно

да се одриче права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума;

- 3) услов *законитости погодности* које би окривљени стекао у складу са споразумом – да су казна или друга санкција или мера, ослобођење од казне или одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења предложени у споразуму о сведочењу у складу са одредбама законика о кривичном поступку или кривичног закона.

Суд решењем одбија споразум о сведочењу окривљеног ако утврди да постоји неки од алтернативно прописаних разлога:

- 1) када постоје разлози који би и иначе довели до обуставе кривичног поступка у фази оптужења (ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело, кривично гоњење застарело итд.);
- 2) ако није испуњен један или више услова потребних да би суд прихватио споразум (ако окривљени није свесно и добровољно признао кривично дело итд.);

Када решење о одбијању споразума о сведочењу окривљеног постане правноснажно, споразум о сведочењу и сви списи у вези са њим уништавају се у присуству судије који је донео такво решење и о томе се саставља записник, а судија који је учествовао у поступку судског одлучивања о споразуму не може учествовати у даљем току поступка. Циљ овог правила је да се избегне стицање *предубеђења* код судије.³⁴

4.2.3. Испитивање окривљеног сарадника и везаност суда за одлуку о прихватању споразума

У Законику се прописује да је окривљени сарадник дужан да говори истину и да не прећути ништа што му је о „предмету суђења“ познато, што представља „класичну“ дужност сведока у кривичном поступку, с тим што је законодавац овде, у ствари, мислио на „предмет сведочења“, а не на „предмет суђења“. Наиме, окривљени сарадник често не може ни имати сва сазнања о целокупном предмету суђења, нити је то потребно, па и могуће да он увек има, већ се овде мисли на то да он треба да говори истину и ништа не прећути у односу на чињенице о којима сведочи, а које су наравно, по логици ствари, од значаја за решавање предмета суђења.³⁵

³⁴ Ibidem.

³⁵ Више о томе: М. Шкулић *Кривично процесно право*, осмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, стр. 344–345.

Окривљени сарадник испитује се након саслушања оптужених и након испитивања се удаљава из суднице. И ово правило одражава „хибридни“ карактер статуса окривљеног сарадника, јер он, сходно правилу да се, након што је дао исказ, удаљава из суднице, практично *не присуствује сопственом суђењу*, што је изузетак у односу на опште правило да оптужени (осим када се ради о суђењу у одсуству или евентуално о удаљењу оптуженог током дела главног претреса због ремећења процесне дисциплине) увек мора присуствовати главном претресу. Овде је грешка што законодавац није предвидео и супротну могућност, што значи да би окривљени сарадник могао да остане у судници и након што је дао исказ, ако се он сам с тим сагласи или чак то сам окривљени сарадник захтева. Наиме, окривљени сарадник (без обзира на то што то у пракси већина окривљених сарадника не би захтевала), као лице које се и само кривично гони, па и као странка која има право и на одређену доказну активност на главном претресу, увек би начелно морао да има могућност, односно *право* да присуствује главном претресу (тј. сопственом суђењу), из којег ће у крајњој линији проистећи и пресуда која се и на њега односи.

Споразум о сведочењу окривљеног сарадника има формално обавезујуће дејство у односу како на првостепени, тако и другостепени суд, уколико је конкретни окривљени сарадник испунио обавезе које су предвиђене споразумом између њега и тужиоца, а што је својим решењем прихватио и суд. Под условом да је окривљени сарадник у потпуности испунио обавезе из споразума, решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног обавезује првостепени и суд правног лека приликом доношења следећих одлука о: 1) кривичној санкцији, 2) трошковима кривичног поступка, 3) одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, 4) имовинскоправном захтеву и 5) одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

Обрнуто, суд ставља ван снаге решење о прихватању споразума, и потом даље поступа у складу са одредбама које се односе на одбијање споразума о сведочењу окривљеног, када алтернативно наступи нека од следећих околности: 1) ако окривљени сарадник није испунио обавезе из споразума или 2) ако јавни тужилац покрене истрагу против окривљеног сарадника или сазна за његову ранију осуђиваност и поднесе предлог суду за стављање споразума о сведочењу ван снаге.

4.2.4. (Не)правичност могуће одбијајуће пресуде у односу на окривљеног сарадника

Свако се сматра невиним док се супротно не утврди правноснажним одлуком суда. Ова важна уставна гаранција прописана је и у Законику о кривичном поступку (члан 3), чија су правила некада (у време важења Законика о кривичном поступку из 2001. године, а пре новела из 2009. године), омогућавала да се припадник организоване криминалне групе под одређеним условима саслуша као сведок сарадник, те да му се затим, ако „кооперативно“ сведочи, „опросте“ кривична дела која је учинио, јер би у односу на таквог „сведока/оптуженог“, јавни тужилац одустајао од кривичног гоњења, што би онда резултирало доношењем одбијајуће пресуде.

Не само да би некадашњи сведок сарадник остао невин човек, као и било ко други ко није осуђиван, већ оштећени његовим кривичним делом не би имао могућност да оствари било какву накнаду штете, исто као што ни држава није могла одузети имовинску корист коју је такав сведок сарадник стекао кривичним делима. Ово се оправдано критиковало као неправично и сувише благонаклоно у односу на сведоке сараднике, који у већини других законодавстава нису могли да рачунају на такве могућности.³⁶ Немачка је само у ограниченом временском периоду и повезано са сузбијањем тероризма познавала тзв. крунске сведоке, али се њима казна могла једино ублажавати, а није било могуће да буду потпуно аболирани. У Италији се у односу на „сараднике правосуђа“, познате мафијашке покајнике фигуративно означене као „пентити“, казна једино може ублажити за трећину или половину.

Изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2001. године (новеле из 2009. године),³⁷ прописано је да се сведок сарадник

³⁶ Више о томе: М. Шкулић, *Сведок сарадник у кривичном поступку за дела организованог криминала*, Зборник Полицијске академије из Београда и Више школе унутрашњих послова из Земуна – “Организовани криминалитет – стање и мере заштите”, Београд, 2005, стр. 212–264.

³⁷ Према некадашњем законском решењу (ЗКП из 2001. године са новелама из 2009. године), сведок сарадник који је испунио своју централну дужност, тиме што је суду дао истинит исказ, којим ништа није прећутао, увек се *оглашава кривим*, тако да се и у односу на њега *увек доносила осуђујућа пресуда*. Таква пресуда би примарно, односно *по правилу*, садржавала и одређену казну, чију висину суд одређује на следећи начин: 1) утврђује се *минимална казна* прописана Кривичним закоником за кривично дело у односу на које су кумулативно испуњена два услова: а) ради се о кривичном делу које је сведок сарадник *признао* и б) у питању је кривично дело за које је у поступку *доказано* да га је сведок сарадник учинио, те 2) казна утврђена не претходно објашњен начин, би се изрицала *умањена за једну половину*, с тим што не би могла да буде мања од општег минимума казне затвора, тј. од 30 дана затвора. Само супсидијарно и *изузетно*, било би могуће да сведок сарадник буде у још повлашћенијем положају, када би се, такође, у односу

који је сведочењем испунио своје обавезе, оглашава кривим за кривично дело које је учинио, те му се изриче минимална казна која је за то дело предвиђена. Онда се та казна умањује за пола, с тим да не може бити мања од 30 дана затвора. Сведок сарадник је могао да биде и потпуно ослобођен од казне. И на овај се начин сведок сарадник значајно привилегује, а нарочито када је казне потпуно ослобођен, али се он ипак оглашава кривим, што је важно из начелних разлога. Након правноснажности такве пресуде, он више није невин, већ је обрнуто, учинилац кривичног дела. То онда производи и друге реперкусије, попут могућности оштећеног да оствари свој имовинскоправни захтев. Држава од таквог осуђеног може одузети корист коју је стекао кривичним делом, а тада долази у обзир и тзв. проширено одузимање имовинске користи, када се од сведока сарадника може захтевати да докаже законито порекло своје имовине која није у сразмери са његовим легалним приходима, па ако у томе не би успео, она би била одузета у корист државе.

Да су таква правила код нас и раније постојала, питање је да ли би многи од некадашњих и актуелних сведока сарадника, имали мотив да се појаве у кривичном поступку као субјекти који су нека врста „хибрида“ између окривљеног и сведока. Савремени органи кривичног гоњења којима на располагању стоје бројне могућности прибављања материјалних доказа, морају да се све у мањој мери ослањају на исказе као „крунске“ доказе. Нарочито нису „краљевски докази“, односно „крунски докази“, они искази којима се пошто-пото „спасава сопствена кожа“. Сведоци сарадници који су такав статус стекли у време важења ранијих законских правила, не морају да стрепе, за њих као нека врста „стечених права“ важе та ранија правила.

Суштина је, према решењу које је у Србији постојало до примене новог ЗКП-а из 2011. године, да и након што је сведок сарадник оглашен кривим, па и онда када му је казна ублажена, као и када је потпуно ослобођен од казне, он би по општим прописима постајао *осуђени*, када таква осуђујућа пресуда постане правноснажна, па би се тада и он, као и било које друго лице чија је кривица утврђена правноснажном одлуком суда, третирао као учинилац кривичног дела у погледу којег је прав-

на њега доносила осуђујућа пресуда, али би се при том, казна ублажавала и мимо претходно објашњеног лимита (половина минималне казне), или би се чак сведок сарадник потпуно *ослобађао од казне*. До овакве овакве солуције би долазило када суд на предлог јавног тужиоца тако одлучи, узимајући при том у обзир следеће чињенице: 1) значај исказа сведока сарадника, 2) околности кривичних дела која се сведоку сараднику стављају на терет, 3) држање сведока сарадника пред судом, 4) његов ранији живот, као и 5) све друге битне околности.

носнажно осуђен. Тиме што је у односу на сведока сарадника донета осуђујућа пресуда, омогућавало се и да му се према општим правилима *одузме имовинска корист* коју је стекао кривичним делом, а оштећени би тада могао остварити и свој *имовинскоправни захтев* у кривичном поступку, односно осуђујућа пресуда би могла бити релевантан правни основ за доношење одлуке у парничном поступку, онда када је оштећени упућен да свој имовинскоправни захтев остварује у том поступку. Нови ЗКП из 2011. године сада се „вратио“ на почетак, омогућујући да се и без неких посебно прописаних услова окривљени сарадник потпуно „аболира“, односно да јавни тужилац у односу на њега одустане од кривичног гоњења, што је веома неправично у начелном смислу, али и супротно интересима како државе, која се на такав начин, у ствари, одриче „повраћаја“ имовинске користи коју је такав окривљени сарадник стекао кривичним делом које је учинио, тако и оштећеног који не може остварити имовинскоправни захтев у кривичном поступку, а отежава му се и успех у евентуалном парничном поступку.

Међутим, Законик о кривичном поступку из 2011. године поново уводи могућност да окривљени сарадник дефинитивно **остане „невин“** и за кривична дела која је признао и у погледу којих постоје неспорни докази да их је учинио. Као што је објашњено у претходном тексту, у односу на окривљеног сарадника, јавни тужилац може и да одустане од кривичног гоњења, што би резултирало пресудом којом се оптужба одбија, што у крајњој линији значи да такав окривљени остаје не само „слободан“ човек у смислу да му се не изриче кривична санкција, већ и „невин“ човек, с обзиром на то да суд неће утврдити његову кривицу, без обзира што је иначе признао кривично дело. Још је горе што до овога долази без неких посебних критеријума, већ према слободној оцени надлежног јавног тужиоца, при чему ће наравно, у пракси, јавни тужилац свакако узимати у обзир важност његовог исказа конкретног окривљеног сарадника, без обзира на то што то неоправдано није и стриктно утврђено у Законнику о кривичном поступку.

4.3. Споразум о сведочењу осуђеног

Споразум о сведочењу окривљеног, такође, слично као и споразум о сведочењу окривљеног, представља варијанту задобијања тзв. кооперативног сведока. У погледу осуђеног који склапа овај споразум, овде је по логици ствари (с обзиром на то да је реч о лицу које је правноснажно

већ осуђено) више нагласак на његовом „сведочком“ статусу (без обзира на то што се и овде формално ради о „учиниоцу“ кривичног дела), него када је у питању споразум те врсте са окривљеним, који се актуелно кривично гони, а у погледу којег, без обзира на то што је у потпуности признао кривично дело, формално важи и претпоставка невиности.

4.3.1. Закључење споразума о сведочењу осуђеног и садржај споразума

Јавни тужилац и осуђени могу закључити споразум о сведочењу ако је значај исказа осуђеног за откривање, доказивање или спречавање кривичних дела која спадају у делокруг тужилаштва посебне надлежности (организовани криминал итд.) претежнији од последица кривичног дела за које је конкретни осуђени који би требало да стекне статус осуђеног сарадника, оглашен кривим.

Две категорије осуђених су начелно, односно самим законским одредбама, *искључене* од могућности да постану осуђени сарадници. За осуђеног сарадника не може бити предложено лице које је осуђено као организатор организоване криминалне групе, нити лице које је правноснажно осуђено на казну од 40 година затвора.

Приликом закључења споразума о сведочењу осуђени мора имати браниоца, што представља један од случајева обавезне стручне одбране у кривичном поступку. Споразум о сведочењу сачињава се у писаном облику и подноси се суду до завршетка главног претреса у којем би осуђени требало да као сведок да исказ.

Споразум о сведочењу осуђеног садржи одређене исте елементе које обавезно садржи и споразум о сведочењу окривљеног, као што су опис кривичног дела које је предмет оптужбе, изјаву осуђеног да ће дати исказ под истим условима који важе и за окривљеног сарадника, те изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума о сведочењу, када је суд у потпуности прихватио споразум. Наравно, како се ради о осуђеном, споразум не садржи признање нити могућност да јавни тужилац одустане од кривичног гоњења, јер се овде и не ради о лицу које се кривично гони, већ о осуђеном, а садржи и једну посебну изјаву јавног тужиоца који се обавезује да ће у року од 30 дана од дана правноснажног осуђујућег окончања поступка у којем је осуђени дао исказ у складу са преузетим обавезама поднети захтев да се осуђеном сараднику казна ублажи у складу са Закоником.

4.3.2. Одлучивање суда о споразуму о сведочењу осуђеног и везаност суда за одлуку о прихватању споразума

О споразуму о сведочењу осуђеног одлучује судија за претходни поступак, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице, одлуку доноси председник већа. Суд може донети решење о одбацивању, прихватању или одбијању споразума о сведочењу осуђеног, а одлука суда се доноси на рочишту на које се позивају јавни тужилац, осуђени и бранилац. Приликом доношења решења суда о овом споразуму сходно се примењују одредбе Законика које се односе на одбацивање, прихватање или одбијање споразума о сведочењу окривљеног.

Решење о прихватању споразума о сведочењу осуђеног обавезује суд приликом доношења одлуке о кривичној санкцији у поновљеном поступку, под условом да је осуђени сарадник у потпуности испунио обавезе прописане споразумом о сведочењу.

5. Доказна вредност исказа окривљеног/осуђеног сарадника

Законик о кривичном поступку не садржи посебна правила у погледу оцене исказа који је суду дао окривљени/осуђени сарадник. Суд приликом процене који је степен доказног кредибилитета таквог исказа примењује општа правила која се односе на оцену доказа у кривичном поступку, што се односи и на оцену исказа сведока уопште, па и оцену исказа окривљених/осуђених сарадника, односно процењује који је степен њене доказне веродостојности. Наравно, суд се ослања на начело слободне оцене доказа, те у складу с њим и својим слободним уверењем, оцењује исказ окривљених/осуђених сарадника.

Суд приликом доказне оцене исказа који је дао окривљени/осуђени сарадник мора да стекне апсолутну извесност да је он искрено исказивао, односно да је у погледу онога што је исказао имао свест да је то истина. Наиме, код других сведока суд има једну врсте додатног јемства да сведок говори истину, а то је могућност наступања законом предвиђених последица по сведока који да лажни исказ. Такав сведок ће бити кривично гоњен, јер је давање лажног исказа кривично дело. Међутим, у пракси није увек лако направити дистинкцију између лажног исказа (који представља кривично дело) и нетачног исказа (који се своди на случајну омашку сведока услед несавршености његовог опажања, памћења или

мана у репродукцији садржаја), тако да се у пракси сведоци веома ретко кривично гоне због постојања основане сумње да су учинили кривично дело давања лажног исказа. Понекад је то резултат недовољне убеђености суда у постојање основане сумње да је сведок дао лажан исказ, те тако учинио одговарајуће кривично дело, а некада се ради и о штетном опортуном понашању суда, или је у питању његова погрешна процена овог питања. Сви ови фактори постоје и у погледу окривљеног/осуђеног сарадника, али код њега неко превентивно дејство могуће одговорности за кривично дело, уколико да лажан исказ, има још мање дејство него код класичних сведока, јер он нема потребе да стрепи од такве последице (мада би она свакако наступила и за њега ако би дао лажан исказ), с обзиром на то да би за њега, у случају да се докаже да није испунио своје обавезе, наступиле знатно теже последице, јер се против њега кривични поступак наставља, односно покреће, тј. казна му се неће ублажити када је у питању осуђени сарадник. Ово указује на то да суд у сваком случају мора обратити додатну пажњу приликом процене доказног кредибилитета исказа окривљеног/осуђеног сарадника, односно да мора у додатној мери бити опрезан у односу на стицање убеђености о степену доказне веродостојности таквог исказа.

У уобичајеним случајевима оцењивања исказа класичних сведока у кривичном поступку, односно процени степена њихове доказне веродостојности, важну улогу за конкретну процену суда има и констатовање да ли сведок потенцијално има или нема одређених мотива за давање лажног исказа. У доказном смислу су најбољи они сведоци за које је потпуно извесно да су апсолутно неутрални, те да је тешко замислити да имају било какав интерес у кривичном поступку, у односу на врсту одлуке суда, а посебно у погледу одлуке о кривици окривљеног. Начелно, лица која имају интерес да се донесе одлука суда у овом или оном правцу не спадају у поуздане сведоке, па су као такви или ослобођени дужности сведочења (нпр. одређени блиски сродници, мада се њихово ослобођење темељи и на другим разлозима а не само на њиховој потенцијалној доказној непоузданости), или је суд из законских или судско-психолошких, односно тактичких разлога, дужан да обрати посебну пажњу на њихов исказ, а у ту категорију спадају нпр. оштећени кривичним делом (нарочито када су истовремено и пасивни субјект кривичног дела), од којих се, по логици ствари, у највећем броју случајева, не може очекивати потпуна објективност и реалност.

За окривљеног/осуђеног сарадника није спорно да има *интерес* да кривични поступак тече у одређеном правцу, те да је он, и терминолош-

ки посматрано, у једном посебном „кооперативном“ односу, пре свега, са јавним тужиоцем и отуда и његов ранији законски назив „сведок сарадник“, односно сада окривљени/осуђени сарадник, тако да је тим пре потребна додатна опрезност суда приликом доказне оцене његовог исказа. Захваљујући томе што термин „сарадња“ иначе није уобичајен за кривичну процедуру, где се по правилу строго води рачуна о одвојености кривичнопроцесних функција, тако да сваки субјект остварује своја права и дужности, без потребе за неком посебном сарадњом, која може подразумевати и одређену конфузију процесних функција, потребно је да суд врло пажљиво доказно вреднује исказ окривљеног/осуђеног сарадника, те да води рачуна да евентуално постојање интереса тог субјекта да се докаже као „сарадник“, не доведе до његовог лажног исказа, или исказа којим, правдајући себе, неосновано окривљује друга лица.

Поред тога, термин „сарадња“ по логици ствари упућује на најмање две стране које међусобно сарађују, па се стога могу поставити и питања: *С ким је то некадашњи сведок сарадник сарађивао*, односно са ким ће сарађивати окривљени и осуђени сарадници? Наравно, питање је и *који је мотив за такву сарадњу*. Па ако се онда пође од логичног одговора да такав давалац исказа сарађује с оном страном која заступа оптужбу, а да је његов основни мотив избегавање сопствене одговорности за кривично дело, односно блаже кажњавање, све то представља јасну основу за испољавање посебне опрезности у погледу оцене његовог исказа као доказа.

Формално посматрано, суд није дужан да испољи неку додатну опрезност приликом оцене исказа окривљеног/осуђеног сарадника, односно процене његове доказне вредности, мимо уобичајених законских правила која се односе на оцену доказа у кривичном поступку. Суд, дакле, приликом оцене оваквог доказа поступа користећи се општим правилима која се и иначе односе на оцену доказа у кривичном поступку.

6. Пресуда проистекла из страначког споразума као доказ – радикално одступање од начела непосредности

Слично као што је то било уређено и у Законику о кривичном поступку, тј. у ЗКП-у из 2001. године, и у новом, а сада важећем ЗКП-у из 2011. године се прописује неколико ситуација када се на главном

претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 40б).³⁸ Међутим, сада је то веома проблематично, јер се више, по правилу, не ради о судским доказима, већ о доказима које је у истрази прикупио јавни тужилац.³⁹

У нашој пракси се и још додатно, дакле чак преко иначе веома екстензивно формулисаних законских могућности, веома широко одступа од начела непосредности, па се тако чак пресуда проистекла из споразума о признању кривичног дела рутински користи као „ексклузиван доказ“ у другим случајевима, чак уз забрану да се као сведоци испитају окривљени који су „споразумно“ признали кривично дело. Потребно је у неким будућим новелама Законика о кривичном поступку увести стриктну забрану да се сама пресуда проистекла из споразума о признању окривљеног, рутински користи као доказ у другим кривичним поступцима, те чак и уз својеврсну „забрану“ да се окривљени који су склопили споразум о признању кривичног дела, испитују као сведоци у другим кривичним поступцима, односно поступцима који се воде против других окривљених, чиме се драстично одступа од начела непосредности.

Ово је посебно спорно када имамо у виду да окривљени може да се брани на било који начин који сматра адекватним, што значи и да исказује или да не исказује, а ако исказује он није дужан да говори истину, па и ако се утврди да није говорио истину, то свакако не може да буде нека отежавајућа околност приликом одмеравања казне, нити му се уопште због тога сме погоршати процесни положај. С друге стране, сведок је дужан да говори истину и ништа не прећути, а у супротном чак чини кривично дело давања лажног исказа. Из тога произлази да ако би исто лице исказ дало прво као окривљени, а потом у односу на исте околности

³⁸ У вези са овим, погрешно је што се као циљ истраге у новом Законнику о кривичном поступку (члан 295 став 2), одређује не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак итд., већ и *доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано...* Овакав циљ истрага може имати једино када је води истражни судија, или макар, онда када се ради о тужилачкој истрази, али уз могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње), ангажује судија (било судија за истрагу, као што је то случај у Црној Гори, односно у Немачкој, где се он означава као „Ermittlungsrichter“, за разлику од истражног судије, односно *судије за истрагу*, који би био „Untersuchungsrichter“, било судија за претходни поступак и сл.), што није случај са одредбама важећег ЗКП-а Србије. Више о циљу истраге и нелогичностима у новом ЗКП-у Србије: С. Бејатовић, *Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*, Ревизија за кривично право и криминологију, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23–39.

³⁹ Више о томе: С. Кнежевић, *Кривично процесно право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2015, стр. 75 и В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 80.

сти исказивао као сведок, онај исказ који је дао као сведок би начелно, по правилу, ипак имао виши степен доказног кредибилитета, мада наравно не априорно, већ према слободној оцени суда, који би га као и сваки други доказ ценио према слободној оцени доказа, те појединачно и у вези са осталим доказима. Ово би тако било без обзира на то што је у поступку у којем је саслушан као окривљени већ донета правноснажна одлука суда, којом је достигнута нека врста формалне истине, према правилу – *res iudicata pro veritate accipitur*. Овде се у пракси користи једна врста аналогije са забраном из члана 481 став 2 ЗКП, којом је прописан један посебан случај *обавезног одступања од начела непосредности у извођењу доказа* приликом поновног суђења лицу које је претходно правноснажно осуђено у одсуству. Наиме, у поновљеном поступку саучесник окривљеног који је већ осуђен *не може се 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 такво одступање од начела непосредности је нелогично и потпуно неприхватљиво, али је још горе њега протезати и на потпуно другу процесну ситуацију која се тиче пресуде проистекле из споразума о признању кривичног дела, односно исказа и признања које је дао окривљени који се споразумео са јавним тужиоцем.

Дакле, иако наш законодавац покушава да „пошто-пото побегне од истине“ у кривичном поступку, то ипак није могуће, а јавни тужиоци би у пракси, без обзира на то што мањкав текст Законика то питање не регулише сасвим јасно, морали да се уздрже од својеврсног „замаскираног“ коришћења једне процесне форме ради постизања циљева којој је намењена друга, прилично слична, али ипак битно другачија процесна форма. То значи да нису и не могу да буду исто *споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу окривљеног*. Окривљени који је признао кривично дело тако што се споразумео са јавним тужиоцем није окривљени сарадник, као што је то онај окривљени који са јавним тужиоцем закључи споразум о сведочењу, па се ни ефекти те две врсте страначких споразума у доказном смислу, не могу, односно не смеју изједначавати.

7. Закључак

Потребно је значајно пажљивије поступати у пракси приликом увођења у систем разних облика задобијања тзв. кооперативних сведока (сведоци сарадници, односно „окривљени/осуђени сарадници), јер систем уведен Законом из 2011. године у том погледу омогућава и неке потенцијалне злоупотребе, нарочито када се ради о примеру да се чак осуђујућа пресуда донесена на темељу исказа окривљеног/осуђеног сарадника, користи (чита) као доказ у другом предмету, уз истовремено онемогућавање да се саокривљени/саоптужени испитују као сведоци и сл. Таква пракса је противзаконита,

Треба имати у виду и да *потпуно адверзијални кривични поступак суштински одговара само оним системима који имају пороту*, као што је то случај у САД (а тако, наравно, није у Србији), а где је потпуно раздвојено одлучивање о кривици у чињеничном смислу и доношење одлуке о кривичној санкцији, онда када је кривица одлуком пороте већ констатована.

Кривични поступак САД суштински веома добро функционише у самом САД и он у основи сасвим одговара основној концепцији организације америчког друштва, као и очекивањима већине грађана. Тај модел кривичног поступка је и добро уклопљен у целовит правни систем, као његов важан сегмент. Дубоко је укореењен у америчкој традицији и реално омогућава прилично ефикасан обрачун са криминалитетом, а нарочито у контексту уобичајено веома строге политике кривичног санкционисања у САД. Ипак, не треба заборавити да и у самом САД постоји веома снажна критика неких традиционалних института кривичног процесног права Сједињених Америчких Држава,⁴⁰ попут за ту кривичну процедуру свакако најтипичнијег *испреговараног признања кривице (plea bargaining)*, који је у пракси често изразито неправичан у

⁴⁰ Цитирани аутор (S. Pürner – наведено у наредној фусноти) своју анализу илуструје низом тврдњи самих америчких аутора, од којих су неки чак изразито строги у оцени квалитета америчког концепта кривичног поступка и праксе, па тако, на пример, један харвардски професор (William J. Stuntz), у књизи веома интересантног наслова (*The Collapse of American Criminal Justice*), закључује и да је “амерички кривичноправни систем воз који је испао из шина”. Наравно, овакве оцене могу бити и претеране и, као што је већ објашњено у претходном тексту, није спорно да адверзијални кривични поступак, поротни систем, па и *plea bargaining* механизам, одговарају кривичнопроцесној традицији САД у којој су очигледно веома јако укореењени, али то такође не значи да се основни елементи тог система могу механички и буквално пренети и ефикасно применити у једној типичној континенталноевропској држави, као што је Србија, која има потпуно другачију кривичнопроцесну традицију.

односу на типичног окривљеног.⁴¹ Често се и у самим Сједињеним Америчким Државама указује да претерано коришћење “страначке нагодбе” или испреговараног признања, тј. *plea bargaining* механизма, доводи и до случајева лажних признања, те у крајњој линији, некада и до тешких судских заблуда.⁴²

Механизам „страначке нагодбе“ у САД је настао као нека врста „кривичнопроцесне крајње нужде“, јер се класични поротни систем суђења није могао борити са огромним бројем кривичних предмета. Стога и у самом САД многи аутори пишу о *plea bargaining* механизму као о својеврсном нужном злу, које је иманентно адверзијалном и поротном суђењу, мада, као што смо претходно већ објаснили, таквог механизма нема у Енглеској, као „колеџи“ адверзијалног кривичног поступка и *common law* правног система.

Споразум о признању кривичног дела има, односно може имати свој *ratio legis* и у континенталноевропском кривичном процесном праву, али само под условом да се не примењује у мери која класично суђење претвара у *изузетак*, што би било апсурдно. Он такође има смисла и једино под условом да се не претвори у „ексклузиван начин доказивања“ других кривичних дела, те се сведе на неку врсту „трговине сведочењем и исказом“. Такође ни правна квалификација не би смела бити предмет „страначке“ нагодбе, јер то онда не само да потпуно девалвира материјалне кривичноправне институте, већ може бити и изразито неправично.

⁴¹ Више о томе: S. Pürner, *Заштита окривљених и оптужених у кривичном поступку у специфичним условима правне трансформације*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 70, година XIV, Ниш, 2015, стр. 338–342.

⁴² У САД је, на пример, 2007. године, извесни Вилијам Грегори из Кентакија добио 3,9 милиона долара као накнаду штете зато што је 1993. године захваљујући погрешном налазу вештака оглашен кривим за једно свршено и једно покушано силовање, због чега је у затвору провео седам година, пре него што је 2000. године, након накнадне ДНК анализе, ослобођен кривице. Овај неосновано осуђени је, пре него што се изборио за накнаду штете од државе, добио и 700.000 долара као накнаду штете од вештака чији је погрешан налаз довео до судске заблуде. Више о томе: J. D. Wright, *Dem Täter auf der Spur*, „Parragon“, London, Köln, 2009, стр. 92–93.

Dr Milan Škulić
Professor at Faculty of Law
University of Belgrade
President of the Associations of the Lawyers of Serbia

**PARTY AGREEMENT IN CRIMINAL PROCEDURE –
„NECESSARY EVIL“ OR A RATIONAL SIMPLIFIED CRIMINAL-
PROCEDURAL FORM**

Summary

In the paper is explained the party agreements in criminal proceedings, both in terms of their concept and the basic ratio legis and the comparative analysis. In the paper are analyzed the basic characteristics of the plea bargaining mechanism in the United States, as well as the essential elements of a relatively new solution relating to agreement between parties, with the active participation of the criminal court in Germany.

In the paper are analyzed in detail the basic provisions of the Serbian Criminal Procedure Code relating to the agreement on the confession of the offense, the agreement on the testimony of the defendant and the agreement on the testimony of the convicted person. The author concludes that the agreement on the confession of the offense can have its ratio legis in the continental European criminal procedural law, but only under the condition that does cause that the classic trial turns into a exception, because it would be absurd. Party agreement should not be too some kind of “trade with the testimony”. It is too not acceptable that a legal qualification should be subject to “party” settlement, because it could completely devalue the institutes of substantial criminal law and it can be also extremely unfair.

Key words: *party agreement, agreement on the confession of the criminal offence, agreement on the testimony, criminal procedure law, plea bargaining.*

ГАРАНЦИЈЕ ЗА ПРАВИЛНО УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Проф. др Саша Кнежевић*
Иван Илић**

***Апстракт:** Остварење владавине права и поверење грађана у правосуђе у директној су корелацији са доношењем правилних и законитих одлука у кривичном поступку. За доношење таквих одлука од круцијалног је значаја утврђивање правилног и потпуног чињеничног стања, на које се примењује право. Предуслов за такав исход представља адекватан процесни амбијент, у коме странке имају једнаке шансе да утичу на исход поступка. Решавање спора о казненом захтеву подразумева контрадикторно расправљање о кривичној ствари. Судаће веће треба да се упозна са одлучним чињеницама непосредно, на главном претресу. Отуда велики значај начела контрадикторности и непосредности за правилно доношење одлуке у кривичном поступку, као и за остварење права на правично суђење. Аутори се у раду баве анализом важећег легислативног оквира, за реализацију постулата начела контрадикторности и непосредности. Сагледан је степен сагласности са достигнутим стандардима праксе Европског суда за људска права, којима се обезбеђује тзв. једнакост оружја, важног сегмента правичног поступка*

***Кључне речи:** контрадикторност, непосредност, начело, једнакост оружја, право на правично суђење*

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

** Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

Уводне напомене

За формирање правилне и потпуне чињеничне и правне основице судске одлуке, предузимањем процесних радњи, потребно је обезбедити ваљане гаранције у кривичном поступку. У самој суштини спора о казненом захтеву налази се сучељавање странака пред судом. При томе је неопходно контрадикторно расправљање о кривичној ствари. Важан предуслов за пуну реализацију начела контрадикторности јесте једнакост оружја, што је истовремено важан елемент права на правично суђење. Логички и суштински уз контрадикторност значајно је и начело непосредности, чија је суштина упознавање судећег већа са правно релевантним чињеницама на оригинеран начин, без посредника. То директно утиче на правилно доношење логичких закључака, приликом оцене доказа. Напосредно извођење доказа такође представља важан сегмент правичног поступка. Гарант законитог и правилног утврђивања чињеница представљају још и начело усмености и јавности, али у мањој мери, те се на овом месту нећемо њима бавити.

1. Начело контрадикторности и правилно утврђивање чињеница

Оптужни (акузаторски) тип кривичног поступка изграђен је као спор странака о кривичној ствари. Овај тип поступка заснивао се на принципу расправности. У инквизиционом кривичном поступку није била могућа реализација контрадикторности, услед неодољености кривичнопроцесних функција оптужбе, одбране и суђења. У савременом кривичном поступку оба типа ово начело заузима значајно место, као један од стандарда који захтева право на правично суђење, из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹ Англоамерички (адверзијални) кривични поступак почива на овом начелу, те се често и назива контрадикторним поступком. Континентални тип поступка такође се одликује контрадикторношћу, која је посебно заступљена на главном претресу.

Начело контрадикторности често се дефинише помоћу старе латинске изреке *audiatur et altera pars*, што означава право да се чује и друга страна. Суштински ово начело означава право странака у поступку да

¹ У члану 14 став 1 и 3 Међународног пакта о грађанском и политичким правима, такође је садржано право на једнакост страна и минимална јемства у кривичном поступку.

износе тврђења о кривичној ствари, као и да се изјасне о ставу супротне стране.² У пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд) истиче се да је конфронтацијско право саставни елеменат правичног поступка, те да означава да свака странка у кривичном или грађанском поступку има прилику да буде упозната, односно могућност да се изјасни о свим доказима и поднесцима супротне стране, с циљем да утиче на одлуку суда.³ Суд је и у новијој јуриспруденцији јасно истицао да контрадикторност поступка и једнакост оружја између странака представљају темељни аспект права на правично суђење.⁴

Да би се у пуној мери реализовао овај принцип, неопходно је постојање извесних претпоставки. Најпре је неопходно да постоје одвојене главне кривичнопроцесне функције. С обзиром на то да је за реализацију контрадикторности потребно да постоји спор, страначки обликован поступак је *conditio sine qua non* за његово оживотворење. Осим тога, потребно је да постоји независан арбитар у спору. У кривичном поступку то је суд. Будући да је окривљени фактички слабија странка у кривичном поступку, у односу на јавног тужиоца, који иза себе има апарат државне власти, потребно је постићи формалну равноправност странака. То се постиже, на првом месту, путем претпоставке невиности, затим правом на стручну одбрану окривљеног, као и низом процесних института и овлашћења, који се називају преимућства одбране (*favor defensionis*).

Равноправност странака у поступку често се апострофира као важан елемент правичног поступка и означава као једнакост оружја (*equality of arms*). Једнакост оружја обухвата скуп процесних права која имају за циљ да странкама осигурају једнаку могућност представљања и заступања сопствених интереса у поступку.⁵ Циљ важења једнакости оружја јесте спречавање да се окривљени стави у неповољнију позицију, у односу на тужиоца, као и да се постигне одсуство разлика у третману. С обзиром на то да су странке у кривичном поступку најчешће фактички неједнаке, с обзиром на државни апарат, на страни јавног тужиоца, коме се супротставља (најчешће) праву невичан окривљени, једнакост

² Саша Кнежевић, *Кривично процесно право*, Ниш, 2015, стр. 65.

³ *Pellegrini v. Italy*, Application no. 30882/96, § 44.

⁴ *Koval v. Ukraine*, Application no. 65550/01, § 113.

⁵ Давор Крапац, *Načelo enakosti orožij strank v kazenskem postopku (Rezultati raziskave na preiskovalnem oddelku Okrožnega sodišča v Mariboru)*, u: Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava, Uradni list Republike Slovenije, Institut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Љубљана, 2000, стр. 212.

оружја не подразумева потпуну симетрију у правима и обавезама, већ правичну равнотежу.⁶ Реч је о једнакости шанси да се утиче на исход поступка. Неправична равнотежа постоји ако има за резултат недопуштено ограничење права на одбрану. Једнакост оружја остварује се доступношћу информација о току поступка (право увида у списе предмета), те једнаком могућношћу предлагања процесних радњи и учешћа у предузимању процесних радњи.

Најзад, реализација начела контрадикторности постиже се присуством странака извођењу процесних радњи. С тим циљем предвиђа се позивање окривљеног да присуствује испитивању сведока и вештака, те извођењу увиђаја и реконструкције. На истом курсу је и правило⁷ да се главни претрес у редовном кривичном поступку не може одржати без присуства окривљеног.

Имајући у виду да је за реализацију начела контрадикторности у пуном обиму неопходно да поступак буде страначког карактера, поставља се питање да ли то искључује утицај суда на формирање чињеничне и правне основице судске одлуке. У теорији, наиме, постоји схватање да је пуна контрадикторност обезбеђена само уколико је извођење доказа у потпуности у рукама странака, док је суд у потпуности пасиван.⁸ Другим речима, да би се остварила контрадикторност у пуном опсегу, неопходно је да се формирање чињеничне основе судске одлуке у потпуности препусти странкама, док суд задржава право да се стара о законитости вођења поступка. У адверзијалном кривичном поступку, који се стога често назива контрадикторни поступак, такав модел утврђивања чињеница и јесте прихваћен. Насупрот томе, у кривичном поступку континенталног типа често је улога суда, у доказном поступку, активна. С обзиром на начело истине, суд има право да интервенише приликом извођења доказа, на тај начин што ће позивати сведоке и вештаке по службеној дужности, изводити и друге доказе *ex officio*, те активно учествовати у испитивању окривљеног, сведока и вештака. Некада се, примарно, странкама оставља доказна иницијатива, док суд задржава могућност додатног извођења доказа, с циљем правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања.

⁶ Елизабета Ивичевић Карас, *Начело једнакости оружја као конститутивни елемент права на правични казни поступак из чланка 6. Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 4-5/ 2007, стр. 783.

⁷ Изузетак од овог правила је могућност одржавања главног претреса без присуства окривљеног у сумарном поступку, под одређеним условима (члан 507 став 2 ЗКП).

⁸ Више о томе: Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш, 2012, стр. 136.

2. Утврђивање чињеница у систему тужилачке истраге

Активна улога суда, приликом извођења доказа, од стране заговорника адверзијализације кривичног поступка, сматра се неприхватљивом, стога што доводи у питање непристрасност суда.⁹ На основу овог схватања извршена је реформа кривичног поступка у Србији, којом је уведена готово потпуна контрадикторност главног претреса. Истрага је поверена јавном тужиоцу, те се не може говорити о остварењу начела расправности у тој фази, с обзиром на то да постоји само једна странка, окривљени, док је јавни тужилац руководиоца истраге. Супротно томе, остваривање контрадикторности било је могуће реализовати већ у претходном поступку, у истрази под управом истражног судије. Постоји, међутим, потпуно супротно схватање да су у судској истрази шансе за остваривање контрадикторног поступка значајно умањене у односу на тужилачку (или тужилачко-полицијску) истрагу. Кључна тврдња је да се контрадикторан поступак може остварити само ако се окривљени супротставља другој странци, а не суду. Такође се наводи да истражни судија, који је снабдевен овлашћењима да прикупља инкриминишуће доказе, не може испунити критеријум непристрасности.¹⁰ Аргумент да се контрадикторност остварује у страначки обликованом поступку у потпуности потиरे залагање за тужилачку истрагу, навођењем оваквих аргумената, стога што у тужилачкој истрази нема странака. Онда је нејасно како се окривљени може равноправно супротстављати јавном тужиоцу, који је у том случају и арбитар спора. Суштина концепта тужилачке истраге је у томе да у тој фази поступка није нужна контрадикторност, која се касније, у потпуности, остварује на главном претресу.

Ипак, у тужилачкој истрази неопходно је успоставити основне постулате правичног поступка, нарочито једнакост оружја (*equality of arms*). Европски суд за људска права је у својој пракси јасно истакао да правична равнотежа између странака представља један од елемената правичног поступка, гледано у целини.¹¹ Једнакост оружја значи да свака странка у поступку мора бити у могућности да представи своје аргументе и презентује доказе, на начин који је не ставља у суштински неповољнији положај у односу на другу страну.¹² То се, између осталог, материјализује

⁹ Горан Илић, Миодраг Мајић, „Nature, importance and limits of finding the truth in criminal proceedings“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, бр. 3/2013, стр. 90.

¹⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, стр. 69.

¹¹ *Delcourt v. Belgium*, Application no. 2689/65, §28

¹² *Kress v. France* Application no. 39594/98, §78

кроз право одбране да испитује сведоке оптужбе, као и сведоке одбране, под истим условима (члан 6 став 3д Европске конвенције). Суштина права окривљеног да испитује сведока оптужбе је у могућности да оспори његов исказ, односно да дискредитује тврдње сведока. Претпоставка за реализацију овог права одбране је у присуству окривљеног и браниоца испитивању сведока оптужбе. Окривљени и бранилац морају имати могућност да присуствују испитивању сведока оптужбе, као и да постављају питања, у току првог испитивања, у истрази, или касније, на главном претресу. Једнакост оружја такође подразумева да странке у поступку морају имати на располагању истоветну могућност предлагања свих доказа, као и да буду упознате са свим доказима супротне стране. Од остваривања свих наведених гаранција, које омогућавају једнакост оружја и контрадикторност странака у кривичном поступку, зависи делотворност права на одбрану окривљеног.¹³

У члану 300 став 1 Законика о кривичном поступку прописано је да јавни тужилац позива осумњиченог и браниоца да присуствују испитивању сведока и вештака у истрази. Осумњичени и његов бранилац, такође, могу присуствовати увиђају (члан 300 став 3 ЗКП). Ова одредба није најјасније стипулисана, јер термин „могу“ није примерен императивној правној норми. Довођењем у везу са ставом 1 члана 300 може се ипак извући закључак да је законодавац желео да обавезе јавног тужиоца да упути позив осумњиченом и браниоцу и за присуство овој доказној радњи. Стога, одредбу из става 3 члана 300 треба тумачити као могућност извођења увиђаја у истрази, у одсуству уредно позваног осумњиченог и браниоца. Од успостављеног правила да осумњичени и бранилац присуствују извођењу доказних радњи у истрази постоје извесна одступања. Најпре, постоји могућност да изостане осумњичени, који се налази у притвору, ако се доказна радња изводи ван седишта суда. О целисходности присуства осумњиченог, у овом случају, одлучује јавни тужилац (члан 300 став 4 ЗКП). Будући да се позив упућује браниоцу, остаје могућност да он присуствује увиђају.

Други изузетак од присуствовања извођењу доказних радњи у истрази покрива заправо две ситуације. Јавни тужилац може приступити испитивању сведока и вештака без присуства окривљеног и браниоца, ако нису уредно позвани?! Потребно је одобрење судије за претходни поступак. Иста могућност дата је јавном тужиоцу ако се истрага води

¹³ Елизабета Ивичевић Карас, „Доказна снага резултата истраге према приједлогу новеле Закона о казненом поступку“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, број 2/2013, стр. 694.

против непознатог учиниоца (члан 300 став 6 ЗКП). Имајући у виду да доказне радње из истраге¹⁴ могу бити коришћене као основа судске одлуке, ова одредба добија на значају. Конвалидација неуредног позива, услед кога осумњичени и бранилац не могу присуствовати извођењу доказних радњи, претходним одобрењем судије за претходни поступак не отклања непостојање једнакости оружја, у овом случају. Реч је о апсолутном ускраћивању права да окривљени испитује сведоке. Осим тога, у овом случају сведок или вештак бива испитан *in camera*, од стране јавног тужиоца, а не пред судом. Са друге стране, не разматрајући на овом месту проблематику вођења истраге против непознатог учиниоца, са аспекта поштовања права на одбрану, поставља се такође питање оправданости испитивања сведока и вештака, имајући у виду да у овој ситуацији није предвиђена обавезна одбрана окривљеног.

Трећи изузетак од присуства осумњиченог и браниоца испитивању сведока предвиђен је за посебне поступке, у којима поступа јавно тужилаштво посебне надлежности.¹⁵ Јавни тужилац посебне надлежности може одлучити да испита сведока без присуства осумњиченог и браниоца, ако оцени да би њихово присуство имало утицаја на исказ сведока (члан 300 став 2 ЗКП). У том случају се пресуда не може заснивати искључиво, или у претежној мери, на исказу тог сведока. Овакво решење није у супротности са праксом Европског суда, будући да одступање од контрадикторности приликом испитивања сведока у предсудећој фази поступка не представља повреду права на правично суђење, конкретно члан 6 став 3д Конвенције, ако пресуда није заснована у одлучујућој мери на том исказу.¹⁶ Према томе, у пракси Европског суда искристалисали су се стандарди допуштених ограничења права на једнакост оружја. Правило је да се сви докази изводе у присуству окривљеног, на јавној расправи, сходно начелу контрадикторности.¹⁷ На тај начин није искључена могућност испитивања сведока, без присуства окривљеног, у претходном поступку, ако то не нарушава право на одбрану. Окривљени мора имати адекватну могућност да испита сведока, у претходном поступку,

¹⁴ Према члану 287 ЗКП, доказне радње, предузете од полиције, у предистражном поступку, о којима без одлагања обавести јавног тужиоца, такође могу бити коришћене у даљем току поступка, односно на њима се може заснивати одлука суда.

¹⁵ Реч је о тужилаштву за ратне злочине, Тужилаштву за организовани криминал и о Посебном одељењу за борбу против високотехнолошког криминала, при Вишем јавном тужилаштву у Београду.

¹⁶ *Kostovski v. Netherland*, Application no. 11454/85 § 44.

¹⁷ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, Application no. 10590/83, § 78.

или касније, у току главног претреса.¹⁸ Уколико окривљени није имао ту могућност, онда се пресуда не сме заснивати у одлучујућој мери, или претежно, на таквом исказу. Контрадикторност, нити једнакост оружја није успостављена ни ако је окривљени имао могућност да испитује полицијске службенике, нити судију за претходни поступак, пред којима је сведок дао исказ.¹⁹

У случају да се испитивање сведока и вештака обавља у присуству осумњиченог и браниоца, обезбеђена је контрадикторност могућношћу да преко јавног тужиоца, или непосредно, постављају питања, ради разјашњења. Осим тога, постоји могућност да предлажу прикупљање доказа (члан 300 став 8 ЗКП). Исто право осумњичени и бранилац имају у случају присуства стручног лица извођењу ових доказних радњи, које пружа помоћ јавном тужиоцу приликом разјашњења појединих техничких и других стручних питања.

У складу са основним постулатима контрадикторности, али и равноправности странака, законодавац је настојао да изједначи право одбране и јавног тужиоца да прикупљају доказе у истрази. Према одредби из члана 301 став 1, осумњичени и његов бранилац могу да прикупљају доказе у корист одбране. Реч је о прикупљању обавештења од презумптивних сведока, улазака у стан и приватне просторије, уз сагласност држаоца стана и прибављања предмета и исправа од физичких и правних лица. Прикупљени „докази и материјали“ не могу бити основа судске одлуке, као што могу бити доказне радње предузете од јавног тужиоца, већ могу бити коришћени за предлагање извођења доказа у истрази или касније, у току суђења. Осумњичени и бранилац могу да предложе извођење доказа јавном тужиоцу, или судији за претходни поступак, у случају неслагања са предлогом одбране (члан 302 ЗКП). На трагу једнакости оружја је правило да јавни тужилац, односно осумњичени и бранилац, имају дужност да омогуће разгледање списа и предмета, који могу служити као доказ. Иако је намера законодавца била да се постигне једнакост оружја, односно могућности прикупљања доказа у истрази, јасна је фактичка неједнакост, у корист јавног тужиоца, који иза себе има апарат државне власти. Осим тога, платежно способнији окривљени имаће веће могућности да воде приватну истрагу, чиме се дискриминишу остали, слабије платежно способни окривљени. Ни корективни механизам предлагања извођења доказа у корист одбране, од-

¹⁸ *Unterpertinger v. Austria*, Application no. 9120/80, § 31.

¹⁹ *Kostovski v. Netherland*, op. cit., § 42.

носно налагање јавном тужиоцу да изведе доказ у корист одбране, неће уједначити положај одбране, јер се у тужилачкој истрази афирмише терет доказивања и заступања оптужбе, па је тешко очекивати непристрасно деловање јавног тужиоца.

У самој бити начела контрадикторности јесте могућност окривљеног да се супротстави оптужној тежи овлашћеног тужиоца. Те гаранције је потребно обезбедити већ од отварања истраге. У истрази, под руководством истражног судије, постојала је могућност да осумњичени изјави жалбу на решење о спровођењу истраге.²⁰ Осим тога, постојала је обавеза да осумњичени буде саслушан пре доношења решења о спровођењу истраге.²¹ Супротно томе, против наредбе о спровођењу истраге, коју доноси јавни тужилац, осумњичени и његов бранилац, као и оштећени, не могу изјавити било какво правно средство, којим би покренули поступак преиспитивања основаности покретања истраге. Потпору за то налазимо у члану 277 став 2, у коме је јасно прописано да наредба постаје извршна одмах по доношењу, осим ако доносилац наредбе није другачије одредио. Осим тога, кривични поступак покренут је доношењем наредбе о спровођењу истраге члан 7 став 1 тачка 1). На тај начин, законодавац је јасно исказао вољу да против ове одлуке, којом се покреће кривични поступак, не предвиди правни лек.²² Ни обавеза да осумњичени буде саслушан пре покретања истраге више не постоји. Најпре, подсећамо да се истрага може водити против непознатог учиниоца. У случају да је идентификован осумњичени, ни тада не мора бити саслушан, пре доношења наредбе о спровођењу истраге. Наредба о спровођењу истраге доноси се пре предузимања прве доказне радње у предистражном поступку, или непосредно након предузимања прве доказне²³ радње (члан 296 став 2 ЗКП). Из тога је јасно да саслушање осумњиченог не мора обавезно претходити отварању истраге. На тај начин, законодавац је у потпуности искључио егзистенцију начела контрадикторности, у тренутку отпочињања кривичног поступка.

У фази судске контроле оптужбе потребно је, такође, обезбедити контрадикторност странака. У важећем процесном закону то је постиг-

²⁰ Члан 243 став 5 Законика о кривичном поступку из 2001. године („Сл. лист СРЈ“, бр. 70/2001 и 68/2002 и „Сл. гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009).

²¹ Члан 243 став 2 Законика о кривичном поступку из 2001. године.

²² Исто: Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, стр. 391.

²³ Из члана 300 ЗКП може се закључити да се доказним радњама сматрају саслушање осумњиченог, испитивање сведока и вештака и увиђај.

нуто могућношћу подношења одговора на оптужницу (члан 336 ЗКП). Након што јавни тужилац достави подигнуту оптужницу ванрасправном већу, председник већа ће доставити окривљеном без одлагања, а ако се налази у привору, најкасније у року од три дана од пријема оптужнице. Окривљени, или бранилац има право да у року од осам дана од пријема оптужнице поднесе одговор, у писаној форми. Побијањем чињеничне и правне основице оптужнице окривљени покушава да спречи извођење на главни претрес.²⁴ Исходавањем да нема места оптужби, те да се поступак обуставља, окривљени и бранилац у потпуности реализују права, која проистичу из начела контрадикторности.

3. Утврђивање чињеница на главном претресу

Главни претрес представља фазу кривичног поступка, у којој, по природи ствари, највише долази до изражаја контрадикторност. С обзиром на правило да се судска одлука може заснивати искључиво на чињеницама, утврђеним на главном претресу, логично је да се доказни поступак одвија у присуству странака, које имају могућност да се изјашњавају о кривичној ствари и наводима супротне стране. У чистом кривичном поступку адверзијалног типа, потпуна реализација начела контрадикторности постиже се пасивном улогом суда у извођењу доказа. Доказе изводе странке, а суд се стара о законитом и несметаном одвијању главног претреса. Синоним за контрадикторност на главном претресу представља позната техника испитивања, која креће од основног, преко унакрсног, све до допунског испитивања сведока²⁵. Начело контрадикторности се, у стадијуму суђења, у српском кривичном поступку, најпре материјализује кроз право окривљеног да се, након читања оптужнице, изјасни о оптужби, на припремном рочишту (члан 349 ЗКП). Након предлагања доказа на припремном рочишту странке ће се изјаснити о предлозима и наводима друге стране (члан 350 став 4), чиме се такође постиже пуна контрадикторност. Могућност да се окривљени изјасни о оптужби постоји и на главном претресу, након читања оптужнице (члан 392 ЗКП). Контрадикторност, својствена адверзијалном поступку, обезбеђена је прописивањем редоследа испитивања сведока, вештака и стручног саветника. Питања најпре поставља странка, која је предложи-

²⁴ Саша Кнежевић, *op. cit.*, стр. 135.

²⁵ Под сведоком се, у англосаксонском поступку, као и у пракси Европског суда за људска права, сматрају и оштећени (жртве), вештаци, као и саокривљени.

ла сведока, а затим унакрсно супротна страна, па онда, уколико то жели, поново странка која га је предложила (члан 402 став 6 ЗКП). Контрадикторност је обезбеђена и у случају да је сведока или вештака предложио суд, предвиђеним редоследом испитивања. У том случају сведока или вештака испитују председник већа, па чланови већа, а након тога тужилац, те окривљени и бранилац (члан 402 став 4 ЗКП). Контрадикторност приликом предузимања вештачења је афирмисана, у већој мери, него у раније важећем процесном закону, могућношћу ангажовања стручног саветника. Реч је о процесном субјекту, који помаже окривљеном приликом одређивања вештачења. То је лице, које располаже стручним знањем из области, у којој је одређено вештачење. Стручног саветника може имати окривљени, као и оштећени, као приватни и супсидијарни тужилац. Иако стручни саветник има право да присуствује вештачењу, да прегледа списе, предлаже вештаку предузимање радњи и стављања примедаба, те на главном претресу право да поставља питања вештаку, на тај начин је остварена контрадикторност, али не и једнакост оружја странака, будући да стручни саветник нема могућност да самостално обави вештачење, под истим условима као вештак.²⁶ Најзад, на главном претресу контрадикторност је реализована прописаним редоследом завршних речи, као и могућношћу реплика на завршне речи странака и оштећеног (члан 412 став 1 и 2 ЗКП).

Важеће начела контрадикторности није доведено у питање могућношћу да окривљени буде удаљен из суднице за време предузимања одређене доказне радње или до завршетка главног претреса (члан 371 ЗКП). Иако окривљени, по повратку у судницу, доиста нема право да испитује сведоке, саокривљене или вештаке, већ само да буде обавештен о току доказног поступка, да прочита записнике о саслушању и да се изјасни о оптужби, право одбране да испитује сведоке оптужбе обезбеђено је постављањем браниоца по службеној дужности. Исти моделитет обезбеђен је у случају да је окривљени проузроковао сопствену неспособност за учешће на главном претресу (члан 383 став 2 ЗКП). У овом случају се, штавише, претрес не може ни окончати без присуства окривљеног.

²⁶ На важност успостављања могућности да се обезбеди једнакост оружја приликом извођења доказа путем налаза и мишљења вештака пажњу је скренуо и Европски суд за људска права. Немогућност суштинског оспоравања налаза и мишљења вештака, који је одлучујуће утицао на одлуку суда, представља повреда права на правично суђење из члана 6. конвенције, у смислу једнакости оружја (*Korošec v. Slovenia*, Application no. 77212/12, § 57–58).

Постоји могућност одступања од контрадикторног поступка изјавом воље окривљеног. У случају склапања споразума о признању кривичног дела, окривљени се одриче права на суђење, што практично значи свих благодети из начела расправности које му припадају. У том случају одступање од контрадикторности је допуштено, с обзиром на став окривљеног према свом делу и одговорности. Нема говора о повреди правичности поступка, јер се окривљени својеволјно одрекао права на суђење, а свест о последицама закључења споразума утврђује суд, пре доношења одлуке о (не)прихватању споразума (члан 317 став 1 тачка 3 ЗКП).

Начело контрадикторности своју примену налази и у поступку по правним лековима. Изјављена жалба доставља се супротној страни, којој је остављен рок од осам дана да подношење одговора. Затим се жалба и одговор на жалбу достављају другостепеном суду (члан 444 ЗКП). Могућност странака да присуствују седници већа, на којој се одлучује о жалби, као и да предлажу читање списка и да дају објашњења за наводе у жалби и одговору, свакако кореспондирају са основним постулатима контрадикторности. Најзад, на главном претресу пред другостепеним судом жалилац излаже жалбу, а противна странка му одговара. Странке, такође, износе чињенице и предлажу доказе, а постоји могућност контрадикторног испитивања сведока или вештака, сходно правилима о току главног претреса пред првостепеним судом. На тај начин је обезбеђена контрадикторност у другостепеном поступку, пред судом правног лека.

Из самог концепта Законика о кривичном поступку из 2011. године јасно је уочљива замисао законодавца да изгради кривични поступак адверзијалног типа. Стога не чуди опредељење да се на главном претресу у потпуности афирмише контрадикторност. Доказна иницијатива готово у потпуности је препуштена странкама, са изузетном могућношћу да суд интервенише у поступку извођења доказа (члан 15 став 4 ЗКП). Према томе, странке у највећој мери сnose одговорност за потпуно утврђено чињенично стање, док можемо прихватити да за правилност утврђеног чињеничног стања и даље одговара суд. У том случају је нелогично допустити странкама право на жалбу услед непотпуно утврђеног чињеничног стања, ако је иницијатива за извођење доказа у њиховим рукама. Осим тога, у правом адверзијалном поступку чињенице утврђује права порота, састављена од лаика, док је на суду да се стара о законитости одвијања претреса. Супротно томе, у српском кривичном поступку чињенице утврђује суд, а не порота, што значи да суд одговара за пра-

вилност и законитост одлуке. Питање је да ли у таквом моделу поступка може егзистирати пуна контрадикторност, са потпуно пасивном улогом суда, у доказном поступку.

4. Начело непосредности као гаранција исправности утврђених чињеница

Осим начела контрадикторности, начело непосредности такође служи као гаранција исправности утврђивања чињеница, односно у сврху друштвене контроле правосуђа. Непосредност значи да суд све доказе сазнаје оригинално, непосредним чулним опажањем из извора чињеница. Ово начело се управо односи на начин извођења доказа, а значајно утиче на оцену доказа. Основно правило које произлази из овог начела је да се судска одлука заснива на чињеницама, утврђеним на главном претресу, од стране расправног суда. Другим речима, између расправног суда и извора сазнања не сме бити посредника.²⁷ Из претходног деривира и правило да се докази изводе пред оним саставом већа, које доноси одлуку у кривичном поступку. С тим циљем се предвиђа одређивање допунских судија, који прате ток главног претреса и заузимају место члана већа, у случају потребе. Суд сазнаје чињенице из оригиналних доказа. То, у начелу, значи да је недопуштено да расправни суд сазнаје чињенице из записника о радњама изведеним од стране неког другог субјекта поступка (руководиоца истраге). У том случају реч је о формалној непосредности. Изворни докази се, по правилу, не могу заменити деривативним доказима. Примера ради, није могуће да суд саслуша друго лице о чињеницама које је опазио очевидца (тзв. забрана *hearsay*-а, која постоји у англосаксонском праву). Овде је реч о материјалној непосредности. Непосредно сазнавање чињеница има неупоредиве бенефите по формирање правилне чињеничне основице судске одлуке. Када су у питању лични извори сазнања, суд током давања исказа окривљеног, сведока или вештака може пратити психичка збивања ових процесних субјеката, што има значајан утицај не само на логичку, већ и психолошку оцену доказа. Суд, такође, из исправа које се читају непосредно сазнаје садржину и чињенице, важне за доношење одлуке о кривичној ствари. За реализацију начела непосредности, као и за контрадикторност, неопходно је присуство странака, али и других учесника (сведока, вештака)

²⁷ Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, стр. 104.

на главном претресу. Осим тога, потребно је да се главни претрес, од почетка до окончања, одвија пред истим персоналним саставом судећег већа. Континуитет главног претреса и концентрација процесних радњи такође су од битног значаја за реализацију овог начела.²⁸

Начело непосредности појавило се са изградњом савременог кривичног поступка, као реакција на инквизициони поступак, где није постојало. Адверзијални кривични поступак се, такође, одликује овим начелом. Иако није *explicite* прокламовано у члану 6 Европске конвенције, Европски суд за људска права у својој јудикатури истиче важност начела непосредности за правичност поступка.²⁹

Начело непосредности најпре произлази из уставне прокламације да окривљени, који је доступак органима вођења кривичног поступка, има право да му се суди у присуству (члан 33 став 3 УС). Непосредности неспорно доприноси и право окривљеног да се у његовом присуству испитују сведоци оптужбе и одбране (члан 33 став 4 ЗКП). Законски израз начела непосредности налази се у члану 419 став 1 ЗКП. Суд пресуду може заснивати само на доказима, који су изведени на главном претресу. Из ове законске одредбе произлази да ће сведоци или вештаци, који су саслушани у претходним фазама поступка, поново бити непосредно саслушавани на главном претресу. С обзиром на то да главни претрес може трајати извесно дуже време, председник већа може упутити захтев председнику суда да одреди једног или двојицу судија или поротника, који ће пратити ток суђења и заузети место члана већа, у случају потребе (члан 359 ЗКП). На трагу пуне реализације начела контрадикторности је и правило да се окривљеном може судити искључиво у присуству, осим у законом предвиђеним случајевима (члан 13 став 1 ЗКП).

Супротно начелу непосредности јесте сазнавање чињеница посредним путем. Од важења начела непосредности законом су допуштени изузеци. Најпре је предвиђено да се на главном претресу врши увид у записник о увиђају, који је обављен ван главног претреса, као и о претресању стана и других просторија и лица (члан 405 став 1 ЗКП). У том случају се, према томе, судеће веће са чињеницама, садржаним у записницима, упознаје посредним путем. У потврду о привремено одузетим предметима, као и у исправе које служе као доказ, такође се врши увид, али је најчешће реч о оригиналима, па је реч о непосредном

²⁸ Саша Кнежевић, *op. cit.*, стр. 185.

²⁹ Примера ради: *Mellich and Beck v. Czech Republic*, Application no. 35450/04, *Ensslin, Baader and Raspe v. Germany*, Application no. 7572/76, *Graviano v. Italy*, Application no. 10075/02.

сазнавању чињеница. У наредном, члану 406 ЗКП, предвиђена су бројна одступања од начела непосредности, када је реч о извођењу доказа из личних извора доказа. Законом су предвиђене могућности читања записника о исказу сведока, саоптужених и осуђених саучесника и записника о налазу и мишљењу вештака. Таква могућност најпре постоји ако су испитана лица умрла, душевно оболела, или се не могу пронаћи, или ако је њихов долазак на главни претрес значајно отежан због болести, старости или из других разлога. Одступање од непосредности из ових разлога сматра се оправданим у пракси Европског суда за људска права.³⁰ Друга могућност упознавања са садржином исказа сведока или са налазом и мишљењем вештака постоји ако се странке сагласе, без обзира на то да ли је сведок или вештак био позван. Могућност читања записника о исказу сведока постоји ако је услед немогућности доласка био испитан ван главног претреса, или ако је испитан пред истим председником већа. Наредна могућност постоји ако сведок или вештак, који су уредно позвани и приступили главном претресу, не желе да дају исказ, иако за ускраћивање исказа не постоји законски основ. Најзад, одступање од непосредности могуће је у случају исказа саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, или је окончан правноснажном осуђујућом пресудом. С обзиром на то да је истрага поверена јавном тужиоцу, превелики број могућности одступања од непосредности у кривичном поступку, које су постојале и раније, када је истрагом руководио истражни судија, умногосте одступају од саме концепције Законика о кривичном поступку. У адверзијалном моделу поступка, одступања од непосредности су ретки изузетци од правила да се сви докази изводе на главном претресу, непосредним путем.³¹ Утицај наведених изузетака од непосредног сазнавања чињеница добија на значају ако се узме у обзир могућност поверавања извођења доказних радњи у истрази, па чак и пре отпочињања истраге, полицији. Узевши у обзир наведене могућности одступања од начела контрадикторности у истрази (члан 300 ЗКП), оправдано се јавља дилема,³² да ли је предвиђањем значајних изузетака од непосредности доведено у питање право окривљеног да захтева да се под истим условима испитају сведоци одбране, као и да ли се може говорити о једнакости оружја.

³⁰ Елизабета Ивичевић Карас, *Доказна снага...* op. cit., стр. 696.

³¹ Више о томе: Милан Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen*, број 2/2013, стр. 186.

³² Југослав Тинтор, Нови ЗКП – основни проблеми одбране, стр. 13, текст доступан на: <https://blog.aks.org.rs/wp-content/uploads/2015/11/osnovni-problemi-odbrane.pdf>, приступ: 28.06.2016. године.

5. Реализација начела непосредности

За реализацију начела непосредности, али и за правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку, од великог је значаја обезбедити континуитет у извођењу процесних радњи. Дисконтинуитет настаје услед краткотрајних застоја у току главног претреса који може бити последица прекида или одлагања. Прекид главног претреса је краткотрајни застој у извођењу процесних радњи, до кога долази услед истека радног времена, или потребе да се обезбеди присуство учесника у поступку, у кратком року прибаве докази итд.³³ Одлагање главног претреса је дужи застој у извођењу процесних радњи узрокован потребом прибављања нових доказа, недоласка позваних субјеката на главни претрес, немогућношћу ангажовања браниоца у случају обавезне одбране, као и неурачунљивошћу окривљеног након извршења кривичног дела. Уколико је дисконтинуитет у току главног претреса трајао дужи временски период, потребно је предвидети могућност поновног отпочињања, како би се обезбедило да утисак и закључци о кривичном догађају који се формирају у свести чланова судећег већа буду свежи, у тренутку доношења одлуке. Исто тако, потребно је прописати да главни претрес почне изнова, ако је дошло до промене члана већа, осим у случају да је реч о допунском судији, који је пратио ток главног претреса.

Према слову важећег процесног закона, прекид главног претреса може трајати најдуже до 15 дана. Прекинути главни претрес се наставља, осим ако се дошло до измене члана судећег већа, или ако је прекид трајао дуже од 15 дана (члан 386 став 6 ЗКП). У том случају се поступа по правилима за одложени главни претрес. Законодавац уводи правило да главни претрес мора почети изнова, у случају измене персоналног састава већа. Од тог правила, међутим, допушта изузетак, у случају да се након изјашњења странка и одлуке већа може приступити читању записника раније датом исказу сведока и вештака. Странке, дакле, не могу спречити доношење одлуке, којом се одступа од непосредности. Законодавац, затим, уводи правило да главни претрес мора почети изнова, ако је дошло до промене председника већа, те да се сви докази имају поново извести (члан 388 став 3 ЗКП). Већ у следећем ставу дата је могућност одступања и од овог правила. Наиме, након изјашњења странака, веће може донети одлуку да се сведоци и вештаци не испитују поново. Овај пут законодавац наводи разлоге који би могли утицати на

³³ Саша Кнежевић, *op. cit.*, стр. 196.

такву одлуку. Од непосредности се може одступити због заштите сведока, протек времена (!) или других важних разлога. Поступањем по законског овлашћењу, с циљем обезбеђивања процесне економије, долази се у ситуацију да се о одлучним чињеницама за доношење одлуке о казненом захтеву тужиоца, председник већа упознаје на основу списка, што може одлучујуће утицати на евентуалну погрешну оцену доказа. Заштита сведока не може бити оправдање за одступање од непосредности, имајући у виду за је процесним законом предвиђен адекватан механизам процесне заштите. Још је мање јасно допуштено одступање услед протек времена. Да ли је законодавац имао у виду да ће исказ након протек времена бити квалитативно слабији? Онда би то био *ratio* да се докази испитивањем сведока уопште ни не изводе на главном претресу, већ да се за доношење одлуке узму као релевантни искази из истраге, или предистражног поступка. Протек времена би требало управо да буде кључни разлог да се испитивање сведока и вештака понови пред измењеним судећим већем, како би се са чињеницама упознали на непосредан начин.

6. Суђење у одсуству окривљеног и формирање чињеничне основице пресуде

Значајно одступање од начела непосредности представља могућност суђења у одсуству окривљеног. Присуство странака на главном претресу предуслов је за остваривање правичног суђења, а на страни окривљеног за реализацију права на одбрану. У случају одсуства окривљеног остаје могућност реализације функције одбране преко браниоца, али суд остаје ускраћен за виђење критичног догађаја окривљеног, а такође је онемогућена криминолошка експертиза личности окривљеног, значајна код одмеравања врсте и мере кривичне санкције.³⁴ Одбијање окривљеног да присуствује главном претресу доводи до примене мера за обезбеђење присуства, ако је реч о недошавшем окривљеном. У случају када окривљени није доступан органима вођења поступка (одбегли окривљени), постоји потреба да се кривични поступак одвија у његовом одсуству, услед опасности од наступања застарелости, као и у случају тешких кривичних дела, попут ратних злочина или организованог криминалитета.

³⁴ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Бихаћ, 2013, стр. 271.

У кривичном поступку адверзијалног типа могућност суђења у одсуству окривљеног готово и да не постоји.³⁵ Из јуриспруденције Европског суда за људска права произлази да је суђење у одсуству окривљеног могуће у случају јасног и недвосмисленог одрицања од права да присуствује суђењу. У том случају је потребно обезбедити минимум заштитних механизма за реализацију права на одбрану. То подразумева присуство браниоца на главном претресу, преко кога се штите интереси окривљеног. Право на правично суђење биће обезбеђено ако су органи вођења поступка учинили све што је могуће да окривљени буде обавештен о вођењу поступка против њега.³⁶ Такође је неопходно обезбедити могућност понављања поступка, у случају доступности окривљеног, након доношења одлуке.³⁷

Процесни закон Србије допушта могућност суђења у одсуству окривљеног. Према члану 381 ЗКП, суђење у одсуству окривљеног је могуће ако постоје нарочито оправдани разлози, под условом да се налази у бекству, или да је недоступан органима вођења поступка. Предлог за суђење даје тужилац, а одлуку доноси судеће веће. У случају суђења у одсуству, окривљени мора имати браниоца. Могућност суђења у одсуству постоји како у редовном, тако и у скраћеном кривичном поступку. При томе је потребно правити разлику између суђења недошавшем окривљеном од суђења одбеглом окривљеном. Законом је предвиђена могућност одржавања главног претреса, у случају изостанка уредно позваног окривљеног (члан 507 став 2 ЗКП). Потребно је да се суди за кривично дело, за које је предвиђена као главна казна новчана казна, или казна затвора до три године, затим да је окривљени уредно позван, а да присуство окривљеног није нужно и да је претходно саслушан. Са друге стране, за суђење у одсуству окривљеног примењује се одредба из члана 381 ЗКП, с обзиром на то да је у члану 495 предвиђена примена одредаба Законика о кривичном поступку, ако у делу који се односи на сумарни поступак није нешто друго прописано. Према томе, реч је о две различите ситуације, које су изазивале дилеме у судској пракси, али које су отклоњене одлуком највише судске инстанце.³⁸ Окривљеном се може судити у одсуству и у скраћеном поступку, ако постоје важни разлози за то, при чему претња наступања застарелости свакако представља оправдан

³⁵ Више о упоредноправној регулативи видети: Саша Кнежевић, *Суђење у одсуству окривљеног*, Зборник Правног факултета у Нишу, бр. 66, стр. 89–104.

³⁶ *Colozza v. Italy*, Application no. 9024/80, § 28.

³⁷ *Krombach v. France*, Application no. 29731/96, §85.

³⁸ Пресуда Врховног касационог суда КЗЗ 12/10, од 14.04.2010. године.

разлог. Насупрот томе, у поступку према малолетницима није могуће суђење у одсуству (члан 48 став 1 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица³⁹). На тај начин је, у овој форми поступка, потпуније афирмисано начело непосредности, у погледу присуства странака суђењу.

Закључак

У кривичном поступку адверзијалног типа, какав је несумњиво кривични поступак у Србији, од доношења Законика о кривичном поступку из 2011. године, начело контрадикторности је иманентна одлика, од којег изузетке треба рестриктивно предвидети. Законодавац је омогућио реализацију овог начела, на главном претресу. Ипак, у истрази која је поверена јавном тужиоцу не може бити речи о контрадикторности, пре свега, услед изостанка страначког карактера ове фазе поступка. Једнакост оружја представља важан чинилац, који омогућава пуну контрадикторност поступка. Чини се да је, предвиђеним концептом истраге, управо једнакост оружја доведена у питање, на штету окривљеног. Наведеним одредбама доведена је у питање једнака могућност утицаја на исход истраге. Кривични поступак англоамеричког типа, као једну своју важну одлику носи са собом непосредно извођење доказа и упознавање судећег већа са чињеницама на главном претресу. Од овог начела изузеци су ретки и рестриктивно се тумаче. Насупрот томе, у нашем процесном закону срећемо превелики број изузетака од примене непосредности, који су преузети из раније важећег процесног закона, који се имао једну важну тачку разграничења, судску истрагу. Отварањем широких могућности да се чињенична основица судске одлуке формира на основу доказних радњи из истраге, па чак и из предистражног поступка, доведено је у питање правилно доношење закључака чланова судећег већа о кривичној ствари. Давањем преимућства процесној економији над континуираним током главног претреса такође се не доприноси правилности кривичне пресуде. Најзад, широко постављена могућност суђења у одсуству окривљеног није иманентна кривичном поступку адверзијалног типа, какав је законодавац желео да изгради. Сви наведени аргументи могу довести до непожељног исхода, у случају тестирања националног кривичног поступка пред Европским судом, из визуре права на правично суђење.

³⁹ „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005.

Saša Knežević, LL.D,
Full Professor, Faculty of Law,
University of Nis

Ivan Ilić, Assistant, Faculty of Law,
University of Nis

GUARENTEES FOR THE PROPER ESTABLISHMENT OF FACTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Realization of the rule of law and citizens' confidence in the judiciary are in direct correlation with the adoption of proper and lawful decisions in criminal proceedings. To make such decisions is crucial determining proper and complete factual basis, to which the law applies. A prerequisite for such an outcome is an appropriate procedural environment, in which the parties have an equal chance to influence the outcome of the proceedings. Dispute settlement on criminal inquiry involves contradictory discussion of the criminal matter. The Trial Chamber should become familiar with the decisive facts directly at the trial. Hence, the great importance of the adversarial principle and the principle of immediacy for the correct decision in the criminal proceedings, and for the right to a fair trial. The authors of the paper dealing with the analysis of the current legislative framework for the realization of the postulates of the adversarial principle, and immediacy. The degree of compliance with the achieved standards of the European Court of Human Rights practice was considered, which provides the so-called. equality of arms, as an important element of due process.

Key words: *adversarial principle, immediacy, the principle of equality of arms, the right to a fair trial*

ОТВАРАЊЕ И ПРЕГЛЕД ПРИВРЕМЕНО ОДУЗЕТИХ ПРЕДМЕТА И ДОКУМЕНТАЦИЈЕ

Доц. др Вељко Икановић*

Апстракт: Отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације врши се у ситуацији када су они стављени у омот и запечаћени јер нису могли бити пописани приликом одузимања. Ово је потпуно јасна законска одредба која се у пракси примјењује деценијама јер је скоро идентична постојала и у нашем ранијем процесном законодавству. Међутим, већ дужи времена у пракси се поставља питање да ли је отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације потребно извршити увијек, без обзира на то да ли су они приликом одузимања пописани. Све је то додатно закомпликовано и супротстављеним схватањима Врховног суда Републике Српске, Врховног суда ФБиХ и Уставног суда Босне и Херцеговине. Створена је ситуација правне несигурности коју је потребно на одговарајући начин превазићи јер изазива озбиљне проблеме у примјени наведене норме на конкретан случај. Овом проблематиком бави се аутор рада, указујући на прави смисао законске норме, грешке у њеном тумачењу и начин превазилажења настале ситуације.

Кључне ријечи: омот, печачење, предмети, документација, отварање.

* Судија Врховног суда Републике Српске и ванредни професор Факултета правних наука Апеирон Бања Лука.

Увод

У пракси се, такорећи масовно, поставља питање да ли је увијек потребно извршити отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације, без обзира на то да ли су они приликом одузимања пописани. То се као својеврсна мантра стално понавља у жалбама појединих бранилаца без обзира на то што је Врховни суд Републике Српске у својим одлукама више пута заузео правно становиште. С обзиром на такво стање, ово се испољава као својеврстан притисак на судове да се прихвати теза лишена правне логике, посебно у предметима за кривична дјела неовлашћене производње и промета опојних дрога. Тиме је створена једна лоша клима страха код тужилаца и судија првостепених судова да сви докази морају бити „отворени“, јер ће у супротном бити незаконити. То је донекле схватљиво јер и поред јасне судске праксе највишег суда у Републици, Уставни суд БиХ је својим одлукама подржавао ту тезу и укидао одлуке редовних судова који то нису прихватили.¹

Ствар је дошла дотле да се, рецимо, врши „отварање“ пушке, ножа, дрвене летве, мобилног телефона, који нису били у посебном запечаћеном омоту, већ су приликом њиховог одузимања пописани, обиљежени и фотографисани. Посебан проблем је отварање одузетих, уредно означених и пописаних, пакета са дрогом које су спаковали починиоци кривичних дјела, а не овлашћена лица приликом одузимања у смислу одговарајућег закона. Ово је последица погрешног тумачења јасне законске одредбе којом се уређује поступак са предметима чији попис приликом одузимања није био могућ. Збрка је заправо изазвана на релацији разликовања појмова пописа привремено одузетих предмета и документације и стављања у омот и печатења оних чији попис није могућ и њиховог каснијег отварања и појма њиховог отварања и прегледа.

У ствари, ако се жели доћи до правог смисла ове законске норме, морају се примијенити одговарајућа правила тумачења закона. Одређивање правог значења или смисла правне норме издваја се као посебна дисциплина и захтијева одређено знање, вјештину и обдареност. Најтеже питање тумачења права јесте којом и коликом слободом треба судија да располаже приликом тумачења закона и његовог саображавања датом чињеничном стању, а да се она не извргне у произвољност и

¹ Види Одлуку Уставног суда БиХ број АР 291/08 од 19. новембра 2011. године.

самовољу. Овдје се из необјашњивих разлога очигледно прибјегава превише слободном тумачењу правне норме, због чега је ради утврђивања њеног правога смисла нужно досљедно примијенити језичко, циљно и систематско тумачење. Сматрамо да је ова норма кристално јасна и да не захтијева посебно тумачење јер се у вишедеценијској примјени скоро идентичне норме никада није поставило питање њеног правога значења и домањаја.

Међутим, ситуација која је створена непотребним тумачењем на начин како је то учињено довела је до проблема који се вишеструко рефлектују у пракси. Прво, од јасне законске норме без било какве потребе и научно засноване подлоге прави се једна нејасна норма и ствара конфузна правна ситуација. Друго, непотребно се ангажују и троше људски и материјални ресурси што све усложњава, успорава и поскупљује кривични поступак у фази истраге која је најосјетљивија. Треће, угрожава се сам циљ истраге јер се код поступања у примјени једне радње доказивања незаконито и непотребно уводи контрадикторност, јавност и непосредност и тако одступа и од основних начела на којима је истрага заснована. С обзиром на створену ситуацију, очигледно је неопходно анализирати садржину законске норме, одредити њен прави смисао примјеном тумачења права, доводећи је у везу са ранијим законским рјешењем и рјешењима у упоредном праву. Све то требало би да допринесе превазилажењу непотребно створене нејасне ситуације и произведене правне несигурности.

1. Привремено одузимање предмета и документације

Законом о кривичном поступку Републике Српске² (ЗКП РС), поред осталог, прописане су у XIII поглављу и радње доказивања. Ове радње су се у ранијем процесном законодавству правилније називале истражне радње зато што се њима, претежно у истрази, прикупљају и обезбјеђују докази.³ Једна од тих радњи је и привремено одузимање предмета и имовине, која је детаљно уређена у тачки 2 наведеног поглавља (члан 129–139 ЗКП РС). Законодавац је одредио шта се и када привремено одузима, како тече поступак, чување одузетих предмета, њихово враћање и како се штите права лица од којих се врши одузимање.

² Закон о кривичном поступку Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске“, број 53/12.

³ Види: Глава XVIII Закона о кривичном поступку из 1976. године, са измјенама и допунама.

Према одредби члана 129 став 1 ЗКП РС, предмети који по Кривичном закону треба да се одузму или који могу послужити као доказ у кривичном поступку привремено ће се одузети и на основу судске одлуке ће се обезбиједити њихово чување. Закон разликује двије врсте предмета који се привремено могу одузети: а) предмети који се према одредбама Кривичног закона могу одузети у оквиру мјере безбједности одузимања предмета (члан 62 Кривичног закона Републике Српске⁴), и б) предмети који могу послужити као доказ у кривичном поступку.

У првом случају циљ привременог одузимања предмета је да се обезбиједи евентуално касније извршење мјере безбједности одузимања предмета из члана 62 КЗ РС до одлуке првостепеног суда у пресуди, односно до доношења рјешења по члану 139 ЗКП РС ако нема разлога за одузимање по члану 385 ЗКП РС. То је детаљније разрађено и одредбом члана 138 ЗКП РС о привременом одузимању ради обезбјеђења.

Предмети који по Кривичном закону „треба да се одузму“ су они који се по КЗ обавезно одузимају али и они чије је одузимање факултативно, дакле чије је одузимање само могуће. То се види из члана 139, према коме ће се привремено одузето вратити власнику, односно држаоцу, када током поступка постане очигледно да њихово задржавање није у складу са чланом 129 овог закона, а не постоје разлози на њихово одузимање из члана 385 овог закона.

Кривични закон Републике Српске (КЗ РС) је у члану 62 став 1 означио предмете који се по овој одредби привремено одузимају. То су предмети који су употријебљени или су били намијењени за извршење кривичног дјела или који су настали извршењем кривичног дјела, ако су својина учиниоца. Према ставу 2 тог члана ови предмети се могу одузети и кад нису својина учиниоца ако то захтијевају интереси опште безбједности или разлози морала, али тиме се не дира у права трећих лица. У ставу 3 истог члана прописано је да се законом може одредити обавезно одузимање предмета. Тако је, на примјер, прописано код кривичног дјела неовлашћене производње и промета опојних дрога из члана 224 у ставу 5 обавезно одузимање дроге и средстава за њихово справљање или код кривичног дјела недозвољене трговине из члана 281 у ставу 5 одузимање робе и предмета недозвољене трговине. Фактичко је питање који предмети могу послужити у кривичном поступку и то ће, прије свега, зависити од процјене лица које води истрагу и прикупља доказе.

⁴ Кривични закон Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске“, број 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13.

У другом случају ради се о предметима који служе као доказ у кривичном поступку, који имају посебан режим (ако се истовремено не ради и о предметима који се одузимају по одредбама КЗ).

Одузимање предмета по овом члану могуће је од било ког лица које држи предмете, не само од оптуженог, по поступку који је исти.

Привремено одузимање предмета врши овлашћено службено лице на основу наредбе коју је издао судија (члан 129 став 2 и 4 ЗКП РС). За овај рад посебно је значајна одредба која прописује да ће се при одузимању предмета назначити гдје су они пронађени и да ће се ти предмети описати, а по потреби и на други начин обезбиједити утврђивање њихове истовјетности (члан 129 став 8 ЗКП РС). За одузете предмете издаће се потврда, као доказ да су одузети од одређеног лица.

Опис треба да послужи, ако се касније појави потреба идентификације, и за спречавање случајне замјене предмета или злонамјерне замјене предмета, веће вриједности са предметом мање вриједности у намјери прибављања користи. Опис треба да је такав да може послужити као доказ, ако лице од кога је предмет одузет тражи накнаду штете у случају његовог оштећења или губитка.⁵

Слиједећи садржину текста видимо да је крајњи циљ назначивања гдје су предмети пронађени и њиховог описивања, обезбјеђивање њихове истовјетности. Средства за остваривање тог циља законодавац не ограничава само на пописивање и назначивање гдје су предмети пронађени, већ дозвољава да се то чини и на други начин. Који је ту други начин зависиће од конкретне ситуације и процјене овлашћеног лица које предузима процесну радњу. У пракси се то најчешће чини означавањем предмета бројевима (који се по правилу на њих причвршћују), а затим фотографисањем и сачињавањем скице лица мјеста која у одговарајућој размјери приказује мјесто њиховог проналазка (ако је природа предмета и одузимања таква да то омогућава и захтијева). Дакле, потребно је обезбиједити да је привремено одузети предмет исти онај који се касније користи као доказ у кривичном поступку или трајно одузима пресудом. Тако се обезбјеђује изворност и вјеродостојност материјалног доказа, отклањају сумње у његову аутентичност и спречавају могуће злоупотребе у току кривичног поступка.

⁵ Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Друго издање, Београд, 1982, стр. 365–367.

2. Попис привремено одузетих предмета и документације

Попис привремено одузетих предмета и документације представља сљедећи корак након њиховог привременог одузимања. У ствари, он је саставни дио радње одузимања, једна његова фаза којом се документује оно што је одузето. Управо ова радња представља полазиште за проучавање али и за разумијевање и правилно схватање проблематике којом се бавимо у овом раду. Ово се посебно односи на дио који говори о непописаним предметима који се стављају у посебан омот. О привременом одузимању сачињава се записник у који се пописују сви одузети предмети и документација и о томе се издаје потврда лицу од кога се они одузимају (члан 132 став 1 ЗКП РС).

Иако је то правило, дешава се да попис предмета и документације није могуће увијек извршити приликом њиховог привременог одузимања. То ће бити у случају када се ради о предметима чија природа не омогућава њихово описивање и пописивање на лицу мјеста (велики број ситних предмета и докумената због чега је њихово описивање сложено, а пописивање споро), када услови гдје се врши одузимање нису подобни (недостатак освјетљења, штетне имисије и слично) непредвиђене временске прилике (киша, олуја, опасност за учесника поступка) и слично. Већ смо видјели да се мора обезбиједити утврђивање истовјетности привремено одузетих предмета, а што без њиховог пописа може бити озбиљно угрожено. Законодавац ову ситуацију разрјешава тако што прописује да ће се у случају немогућности пописа такви предмети и документација ставити у омот и запечатити (члан 132 став 2 ЗКП РС). Овакву одредбу, с том разликом што се односила само на списе, а не и на предмете, садржавао је ранији Закон о кривичном поступку из 1976. године (члан 213.). Остаје нејасно зашто законодавац овдје поред списка уноси и предмете, осим ако не мисли на ситне предмете који се по својој природи могу затворити у омот као и списи. Уосталом, и документи су предмети, само јасније и уже одређени, па се то показује више као таутологија која је можда и допринијела да се јаве другачија размишљања која овдје подвргавамо критици.

Језички тумачећи домашај ове норме значи да се непописани предмети и документација стављањем у омот и његовим печатањем затварају и до даљњег чине недоступним неовлашћеним лицима. Сам омот представља затворен простор, а печат гаранцију да се предметима не може приступити без посебног овлашћења. Сматрамо да ова норма има

смисао, одређена је и јасна, због чега и не захтијева посебно детаљно језичко тумачење. Схватање да су ови предмети затворени условљава наредни корак који се састоји у отварању омота и идентификацији, попису и описивању предмета који се у њему налазе затворени, на који начин они постају доступни као докази.

3. Отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације

Централно мјесто нашег рада јесте посебна одредба члана 135 закона којом се уређује отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације. Овдје је законодавац, за разлику од закона из 1976. године али и сличних законских рјешења у земљама бивше СФРЈ, у посебан члан издвојио радњу отварања и прегледа привремено одузетих предмета. По нашем схватању, ради се о отварању запечаћеног омота са предметима и документацијом из члана 132 став 2 ЗКП РС, који нису могли бити пописани. Ово представља логичан слијед радњи јер се отвара нешто што је затворено (омот), а потом прегледа његова садржина (предмети и документација). Отварање врши тужилац, о чему је дужан обавијестити лице или предузеће од којег су предмети одузети, судију за претходни поступак и браниоца. При отварању и прегледу одузетих предмета и документације мора се бринути да њихов садржај не сазнају неовлашћена лица (члан 135 тачка 2 и 3).

Управо ово раздвајање исте материје у два одвојена члана допринијело је томе да се јаве схватања како су отварање и преглед нешто што се односи на све одузете предмете и документацију, а не само на оне који су затворени у посебан омот и који нису могли бити пописани. Тако се на посебном рочишту почело вршити „отварање“ и преглед предмета и документације који нису ни били затворени, који су уредно пописани, одузети и о чему је издата потврда. Овдје се не даје одговор на питање како је могуће да се „отвара“ нешто што није затворено, све се своди на то да се мора омогућити преглед оног што је одузето ради контроле рада овлашћених лица. Занемарује се јасна законска одредба која је уредила двије различите ситуације, ситуацију када је попис уредно проведен и ситуацију када попис није могуће извршити. Ове ситуације раздвојене су у два става истог 132 члана закона: а) пописивања и издавања потврде (став 1) и б) стављања у запечаћени омот ако попис није могућ (став 2).

Тако се дешавају апсурдне ситуације да се „отвара“ једна пушка, сјекира, наковањ и слично, што нити је било стављено у омот нити је због својих својстава подобно да се стави у било какав омот и затвори. Затим се важу и беспотребно отварају изван лабораторије и без вјештака паковања дроге иако је у записнику описано да се одузима „један пакетић бијеле прашкасте материје“ и о томе издата потврда. Шта се тиме утврђује и контролише остаје нејасно, јер се та иста „материја“ мора доставити овлашћеној државној установи (КТЦ МУП) на вјештачење гдје се у лабораторијским условима врши вагање и анализа материје (вјештачење), према достављеном записнику, потврди о одузимању и наредби тужиоца. Зато се често приговара како тежина утврђена у лабораторији не одговара оној која је утврђена приликом „отварања и прегледа“ или приликом одузимања и слично.

Такође, врши се „отварање и преглед“ уз потврду уредно одузетог мобилног телефона, уласком у садржај комуникација и порука. То није само супротно закону већ је технички ризично и може да угрози циљ истраге јер постоји могућност да се тиме открију подаци који у овој фази истраге (најчешће почетној) не смију бити доступни одбрани. Ово „отварање и преглед“ по својој садржини може представљати само радњу увиђаја у истрази која се врши уз помоћ стручног лица или вјештака (члан 159 ЗКП РС) без законске обавезе обавјештавања и присуства странака и других лица. Поред тога, утврђивање саме садржине мобилног телефона у погледу комуникације, порука и осталог, по правилу, може да буде предмет вјештачења по одговарајућој наредби (члан 161 ЗКП РС).

Очигледно је да се ту не ради нити се може радити о отварању предмета већ о прегледу (или боље речено поновном прегледу) већ једном пописаних предмета, која радња ничему не служи. Поставља се питање шта је циљ те радње, која се сврха њом остварује и коме је потребно да једну јасну законску одредбу криви и ствара нову непотребну паралелну норму. На тај начин непотребно и супротно закону успорава се, усложњава, поскупљује, а понекад и угрожава сама истрага. Заговорници овог схватања долазе до погрешног закључка јер занемарују или погрешно примјењују правила тумачења права, коме се прибијегава а ко се сматра да једна норма није јасна.

Иако сматрамо да је законска норма јасна и да не захтијева тумачење, с обзиром на насталу ситуацију послужимо се језичким, систематским (телеолошким) и циљним тумачењем како бисмо потврдили своје становиште.

Закон прописује како се након одузимања у записник пописују привремено одузети предмети и документација, а ако то није могуће они се стављају у омот и печате. Значи, у омот се стављају и печате они предмети и документација који нису могли бити пописани. Отварање и преглед привремено одузетих предмета мора се посматрати као појам који има два корака, двије радње, гдје једна претходи другој. Прво, отвара се нешто што је затворено, а то је запечаћени омот, и то је прва радња. Друга радња слиједи из ове прве и то је преглед предмета који су били затворени у омоту који је отворен и који су сада доступни да се виде, опишу и прегледају. Ово је језички сасвим јасно, логично и одређено. Супротно тумачење је погрешно јер крши основно правило овог тумачења да језичким знацима не треба придавати посебан правни смисао уколико за то не постоје довољно основани и чврсти разлози.

Друга грешка, коју чине они који заступају став који критикујемо, јесте та што занемарују систематско тумачење већ једну норму посматрају издвојено од других сродних и блиских норми којима је уређена ова материја. Тако отварање и преглед, који су уређени у једном члану закона, посматрају и тумаче одвојено од пописа, и то оног дијела који се односи на поступак са предметима и документацијом чији попис није могућ, који је уређен у другом члану који овом потоњем претходи. Када бисмо правилно пошли од почетка, а не краја једне норме, дошли бисмо до њеног јединства, у оквиру кога се може сагледати њено право значење. А то је да први корак у поступању са предметима и документацијом који се не могу пописати јесте њихово затварање у омот и печатење, а отварање и преглед је следећи корак. Овај други без првог није могућ јер ако нешто није затворено и запечаћено нема се шта ни отворати и прегледати.

И на крају, вратимо се циљу који се овим жели остварити, а о чему смо кратко раније говорили. Рекли смо да је циљ обезбјеђивање истовјетности предмета који су одузети. По правилу, тај циљ се постиже и истовјетност обезбјеђује описом, пописом и издавањем потврде о одузетим предметима, што и није спорно. С обзиром на то да је тиме остварен постављени циљ преглед ових предмета не служи ничему, због чега је непотребан и супротан закону. Међутим, пошто попис није могуће увијек извршити и издати потврду, законодавац је за ту ситуацију предвидио затварање непописаних предмета и документације у омот и његово печатење, са циљем да се сачувају до момента када ће се омот моћи отворити и ти предмети у присуству одређених лица прегледати. Дакле, циљ затварања и печатења јесте обезбјеђење њихове истовјетности до момента отварања и прегледа.

4. Упоредно законодавство

У прилог тези коју заступамо иду и рјешења у кривичном процесном законодавству држава које су настале на територији бивше СФРЈ. С обзиром на то да се ради о истој правној традицији заснованој и на ранијем Закону о кривичном поступку из 1976. године али и о сличним реформама које се проводе ово може да послужи за објективније сагледавање насталог проблема.

Тако хрватски Закон о казненом поступку⁶ у члану 267 став 1–3 интегрално уређује ову материју. Према овом закону, „пописаће се списи или исправе (не и предмети као у нашем закону иако су и списи и исправе предмети) који се привремено одузимају јер могу послужити као доказ. Ако то није могуће, списи или исправе ће се ставити у омот и запечатити. Особа од које се привремено одузима спис или исправа може на омот ставити свој печат и потпис.“ У другом ставу је прописано да „омот отвара државни одвјетник. При прегледавању списа или исправе мора се пазити да њихов садржај не сазнају неовлаштене особе. О отварању омота ће се саставити записник.“ У ставу 3 прописано је да „особа од које су списи или исправа одузети позват ће се да буде на отварању омота. Ако се она не одазове позиву или је одсутна, омот ће се отворити, списи или исправе прегледати и пописати у њезиној одсутности.“ Дакле, једним логичним редослиједом прописује се поступак са списима и исправама који нису могли бити пописани, са јасном одредбом да се отвара омот у коме су запечаћени.

Словеначки Закон о кривичном поступку⁷ је ову материју уредио у члану 222 став 1–3 на потпуно идентичан начин како је она била уређена у закону из 1976. године. То исто чини и црногорски Закон о кривичном поступку⁸ у члану 87 под називом „Пописивање и печатење списа“. Ради тога се и нећемо посебно бавити њиховом садржином јер смо је већ изложили када смо говорили о ранијем законском рјешењу.

Слично је уређен поступак привременог одузимања предмета и чланом 150 српског Закона о кривичном поступку.⁹ Овим законом је прописано да се лицу од кога су предмети одузети издаје потврда у којој

⁶ „Народне новине“, број 152/08, 76/09, 80/11, 121/11 – пречишћени текст, 91/12 – Одлука Уставног суда Републике Хрватске, 143/12, 56/13, 145/13 и 152/14).

⁷ Закон о kazenskem postupku, Uradno prečišćeno besedilo (ZKP-UPB8), št. 32/2012.

⁸ „Службени лист ЦГ“, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Одлука УС ЦГ, 2/2015 – Одлука УС ЦГ и 35/2015.

⁹ „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

ће се они описати, навести гдје су пронађени, подаци о лицу од кога се предмети одузимају, као и својство и потпис лица које радњу спроводи.

Списи (овдје се као и у закону из 1976. године говори само о списима) који могу да послуже као доказ ће се пописати, а ако то није могуће, списи ће се ставити у омот и запечатити. Власник списка може на омот ставити и свој печат. Лице од кога су списи одузети позваће се да присуствује отварању омота. Ако се оно не одазове позиву или је одсутно, орган поступка ће омот отворити и прегледати и пописати списе. При прегледању списка мора се водити рачуна да њихов садржај не сазнају неовлашћена лица.

Из изложеног произилази да је и у овим законима на скоро идентичан начин уређена ова материја. Сва рјешења су мање или више идентична рјешењу у закону из 1976. године, а одступања су минимална и нису суштинска. Осим тога, немамо сазнања да се у судској пракси тих држава појавило тумачење које је слично оном које заступа дио наше научне, стручне и судске праксе.

5. Законодавство у Босни и Херцеговини

Што се тиче кривичног процесног законодавства у Босни и Херцеговини (БиХ), оно је било усклађено у поступку реформе 2003. године. Послије тога слиједиле су његове бројне измјене, које су у почетку биле усаглашене да би касније дошло и до различитих законских рјешења. Материја која је предмет нашег интересовања била је законима о кривичном поступку из 2003. године на једнак начин уређена у свим процесним законима.

Ове одредбе прво су се почеле проблематизовати у поступку пред Судом БиХ, а потом и пред другим судовима у БиХ. Законодавац у Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту БиХ очигледно је пажљивије пратио како се закон примјењује у пракси и одговарајућим законским измјенама, са закашњењем, реаговао на ситуацију која је настала проблематизовањем одредаба о отварању и прегледу привремено одузетих предмета. Тако је измијењен члан 85 Закона о кривичном поступку ФБиХ¹⁰ и сада је детаљно уређено отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације. За нас је посебно значајан став 1 гдје се каже да „отварање и преглед привремено одузетих предмета и

¹⁰ „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 59/14.

документације чији попис није могућ, због чега су стављени у посебан омот и запечаћени, врши тужилац или овлаштена службена особа на основу писменог одобрења које је издао тужилац.“ Овим је све појашњено, ако некоме раније није било јасно, да се врши отварање и преглед оних предмета чији попис није био могућ, због чега су они стављени у омот. У ствари, то је додатна потврда правилности наших размишљања која смо изнијели у досадашњем излагању, као и подлога за закључна разматрања која ће услједити.

У ставу 2 оправдано је прописано да се о отварању обавјештава само лице од кога су предмет или документација одузети (рјешење из старог ЗКП).

Слично је рјешење усвојено у члану 3 Закону о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку БДБиХ.¹¹ Овим је измијењен члан 71 став 2 тако што „о отварању запечаћеног омота из члана 68 става 2 овог закона, тужилац је дужан обавијестити лице или предузеће од кога су предмети одузети, судију за претходни поступак и браниоца. Запечаћени омот ће се отворити, а списи и исправе прегледати и пописати и у случају да се нека од позваних особа не одазове“.

Послије ових измјена у наведеним законима стари текст из 2003. године остао је у ЗКП РС и ЗКП БиХ. С обзиром на присутне проблеме који се јављају у пракси, без обзира што сматрамо да је и постојећа одредба јасна, може се размислити о њеној измјени која би искључила погрешна тумачења. Приговори који се томе могу упутити јесу да то води непотребној нормативизацији закона у који се уноси много непотребних елемената. С друге стране, то није само код ове одредбе већ се то може приговорити цјелокупној материји овог закона која поједине институте преопширно нормира што дјелује збуњујуће, а с друге стране неке важне непотпуно или уопште не уређује. Уосталом, најбоље би било преузети ранију одредбу закона из 1976. године, која је јасна, сажета и одређена. Све друго су само варијације на исту тему, чини нам се више са жељом али без снаге да и потребе да се створи нешто ново.

6. Судска пракса

Судска пракса у БиХ различито се одредила према овом проблему, тако да се одлуке највиших судских инстанци разликују. У то се умијешао

¹¹ „Службени гласник БДБиХ“ бр. 27/14.

и Уставни суд са својим одлукама које су дуго биле на линији схватања да се све мора „отварати и прегледати“, не правећи разлику између пописаних предмета и оних који су запечаћени у омот. Но, најновија пракса тог суда је промијењена и враћена како је видимо изворном значењу ове одредбе. Ради тога ћемо указати на неколико карактеристичних одлука које одсликавају суштину овог проблема. Прво ћемо поћи од једне одлуке Врховног суда Федерације БиХ у којој се вјештачење пиштоља који „није отворен“ проглашава незаконитим доказом и из тих разлога укида првостепена пресуда. Ради бољег разумијевања дајемо нешто шири извод из њеног образложења:

„Из образложења побијане пресуде такође произлази да је она заснована и на налазу и мишљењу МУП-а Сарајево, Сектора Криминалистичке полиције, Одсјека за криминалистичку технику и форензику број 02/2.6-04-09-8138 од 17.08.2011. године о вјештачењу трагова ватреног оружја, те на исказу са главног претреса вјештака О.Д., који је обавио то вјештачење. Из тог писменог налаза и мишљења, те исказа вјештака О.Д. произилази да је предмет вјештачења био пиштољ серијског број 798 928, марке ФН Херстал, модел 1906 (1905), калибра 6,35 мм (25 АУТО). Надаље, из исказа вјештака О.Д. такође произилази да је пиштољ, који је био предмет вјештачења, достављен вјештаку у затвореном омоту и да је он извршио отварање тог омота, а да није видио никакав записник о отварању привремено одузетих предмета.

У спису предмета не налази се записник нити било какав други документ, који би указивао да је, након привременог одузимања предмета – пиштоља од сада оптуженог Ћ.Н., од стране овлашћених службених особа, поступљено у складу са члановима 84 и 85 ЗКП ФБиХ, којима је прописано да се привремено одузети предмети похрањују у суду или суд на други начин осигурава њихово чување, те да отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације врши тужитељ, који је о отварању привремено одузетих предмета и документације дужан обавијестити особу од које су предмети одузети, судију за претходни поступак и бранитеља.

Како у конкретном случају није поступљено на тај начин односно како су након привременог одузимања предмета прекршене наведене законске одредбе које се односе на поступање са привремено одузетим предметима, те како је поменуто вјештачење имало за свој објекат привремено одузети предмет, у односу на који није поступљено у складу са члановима 84 и 85 ЗКП ФБиХ, овај суд сматра да се жалбом бранитеља

оптуженог Ћ.Н. основано указује да су тај налаз и мишљење и исказ вјештака О.Д. из тих разлога незаконити доказ. Одредбом члана 11 став 2 ЗКП ФБиХ прописано је да суд не може засновати своју одлуку на доказима прибављеним повредама људских права и слобода прописаних уставом и међународним уговорима које је Босна и Херцеговина ратификовала нити на доказима који су прибављени битним повредама Закона о кривичном поступку.

Имајући у виду да је сврха одредбе чланова 84 и 85 ЗКП ФБиХ да се осигура истовјетност одузетих предмета а тиме и поузданост свих других доказа који се заснивају на одузетом предмету, овај суд налази да је у конкретном случају непоступањем у складу са члановима 84 и 85 ЗКП ФБиХ, битно повријеђен тај закон, те да се стога првостепена пресуда није могла заснивати на налазу и мишљењу вјештака балистичке струке нити његовом исказу са главног претреса. Ово тим прије што подаци којима је вршена идентификација спорног пиштоља нису истовјетни у потврди о привременом одузимању предмета и писменом налазу и мишљењу вјештака балистичара (Рјешење ВСФБиХ бр. 09 0 К 013156 12 Кж 6 од 12.09.2012. године).

Посебно указујемо на дио гдје се говори о подацима у потврди о привременом одузимању предмета (последњи пасус, ред 7–8 рјешења), што значи да је таква потврда приликом одузимања издата. Значи да се не ради о предмету чије је отварање у смислу цитиране законске одредбе потребно (достављање пиштоља у коверти очигледно није његово печачење већ начин чувања у току транспорта).

Скрећемо пажњу да је ова одлука донијета прије него што су измијењене одговарајуће одредбе члана 85 ЗКП ФБиХ, о којима смо говорили. Све то упућује да је ова одлука резултат погрешног поимања суштине правне норме. Међутим, последице таквог погрешног тумачења су очигледно остале и сумњамо да их је било могуће отклонити у поновном суђењу.

Супротан и, по нашем мишљењу, из разлога које смо раније навели, исправан став заузима у више својих одлука Врховни суд Републике Српске. Овај суд је у томе остао досљедан и усамљен, без обзира на стална понављања ових приговора у жалбама једног броја бранилаца али и супротних схватања изнијетих у одлукама Уставног суда БиХ. Тако, одбијајући жалбе бранилаца који су сматрали да се сви предмети морају „отварати“ иначе су у супротном докази који се на њима заснивају незаконити, овај суд у једној пресуди каже:

„Неосновани су и приговори из жалбе бранилаца оптуженог Д. да је записник о отварању и прегледу привремено одузетих предмета, незаконит доказ, тврдњом да је прибављен супротно члану 135 став 2 ЗКП РС. Наиме, околност да ли је рочиште за отварање и преглед привремено одузетих предмета одржано у присуству свједока Ђ.М. или у његовом одсуству и да ли је исти позван од стране тужиоца на том рочишту, или није, никако не може довести у питање законитост тог записника, како се то погрешно тврди у овој жалби, јер са једне стране, одредба члана 135 ЗКП РС се односи на отварање и преглед привремено одузетих предмета, а присуство на том рочишту лица од којег је предмет одузет није обавезно, а са друге стране, одржавање тог рочиште је обавезно само када се ради о већем броју привремено одузетих предмета или документације, који приликом привременог одузимања нису могли бити пописани. Према томе, с обзиром да је у конкретном случају свједок Ђ.М. добровољно предао предмете наведене у потврди број 08-02/4-2-16/11 од 22.07.2011. године, што је и констатовано у истој, те како су ти предмети побројани у наведеној потврди, то у односу на ово лице није ни постојала обавеза тужиоца да одржи рочиште за отварање и преглед привремено одузетих предмета (Врховни суд Републике Српске бр. 11 0 К 008052 13 Кж 10, од 17.09.2013. године).

Уставни суд БиХ у више својих одлука бавио се овим питањем, заузимајући став да се сви предмети и документација отварају. Одлуком тог суда број АП 291/08,¹² због тога што тужилац није извршио отварање предмета који су били одузети и за које је уредно издата потврда, укинута је пресуда Окружног суда у Требињу број 015-0-Кж-07-000 069 од 30. октобра 2007. године којом је оптужени Н.Ж. оглашен кривим због кривичног дјела недозвољене производње и промета опојних дрога из члана 224 Кривичног закона Републике Српске. Утврђујући повреду, тај суд каже:

„...Из предметног списка неспорно произлази да је полиција приликом претреса и одузимања предмета извршила (и) отварање предмета. Из потврде о привременом одузимању предмета (коју је апелант потписао) број 14-4/02-230-16/06 од 2. новембра 2006. године, која је сачињена у Полицијској станици Берковићи, видљиво је да је под тачком 1. наведено: ‘Зелена биљна материја која има морфолошке особине опојне дроге марихуане [...] 16 паковања укупне тежине око 16.340 грама’, док је

¹² Види и Одлуке Уставног суда БиХ бр. АП-2706/11 од 10.02.2015. године и АП-3364/10 од 11.02.1014. године.

из фото-документације број 14-4/02-18/06 од 24. новембра 2006. године (сачињена у Полицијској станици Берковићи) видљиво да је отворен одузети предмет под редним бројем седам (7)...“

„...Дакле, неспорно је да надлежни тужилац у конкретном случају није извршио отварање и преглед предмета привремено одузетих од апеланта сходно императивним одредбама ст. 1 и 2 члана 135 ЗКПРС...“

„...Осим тога, Уставни суд закључује да постоји повреда права на правично суђење из члана II/3.(е) Устава Босне и Херцеговине и чланка 6 ставак 1 Европске конвенције с обзиром на то да је неспорно да надлежни тужилац у конкретном случају није извршио отварање и преглед предмета привремено одузетих од апеланта сходно императивним одредбама ст. 1 и 2 чланка 135 ЗКПРС...“

Овдје се ради о ситуацију коју смо спомињали, када се од лица одузме и опише упакована материја за коју се сумња да је дрога (цитирана одлука „зелена биљна материја која има морфолошке особине опојне дроге марихуане...“), и о томе изда потврда (видимо да је она и извагана). Ту се не ради о непописаним и запечаћеним предметима, који подлијежу режиму отварања, већ о пакету као предмету који се као такав одузима, описује и о томе издаје потврда. Ако је евентуално и извршено његово отварање, на то се не односе одредбе на које се Уставни суд позива, јер он по тим одредбама приликом паковања дроге и није затворен јер паковање није извршено приликом привременог одузимања (паковање је извршио оптужени или саучесници).

Међутим, приводећи овај рад крају, добили смо Одлуку Уставног суда БиХ број АП-2079/13 од 20.04.2016. године у којој се одступа од раније праксе и заузима становиште да се отварају само предмети и документација који су стављени у посебан омот и запечаћени. Ова одлука је интересантна јер прихвата као правилно схватање Врховног суда Републике Српске о том питању, а које се апелацијом побијало. У тој одлуци се, између осталог, каже:

„...Уставни суд запажа да је чланом 132 став 2 ЗКПРС одређено да, ако попис предмета и документације није могућ, тј. уколико није могуће сачинити записник у смислу члана 126 ЗКПРС у који се уносе и детаљно описују одузети предмети, односно у смислу члана 62 став 3 ЗКПРС, подаци који су важни за утврђивање истовјетности предмета (опис, мјера, величина, евентуално сачињене фотографије и сл.), одузети предмети и документација ће се ставити у омот и запечатити...”

Чланом 135 став 1 ЗКПРС прописано је да отварање и преглед привремено одузетих предмета врши тужилац, а ставом 2 да је о томе дужан обавијестити лице од ког је предмет одузет, судију за претходни поступак и браниоца. Када се ова одредба сагледа у вези са чланом 132 ЗКПРС, у вези са чл. 62 и 63 истог закона, произилази да обавезе тужиоца у смислу члана 135 ЗКПРС није апсолутна и да не значи да ће у сваком случају привременог одузимања предмета и документације морати спроводити и процедуру прописану чланом 135 ЗКПРС.

Наиме, Уставни суд запажа да из садржаја одредбе члана 135 ЗКПРС произлази да је она у служби обезбјеђења начела једнакости странака у поступку. У ситуацији када су приликом претреса одузете ствари које нису могле бити пописане, тј. када није било могуће сачинити записник у који се уносе и детаљно описују одузети предмети, односно подаци који су важни за утврђивање истовјетности предмета, оне ће бити стављене у омот и запечаћене, те предате тужиоцу. У том случају он ће их отворити и прегледати како би утврдио који конкретно предмети су одузети...

“...Имајући у виду цитиране одредбе ЗКПРС, произлази, супротно апелантовим тврдњама, да није произвољан закључак Врховног и Округног суда да се у конкретном случају није радило о предметима чије отварање и преглед је обавезан у смислу члана 135 у вези са чланом 132 став 2 ЗКПРС с обзиром да су одузети предмети у записнику о одузимању предмета и потврди о привременом одузимању индивидуално одређени и са јасним карактеристикама (поред осталог, ‘праш-каста материја смеђе боје која има морфолошке карактеристике опојне дроге хероин’), те да је апелант ове докуменат својеручно потписао без примједби. Због тога, не би се могла прихватити као основана апелантова тврдња да није упознат ко је и када извршио отварање одузетог предмета, односно да спровођењу ове радње није ни присуствовао...”

“...Најзад, Уставни суд запажа да, сходно релевантним одредбама ЗКПРС, произлази да је сврха састављања записника, поред осталог, да буде коришћен као доказ о радњи у поводу које је сачињен или да послужи за накнадно испитивање правилности обављене радње. Такође, ЗКПРС, поред општих одредби којим регулише записник о радњама које се предузимају у кривичном поступку, посебно регулише записнике у вези с појединим радњама, а као што је случај и са радњом претресања. Ове одредбе би очигледно биле илузорне и лишене сваког смисла уколико би се прихватио апелантов став да и у случају када је у записнику о

претресању унијето и тачно описано који предмети се одузимају, односно подаци који су важни за утврђивање истовјетности предмета (опис, мјера, величина, фотографије и сл.), треба да буду подвргнути и процедури из члана 135 ЗКПРС...”

Видимо да суд језичким, систематским и циљним тумачењем, на начин како смо то сугерисали у овом раду, долази до правог смисла законске норме, изводећи правилан и једини могући закључак шта се то отвара и прегледа. Овим је, надамо се, разријешена непотребно створена правна несигурност која је настала погрешним схватањем и тумачењем једне јасне правне норме.

Закључак

Отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације врши се само када су они стављени у омот и запечаћени јер нису могли бити пописани приликом одузимања. Ово је потпуно јасна законска одредба која се у пракси примјењује деценијама, а да никад није било сличних размишљања о којима смо говорили и која су се појавила у новије вријеме. То становиште је правилно заузео и све вријеме досљедно заступао Врховни суд Републике Српске, а у својој посљедњој цитираној одлуци коначно га је прихватио и Уставни суд БиХ.

Схватање да је отварање и преглед привремено одузетих предмета и документације потребно извршити увијек, без обзира на то да ли су они приликом одузимања пописани, потпуно је погрешно. Оно је резултат неразумијевања језичког значења норме, која се тумачи издвојено од осталих дијелова закона и занемарује циљ који је законодавац прописивањем желио постићи.

Сматрамо да је Одлуком Уставног суда БиХ коначно разријешена једна вјештачка дилема, која је непотребно створила правну несигурност и да ради њеног превазилажења више није потребно вршити измјене Закона о кривичном поступку Републике Српске и БиХ, које су прије ове одлуке ради превазилажења те ситуације учињене у Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту БиХ.

Veljko Ikanović, Ph.D.
Judge, Supreme Court of Republika Srpska and
Assistant Professor, Faculty of Law Apeiron in Banja Luka

OPENING AND INSPECTION OF TEMPORARY SEIZED ITEMS AND DOCUMENTS

Summary

The opening and inspection of the seized items or documents shall be made only when they are wrapped and sealed because they could not be written to an inventory list during the seizure. This legal provision is absolutely clear, applied in practice for decades, and it has never been similar thoughts that we talked about, and which appeared in recent times. This view was properly taken and consistently represented by the Supreme Court of the Republika Srpska all the time, and finally the view was accepted by the Constitutional Court of BiH in its last quoted decision.

Understanding that the opening and inspection of the seized items and documentation is always necessary, regardless of whether they are listed during the seizure, is completely wrong. That is the result of misunderstanding of the meaning of linguistic norm, which is interpreted separately from other parts of the law and ignores the goal that the legislator wanted to achieve by prescribing.

We consider that The Decision of the Constitutional Court finally resolved an artificial dilemma, which unnecessary created legal uncertainty and for its further overcoming it is no longer necessary to make amendments to the Criminal Procedure Code of the Republika Srpska and BiH, which have been, before this Decision, already made in Federation of BiH and Brcko District of BiH.

Key words: *wrapping, sealing, items, documents, opening.*

NEKI ASPEKTI ANONIMNIH PRIJAVA

Prof. dr Mile Matijević*
Mladen Vuković**

***Apstrakt:** U vremenu kada se tradicionalnim i klasičnim zakonskim sredstvima sve teže dolazi do saznanja za kriminalne radnje, anonimno prijavljivanje krivičnih djela, učinilaca postaje sve popularniji, interesantniji, ali i problematičniji način saznanja za krivično djelo, učinioca. Anonimnim prijavljivanjem krivičnog djela, učinioca, prevashodno se želi afirmisati inicijativnost građana, koji nisu dovoljno odlučni i hrabri da javno prijave krivično djelo, učinioca.*

Interes ovog rada je analiziranje pojam, sadržaj i aspekti anonimnog prijavljivanja, kroz prizmu njihove kako pozitivne tako i negativne dimenzije. Naime, pokazatelji nadležnih organa ukazuju na to da je sve veći broj anonimnih prijava, ali i da iste često ne rezultiraju adekvatnim procentom kvaliteta, dokaznog sadržaja. Takva činjenica ukazuje na to da se lice često odlučuju i za lažno prijavljivanje nečega u šta nisu dovoljno sigurni, pa i da prijavljivanje vrše iz zlih namjera prema nekome, što može stvoriti niz negativnih implikacija.

Značajno je analizirati postupanje nadležnih organa po anonimnim prijavama u kontekstu zakonskih ovlašćenja. Zbog toga će se prezentirati pojamovni, psihološki, a posebno kriminalistički i krivično procesni aspekti i sadržaji anonimnih prijava, u okviru nadležnosti i postupanja nadležnih organa. Naime, u aktuelnom vremenu nadležni organi sve više se odlučuju postupati po anonimnim prijavama, što u jednom smislu ima osnova, ali istovremeno stvara i negativne implikacije, s obzirom na to da je veći broj anonimnih prijava neutemeljen i ne obezbjeđuje dovoljan osnov sumnje za postupanje

* Fakultet pravnih nauka Univerziteta za poslovne studije Banja Luka.

** Msr., Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka.

nadležnog organa. Stoga se stiče utisak da organi gube dragocjeno vreme, proveravajući često i veoma neutemeljene sadržaje, koje lažni prijavioci plasiraju nadležnim organima, čime se gubi i sopstvena otkrivačka samoinicijativnost.

Ključne riječi: anonimna prijava, NN učinilac, osnov sumnje, provjeravanj, dokaza, kriminalistički, krivično-procesni aspekt anonimnog prijavljivanja.

1. Pojam anonimnih prijava

Anonimna (denucijalna) prijava je bez oznake podnosioca prijave, bez potpisa i osobnih podataka¹. Predstavlja određeni sadržaj podataka, obavještenja, saznanja koje konstituiše i dostavlja nepoznato lice organima nadležnim za postupanje u raznim oblastima djelovanja². Anonimne prijave imaju svoju određenu psihološku, a u nekim slučajevima i psihopatološku dimenziju i sadržinu. Naime, anonimni prijavioci nisu dovoljno "hrabri" da neposredno, javno prijave krivično djelo, učinioca, iz raznih razloga, a u nekim slučajevima njihovo prijavljivanje predstavlja plod i patoloških motiva, bolesti i sl.

2. Vrste anonimnih prijava

Anonimne prijave po načinu slanja, dostavljanja, mogu biti usmene i pismene. Po sadržaju istinitosti mogu biti istinite, poluistinite i lažne. Po psihološko karakternoj sadržini mogu biti dobronamjerne i zlonamjerne. Pismene anonimne prijave su u suštini najbrojnije i one odražavaju najsigurniji način prijavljivanja krivičnog djela, učinioca od strane anonimnog prijavioca. Pored anonimnih prijava postoje i tzv. pseudonimne prijave, koje po sadržaju identične anonimnim, s tim da se autor lažno potpisuje inicijalima, ili lažnim imenom, prezimenom, nadimkom i sl.

Tradicionalno najinteresantnije i najčešće su pismene anonimne prijave, gdje autor pismeno obavještava organ o svojim saznanjima, pretpostavkama i sl. Ovakva prijava u osnovi predstavlja prihvatljiv način saznanja, ali ne i osnov za konkretno postupanje u smislu preduzimanja istražnih, dokaznih radnji.

¹ Modly, D., Korajlić, N., *Kriminalistički rječnik*, Centar za kulturu i obrazovanje, Tešanj, 2002, str. 22.

² Anonimne prijave dostavljaju se raznim organima, institucijama, u zavisnosti od njihovog skriptera, autora i sadržaja (policija, tužilaštvo, sudovi, inspekcije, državni, politički organi i dr.).

Usmene anonimne prijave danas su posebno afirmisane razvojem savremenih kompjuterskih tehnologija. Svaka policijska, kao i neke druge državne agencije³ u regionu su na zvaničnim sajtovima uspostavile e-sistem anonimnog prijavljivanja krivičnih djela, učinilaca. kroz tzv. krimolovce⁴, razne oblike elektronskih programa na sajtovima MUP⁵, koji ohrabruju građane da anonimno prijave saznanja o krivičnom djelu, učiniocu. SIPA je jedna od prvih policijskih agencija koja je uspostavila mogućnost anonimnog prijavljivanja, što je dalo određene rezultate i iskustva.⁶ Smatramo da i ovaj način afirmacije anonimnog prijavljivanja ima pozitivne efekte, jer omogućava građanima da jednostavno, brzo dostave informaciju, saznanje nadležnom organu. Međutim, isto tako je bitno istaći da je i u ovakvim vidovima prijavljivanja neophodno vršiti tzv. kriminalističko analitičku selekciju dobijenih podataka, obavještenja radi njihovog selekcionisanja⁷.

Iskustva o sadržaju anonimnih prijava govore da određeni broj prijava predstavlja veoma kvalitetan dokazni sadržaj anonimnog prijavioca. Iz takvih prijava nedvosmisleno se može zaključiti da je prijavitelac prije svega dobro namjeran, da raspolaže podacima, dokazima o krivičnom djelu, učiniocu, ali

³ Agencija za zaštitu ličnih podataka – član 7 (Anonimno prijavljivanje)

(1) Anonimno interno prijavljivanje može se vršiti putem dostupnih komunikacijskih kanala (poštansko sandučje, e-mail i sl.), bez navođenja identiteta podnosioca prijave.

(2) Anonimno interno prijavljivanje može biti pismeno.

(3) Anonimna prijava mora da sadrži informaciju o djelu korupcije ili druge nepravilnosti koje se prijavljuju sa činjeničnim opisom, ime, prezime i naziv radnog mjesta zaposlenog na kojeg se prijava odnosi, prijedlog o dokazima, odnosno predmetima koji služe kao dokaz, materijale koji potvrđuju navode zahtjeva (u smislu pismenih dokaza, u prilogu).

⁴ SIPA je uspostavila posebnu telefonsku liniju „Krimolovac“, koji zaprima anonimne usmene prijave od građana, kojima se garantuje anonimnost.

⁵ Na Ministarstvu za notarnje zadeve Slovenije smo leta 2009 omogućili podajanje anonimnih e-prijav **korupcijskih kaznivih dejanj** in nato junija 2010 še anonimnih e-prijav **nasilja v družini**. Ker se je možnost anonimne elektronske prijave izkazala za uspešno, smo sistem razširili še na področji preprečevanja **trgovine z ljudmi ter pograšenih in iskanih oseb**. Od začetka leta 2012 lahko podate anonimno e-prijavo kršitev ali kaznivih dejanj s področja **ekstremnega nasilja in organizirane kriminalitete**. (Sajt Ministarstva za notarnje zadeve Slovenije).

⁶ Utrostručen broj anonimnih prijava za kriminal – Policijska misija EU (EUPM) i Državna agencija za istrage i zaštitu /SIPA/ saopštili su da se od početka kampanje „Usudi se!“ broj građana koji su zvali liniju Krimolovci povećao za više od 300 odsto. Od početka kampanje „Usudi se!“ 19. septembra operativni centar Krimolovci primio je 594 poziva od građana širom BiH, od kojih su 132 poziva rezultirala korisnim informacijama, koje su prosljeđene nadležnim policijskim agencijama na dalje postupanje. „Većina izvještaja koje su primili Krimolovci odnosi se na trgovinu drogom, posjedovanje oružja, zloupotrebu položaja, ekonomski kriminal, te falsifikovanje diploma“, navodi se u zajedničkom saopštenju za javnost EUPM i Sipe. Šef EUPM Vincenco Kopola izjavio je da „izvanredno dobar odaziv građana dokazuje da kampanja postiže svoj cilj da BiH učini bezbjednim mjestom“. On je podsjetio da kampanja „Usudi se!“, koju EUPM provodi zajedno sa policijskim agencijama u BiH, treba da motiviše građane da prosljeđuju informacije policiji.

⁷ Detaljnije u *Kriminalistici – operativi* (Bošković, M., Matijević, M.), VŠUP, Banja Luka, 2007.

da nema dovoljno hrabrosti, odlučnosti da se identifikuje. Takva situacija nalaže prevashodno dalje operativno, istražno korišćenje dobijenih informacija, uz eventualni pokušaj za identifikacijom prijavioca, iz razloga što isti može dati vjerovatno i dodatne kvalitetne informacije. Bitno je istaći da se prema takvim autorima ne smije postupati neoprezno, grubo, niti insistirati na njihovom javnom svjedočenju, jer su se vjerovatno iz veoma konkretnih razloga opredijelili za ovakav način prijavljivanja, ispunjavajući i svoju građansku dužnost.

Kada posmatramo anonimne prijave koje su lažne, i koje nemaju dovoljno dokaznih činjenica, prema autorima istih bi se moralo postupati sasvim drugačije. Prije svega, interes bi bio da se takav “lažni prijavitelj” krivičnog djela identifikuje. Identifikacija bi bila neophodno potrebna da se utvrde razlozi lažnog prijavljivanja, te da se u skladu sa odredbama KZ isti procesuiraju⁸. Ova djelatnost posebno je bitna u slučajevima kada lažna prijava nanese konkretnu štetu prema licu koje je žrtva⁹ lažnog prijavljivanja.

3. Psihološki aspekti anonimnog prijavljivanja

Psihološki aspekti anonimnog prijavljivanja isključivo se odnose na motivaciju i karakterni odnos lica koje podnosi anonimnu prijavu. Svakako da je veoma pozitivno da se lica ohrabruju za prijavljivanje krivičnih djela, učinilaca, kao i drugih nezakonitosti. Međutim, istovremeno je neophodno istaći značajan broj lažnih, tendencioznih prijava koje “kvare” ukupan utisak o potpunoj moralnosti ove građanske djelatnosti. Tradicionalni oblik prijavljivanja kriminalnih radnji polazi od činjenice da lice koje posjeduje saznanje o krivičnom djelu, učiniocu, je, prema zakonskim, ali i moralnim aspektima dužno isto prijaviti nadležnim organima. Međutim, u savremenim uslovima, kada su moralne vrijednosti sveukupnog društva značajno narušene, kada se

⁸ Lažno prijavljivanje krivičnog djela, član 364 (1): Ko prijavi neko lice da je učinilo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, a zna da to lice nije učinilac, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dvije godine. (2) Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se i ko podmetanjem tragova krivičnog djela ili na drugi način izazove pokretanje krivičnog postupka zbog krivičnog djela za koje se goni po službenoj dužnosti protiv lica za koje zna da nije učinilac tog djela. (3) Ko sam sebe prijavi da je učinio kakvo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, iako ga nije učinio, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do šest mjeseci. (4) Kaznom iz stava 3 ovog člana kazniće se i ko prijavi da je učinjeno krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, iako zna da to djelo nije učinjeno.

⁹ Viktimizacija kao proces ugrožavanja integriteta lica predstavlja danas veoma složeno bezbjednosno, sociološko, psihološko, ali i krivično pravno pitanje, kojem se ne posvećuje dovoljna pažnja.

posebno u svijetu kriminala događaju veoma teške, složene situacije, a posebno po samog prijavioca krivičnog djela, svjedoka, značajno se smanjio javni interes i oblik prijava. Građani, a posebno svjedoci, češće se opredjeljuju na tzv. anonimni oblik prijavljivanja. Takva psihološka osnova temelji se prevashodno na osjećaju potrebe da se doprinese otkrivanju kriminalnih radnji, ali i na osjećaju da bi javno eksponiranje u prijavljivanju kriminala bilo višestruko opasno po prijavioca.

Posebno je pitanje, kada su u pitanju lažne prijave gdje se javlja određeni patološki motiv¹⁰ prijavioca, koji nije zanemarljiv. Naime, jedan broj građana postaje “patološki”, prijavitelac raznih neistina, insinucija, sa ciljem kompromitacije određenih lica¹¹ i nanošenja štete ugledu istih. U takvim situacijama postavlja se pitanje o načinu postupanja nadležnih organa, i prepoznavanju takvih prijavitelaca¹². Posebno je interesantno istaći lažne anonimne prijave koje imaju za cilj da organe otkrivanja, gonjenja odvedu u pogrešnom pravcu¹³, kroz navođenje, nuđenje određenih dokaza, koje je potrebno dalje provjeravati.

Anonimne prijave danas predstavljaju takođe veoma prisutan način stvaranja “raznih” personalnih atmosfera – afera, i osnova za pokretanje internih postupaka u okviru institucija, preduzeća. U suštini, autori takvih prijava, pored nekada i pozitivnih efekata, često su lica koja na osnovu poluistina, insinucija i sl. žele isključivo da nanesu štetu radnim kolegama, drugim licima, stavljajući im u sumnju čak i kriminalne radnje. Takva atmosfera najčešće prouzrokuje dugotrajne interne, disciplinske postupke, koji se završavaju često bez rezultata, ali nanose štetu, kako međuljudskim odnosima u kolektivu, tako i kroz konkretnu viktimizaciju pojedinaca.

U cilju javne promocije javnog prijavljivanja nezakonitosti, u novije vrijeme se promovišu tzv. javni prijavioci kriminalnih i drugih nezakonitih radnji, koji se popularno zovu zviždači¹⁴. Istima se nastoji obezbijediti i za-

¹⁰ Motivi lažnog prijavljivanja krivičnog djela, učinioca su veoma brojni (poslovna konkurencija, politički motivi, mržnja, osveta, seksualni motivi).

¹¹ Analize pokazuju da je broj anonimnih prijava povećan u izbornim fazama, kada se pojedinci planiraju kandidovati za određene pozicije, što im može biti izvjesna smetnja, prepreka.

¹² U suštini, radi se o lažnom prijavljivanju krivičnog djela, učinioca od strane nepoznatog učinioca, za kojim se uglavnom ne traga.

¹³ Praksa ukazuje na to da su nekada autori anonimnih prijava i sami učinioci konkretnih krivičnih djela, koji žele da istragu odvedu u sasvim pogrešnom smjeru. Stoga se mora planirati verzija da je lažni prijavitelac u stvari i mogući učinilac krivičnog djela.

¹⁴ „**Tko je zviždač?**” „Zviždač (iz engleskog to blow the whistle) je osoba koja (kao sudac u sportu zviždukom upozorava na nepravilno ponašanje) javno upozorava na ilegalne aktivnosti (primjerice korupcija, nedolično ponašanje, kršenje zakona, ili zlouporaba ovlasti) moćnih pojedinaca. Uglavnom se opisuje kao akcija hrabrih pojedinaca koji iz moralnih razloga unatoč riziku za vlastitu karijeru

konska zaštita, uz svako jačanje samoodgovornosti za istinitost prijave. Smatramo da je ovaj oblik prijavljivanja daleko moralniji, jer jača javni moral, uz sužavanje prostora za lažno prijavljivanje.

4. Kriminalistički aspekti anonimnih prijava

Kriminalistička nauka definisala je prijavu kao neoficijelni mogući način saznanja o krivičnom djelu i učiniocu¹⁵. Među brojnim prijavama navode se i anonimne prijave kao mogući način saznanja za krivično djelo, učinioca, ili neke činjenice o istom. U osnovi se konstatuje da je anonimno prijavljivanje moguće, ali da u postupanju sa istim treba biti obazriv. Kriminalistički praktični značaj anonimnog prijavljivanja predstavlja jedan od vidova saznanja za krivično djelo i učinioca¹⁶. U cjelokupnom konglomeratu načina prijavljivanja krivičnog djela, učinioca, ovaj vid prijava je dosta nepopularan i problematičan, ali i prihvatljiv.

Kriminalističko-operativna djelatnost u suštini prihvata svaku prijavu koja ima dovoljno indicijalnih sadržaja koje mogu poslužiti ili biti osnov za dalje kriminalističko operativno postupanje. Konstituisanjem kriminalističko-obavještajne djelatnosti anonimne prijave su dobile na značaju, jer predstavljaju brojnan obim podataka koje prolaze utvrđene procedure kriminalističko-analitičke djelatnosti¹⁷. Naime, osnovno pravilo je da se izvrši selekcija, ocjena istinitosti i dokazne vrijednosti anonimnog prijavljivanja. Kriminalističko-operativni interes za anonimnim prijavljivanjem sasvim je prihvatljiv, potreban, s tim da ne smije ugroziti kriminalističko-operativnu inicijativnost svakog "operativca-istražioca". Naime, jačanjem tendencije i legitimitnosti anonimnog prijavljivanja, neki pokazatelji, istraživanja, ukazuju na izvjesnu usporenost, nezainteresovanost operativnog sastava policijskih agencija za "samoinicijativnim" dobijanjem početnih saznanja o krivičnom djelu, učiniocu.

Osnovni i najkvalitetniji način saznanja za krivično djelo, učinioca, jeste neposredni operativni rad ovlašćenih službenih lica. Takvim načinom kriminalističko-operativne percepcije, selekcije i sistematizacije podataka, oba-

odlučuju javno progovoriti o nezakonitim ili neetičkim ponašanjima nadređenih osoba." (izvor: <http://www.znacenje.info/definicija/zvzdac.html>)

¹⁵ Simonović, B., Matijević, M., *Kriminalistika – taktika*, VŠUP, Banja Luka, str. 58.

¹⁶ Kriminalistička nauka ovaj način saznanja tradicionalno svrstava kao „sporan“ i problematičan, dok u savremenoj praksi dobija sve veći autoritet.

¹⁷ Bošković, M., Matijević, M., *Kriminalistika – operativa*, VŠUP, Banja Luka, str. 146–166.

vještenja, stvara se legitiman i integrativan fond podataka, obavještenja, koji mogu doprinijeti zasnivanju osnova sumnje, osnovane sumnje, istine o krivičnom djelu, učiniocu. Važno je napomenuti potrebu i kriminalističko-forenzičke obrade pismenih anonimnih sadržaja¹⁸, iz čega se takođe mogu dobiti određena saznanja, dragocjena za identifikaciju autora, ili saznanje o drugim činjenicama, dokazima.

Stoga je samo djelimično prihvatljivo “favorizovanje” anonimnog prijavljivanja krivičnog djela, učinioca¹⁹. Podsticanjem anonimnog prijavljivanja krivičnog djela, učinioca, kao i prekršaja iz raznih oblasti, pored pozitivnih dimenzija, svakako da se stvara prije svega negativna psihosocijalna atmosfera tzv. doušničkog ponašanja, cinkarenja od strane nepoznatih autora. Uzima se u obzir da znatan broj takvih prijava predstavlja izliv raznih psihosocijalnih, pa i patoloških devijacija, koje imaju za cilj da devalviraju integritet nekog lica, bez ikakvih argumenata, dokaza, dajući neosnovan povod nadležnim organima za preduzimanje daljih operativnih, pa i istražnih mjera i radnji.

Na kraju se postavlja osnovano pitanje izvjesne štetnosti takvog načina uspostavljanja i jačanja saznanja za krivičnog djelo, učinioca ako ide na štetu drugih vidova saznanja²⁰ koji su daleko kvalitetniji i koji odražavaju oficijelni rad, djelatnost nadležnih organa, kao i javnu inicijativu oštećenih, svjedoka koji su tradicionalno najčešći prijavioci krivičnih djela, učinilaca.

Praksa MUP-a Republike Srpske

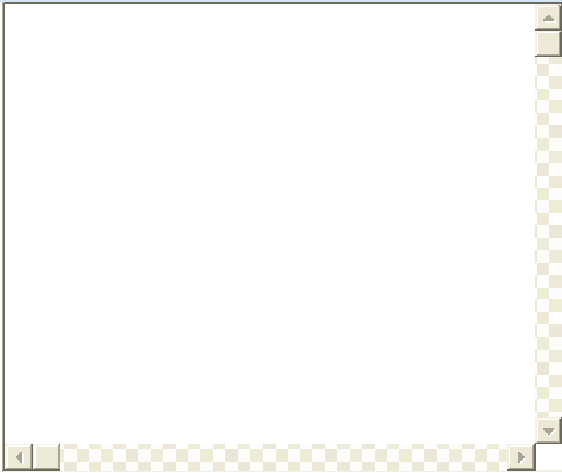

Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske je, slijedeći praksu drugih policijskih agencija u regionu, uspostavilo stalni oblik e-anonimnih prijava. Takvim činom data je mogućnost da građani mogu samoinicijativno, sasvim anonimno elektronski prijaviti svoja raspoloživa saznanja o krivičnom djelu, učiniocu²¹.

¹⁸ Grafoskopska i grafološka vještačenja mogu dati odgovore kako o tehnološkim, tako i o psihološkim karakteristikama autora.

¹⁹ U nekadašnjim propisima MUP-a o postupanju po anonimnim prijavama stajalo je da se po istima ne postupa, ali se dobijena saznanja mogu koristiti za dalje operativno istraživanje, dopunjavanje postojećih obavještenja. Danas je situacija dosta drugačija, pa se događa da se na bazi anonimnih prijava zasniva čak i zvanična istražna djelatnost.

²⁰ Najčešći vidovi saznanja za krivično djelo, učinioca, jesu prijava oštećenog, neposredni operativni rad OSL, sredstva javnog informisanja, prijava državnih organa, samoprijave, a tek onda anonimne i pseudonimne prijave.

²¹ Kreirani elektronski poziv urađen je u skladu sa kriminalističkim učenjem o elementima krivičnog djela, učinioca (Zlatna pitanja kriminalistike).

Anonimna prijava krivičnog djela	
Izaberite vrstu KD	
<input type="text"/>	
Opis KD	
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ko je počinitelj KD? 2. Šta se dogodilo? 3. Gdje se dogodilo? 4. Kad se dogodilo? 5. Kako se dogodilo? 6. S kim je bio počinitelj KD? 7. Zašto je KD izvršeno? 8. Na čiju štetu, ko je žrtva? 9. Postoje li svjedoci? 10. Napomene...
 Unesite kod sa slike : <input type="text"/>	
<input type="button" value="Обриши пријаву"/>	<input type="button" value="Пошаљи пријаву"/>

Pismene anonimne prijave koje se šalju MUP-u poštom, nadležne službe prihvataju kao i svaki drugi oblik saznanja o krivičnom djelu, učiniocu. U suštini se iste nakon određenih kriminalističko-obavještajnih procedura dostavljaju tužilaštvu u obliku obavještenja, prijave, po kojima se tužilaštvo izjašnjava o osnovanosti daljeg postupanja. Praksa tužilaštva kreće se u okviru nalaganja preduzimanja konkretnih (operativnih, istražnih mjera, radnji), ili nenalaganja preduzimanja konkretnih mjera i radnji²². Znači da je praksa MUP, kao i tužilaštva, slična organima otkrivanja i gonjenja u okruženju.

²² Policijski službenici Stanice javne bezbjednosti Mrkonjić Grad postupili su po anonimnoj prijavi da se vrši krivično djelo organizovanog kriminala trgovine oružjem, a da je osumnjičeni iz Mrkonjić Grada. Preduzimanjem operativnih mjera i radnji po zaprimljenoj prijavi i zahvaljujući dobro isplaniranim aktivnostima pronađena je veća količina oružja. Na osnovu naredbe Osnovnog suda Mrkonjić Grad, izvršen je pretres kuće, vozila i drugih prostorija koje koristi osumnjičeni i tom prilikom su pronađene automatske puške, mitraljez, pištolji i više komada municije različitog kalibra – saopšteno je iz MUP-a RS.

Praksa SIPA

Državna agencija za istrage i zaštitu među prvim je policijskim agencijama uspostavila tzv. stalnu liniju anonimnog prijavljivanja krivičnog djela učinioca. Nakon višegodišnjeg funkcionisanja ove linije, ocjene o doprinosu i kvalitetu rada ove linije su različite. Pokazatelji o broju, kvalitetu prijava²³ ukazuju na to da postoji značajan interes građana za ovakav način informisanja nadležnog organa o saznanjima za krivično djelo, učinioca. Međutim, može se primijetiti da veliki broj (više od polovine) prijava, informacija, nema potreban dokazni kvalitet, sadržaj, i da predstavljaju bezvrijedan početni operativni materijal²⁴.

5. Krivično-procesni aspekt anonimnih prijava

Krivično-procesni karakter i značaj anonimnog prijavljivanja dosta je drugačiji u odnosu na kriminalistički interes i postupak. Naime, Zakon o krivičnom postupku decidirano je definisao krivično-procesni osnov postupanja nadležnih organa (tužilaštva, policije, suda). Postojanje osnova sumnje za krivično djelo i učinioca, predstavljaju zahtijevani početni kapacitet dokaznih činjenica sadržaja da bi se naredila istraga. U slučaju da do tužioca dođu podaci, informacije, u kojima ne postoji dovoljno dokaznih sadržaja koji konstituišu osnov sumnje o krivičnom djelu, učiniocu, tužilac neće narediti istragu.

²³ Policijski službenici Državne agencije za istrage i zaštitu (SIPA) u junu 2016. godine registrovali su 384 poziva na telefonskoj liniji „Krimolovci“. U navedenom periodu od građana je zaprimljena 21 korisna informacija o počinjenim ili planiranim kaznenim djelima i počiniteljima, na osnovu kojih je sačinjeno isto toliko kriminalističko-obavještajnih izvještaja. Pored navedenog, putem elektroničkog obrasca za prijavu kaznenog djela zaprimljeno je 56 prijava, od čega jedanaest korisnih informacija o počinjenim ili planiranim kaznenim djelima i počiniteljima, na osnovu kojih je sačinjeno isto toliko kriminalističko-obavještajnih izvještaja. Najveći broj informacija odnosio se na neovlašćeni promet opojnim drogama i oružjem. Od ukupnog broja zaprimljenih informacija putem „Krimolovaca“ i elektroničkog obrasca, 32 su prosljeđene na dalje postupanje nadležnim policijskim tijelima u Bosni i Hercegovini, a po jedanaest je postupala i SIPA. U izvještajnom periodu pristiglo je 18 povratnih informacija od nadležnih policijskih i drugih tijela koje su u vezi s ranije dostavljenim informacijama zaprimljenim putem „Krimolovaca“ ili elektroničkog obrasca za prijavu kaznenog djela. Pored navedenog, policijski službenici SIPA dali su 111 savjeta građanima koji su ih kontaktirali putem anonimnog i besplatnog telefonskog broja „Krimolovci“ – 080 020 505.

²⁴ Preliminarnim istraživanjem u praksi utvrđeno je da se, pored izvjesnih pozitivnih karakteristika anonimnog prijavljivanja, ističu i negativnosti, a posebno u vidu nekonkretnosti, opštih sumnji, i sl. Zbog čega se, ulazeći u njihove konkretne provjere, gubi dragocjeno vrijeme, i troše sredstva za redovne djelatnosti službe.

Međutim, tužilac može naložiti nadležnim policijskim organima da preduzmu dalje kriminalističko-operativne radnje na prikupljanju dodatnih obavještenja, informacija o mogućem postojanju osnova sumnje o krivičnom djelu, učiniocu^{25,26}. Ovakva situacija u suštini doprinosi tome da tužilaštvo bude upoznato sa svim inicijativama potencijalnih nosioca informacija, ali i da ne dozvoli da se otvori, pokrene istraga u slučaju kada ne postoje osnovi sumnje za krivično djelo, učinioca²⁷.

U praksi je čest slučaj da se prijava o krivičnom djelu od strane anonimnih podnosilaca, građana ili pravnih lica dostavlja neposredno tužiocu. U velikom broju slučajeva se dešava da iz same prijave ne proizlaze osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo, kao ni ko je potencijalni izvršilac prijavljenog krivičnog djela (na primjer, prijavljeno odgovorno lice nekog pravnog lica bez navođenja ličnih podataka), pa tužilac ovakvu prijavu prosljeđuje određenoj organizacionoj jedinici policije kako bi njeni radnici preduzeli određene aktivnosti u cilju utvrđivanja postojanja osnova sumnje da je prijavljeno krivično djelo zaista i počinjeno, te utvrđivanja identiteta eventualnog izvršioca. Tužilac, čije aktivnosti u skladu sa zakonom počinju u trenutku postojanja osnova sumnje da je krivično djelo izvršeno, i ne može preduzimati određene radnje i mjere u smislu provjere ovakvih prijava, koje najčešće i ne sadrže dovoljno relevantnih podataka na osnovu kojih bi se mogle preduzimati neke od radnji dokazivanja propisanih zakonima o krivičnom postupku.

Praksa tužilaštava u Bosni i Hercegovini

U tužilaštvo je dostavljena anonimna prijava u kojoj podnosilac navodi da je odgovorno lice preduzeća (podnosilac navodi samo naziv preduzeća) počinilo čitav niz nezakonitih radnji u svom radu. Podnosilac smatra da je počinjeno krivično djelo i traži otvaranje istrage, podizanje optužnice i osudu izvršioca.

U ovakvim anonimnim prijavama najčešće nije naveden ni jedan dokaz koji ukazuje na postojanje osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo, niti postoje drugi podaci na osnovu kojih bi tužilac mogao utvrditi postojanje bitnih obilježja nekog krivičnog djela i donijeti naredbu o sprovođenju istrag.

²⁵ Vranješević, H., Hadžiomerović, *Istraživanje i istraživački kapaciteti*, Modu, Centar za obuku sudija i tužilaca RS.

²⁶ Ovdje se javlja kao problematično pitanje o legitimnosti, zakonitosti i načinu postupanja policijskih službenika po nalogu tužioca, a u skladu sa odredbama ZKP, i Zakona o unutrašnjim poslovima i policiji.

²⁷ Tužilačka procjena postojanja osnova sumnje od ključne je važnosti i značaja za legitimnost istrage, njen tok, i konačni uspjeh.

Na osnovu ovakvih prijava ne može se odrediti ni koje istražne radnje treba da se sprovedu, jer u prijavi nije naveden ni jedan svjedok, dokument ili bar oblast poslovanja preduzeća u kojoj su navodno počinjene prijavljene nezakonitosti. Tada tužiocu stoji na raspolaganju samo jedna mogućnost, a to je da od ovlašćenog službenog lica odgovarajuće organizacione jedinice, u konkretnom slučaju odjeljenja za borbu protiv privrednog kriminaliteta, traži da ovakvu prijavu provjeri koristeći svoja ovlašćenja koja proizlaze iz odredaba Zakona o policijskim službenicima²⁸, te da utvrdi da li postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo i koje lice je eventualni izvršilac prijavljenih radnji.

Po izvršenim provjerama i eventualno preduzetim nekim od radnji dokazivanja²⁹ (saslušanje svjedoka ili pribavljanje ovjerenih kopija dokumentacije), prikupljene podatke ovlašćeno službeno lice dostavlja tužiocu, koji nakon toga odlučuje da li će narediti sprovođenje istrage, tokom koje će po potrebi provođenje određenih istražnih radnji povjeravati ovlašćenom službenom licu, koje je već učestvovalo u radu po podnesenoj prijavi.

Praksa Hrvatske

Državno odvjetništvo u pravilu postupa samo po onim anonimnim kaznenim prijavama iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo, odnosno razumna vjerovatnost da će se izvidima o tome i prikupiti potrebni podaci. Kada se radi o kaznenoj prijavi ili drugom podnesku poznate osobe državni odvjetnik mora ili pokrenuti kazneni postupak ili toj osobi; dostaviti rješenje o odbacivanju kaznene prijave, odnosno obavijestiti je da je utvrdio kako ne postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo za koje se goni po službenoj dužnosti. Kada je primio anonimnu kaznenu prijavu ili drugi podnesak u kojem se navodi da je počinjeno kazneno djelo, odnosno ko je počinitelj, državni odvjetnik će tu prijavu ili podnesak razmotriti jednako pažljivo kao i kaznenu prijavu ili drugi podnesak poznate osobe.

Državni odvjetnik razmatra anonimnu kaznenu prijavu s posebnom pažnjom, jer uvijek postoji mogućnost lažnog prijavljivanja kaznenog djela i/ili određene osobe kao počinitelja. Za razliku od slučaja kada prijavu podnosi poznata osoba, osoba koja podnosi anonimnu prijavu ne izlaže se opasnosti

²⁸ Upravo se postavlja pitanje o legitimnosti radnji policijskih organa u skladu sa Zakonom o unutrašnjim poslovima i policiji, a koji su u izvjesnom neskladu sa odredbama Zakona o krivičnom postupku.

²⁹ Da li je dozvoljeno preduzimati tzv. radnje dokazivanja u neformalnom postupku tzv. kriminalističke kontrole od strane policijskih organa.

kaznenog progona ako je podnijela lažnu prijavu, pa postoji veća vjerojatnost prijavljivanja neke osobe s ciljem nanošenja štete toj osobi i s ciljem njezinog diskreditovanja.

Naime, ako je kaznenu prijavu podnijela poznata osoba, koja zna da nije počinjeno kazneno djelo ili zna da ga nije počinila osoba koju prijavljuje, ta osoba se izlaže kaznenom progonu (član 302 Kaznenog zakona RH) i zbog toga ne dolazi do neosnovanih prijavljivanja, odnosno takva prijavljivanja svedena su na najmanju moguću mjeru. Međutim, kada je u pitanju anonimni podnositelj, tada nema njegove odgovornosti, jer on nije poznat i može prijaviti bilo koju osobu za bilo koju radnju koje se sjeti i za koju smatra da je njome počinjeno kazneno djelo.

Stoga, državno odvjetništvo u pravilu postupa samo po onim anonimnim kaznenim prijavama iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo, odnosno razumna vjerovatnost da će se izvidima o tome i prikupiti potrebni podaci. U pravilu, to je ona anonimna prijava koja sadrži relevantne podatke o osobama i činjenicama na osnovu kojih se prijavljeno kazneno djelo može dokazati. Iskustva iz prakse pokazuju da će se raditi o utemeljenoj anonimnoj prijavi u pravilu u onim slučajevima u kojima osoba koja ima saznanja da je kazneno djelo počinjeno, koja zna ko ga je počinio, ne želi doći u državno odvjetništvo ili policiju i prijaviti to kazneno djelo, jer strahuje da će zbog toga snositi štetne posljedice. To su ozbiljne anonimne kaznene prijave u kojima podnositelj detaljno i informativno navodi ko je počinilac i kako to utvrditi, odnosno dokazati.

Po takvim anonimnim prijavama će državno odvjetništvo postupati, dok u drugim slučajevima, kada se radi samo o tvrdnjama podnositelja u vezi sa kojim ne daje nikakve podatke kako bi se te tvrdnje provjerile, državno odvjetništvo nema osnova za postupanje. Slično je i s drugim anonimnim podnescima koje prima državno odvjetništvo, a u kojima anonimni pošiljaoci navode kako je neka osoba počinila kazneno djelo bez navođenja podataka kako to i utvrditi. Ti podnesci ne daju osnova za pokretanje kaznenog progona i državno odvjetništvo po njima ne može postupati. Ono ih samo može, ako i za to ima osnova, dostaviti tijelima otkrivanja kao informaciju o mogućem počinjenju kaznenog djela ili počinitelju³⁰.

³⁰ Smatramo da je praksa državnog odvjetništva Republike Hrvatske primjenljiva i plodotvorna, jer omogućava na bazi prethodnog kvalitetnog analiziranja sadržaja anonimne prijave i njenog dokaznog karaktera dalje postupanje (Sajt DORH– Državno odvjetništva Republike Hrvatske).

6. Zaključak

Na osnovu sveukupnog analiziranja pojma, sadržaja i karakteristika anonimnog prijavljivanja deliktних radnji, može se istaći da je tradicionalni način iskazivanja saznanja od strane građana i dalje primaran u saznavnom procesu otkrivačke djelatnosti. Međutim, i ovaj oblik prijavljivanja, koji u sebi sadrži kako pozitivne i prihvatljive karakteristike, tako i negativne i škodljive implikacije, može se prihvatiti u aktuelnom vremenu kao dobrodošao i potreban.

Kako je u savremenim uslovima suzbijanja kriminaliteta sve teže obezbijediti prijavioca krivičnog djela, a posebno svjedoka, iz raznih razloga (posebno bezbjednosne prirode), sasvim je prihvatljiv i anonimni način dobijanja saznanja, o krivičnom djelu, učiniocu i drugim relevantnim podacima, koji mogu pomoći nadležnim organima u radu na otkrivanju, razjašnjavanju, dokazivanju krivičnih djela.

Iz prezentovanog sadržaja rada, a na bazi sagledavanja aktuelne policijsko-tužilačke prakse, primjećuje se da je pojačani trend i inicijativnost anonimnog prijavljivanja po sugestijama nadležnih organa, što daje mogućnost svakom građaninu da anonimno prijavi neki delikt, delinkventa.

Istovremeno se postavlja pitanje da li takav način "pasivizira" i devalvira klasični neposredni operativni rad ovlašćenih službenih lica u prikupljanju podataka, koji predstavlja tradicionalno najkvalitetniji, i najčešći način saznanja o krivičnom djelu, učiniocu. Pretjerana tehnologizacija operativnih poslova policije istu nekada stavlja u poziciju "pukog" registratora događaja bez potrebne samoinicijativnosti, gdje se pokazuje daleko veći kvalitet i integritet kriminalističko-operativne, a kasnije i istražne djelatnosti.

Svakako da je ova konstatacija tačna, i zavređuje pažnju nadležnih organa, koji bi trebalo da raspoložive anonimne prijave isključivo koriste u okviru kriminalističko-obavještajne, analitičke djelatnosti, za dalju operativnu i dokaznu dogradnju raspoloživih saznanja, za konačno jačanje njihove dokazne konstitucije.

LITERATURA

1. Bošković, M., Matijević, M., *Kriminalistika – operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, 2007.
2. Matijević, M., Mitrović, D., *Kriminalistika – operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2011.
3. Modly, D., Korajlić, N., *Leksikon kriminalistike*, Centar za kulturu i obrazovanje, Tešanj, 2002.
4. Simović, M., *Krivično procesno pravo*, Internacionalna asocijacija kriminalista, Banja Luka, 2011.
5. Simonović, B., Matijević, M., *Kriminalistika – taktika*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, 2007.
6. Vranješević, H., Hadžiomerović, *Istraživanje i istraživačke sposobnosti*, Modul, Centar za obuku sudija i tužilaca Republike Srpske,
7. Krivični zakon Republike Srpske
8. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske
9. Pravilnik o internom prijavljivanju korupcije i zaštiti lica koja prijave korupciju u Agenciju za zaštitu ličnih podataka (Sl. glasnik BiH br. 100/13
10. Sajt Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske
11. Sajt Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Hrvatske
12. Sajt Ministarstva za notarnje zadeve Republike Slovenije
13. Sajt Državne agencije za istrage i zaštitu
14. Sajt Državnog odvjetništva Republike Hrvatske
15. Sajt Tužilaštva Republike Srpske

Mile Matijević, PhD
Professor,
Faculty of Law, University of Business Studies, Banja Luka

Vuković Mladen, M.A.
Junior College of Internal Affairs, Banja Luka

CERTAIN ASPECTS OF ANONYMOUS REPORTING

Summary

In times when it is getting harder to discover criminal activities by application of traditional and classic legal means, anonymous reporting of crimes or perpetrators is becoming more popular, interesting, but also more problematic manner of collecting information on crimes or perpetrators. Primary purpose of anonymous reporting of crimes or perpetrators is to stimulate initiative of citizens that are not decisive or brave enough to publically report a crime or a perpetrator.

This paper aims at analysing the idea, content, and aspects of anonymous reporting through the prism of their both positive and negative dimensions. Namely, indicators of institutions of authority show increase in number of anonymous reports, but also that those reports often do not result in adequate percentage of quality evidence content. That fact indicates that persons often decide to falsely report some things they are not completely certain of, even to report someone with malicious intentions, which can create a number of negative implications.

It is important to analyse behaviour of respective institutions of authority in regard to anonymous reporting within the context of legal authority. That is why conceptual, psychological, and especially criminalistics and criminal processing aspects and contents of anonymous reports will be presented within jurisdiction and actions of respective institutions. Namely, nowadays, respective institutions are increasingly deciding to act upon anonymous reports, which in a way makes sense, but at the same time it creates negative implications taking in consideration that a large portion of anonymous reports is unfounded and provides insufficient grounds for suspicion for respective institutions to act upon them. Hence, the impression is made that

those institutions are wasting precious time by investigating often even extremely ungrounded contents that false reporters are presenting to respective institutions, by which even their individual investigation self-initiative is getting lost.

Key words: *anonymous reporting, unknown perpetrator, grounds for suspicion, inspection, evidence, criminal, criminal processing aspect of anonymous reporting.*

ИСТРАГА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Младенка Говедарица*

Апстракт: *Истрага се, као и кривични поступак у цијелини, изграђује на двије основне тенденције, које су, у одређеном смислу, противрјечне. С једне стране, истрага треба да буде ефикасна и омогући да ниједан учинилац кривичног дјела не остане неоткривен и некажњен, а с друге стране треба учинити све да се права грађана максимално заштите, те да лице против кога се води истрага не буде неоправдано ограничено у својим правима.*

Сам појам истраге се објашњава на различите начине, почев од тога да се ради о правном институту у смислу кривичног процесног права, затим фази кривичног поступка уопште, поступка о утврђивању и истраживању истине, до тога да се ради о врсти кривично процесне функције.¹ Пратећи досадашњу литературу, уочљиво је да преовладава схватање да је истрага фаза претходног кривичног поступка у конкретној кривичној ствари. Но, на овом мјесту је неопходно истаћи да кривични поступак као судски поступак формалноправно не почиње истрагом. Почетак редовног кривичног поступка веже се за потврђивање оптужнице од стране судије за претходно саслушање. Основа за ово јесте у члану 18 ЗКП Републике Српске који прописује посљедице покретања поступка, гдје се каже: „Када је прописано да покретање кривичног поступка има за посљедицу ограничење одређених права, ове посљедице, наступају потврђивањем оптужнице...“.

Кључне ријечи: *кривични поступак, истрага, тужилац, овлашћена службена лица.*

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

¹ Bakalović, H., *Istraga u krivičnom postupku*, Sarajevo (1979), 34–36.

1. Појам, циљ и обим истраге

Истрага је радња тужиоца који има задатак и циљ да прикупљањем доказа путем радњи доказивања расвијетли кривичну ствар до степена вјероватноће (основане сумње), како би могао да подигне оптужницу, или, пак, да донесе одлуку о обустави истраге, ако не постоје процесне претпоставке, односно, ако постоје процесне сметње за даље вођење кривичног поступка. У истрази се не изводе сви докази и не утврђују све чињенице, већ само они докази на основу којих се може одлучити о подизању оптужнице, а нарочито они докази за које постоји опасност од одлагања, тј. да се касније на главном претресу не би могли извести.²

Произлази да циљ истраге јесте на законит начин прикупити све изворе сазнања о чињеницама важним за просуђивање конкретног случаја који су потребни за доношење одлуке хоће ли се подићи оптужница или поступак обуставити. Ти извори сазнања о чињеницама су властито опажање тужиоца који истрагу води проводећи радње доказивања (испитивање осумњиченог, саслушање свједока и оштећеног, предузимање мјера за сигурност свједока и информација, вршење увиђаја и реконструкције догађаја, наређивање вјештачења). Закон не одређује који извори сазнања у конкретном случају се морају прикупити, већ то препушта тужиоцу а он то чини на темељу знања и искуства. Он не мора прикупити све доказе, већ само оне који ће омогућити доношење одлуке о наставку поступка³ кроз подизање оптужнице. Сагласно томе, циљ истраге јесте или прикупљање доказа и података који су пријеко потребни за доношење одлуке о подизању оптужнице или за обуставу истраге, или прикупљање оних доказа и података који су непоновљиви или неодгодиви.⁴ Обим истраге произлази из овог њеног циља јер се истрага обавља у оном обиму који је потребан, с обзиром на конкретан случај, да се тај циљ постигне, што орган који води истрагу цијени у сваком поједином случају, водећи рачуна о потребама цјелокупног поступка, претходног и главног. Самим тим, истрага не треба бити таква да се главни претрес сведе на просто понављање и провјеравање материјала истраге, али не може бити ни таква да због недостатака онога што је за ток главног претреса неопходно, доводи до развлачења, до честог прекидања и одлагања претреса те до лошег пресуђења, упркос

² Илић, М., *Кривично процесно право*, Сарајево (2001), 206, приредила Сијерчић Чолић, Х.

³ Крапас Д. и suradnici, *Kazneno procesno pravo (primjerovnik)*, Zagreb (2001), 71.

⁴ Pavišić, В. I suradnici, *Komentar Zakona o kaznom postupku*, Rijeka (2001), 351.

покушајима да се чињенице које су по својој природи морале да се расправе у истрази, расправе на главном претресу.⁵ Дакле, истрага треба да сакупи једну количину доказа којим се утврђује дјело и идентификује потенцијални учинилац.

2. Спровођење истраге у кривичном поступку Републике Српске

Закон о кривичном поступку Републике Српске вођење истраге повјерава тужиоцу, као и овлашћеним службеним лицима који своје активности морају предузимати под надзором тужиоца. Овлашћења тужиоца у спровођењу, руковођењу и надзору над истрагом, као и у односу на управљање активностима овлашћених службених лица везаних за проналажење осумњиченог и прикупљања изјава и доказа, чине суштински садржај улоге тужиоца у истрази. Концепт тужилачке истраге уз утврђену надлежност судије за претходни поступак показују се ефикасним, рационалним како у кривичноправном тако и организационом смислу и самим тим води ка рационализацији истраге, у смислу постизања већег степена обезбјеђења квалитета доказа о постојању или непостојању основане сумње за осумњичене. Тужилац има потпуну одговорност за спроведену истрагу која ће се цијенити у поступку одлучивања о основаности оптужнице у смислу њеног потврђивања или одбијања свих или појединих њених тачака од стране судије за претходно саслушање.

Овлашћена службена лица на основу прикупљених изјава и доказа који су им познати, састављају службени извјештај⁶ и достављају тужиоцу. Уз извјештај достављају се и предмети, скице, фотографије, прибављени извјештаји, списи о предузетим радњама и мјерама, службене забиљешке, изјаве и сви други материјали који могу бити од користи за успјешно вођење поступка, укључујући и све чињенице и доказе који иду у корист осумњиченом. Извјештај овлашћених службених лица у правилу је резултат властите оперативне дјелатности, а сам садржај у правилу је примаран чињенички супстрат – чињенички темељ за надлежност

⁵ Васиљевић, Т., Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд (2002), 461.

⁶ Ради се о класичном супстрату који је сличан некадашњој кривичној пријави, тако да су промјене више формалне него материјалне природе. Важно је напоменути да, поред овлашћених службених лица, обавезу пријављивања кривичног дјела тужиоцу или полицији (која ће тада сачинити службену забиљешку) имају грађани као и службена и одговорна лица у предузећима и установама.

тужиоца. Дакле, ради се о неформалном кривичнопроцесном акту који пружа прва сазнања надлежном тужиоцу о кривичном дјелу и његовом учиниоцу на нивоу основа сумње.⁷

Важно је рећи да достављањем извјештаја тужиоцу не би смјела престати даља обавеза овлашћених службених лица да прикупљају потребна обавјештења ако сазнају за нове чињенице, доказе или трагове кривичног дјела, након чега би требало одмах да саставе нови извјештај као допуну претходног и предају га тужиоцу. Из тога се да закључити да оперативна дјелатност овлашћених службених лица и те како утиче на развојни ток истраге јер су они, *de facto*, уз тужиоца органи кривичног гоњења.

Самим тим, на основу извјештаја⁸ тужилац може донијети двије формалноправне одлуке: наредбу да се истрага неће спроводити⁹ и наредбу за спровођење истраге. То подразумијева да извјештај мора садржавати тачан опис кривичноправних чињеница и указати на све потребне доказе који надлежном тужиоцу служе при доношењу једне од наведених одлука.¹⁰ Уколико је тужилац донио наредбу о спровођењу истраге, дужан је да предузме све потребне мјере у циљу откривања кривичног дјела, проналажења осумњиченог, руковођења и надзора над истрагом, као и управљање активностима овлашћених службених лица,¹¹ у том правцу.

Дакле, поред тужиоца, у истрази се јављају и овлашћена службена лица која имају изражену улогу јер са тужиоцем чине битну карику у свеукупном процесу – истрази, чија је сврха гоњење учиниоца кривичног дјела са циљем изрицања кривичне санкције кривично одговорном лицу од стране суда.

Однос тужиоца и овлашћених службених лица треба посматрати као однос кохерентности и усклађености јер се сама истрага састоји од оперативног рада како чињеничног тако и правног.¹² Такође, ова

⁷ Петровић, Б., Modly, D., „Извјештај овлашћених службених лица“, *Правна ријеч*, бр. 2, Бања Лука (2004), 430–431.

⁸ Пријаве оштећеног, грађана, односно установа.

⁹ У овом случају тужилац ће обавијестити оштећеног и подносиоца пријаве о разлозима неспровођења истраге у року од три дана. Оштећени и подносилац пријаве имају право да поднесу притужбу у року од осам дана канцеларији тужиоца (члан 224 став 4 Закона о кривичном поступку).

¹⁰ Петровић, Б., Modly, D., *op. cit.*, 432.

¹¹ Даничић М., Митровић Д., *Истрага је функција сарадње између тужоца и овлашћених службених лица*, Зборник радова Реформа кривичног законодавства у РС, Бања Лука (2003), 350.

¹² Врањеш, Н., „Истрага – практични однос овлашћења тужоца и овлашћених службених лица у новом ЗКП РС“, *Правна ријеч*, бр. 2, Бања Лука (2004), 469.

лица у фази истраге карактерише и принцип субординације, али и стална координација. Ради се, дакако, о конструктивној сарадњи која је свакако обавезна, али и пожељна у циљу ефикасније, и у крајњој линији квалитетније истраге. Ово прије свега јер је тужилац руководиоца истраге и као орган гоњења зна најбоље шта му је потребно за ваљан и ефикасан кривични прогон.

Члан 226 Закона о кривичном поступку прописује да, ако постоје основи сумње да је извршено кривично дјело гдје је предвиђена казна затвора преко пет година, овлашћена службена лица дужна су одмах обавијестити тужиоца те под његовим надзором предузети потребне мјере које се састоје у проналажењу учиниоца кривичног дјела, спречавању бјекства или скривања осумњиченог или саучесника, откривању и обезбјеђивању трагова кривичног дјела и предмета који могу послужити као доказ, те да прикупе све информације које могу бити корисне у кривичном поступку. Овдје се истиче надзорна улога тужиоца која се манифестује кроз стручну подршку и тумачење кривичноправних одредаба, те вођењу рачуна о заштити права грађана у поступцима овлашћених службених лица, како би прикупљени докази у истрази били правно ваљани пред судом у поступку.¹³ Уколико би овлашћено службено лице без надзора тужиоца предузело радње и мјере, не би се могла претпоставити законска одговорност тужиоца за кривично гоњење и заступање конкретне кривичне ствари пред судом, што је у ствари и сврха цјелокупне дјелатности и овлашћених службених лица и тужиоца у истрази. Надзор тужиоца није услов да овлашћено службено лице предузме мјере, већ је дужно предузети их по службеној дужности уз надзор тужиоца који само представља услов законитости тих радњи.¹⁴

Овакав став поткрепљује се и чланом 20 тачка ј) Закона о кривичном поступку, гдје је објашњен појам “истраге” (истрага обухвата активности предузете од тужиоца или овлашћеног службеног лица у складу са овим законом, укључујући прикупљање и чување обавјештења и доказа) по коме се да закључити да су овлашћена службена лица субјекти оперативног дијела истраге, узимајући у обзир специјализацију појединих органа, тј. овлашћених службених лица за откривање и истраживање одређеног вида криминала.¹⁵

¹³ Јурчевић, М., *Коментари закона о кривичном поступку*, Сарајево (2005), 59.

¹⁴ Врањеш, Н., *op. cit.*, 464–465.

¹⁵ Петровић, Б., „Овлашћена службена лица према кривичном процесном законодавству у БиХ“, *Правни савјетник*, бр. 3, Сарајево (2004), 13.

Из тога произлази да овлашћена службена лица морају пријавити све предузете истражне радње, а тужилац може да објасни овлашћеном лицу како да настави са истрагом.¹⁶

Ако се ради о дјелу гдје је запријеђена казна затвора до пет година, овлашћена службена лица дужна су обавијестити тужиоца о расположивим информацијама и истражним радњама које су преузели најкасније седам дана од сазнања за постојање основа сумње да је кривично дјело учињено.

Задати рокови су императивна наредба овлашћеним службеним лицима али је боље и сигурније да тужилац увијек буде обавијештен одмах, због чињенице да евентуално овлашћена службена лица могу погрешно оцијенити о којем се кривичном дјелу ради. Сматра се да они у овим случајевима предметни догађај треба да цијене кроз тежу и озбиљнију квалификацију кривичног дјела, те да о таквом дјелу одмах обавијесте тужиоца,¹⁷ како би се избјегло могуће предузимање мјера без надзора тужиоца, што би могло отворити питање њихове валидности и употребљивости у даљем кривичном поступку.

Овлашћена службена лица имају право предузимања радњи доказивања као што је претресање стана, просторија и лица, привремено одузимање предмета и имовине, увиђај, те потребна вјештачења (изузев прегледа, обдукције и ексхумације леша). У случају прве двије радње доказивања овлашћено службено лице може ставити приједлог суду за доношење наредбе уз претходно одобрење тужиоца, уколико само процијени да је предузимање такве радње неопходно за доказивање чињеница у оперативној фази истраге (члан 117 и 129 Закона о кривичном поступку). Радње доказивања увиђај и нека вјештачења, овлашћено службено лице може, изузетно, након обавјештавања тужиоца извршити.

Пошто сви процесни субјекти у истрази имају одређена законска овлашћења и услове поступања у складу са законом, изнијета овлашћења службених лица доказују њихову апсолутну дужност да *ex officio* воде оперативну истрагу, а тако предузете радње у истрази имају доказну снагу. Дакле, формалнопроцесно дјеловање овлашћених службених лица у истрази огледа се у мјерама и радњама које им је законодавац повјерио, те када их врше у складу са законом радње имају снагу доказа¹⁸ у кривичном поступку.

¹⁶ Даничић, М., Митровић, Д., *op. cit.*, 352.

¹⁷ Јурчевић, М., *op. cit.*, 592.

¹⁸ Шкондрић, В., *Формално правни аспекти и практична примјена полицијских овлашћења*, Зборник радова Реформа кривичног законодавства у РС, Бања Лука (2003), 273.

У односу на различите облике сумње о постојању кривичног дјела, облик сумње који је потребан за спровођење истраге јесу “основи сумње”. Они се у литератури означавају као облик вјероватности који се заснива на одређеним околностима, које опет указују на одређене могућности постојања кривичног дјела и неке особе као могућег извршиоца тог дјела.¹⁹

Сама наредба о спровођењу истраге мора да садржи податке о извршиоцу кривичног дјела уколико су познати, опис дјела из којег произлазе законска обиљежја кривичног дјела, законски назив кривичног дјела, околности које потврђују основе сумње за спровођење истраге и постојеће доказе. Наредбом се одређују околности које ће се истраживати а односе се на обиљежја кривичног дјела, односно кривицу осумњиченог.²⁰

Наредба за спровођење истраге представља интерни акт тужиоца, који нема обавезу по закону да о њеном доношењу обавијести осумњиченог, мада се сматра да би он требало да буде обавијештен, изузев ако би то могло довести у опасност циљ истраге.²¹

Тужилац почиње реализовање наредбе у правилу испитивањем осумњиченог, у пуној мјери поштујући његову личност, и поучавајући га о његовим правима,²² омогућава да сам исказ осумњиченог представља извор доказа, средство разобличавања његове кривице и заштите од неоснованог суђења. Циљеви испитивања су предочавање кривице и пружање могућности за одбрану, као и разјашњавање субјективних и објективних околности кривичног дјела, како би тужилац потврдио или одбацио основе сумње против њега.²³

Тужилац је овлашћен да предузима и све друге радње доказивања прописане законом, с тим што у неким случајевима треба да претходно добије одобрење судије за претходни поступак, чија се овлашћења у правилу и протежу у току истраге и односе се на заштиту основних права и слобода човјека која се и те како могу довести под питање у

¹⁹ Сијерчић Чолић, Х., *Коментари закона о кривичном поступку*, Сарајево (2005), 93.

²⁰ Јурчевић М., *op. cit.*, 587.

²¹ *Ibidem*.

²² Члан 143 став 2 ЗКП-а РС предвиђа право осумњиченог да није дужан изнијети своју одбрану нити одговарати на питања или супротно томе да се може изјаснити о дјелу које му се ставља на терет и изнијети доказе и чињенице које му иду у корист, да може узети браниоца који ће присуствовати његовом испитивању, да има право разматрати списе и предмете који му иду у корист, осим оних чије би откривање могло довести у опасност циљ истраге, те да има право на преводиоца.

²³ Симовић, М., *Коментари закона о кривичном поступку у БиХ*, Сарајево (2005), 234.

фази истраге. Тежиште истраге је на тужиоцу јер он заправо до поступка оптужења одлучује о свему, а суд кроз “судију за претходни поступак” одлучује само о питањима која се односе на поштовање људских права и на заштиту права на одбрану.²⁴

Сама истрага је успјешна ако је тужилац спровео у интересу правде, ако је идентификовао осумњиченог (истрага *in rem*), те прикупио довољну количину материјала који ће омогућити да се докаже на главном претресу оно што се осумњиченом ставља на терет,²⁵ с обзиром на то да резултат суђења у озбиљној мјери зависи од квалитетног и успјешног вођења истраге као почетног стадијума кривичног поступка.

Тужилачка истрага кривични поступак значајно убрзава у правцу рјешавања кривичне ствари, јер је сам тужилац активан у процесу прикупљања првих доказа што му омогућава боље познавање чињеница уколико дође до поступка пред судом и најзад растеређује се суд који се оријентише на своју основну функцију – пресуђивање кривичне ствари.²⁶

Питање које у вези са истрагом треба да се ријеша је питање момента њеног почетка, с обзиром на то да закон то није изричито ријешао, одређивање тог момента је од практичног интереса из материјалноправних, процесноправних и других разлога.²⁷

По важећем закону претпоставка за истрагу је постојање основа сумње да је извршено кривично дјело, дакле, нема основане сумње, нема одређеног лица за које постоји та основа и нема судског органа који својом одлуком потврђује такву сумњу тужиоца.²⁸ Из овога произлази да наредба о спровођењу истраге нема карактер оптужбе против осумњиченог ни у ширем смислу, тако да формално-кривични поступак није покренут па према томе нема ни фактички правних посљедица кривичног поступка.²⁹

Оно што се чини интересантним јесте законска могућност покретања истраге и у случајевима гдје није познат идентитет учиниоца кривичног дјела. Тако да поред истраге *in personam* која се води према одређеном лицу, имамо и истрагу *in rem* која се води за одређено дјело без обзира на то које ће се лице показати као учинилац.³⁰ Предност

²⁴ Спаић, Ј., *Однос јавног тужиоца и полиције са аспекта мјеста и улоге јавног тужиоца у ЗКП-у РС*, Зборник радова Реформа кривичног законодавства у РС, Бања Лука (2003), 163.

²⁵ Симовић, М., *Кривични поступци у БиХ*, Сарајево (2004), 221.

²⁶ Јекић, З., Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Источно Сарајево (2005), 294.

²⁷ Васиљевић, Т., Грубач, М., *op. cit.*, 460.

²⁸ Врањеш, Н., *op. cit.*, 458.

²⁹ То је и изричито прописано чланом 18 ЗКП-а, по коме правне посљедице покретања кривичног поступка наступају моментом потврђивања оптужнице.

³⁰ Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд (1981), 493.

оваквог рјешења лежи у чињеници да отварање истраге против непознатог учиниоца омогућава примјену радњи доказивања чак и онда када се не располаже подацима о учиниоцу. Ово је од посебног значаја код сложених кривичних дјела попут организованог криминала, корупције, тероризма, те финансијских и привредних деликата гдје је чешћи случај да се располаже подацима о одређеним активностима које би могле упућивати на кривично дјело, него о подацима који би у том стадијуму поступка указивали на учиниоца тог дјела.³¹ Намеће се да би оваква истрага као приоритетан циљ имала прикупљање података о потенцијалном осумњиченом лицу, посебно уколико се зна да тужилац не може подићи оптужницу без њеног облигаторног елемента а то је субјективни идентитет оптужног акта.

3. Завршетак истраге

По правилу, истрага се окончава када се постигне сврха истраге, тј. када се сматра да се на основу резултата изведених радњи доказивања може несметано наставити даље вођење поступка подизањем оптужнице, или када се дође до закључка да нема законских основа за даље вођење кривичног поступка, због постојања процесних сметњи или непостојања процесних претпоставки.³² Произлази да се истрага може окончати на два начина: обустављање истраге наредбом или подизање оптужнице.

Дакле, процесноправно истрага као фаза претходног поступка у кривичном поступку траје све до њеног правног окончања: подношења оптужнице или обуставе истраге.³³

У оба случаја, одлука је на тужиоцу с обзиром на то да је он руководни орган истраге од почетка до краја. У случају обуставе истраге, тужилац ће донијети наредбу којом је обуставља, а у случају подизања оптужнице забиљешку на спису. Дакле, тужилац не доноси формално рјешење о подизању оптужнице већ просто биљежење на спису са оптужницом у спису.

³¹ Јурчевић М., *op. cit.*, 582.

³² Милошевић, М., Стевановић, Ч., *Кривично процесно право*, Београд (1997), 326.

³³ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 504.

3.1. Обустава истраге

До обуставе долази на основу наредбе тужиоца који је и покренуо истрагу. С обзиром на то да је он једини овлашћен на покретање истраге, једини има и право да истрагу обустави. На овај начин се у правилу кривични поступак коначно завршава.³⁴ Основи поводом којих тужилац обуставља истрагу могу бити правни и чињенични,³⁵ а то су када је тужилац установио да дјело које је учинио осумњичени није кривично дјело, када постоје околности које искључују кривицу осумњиченог, када нема довољно доказа да је осумњичени учинио кривично дјело и ако је дјело обухваћено амнестијом, помиловањем или застаром, или постоје друге сметње које искључују кривично гоњење. Произлази да су то случајеви у којима се истрага обуставља јер не постоје извјесне законске претпоставке за вођење истраге или јер су постојале извјесне законске сметње да се поступак води.³⁶

Дакле, тужилац обуставља истрагу, ако радња није уопште кривично дјело, већ грађанскоправни или управноправни однос, прекршај, привредни или дисциплински преступ, или је правно ирелевантан догађај или пак дјелу недостаје неки елеменат општег појма кривичног дјела због искључења противправности или због искључења друштвене опасности, а нарочито и најчешће због непостојања неког посебног елемента кривичног дјела у питању.³⁷ До обуставе истраге долази и уколико нема довољно доказа да је осумњичени учинио кривично дјело које му се ставља на терет. Овдје се ради о томе да се располаже са довољно доказа да је кривично дјело учињено, међутим не постоји довољно доказа да је осумњичени и учинилац кривичног дјела.³⁸ Дакле, истрага је започета након што је утврђено постојање основа сумње да је осумњичени учинио кривично дјело. Током истраге прикупљени подаци могу ту сумњу довести у питање на два начина: а) истражне радње указују како нема доказа да је учињено кривично дјело и да почетна сумња више није одржива и б) да учињено кривично дјело јесте вјероватно, али да с тим у вези нема доказа да је осумњичени и учинилац.³⁹ Код обуставе истраге по овом основу, не би требало да тужилац цијени противрјечне

³⁴ Бејатовић, С., *Кривично процесно право (посебни део)*, Београд (1996), 62.

³⁵ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 499.

³⁶ Bayer, V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo*, Zagreb (1977), 122.

³⁷ Васиљевић, Т, Грубач, М, *op. cit.*, 487.

³⁸ Јурчевић, М., *op. cit.*, 605.

³⁹ Рајишић, В., *op. cit.*, 367.

доказе. Ова одредба има у виду случај када према резултатима истраге уопште нема доказа да је осумњичени извршио кривично дјело, а не да се оцјеном доказне снаге таквих доказа, који постоје, дође до закључка да осумњичени није учинио кривично дјело.⁴⁰ Те се оцјене врше на главном претресу, чија начела олакшавају правилну оцјену доказа.⁴¹

Само по овом основу када је истрага обустављена, некада она неће бити и коначно завршена, и то у случају када је тужилац дошао до нових доказа да је осумњичени учинио кривично дјело, односно, ако је добио додатне информације које му пружају довољно разлога за вјеровање да је осумњичени учинио кривично дјело. Тада поново отвара истрагу и наставља је уколико није наступила застарјелост кривичног гоњења. Из овог произлази да наредба о обустави истраге по овом основу не потпада под дејство начела *ne bis in idem*, што значи да се, ако су створени потребни формални и фактички услови, истрага против истог лица у односу на кога је претходно обустављена, може поново покренути.⁴² Међутим, овдје се може поставити питање оправданости довођења у везу овог основа за обустављање истраге са поменутиим начелом. Дејство начела *ne bis in idem* недвосмислено се веже за суђење пред судом и за правоснажну судску одлуку, док се у случају обуставе истраге наредбом није “водио суђење” а још мање је дошло до “правоснажне судске одлуке” тако да смо мишљења да се дејство овог начела не може посматрати на овај начин тј. поновна могућност отварања истраге не може имати за посљедицу “кршење” начела *ne bis in idem*.

Обустава истраге облигаторна је у свим случајевима када се појаве процесне сметње (застарјелост кривичног гоњења, амнестија, помиловање, као и друге сметње које искључују кривично гоњење. Тако застарјелост кривичног гоњења представља неотклоњиву процесну препреку за кривично гоњење, док амнестија и помиловање представљају законску могућност исказивања добре воље државе према онима који су обухваћени кривичним гоњењем.⁴³ У случајевима других сметњи које могу да се појаве као што је пресуђена ствар (*res iudicata*) у обзир долази њена материјална правна страна, односно, она је та процесна сметња,⁴⁴ која, уколико постоји, доводи до обуставе истраге, јер лице које је

⁴⁰ Сијерчић Чолић, Х., Вулета, Д., Хаџиомерагић, М., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Сарајево (1999), 208.

⁴¹ Васиљевић, Т., Грубач, М., *op. cit.*, 489.

⁴² Јекић, З., Шкулић, М., *op. cit.*, 312.

⁴³ Јурчевић, М., *op. cit.*, 605–606.

⁴⁴ Рајишић, В., *op. cit.*, 233.

правоснажном одлуком осуђено или ослобођено не може поново бити гоњено за исто чињенично стање.⁴⁵ Облигаторно је и доношење наредбе о обустави истраге у случају постојања процесног имунитета када се поступак не може покренути нити тећи док тај имунитет траје, а сам имунитет обухвата дјела по којима би поступак требало да се води за вријеме трајања имунитета, без обзира на то да ли је кривично дјело учињено за вријеме трајања имунитета или прије тога.⁴⁶

Овдје не спадају случајеви у којима је само привремено спријечено кривично гоњење, као што су душевно обољење, трајно или привремено, до кога је дошло по извршеном кривичном дјелу, недостатак одобрења надлежног државног органа итд. О свим овим околностима у првом реду треба да води рачуна и прибави доказе о њима тужилац, да би се избјегло неоправдано изношење ствари на главни претрес.⁴⁷

3.2. Подизање оптужнице

Зависно од резултата до којих се може доћи извођењем радњи доказивања, у већини случајева истрага се окончава постизањем њене сврхе када се сматра да се на основу прикупљених доказа и резултата истраге може несметано наставити даље вођење поступка подизањем оптужнице.⁴⁸

Тужилац окончава истрагу подизањем оптужнице када нађе да је стање ствари довољно разјашњено, што би подразумевало да је тужилац разјаснио о ком се кривичном дјелу ради, ко су учиниоци, те са којим доказима располаже.⁴⁹ Истрага треба да омогући тужиоцу да му прикупљени материјал разјасни стање ствари само у одређеној мјери, јер је истрага тек почетак утврђивања таквог стања. Није потребно прикупљање цјелокупног доказног материјала чији ће акценат бити на главном претресу.⁵⁰

У овом случају тужилац неће доносити никакву формалну одлуку, већ ће окончање истраге забиљежити у спису у форми забиљешке и подићи оптужницу.⁵¹

⁴⁵ Васиљевић, Т., Грубач, М., *op. cit.*, 488.

⁴⁶ Васиљевић, Т., Грубач, М., *op. cit.*, 488–489.

⁴⁷ Васиљевић, Т., Грубач, М., *op. cit.*, 488.

⁴⁸ Илић, М., *op. cit.*, 211.

⁴⁹ Јурчевић, М., *op. cit.*, 606.

⁵⁰ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 501.

⁵¹ Важно је истаћи да тужилац оптужницу не може подићи уколико претходно није испитао

Завршавање истраге у року од шест мјесеци од доношења наредбе за њено спровођење у сагласности је са правом осумњиченог да у најкраћем разумном року буде изведен пред суд. Међутим, интересантно је да законом није изричито наведено да се истрага мора завршити у року од шест мјесеци него да, ако не буде завршена у том року, одређене мјере предузима колегијум тужилаштва, који треба утврдити зашто истрага није завршена и које би мјере требало предузети. Обавеза извјештавања колегија тужилаштва независна је о узроцима продужавања трајања истраге.⁵²

У сваком конкретном случају колегијум тужилаштва мора да оцијени да ли су у питању субјективни или објективни разлози прекорачења⁵³ трајања истраге преко шест мјесеци. Ако би се, рецимо, радило о сложености истраге, дакле о постојању објективних разлога због којих није могло доћи до завршетка истраге, тужилаштво би могло ангажовати већи број тужилаца, као и другог стручног особља за окончање истраге, а то би било оправдано само у случају процјене да ће то довести до подизања оптужнице.⁵⁴

Као што смо већ рекли, иако закон изричито није прописао рок трајања истраге, логично је да би она врло ријетко требало да прелази шест мјесеци јер се ради о потреби брзог и ефикасног дјеловања органа у истрази. Таквим дјеловањем омогућава се не само успјех у рјешавању кривичне ствари већ се штите и права лица која су повезана кривичним дјелом, односно, предметом истраге, што се посебно односи на осумњиченог и оштећеног.⁵⁵

Закључак

Закон о кривичном поступку суштински не дефинише појам истраге нити њену сврху већ у члану 20 тачка ј) каже да истрага обухвата активности предузете од стране јавног тужиоца или овлашћеног службеног лица у складу са законом, укључујући прикупљање и чување

осумњичено лице. Дакле, уколико се одлучио да у истрази не испитује лице осумњичено за кривично дјело због довођења у опасност самог циља истраге прије радње сачињавања оптужнице, императив му је да испита осумњиченог.

⁵² Pavišić, В., *op. cit.*, 371.

⁵³ Сијерчић Чолић, Х., Вулета, Д., Хациомерагић, М., *op. cit.*, 212.

⁵⁴ Јурчевић, М., *op. cit.*, 607.

⁵⁵ Јекић, З., Шкулић, М., *op. cit.*, 312.

обавјештења и доказа. Истрага је тужилачка, тужилац је носилац истраге од почетка до краја и покреће је наредбом када постоје основи сумње да је извршено кривично дјело.

Дакле, тужилац има право и дужност да усмјерава и координише цјелокупне активности у откривању учинилаца кривичних дјела. Тиме је одређена одговорност јавног тужиоца у откривању кривичних дјела и сви органи који учествују са њим у истрази своје активности морају предузимати у складу са законом и под надзором тужиоца.

**Assistant Professor Mladenka Govedarica, LL.D.
Faculty of Law
University of East Sarajevo**

INVESTIGATION OF CRIMINAL PROCEDURE OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The Criminal Procedure Code does not define the term investigation substantially, nor its purpose, but in Article 20, item j) states that the investigation covers the activities undertaken by the public prosecutor or an authorized officer in accordance with the law, including the collection and storage of information and evidence. The prosecution's investigation means, that, the prosecutor is the holder of the investigation from beginning to end and runs the command when there are grounds for suspicion that a criminal act. Thus, the prosecutor has the right and duty to guide and coordinate the entire operation in the detection of offenders. This particular responsibility of the public prosecutor in the investigation of criminal offenses and all bodies participating with him in the investigation of their activities must be undertaken in accordance with the law and under the supervision of the Prosecutor.

Key words: *criminal procedure, investigation, prosecutor, authorized officials.*

УЛОГА ПОЛИЦИЈЕ У ДОКАЗИВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА НА ГЛАВНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Доц. др Миле Шикман*
Доц. др Велибор Бајичић**

Апстракт: Уобичајено је да се говори о улози полиције у претходном поступку, а посебно у оном његовом дијелу који се тиче истраге. Законом о кривичном поступку прописане су радње које предузимају полицијски службеници, као и надзор тужилоца над тим радњама. Криминалистичка пракса до сада (од 2003. године) у доброј мјери је разјаснила многа питања поступања полиције у истрази (али и мимо истраге) у откривању и доказивању кривичних дјела (стицање основа сумње, предузимање радњи доказивања и посебних истражних радњи, подношење извјештаја о почињеном кривичном дјелу, и др.). Ипак, улога полиције у доказивању кривичних дјела не завршава се са окончањем претходног кривичног поступка. Заправо, погрешно је размишљање и ставови да полиција нема никакву улогу на главном кривичном поступку. Напротив, њихова улога и значај може да буде од велике важности, посебно у случајевима тешких кривичних дјела, као што су предмети организованог криминалитета. У тим поступцима на главном претресу, полиција може да допринесе доказивању кривичних дјела, на најмање два начина: прво, саслушање полицијског службеника о његовим личним запажањима у вези са кривичним дјелом, и друго, саслушање прикривеног истражиоца као свједока или заштићеног свједока о сазнањима до којих је дошао у току реализације ове посебне истражне радње. Дакле, у току главног претреса може се у циљу разјашњења какве важне чињенице указати потреба да се као свједок или заштићени свједок саслуша полицијски службеник или прикривени истражилац, који су радили

* Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука.

** Министарство унутрашњих послова Републике Српске, Бања Лука.

или били ангажовани на доказивању одређеног кривичног дјела. У раду ће бити указано на правила саслушања полицијских службеника и/или прикривених истражиоца као свједока на главном претресу, проблеме који се могу појавити у вези са свједочењем те приједлоге *de lega ferenda* за уређивањем ове области.

Кључне ријечи: кривични поступак, главни претрес, полиција, полицијски службеник, прикривени истражилац.

Увод

Поступање полиције у откривању и доказивању кривичних дјела заснива се на службеној дужности која се састоји у спречавању вршења кривичних дјела, проналажењу, лишавању слободе и предаји извршилаца кривичних¹, те истраге кривичних дјела и починилаца². Организационо, инфраструктурно, кадровски и технички полицијски органи имају све претпоставке за остварење своје основне дјелатности због чега постоје у свим државама, а то су послови откривања кривичног дјела и починиоца, спречавање извршења кривичних дјела, проналажење извршилаца кривичних дјела, њихово привођење правосудним органима, те споменуте претпоставке за истрагу кривичних дјела и починилаца на начин како то прописују закони о кривичном поступку³. Дакле, иако нису субјекти кривичног поступка, полицијски службеници су, уз тужиоца, најзначајнији субјекти истраге, при чему су њихове активности вишеструке⁴, а резул-

¹ Нпр. члан 5 став 1 тачка 5 и 6 Закона о полицији и унутрашњим пословима у Републици Српској или аналогни закони на нивоу БиХ, Федерације БиХ, кантона и Брчко Дистрикта БиХ.

² Према одредбама члана 20 Закона о кривичном поступку Републике Српске у вези са чланом 226 и 227 и остале одговарајуће одредбе закона о кривичном поступку БиХ, ФБиХ и Брчко Дистрикта БиХ.

³ Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине. (2009). *Модул 1 – Поступак истраге као однос кривично-процесних радњи тужиоца и полиције*. Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине.

⁴ Тако су чланом 226 ЗКП Републике Српске прописане дужности полицијских службеника у истрази, које се огледају у обавјештавању тужиоца о учињеном кривичном дјелу (одмах или у року од седам дана у зависности од тежине кривичног дјела) и предузимању потребних мјера, под његовим надзором, да се пронађе извршилац кривичног дјела, да се спријечи скривање или бјекство осумњиченог или саучесника, да се открију и сачувају трагови кривичног дјела и предмети који могу послужити као докази и да се прикупе све информације које могу бити корисне у кривичном поступку. Чланом 227 Закона о кривичном поступку Републике Српске прописане су врсте радњи и мјера које може предузети овлашћено службено лице ради извршења задатака из члана 226, те начин и процедуре њиховог извођења. У ставу 1 овог члана одређује се да овлашћено службено лице ради извршења задатака из члана 218 може: 1) прикупљати

тати значајни. Суштина односа полиције и тужилаштва у истрази огледа се у томе да овлашћена службена лица, својим криминалистичким знањем и оперативним способностима, креирају истрагу и њихов задатак је да искажу пуну креативност, иницијативу и проактивни приступ вођењу истраге, док тужилац треба бити континуирано упознат са тим активностима. Управо се на тај начин остварује права сврха надзора тужиоца над радом овлашћених службених лица, који на такав начин усмјерава и учествује у креирању истраге⁵.

На овај начин полицијски службеници активно учествују у откривању и доказивању кривичних дјела у истрази, а радње које они предузимају имају доказну снагу (под условима и на начин прописан законом). Ипак, њихова функција у доказивању кривичних дјела не завршава се са том фазом кривичном поступка, већ се може наставити и у главном поступку⁶, прије свега на главном претресу⁷ у доказном поступку. Тако, у току главног претреса, одбрана, оптужба или суд могу предложити да се на околности конкретног случаја као свједок саслуша полицијски службеник или прикривени истражилац који је поступио у истрази⁸. У овом случају, полицијски службеници као свјedoци се саслушавају када постоји вјероватноћа да ће својим исказом моћи дати

потребне изјаве од лица, 2) извршити потребан преглед превозних средстава, путника и пртљаге, 3) ограничити кретање на одређеном простору за вријеме потребно да се обави одређена радња, 4) предузети потребне мјере у вези са утврђивањем идентитета лица и предмета, 5) расписати потрагу за лицем и стварима за којима се трага, 6) у присуству одговорног лица претражити одређене објекте и просторије, државних органа, јавних предузећа и установа, 7) обавити увид у одређену њихову документацију и 8) предузети друге потребне мјере и радње.

⁵ Шикман, М., Пена, У. (2008). „Сарадња полиције и тужилаштва у сузбијању криминалитета“, *Зборник радова: Спречавање и сузбијање савремених облика криминалитета III*, Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

⁶ Главни поступак, као стадијум кривичног поступка, обухвата скуп радњи процесних субјеката којима се дефинитивно одлучује о основаности кривичне тужбе. Цјелокупна активност у главном поступку састоји се, углавном, у суђењу, али садржи и елементе истраживања. Прелазак на главни поступак уједно значи да странке и бранилац нису искористили процесну могућност да се кривични поступак заврши на један од три начина у којима не долази до одржавања главног претреса (признање кривице, споразум о признању кривице или издавање казненог налога). Види опширније: Симовић, М., Симовић, В. (2014). *Кривично процесно право II*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, стр. 115.

⁷ Главни претрес је централни и најважнији дио кривичног поступка, чије су одредбе распоређене у седам одјељака: (1) јавност главног претреса, (2) руковођење главним претресом, (3) претпоставке за одржавање главног претреса, (4) одлагање и прекидање главног претреса, (5) записник о главном претресу, (6) почетак главног претреса и (7) доказни поступак. Симовић, М., Симовић, В. (2014). *Кривично процесно право II*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, стр., 116

⁸ Не треба посебно наглашавати да је свједочење општа дужност свих лица, домаћих и страних држављана, која бораве на територији БиХ, уколико законом нису ослобођена те обавезе.

обавјештења о кривичном дјелу, учиниоцу и о другим важним околностима⁹ (члан 146 ЗКП РС). У потпуности је јасно да се на њих односе све одредбе Закона о кривичном поступку које се тичу свједочења као радње доказивања. Поред тога, Закон о кривичном поступку Републике Српске у члану 240 прописује могућност да се прикривени истражилац и информатор, као и лица која су спровела посебне истражне радње (полицијски службеници), могу саслушати као свједоци или као заштићени свједоци о току спровођења радњи или о другим важним околностима. Наравно, у случају када се саслушавају као заштићени свједоци, на њих се односе одредбе Закона о заштити свједока у кривичном поступку¹⁰.

Полицијски службеник као свједок у кривичном поступку

Као свједоци позивају се лица за која је вјероватно да ће моћи да дају обавјештења о кривичном дјелу и учиниоцу, као и о другим важним околностима. Који ће свједоци бити позвани у поступак и у којем броју, одлучују странке, бранилац и суд.

У ту сврху као свједок у главном поступку може се појавити и полицијски службеник, који се може саслушати као свједок само на околности чији предмет исказа јесу чулна опажања неке чињенице из прошлости, важне за кривични поступак.¹¹ Заправо, није риједак случај да се припадници полиције у главном кривичном поступку предлажу као свједоци те да у том својству буду и испитани. Разлог појављивања полицијског службеника као свједока на главном претресу јесу чињенице које се односе на начин предузимања појединих оперативно-тактичких или радњи доказивања, односно записника, извјештаја и службених забиљешки који се сачињавају приликом предузимања радњи доказивања или других оперативно-тактичких радњи¹². Исто тако, често

⁹ Свједочки исказ је изјава лица које није главни процесни субјект, дата судији у току поступка о чулном опажању неке чињенице из прошлости која има значаја за конкретан предмет кривичног поступка, у циљу доказивања те чињенице. Симовић, М., Симовић, В. (2013). *Кривично процесно право*. Бихаћ: Правни факултет, стр. 416.

¹⁰ У Републици Српској 2003. године је усвојен Закон о заштити свједока у кривичним поступку (Службени гласник број 48/03), док је на нивоу БиХ, исте године, одлуком високог представника наметнут Закон о заштити свједока под пријетњом и угрожених свједока (Службеном гласнику БиХ, број 3/03, 21/03, 61/04, 55/05).

¹¹ Симовић, М., Симовић, В. (2013). *Кривично процесно право*. Бихаћ: Правни факултет, стр. 416.

¹² Наведена пракса може се пронаћи у Одлуци Врховног суда Републике Хрватске: „Ту прикривену извидну радњу којом се, за разлику од посебних извида прописаних у чл. 180. ст. 1. та.

се дешава да су записници и извјештаји које сачињава полицијски службеник у истрази неразумљиви и непотпуни. У циљу бољег разумијевања сачињених записника и извјештаја, односно њихове квалитетне допуне и разјашњавања, као свједок на главни претрес може се позивати полицијски службеник који је предузео конкретну радњу доказивања и сачинио наведена писмена.¹³ Поред тога, полицијски службеници могу да буду испитани и на околности личног запажања у вези са кривичним дјелом и учиниоцем, као и другим околностима битним за процес доказивања кривичног дјела¹⁴.

Исто тако, полицијски службеник као свједок може да бити испитан и на околности чињеница до којих је дошао и посредно преко другог лица, тзв. свједочење по чувењу, у ком случају он наводи извор сазнања¹⁵. Наиме, иако се ради о особама које имају сазнања о чињеницама важним за кривични поступак, судови су дужни водити рачуна јесу ли полицијски службеници који се испитују као свједоци да ових сазнања дошли обављањем своје службене дужности, о чему би и иначе били дужни сачинити посебне биљешке о обављеним разговорима са грађанима, или

3. ЗКП-а, посматра одређено мјесто, а не особа или предмет, полиција је овлаштена предузимати према одредби чл. 98. ст. 2. т. 1. Правилника о начину полицијског поступања, ако оправдано оцијени да другим мјерама не може открити кривично дјело или учиниоца. Према томе о свим чињеницама које су учили припадници полиције, који су предузимали ову тактичко-техничку мјеру у поступку изvida кривичног дјела, они могу током кривичног поступка исказивати, па исказ свједока А. Д. о томе што је уочио посматрајући простор стана оптуженог није незаконити доказ, као што погрешно сматра жалитељ“. Према: Одлуци Врховног суда Републике Хрватске, број И Кж-37/03. У: Кос, Д. (2005). „Битна повреда одредаба казненог поступка – незаконити докази“, *Актуална питања казненог законодавства*, 189–229.

¹³ Приликом спровођења акције од стране припадника Јединице за посебне истраге МУП-а РС лишена су слободе два саобраћајна полицајца која су примила мито у вриједности од 200 КМ узимањем прехранбених производа из магацина робе гдје је радило лице које је контролисано у саобраћају. У овом предмету полицијски службеници који су спроводили акцију позвани су као свједоци на главни претрес у циљу разјашњавања да ли се у конкретном случају радило о предузимању посебних радњи доказивања за шта нису постојале потребне наредбе. Тек након саслушања полицијских службеника и њиховог детаљног образлагања тока саме акције суд је утврдио да се није радило о посебним истражним радњама и окончало поступак пресудом којом се саобраћајни полицајци проглашавају кривим.

¹⁴ Наведени став изражен је у Одлуци Врховног суда Републике Хрватске: „Супротно ставу оптуженог нема сметње да се припадници полиције саслушају као свједоци о ономе што им је познато о кривичном дјелу, учиниоцима и о другим чињеницама везаним за кривични поступак, осим што се тиче обавијести добијених од оптуженог на основу чл. 177. ЗКП“. Према: Одлуци Врховног суда Републике Хрватске, број И Кж-4/00

¹⁵ Таково гледиште заузето је и у Одлуци Врховног суда ФБиХ: „На главном претресу суд може дозволити испитивање неке особе као свједока, не само на околности које је свједок сазнао из непосредног опажања, већ и на околности о којима је свједок сазнао од друге особе (тзв. свједочење по чувењу)“. Према: Одлука Врховног суда ФБиХ, број КЖ-495/05 од 16.03.2006. године.

њихова сазнања о тим чињеницама нису повезана са обављањем њихове службене дужности. Судови су у пракси широко користили материјал полиције, прибављен на основу прикупљања обавјештења од грађана прије свега саслушањем полицијског службеника, који је прикупљао обавјештење, као свједока. У таквим ситуацијама полицијски службеник би могао бити саслушан као свједок о чињеницама које се не односе на изјаве дате пред њим, већ о његовим личним запажањима у вези са кривичним дјелом. У случају да настане ситуација да се лице које је дало обавјештење не може саслушати као свједок, то даје право суду да о садржини тих обавјештења саслуша као свједока полицијског службеника који је примио то обавјештење. Због тога, у односу на њихово испитивање, најчешће долази до изражаја примјена доктрине плодова отровне воћке. Судска пракса у томе заузела је јасан став да се полицијски службеници не смију испитивати на начин да се њиховим исказом у спис предмета инволвира њихово сазнање које су добили извршавајући своје дужности у смислу откривања кривичног дјела, обављањем разговора са грађанима, о чему би и иначе били дужни сачинити посебне забиљешке о обављеним разговорима са грађанима, или се ради о њиховим сазнањима па и у вези са обављањем њихове службене дужности, али до којих су дошли властитим опажањем¹⁶. Уколико се у спису предмета ипак нађе такав дио исказа, он представља незаконити доказ¹⁷, али не као цјелина, већ само у том дијелу у коме се у спис предмета инволвира садржај сазнања из откривања кривичног дјела¹⁸.

¹⁶ Кос, Д. (2005). „Битна повреда одредаба казненог поступка – незаконити докази“, *Актуална питања казненог законодавства*, 189–229.

¹⁷ Овај став образложен је у Одлуци Врховног суда Републике Хрватске: „Наиме, у наведеним дијеловима записника свједок Р. С. је пред истражним судијом препричао садржај свог разговора, што га је као припадник полиције водио са III-опт. Т. К., а без присутности браниоца тог оптуженог. У складу са одредбом чл. 177. ст. 6. ЗКП, једино се записници полиције о исказу осумњиченог у надлежности браниоца (према одредби ст. 5. л. 177. ЗКП) могу користити као доказ у кривичном поступку, па недвојбено произлази да се записници полиције о исказу осумњиченог без присуства браниоца уопште не могу користити као доказ у кривичном поступку. Како је Р. С. припадник полиције, који је као свједок пред истражним судијом исказивао, између осталог, и о садржају свог разговора за III – опт. Т. К., а тај разговор је вођен без присутности браниоца III – оптуженог, сасвим је јасно да записник о исказу тог оптуженог, као и исказ свједока којим се препричава садржај таквог разговора, представљају законом забрањене доказе, односно доказе за које се сазнало из тих доказа, а према л. 9. ЗКП“. Према: Одлуци Врховног суда Републике Хрватске, број И Кж-650/00. У: Кос, Д. (2005). „Битна повреда одредаба казненог поступка – незаконити докази“, *Актуална питања казненог законодавства*, 189–229.

¹⁸ Овакав став образложен је Рјешењем Врховног суда ФБиХ: “Пошто је свједок М.М. на мјесто догађаја приступио као овлаштена службена особа и изјаву од будућег оптуженог није прибавио у складу са чланом 92. ЗКП ФБиХ, онда овај свједок приликом испитивања на главном претресу пред првостепеним судом се није могао изјашњавати о томе шта му је као овлаштеној

Не треба посебно наглашавати да ће полицијски службеници, као свједоци, бити испитани на начин и под условима прописаним Законом о кривичном поступку, дакле на јавном главном претресу,¹⁹ усмено, непосредно, уз уважавање начела контрадикторности главног претреса,²⁰ чији је смисао доказивање од стране тужиоца оптуженом да је предузимањем или пропуштањем дужног предузимања одређених радњи остварио битна обиљежја кривичног дјела за које би био проглашен кривим и за које би му у законитом поступку била одмјерена примјерена казна²¹. У том смислу приликом извођења доказа они могу бити директно, унакрсно и додатно испитани²². Директно испитивање обавља страна која позива свједока, али судија, односно вијеће, може у сваком тренутку поставити питање свједоку одговарајуће питање (члан 276 став 3). Дозвољено је испитивање свједока од странке, односно браниоца који је позвао свједока (директно испитивање), затим испитивање тог свједока од супротне странке, односно браниоца (унакрсно испитивање) и поновно испитивање свједока од странке, односно браниоца који га је позвао. У случају полицијских службеника као свједока за очекивање је да директно испитивање обавља оптужба, односно тужилац или пак сам судија²³. Питања свједоку од супротне странке (унакрсно

особи, поводом предметног догађаја рекао будући оптужени, јер се таквим свједочењем поступа супротно одредби члана 234. став 3. ЗКП ФБиХ. У складу с тим, исказ свједока М.М. са записника о главном претресу одржаном пред првостепеним судом у дијелу у којем се он изјашњавао о садржини онога шта му је поводом предметног догађаја рекао будући оптужени се има сматрати незаконитим доказом, те се на њему, у складу са чланом 11. став 2. ЗКП ФБиХ, није могла засновати одлука суда”. Према: Рјешење Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, број: 58 0 К 059937 12 Кжж од 16.05.2012. године.

¹⁹ Осим у законом прописаним условима искључивања јавности, за цијели главни претрес или један његов дио, ако је то у интересу државне безбједности или ако је то потребно ради чувања државне, војне, службене или важне пословне тајне, чувања јавног реда, заштите морала у демократском друштву, лич- ног и интимног живота оптуженог или оштећеног или заштите интереса малолетника или свједока (члан 251).

²⁰ Према начелу контрадикторности, свака странка има право да оспорава доказе и ставове супротне странке. У том смислу, писано или усмено свједочење, документ и други писани материјал сматра се доказом само ако га као таквог прихвати суд, и то пошто саслуша аргументе странака у поступку. Другим ријечима, докази не постоје изван судског поступка. Види опширније: Симовић, М., Симовић, В. (2013). *Кривично процесно право*. Бихаћ: Правни факултет, стр. 135–136.

²¹ Кос, Д. (2001). „Заштита идентитета свједока – теоријски практични аспекти“. *Хрватска правна ревија*, број 2/2001, 101–110.

²² Види Ђурђић, В. (2013). „Утврђивање чињеница у кривичном поступку“. *Правна ријеч*, (37), 475–488.

²³ Наиме, свједок прича о теми коју је одредио испитивач: питања су тематска и описна. Надаље, питања треба да буду јасна и разумљива за све учеснике у поступку, а исказ свједока – потпун, чиме се искључује или сужава простор за унакрсно испитивање.

испитивање) ограничавају се и односе на питања која су претходно постављена током испитивања свједока од странке која је позвала свједока и питања у корист властитих тврђења. Претпоставити је да ће ова питања полицијском службенику, од стране одбране, бити усмјерена на питање његовог кредибилитета с једне стране, и пристрасности, с друге стране. Поред тога, настојања одбране ће бити и у довођењу у питање исправност саслушања полицијског службеника као свједока, будући да је у конкретном случају поступао као овлашћено службено лице. Питања на поновном испитивању свједока од странке која га је позвала ограничавају се на питања постављена током испитивања свједока од супротне странке. То је процес по којем странка која позива свједока може тражити да објасни или разјасни одређене тачке које су се појавиле у унакрсном испитивању, а дјелују неповољно за њихов предмет. Поновно испитивање је, стога, могуће само тамо гдје је обављено унакрсно испитивање, и ограничено је на питања постављена у унакрсном испитивању. Након што свједок буде испитан, судија, односно предсједник и чланови вијећа могу му постављати питања.

Прикривени истражилац као свједок у кривичном поступку

У уводном дијелу нагласили смо да се прикривени истражилац²⁴ може испитати као свједок или заштићени свједок у кривичном поступку²⁵. У зависности од статуса, зависиће и начини испитивања прикривеног истражиоца на главном претресу. Прикривени истражилац својом дјелатношћу може обезбиједити двије врсте доказа: *прва*, подаци који сами по себи могу да представљају доказ у кривичном поступку и *друга*,

²⁴ Према законској дефиницији, прикривени истражилац је посебно обучено овлашћено службено лице које истражује под измијењеним идентитетом. Прикривени истражилац смије под својим измијењеним идентитетом учествовати у правном промету. Уколико је то неопходно за формирање и одржавање тог идентитета, могу се израдити, измијенити или користити одговарајућа документа (члан 234 став 6 ЗКП РС).

²⁵ Иако правила криминалистике налажу да прикривеног истражиоца не би требало излагати давању јавног исказа у улози свједока, већ би он требало да остане анониман (осим за узак круг људи у полицији и суду), како током трајања ангажовања тако и након његовог завршетка, у пракси често долази до ситуације да се прикривени истражилац појављује као свједок пред судом. Нпр. Тужилаштво у приједлогу доказа које треба извести тражи да се као свједоци саслушају прикривени истражиоци бр. 1 и бр. 2 на околности провођења посебних истражних радњи симулираног откупа на подручју Републике Хрватске, чије ће присуство на главној расправи осигурати Тужилаштво БиХ. Види: Оптужницу Тужилаштва БиХ број КТ-346/06 од 20.07.2006. година.

подаци који сами по себи не представљају доказ у кривичном поступку, већ су дио сазнања до којих је дошао прикривени истражилац, и моћи ће да добију доказни значај уколико их у току свог исказа у својству свједока суду презентује сам прикривени истражилац. У прву групу података улазе непосредни докази, нпр. писмене исправе које је прикривени истражилац прикупио или фотокопирао, средства извршења кривичног дјела, предмети прибављени кривичним дјелом до којих је дошао прикривени истражилац и слично. Другу врсту података представљају информације до којих је прикривени истражилац дошао током свог ангажовања у криминалној организацији, које нису материјалног карактера већ представљају лична искуства и доживљај прикривеног истражиоца, односно које је он лично запазио или чуо и које могу добити доказни значај једино у случају ако их прикривени истражилац изнесе у форми исказа на суду²⁶. Сматра се да је дјелатност прикривеног истражиоца најефикаснија када се током његовог ангажовања обезбиједи посредни — материјални докази. Дјелатност прикривеног истражиоца усмјерена је на откривање доказа о криминалној дјелатности чланова организованих група. У покренутом кривичном поступку могу се користити подаци, који, сами по себи, представљају доказ, али и сазнања прикривеног истражиоца, који, као свједок, презентује суду. У првом случају, ријеч је о писменим исправама прикупљеним дјелатношћу прикривеног истражиоца, средствима за извршење кривичних дјела, предметима прибављеним извршењем кривичних дјела припадника групе, снимцима комуникација припадника групе, и слично. С друге стране, све информације које је прикривени истражилац прибавио, а које се нису материјализовале кроз конкретне материјалне доказе, могу добити доказни кредибилитет његовим саслушањем у својству свједока на главном претресу²⁷.

²⁶ Због тога је битно да се прикривени истражилац добро припреми, правилно усмјери тако да не смије ни у једном моменту, ниједном радњом да доведе у сумњу и угрози свој положај, чак и када би се радило о радњи којом би се обезбиједио материјални доказ.

²⁷ Нпр. у Пресуди, Суд БиХ очигледно је комбиновање изјаве прикривеног истражиоца и материјалних доказа које је исти прикупио, као и других доказа, прије свега коришћења осталих посебних истражних радњи: “Наиме, из изјаве свједока – прикривеног истражитеља кодног имена ‘Адо’ произлази да је исти био у контакту са оптуженим Шешељем, са којим је договорио куповину опојне дроге ‘скунк’. Свједок наводи да је до првог сусрета са оптуженим дошло крајем 2009. године, којом приликом му је оптужени говорио да је активан у дистрибуцији наркотичких средстава са територије Црне Горе на подручје БиХ. У изјави стоји и да је оптужени тада рекао да је код њега најисплативије пребацивање модификоване марихуане, односно ‘скунк’-а из Црне Горе и да би могао и њима продати по цијени од 1.200 евра по килограму. Свједок је даље детаљно описао како је дошло до првог договора око продаје опојне дроге 04.02.2010. године, у износу од 10 килограма. Из изјаве је видљиво и на који начин је дошло до продаје уговорене количине

У случајевима када из оправданих – објективних разлога, прикривени истражилац не може да обезбиједи материјалне доказе, или када они нису довољни, суд ће, по правилу, одлучити да га саслуша у својству свједока, на околности сазнања која је прикупио током ангажовања. Саслушање прикривеног истражиоца као сведока факултативног је карактера, односно оно представља само одређену процесну могућност²⁸.

опојне дроге, односно како је обављена радња симулираног откупа дана 26.03.2010. године. Изјаву свједока у цијелости потврђује и приложена Фото-документација од 29.03.2010. године, из које су видљиви пакети предане опојне дроге, као и Службени извјештај, број 17-02/7-04-1-23/10 од 29.03.2010. године, сачињен од стране прикривених истражитеља кодних имена 'Адо' и 'Дино' у којем се потврђује да су исти, наведеног дана, примили од оптуженог 8 паковања опојне дроге 'скунк'. Уједно се указује и на присуство лица под надимком 'Шок', за које је утврђено да је оптужени Врећа, које је превозило опојну дрогу, односно прво донијело пробни узорак, а касније довезло уговорену количину на лице мјеста, након чега је обављен симулирани откуп. Надаље, прикривени истражитељ 'Адо' у изјави описао је радње подузете око организације другог симулираног откупа, наводећи да је заједно са прикривеним истражитељем 'Дином' дана 03.04.2010. године договорио састанак са оптуженим Шешелџем, након чега су се са истим састали у Неуму, којом приликом је уговорена продаја опојне дроге 'скунк' у количини од 20 до 30 килограма. Према наводима свједока, оптужени је рекао да ће им се јавити када опојну дрогу пребаци из Црне Горе у БиХ. Свједок је такођер детаљно описао ток другог симулираног откупа, који је обављен 17.04.2010. године, наводећи да су на лицу мјеста били присутни оптужени Шешелџ и лице по надимку 'Шок', како је опојна дрога претоварана и пребачена у његово возило, те како је напосљетку дошло до пресретања од стране полицијске контроле. Наведено је такође потврђено службеним забиљешкама и службеним извјештајима прикривених истражитеља, раније наведених датума и бројева, као и уложеном фото-документацијом од 17.04.2010. године. Надасве, да је предмет симулираног откупа била опојна дрога, потврђено је вјештачењем биљне материје од 19.04.2010. године. Коначно учесталост контаката између оптужених, њихову повезаност и улоге, потврђују и резултати проведених посебних истражних радњи, односно уложени транскрипти прикривеног истражитеља кодних имена 'Адо'. Свједок указује на оптуженог Шешелџа, као на лице које је инсистирало на договорима, продаји дроге, а надасве битно је имати у виду и обећање оптуженог да ће звати након што опојну дрогу пребаци из Црне Горе. Свједок је детаљно описао и учешће оптуженог Вреће у инкриминисаним радњама, наводећи да је исти доносио и превозио опојну дрогу, учествовао у продаји исте, организујући превоз. Такође, из проведених посебних истражних радњи – надзор и техничко снимање телекомуникација, видљив је однос оптужених према дјелу и њихово хтијење да исто изврше. Темељем свега напријед наведеног, утврђено је да постоји довољно доказа о кривичи оптужени, те је Суд, уз претходно утврђено испуњење осталих услова из члана 231. став 6. тачка а) до е) ЗКП БиХ, прихватио уложене споразуме²⁹. Према: Пресуда Суда Босне и Херцеговине, број: Х-К-10/872, од 05.08.2010. године

²⁸ Могућност саслушања прикривеног истражитеља у својству свједока регулисана је на одговарајући начин и на међународном плану, гдје постоје и неке препоруке које рјешавају ово питање и које државе треба да слиједи. Оне, додуше, нису правно обавезне (јер, ријеч је о препорукама), али су важне зато што долазе од релевантних међународних фактора и изражавају одговарајући цивилизацијски стандард. Ријеч је о Препоруци Но. Р (97) 13 коју је донио Комитет министара Савјета Европе која у додатку који се односи на застрашивање жртава и права одбране, под бројем III, говори о специфичним правима и поступку који треба усвојити ради успјешне борбе против застрашивања свједока код организованог криминалитета. Међутим, Препорука изричито наглашава да сва ова посебна правила морају увијек да обезбиједи два услова: а) да изражавају неопходан баланс (равнотежу) између превенције криминалитета

У кривичном поступку прикривени истражилац може да се појави у процесној улози свједока, мада то законодавац није стриктно одредио, сасвим је јасно да се предмет свједочења прикривеног истражиоца односи на податке које је прикупио током свог ангажмана у својству прикривеног истражиоца, а прије формално покренутог кривичног поступка. По логици ствари, дио његовог исказа ће се у многим ситуацијама односити на његова индиректна сазнања до којих је дошао током контакта са припадницима организоване криминалне групе, што значи да ће он тада спадати у категорију деривативних сведока (свједоци „по чувењу“). Доказни кредибилитет таквих његових исказа (када наступа као деривативни сведок) цијени се према општим правилима у складу са начелом слободне оцјене доказа и на темељу слободног судијског увјерења, али је начелно увијек мањи степен доказног кредибилитета исказа који се односе на посредна сазнања у односу на оне који садрже непосредна сазнања свједока, па се ово правило мора примијенити и када је у питању саслушање прикривеног истражиоца као свједока²⁹. Поред тога, дио исказа прикривеног истражиоца у својству свједока у кривичном поступку може се односити и на објашњавање начина на који је дошао до одређених других доказа, прије свега материјалних (на примјер, како је дошао до одређених предмета средстава извршења кривичног дјела, оригиналних докумената или њихових фотокопија и сл.), односно којим је методама и на који начин обављао тајно снимање телефонских и других разговора, те како је ушао у туђи стан и друге просторије³⁰. Овакви искази прикривеног истражиоца нису неопходни сами по себи, а чак објашњавање неких „техничких“ детаља који се односе на начин прикупљања одређених информација (посебно у вези с монтирањем прислушних уређаја), није пожељно, односно ти се подаци у многим ситуацијама морају чувати као службена тајна, да би се тако обезбиједила њихова ефикасност и у неким будућим случајевима. Таква ће објашњења ипак бити потребна, уколико се појави разумна сумња да је прикривени истражилац на примјер, „исфабриковао“ доказе, односно на други начин злоупотребио своја овлашћења, што све, наравно, зависи од процјене суда који води поступак³¹. С друге стра-

и права окривљеног на фер суђење и б) да осигурају одбрани да има адекватну могућност да приговори, оспори доказе који су дати од сведока. У: Симовић, М. (2005). *Практични коментар закона о кривичном поступку Републике Српске*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.

²⁹ Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Београд: Службени гласник, стр. 540.

³⁰ Шкулић, М. (2005). „Прикривени иследник – законско решење и нека спорна питања“, *Безбедност*, 3/05, 386.

³¹ *Ibidem*.

не, с обзиром на то да прикривени истражилац који дјелује унутар криминалне организације, или у контакту са припадницима криминалних организација, унапријед поуздано зна да постоји могућност, или чак изразита извјесност, да буде позван и испитан као свједок о околностима које је том приликом опазио, односно чињеницама које је приликом свог прикривеног ангажовања сазнао³². Ово никако није уобичајено за друге категорије свједока, због чега се у пракси може очекивати и извјесна квалитативна разлика између исказа које дају други просјечни свједоци и оних које ће у својству свједока давати прикривени истражиоци, који су унапријед, већ у вријеме дешавања одређених догађаја, посједовали свијест да ће о тим догађајима највјероватније свједочити у кривичном поступку, односно да постоји таква могућност³³.

Дакле, потреба саслушања прикривеног истражиоца као свједока условљена је специфичношћу доказа које он прибавља, јер у процесном карактеру радње које предузима прикривени истражилац су неформалне. Изузетак постоји само у случају када се прикривени истражилац саслуша у својству свједока, што би требало да буде изузетак, а не правило.³⁴ Неформални карактер резултата рада прикривеног истражиоца све док он евентуално не буде саслушан као свједок, противи се самој идеји и циљевима новелирања кривичног поступка криминалистичким институтима којима се обезбјеђују чврсти докази у кривичном поступку. Проблем доказивања управо јесте највећи проблем тог поступка. Запажања прикривеног истражиоца драгоцјена су због њихове непосредности. Техничка регистрација чињеница је изузетак због повећане опасности да мјера буде разоткривена и живот прикривеног истражиоца угрожен. Зато је дефинисање начина доказивања неопходно, и то уз уважавање положаја прикривеног истражиоца.³⁵ Међутим, процесуалисти се не слажу са таквим мишљењем које иде ка приједлогу да давање процесне вриједности прикривеном истражиоцу постане правило, већ сматрају да је постојећи процесни карактер његових радњи сасвим оправдан.³⁶

³² Делибашић, В. (2016). „Прикривени иследник“, *НБП – Журнал за криминалистику и право*, (1), 81–98

³³ Шкулић, М. (2007). *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, стр. 501–502.

³⁴ Бејатовић, С. (2005). „Кривичнопроцесна питања нових метода откривања и истраг кривичних дјела организованог криминалитета“, *Зборник радова: Организовани криминалитет – стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија, стр. 85.

³⁵ Милетић, С. (2005). „Прикривени иследник као средство нормативног реаговања против организованог криминала“, *Зборник радова: Организовани криминалитет – стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија, стр. 270–271.

³⁶ Бејатовић, С. (2005). „Кривичнопроцесна питања нових метода откривања и истраг кривичних дјела организованог криминалитета“, *Зборник радова: Организовани криминалитет – стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија, стр. 85.

Када је у питању начин саслушања прикривеног истражиоца као свједока, законодавац се није упуштао у његово детаљније регулисање, па се у том погледу примјењују општа правила саслушања свједока, а уколико се саслушава као заштићени свједок, онда се примјењују правила која важе за саслушање те категорије свједока. Тако прикривени истражилац може бити саслушан и јавно, али технички изведено тако да се не открије идентитет свједока. Даље, прикривени истражилац има сва права и дужности као и сваки други свједок. Ипак, од других свједока прикривени истражилац се разликује и по томе што он не може бити саслушан као свједок по чувењу о ономе што је сазнао од грађана, ако се ради о изјавама које је сазнао од осумњичених и пресумптивних сведока³⁷. Поред тога, свједок се саслушава појединачно, одговоре је дужан давати усмено, има право да не одговори на поједина питања, итд., а све у складу са општим правилима саслушања свједока. Прикривени истражилац, као свједок, може се испитивати директним, унакрсним или поновним испитивањем, а важе исти описани принципи као за испитивање полицијског службеника као свједока, односно саслушање свједока уопште.

Полицијски службеник и прикривени истражилац као заштићени свједок

Кључно питање саслушања полицијских службеника, а нарочито прикривених истражилаца, јесте заштита њиховог идентитета у току свједочења, тј. њихов статус као заштићени свједок. Према одредбама Закона о заштити свједока, у кривичном поступку постоје двије категорије заштићених свједока и то свједок под пријетњом и угрожени свједоци. Полицијски службеници или прикривени истражилац били би свједоци под пријетњом, јер је то онај свједок чија је лична безбједност или безбједност његове породице доведена у опасност због његовог учешћа у кривичном поступку, као резултат пријетњи, застрашивања или сличних радњи које су везане за његово свједочење³⁸

³⁷ Сведровић, М. (1998). „Положај брањеница у казним поступцима за казнена дела у свези са организованим криминалитетом“, *ХЛЖП*, vol. 5. број 2/1998, стр. 886.

³⁸ Из законске дефиниције недвосмислено је да се тражи конкретна опасност за личну или породичну безбједност свједока, а не само апстрактна опасност. Уколико се лице које жели свједочи хоће квалификовати као “свједок под пријетњом“, није довољна само претпоставка да постоји опасност по његову безбједност или безбједност његове породице. Постојање опасности мора бити конкретизовано чињеницом постојања пријетњи, застрашивања или сличних радњи које су непосредно везане за свједочење. Закон успоставља јасну везу између постојања опасности за безбједност свједока или његове породице и већ учињених пријетњи, застрашивања или сличних радњи. Дакле, пријетње, застрашивање или сличне радње према свједоку или члану њего-

(члан 3 став 1 Закона о заштити свједока).

У литератури у вези са сведочењем прикривеног истражиоца постоје одређена супротна гледишта, која се огледају у сљедећим дилемама: *прво*, да ли прикривеном истражиоцу треба омогућити инструмент заштите идентитета, с обзиром на то да се ради о полицијском службенику, који је, поред осталог, дужан изложити се опасности³⁹, а управо излагање опасности је основни критеријум код додјела статуса заштићеног свједока; *друго*, да ли статус заштићеног свједока прикривени истражилац треба да стекне аутоматски, односно да сама чињеница да се ради о прикривеном истражиоцу имплицира својство заштићеног свједока, и *треће*, ако је прихваћена могућност добијања статуса заштићеног свједока, да ли то укључује и скривање лика и гласа прикривеног истражиоца (потпуна анонимност)⁴⁰. У вези са првим питањем неки аутори сматрају да прикривени истражилац не треба свједочити као заштићени свједок, јер свједочи управо о поступцима и понашањима појединаца из групе или организације у којима је био укључен и као такав добро познат управо тим појединцима о којима свједочи. Супротно таквом размишљању, само транспарентно свједочење у којем је окривљенику видљив и лик особе која свједочи, пружа могућност провјере да ли је управо то особа која је била етаблирана у криминални миље или се ради о свједоку који је научио што треба рећи⁴¹. Такође, саслушања прикривеног истражиоца, под условима заштићеног свједока, у значајној мјери ограничавају начело контрадикторности (физичко присуство странака, упознавање

ве породице треба да су се већ догодиле, јер за оцјену да ли је лице под пријетњом нису довољне претпоставке да би се пријетње или застрашивања или сличне радње могли догодити, ма како оне вјероватне или озбиљне биле. Бубић, Г. (2003). „Заштита жртава и свједока и њихово учешће у кривичном поступку“. *Зборник радова: Реформа кривичног законодавства у Републици Српској*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, стр. 192.

³⁹ Овдје се полази од општеприхваћеног става да обичан грађанин има право на изражени страх и тражење за заштитом свога идентитета, па и лика, у најширем смислу те ријечи, док припадник полиције, с обзиром на карактер свога посла који обавља и у склопу којег је дужан излагати се већим ризицима, па и за физички интегритет неголи обичан грађанин, то право нема у тако широком обиму.

⁴⁰ Наиме, данашња законодавства познају двије форме анонимности заштићеног свједока: уобичајени вид анонимности који се састоји у скривању идентитета и потпуна анонимност свједока која поред скривања идентитета, укључује и скривање његовог лика и гласа. У: Халиловић, Х. (2005). *Прикривени истражитељ – правно криминалистички приступ*, Сарајево: Факултет криминалистичких наука, стр. 65

⁴¹ Аргумент да његов лик ваља сакрити од браниоца оптуженог, имајући у виду обавезу браниоца на понашање у складу са кодексом адвокатске етике, такође не пролази разумној контроли закона. Као аргумент за сакривање његовог лика и могуће гласа остаје једино опрез од разоткривања његовог лика општој јавности која начело има право пратити, али опет само главну расправу. Према: Кос, Д. (2001). „Заштита идентитета свједока – теоријски практични аспекти“. *Хрватска правна ревија*, број 2/2001, 101–110.

са странкама, итд.), што с друге стране доводи у питање правилну примјену материјалног кривичног права на конкретан догађај, а због неравноправног положаја окривљеног у погледу извођења доказа, такав поступак не може се означити правичним⁴². Други сматрају да прикривеног истражиоца не би требало излагати давању јавног свједочког исказа,⁴³ већ би они требало да остану анонимни (осим за узак круг лица из полиције и суда), како током трајања “операције“ тако и након њеног завршетка.⁴⁴ Супротно поступање могло би “компромитовати“ радњу и довести у животну опасност прикривеног истражиоца и информатора. У односу на друго питање може се прихватити став да тражењима заштите идентитета прикривеног истражиоца, суд не смије генерално удовољавати, већ и за таковог свједока да вриједе идентичне законске обавезе као и за остале грађане, па и за одазивање на позив суда и општу дужност свједочења. У супротном, тражење за његовом потпуном анонимизацијом сакривањем његовог лика и гласа, на начин како је то раније описано, не пролази критеријум законитог и здраво логичног поступања⁴⁵. Поред тога, потпуно скривање његовог идентитета у односу на окривљеног и његовог браниоца може у одређеној мјери да буде супротстављено елементима права на одбрану и у том погледу треба у сваком конкретном случају увијек испољити висок степен опрезности⁴⁶.

Наведеним питањима бавио се Европски суд за људска права, који је у два случаја заузео своје стајалиште. У првом случају *Lüdi* против Швајцарске⁴⁷ Суд је прихватио могућност потпуне анонимности прикривеног истражиоца, када је то учињено на начин који би узео у обзир легитиман интерес полиције, у случају трговине наркотицима, да очува анонимност свог оперативца, како би могли да га заштите и поново

⁴² Ђурђић, В. (2012). „Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка“. *Зборник радова: Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*. Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр. 87

⁴³ Вриједност прикривеног истражитеља није у појављивању на суду и свједочење о ономе што је сазнао својом присутношћу у криминалној организацији, већ управо у усмјеравању процесних и криминалистичких активности. Види опширније: Павишић, Б., et al. (2001). *Коментар Закона о кривичном поступку*. Ријека, стр. 336.

⁴⁴ Види: Маринковић, Д. (2009). „Криминалистички аспекти ангажовања прикривеног иследника“. *Безбједност*, (1–2), стр. 134 и 135.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Београд: Службени гласник, стр. 539.

⁴⁷ *Lüdi v Switzerland, Merits and Just Satisfaction*, App No 12433/86, (1993) 15 EHRR 173, IHRL 2947 (ECHR 1992), 15th June 1992. Доступно путем интернета http://www.hr-dp.org/files/2013/09/11/CASE_OF_LUDI_v_SWITZERLAND_.pdf приступљено 24.08.2016.

користе у будућности⁴⁸. У другом случају Van Mechelen и други против Холандије⁴⁹ Суд је одбио пуну анонимност прикривеног истражиоца, те прихватио став да се осуђујућа пресуда не смије заснивати искључиво на исказу потпуно анонимизованог свједока⁵⁰. У складу са тим, под садашњом правном доктрином Европског суда за људска права, прикривеним истражиоцима, информаторима и другим особама које користе посебне истражитељске методе, не може бити зајамчена пуна анонимност једино на основи јавног интереса да се њихов идентитет не открива због оперативних разлога; анонимност једино може бити одобрена уколико они потпадају под категорију застрашених свједока. Наведени став сматра се логичним и увјерљивим те основаним и за нашу судску праксу, а посебно у погледу заснивања осуђујуће пресуде⁵¹.

Узимајући у обзир да су схватања о овим питањима опречна,

⁴⁸ У наведеном предмету од 15.07.1992. године подносилац представке је тврдио да је његова осуда заснована, прије свега, на извјештају прикривеног истражитеља и стенограмима телефонских разговора с њим, премда ни у једном тренутку током поступка он није имао прилику да га испита или да га неко други испита. Ни истражни судија ни поступајући судови нису могли нити били спремни да саслушају Тонија (прикривеног истражитеља) као свједока нити да изврше суочење на коме би изјаве Тонија могле да буду супротстављене наводима г. Лидија. Штавише, ни г. Лиди ни његов заступник нису ни у једном тренутку током поступка имали прилику да га испитају и оспоре истинитост његових навода. Ипак, било је могуће да то буде учињено на начин који би узео у обзир легитиман интерес полиције, у случају трговине наркотицима, да очува анонимност свог оперативца, како би могли да га заштите и поново користе у будућности. Све у свему, права одбране била су ограничена у таквој мјери да подносилац представке није имао правично суђење. Сходно томе, постојала је повреда става 3 (д) заједно са ставом 1 члана 6 ЕКЉП.

⁴⁹ An Mechelen and Others v. the Netherlands (55/1996/674/861-864) 23 April 1997: reliance on the evidence of anonymous police officers. Доступно путем интернета: http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/mechelen_netherlands.html, приступљено 24.08.2016.

⁵⁰ У случају подносилаца представке, у наведеном предмету од 23.04.1997. године, полицајци о којима је ријеч били су у одвојеној просторији са истражним судијом, из које су били искључени и оптужени, чак и њихов правни заступник. Сва комуникација била је спроведена путем звучне везе. Одбрана стога не само да није била свјесна идентитета полицијских свједока, већ је била и спријечена да посматра њихово понашање током директног испитивања, и да формира оцјену о њиховој вјеродостојности. Суд је сматрао да није на задовољавајући начин објашњено зашто је била неопходна употреба тако екстремног ограничења права оптужених да докази против њих буду изнесени у њиховом присуству, или зашто нису размотрене мање далекосежне мере. Влада је тврдила да су потребе дејстава полицијских снага представљале довољно оправдање за анонимност, али Суд није прихватио ову тврдњу. Нити је Суд убијеђен да су домаћи судови направили довољан напор да процијене постојање пријетње одмаздом полицајцима или њиховим породицама. Није изгледало да су домаћи судови настојали да нађу одговор на питање да ли би подносиоци представке били у могућности да остваре било какве такве пријетње, и одлука је заснована искључиво на озбиљности почињених кривичних дјела. Даље, једини доказ на који су се домаћи судови позивали, а којим је обезбијеђена позитивна идентификација подносилаца представке као починилаца кривичних дјела, јесу управо изјаве анонимних полицајаца. Пошто је то тако, осуда подносилаца представке је у одлучујућој мјери била заснована на изјавама анонимних свједока. Према томе, постојала је повреда члана 6 став 1 узетог заједно са чланом 6, став 3 (д).

⁵¹ Упореди: Кос, Д. (2001). „Заштита идентитета свједока – теоријски практични аспекти“. *Хрватска правна ревија*, број 2/2001, 101–110.

при чему смо мишљења да је прикривеном истражиоцу, уколико постоје оправдани разлози, потребно омогућити статус заштићеног свједока, а ако то захтијевају околности, додијелити му степен потпуне анонимности⁵². Наведена могућност би требало да буде само изузетна и предмет сваког конкретног случаја. Због наведеног, али других потешкоћа (креирање измијењеног идентитета, трошкови, заштита од навођења на дјело, итд.) у досадашњој пракси прикривени истражилац није често коришћена посебна истражна радња, усљед чега практично није ни развијена судска пракса, вјероватно је да ће таква могућност и убудуће бити изузетак. Наиме, искусан тужилац ће избјегавати да предложи саслушање прикривеног истражиоца као свједока ако има довољно доказа о кривичном дјелу које оптуженом ставља на терет.⁵³

Када се прикривени истражилац саслушава као заштићени свједок, онда се саслушава према одредбама чл. 14–23 Закона о заштити свједока (члан 3 став 4). Према законској формулацији, у изузетним околностима, када постоји очигледна опасност за личну безбједност свједока или његове породице, која је тако озбиљна да постоје оправдани разлози за вјеровање да није могуће да се та опасност умањи након што је свједок дао исказ или је вјероватно да ће се опасност повећати због давања исказа, суд може изузетно саслушати и заштићеног свједока (члан 14 Закона о заштити свједока). Уколико се разматрају услови за додјелу статуса заштићеног свједока прикривеном истражиоцу, онда морају бити испуњени општи материјални и формални услови. Материјални услов за саслушање заштићеног свједока огледа се у постојању: (1) очигледне опасности за личну безбједност свједока или његове породице, а опасност је толико озбиљна да постоје оправдани разлози за вјеровање да није могуће ту опасност умањити након што свједок буде саслушан или (2) ако је вјероватно да ће се опасност због давања исказа повећати. Формални услов за саслушање заштићеног свједока садржан је у: (1) потреби постојања одговарајућег процесног приједлога за овакво саслушање; (2) вођењу поступка по том приједлогу; (3) одлуци суда. Уколико су испуњени ови законски услови, свједок ће добити статус заштићеног свједока, јер се због његове угрожености само

⁵² Овакав став заступљен је и у процесном законодавству Републике Српске и Босне и Херцеговине. Дакле, прикривеном истражитељу и информатору може се додијелити статус заштићеног свједока, односно могу се саслушати и као заштићени свједоци о току спровођења радњи или о другим важним околностима.

⁵³ Види: Радосављевић, М. (2011). „Посебне доказне радње у новом Законнику о кривичном поступку“, *Зборник радова: Нова рјешења у кривичном процесном законодавству – теоретски и практични аспекти*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр. 33.

тако може очекивати да ће испунити своје свједочке обавезе⁵⁴.

Саслушање заштићеног свједока проводи суд, у складу са одредбама закона о кривичном поступку које се односе на саслушање свједока, осим ако није друкчије одређено Законом о заштити свједока. Свједок ће бити поучен: (а) да се саслушава као заштићени свједок; (б) да се његов идентитет неће открити никоме, осим суду и записничару; (в) ако је добио статус заштићеног свједока, да се неће лично појавити пред судом на било којем саслушању, осим на саслушању заштићеног свједока и (г) да не може бити присиљен одговарати на питања која могу указати на његов идентитет или идентитет чланова његове породице (члан 19 став 2 Закона о заштити свједока). Обавеза је суда да детаљно саслуша свједока о околностима које је навео подносилац приједлога и о свим другим релевантним чињеницама.

Закључак

Приликом саслушања полицијског службеника у својству свједока на главном претресу уочен је проблем недовољне припремљености полицијског службеника за свједочење. Наиме, од подношења извјештаја о почињеном кривичном дјелу од стране полиције, па до заказивања главног претреса, у правилу долази након протока одређеног времена. Услед наведеног, као и чињенице да је полицијски службеник оптерећен другим предметима, као и редовним пословима и задацима, долази до ситуације да се полицијски службеник појављује као свједок на главном претресу без претходне припреме за свједочење. Полицијски службеник се не припрема за свједочење, тако да се често на суду његово свједочење обавља на начин да се прочита записник који је предмет свједочења, након чега се полицијски службеник изјашњава да ли се слаже са прочитаним, односно да ли потврђује наводе из прочитаног записника. Евенуално, полицијски службеник ће се позвати да додатно појасни неку чињеницу која се странкама у поступку учинила нејасна и неразумљива. Рјешење овог проблема требало би тражити у могућности заједничког припремања тужиоца и полицијског службеника за свједочење, чиме би се побољшао квалитет самог свједочења.

Приликом саслушања прикривеног истражитеља мора се водити рачуна о заштити његовог идентитета, односно овом свједоку се мора осигу-

⁵⁴ Симовић, М., Симовић, В. (2013). *Кривично процесно право*. Бихаћ: Правни факултет, стр. 442.

гурати заштита у односу на друге свједоке због специфичности његовог положаја условљеног чињеницом да је он, а дијелом и његови сродници, изложен повећаном степену угрожавања. Поред тога, треба имати у виду да је обука прикривеног истражиоца индивидуална, а његово коришћење сложено и скопчано са многим потешкоћама, укључујући и финансијске трошкове, те да ће постојати потреба његовог коришћења и у другим случајевима. Због тога би откривање његовог идентитета довело у питање његово касније ангажовање, а то би опет створило потребу обуке и оспособљавања других прикривених истражилаца. У циљу заштите прикривеног истражиоца као свједока, законодавац је прописао да се његов идентитет приликом појављивања на суду као свједока може учинити анонимним, због чега судска одлука, у таквим случајевима, не би требало да се заснива искључиво или у одлучујућој мјери на његовом исказу, што је у складу са стандардима заштите основних слобода и људских права у кривичном поступку.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бејатовић, С. (2005). „Кривичнопроцесна питања нових метода откривања и истраг кривичних дјела организованог криминалитета“, *Зборник радова: Организовани криминалитет – стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија, стр. 85.
2. Бубић, Г. (2003). „Заштита жртава и свједока и њихово учешће у кривичном поступку“. *Зборник радова: Реформа кривичног законодавства у Републици Српској*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.
3. Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине. (2009). *Модул 1 – Поступак истраге као однос кривично процесних радњи тужиоца и полиције*. Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине.
4. Делибашић, В. (2016). „Прикривени иследник“, *НБП – Журнал за криминалистику и право*, (1), 81-98
5. Ђурђић, В. (2013). „Утврђивање чињеница у кривичном поступку“. *Правна ријеч*, (37), 475–488.
6. Ђурђић, В. (2012). „Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редифинисаним начелима кривичног поступка“.

- Зборник радова: Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*. Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу
7. Закон о полицији и унутрашњим пословима, Службени гласник Републике Српске, број 57/16.
 8. Закон о кривичном поступку Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, број 53/12.
 9. Закон о заштити свједока у кривичним поступку, Службени гласник Републике Српске, број 48/03.
 10. Закон о заштити свједока под пријетњом и угрожених свједока, Службени гласник БиХ, број 3/03, 21/03, 61/04, 55/05.
 11. Кос, Д. (2005). „Битна повреда одредаба казненог поступка – незаконити докази“, *Актуелна питања казненог законодавства*, 189–229.
 12. Кос, Д. (2001). „Заштита идентитета свједока – теоријски практични аспекти“. *Хрватска правна ревија*, број 2/2001, 101–110.
 13. *Lüdi v Switzerland, Merits and Just Satisfaction*, App No 12433/86, (1993) 15 EHRR 173, IHRL 2947 (ECHR 1992), 15th June 1992. Доступно путем интернета http://www.hr-dp.org/files/2013/09/11/CASE_OF_LUDI_v_SWITZERLAND_.pdf приступљено 24.08.2016.
 14. Маринковић, Д. (2009). „Криминалистички аспекти ангажовања прикривеног ислеђника“. *Безбједност*, (1–2), 133–151.
 15. Милетић, С. (2005). „Прикривени иследник као средство нормативног реаговања против организованог криминала“, *Зборник радова: Организовани криминалитет – стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија, стр. 270–271.
 16. *An Mechelen and Others v. the Netherlands* (55/1996/674/861-864) 23 April 1997: reliance on the evidence of anonymous police officers. Доступно путем интернета: http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/mechelen_netherlands.html, приступљено 24.08.2016.
 17. Одлука Врховног суда ФБиХ, број КЖ–495/05 од 16.03.2006.
 18. Одлука Врховног суда Републике Хрватске, број I Кж-37/03.
 19. Одлука Врховног суда Републике Хрватске, број I Кж-650/00.
 20. Одлука Врховног суда Републике Хрватске, број I Кж-4/00
 21. Оптужница Тужилаштва БиХ број КТ-346/06 од 20.07.2006.

22. Павишић, Б. et al. (2001). *Коментар Закона о кривичном поступку*. Ријека.
23. Пресуда Суда Босне и Херцеговине, број: Х-К-10/872, од 05.08.2010.
24. Радосављевић, М. (2011). „Посебне доказне радње у новом Законику о кривичном поступку“, *Зборник радова: Нова рјешења у кривичном процесном законодавству – теоретски и практични аспекти*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
25. Рјешење Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, број: 58 0 К 059937 12 Кжж од 16.05.2012.
26. Сведровић, М. (1998). „Положај брањеница у казним поступцима за казнена дела у свези са организованим криминалитетом“, *ХЈКП*, вол. 5. број 2/1998.
27. Симовић, М., Симовић, В. (2014). *Кривично процесно право II*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.
28. Симовић, М., Симовић, В. (2013). *Кривично процесно право*. Бихаћ: Правни факултет.
29. Симовић, М. (2005). *Практични коментар закона о кривичном поступку Републике Српске*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.
30. Шикман, М., Пена, У. (2008). “Сарадња полиције и тужилаштва у сузбијању криминалитета“, *Зборник радова: Спречавање и сузбијање савремених облика криминалитета III*, Београд: Криминалистичко-полицијска академија
31. Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Београд: Службени гласник.
32. Шкулић, М. (2005). „Прикривени иследник – законско решење и нека спорна питања“, *Безбедност*, 3/05, 373–397.
33. Шкулић, М. (2007). *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд.
34. Халиловић, Х. (2005). *Прикривени истражитељ – правно криминалистички приступ*, Сарајево: Факултет криминалистичких наука.

**Associate Professor,
Junior College of Internal Affairs, Banja Luka**

**Velibor Bajičić, PhD
Associate Professor,
Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska, Banja Luka**

POLICE ROLE IN PROVING CRIMINAL OFFENCES AT THE MAIN TRIAL

Summary

It is common to talk about the police role in the preliminary proceedings, especially in the part relating to the investigation. The Criminal Procedure Code prescribes actions taken by police officers, as well as the prosecutor supervision over those actions. From 2003 until today, criminal practice has clarified many issues regarding police activities during the investigation (and by the investigation) to detect and prove criminal offenses (obtaining grounds for suspicion, actions aimed at obtaining evidence and special investigative actions, submitting reports on committed offenses, etc.). However, the police role in proving criminal offences does not end with the completion of the preliminary criminal proceedings. In fact, it is wrong thinking that the police has no role at the main trial. On the contrary, the police role and significance can be of great importance, especially in serious crimes cases, such as organized crime cases. In the proceedings at the main trial, the police may contribute in proving criminal offences, in two ways at least: first, the hearing of a police officer on his personal observations of a criminal offence, and secondly, the hearing of an undercover investigator as a witness or a protected witness on information obtained in the process of performing special investigative actions. Thus, in order to clarify any important facts during the main trial, a police officer or undercover investigator who had worked on or were engaged in the process of proving a specific criminal offence may be examined as a witness or a protected witness. This work will present the rules on how to examine a police officer and / or undercover investigator as a witness

at the main trial, problems that may arise from their testimonies and suggestions de lege ferenda how to regulate this matter.

Key words: *criminal procedure, main trial, police, police officer, undercover investigator.*

ЛИЦА КОЈА МОГУ ОДБИТИ СВЈЕДОЧЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – НОРМАТИВНИ И ЕТИЧКИ АСПЕКТ

Др Дарко Јокић*

***Апстракт:** У овом раду даје се приказ регулисања положаја лица која могу одбити свједочење, тзв. „привилегованих свједока“, у кривичнопроцесном законодавству у Босни и Херцеговини. Након краћег осврта на актуелно упоредноправно регулисање ове категорије лица кривичнопроцесним законима појединих држава у различитим историјским периодима, аутор посебно проблематизује одлуке високог представника за Босну и Херцеговину, Педија Еидауна, од 16. децембра 2004. године, којим се круг лица која имају право да одбију свједочење значајно сужава. У раду се, након анализе ових одлука на основу којих су измијењене кривичнопроцесне норме, директно указује на повреду права на породични живот, прокламованог Европском конвенцијом о људским правима и одлукама Европског суда за људска права и дају препоруке за превазилажење овог проблема. Поред тога, аутор даје критички осврт на, у босанскохерцеговачким кривичнопроцесним законима, дефинисање оправданих разлога на које се свједок може позвати приликом коришћења права да не одговара на поједина питања, односно постојања основа за тзв. условно ослобођење од дужности свједочења.*

***Кључне ријечи:** право на одбијање свједочења, закони о кривичном поступку у Босни и Херцеговини, „привилеговани свједок“, одлуке високог представника.*

* Предавач на Криминалистичкој катедри у Високој школи унутрашњих послова Бања Лука, начелник Одјељења за надзор и заштиту података у Министарству унутрашњих послова Републике Српске.

Увод

Свако физичко лице за које постоји вјероватноћа да посједује одређена сазнања која су важна за кривични поступак, може бити позвано да свједочи. Закони о кривичном поступку не искључују нити једну категорију лица као апсолутно неспособна да буду свједоци, што значи да свједок може бити свако лице, без обзира на узраст, душевно стање, физичке недостатке и сл. Дакле, као свједоци у кривичном поступку могу да се појаве дјеца и малољетна лица, старци, лица са одређеним психофизичким недостацима, слијепи, глуви, глумонијеми, пијани, дрогирани и сл. За саслушање оваквих лица не постоји никаква законска забрана, па суд, тужилац или овлашћено службено лице могу одбити да саслушају оваква лица, али ту чињеницу морају да образложе, јер се ради о оборивој претпоставци да сва лица могу бити свједоци.

Кривичнопроцесни закони праве неопходне изузетке у погледу опште дужности свједочења, а ови изузеци се огледају у односу на неке категорије лица, која по закону не могу свједочити – искључење од свједочења, и лица која могу одбити свједочење – одбијање свједочења. У фокусу овог рада су лица која имају право да се определијеле у погледу свједочења, односно којим се дозвољава да одбију свједочење.

Лица која су ослобођена од свједочења у босанскохерцеговачком кривичнопроцесном законодавству

Лица која могу одбити свједочење уживају одређено право – право на изузеће од свједочења, а процесуалисти различито називају ову уставну дајући јој називе повластица,¹ привилегија,² или погодност.³ Неки аутори овој групи лица дају назив привилеговани свједоци,⁴ али се овдје морамо критички осврнути на овакав назив. Наиме, да би се искористило ово право могуће су двије ситуације. Прва и најчешћа ситуација је када се лице, за које постоји претпоставка да би могло изнијети обавјештења

¹ Тихомир Васиљевић, *Коментар закона о кривичном поступку*, Београд, 1977, стр. 274; Давор Крапац, *Казнено процесно право*, Загреб, 2000, стр. 282.

² Бранко Петрић, *Коментар закона о кривичном поступку*, 1986, стр. 451; Павишић, Б., *Казнено поступовно право*, Ријека, 2008, стр. 231.

³ Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 188.

⁴ Хајрија Сијерчић-Чолић, *et al.*, *Коментари закона о кривичном поступку*, Сарајево, 2005, стр. 258–259; Берислав Павишић, *Казнено поступовно право*, Ријека, 2008, стр. 231.

о кривичном дјелу, учиниоцу или неким другим околностима важним за кривични поступак, одазвало на позив. Такво лице може да, уколико се позове на блиске породичне и родбинске везе са осумњиченим, односно оптуженим, искористи своје право да буде ослобођено од свједочења и у том случају и не добија својство свједока. Лице је имало обавезу да се одазове уредном позиву, а чињеница ослобођења од свједочења утврђује се пред органом који води поступак и записнички верификује. Дакле, позвано лице је потенцијални свједок (*ante testimonium*) које је имало ту „привилегију“ да одбије свједочење док још није преузело својство свједока. У супротном, уколико позвано лице одлучи да не користи то своје право, оно ће добити својство свједока и даће исказ и имати све остале дужности и права, као и сваки други свједок. Управо је то друга ситуација у којој се може искористити право да се одбије свједочење. Лице које се, и поред могућности да одбије свједочење, изјаснило да жели свједочити и које је добило својство свједока може да, у току давања исказа, али и цијелог кривичног поступка, промијени одлуку и искористи своје право да одбије свједочење. У том случају можемо констатовати да се ради о привилегованом свједоку које има ту „привилегију“ да одбије свједочење док траје кривични поступак.

Зато сматрамо да се овдје ради о двије подгрупе лица и то о потенцијалним свједоцима и привилегованим свједоцима, а *genus proximitatis* за обје ове подгрупе је лица која могу одбити свједочење. Као аргумент овом мишљењу наводимо чињеницу да је и законодавац у Босни и Херцеговини на исти начин у кривичнопроцесним законима назвао ову групу лица.

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине (ЗКП БиХ) предвиђа да свједочење могу одбити:

1. брачни, односно ванбрачни друг осумњиченог, односно оптуженог,
2. родитељ или дијете, усвојилац или усвојеник осумњиченог, односно оптуженог.⁵

⁵ Видјети члан 83 став 1 Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине (*Службени гласник БиХ*, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 и 72/13) и аналогне чланове Закона о кривичном поступку Републике Српске – ЗКП РС (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/12), Закона о кривичном поступку Федерације БиХ – ЗКП ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14) и Закона о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ – ЗКП БД БиХ (*Службени гласник Брчко дистрикта БиХ*, бр. 33/13 и 27/14 – пречишћени текст).

У овом закону је прописано да се ради о двије групе лица које су са осумњиченим, односно оптуженим у блиским односима и везама. У првој групи се ради о групи лица између којих и осумњиченог, односно оптуженог постоји брачна или ванбрачна заједница.⁶ За другу групу лица је својствено да су у сродству са осумњиченим, односно оптуженим, крвном (родитељ или дијете), или грађанском (усвојилац или усвојеник). *Ratio legis* ове одредбе проистиче из дубоког хуманистичког става да се не нарушавају, угрожавају или ремете породични или сроднички односи обавезивањем потенцијалног свједока да свједочи на штету лица са којим има такав однос. Законским непрописивањем оваквог изузећа од дужности свједочења потенцијални свједок би се довео у такав положај у којем би сигурно био у великој моралној дилеми да ли да свједочењем испуни једну од важнијих дужности, а то је да говори истину и на тај начин нанесе штету лицу са којим има близак однос, или да да лажан исказ и тако нанесе штету себи излажући се могућности кривичног прогона. Такав положај лица која припадају наведеним групацијама био би у кривичном поступку изузетно тежак, а поред тога врло је дискутабилна доказна вриједност њихових исказа. Наиме, због самог блиског односа и присности увијек се цијени да је исказ таквих лица скоро па доказно неупотребљив, јер је тешко повјеровати да би могли да свједоче довољно непристрасно. Стога је законодавац оставио могућност да исказ лица која су са осумњиченим, односно оптуженим у блиском односу, има доказну употребљивост и то уколико одлуче да апстрахују своје личне односе и пристану да дају исказ. Тако је овим лицима остављено на вољу да се, без икаквих последица, определијеле да ли ће пристати да свједоче и на тај начин поштују све опште дужности свједока, наравно и да говоре истину и ништа не прећуте или да искористе своје право да не свједоче. Постојање ових односа захтијева се у вријеме када је лице позвано да свједочи, а орган који води поступак мора у сваком конкретном случају по *ex officio* провјерити да ли се ради о лицу које спада у ову категорију, па уколико установи да се ради о таквом односу или вези дужан је да упозори наведено лице да може одбити свједочење. Зато је законом прописано да се приликом узимања генералијских података од

⁶ Законик о кривичном поступку Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14) у чл. 94 прописује као разлог ослобађања дужности свједочења поред брачне и ванбрачне заједнице и „другу трајну заједницу“. У питању је веома широка и потенцијално нејасна формулација, која је уврштена у Законик, вјероватно под утицајем одређених снажних „лобија“ и „бораца за мањинска права“, а под тим се превасходно имају у виду хомосексуалне заједнице. Међутим, поставља се питање да ли и „димери“ у студентском дому, или „гастарбајтери“ који ради уштеде дужи временски период живе заједно, имају одређену *другу трајну заједницу* (Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 211).

свједока тражи изјашњење о његовом односу са осумњиченим, односно оптуженим.⁷ Истина, од свједока се инсистира да се изјасни и о евентуалном односу са оштећеним, али постојање таквог односа не производи процесне ефекте у смислу могућности одбијања свједочења, него може имати утицаја код оцјене исказа свједока у погледу утврђивања његове заинтересованости за резултат кривичног поступка. То сазнање може настати на почетку или у току саслушања и чим се установи постојање односа или везе, лице се обавезно упозорава, а ово упозорење и одговор се уносе у записник. Упозорење се даје сваки пут, како приликом првог саслушања, а обично је то у истрази, тако и приликом накнадних саслушања – како у истрази, тако и на главном претресу у првостепену или другостепену поступку. Одлука лица да свједочи или не свједочи није неопозива. Лице које је пристало да свједочи може у току саслушања одустати од свједочења, а лице које је свједочило може у каснијим саслушањима одбити да свједочи, односно уколико је одбило да свједочи може касније промијенити одлуку и пристати да свједочи.⁸ Ако свједок није упозорен да не мора свједочити, или ако се није изричито одрекао тога права, или ако упозорење и одрицање није убиљежено у записник, утврђена је процесна санкција која се огледа у томе да се на таквом исказу не може заснивати судска одлука.⁹ Та процесна санкција може се примјеном *argumenta a contrario* састојати у томе да се исказ таквог свједока из истраге на главном претресу не може користити приликом унакрсног испитивања или побијања изнесених навода или у одговору на побијање. Уколико је неки од наведених пропуста учињен на главном претресу, онда се на таквом исказу не може заснивати судска одлука.¹⁰ Исто тако, судска одлука се не може заснивати ни на исказима свједока који имају сазнања о кривичном дјелу, учиниоцу и другим важним околностима на основу онога што су сазнали од свједока који има право да одбије свједочење, јер изјава лица ослобођеног дужности свједочења која је дата ван кривичног поступка о чињеницама важним за кривични поступак, не може се утврђивати преко других свједока нити се на таквим исказима може заснивати пресуда.¹¹ У супротном би била учињена битна повреда одредаба кривичног поступка.¹²

⁷ Видјети члан 86 став 3 ЗКП БиХ.

⁸ Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд 1964, стр. 318.

⁹ Видјети члан 83 став 4 ЗКП БиХ.

¹⁰ Хајрија Сијерчић-Чолић, *et al.*, *ibidem*, стр. 260.

¹¹ Весна Антонић, *et al.*, *Предузимање радњи доказивања у истрази под надзором тужиоца и законитости прибављених доказа – Модул 3*, Сарајево, 2009, стр. 64; Хајрија Сијерчић-Чолић, *et al.*, *Коментари закона о кривичном поступку*, Сарајево, 2005, стр. 259.

¹² Према Врховном суду БиХ, број Кж. 54/70.

Поред наведене могућности одбијања свједочења, кривичнопроцесни закон познаје и институт проширеног потпуног изузећа.¹³ Тај институт постоји када је лице, које има основа да ускрати свједочење према једном од осумњичених, односно оптужених, ослобођено од дужности свједочења и према осталим осумњиченим, односно оптуженим, ако се његов исказ према природи ствари не може ограничити само на остале осумњичене, односно оптужене.¹⁴

Обавеза на свједочење и казивање истине не подразумејева истовремено и обавезу на излагање кривичном гоњењу. Примјеном принципа *neto prodere se ipsum* свједоку је дато право да не одговара на поједина питања ако би га истинит одговор изложио кривичном гоњењу.¹⁵ Право на одбрану ћутањем, односно привилегија на заштиту од самооптуживања јесте општеприхваћени међународни стандард који лежи у суштини појма правичног поступка према члану 6 ЕКЉП.¹⁶ Уколико свједок ипак одлучи да одговори на таква питања остављена је законска могућност да тужилац, одступајући од начела легалитета, таквом свједоку да имунитет и на тај начин, у циљу сазнавања истине, оствари њихову међусобну сарадњу. Поред тога, таквом свједоку је могуће дати и друге облике заштите уколико му се да статус заштићеног свједока. У актуелном ЗКП-у БиХ су, за разлику од ранијих кривичнопроцесних рјешења, као и рјешења у другим државама, изостављени као разлози ускраћивања истинитог одговора: излагање блиског сродника кривичном прогону, излагање тешкој срамоти или знатној материјалној штети, како њега, тако и блиског сродника, а што ћемо касније образложити.

За пропуст начињен на начин да је саслушано лице које може одбити свједочење, а није упозорено или се није изричито одрекло тог права или упозорење и одрицање није унесено у записник, предвиђена је процесна посљедица. Тако се на таквом исказу не може заснивати судска одлука. Уколико се, ипак, пресуда заснива на таквом доказу, то представља битну повреду поступка и има за посљедицу укидање првостепенe пресуде.¹⁷

¹³ Загорка Јекић, *Кривично процесно право*, Београд, 1998, стр. 309.

¹⁴ Видјети члан 83 став 3 ЗКП БиХ.

¹⁵ Видјети члан 84 став 1 ЗКП БиХ.

¹⁶ Видјети пресуде ЕСЉП: *Saunders* против Уједињеног Краљевства (1996); *Heaney and McGuinness* против Ирске (1997); *J.B.* против Швајцарске (1996).

¹⁷ Видјети члан. 83 став 4 и 297 став 1 тачка и) ЗКП БиХ.

Промјене процесног регулисања „привилегованих свједока“ извршене одлукама високог представника

Важно је истаћи да је законска формулација из основног законског текста обухватала шири круг лица која су могла одбити свједочење. Тако је у тачки б, става 2 члана 83 ЗКП БиХ у основној верзији из 2003. године, било предвиђено да свједочење могу одбити „сродник осумњиченог, односно оптуженог по крви у правој линији, сродници у побочној линији до трећег степена закључно и сродници по тазбини до другог степена“¹⁸ и у тачки ц, „усвојеник и усвојилац осумњиченог, односно оптуженог“¹⁸. Међутим, одлуком Педија Ешдауна (*Paddy Ashdown*), високог представника за Босну и Херцеговину, број 321/04 од 16. 12. 2004. године, формулација тачке б се мијења и гласи „родитељ или дијете, усвојилац или усвојеник осумњиченог, односно оптуженог“, уз брисање тачке ц).¹⁹ Као што видимо, круг лица која могу одбити свједочење је значајно суужен, односно из истог су избачени, изузев сродника у првом степену, сви остали сродници у правој линији, као и сви сродници у побочној линији и сви сродници по тазбини. Истога дана високи представник је донио одлуке идентичног садржаја којим се проглашавају измјене и допуне кривичнопроцесних закона Републике Српске,²⁰ Федерације Босне и Херцеговине²¹ и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине²². Не улазећи у легитимитет доношења одлука високог представника уопште, овом приликом желимо да оспоримо основ доношења конкретних одлука, као и неоправданост њиховог предугог важења. У преамбули одлука констатовано је да „иако могућност одбијања свједочења у току судског поступка служи важном стратешком интересу заштите породичних веза, на њу се треба позивати само у ријетким случајевима“ као и постојање свијести „да се овим законом утврђује обавеза свих грађана да сарађују у истрази у кривичном гоњењу“. Основано се питамо који је то „стратешки интерес заштите породичних веза“, ако примјеном актуелног кривичнопроцесног законодавства у БиХ не респектујемо одређене породичне, од-

¹⁸ Подразумијева се да је идентична формулација гласила у ЗКП РС, ЗКП ФБиХ и ЗКП БД БиХ.

¹⁹ Одлука и Закон о измјенама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине објављени су у *Службеном гласнику БиХ*, бр. 63/04.

²⁰ Одлука и Закон о измјенама Закона о кривичном поступку Републике Српске објављени су у *Службеном гласнику Републике Српске*, бр. 115/04.

²¹ Одлука и Закон о измјенама Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине објављени су у *Службеном гласнику ФБиХ*, бр. 78/04.

²² Одлука и Закон о измјенама Закона о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине објављени су у *Службеном гласнику БД БиХ*, бр. 48/04.

носно сродничке односе па сродницима осумњиченог, односно оптуженог не остављамо могућност да се определијеле у коришћењу права да не свједоче. Овакво законско рјешење, нарушавајући дубоке хуманистичке ставове, обавезује сроднике на свједочење, а на тај начин их додатно доводи у тешку људску дилему: да ли да свједоче у поступку против сродника и наруше породичне односе или пак да дају лажан исказ у корист сродника, чиме би опет извршио кривично дјело давање лажног исказа (лажног свједочења). Да не спомињемо увијек дискутабилан кредибилитет „привилегованих свједока“ и њихове могуће свјесне или несвјесне пристрасности. Очигледно је да је при доношењу ових одлука високог представника преовладао интерес сазнавања истине у кривичном поступку.

Упоредноправни приказ регулисања „привилегованих свједока“

Аргументујући разлоге против доношења овакве одлуке високог представника и измијењеног кривичнопроцесног закона, износимо чињеницу да су се у доказном поступку у кривичноправним системима у земљама региона, као и у свијету, примјењивале, а и даље примјењују хуманије кривичнопроцесне одредбе. Још у Законнику о кривичном поступку за Босну и Херцеговину²³ направљена су идентична рјешења као и у аустријском законнику из 1873. године. У Глави XVIII Законика, регулишући питања у погледу испитивања свједока, прописана је општа дужност свједочења, а као лица која могу одбити свједочење наведени су: родбина и тазбина окривљеног у „узлазној и силазној линији“, брачни друг, браћа и сестре родитеља и дједова окривљеног, његови синовци, нећаци, браћа и сестре од стрица, ујака и тетке, поочим, помајка, храниоци, посинак, поћерка, тотор и сироче (пупили) (§ 164). Поред тога, законик је предвиђао тзв. условно ослобођење од дужности свједочења или одговора на поједина питања лицима која би могла имати непосредне или знатне имовинске штете или би било којем њему блиском лицу могло утицати „на срамоту“. Таква лица се могу приморати на свједочење само у нарочито важним случајевима (§ 161).

²³ Казнени поступник за Босну и Херцеговину је објављен наредбом Земаљске владе за Босну и Херцеговину број 38.729/III од 26. маја 1891. године.

Закоником о судском кривичном поступку Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији)²⁴ у § 169 прописано је да су дужности свједочења ослобођени: лице које је са окривљеником вјерено; брачни друг окривљеника и последије развода брака; лице које је с окривљеником у сродству у правој линији без обзира на степен сродства, у побочној линији до трећег степена, а по тазбини до другог степена; лице које је с окривљеником у кућној задрузи; „лице које је окривљенику било крштени кум, или је од њега крштено било, или које од њих другогме дјецу крштава, као и лице које са окривљеником стоји у односу татора, штићеника, старатеља, стараника, поочима (помајке), посинка (поћерке), хранитеља и храњеника“.

Поред тога, Законик познаје посебну врсту ослобођења од дужности свједочења, али само у погледу давања одговора на поједина питања, а не свједочења уопште. Наиме, лица, за која постоји вјероватноћа да би одговарањем на поједина питања за њих или њима блиска лица (лица набројана у § 169) настала велика материјална штета имала су право да не одговарају на таква питања (§ 170).

Након II свјетског рата од 1945. године па све распада, 1992. године, на цијелом подручју социјалистичке Југославије (ФНРЈ и СФРЈ) у примјени је био јединствени кривични поступак. Закоником о кривичном поступку који је донијет 10. 9. 1953. године²⁵ а који је доживио низ промјена, да би осмим измјенама и допунама од 24. 12. 1976. године (ступиле на снагу 1. 7. 1977. године),²⁶ који је уз још неколико измјена и допуна важио до распада Југославије 1992. године, такође је било предвиђено ослобађање од свједочења одређених категорија лица. Тако, наведени закони предвиђају и релативно ослобођење од дужности свједочења брачног друга окривљеног; сродника окривљеног по крви у правој линији, сродника у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродника по тазбини до другог степена закључно; усвојеника и усвојиоца окривљеног (члан 227 став 1 ЗКП из 1977).²⁷ Закон је у члану 228 предвидио процесну санкцију неправилног или недозвољеног прибављања исказа „привилегованих свједока“, а то је забрана коришћења таквих

²⁴ Законик о судском кривичном поступку објављен је у *Службеним новинама* број 45 од 23. 2. 1929. године, а ступио је на снагу 1. 1. 1930. године.

²⁵ *Службени лист ФНРЈ*, број 40/53.

²⁶ *Службени лист СФРЈ*, број 4/77.

²⁷ ЗКП ФНРЈ из 1948. године није од дужности свједочења ослобађао вјерске представнике о ономе што им је повјерено приликом исповиједи, као и љекаре о ономе што им је повјерено приликом вршења њиховог позива.

исказа при доношењу судских одлука. Поред тога, процесно је регулисано право свједока да може да не одговара на поједина питања ако је вјероватно да би тиме изложио себе или свог блиског сродника тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу (чл. 229).

Кривичнопроцесни закони који се примјењују у државама насталим распадом СФРЈ предвиђају идентичан круг лица која су ослобођена дужности свједочења. Тако су и на простору Босне и Херцеговине до реформе кривичнопроцесног законодавства 2003. године важиле норме идентичног садржаја.²⁸ Важно је напоменути да су и даље идентична кривичнопроцесна рјешења у Законику о кривичном поступку Србије,²⁹ Закону о казненом поступку Хрватске,³⁰ Законику о кривичном поступку Црне Горе,³¹ Закону о кривичном поступку Македоније³² и Закону о кривичном поступку Словеније.³³ Сви ови закони познају и ослобађање свједока обавезе да одговара на поједина питања, ако би истинит одговор њега или његовог блиског сродника изложио кривичном прогону, тешкој срамоти или знатној материјалној штети.

Да ослобађање ширег круга лица од свједочења од оног које познају кривичнопроцесни закони у БиХ није само ствар културолошке природе овог региона потврђују одредбе кривичнопроцесних закона многих држава. Тако је параграфом 52 у кривичнопроцесног закона Њемачке (§ 52 StPO) прописано да право да одбију свједочење имају: лице са којим је осумњичени вјерен, односно лице са којим је размијенио обећање да ступи у животну заједницу; брачни друг осумњиченог, чак и након престанка брака; ванбрачни друг осумњиченог, чак и након престанка ванбрачне заједнице; сродник осумњиченог по крви у правој линији до било којег степена, у побочној линији до трећег степена, а по тазбини до другог степена.³⁴ Закон о кривичном поступку Француске даје право

²⁸ Видјети ЗКП Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 4/93, 26/93, 14/94, 6/97 и 61/01 и ЗКП Федерације БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 43/98 и 23/99.

²⁹ Видјети чл. 94 ЗКП Србије, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

³⁰ Видјети чл. 285 ЗКП Хрватске, *Народне новине*, број 152/08, 76/09, 80/11, 121/11. – прочишћени текст, 91/12. – Одлука Уставног суда Републике Хрватске, 143/12, 56/13, 145/13. и 152/14.

³¹ Видјети чл. 109 ЗКП Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 57/09, 49/10, 47/14 – Одлука Уставног суда ЦГ, 2/15 – Одлука Уставног суда ЦГ и 35/15.

³² Видјети чл. 239 ЗКП Македоније (*Закон за кривичната постапка на Република Македонија – Службени весник*, бр. 150/10).

³³ Видјети чл. 236 ЗКП Словеније (*Zakon o kazenskem postopku Slovenije – Урадни лист*, бр. 32/12).

³⁴ Видјети: Закон о кривичном поступку СР Њемачке – превод *Strafprozeßordnung (StPo)*, Ур. S. Pürner и Д. Марковић, Сарајево, 2011.

родитељима, дјечи, прецима и потомцима, браћи и сестрама, сродницима по тазбини, као и супружницима, чак и након развода брака, да могу да одбију да свједоче.³⁵ На сличан начин је и Законом о кривичном поступку Швајцарске прописано да може одбити свједочење лице које је у брачној или другој заједници са оптуженим, свако ко има дијете са оптуженим, свако ко је у крвном или тазбинском сродству у правој линији са оптуженим, браћа, сестре оптуженог или његовог супружника. Ово право важи и након престанка брака или храњеничког односа.³⁶ Законом о кривичном поступку Италије прописано је генерално право блиским сродницима оптуженог да се ослободе од свједочења.³⁷ Закон о кривичном поступку Бугарске регулише ову проблематику, тако што предвиђа да свједочење могу одбити брачни друг окривљеног, преци, потомци, браћа и сестре и лице са којим се оптужени налази у фактичкој животној заједници.³⁸ Законом о кривичном поступку Украјине ослобађају се од кривичног прогона лица која одбију да свједоче против самог себе, чланова своје породице или блиских сродника током истраге или на главном претресу.³⁹ Ослобађање од свједочења познаје и Закон о кривичном поступку Словачке на тај начин што прописује да ово право имају сродници оптуженог у правој линији, брат и сестра, усвојилац, усвојеник, брачни и ванбрачни партнер.⁴⁰ И скандинавске земље не обавезују сроднике да свједоче, па тако Закон о кривичном поступку Шведске предвиђа да су дужности свједочења, поред брачног и ванбрачног партнера, ослобођени сви сродници по крви или тазбини у правој линији, брат или сестра осумњиченог, односно оптуженог или његовог брачног или

³⁵ Видјети чл. 448 ЗКП Француске. (*Code de procédure pénale – France*, доступно на: <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>).

³⁶ Видјети чл. 167 ЗКП Швајцарске (*Swiss Criminal Procedure Code*), доступно на: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html#id-ni18-ni21-2>.

³⁷ Видјети чл. 199 ЗКП Италије (*Codice di procedura penale – „Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana”*, n. 250 del 24 ottobre 1988, Testo aggiornato al D.Lgs 30 gennaio 2015, n. 6 e alla sentenza della Corte Costituzionale n. n. 23 del 28 gennaio 2015 - depositata il 27 febbraio 2015).

³⁸ Видјети чл. 119 ЗКП Бугарске (*Penal procedure code of The Republic Bulgaria*), доступно на: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_CCFNxeCMfkJ:www.legislationline.org/download/action/download/id/4152/file/PENAL_PROCEDURE_CODE_am2011_en.pdf+&cd=1&hl=sr&ct=clnk&gl=rs.

³⁹ Видјети чл. 66 ст. 3 ЗКП Украјине (*Criminal Procedure Code of Ukraina*), доступно на: <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16259/preview>).

⁴⁰ Видјети чл. 130 ЗКП Словачке (*Criminal Procedure Code of Slovakia – No.301/2005*), доступно на: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:emzQSZLCCP0J:www.legislationline.org/documents/id/16894+&cd=3&hl=sr&ct=clnk&gl=rs>.

ванбрачног партнера.⁴¹ Привилегију одређеног круга лица да не свједоче познаје и Закон о кривичном поступку Турске. Ово право може да користи: лице које је вјерено са осумњиченим; лице које је у браку, па чак и након развода; лице које је са осумњиченим у правој линији крвног или тазбинског сродства; лице у побочној линији крвног сродства до трећег степена или у побочној линији тазбинског сродства до другог степена.⁴² И Закон о кривичном поступку Јапана предвиђа генералном клаузулом да свако лице може да одбије да свједочи ако постоји бојазан да ће својим свједочењем довести до сопственог кривичног гоњења или осуде или његовог супруга, крвног сродника закључно са трећим степеном сродства, сродника по тазбини до другог степена сродства или ако је раније био са истим у таквим односима.⁴³ У кривичноправном систему Сједињених Америчких Држава предвиђено је да се од случаја до случаја утврђује да ли постоји разлог за утврђивање имунитета свједока, односно његовог права да не свједочи. Један од разлога за утврђивање права за ослобађање од свједочења јесте постојање блиских родбинских веза (*a close family relative*), као што су супружници, сродство у правој и побочној линији.⁴⁴

Сукоб суженог права на одбијање свједочења и права на поштовање породичног живота

Високи представник у БиХ се, у преамбули одлука донесеним 16. децембра 2004. године, којим су проглашени закони о измјенама и допунама закона о кривичном поступку, позвао на овлашћења која су му дата у Анексу 10 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Споразум о цивилној имплементацији). Као правни основ доношења одлука узет је члан 5 Споразума, према којем високи представник има коначну надлежност у погледу интерпретације Споразума, као и члан 2 став 1 тачка д), према којем високи представник „пружа помоћ, када то оцијени неопходним, у изналагању рјешења за све проблеме који се

⁴¹ Видјети поглавље 36, одјељак 3 ЗКП Шведске, доступно на: http://www.imolin.org/doc/amlid/Sweden_Code%20of%20Judicial%20Procedure.pdf.

⁴² Видјети чл. 45 ЗКП Турске, доступно на: https://www.unodc.org/res/cld/document/tur/2005/turkish_criminal_procedure_code_html/2014_Criminal_Procedure_Code.pdf.

⁴³ Видјети чл. 147 ЗКП Јапана, доступно на: <http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814489.pdf>.

⁴⁴ *Offices of The United States Attorneys, U.S. Attorneys "Resources" U.S. Attorneys' Manual, Title 9: Criminal*, доступно на <https://www.justice.gov/usam/usam-9-23000-witness-immunity>.

појаве у вези са цивилном интерпретацијом“. Позивајући се на намјеру Управног одбора Савјета за имплементацију мира исказану у фебруару 2002. године да се „владавина права у Босни и Херцеговини ојача путем израде и провођења нових кривичних закона и јачањем судских и тужилачких институција у Босни и Херцеговини“, високи представник је констатовао да се само у ријетким случајевима треба позивати на могућност одбијања свједочења у току судског поступка. При томе је, стављајући се у функцију врховног ауторитета у тумачењу Споразума о цивилној имплементацији Мировног уговора и доношењем обавезујућих одлука о измјени закона о кривичном поступку у цијелој Босни и Херцеговини, очигледно прокламовао начело истине у кривичном поступку.

Извршеном реформом кривичнопроцесног законодавства у Босни и Херцеговини 2003. године „екскомуницирана“ је одредба према којој су суд и други државни органи дужни истинито и потпуно утврдити чињенице које су важне за доношење законите одлуке.⁴⁵ Кривичнопроцесним законима више се експлицитно не дефинише начело истине, али се кроз одређене чланове настоји обавезати суд да се у кривичном поступку обезбиједи услови за утврђивање истине.⁴⁶ Поред тога што законодавац нигдје не употребљава атрибуте и појавне облике правних аспеката истине (објективна, субјективна, апсолутна, релативна, материјална, формална) већ само на једном мјесту „грешком“ употребљава термин истина, законом је избјегнуто прописивање обавезе суду и државним органима који учествују у кривичном поступку да истинито и потпуно утврде чињенице које су важне за доношење законите одлуке, као што је то урадио кривичнопроцесни законодавац бивше СФРЈ, а по том узору и законодавци у Босни и Херцеговини до 2003. године. Имајући у виду ове констатације, може се закључити да је то резултат стремљења за спровођењем што ефикаснијег кривичног поступка, а као противтежа ефикасности поступка успоставља се тежња за заштитом људских права, односно успостављање механизма за правично суђење. Зато се каже да умјесто тзв. „материјалне истине“, у кривичном поступку у Босни и Херцеговини преовладава тзв. „страначка истина“.⁴⁷

⁴⁵ Хајрија Сијерчић-Чолић, *Начело материјалне истине у кривичном поступку*, У: Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти), Београд, 2012, стр. 169–191.

⁴⁶ Појам истина се, изузев код прописивања права и дужности свједока, као и у тексту заклетве коју полажу свједок и вјештак, једино помиње у чл. 262 ст. 3, којим се прописују обавезе судије, односно председника вијећа да контролише начин и редослијед испитивања свједока и извођења доказа, водећи рачуна да поступак буде ефикасан за утврђивање истине.

⁴⁷ О уведеном адверзијалном у кривичном поступку и његовом утицају на утврђивање истине

Стога сматрамо да одлуке високог представника о сужавању круга лица којима се дозвољава да одбију свједочење директно доводе до афирмације начела истине у кривичном поступку, али само примјеном коришћења свједока као доказног извора. Основано се питамо зашто је овај изузетак направљен само у погледу свједочења и зашто се принцип истине не протеже на цјелокупан кривични поступак. Достижању истине у кривичном поступку свакако треба тежити, али само *примјеном правних и процесних средстава који су актерима поступка на располагању, те уз поштовање свих гарантованих права субјекта поступка. До истине не би се смјело долазити по сваку цијену, нити фаворизовањем неког доказног средства, него само уз поштовање како доказних правила, тако и доказних забрана.*⁴⁸

Управо овако дефинисано ограничење круга лица који имају право на одбијање свједочења директно се конфронтира са правом на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота регулисано је чланом 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕКЉП), које је допуњено правним гаранцијама закључења брака и заснивања породице из члана 12 ЕКЉП, али и чланом II/3 Устава Босне и Херцеговине (каталог права), као и чланом 13 Устава Републике Српске. Поред тога, богата пракса Европског суда за људска права (ЕСЉП) развила је тумачење појма породични живот, и то са једне стране односа између брачних и ванбрачних партнера, а са друге стране односа између родитеља и дјеце, као и других лица која чине породицу или се налазе у породичним везама. У контексту босанскохерцеговачког кривичнопроцесног одређења круга лица која имају право да одбију свједочење не постоје никакве дилеме између законског дефинисања брачног, односно ванбрачног друга, родитеља, дјетета, усвојиоца, усвојеника осумњиченог, односно оптуженог и дефинисања истих појмова у пракси ЕСЉП. Међутим, дефинисање породице и породичног живота у одлукама ЕСЉП мора се посматрати у ширем контексту. Тако, породични однос у смислу члана 8 Конвенције,

видјети: Милан Шкулић, „Однос начела истине и поједностављених форми кривичног поступка“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима, регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примјени*, Београд, 2013, стр. 67–85; Вељко Икановић, „Преговарање о кривници након десетогодишње примјене у Босни и Херцеговини“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима, регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примјени*, Београд, 2013, стр. 179–194; Дарко Јокић, и Мирела Јокић, *Законит рад тужилаштва и полиције у истрази као предуслов остваривања права на правично суђење у кривичном поступку у Босни и Херцеговини*, Култура полиса: Култура људских права у 21. вијеку, година IX, посебно издање 2/2012, стр. 142–158.

⁴⁸ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 77.

осим брачног и ванбрачног односа⁴⁹ и односа дјече и родитеља, чине и односи унука и њихових баба и дједова⁵⁰, односи браће и сестара без обзира на старост⁵¹, односи ујака, ујни, стрицева, стрина, тетака и тетки са сестрићима, сестричинама, братанцима и братаницама.⁵² Као што видимо, појам блиских породичних веза, односно права на породични живот, у пракси ЕСЉП посматра се у ширем контексту.

При дефинисању права на поштовање породичног живота морамо се осврнути и на дефинисање породице у домаћем правном систему. Јер појам породице можемо правилно и цјеловито дефинисати систематским тумачењем одредаба кривичнопроцесних закона и одредаба из других закона истог правног система.

Тако породични закон Републике Српске⁵³ у члану 239 прописује да, под одређеним условима, постоји обавеза издржавања између свих крвних сродника у правој линији, као и између рођене браће и сестара по оцу, односно мајци. Вјероватно се законодавац прописивањем овакве обавезе крвним сродницима руководио чињеницом да постоји таква блискост између истих да се могу обавезати на међусобно издржавање под одређеним условима.

Закон о заштити насиља у породици Републике Српске⁵⁴ у члану 7 дефинише као члана породице или породичне заједнице: супружнике или бивше супружнике и њихову дјецу и дјецу сваког од њих; ванбрачне партнере или бивше ванбрачне партнере, њихову дјецу или дјецу сваког од њих; сроднике по тазбини закључно до другог степена без обзира на чињеницу да је брачна заједница престала; родитеље садашњих и бивших брачних и ванбрачних партнера; сроднике из потпуног усвојења у правој линији без ограничења, а у побочној линији закључно са четвртим степеном, као и сроднике из непотпуног усвојења; лица која везује однос старатељства, лица која живе или су живјела у истом породичном домаћинству, без обзира на сродство; лица која имају заједничко дијете или је дијете зачето, иако никада нису живјела у истом породичном домаћинству.

⁴⁹ Према ставу ЕСЉП, појам породичног живота се процјењује од случаја до случаја и обухвата како партнере који живе у браку, тако и остале породичне везе у којима партнери живе *de facto*. При томе се процјењују блиски лични односи између странака, па тако није могуће побројати све везе које представљају породични живот. Видјети пресуде ЕСЉП: *X, Y, Z* против Уједињеног Краљевства (1997); *Shalk и Kopf* против Аустрије (2010).

⁵⁰ Видјети пресуде ЕСЉП: *Marckx* против Белгије (1979); *Pla и Puncernau* против Андоре (2004).

⁵¹ Видјети пресуде ЕСЉП: *Olsson* против Шведске (1988); *Voughanemi* против Француске (1996).

⁵² Видјети пресуду ЕСЉП: *Boyle* против Уједињеног Краљевства (1994).

⁵³ *Службени гласник Републике Српске*, број 54/02.

⁵⁴ *Службени гласник Републике Српске*, број 102/12, 108/13 и 82/15.

Закон о раду Републике Српске⁵⁵ у члану 89 предвиђа да се као чланови породице подразумевају: брачни и ванбрачни партнери, њихова дјеца, пасторчад, дјеца узета под старатељство и друга дјеца без родитеља узета на издржавање, мајка, отац, очух, маћеха, усвојилац, као и дјед и баба по мајци и оцу уколико живе у заједничком домаћинству.

Као што видимо, систематским тумачењем наведених правних норми којима се породица дефинише у различитим законским рјешењима једног правног система, можемо закључити да се појам породица и право на породични живот мора посматрати знатно екстензивније него што је то „одлучио“ високи представник. Сматрамо да је стратешки интерес државе да се заштите породичне везе код брачних и ванбрачних партнера, код свих сродника у правој линији, код сродника у побочној линији закључно са трећим степеном, као и по тазбинској линији закључно са другим степеном, код усвојеника и усвојиоца, храњеника и храниоца, те да се истима да право да могу одбити свједочење против осумњиченог, односно оптуженог уколико међу њима постоји један од наведених односа.

Закључак

Након што је високи представник Педи Ешдаун 16. децембра 2004. године донио четири одлуке о измјени кривичнопроцесних закона који се примјењују у Босни и Херцеговини, значајно је сужен круг лица којим се даје право да одбију да свједоче. Изузев родитеља и дјеце, наведеним измјенама су овог права лишени сви остали сродници по крви у правој линији, сродници у побочној линији до трећег степена сродства и сродници по тазбини до другог степена сродства. Доношење одлука образложено је обавезом свих грађана да сарађују у кривичним поступцима, те потребом да се позивање на породичне везе мора рестриктивније посматрати. Међутим, давањем овог права знатно ужем кругу лица очигледно је да се дошло у колизију са правом на поштовање породичног живота прокламованим чланом 8 Европске конвенције о заштити људских права. Конвенција и пракса Европског суда за људска права дефинишу право на породичан живот у много ширем контексту него што је то урадио високи представник и како се то и даље примјењује у актуелном босанскохерцеговачком кривичном

⁵⁵ *Службени гласник Републике Српске*, број 1/16.

поступку. С обзиром на то да је Уставом Босне и Херцеговине гарантовано право на породични живот и да је прописано да ће се, у циљу обезбјеђења највиших међународних стандарда, права и слободе одређене у Европској конвенцији о заштити људских права и њезиним протоколима непосредно примјењивати у Босни и Херцеговини, и да исти имају првенство пред свим другим законодавством, очигледно је да су ове одлуке високог представника и измјене кривичнопроцесног законодавства произвеле повреде основних људских права. Апсурдно је да грађани Босне и Херцеговине, у периоду када очекују да интервенцијом међународне заједнице осјете користи како у погледу стварања стабилне демократије, тако и у примјени међународних стандарда и гарантованих основних људских права, истовремено доживе да буду ускраћени неког од тих права. При томе се мора имати у виду „отежавајућа околност“ да су управо та људска права на овим просторима поштована до доношења спорних одлука. Уједно се могу навести бројни примјери држава, које у различитим историјским периодима и без обзира на различитост правних система, политичких и државних уређења, културолошких насљеђа, дају ширем кругу лица право да одбију свједочење уколико се позову на постојање породичних веза. Не видимо нити један разлог зашто је Босна и Херцеговина још увијек „црна рупа“ у примјени права на породични живот у сегменту спровођења кривичних поступака. Односно зашто се не донесу измјене кривичнопроцесних закона којим ће се, у складу са усвојеним међународним правом, прокламовати право лицима да одбију да свједоче против осумњичених, односно оптужених, са којима су у породичним односима. Поред тога, основано се питамо зашто се у кривичнопроцесним законима који се примјењују у Босни и Херцеговини не исправи очигледан превид законодавца и свједоку да право да не одговара на поједина питања уколико би истинит одговор изложио кривичном прогону лице са којим је у блиским породичним односима или уколико би себе или наведено лице изложио тешкој срамоти или великој материјалној штети.

Мишљења смо да би било потребно да Босна и Херцеговина, у тренутку када је поднијела формални захтјев за чланство у Европској унију и када је на том путу један од задатака испуњење критеријума којима се гарантују поштивања људских права по усвојеним међународноправним стандардима, изврши наведене измјене и у кривичнопроцесне одредбе врати хуманистички став.

**Darko Jokić, PhD,
Lecturer at the Criminalistics Department of the
Faculty of Internal Affairs in Banja Luka,
Head of Department for Surveillance and Data Protection
in the Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska**

**PERSONS WHO MAY REFUSE TO TESTIFY IN CRIMINAL
PROCEDURE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – NORMATIVE
AND ETHICAL ASPECT**

Summary

After the High Representative Paddy Ashdown passed the four Decisions Enacting the Law on Amendments to the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina on 16 December 2004, the circle of persons who may exercise the right to refuse to testify significantly reduced. With the exception of parents and children, the said amendments deprive of this right all the blood relatives in direct line, relatives in lateral line to and including the third degree and relatives by marriage up to and including the second degree. It was mindful of the fact that the Law places the responsibility to all citizens to co-operate with the investigation and prosecution of cases and the necessity to observe referring to family relations in a more restrictive manner. However, providing this right to a narrower circle collided with the right to respect one's family life as proclaimed in the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights. Convention and practice of the European Court of Human Rights define the right on family life in much wider context than the High Representative and the practice which is still applied in the current criminal procedure in Bosnia and Herzegovina. Regarding the fact that the right to one's family life is guaranteed by the Constitution of Bosnia and Herzegovina and that it is prescribed that rights and freedoms derived from the European Convention on the Protection of Human Rights and its Protocols shall be applied in Bosnia and Herzegovina and that they have precedence over all the other legislation, it is obvious that these Decisions of the High Representative and the amendments to the criminal procedure legislation violated the fundamental human rights. It is absurd that the citizens of Bosnia and Herzegovina are deprived of fundamental human rights at the

same period when they expect the intervention of the international community in providing the benefits of creating a stable democracy and ensuring the application of international standards and guaranteed human rights. We also need to bear in mind the 'aggravating circumstance' that these very human rights had been exercised in this region up until the controversial decisions were passed. At the same time, there are numerous examples of countries which enabled wider circle of persons to exercise the right to refuse to testify if they refer to the existence of family bonds. There is no reason why Bosnia and Herzegovina should be the 'black sheep' in exercising the right to family life in the segment of criminal procedure. In other words, amendments should be made to the criminal procedure legislation where it shall be proclaimed that persons may refuse to testify against the accused or the suspects with whom they are in family bond, pursuant to the adopted international legislation. Additionally, we justifiably ask why an obvious overlook of the legislator in the criminal procedure legislation of Bosnia and Herzegovina is not corrected in the manner of providing the witness the right to refuse to answer certain questions with respect to which the truthful answer would lead to prosecution, great shame or great material damage upon oneself or the person they are in familiar bond with.

At the moment when Bosnia and Herzegovina submitted the application for EU membership and when one of the tasks on the road ahead is fulfilment of the criteria which guarantee the respect of human rights in accordance with the adopted international standards, it is our opinion that it is mandatory that Bosnia and Herzegovina should make the afore mentioned amendments and return humanistic aspect to criminal procedure legislation.

Key words: right to refuse to testify, laws on criminal procedure in Bosnia and Herzegovina, "privileged witness", decisions of the High Representative.

VANREDNI PRAVNI LIJEKOVI U PREKRŠAJNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE

Prof. dr Ljubinko Mitrović*
Doc. dr Nikolina Grbić Pavlović**

***Apstrakt:** U prekršajnom postupku (slično je i u drugim kaznenim, odnosno prije svega, krivičnim i privredno-prestupnim postupcima), isključivo ovlaštena lica (a to su u prekršajnom postupku okrivljeni i podnosilac zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka¹) svakako s ciljem pobijanja već donesenih sudskih odluka mogu upotrebljavati redovne i vanredne pravne lijekove.*

***Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci.**

**** Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka.**

¹ Slično Zakonu o prekršajima Republike Srpske iz 2006. godine koji je u odredbi člana 2 stav 1 tačka a) određivao ko se sve smatrao podnosiocem zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka (to su bili: ovlašćeni organ, oštećeni ili tužilac), i Zakon o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine, u odredbi člana 121 predviđa ko su sve ovlašćeni podnosioci zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka. Prema ovoj odredbi to su, prije svega, ovlašćeni organi. S druge strane, ko se sve smatra ovlašćenim organom precizno je definisano Zakonom o prekršajima Republike Srpske (član 11 stav 1 tačka 2), te se shodno tome, ovlašćenim organom smatraju: 1) nadležna ministarstva i drugi organi Bosne i Hercegovine, 2) Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske (policijske poslove pa prema tome i poslove direktnog ili indirektnog sprovođenja zakona ili propisa koji propisuju prekršaje obavljaju policijski službenici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, te drugih policijsko-bezbjednosnih agencija, odnosno organa Bosne i Hercegovine koji imaju policijska ovlašćenja), druga ministarstva i inspekcijiski organi Republike Srpske (ovlašćenim organom smatraju se i nadležni inspekcijiski organi, prije svih Uprava za inspekcijiske poslove Republike Srpske, Poreska uprava Republike Srpske, ali i drugi inspekcijiski organi obrazovani na osnovu zakona), 3) nadležni organi jedinica lokalne samouprave i 4) privredna društva i druga pravna lica koja imaju javna ovlašćenja, a u čiju nadležnost spada neposredno izvršenje ili nadzor nad izvršenjem zakona ili propisa kojima su propisani prekršaji. Nadalje, prekršajni postupak može pokrenuti i oštećeni, i to u sljedećim slučajevima: ako ovlašćeni organ nije izdao prekršajni nalog; ako zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka nije podnesen u roku od 60 dana od dana činjenja prekršaja ili ako je podnosilac zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka odustao od zahtjeva – u ovom slučaju, oštećeni može pokrenuti prekršajni postupak u roku od 60 dana od dana odustajanja podnosioca zahtjeva. Prema odredbi stava 3 člana 121 Zakona, i okrivljeni može pokrenuti prekršajni postupak svojim zahtjevom za sudsko odlučivanje pod uslovima propisanim Zakonom o prekršajima Republike Srpske. Tužilac se prema najnovijem zakonu ne može pojaviti u ulozi podnosioca zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka, a ukoliko tužilac za određeno djelo nađe da ima obilježja prekršaja, on će predmet ustupiti nadležnom ovlašćenom organu.

ve. Najprostije rečeno, pravni lijekovi uopšte jesu pravna sredstva koja imaju za cilj ispravljanje grešaka koje su moguće čak i u najsavršenijim procesnim odredbama i sudskim postupcima. Predviđanje pravnih lijekova u prekršajnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine obavezuje prvostepene, odnosno, u pravilu osnovne (opštinske) sudove i na značajno kvalitetniji rad i postupanje, jer kontrolom pravilnosti njihovih odluka postoji mogućnost kontrole njihovog rada od strane viših, odnosno, u pravilu okružnih (kantonalnih) sudova. Pored toga, značajna je uloga pravnih lijekova i u ujednačavanju sudske prakse, što opet doprinosi ostvarenju principa zakonitosti.

Redovni pravni lijekovi predstavljaju posebna pravna sredstva koja mogu koristiti zakonom ovlašćena lica s ciljem pobijanja, u pravilu prvostepenih rješenja o prekršaju, odnosno to su oni pravni lijekovi koji se ulažu protiv rješenja o prekršaju koja još nisu postala pravnosnažna i koji su devolutivni i, po pravilu, imaju suspenzivno dejstvo. U prekršajnoprocenom zakonodavstvu Republike Srpske i Bosne i Hercegovine predviđen je samo jedan redovni pravni lijek – žalba.

Vanredni pravni lijekovi jesu ona vrsta pravnih sredstava koja se mogu izjavljivati isključivo protiv sudskih odluka, odnosno rješenja o prekršaju koja su postala pravnosnažna. Vanredni pravni lijekovi u pravilu nisu suspenzivni, a često nisu ni devolutivni.

Ključne riječi: *prekršaji, pravna sredstva, vanredni pravni lijekovi, ponavljanje postupka, zahtjev za zaštitu zakonitosti.*

1. Uopšte o vanrednim pravnim lijekovima u prekršajnom postupku

Uobičajeno, prekršajni postupak prema svim prekršajnim zakonima u Bosni i Hercegovini završava se donošenjem rješenja o prekršaju, i to od strane nadležnog suda (svakako, ne treba zaboraviti ni mogućnost da se prekršajni postupak koji je pokrenut izdavanjem prekršajnog naloga završi plaćanjem prekršajnim nalogom izrečene novčane kazne). U ovom prvom slučaju, a nakon što rješenje o prekršaju postane pravnosnažno, raspravljanje, odnosno prekršajni postupak u konkretnoj prekršajnoj stvari je okončan. Međutim, i među pravnosnažno presuđenim prekršajnim stvarima ipak se može naći i određen broj nepravilno presuđenih, odnosno nezakonitih prekršajnih odluka, u pravilu zbog grešaka i propusta nadležnog suda u donošenju pravnosnažnog rješenja o prekršaju, čija bi daljnja egzistencija u pravnom prometu nanosi-

la štetu kako opštim, tako i pojedinačnim interesima². Polazeći od tih pretpostavki i teorijskih stanovišta, a oslanjajući se na dosadašnju praksu u primjeni vanrednih pravnih lijekova, Zakon o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine³, ali i ostali prekršajni zakoni u Bosni i Hercegovini⁴ predviđaju da se pravnosnažno rješenje o prekršaju može izmijeniti vanrednim pravnim lijekovima.

Vanredni pravni lijekovi predstavljaju ona pravna sredstva kojima se, isključivo u zakonom određenim slučajevima, i svakako pod zakonom propisanim uslovima, mogu pobijati pravnosnažna rješenja o prekršaju donesena u prvostепенom, odnosno drugostепенom prekršajnom postupku.

Zakon o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine (za razliku od Zakona o prekršajima Republike Srpske iz 2006. godine⁵ koji je propisivao samo jedan vanredni pravni lijek – ponavljanje prekršajnog postupka), predviđa dva vanredna pravna lijeka (svakako uz povrat ili vraćanje u pređašnje stanje kao svojevrsno pravno sredstvo koje se može upotrijebiti u prekršajnom postupku), i to:

1. ponavljanje prekršajnog postupka i
2. zahtjev za zaštitu zakonitosti.

S druge strane, ostali prekršajni zakoni u Bosni i Hercegovini predviđaju samo jedan vanredni pravni lijek – ponavljanje prekršajnog postupka.

1.1. Ponavljanje prekršajnog postupka

Ponavljanje prekršajnog postupka predstavlja vanredni pravni lijek kojim se kažnjenom licu koje je rješenjem o prekršaju proglašeno odgovornim za prekršaj omogućava ponavljanje prekršajnog postupka koji je okončan pravnosnažnim rješenjem o prekršaju (pravnosnažno rješenje o prekršaju jeste ono rješenje koje se ne može pobijati žalbom, odnosno rješenje o prekrša-

² Mitrović, Lj., *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON Banja Luka, Banja Luka, 2014. godine.

³ Zakon o prekršajima Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 63/2014.

⁴ Osnovnim prekršajnim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini trenutno se, u pravilu, smatraju četiri prekršajna zakona, i to: 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 prekršajima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine”, br. 24/2007; 6/2012 i 11/2012 i Zakon o prekršajima u Bosni i Hercegovini, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 41/2007; 18/2012 i 36/2014. Pored ovih zakona, tu je i na desetine zakona, ali i uredaba i odluka vlada, odnosno odluka jedinica lokalne samouprave kojima se propisuju prekršaji.

⁵ Zakon o prekršajima Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 34/2006; 1/2009; 29/2010 i 109/2011.

ju protiv kojeg žalba nije dozvoljena; pravnosnažno rješenje može biti, pored drugostepenog, i prvostepeno rješenje o prekršaju), svakako u interesu zaštite zakonitosti, ali i subjektivnih prava stranaka u prekršajnom postupku. S obzirom na to, osnovna pretpostavka za eventualno korišćenje ponavljanja prekršajnog postupka kao vanrednog pravnog lijeka jeste pravnosnažnost prekršajne odluke, odnosno pravnosnažnost rješenja o prekršaju.

Ponavljanje prekršajnog postupka može se vršiti isključivo u korist kažnjelog lica, ali ne i na njegovu štetu, te će nadležni sud, shodno tome, usvojiti zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka samo i ukoliko novi dokazi ili razlozi za ponavljanje postupka navedeni u zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka mogu voditi značajnijoj promjeni odluke, odnosno rješenja o prekršaju suda, svakako u korist kažnjelog lica.

Prekršajni postupak koji je okončan pravnosnažnim rješenjem o prekršaju može se ponoviti na osnovu zahtjeva za ponavljanje prekršajnog postupka koji podnosi isključivo kažnjeni⁶ koji je rješenjem o prekršaju oglašen odgovornim pod sljedećim uslovima, odnosno, ako:

- 1) se dokaže da je odluka, odnosno rješenje o prekršaju nadležnog suda zasnovano na lažnoj ispravi ili na lažnom iskazu svjedoka, vještaka ili tumača (u ovom slučaju, radi se o tzv. nepodobnim dokazima);
- 2) se dokaže da je do „sporne“ odluke, odnosno rješenja o prekršaju nadležnog suda došlo usljed krivičnog djela sudije ili drugog službenog lica koje je učestvovalo u konkretnom prekršajnom postupku;
- 3) se utvrdi da je lice koje je rješenjem o prekršaju nadležnog suda kažnjeno za prekršaj, za istu radnju već jednom (ranije) kažnjeno za prekršaj ili krivično djelo (povreda zabrane, odnosno principa *ne bis in idem – ne dvaput o istom*; za dokazivanje ovog razloga neophodno je postojanje pravnosnažne odluke suda donesene u prekršajnom postupku, ukoliko je u pitanju ista radnja zbog koje je lice ranije već kažnjeno u prekršajnom postupku, odnosno pravnosnažna presuda redovnog suda za ranije krivično djelo);
- 4) se u zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka iznesu nove činjenice ili podnesu novi dokazi koji bi sami za sebe ili u vezi sa ranijim, već iznesenim dokazima doveli do drugačije odluke – rješenja o prekršaju, pod uslovom da su bili poznati u ranijem prekršajnom postupku;

⁶ Prema odredbi člana 11 stav 1 tačka 1 Zakona o prekršajima Republike Srpske, kažnjeni jeste lice za koje je ustanovljeno konačnim prekršajnim nalogom ili pravnosnažnim rješenjem o prekršaju, da je odgovorno za određeni prekršaj.

- 5) kažnjeni stekne mogućnost da upotrijebi odluku Evropskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke po kažnjenoj; i
- 6) je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zagarantovane ustavom u prekršajnom postupku, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke po kažnjenoj.

Peti i šesti zakonski osnov za ponavljanje prekršajnog postupka podrazumijevaju postojanje odluka Evropskog suda za ljudska prava ili Ustavnog suda Bosne i Hercegovine kojima je utvrđeno kršenje ljudskih ili manjinskih prava i osnovnih sloboda zagarantovanih ustavom u prekršajnom postupku, a donesena odluka, odnosno rješenje o prekršaju zasnovana je na kršenju navedenih prava i sloboda.

Činjenice koje predstavljaju zakonske uslove za ponavljanje prekršajnog postupka (da je rješenje o prekršaju zasnovano na lažnoj ispravi ili lažnom iskazu svjedoka, vještaka ili tumača, odnosno da je do rješenja nadležnog suda došlo usljed krivičnog djela sudije ili drugog službenog lica koje je učestvovalo u prekršajnom postupku) dokazuju se pravnosnažnom sudskom odlukom donesenom u krivičnom postupku kojom su navedena lica oglašena krivim i osuđena za krivično djelo davanja lažnog iskaza, odnosno krivično djelo falsifikovanja službene isprave. Međutim, na ovom mjestu treba posebno naglasiti da će krajnji rok od jedne godine predviđen za podnošenje zahtjeva za ponavljanje prekršajnog postupka, po pravilu, u praksi, uvijek isteći do okončanja krivičnog postupka koji je poveljen zbog upotrebe lažne isprave, lažnog svjedočenja ili zloupotrebe službene dužnosti, čak i u onim situacijama kada je taj postupak pokrenut odmah po izvršenju krivičnog djela. Na ovaj način, kažnjeni i neće imati neke posebne koristi od ovog pravnog lijeka.

Najčešći osnov zbog koga se traži ponavljanje prekršajnog postupka propisan je u tački 4 (dakle, u zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka neophodno je da se iznesu nove činjenice ili podnesu novi dokazi koji bi sami za sebe ili u vezi sa ranijim dokazima doveli do drugačijeg rješenja pod uslovom da su bili poznati u ranijem prekršajnom postupku). Pod novim činjenicama i dokazima podrazumijevaju se isključivo one činjenice, odnosno dokazi koji su novi, odnosno oni koji već nisu bili upotrijebljeni u ranijem postupku. Postojanje novih činjenica i dokaza utvrđuje se u ponovljenom prekršajnom postupku.

Zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka može podnijeti isključivo kažnjeni (stav 1 člana 221), te je shodno tome isključena mogućnost podnošenja ovog zahtjeva od strane branioca kažnjenog u korist svog branjenika, ali i svih drugih lica bliskih kažnjenom licu.

Nadalje, u odredbi st. 2 i 3 člana 221 Zakona o prekršajima Republike Srpske propisani su rokovi za podnošenje zahtjeva za ponavljanje prekršajnog postupka. Ovi rokovi su prekluzivni, te se ni pod kojim uslovima ne mogu produžavati, pa se zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka, u svakom slučaju, mora podnijeti u zakonom propisanim rokovima. Prema stavu 2 navedenog člana, zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka može se podnijeti u subjektivnom roku od 30 dana od dana kada je kažnjeni saznao za postojanje činjenica i okolnosti na kojima može utemeljiti svoj zahtjev za ponavljanje postupka. S druge strane, objektivni rok od godinu dana u kojem se ovaj zahtjev može podnijeti računa se od dana kada je odluka povodom koje se traži ponavljanje postupka postala pravnosnažna (izuzetak jesu dva posljednja zakonska osnova za ponavljanje postupka)⁷.

Prema zakonodavnom rješenju, po zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka uvijek odlučuje onaj sud koji je donio prvostepeno rješenje o prekršaju (dakle, za razliku od žalbe kao redovnog pravnog lijeka, ovaj važan vanredni pravni lijek nikad nema devolutivno dejstvo). Razlozi nepristrasnosti, odnosno objektivnosti koji treba da su prihvaćeni u svakom sudskom postupanju, opredjeljuju nas svakako u stavu da po zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka ne treba ni u kom slučaju da postupa, odnosno odlučuje onaj sudija koji je učestvovao i u postupku odlučivanja i donošenja prvostepenog rješenja o prekršaju.

Važna karakteristika postupka po zahtjevu kažnjenog lica za ponavljanje prekršajnog postupka jeste da ovaj postupak teče u dvije zasebne faze. Tako, u prvoj fazi, sud ispituje dopuštenost i osnovanost zahtjeva (*iudicium rescindens*), dok se u drugoj fazi obnavlja raniji prekršajni postupak i donosi novo rješenje o prekršaju, a u istoj prekršajnoj stvari (*iudicium rescissorium*). Shodno tome, obaveza je kažnjenog lica da u zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka obavezno navede zakonski osnov zbog kojeg on i traži ponavljanje prekršajnog postupka, kao i kojim sve dokazima kažnjeno lice potkrepljuje činjenice na kojima svoj zahtjev zasniva. Ukoliko zahtjev za ponavljanje postupka ne sadrži sve navedene podatke, nadležni sud koji rješava

⁷ Zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka u korist kažnjenog može se podnijeti i nakon što je rješenje o prekršaju izvršeno i bez obzira na zastaru, ali najdocnije do isteka roka od godine od pravnosnažnosti rješenja o prekršaju (UP: 137/02, od 12. septembra 2002. godine).

po podnesenom zahtjevu odbaciće ovakav, odnosno formalno neispravan zahtjev, a to će uraditi svojim rješenjem oglašavajući zahtjev nepotpunim.

Po zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka nadležni sud neće meritorno odlučivati i zahtjev će svojim rješenjem odbaciti ukoliko, na osnovu zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka i dokaza iz spisa predmeta iz ranijeg prekršajnog postupka, utvrdi:

1. da je zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka neblagovremeno podnesen (neblagovremen);
2. da je zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka nedozvoljen, jer ga je podnijelo neovlašćeno lice;
3. da nisu ispunjeni svi zakonski uslovi neophodni za ponavljanje prekršajnog postupka ili
4. da nove činjenice i novi dokazi, odnosno oni na kojima se zahtjev za ponavljanje postupka zasniva očigledno nisu dovoljni, odnosno podobni da se na osnovu njih dozvoli ponavljanje postupka (nepodobnost činjenica i dokaza na kojima se zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka temelji predstavlja čest razlog za odbacivanje zahtjeva za ponavljanje u praksi i procjenjuje se u svakom konkretnom slučaju).

Protiv rješenja suda kojim on odbacuje zahtjev za ponavljanje postupka, kažnjeni može izjaviti žalbu, i to u roku od osam dana od dana dostavljanja rješenja kažnjenom. Zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka, po pravilu, nema suspenzivno dejstvo, te se on može podnijeti i nakon što je rješenje o prekršaju koje se zahtjevom za ponavljanje napada izvršeno.

Ukoliko sud ne odbaci zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka, on će suštinski ući u drugu fazu postupka po zahtjevu u kojoj će usvojiti zahtjev i ponoviti prekršajni postupak onoliko koliko je to potrebno da se utvrde sve činjenice zbog kojih je zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka podnesen.

Rješavajući po zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka, nadležni sud može, u svakom slučaju uvažavajući zahtjev kažnjenog lica za ponavljanje prekršajnog postupka:

- 1) izmijeniti prvobitno rješenje o prekršaju (u kom slučaju će donijeti novo, izmijenjeno rješenje o prekršaju), uz uslov da utvrdi da je kažnjeni za istu radnju već kažnjen u prekršajnom postupku ili je za istu radnju prije donošenja rješenja o prekršaju proglašen krivim u krivičnom postupku, ili

- 2) ponoviti prekršajni postupak, i to u obimu koji je neophodan da se utvrde činjenice zbog kojih je zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka podnesen – u ovom drugom slučaju, prvostepeni sud će odrediti dan i vrijeme za održavanje novog pretresa (u kom slučaju će donijeti novo rješenje kojim se dozvoljava ponavljanje postupka protiv kojeg nije dozvoljena žalba i u kojem će odrediti termin održavanja novog pretresa; rješenje kojim se dozvoljava ponavljanje prekršajnog postupka ima suspenzivno dejstvo i ono odlaže izvršenje rješenja o prekršaju protiv kojeg je ponavljanje postupka dozvoljeno).

Određivanjem termina održavanja novog pretresa, faktički se dozvoljava ponavljanje prekršajnog postupka, pa će izvršenje rješenja o prekršaju biti odgođeno do donošenja novog pravnosnažnog rješenja o prekršaju (zahtjev za ponavljanje postupka, slično drugim vanrednim pravnim lijekovima, u pravilu, nema suspenzivno dejstvo, što znači da zahtjev ne odlaže izvršenje rješenja o prekršaju, s tim da ukoliko sud ocijeni da zahtjev za ponavljanje može biti uvažen, on može odlučiti i da se odloži izvršenje rješenja o prekršaju dok se ne odluči o zahtjevu za ponavljanje postupka). Zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka na ovaj način dobija uslovno suspenzivno dejstvo, što opet znači da će biti odgođeno do donošenja novog rješenja o prekršaju izvršenje samo onog rješenja o prekršaju koje do momenta odlučivanja po uloženom zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka nije izvršeno. S druge strane, ukoliko je prekršajna sankcija već bila izvršena prema okrivljenom (na primjer, naplaćena novčana kazna ili troškovi postupka od kažnjelog), u slučaju uspjeha zahtjeva za ponavljanje postupka sud može odrediti povrat naplaćene novčane kazne ili troškova prekršajnog postupka, te on svojim rješenjem može ukinuti svaku drugu prekršajnu sankciju.

U zavisnosti od rezultata ponovljenog prekršajnog postupka, a nakon razmatranja zahtjeva za ponavljanje prekršajnog postupka i eventualno održanog pretresa, prvostepeni sud će svojim novim rješenjem o prekršaju, a nakon što provede sve neophodne dokaze i utvrdi činjenice:

- a) zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka odbiti, okrivljenog ponovo proglasiti odgovornim i izreći mu prekršajnu sankciju, ili će
- b) uvažiti zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka i ukinuti ranije rješenje o prekršaju u cijelosti ili djelimično.

Protiv rješenja kojim nadležni sud odbija zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka, kažnjeno lice može izjaviti žalbu, i to u roku od osam dana od dana dostavljanja navedenog rješenja.

U ponovljenom prekršajnom postupku, prvostepeni sud je prilikom donošenja svoje nove odluke, odnosno rješenja o prekršaju vezan zabranom *reformatio in peius*, što praktično znači da u onim slučajevima kada ovaj sud dozvoli ponavljanje prekršajnog postupka, i u ponovljenom prekršajnom postupku okrivljeno lice proglasi odgovornim, rješenje o prekršaju u dijelu koji se odnosi na izrečenu prekršajnu sankciju u ponovo sprovedenom postupku ne može se izmijeniti na štetu okrivljenog, niti se može donijeti rješenje o prekršaju koje je nepovoljnije za okrivljeno lice od ranije donesenog rješenja o prekršaju.

1.2. Zahtjev za zaštitu zakonitosti

Važnu novinu u Zakonu o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine predstavlja uvođenje u prekršajnoproceno pravo Republike Srpske, pored zahtjeva za ponavljanje prekršajnog postupka, još jednog vanrednog pravnog lijeka – zahtjeva za zaštitu zakonitosti⁸. Propisujući ovaj pravni lijek, zakonodavac je vjerovatno imao u vidu odredbe Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske⁹ i po uzoru na njega jer to čini i on, propisao ovaj pravni lijek. Pored toga, i Zakon o prekršajima Republike Srbije¹⁰ propisuje dva vanredna pravna lijeka, odnosno uz zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka, on u odredbama čl. 285–290 Zakona predviđa i zahtjev za zaštitu zakonitosti.

Prema odredbi stava 1 člana 225 Zakona o prekršajima Republike Srpske¹¹ koja je imperativnog karaktera, protiv pravnosnažnih sudskih odluka, odnosno protiv pravosnažnog rješenja o prekršaju, republički tužilac¹² ima obavezu da podigne zahtjev za zaštitu zakonitosti (dakle, on je obavezan na to), ukoliko je ispunjen samo jedan uslov – da je povrijeđen zakon. S obzirom na prednje, titular prava na podnošenje zahtjeva za zaštitu zakonitosti jeste isključivo republički tužilac. Jedini uslov za podizanje zahtjeva za zaštitu zakonitosti koji zakonodavac predviđa odnosi se na povredu zakonu, odnosno da je pravnosnažnim rješenjem o prekršaju povrijeđen zakon¹³.

⁸ Mitrović, Lj., *Nužnost izmjena Zakona o prekršajima Republike Srpske*, u: Časopis „Izbor sudske prakse“, broj 7-8/2009, Beograd, 2009.

⁹ “Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 53/2012.

¹⁰ “Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 65/2013.

¹¹ Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine iz 2014. godine ne predviđa ovaj vanredni pravni lijek. Ovaj vanredni pravni lijek ne predviđaju ni ostala dva prekršajna zakona u Bosni i Hercegovini, odnosno Zakon o prekršajima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i Zakon o prekršajima u Bosni i Hercegovini.

¹² Zahtjev za zaštitu zakonitosti u krivičnom postupku u Republici Srpskoj mogu podnijeti tužilac, osuđeni i branilac.

¹³ Nije osnovan zahtjev za zaštitu zakonitosti u kojem se pogrešno tvrdi da je podnesen u korist osuđenoga, a u stvari podnesen je na njegovu štetu. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, BR. Kzz 62/2012-3 od 12. ožujka 2013.

U kom roku se zahtjev za zaštitu zakonitosti podnosi, zatim ko odlučuje o njemu, te o drugim pitanjima koja se tiču ovog važnog vanrednog pravnog lijeka, zakonodavac u Republici Srpskoj se uopšte ne izjašnjava, s tim da on u odredbi stava 2 člana 225 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske predviđa posebno zakonodavno rješenje prema kojem se odredbe navedenog zakona koje se odnose na podizanje zahtjeva za zaštitu zakonitosti i odlučivanje o njemu u krivičnom postupku shodno primjenjuju i na zahtjev za zaštitu zakonitosti u prekršajnom postupku. Shodno tome, zahtjev za zaštitu zakonitosti se podnosi u roku od tri mjeseca od dana prijema pravnosnažnog rješenja o prekršaju, i to Vrhovnom sudu Republike Srpske putem suda koji je donio rješenje o prekršaju u prvom stepenu.

Iako je odredba stava 1 člana 225 Zakona o prekršajima Republike Srpske imperativna i predviđa obavezu republičkog tužioca da podigne zahtjev za zaštitu zakonitosti u svim onim slučajevima kada je pravnosnažnim rješenjem o prekršaju povrijeđen zakon, ipak, zakonodavac je u odredbi stava 3 istog člana napravio izuzetak te predvidio da Republičko tužilaštvo Republike Srpske ipak ne mora podići zahtjev za zaštitu zakonitosti, čak i u onim situacijama kada smatra da je povrijeđen zakon, ali uz ispunjenje dodatna dva posebna uslova, i to:

- a) da povreda zakona nije uticala na pravilnost rješenja o prekršaju, i
- b) da nije riječ o pravnom pitanju važnom za jedinstvenu primjenu zakona ili zaštitu ljudskih prava i sloboda.

Vrijeme pred nama, odnosno vrijeme nakon donošenja Zakona o prekršajima Republike Srpske, pokazaće svu ispravnost opredjeljenja zakonodavca kada je odlučivao o tome da propiše ovaj vanredni pravni lijek, premda, stava smo da ne treba previše očekivati.

Zaključak

Najnovije prekršajnoproceno pravo Republike Srpske predviđa dva vanredna pravna lijeka: zahtjev za ponavljanje prekršajnog postupka i zahtjev za zaštitu zakonitosti. Praksa i rad prekršajnih odjeljenja sudova u Republici Srpskoj i statistički podaci o primjeni ovih pravnih sredstava u narednom periodu daće nam sasvim jasnu sliku njihove opravdanosti. Biće svakako zanimljivo, u nekom od narednih referata, prezentovati statističke podatke, ponajprije o broju podnesenih zahtjeva za zaštitu zakonitosti od strane republičkog tužioca Vrhovnom sudu Republike Srpske, kao i podatke nadležnih sudova o broju podnesenih zahtjeva za ponavljanje prekršajnog postupka.

LITERATURA

1. Mitrović, Lj., *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON Banja Luka, Banja Luka, 2014. godine.
2. Mitrović, Lj., *Nužnost izmjena Zakona o prekršajima Republike Srpske*, u: Časopis „Izbor sudske prakse“, broj 7–8/2009; Beograd, 2009.
3. Vrhovšek, M., *Komentar Zakona o prekršajima*, drugo izd., Poslovni biro, Beograd, 2010.
4. Zakon o prekršajima Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 63/2014.
5. Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, broj 63/2014.
6. Zakon o prekršajima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, br. 24/2007; 6/2012 i 11/2012.
7. Zakon o prekršajima u Bosni i Hercegovini, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 41/2007; 18/2012 i 36/2014.
8. Zakon o prekršajima Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 34/2006; 1/2009; 29/2010 i 109/2011.
9. Zakon o prekršajima Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 65/2013
10. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 3/2003; 32/2003; 37/2003; 54/2004; 61/2004; 30/2005; 53/2006; 55/2006; 32/2007; 8/2010; 47/2014; 22/2015 i 40/2015.
11. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 36/2003; 37/2003; 21/2004; 69/2004; 15/2005; 42/2010 i 42/2011.
12. Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, broj 33/2013 – Prečišćeni tekst.
13. Krivični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/2003; 108/2004; 37/2006; 70/2006; 73/2010; 1/2012 i 67/2013.
14. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 53/2012.

Ljubinko Mitrović, PhD

Human Rights Ombudsman in Bosnia and Herzegovina, and Associate Professor at Faculty of Law of Pan European University APEIRON in Banja Luka

Nikolina Grbić Pavlović, PhD

Assistant Professor at College of Internal Affairs Banja Luka

SPECIAL JUDICIAL REMEDIES IN MISDEMEANOUR REGULATIONS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In misdemeanour procedure (and it is similar with other penal, i.e. primarily criminal and economic violation actions) only authorised persons (and in misdemeanour procedure those are defendant and plaintiff), obviously with goal of refuting existing court rulings, may use regular and special judicial remedies. In short, judicial remedies are, in general, legal means that are aimed at rectifying mistakes that are possible even in the most perfect procedural provisions and court procedures. Judicial remedies stipulated in misdemeanour regulations of Bosnia and Herzegovina are engaging first instance, i.e. normally basic (municipal) courts to perform significantly better work and actions, because by controlling regularities of their decisions the possibility of control of their work was given to higher, normally district (cantonal) courts. Apart from that, judicial remedies play a significant role in balancing of judicial practice as well, which is also contributing to achievement of legality principal.

Regular judicial remedies are special legal means that could be used by legally empowered persons for purpose of refuting, usually first instance decisions, i.e. those are the judicial remedies that are submitted against misdemeanour decisions that are still not legally binding, and which are devolutive and, as a rule, have a suspending effect. Misdemeanour process regulations of Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina stipulate only one regular remedy – an appeal.

Special judicial remedies are that kind of legal means that could be used exclusively against court decisions, i.e. misdemeanour decisions that are legally binding. Special judicial remedies are normally not suspending, and often they are also not devolutive.

Key words: *misdemeanours, legal means, special judicial remedies, recidivism, request for protection of legality.*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категоришу у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Веселина Маслеше 28/1, 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.