

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 52/2017

Година XIV

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2017.

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, нестраначка организација правника у Републици Српској.

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

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

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

САДРЖАЈ

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др Радован Вукадиновић Академик проф. др Витомир Поповић О НЕКИМ СЛИЧНОСТИМА И РАЗЛИКАМА ИЗМЕЂУ ПРАВА ЕУ И ПРАВА ЕВРОАЗИЈСКЕ ЕКОНОМСКЕ УНИЈЕ	13
Проф. др Душанка Ђурђевић Доц. др Сандра Фишер Шобот ПРАВО КУПЦА ДА СНИЗИ ЦЕНУ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ	31
Проф. др Генц Трнавци ТЕХНИКЕ ИЗЈЕДНАЧАВАЊА И ХАРМОНИЗАЦИЈЕ НАЦИОНАЛНИХ ЗАКОНОДАВСТАВА: УПОРЕДНА АНАЛИЗА	49
Проф. др Валерија Шаула РЕЦИПРОЦИТЕТ КАО ФАКТОР (НЕ)САРАДЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	59
Доц. др Јелена Ђеранић ПРОШИРЕЊЕ ДЕЈСТВА ПРАВА ЕУ ИЗВАН ГРАНИЦА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – УНИТАРНА ПАТЕНТНА ЗАШТИТА	77
Доц. др Матеј Савић Доц. др Владе Симовић УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ АКТЕРА НА УНУТРАШЊЕ УРЕЂЕЊЕ, ПОЛИТИЧКЕ ПАРТИЈЕ И ПРОЦЕСЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ОД 1908. ДО 1995. ГОДИНЕ	93
Доц. др Јелена С. Миленковић УПОРЕДНОПРАВНА АНАЛИЗА ПОЈМА СПОРА О ГРАЂАНСКИМ ПРАВИМА И ОБАВЕЗАМА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ	119

Др Јелена Вукадиновић
АРБИТРАЖА И/ ИЛИ МЕДИЈАЦИЈА КАО НАЧИН РЕШАВАЊА
СПОРОВА ИЗ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ133

Др Милица Чизмовић
ОСНОВИ СТИЦАЊА ПРАВА ЖИГА И ПРОЦЕС
РЕГИСТРАЦИЈЕ – У ДОМАЋЕМ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ145

Јована Брашић Стојановић
ЗНАЧАЈ ИНВЕСТИЦИОНЕ КЛИМЕ И ПРАВНЕ
СИГУРНОСТИ ЗА ПРИВЛАЧЕЊЕ
СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА159

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Материјално кривично право

Проф. др Драган Јовашевић
АМНЕСТИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ179

Проф. др Љубинко Митровић
Др Николина Грбић Павловић
ДЈЕЦА И МАЛОЉЕТНИЦИ КАО ЖРТВЕ СЕКСУАЛНОГ
ЗЛОСТАВЉАЊА И ИСКОРИШЋАВАЊА203

Проф. др Велимир Ракочевић
КРИВИЧНО ДЈЕЛО СИЛОВАЊЕ – ОСНОВНИ ПРОБЛЕМИ И
ОТВОРЕНА ПИТАЊА225

Проф. др Миомира Костић
ПСИХОЛОГИЈА ЗЛОЧИНА И СУЂЕЊА – САВРЕМЕНОСТ
ИЗВОРНИХ ПОСТАВКИ239

Проф. др Вељко Икановић
СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА И ПРОДУЖЕНО
КРИВИЧНО ДЈЕЛО У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ249

Доц. др Марина Симовић Проф. др Драган Јовашевић ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ СЛУЖБЕНИХ (КОРУПЦИЈСКИХ) КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА	267
Др Јасминка Цумхур МОГУЋИ УТИЦАЈИ ЛЕГАЛИЗАЦИЈЕ ПРОСТИТУЦИЈЕ НА СПРЕЧАВАЊЕ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА	283
Проф. др Жељко Никач Др sc. Ванда Божић КРИВИЧНОПРАВНИ ОКВИР ЗА БОРБУ ПРОТИВ ХУЛИГАНИЗМА, НАСИЉА И НЕДОЛИЧНОГ ПОНАШАЊА НА СПОРТСКИМ МАНИФЕСТАЦИЈАМА У СРБИЈИ И ХРВАТСКОЈ	295
Проф. др Драган Батавељић Ратомир Антоновић САВРЕМЕНА МИГРАНТСКА КРИЗА У ЕВРОПИ И ЊЕН УТИЦАЈ НА РЕЛИГИЈСКИ ТЕРОРИЗАМ	325
Проф. др Иван Јоксић Проф. др Јелена Матијашевић Обрадовић ОБРАЗОВАЊЕ И РАДНО АНГАЖОВАЊЕ МАЛОЛЕТНИХ ОСУЂЕНИКА КАО ДОПРИНОС ЊИХОВОЈ УСПЕШНОЈ РЕСОЦИЈАЛИЗАЦИЈИ	337
Elek Balázs Hati Csilla, Lawyer, PhD student ROACHING'S INCLUSION IN THE CRIMINAL CODE OF HUNGARY	355
Prof. dr István László Gál Dr Ferenc David SHORT OVERVIEW OF THE CURRENT SITUATION OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM IN HUNGARY	361
Доц. др Миле Шикман ИНКРИМИНАЦИЈЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКониКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	369

Доц. др Гојко Павловић
КРИВИЧНА ДЈЕЛА ТЕРОРИЗМА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ397

Мр Драгана Васиљевић
ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА – НОВИ КРИВИЧНИ
ЗАКОНИК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И МОГУЋНОСТ ПРИМЈЕНЕ
САВРЕМЕНИХ ТЕОРИЈСКИХ СХВАТАЊА423

Кривично процесно право

Проф. др Станко Бејатовић
КАЗНЕНА ПОЛИТИКА И АДЕКВАТНОСТ
ФУНКЦИОНИСАЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА ДРЖАВЕ443

Проф. др Драго Радуловић
РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА
ЦРНЕ ГОРЕ И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ479

Др Марко Трајковић
Др Војислав Ђурђић
СЛОБОДА КАО ВРЕДНОСТ И ПРАВО НА ЛИЧНУ СЛОБОДУ У
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ503

Академик проф. др Миодраг Симовић
Проф. др Владимир М. Симовић
ФОРМАЛНИ КРИВИЧНИ ПОСТУПЦИ У САД523

Проф. др Саша Кнежевић
Др Нихад Укић
САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ РЕГУЛИСАЊА ОДБРАНЕ
СИРОМАШНОГ У УПОРЕДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ553

Проф. др Миле Матијевић
Младен Вуковић, мср
Александар Миладиновић, мср
КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ИСТРАЖНО - ДОКАЗНИХ РАДЊИ НА
МЈЕСТУ ЗЛОЧИНА569

Др Раденко Јанковић
КОНТРОЛА ЗАХТЈЕВА ЗА ИЗДАВАЊЕ КАЗНЕНОГ НАЛОГА СА
ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОНИТОСТ593

Доц. др Милорад Барашин
Др Александар Фалаџић
ОДНОС ТУЖИОЦА И ОСЛ ПОЛИЦИЈСКИХ АГЕНЦИЈА У ФАЗИ
ПРОВОЂЕЊА ИСТРАГЕ ПРЕМА ЗКП-у БиХ627

Дарко Димовски
Ана Прокић
Иван Илић
ОСНОВНА ЈЕМСТВА ПРОТИВ ЗЛОСТАВЉАЊА
ПРИТВОРЕНИКА 651

Мср Миодраг Тујић
УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНЕ ПОЛИТИКЕ НА ДЕСТАБИЛИЗАЦИЈУ
МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА669

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

О НЕКИМ СЛИЧНОСТИМА И РАЗЛИКАМА ИЗМЕЂУ ПРАВА ЕУ И ПРАВА ЕВРОАЗИЈСКЕ ЕКОНОМСКЕ УНИЈЕ

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

Апстракт: Првог јануара 2015. године ступио је на снагу уговор о оснивању Евроазијске економске уније (у даљем тексту ЕАЕУ или само Унија). Унију су потписивањем уговора о оснивању основале Република Белорусија, Република Казахстан и Руска Федерација, 19. маја 2014. године. Крајем исте године уговору су приступиле и Јерменија и Киргистан. Уговор је отворен за потписивање и другим државама које су заинтересоване за чланство након што испуне у њима предвиђене услове и прихвате договорене задатке и циљеве.

Оснивање Уније може се посматрати са различитих аспеката: политичког, економског и правног. У политичком и геополитичком смислу, оснивање Уније се може тумачити као реализације идеје о обнављању веза између држава које су настале на простору бившег Совјетског Савеза¹. У економском смислу, Унија представља облик регионалног економског повезивања више држава у складу са правилима ГАТТ-а и СТО. У правном смислу, Унија представља облик међудржавног повезивања са неким карактеристикама наднационалног савеза држава и сопственим правним поретком. Предмет рада је ограничен на правне аспекте Уније, посебно на анализу сличности и разлика у правним системима Евроазијске уније и Европске уније (ЕУ).

Кључне речи: Евроазијска унија, Европска унија, савез држава, право ЕУ, право Евроазијске уније.

*Редовни професор Правног факултета у Крагујевцу и у Бањој Луци. Иностранни члан АНУРС-а.

** Редовни професор Правног факултета у Бањој Луци. Дописни члан АНУРС-а.

¹ L. Delcour, „Between the Eastern Partnership and Eurasian Integration: Explaining Post-Soviet Countries’ Engagement in (Competing) Region-Building Projects“, *Problems of Post-Communism*, Vol. 62, 2015.

Уводна разматрања

После више углавном неуспешних или оснивања неодрживих облика међудржавног институционалног повезивања², првог јануара 2015. године ступио је на снагу Уговор о оснивању Евроазијске економске уније.³ Унију су 19. маја 2014. године основале три државе као оригинални оснивачи: Република Белорусија, Република Казахстан и Руска Федерација, потписивањем уговора о оснивању (у даљем тексту уговор о оснивању или оснивачки уговор). Крајем исте године уговору су приступиле и Јерменија и Киргистан, тако да данас Унија броји пет држава чланица. Уговор је отворен за потписивање и другим државама које су заинтересоване за чланство након што испуне у њима предвиђене услове и прихвате договорене задатке и циљеве⁴.

У правном смислу, Унија представља облик међудржавног повезивања или особени наднационални савез држава са сопственим правним поретком.⁵ У раду су анализирани сличности и разлика у правним системима Евроазијске уније и Европске уније (ЕУ) са циљем да се предвиди њен даљи развој. Наиме, за разлику од ЕУ која није имала историјску претечу, па је већ самим настанком представљала појаву своје врсте (*sui generis*), касније основане регионалне организације су углавном користиле искуства европских заједница (Европске заједнице за угаљ и челик, Европске заједнице за атомску енергију и Европске економске заједнице).

У раду се полази од тезе да су правни прописи у функцији остваривања политички договорених (и пожељних) и економски изводљивих (рационалних и корисних) циљева, тј. да су циљно

² Хронологија догађања: 6. 10. 2007. године Руска Федерација, Република Белорусија и Република Казахстан потписале Уговор о Евроазијској царинској унији (ЕЦУ); 1. 1. 2010. успостављена је Заједничка царинска тарифа и Комисија ЕЦУ почела да ради; 1. 7. 2010. успостављена заједничка царинска територија. Првог јула 2011. године уклоњене унутрашње физичке царинске контроле. Првог јануара 2012. године прокламован Јединствени економски простор (ЈЕП) и основан суд. Првог јануара 2012. успостављена Евроазијска економска унија (ЕАЕУ).

³ Договор о Евразийском экономическом союзе, доступан на <https://docs.eaeunion.org/ru-ru/Pages/DisplayDocument.aspx?s=bef9c798-3978-42f3-9ef2-d0fb3d53b75f&w=632c7868-4ee2-4b21-bc64-1995328e6ef3&l=540294ae-c3c9-4511-9bf8-aaf5d6e0d169&EntityID=3610>, 11. 7. 2017.

⁴ Вид. чл. 108 Уговора о оснивању

⁵ Vid. K.A. Bekiashev & E.G. Moiseev, *Pravo Evrazijskogo ekonomicheskogo soiuza* (The Law of the Eurasian Economic Union), Prospekt, Moskva, 2015; S.Iu. Kashkin (Ed.), *Integratsionnoe pravo v sovremennom mire: sravnitel'no-pravovoe issledovanie* (Integration Law in the Modern World: Comparative Law Research), Prospekt, Moskva, 2015; R.A. Kurbanov, „EvrAzijskoe pravo: protsessy formirovaniia” (Eurasian Law: The Processes of Formation)“, *Gosudarstvo i pravo*, No. 9, 2015.

оријентисани и да их у том смислу треба тумачити. Друга теза је да прописи који чине право ЕУ и право ЕАЕУ нису потпуни и увек кохерентни. Стога је пред њихове судове: Суд правде у ЕУ и Суд ЕАЕУ у ЕАЕУ, постављен сложен и одговоран задатак да одговарајућим тумачењем обезбеде њихову једнообразну примену и јединство правних система.

Корени сличности између Евроазијске економске уније и Европске уније

Начин и време оснивања Евроазијске економске уније умногоме подсећа на настанак Европске економске заједнице (ЕЕЗ), као претече Европске уније (ЕУ). Обе организације су основане после „турбулентних догађања“: ЕЕЗ након завршеног II светског рата, а ЕАЕУ након распада Совјетског Савеза. И пред једну и пред другу Унију су постављени доста слични циљеви и задаци. Римским уговором о оснивању од 1957. године, пред ЕЕЗ је, као основни, постављен циљ да између држава успостави заједничко европско тржиште. Одредбама члана 4 уговора о оснивању ЕАЕУ, пред Унију је као главни постављен задатак да „креира заједничко тржиште робе, услуга, капитала и радне снаге“. Касније су ови циљеви често допуњавани изменама Римског уговора или доношењем нових уговора.⁶ Генерални циљ због кога су вршене промене била је намера да се ЕЕЗ трансформише од регионалног економског савеза држава у наднационалну општу друштвену заједницу у којој државе чланице и њени држављани могу да остваре, осим економских циљева, и друге друштвене и политичке циљеве. У немачкој терминологији таква трансформација означена је игром речи од *gessellschaft kagemeinschaft* (од привредне ка општој заједници). О евентуалној трансформацији ЕАЕУ још је рано говорити.

У погледу правног основа, и ЕУ и ЕАЕУ су настале закључивањем међународних уговора у складу са Бечком конвенцијом о уговорном праву од 1969. године. Стога ће схватање оснивачких уговора као врсте међународних уговора оставити снажан утицај на „интернационалистичко“ тумачење не само уговора о оснивању, већ и из њих изведених секундарних извора права. Другачије речено, обе уније свој настанак „дугују“ међународном праву, без обзира на то што је њихово постојање

⁶ Вид. ЈЕА од 1986. године, Споразум из Мастрихта 1992. године, Споразум из Амстердама 1997. године, Споразум из Нице 2001. године и Споразум из Лисабона 2007. године.

и функционисање регулисано не само нормама међународног права, већ и нормама сопственог и особеног права које чини правни систем ЕУ и ЕАЕУ. Нарочито је у том погледу карактеристично право ЕЕЗ или комунитарно право (од енгл. *community law*). Према неким проценама, право ЕЕЗ/ЕУ чини прописи на преко 150.000 страница који су садржани у преко 35.000 правних аката (прописа) и у око десетак хиљада пресуда. Њихова специфичност је двострука. Прво, иако су ови прописи настали из међународног права, односно уговора о оснивању као међународних уговора, Суд правде је право ЕЕЗ/ЕУ оквалификовао као аутономни *правни поредак*, различит од унутрашњих права држава чланица и од међународног права. То је учинио врло рано, одмах након ступања на снагу Римског уговора, у одлукама донетим у предметима *Van Gend*⁷ и *Costa v ENEL*.⁸ Након што га је “због саме природе” издвојио из међународног права и оквалификовао као право своје врсте, Суд правде је праву ЕЗ признао и примат или супериорност над унутрашњим правима држава чланица, укључујући и њихове уставе. Касније је појединим одредбама права ЕУ признао индиректно дејство.

Признавање праву ЕУ *sui generis* природе имало је за последицу да су ови прописи тумачени не само према правилима међународног права, већ и према методима које је развио Суд правде, као што су циљни или телеолошки (*effet utile*) и метод усклађеног тумачења.⁹

Другу карактеристику права ЕУ чини његово директно дејство. Директно дејство се дефинише као способност или капацитет правне норме да утиче на правни однос тако што ствара или мења положај појединаца и ствара им утужива права или намеће обавезе које домаћи судски и управни органи морају да штите¹⁰. Питање директног дејства се, по правилу, поставља код прописа које не доносе домаћи (унутрашњи) легислативни

⁷ C-26/62, NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, *English special edition* [1963], ECR I, ECLI:EU:C:1963:1

⁸ C-6/64, Flaminio Costa v E.N.E.L., *English special edition* [1964] ECR I- 585

⁹ О тумачењу извора права Евроазијске економске уније вид. Ковалев А.В., *Толкование права Евразийского экономического союза: правовые основы подготовки разъяснений и эволюция интерпретационного процесса*, 1 Актуальные проблемы российского права 194 (2016) [Alexander V. Kovalev, *Interpretation of the Eurasian Economic Union Law: Legal Basis for the Preparation of Clarifications and the Evolution of the Interpretation Process*, 1 Actual Problems of Russian Law 194 (2016)]

¹⁰ R. Vukadinović, „Many Faces of the Principle of Direct Effect of EC Law“, у: *Private Law Reform in South East Europe, Liber Amicorum Christa Jessel Holst*, Belgrade 2010, стр. 114–122. Dashwood, „The Principle of Direct Effect in European Community Law“, 16 *JCM Stud.* (1977) стр. 229–246; Pescatore, „The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law“, 8 *ELRev.* (1983) стр. 155–177; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, стр. 187. у: P. Craig and G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999.

органи како би се нашао правни основ и оправдање за обавезу националних судова да их примене, тј. да пружи правну заштиту појединцима који сматрају да су њихова субјективна права повређена непоштовањем таквих “страних” прописа. У конкретном случају, прописа који чине право ЕУ. Будући да међународне уговоре закључују државе, као што су закључиле и Римски уговор о оснивању ЕЕЗ, закључно са Лисабонским споразумом о Европској унији (од 2007. године), као спорно се поставља питање могу ли међународни уговори обавезивати појединце (који нису учествовали у преговорима и њиховом закључивању). И обрнуто, могу ли се појединци у случају кад су им повређена субјективна права директно позвати на њихове одредбе. Исто питање се може поставити и у погледу начина примене уговора о оснивању Евроазијске економске уније.

Директно дејство као особеност права Европске уније

Имајући у виду да право ЕУ настаје на наднационалном нивоу, а да се примењује у државама чланицама, на националном нивоу у складу са процесним одредбама унутрашњих права држава чланица, у практичној примени је требало решити два питања. Прво, како такве прописе признати као важеће или позитивно право и унети их у унутрашњи правни систем. Након тога, као друго, намеће се питање како такве прописе као делове унутрашњег права тумачити и примењивати у конкретним поступцима и пред којим органима. Ова питања се јављају у свим сложеним међународним организацијама и савезима у којима право савеза стварају државе (чланице или уговорнице) на наднационалном (наддржавном) нивоу. Стога се поставља питање да ли такви извори могу непосредно да стварају утужива права и обавезе појединцима која су домаћи судски и управни органи дужни да штите.

У међународном праву ово питање је решено теоријом о самоизвршивим међународним уговорима (*selfexecuting treaties*).¹¹ У праву ЕУ ова питања су решена принципима директне примене и директног дејства. У праву ЕАЕУ ово питање није решено у уговору о оснивању, већ се решење мора тражити у националним уставима држава чланица. При томе је неспорно да су државе чланице своју вољу да прихвате право ЕАЕУ као саставне делове унутрашњег права и да буду обавезане

¹¹ Carlos Manuel Vázquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-101, 89 *Am. J. Int'l L.* 695-723 (1995), доступно на: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub>, 13. 6. 2017.

њима манифестовале у поступку ратификације. Тиме су, међутим, уговор о оснивању и остали међународни уговоре који чине право Уније признати као саставни део унутрашњег права држава чланица, али није решен начин њихове примене и међусобни хијерархијски однос.

Додуше, одредбе члана 6 уговора о оснивању Евроазијске уније говоре о “примењивости” (*подлежат исполненију, enforceable by*) одлука Врховног савета и Међудржавног савета у државама чланицама. Наведена формулација би могла да се, по аналогiji са одлукама из права ЕУ, тумачи као да је наведеним одлукама призната директна примена и да су ступањем на снагу постале саставни део унутрашњих права држава чланица. То значи да их национални судови могу примењивати такве какве јесу, без имплементирања у домаће прописе.

О директном дејству се говори и у члану 60 уговора о оснивању код заштите потрошача. Према одредбама овог члана, потрошачима је гарантовано право да се на територији других држава чланица обратe судовима за заштиту права потрошача под истим условима као и домаћи држављани. Иако се ова одредба наводи као пример признавања директног дејства уговора о ЕАЕУ, чини се да је реч о делимичном и непотпуном признању директног дејства, односно о признању само процесно-правног аспекта принципа директног дејства – о утуживости. Међутим, како утуживост не подразумева само право обраћања националном суду у случају повреде неког прописа из права ЕУ, већ и обавезу националног суда да ту заштиту пружи применом комунитарног прописа, а не националног, начело директног дејства као свој други аспект подразумева примат или супериорност права ЕУ у односу на националне прописе држава чланица. Због тога се начело директног дејства у делу правне теорије означава и као начело или принцип са “више лица.”¹² Једноставније речено, признавањем директног дејства национални судови се обавезују да такве нормe не само непосредно примене, већ и да им дају већу правну снагу од било ког домаћег (унутрашњег) прописа.

У случају права ЕУ, о томе да ли поједине одредбе или прописи уживају директно дејство одлучује Суд правде ЕУ, најчешће у поступку одлучивања о претходном питању. Резервисањем искључивог права да одлучује о претходним питањима и да даје „аутентично тумачење” комунитарног права, као и да одлучује о пуноважности аката Европске уније,

¹² Вид. Radovan Vukadinović, *Many faces of direct effect of community law*, у: Vasiljević, Mirko (ur.), Kulms, Rainer (ur.), Josipović, Tatjana (ur.), Stanivuković, Maja (ur.). *Private Law Reform in South East Europe: liber amicorum Christa Jessel-Holst* (Biblioteka Zbornici). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta, 2010, стр. 114–122.

Суд је преузео улогу чувара јединства права ЕУ и његове једнообразне примене у свим државама чланицама. Отуда се у делу теорије означава и као свемогући суд.¹³

У почетку Суд правде је директно дејство признавао само појединим одредбама уговора о оснивању, а тек касније и комунитарним директивама и осталим изворима права.

У ЕАЕУ наговештај признавања директног дејства Суд Уније је учинио у саветодавном мишљењу од 4. 4. 2017. године, донетом у по захтеву Министарства правде Републике Белорусије,¹⁴ о коме ће касније бити више речи.

Карактер и правна природа извора права ЕУ и права ЕАЕУ

Прописи који чине право ЕУ уобичајено се деле на примарне и секундарне изворе. Примарне изворе доносе државе чланице и према правној снази се налазе изнад секундарних. Ту спадају оснивачки уговори и општа правна начела међународног права. Суд правде нема надлежност да цени законитост и пуноважност уговора о оснивању, већ само да га тумачи. Секундарне изворе доносе органи Уније, пре свега Савет и Парламент, и ту спадају уредбе, директиве и одлуке. Према хијерархијској снази се налази испод примарних и морају бити у складу са њима. О њиховој пуноважности одлучује Суд правде, који је једино овлашћен и да их тумачи. Трећу групу чине међународни уговори које је са трећим државама и међународним организацијама закључила ЕУ сама или заједно са државама чланицама. По хијерархијској снази се налази између примарних и секундарних. Имају већу снагу од секундарних али су испод примарних извора.

Право ЕАЕУ се, према одредбама члана 6 УЕАЕУ, састоји из уговора о оснивању, међународних уговора закључених у оквиру Уније, међународних уговора Уније са трећим државама и одлука и налога које доносе Врховни савет, Међудржавни савет и Економска комисија. Међународни уговори чине примарне изворе, а одлуке и налози, секундарне изворе права.

¹³ Deirdre M. Curtin, Ton Heukels, Henry G. Schermers, „Institutional dynamics of European integration“ 2, *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht ; London: Nijhoff, 1994, 265–302.

¹⁴ Суд Евразийского экономического союза, Консультативное заключение по заявлению Республики Беларусь о разъяснении Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года. Доступно на <http://courteurasian.org/page-24731>, 11. 7. 2017.

У уговору су извори само набројани без категоризације или друге поделе. Стога се о њиховој правној природи и месту и правном систему може судити на основу редоследа којим су наведени и општих карактеристика. Редослед упућује на закључак да највећу правну снагу има уговор о оснивању, а најмању снагу имају налози. И међу примарним изворима, највећу правну снагу има уговор о оснивању Евроазијске уније. Уговором о оснивању постављени су циљеви Уније, са којима међународни уговори не смеју бити у колизији. Међутим, Суду Уније није дата надлежност да врши судску контролу међународних уговора.¹⁵ Суд није надлежан ни да цени пуноважност секундарних извора, али може да донесе деклараторну одлуку да одлуке Комисије нису у складу уговором о оснивању или међународним уговорима.

У поређењу са изворима права ЕУ, приметно је да међу примарним изворима нема општих правних начела, а код (условно названих) секундарних извора, нема директива (енг. *directives*, нем. *richtlinien*) и одлука (енг. *decisions*, нем. *beschlossen*).

Улога Суда ЕАЕУ у тумачењу и примени права ЕАЕУ

У ЕУ судску власт врши Суд правде ЕУ (у даљем тексту Суд правде), а у ЕАЕУ Суд ЕАЕУ (у даљем тексту само Суд).

Суд правде Европске уније састоји о се д Суда правде, Основног или општег суда и специјализованих судова. Суд правде је, према одредбама члана 267 УФЕУ, надлежан да доноси одлуке о претходним питањима која се односе на тумачење права ЕУ и да одлучује о пуноважности аката органа и тела Уније.

У ЕАЕУ Суд је задужен да се стара да право ЕАЕУ буде једнообразно примењено у свим државама чланицама.¹⁶ Међутим, иако је у функционалном смислу наследио Суд ранијих заједница, Суд Евроазијске економске уније није преузео и све надлежности свог претходника и сматра се новим органом,¹⁷ чији је рад регулисан новим статутом и послов-

¹⁵ Ekaterina Diyachenko & Kirill Entin, *н. дело*, стр. 56.

¹⁶ Вид. део I тач. 2 Статута Суда.

¹⁷ Вид. Ekaterina Diyachenko & Kirill Entin, *The Court of the Eurasian Economic Union: Challenges and Perspectives*, 5(2) Russian Law Journal 53–74 (2017). стр. 54. Супротно вид. Karliuk, Maksim, *The Limits of the Judiciary within the Eurasian Integration Process* (November 2, 2016). Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 69/LAW/2016. ytr. 5, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2863076> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2863076> и T.N. Neshataeva et al., *Evrazijskaia integratsiia: rol' Suda*, (Eurasian Integration: Role of the Court), Statut, Moscow, 2015, p. 131.

ником о раду. Непостојање правног континуитета између ова два суда значајно је због тога што је надлежност Суда Уније ограничена *ratione temporis* на спорове настале после ступања на снагу уговора о Унији и што каснија пракса Суда Евроазијске економске заједнице (ЕурАсЕЦ) не обавезује нови суд. О дисконтинуитету сведочи и чињеница да су, у поређењу са претходним судом, изостале две важне надлежности: надлежност да одлучује о претходним питањима и да одлучује у поступцима Комисије против држава чланице због повреде права Уније. У случају да право Уније повреде државе чланице, поступак пред Судом могу да покрену само друге државе чланице. Имајући у виду наведено, у теорији се истиче да Суд пати од три недостатка који су релевантни да би испунио задатак једнообразног тумачења и примене права Уније.¹⁸ Прво, располаже ограниченом надлежношћу. Друго, не располаже процедуралним механизмима за ефикасно обавештавање о својој судској пракси националних судова и, треће, има релативно мали број тужби које покрећу привредни субјекти.

Суд је основан као стални судски орган, уместо ранијег Суда Евроазијске економске заједнице, Царинске уније и Јединственог економског простора, и састоји се од десет судија (по двоје судија из сваке државе чланице) који се бирају на период од девет година. Као и у случају Суда правде ЕУ, и од судија Суда се тражи да имају високе моралне квалитете и квалификације и знање у области међународног и унутрашњег права и да испуњавају услове за избор у највише судске органе у својим државама.

Суд ЕАЕУ је надлежан да расправља о споровима који се тичу спровођења уговора о оснивању, међународних уговора у оквиру Уније и/или одлука тела Уније,¹⁹ о усклађености међународних уговора у ок-

¹⁸ Ekaterina Diyachenko & Kirill Entin, *н. дело*, стр. 55.

¹⁹ Део IV тач. 39(1) Компетенция Суда Евразийского экономического союза определена главой IV Статута Суда Евразийского экономического союза. Суд Союза рассматривает споры, возникающие по вопросам реализации Договора, международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза: 1) по заявлению государства-члена: о соответствии международного договора в рамках Союза или его отдельных положений Договору; о соблюдении другим государством-членом (другими государствами-членами) Договора, международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза, а также отдельных положений указанных международных договоров и (или) решений; о соответствии решения Комиссии или его отдельных положений Договору, международным договорам в рамках Союза и (или) решениям органов Союза; об оспаривании действия (бездействия) Комиссии; 2) по заявлению хозяйствующего субъекта: о соответствии решения Комиссии или его отдельных положений, непосредственно затрагивающих права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, Договору и (или)

виру ЕАЕУ са уговором о оснивању и да даје “разјашњења”. Подела је извршена према карактеру тужиоца и, према таквом критеријуму, Суд има двоструку надлежност. Прво, да решава спорове покренуте од стране држава чланица и привредних субјеката и, друго, да разматра захтеве за “разјашњењем” које могу да поставе државе чланице, органи Уније или службеници Уније. Према правним средствима, тужбе за решавање спорова или захтеви за разјашњење могу се груписати у пет категорија: тужбе које се тичу усклађености међународних уговора у оквиру Уније са уговором о оснивању; тужбе о усклађености одлука Комисије са уговором о оснивању или међународним уговорима у оквиру Уније; тужбе против Комисије због чињења или нечињења; тужбе због пропуштања или неиспуњења обавеза и захтеви за разјашњењем.

Поступак за оцену усклађености могу да покрену државе чланице и привредни субјекти, али не и Комисија, као што је раније истакнуто. По захтевима држава чланица Суд одлучује о усклађености међународних уговора у оквиру Уније, као и посебних одредаба међународних споразума и/или одлука, и о усклађености одлука Комисије или посебних одредаба са уговором о оснивању, међународним уговорима у оквиру Уније и/или одлука тела Уније, и који се односе на поступање или пропуштање Комисије. У теорији су ове надлежности груписане као тужбе због по-

международним договором в рамках Союза, если такое решение или его отдельные положения повлекли нарушение предоставленных Договором и (или) международными договорами в рамках Союза прав и законных интересов хозяйствующего субъекта; об оспаривании действия (бездействия) Комиссии, непосредственно затрагивающего права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, если такое действие (бездействие) повлекло нарушение предоставленных Договором и (или) международными договорами в рамках Союза прав и законных интересов хозяйствующего субъекта. Для целей Статута Суда Союза под хозяйствующим субъектом понимается юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства, либо физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства. Государства-члены могут отнести к компетенции Суда Союза иные споры, разрешение которых Судом Союза прямо предусмотрено Договором, международными договорами в рамках Союза, международными договорами Союза с третьей стороной или иными международными договорами между государствами-членами. Вопрос о наличии компетенции Суда Союза по разрешению спора разрешается Судом Союза. Суд Союза при определении того, обладает ли он компетенцией рассматривать спор, руководствуется Договором, международными договорами в рамках Союза и (или) международными договорами Союза с третьей стороной. Суд Союза по заявлению государства-члена или органа Союза осуществляет разъяснение положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, а также по заявлению сотрудников и должностных лиц органов Союза и Суда Союза положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза, связанных с трудовыми правоотношениями. Суд Союза осуществляет разъяснение положений международного договора Союза с третьей стороной, если это предусмотрено таким международным договором.

вреде, тужбе за поништај и тужбе због пропуштања.²⁰ Међутим, Суд нема надлежности да одлучује о претходним питањима. Недостатак надлежности да одлучује о претходним питањима се у теорији тумачи као јасан знак удаљавања од супранационалног карактера Уније и њено враћање у оквире класичног међународног јавног права,²¹ док националне судове “потпуно дезинтегрише од Евроазијског судског система.”²²

Суд не располаже ни тзв. “допунском надлежношћу”, тј. овлашћењем да одлучује о подразумевајућим надлежностима.²³ У праву ЕУ се показало да су подразумевајуће надлежности од изузетног значаја за остваривање заједнички договорених циљева у случајевима када су пред органе Уније постављени задаци, али им нису пренете и одговарајуће надлежности. У таквим случајевима Суд правде се позивао на тзв. подразумевајућа овлашћења.²⁴ Суду ЕАЕУ то није дозвољено, јер према одредбама тачке 102 главе IV Статута Суда, одлуке Суда не могу изменити и/или укинути постојеће прописе права Уније нити законодавство државе чланице, нити могу стварати нова.

Као један од недостатака ка јачању самосталности и јединства права Уније наводи се и карактер разјашњења (саветодавних мишљења) и одлука Суда. Према одредбама тачке 99 Статута Суда, Суд спорове из своје надлежности решава пресудама које обавезују (само) странке у спору да је изврше: државе чланице или Комисију. Осим тога, Суд у пресуди не може ићи изван оног што су странке тражиле у тужби. У делу правне теорије постоје мишљења да наведене одредбе не би требало тако уско тумачити, већ би им ваљало признати *erga omnes* дејство. У прилог свог става наводе и став Врховног суда РФ у Пленарном правилу од 12. маја 2016, бр. 18 – “О одређеним питањима примене царинског законодавства”²⁵.

²⁰ Вид. Karliuk, Maksim, *The Limits of the Judiciary within the Eurasian Integration Process* (November 2, 2016). Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 69/LAW/2016. утр. 5, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2863076> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2863076>

²¹ Исто, стр. 6.

²² Исто.

²³ Вид. тач. 42 глава IV Статута.

²⁴ Вид. Радован Вукадиновићи Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2016, стр. 47–50.

²⁵ Ekaterina Diyachenko & Kirill Entin, *н. дело*, стр. 55.

Значај надлежност за одлучивање о претходном питању за једнообразну примену права

У праву ЕУ институт одлучивања о претходном питању је предвиђен као једно од средстава за остваривање јединственог тумачења и једнообразне примене права ЕУ у свим државама чланицама, како би се очувало јединство права ЕУ. Другим речима, Суд је задужен да један отворен систем норми састављен од “папирића и комадића”²⁶ учини кохерентним и заокруженим. У том циљу је одредбама члана 267(3) УФЕУ прописана обавеза националним судовима и трибуналима у државама чланицама против чијих одлука нису предвиђени правни лекови у националним правима, да у поступцима који су пред њима покренути о питањима тумачења права ЕУ не смеју донети одлуку пре него што се о томе не изјасни Суд правде. Практично, то значи да су национални “судови и трибунали”²⁷ обавезани да пре него што закључе расправу и донесу коначну одлуку застану са поступком и затраже мишљење (тумачење) Суда правде који овај даје у форми пресуде о претходном питању. Иако Суд правде не решава конкретни спор, његово тумачење обавезује националне судове. Суд Уније, међутим, не располаже овом надлежношћу. С обзиром на различиту праксу националних судова, непостојање ове надлежности може да представља озбиљан недостатак и препреку за потпуно и једнообразно тумачење и примену права ЕАЕУ.²⁸ У правној теорији постоје мишљења да Суд Уније није дефинитивно изгубио ову надлежност и да се ширим тумачењем појединих одредаба Статута, као што је тач. 49, може постепено вратити или стећи. Прво, већом активношћу тела која су националним прописима овлашћена да траже саветодавна мишљења, а након тога би такво овлашћење могло да се прошири и на националне судове. Међутим, и у том случају се не може очекивати исти ефекат који постижу мишљења Суда правде у ЕУ, јер мишљења Суда Уније нису обавезујућа. Због тога постоји оправдана бојазан да ће без овог контролног механизма национални судови и управни органи у по-

²⁶ Deirdre Curtin, „The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces“ (1993), 30 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 17–69

²⁷ Jaime Rodriguez Medal, „Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?“, *European Journal of Legal Studies*, Volume Issue 8(2015)1, 104–146.

²⁸ Вид. Ekaterina Diyachenko & Kirill Entin, н. дело, стр. 60; Карлюк М.В. Система обеспечения права Евразийского экономического союза, 10 *Правов современном белорусском обществе* 181 (2015), Zhenis M.Kembaev, *Comparative Analysis of the Functioning of the Court of the Eurasian Economic Union*, 2 *International Justice* 30 (2016)].

ступцима пред њима право ЕАЕУ тумачити по најбољем уверењу, али у складу са националним уставним одредбама. У таквој ситуацији на националним врховним судовима држава чланица (Касациони судови, Уставни судови и слично), велика је одговорност да истовремено обезбеде и усклађеност са националним уставима и истовремено усклађеност са уговором о оснивању ЕАЕУ (унутрашњу уставност и усклађеност са међународним обавезама). Деликатност њихове улоге и преплитања надлежности посебно долази до изражаја у случају сукоба између права Уније и међународног права. Као илустративан пример у том погледу се наводи став Уставног суда Руске Федерације, који је у својој одлуци 14. јула 2015. године сматрао да се у основама Устава РФ и Конвенције о људским правима и слободама налазе опште (заједничке) вредности. Због тога између њих у највећем броју случајева и не постоји колизија.²⁹

Насупрот оваквом ставу Уставног суда, судећи по предмету No SE-2-1/1-17-ВК од 4. 4. 2017. године, Суд Уније ради на јачању своје надлежности и укупне позиције. У овом предмету је Министарство правде Белорусије, као овлашћени орган, затражило од Суда ЕАЕУ “разјашњења” одредаба чланова 74, 75 и 76 уговора о оснивању Уније који се односе на вертикалне споразуме (из права конкуренције), посебно одредаба којима је регулисано правило *de minimis* код вертикалних споразума. Према одредбама уговора о оснивању, дозвољени удео учесника на тржишту не сме да пређе 20%, док је према предлогу одговарајућег белоруског закона било предвиђено 15%. У таквој ситуацији Министарство правде је тражило разјашњење о усклађености наведених прописа. У свом мишљењу датом 4. априла 2017. године (предмет No SE-2-1/1-17-ВК) Суд је прво констатовао своју надлежност. Након тога, Суд се позвао на члан 31 Бечке конвенције о уговорном праву од 23. маја 1969. године, па је дефинисао појмове “јединствене, усаглашене и координиране политике”. Суд је констатовао да Евроазијска економска комисија располаже наднационалним надлежностима у области конкуренције на прекограничном тржишту и да су јој државе чланице пренеле потребна овлашћења (алинеја 10 тач. 1 глава IV саветодавног мишљења).

Осим тога, Суд је утврдио и следеће. Прво, да су “правила у области заштите конкуренције на прекограничном тржишту регулисана правом Савеза и да се односе на јединствену политику, тј. на наднационално регулисање (алинеја 11 тач. 1 глава IV саветодавног мишљења)”.

²⁹ Postanovlenie Konstitucionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii 21-P, (Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation), 14 July 2015, available at: <<http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf>>. <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3244>

Друго, да право конкуренције Савеза обухвата сва три вида политике чија примена зависи од критеријума, као што су: 1) карактер тржишта (да ли је националног или прекограничног карактера), 2) националности привредних субјеката и, треће, да општа правила конкуренције производе директно дејство и да су државе чланице дужне да их непосредно примењују као норме међународних уговора (IV 2).

Одлука је у делу правне теорије означена као најважнија у историји ЕАЕУ Суда.³⁰ Она то заиста може да буде, али је претходно потребно отклонити неке дилеме у погледу садржине и функције директног дејства.

Као правни институт који је позајмљен из међународног права, директно дејство има за циљ не само да обавезе националне органе да пруже правну заштиту појединцима који сматрају да су им нека субјективна права из „страног извора” (међународног уговора, или извора права ЕУ) повређена, него и да дају предност или признају већ правну снагу таквим одредбама у односу на све остале. У том смислу директно дејство обухвата у себи и начело супериорности. Без давања предности (супериорности) одредбама наднационалног права пред судским и управним органима не би било могуће остварити јединствену примену и очувати јединство права ЕУ, у овој ситуацији право ЕАЕУ. За такву примену (и схватање) права ЕУ потребно је да буду испуњена и претходна два услова. Прво, Суду правде ЕАЕУ мора бити додељена искључива надлежност да тумачи право ЕАЕУ, на сличан начин као што то ради Суд правде у Европској унији.

Друго, у правима држава чланица или на наднационалном нивоу морају бити прописане санкције због повреде права ЕАЕУ. У односу на државе чланице и друге органе јавне власти у праву ЕУ, то се постиже признавањем директног вертикалног дејства. За санкционисање повреда права ЕУ од стране појединаца потребно је да таквим одредбама буде признато директно хоризонтално дејство. У свом саветодавно мишљењу Суд ЕАЕУ не помиње нити прави ову разлику.

У случају Суда ЕАЕУ није јасно да ли Суд има такве надлежности, као што није јасан ни његов став око правне природе права ЕАЕУ. Напротив, позивање у мишљењу на међународне уговоре може се разумети као тумачење права Уније као дела међународног права.

³⁰ Kalinichenko, Paul, *A Principle of Direct Effect: The Eurasian Economic Union's Court pushes for more Integration*, *VerfBlog*, 2017/5/16, <http://verfassungsblog.de/the-principle-of-direct-effect-the-eurasian-economic-unions-court-pushes-for-more-integration/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170516-192128>.

Закључак

Право ЕАЕУ је у настанку и за ово кратко време од ступања на снагу уговора о оснивању Уније (1. 1. 2015. година), осим једног саветодавног мишљења, није било одлука на основу којих би се могао пројектовати даљи правац развоја ЕАЕУ и њеног права.

Међутим, како се Унија као облик регионалне економске интеграције може, без обзира на разлике о којима је било речи у раду, упоредити са ЕЕЗ и ЕУ, чини се да се на основу искуства које су имале ЕЕЗ и ЕУ може закључити и о карактеру Уније. Упоређивање права ЕАЕУ и права Европске уније је показало да су извори ЕАЕУ мање разуђени и да у њима преовладавају међународни уговори: уговор о оснивању ЕАЕУ, међународни уговори у оквиру Уније и међународни уговори са трећим странама. Приметно је, међутим, да су из извора изостављена општа правна начела међународног права. Секундарни извори су сведени на одлуке и налоге, при чему нису детаљније дефинисане њихове карактеристике. Уговор о оснивању Уније не дефинише непосредно ни однос права Уније према међународном праву и унутрашњим правима држава чланица, па је овај деликатни и сложени задатак поверен Суду Уније. Овај системски недостатак по правилу карактерише све правне системе у настајању, али га је у праву ЕУ успешно амортизовао Суд правде, који је захваљујући толеранцији држава чланица у тумачењу права често ишао не само *pretor legem*, него и *contra legem*. Суду Уније су, међутим, дата доста скромна овлашћења: да одлучује о споровима и усклађености права и да у поступку разјашњења даје саветодавна мишљења. Међутим, Суд није надлежан да одлучује о претходним питањима, нити му је дато право судске контроле извора права. Стога ће тешко моћи да обезбеди једнообразно тумачење права Уније и да очува његово правно јединство.

Карактер примарних извора права упућује на закључак да ће се право Уније углавном тумачити као део међународног права и да ће мало простора остати за његово наднационално развијање. Ипак, најновија саветодавно мишљење од 4. 4. 2017. године, у коме је појединим одредбама уговора о оснивању признато директно дејство, отвара пут и за размишљање о наднационалном карактеру и развоју права Уније. Посебно ако се прихвати теорија о директном хоризонталном дејству појединих одредаба права Уније.

Да ли ће се право Уније развијати у правцу конституционализације или интернационализације не зависи само од спремности и надлежности Суда Уније, већ од политичког договора оснивача и, пре свега, од економских резултата који буду у наредном периоду остварени у оквиру Уније. И у овом случају, правни прописи који чине право Уније биће само средство за остваривање таквих циљева.

**Radovan D. Vukadinović, PhD, Professor, Academic
Faculty of Law in Kragujevac and Banja Luka
Vitomir Popović, PhD, Professor, Academic
Faculty of Law in Banja Luka**

ON CERTAIN SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN EU LEGISLATIONS AND LEGISLATIONS OF EURASIAN ECONOMIC UNION

Summary

Comparing the Eurasian Union law (EAEU) and EU law has shown that the EAEU legal sources are less diluted and that they are in the hands of international treaties: the Treaty establishing the EAEU, international treaties within the Union and international treaties with third parties. It is noticeable that the general legal principles of international law have been omitted from the EAEU sources. Secondary sources are reduced to decisions and orders, with no further details of their characteristics. The Treaty establishing the Union does not directly define the relationship of Union law with respect to international law and internal law of the Member States, and this delicate and complex task is entrusted to the Court of Justice. This systemic disadvantage, as a rule, is characterized by all emerging legal systems. In the EU law, this was successfully amortized by the Court of Justice, which, thanks to the tolerance of the member states, often interpreted the law not only as a pretor legem, but also contra legem. However, the court of the EAEU has quite modest powers: to decide on disputes and compliance of the law and to give advisory opinions in the procedure of clarification. The EAEU Court, however, is not competent to decide on preliminary references, nor is it entitled to judicial review. It will

therefore be difficult to provide a uniform interpretation of EAEU law and to preserve its legal unity.

Whether the law of the EAEU develops in the direction of constitutionalization or internationalization depends not only on the readiness and competence of the Court, but also on the political agreement of the founding states and, above all, on the economic results that are to be achieved in the future within the Union. And in this case, the legal regulations that make up the law of the Union will only be a means of achieving such goals.

Keywords: *Eurasian Union, Euroepan Union, law of the Eurasian Union, EU law, Court of justice.*

УДК: 339.564:366.1-055.62

doi 10.7251/PR5217031D

Izvorni naučni članak

PRAVO KUPCA DA SNIŽI CENU KOD UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Prof. dr Dušanka Đurđev*
Doc. dr Sandra Fišer Šobot**

***Sažetak:** Sniženje cene je pravno sredstvo koje kupac može da koristi kada prodavac isporuči nesaobraznu robu. Radi se o jednostranom pravu kupca čiji je osnovni cilj očuvanje ugovora i ponovno uspostavljanje ekvivalencije davanja ugovornih strana.*

Predmet analize u radu je pravna priroda prava na sniženje cene, odnos prava na sniženje cene sa drugim pravnim sredstvima predviđenim u konvenciji i uslovi za njegovu primenu.

***Ključne reči:** ugovor o međunarodnoj prodaji robe, sniženje cene, nesaobraznost robe, Bečka konvencija.*

Uvod

Sniženje cene (bonifikacija) je pravno sredstvo koje kupac može da koristi u slučaju isporuke nesaobrazne robe, a omogućava da ugovor o prodaji ostane na snazi i pored toga što je prodavac ugovor povredio. Zapravo, sniženje cene pretpostavlja da je prodavac isporučio nesaobraznu robu, a da je kupac uprkos nedostacima odlučio da je zadrži.

Pravo na sniženje cene služi očuvanju ugovorne ravnoteže – pogodbe (eng. *bargain*) koju su stranke postigle uz istovremeno usklađivanje njihovih ugovornih obaveza sa promenjenim okolnostima (u vidu nesaobraznosti robe

* Redovni profesor, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet u Novom Sadu.

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

ugovoru).¹ Dakle, osnovna funkcija prava na sniženje cene je da ugovor ostane na snazi i da se ponovo uspostavi ekvivalencija davanja između izvršenja obe ugovorne strane.

U ekonomskom smislu sniženje cene je često više opravdano nego raskid ugovora. Razlozi za korišćenje ovim pravnim sredstvom mogu biti različiti. Ono je naročito prikladno u međunarodnoj trgovini i u velikom broju slučajeva može biti ne samo u interesu kupca, nego i u interesu prodavca.

Pravo na sniženje cene je institut koji vodi poreklo iz rimskog prava (*actio quanti minoris*).² Dok je njegova primena uobičajena u pravnim sistemima koji su nastali na recepciji rimskog prava, dotle je pravnicima koji pripadaju anglosaksonskoj pravnoj tradiciji strana i neretko se meša sa pravom na naknadu štete.³

Na međunarodnom planu su uloženi određeni naponi za uniformno regulisanje prava kupca na sniženje cene. Pravo na sniženje cene je regulisano u čl. 46 Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari⁴ (dalje u tekstu: ULIS) iz 1964. godine, a potom i u čl. 50 Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe⁵ (u daljem tekstu: BK, Bečka konvencija) iz 1980. godine. Pored toga i Principi evropskog ugovornog prava⁶ (dalje u tekstu: PECL) regulišu ovo pitanje.

Predmet analize u radu je pravna priroda prava na sniženje cene, mesto ovog pravnog sredstva u sistemu Bečke konvencije, odnosno odnos prava da se snizi cena sa drugim pravnim sredstvima i uslovi pod kojima kupac može da snizi cenu.

¹ Vid. Milena Đorđević, *Obim naknade utete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2012, 56 i fus. 147.

² U teoriji vid. više kod Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis (ed.), *International Sales Law*, New York 2007, 393; Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin 2005, 532; Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, München 2004, 2493.

³ Vid. više o tome kod Gert Reinhart, *UN-Kaufrecht - Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Heidelberg 1991, 124; M. Đorđević, 55–56; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications 1992, 196; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, The Hague 1999, 326; I. Schwenzer, C. Fountoulakis, 393.

⁴ Tekst Konvencije o Jednoobraznom zakonu o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari dostupan je na <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>.

⁵ Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Službeni list SFRJ 10/1/84 od 31.12.1984.; dalje u fusnotama: BK)

⁶ Tekst Principa evropskog ugovornog prava (dalje u fusnotama: PECL) dostupan je na <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>.

Правна природа права на снижење цене

Po svojoj pravnoj prirodi pravo na снижење цене је преображајно (конститутивно) субјективно право (нем. *das Gestaltungsrecht*)⁷, чије извршење делује једнострано и непосредно на постојећи уговор о продаји. Изјавом о снижењу цене мења се уговор на такав начин да се ниво испуњења обавеза обе уговорне стране смањује, јер купач плаћа сразмерно (пропорционално) мању цену за испоручену робу која је слабијег квалитета у односу на оно што је првобитно уговорено. На тај начин задржава се однос еквиваленције давања уговорних страна.⁸ Снижењем цене врши се прилагођавање уговора.⁹ С друге стране, постоје и схватања по којима снижење цене представља врсту делимичног рaskida уговора.¹⁰ Међутим, наведено је тачно у погледу обавезе плаћања цене, али не и у погледу обавезе испоруке робе.

Однос права на снижење цене и других правних средстава

У случају испоруке несаобразне робе купач има право да захтева од продавца да испоручи нову робу, право да захтева поправку робе, право да снизи цену, право да рaskine уговор и право на накнаду штете.¹¹ Право на снижење цене, под одређеним условима, може да се комбинује са неким од наведених правних средстава, док је са другима неспојиво.

Систем правних средстава у Бечкој конвенцији постављен је тако да воде очувању уговора. Nasuprot томе, рaskid уговора треба да буде последња и изузетна могућност за стране у случају повреде уговора. Основна сврха права купца да снизи цену је да уговор остане на снази, да купач задржи робу и да плати мању цену због смањене вредности испоручене робе. Снижење цене је најједноставније правно средство у конвенцији и правно средство чије коришћење доводи до најмањих трошкова, а у одређеним случајевима доступно је купцу и када нема право да рaskine уговор или да захтева његово извршење.

⁷ Suprotan stav Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, 576.

⁸ K. Schmidt (Hrsg.), 574; G. Reinhart, 124. Vid. i F. Enderlein, D. Maskow, 196.

⁹ Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford 2016, 800.

¹⁰ Vid. Herbert Bernstein, Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe – A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Cambridge 1997, 95.

¹¹ Vid. čl. 45(1) i (2) BK.

Pravilo iz čl. 50 BK je dispozitivne prirode. To znači da strane ugovorom mogu da isključe mogućnost primene ovog pravnog sredstva. U slučaju ugovornog isključenja ovog prava, kupac može da se koristi drugim pravnim sredstvima koja u dovoljnoj meri služe zaštititi njegovih interesa. Shodno tome, u slučaju nedostatka koji predstavlja bitnu povredu ugovora, kupac ugovor može da raskine. Ukoliko, međutim, nesaobraznost predstavlja povredu koja nije bitna, kupac smanjenu vrednost robe može da naknadi putem naknade štete. Upravo zbog navedenog smatramo da strane ne bi mogle istovremeno da punovažno isključe pravo na sniženje cene i pravo na naknadu štete.

Odnos prava na sniženje cene i zahteva za izvršenje ugovora

Pravo na sniženje cene i pravo da se zahteva izvršenje ugovora nespojivi su i mogu da se koriste samo alternativno. Ukoliko kupac izjavi sniženje cene, on ne može više da zahteva otklanjanje nedostatka ili zamenu robe. Sniženjem cene menja se ugovor tako da obe strane izvršavaju manju obavezu u odnosu na ono što je ugovoreno. Kupac plaća manju cenu za isporučenu nesaobraznu robu. Nasuprot tome, ukoliko se zahteva izvršenje ugovora nivo izvršenja se ne menja, nego se obaveze izvršavaju na način i u obimu kako je ugovoreno. U određenim slučajevima ovo pravno sredstvo omogućava kupcu da sačuva svoje interese koje ne bi mogao da ostvari putem zahteva za ispunjenje.

U teoriji ne postoji saglasnost da li kupac koji zahteva izvršenje ugovora može naknadno da snizi cenu. Prema jednom stavu, posle zahteva za izvršenje kupac može da snizi cenu samo ako prodavac naknadno uredno ne izvrši ugovor¹² (npr. robu popravi, ali ona i dalje bude manje vrednosti u odnosu na robu bez nedostataka, kao i ako ne uspe da je popravi ili ako isporuči robu sa nedostacima). Drugo stanovište je da kupac, koji prvo zahteva zamenu ili popravku robe, naknadno može da odustane od svog izbora i da traži sniženje cene u bilo kom trenutku.¹³ U slučaju prihvatanja drugog mišljenja jasno je da bi navedena mogućnost postojala samo uz određena ograničenja. Prvo, ako prodavcu ostavi dodatni rok razumne dužine za izvršenje njegovih obaveza, kupac ne može do protoka tog roka da se koristi bilo kojim sredstvom za po-

¹² U. Magnus, 539.

¹³ Vid. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG)*, 1. Auflage, München 2011, Art. 50, Rn. 66; I. Schwenzer (ed.), 726.

vredu ugovora,¹⁴ pa ni pravom da snizi cenu. Za vreme trajanja dodatnog roka pravo kupca da snizi cenu je privremeno suspendovano.¹⁵ I drugo, kupac ne bi mogao da traži smanjenje cene ukoliko je od prodavca najpre zahtevao izvršenje i prodavac je imao značajne troškove da bi ispunio zahtev kupca. Stav je teorije da ovakvo ponašanje kupca ne bi bilo u skladu sa načelom savesnosti.¹⁶

Odnos prava na sniženje cene i prava na raskid ugovora

Sniženje cene nespojivo je sa pravom da se ugovor raskine. Funkcija ova dva prava kupca potpuno je različita i iz toga proizlazi i njihova nespojivost. Naime, sniženje cene je pravno sredstvo usmereno na očuvanje ugovora, dok raskid ugovora vodi njegovom prestanku. U poređenju sa pravom na raskid, pravo na sniženje cene je jeftinije, jednostavnije i praktičnije pravno sredstvo.¹⁷

Kupac ne može istovremeno da snizi cenu i izjavi da raskida ugovor. Može da se postavi pitanje da li je kupac ovlašćen da odustane od napravljenog izbora. S jedne strane, pitanje je da li kupac koji izjavi raskid ugovora može naknadno da promeni svoju odluku i da zahteva sniženje cene. U doktrini međunarodne prodaje robe je dominantan stav da je izjava o raskidu ugovora neopoziva i da posle punovažne izjave o raskidu kupac ne može da zahteva sniženje cene.¹⁸ Međutim, postoji mišljenje da je u svakom konkretnom slučaju potrebno voditi računa o tome da li interesi prodavca zaslužuju zaštitu. Ukoliko kupac izjavi da ugovor raskida zbog nesaobraznosti robe, a prodavac ospori nesaobraznost robe i time kupčevo pravo na raskid ugovora, kupac može da koristi ili proda robu i da smanjenu vrednost robe zahteva putem naknade štete ili smanjenjem cene. U tom slučaju prodavčevo pozivanje na neopozivost kupčeve izjave o raskidu ugovora bilo bi ekvivalentno sa *venire contra factum proprium*.¹⁹

¹⁴ Vid. čl. 47 BK.

¹⁵ Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht – Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, München 1993, 254. Slično I. Schwenzer (ed.), 726.

¹⁶ Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Bern 2004, 301; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), Art. 50, Rn. 66.

¹⁷ Ingeborg Schwenzer (ed.), 799.

¹⁸ Tako Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg 2010, 659; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), Art. 50, Rn. 65; U. Magnus, 539.

¹⁹ I. Schwenzer, 726.

S druge strane, pitanje je da li kupac koji se opredeli za sniženje cene može naknadno da raskine ugovor. Prema stavovima iznetim u teoriji, naknadna izjava raskida ugovora bila bi punovažna samo ako bi kupac istovremeno opozvao izjavu o sniženju cene. Navedeno bi važilo ukoliko bi kupac bio ovlašćen da promeni svoj izbor i da odustane od sniženja cene. U teoriji je dominantan stav da BK ne dopušta kupcu da naknadno odustane od sniženja cene.²⁰ Ovakav stav u skladu je sa shvatanjem o pravnoj prirodi prava na sniženje kao preobražajnog prava.

Sniženje cene i raskid ugovora nespojivi su u odnosu na isti nedostatak. Međutim, ukoliko kupac snizi cenu zbog vidljivog nedostatka, a kasnije se prilikom korišćenja robe pokaže novi (do tada skriveni) nedostatak, kupcu na raspolaganju u odnosu na novi nedostatak stoje sva pravna sredstva iz čl. 45(1) BK, pod uslovom da uredno i blagovremeno obavesti prodavca o nedostatku²¹ i da rok od dve godine od stvarne predaje robe kupcu ili rok iz ugovorne garancije nije protekao.²² Ukoliko novi nedostatak predstavlja bitnu povredu ugovora, kupac može ponovo da bira da li će sniziti cenu ili raskinuti ugovor.

Pravo na sniženje cene može da bude od naročitog značaja za kupca u dva slučaja. Prvo, ukoliko nesaobraznost robe predstavlja bitnu povredu ugovora kupac ima pravo da u skladu sa čl. 49(1) BK raskine ugovor. Međutim, u slučajevima kada je prodavac isporučio robu, kupac gubi pravo da raskine ugovor ako to ne uradi u razumnom roku pošto je saznao ili morao saznati za povredu, u razumnom roku po isteku dodatnog roka koji je kupac odredio u skladu sa čl. 47(1) ili pošto je prodavac izjavio da neće izvršiti svoje obaveze u ovom dodatnom roku ili u razumnom roku po isteku svakog dodatnog roka koji je odredio prodavac u skladu sa čl. 48(2) ili pošto je kupac izjavio da neće prihvatiti izvršenje.²³ U navedenim slučajevima, kupac koji je prodavca uredno obavestio o nedostacima može da snizi cenu i onda kada je izgubio mogućnost da raskine ugovor zbog proteka rokova iz čl. 49(2)(b) BK.²⁴ Navedeno je značajno jer je moguće da u slučaju isporuke bezvredne robe cena

²⁰ Vid. U. Magnus, 539; H. Honsell (Hrsg.), 659; K. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2500; Mladen Draškić, Maja Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd 2005, 352.

²¹ Vid. čl. 39(1) BK.

²² Vid. čl. 39(2) BK.

²³ Vid. čl. 49(2)(b) BK.

²⁴ Vid. para. 5 odluke Switzerland, 30 August 2007, District Court Zug (*GMS modules case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070830s1.html>; Germany, 14 December 2006, Appellate Court Koblenz (*Bottles case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061214g1.html>; Austria, 23 May 2005, Supreme Court (*Coffee machines case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>.

bude snižena na nulu,²⁵ te da na taj način nastane situacija slična onoj kada je ugovor raskinut. I drugo, sniženje cene kupac može da zahteva kada je vrednost robe zbog nedostataka smanjena, ali to i dalje ne predstavlja bitnu povredu ugovora. Drugim rečima, i kada nisu ispunjeni uslovi za raskid ugovora, kupac može da snizi cenu.

Odnos prava na sniženje cene i prava na naknadu štete

Najveću pažnju u teoriji zaokuplja odnos prava na sniženje cene i prava na naknadu štete. Naime, ova dva prava slična su jer predstavljaju novčana pravna sredstva i često su usmerena na ostvarenje istih interesa. Osnovna razlika između njih je što zahtev za naknadu štete pretpostavlja nastanak štete, a sniženje cene ne. Zahtev za sniženje cene nije zahtev za naknadu štete nego pravno sredstvo koje omogućava kupcu da jednostrano izmeni svoju obaveznu plaćanja cene iz ugovora. Pored toga, različita je i funkcija ovih pravnih sredstava. Naknada štete služi da se nadoknade kupčevi gubici, dok sniženje cene služi tome da prodavac za isporučenu nesaobraznu robu dobije proporcionalno manju cenu u odnosu na onu koju bi dobio da je isporučio robu bez nedostataka.²⁶ I konačno, pravni položaj prodavca i kupca je drugačiji u zavisnosti od pravnog sredstva kojim se koriste. Ukoliko kupac nije platio cenu i jednostranom izjavom snizi cenu, prodavac koji se ne slaže sa tim mora da tuži kupca. Nasuprot tome, kupac koji želi da ostvari naknadu štete mora da tuži prodavca za naknadu štete.

Činjenica da prema BK prodavac za štetu odgovara objektivno donekle umanjuje značaj prava kupca na sniženje cene.²⁷ Sudska i arbitražna praksa

²⁵ Vid. odluku u predmetu Austria, 23 May 2005, Supreme Court (*Coffee machines case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>; Para. II(3)(a) odluke u predmetu Germany, 2 March 2005, Federal Supreme Court (*Frozen pork case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>; Germany, 14 June 1994 Lower Court Nordhorn (*Shoes case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940614g1.html>.

²⁶ Cezare M. Bianca, Michael J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987, 372.

²⁷ Vid. Chengwei Liu, „Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law“, 2nd edition: Case annotated update, 2005 dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html>; I. Schwenzer (ed.), 800; B. Piltz, 254; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Bern 2004, 296; K. Schmidt (Hrsg.), 574; K. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2500.

pokazuju da se kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe zahtev za naknadu štete koristi češće u odnosu na sniženje cene.²⁸

Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe, zahtev za sniženje cene može da se istakne samostalno ili kumulativno sa zahtevom za naknadu štete.²⁹ Konvencija izričito predviđa da kupcu nije uskraćeno pravo da zahteva naknadu štete iako se poslužio drugim sredstvom.³⁰ Kojim pravnim sredstvom će se koristiti i da li će ih koristiti kumulativno ili alternativno zavisi od volje kupca i od vrste gubitaka.³¹

Sniženje cene i naknada štete se međusobno isključuju, odnosno kupac može da ih koristi samo alternativno kada je u pitanju direktni gubitak nastao usled nedostataka stvari.³² U čl. 9:401(3) PECL je izričito predviđeno da strana koja snizi cenu ne može da zahteva i naknadu štete zbog smanjene vrednosti izvršenja, ali ostaje ovlašćena da zahteva naknadu štete za svaki dalji pretrpljeni gubitak koji je naknativ u skladu sa Delom 9:5 PECL. BK ne sadrži posebno pravilo o tome, ali je opšteprihvaćeno u teoriji da za smanjenu vrednost robe kupac može ili da snizi cenu ili da gubitke naknadi u skladu sa pravilima o naknadi štete, odnosno da zbog principa pune kompenzacije kupac ne može da ostvari naknadu veću od pretrpljenog gubitka.³³ I u sudskoj praksi je zauzet stav da u slučaju kada kupac snizi cenu naknada štete nije moguća za smanjenu vrednost robe jer se smanjena vrednost robe odražava u sniženoj ceni.³⁴

²⁸ Vid. više C. Liu, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html>. Nasuprot tome, u kontinentalnim pravima gde je osnov odgovornosti krivica štetnika, sniženje cene se, po pravilu, redovno koristi u slučaju isporuke robe sa nedostacima, dok se zahtev za naknadu štete koristi izuzetno. Vid. više Eric Bergsten, Anthony Miller, „The Remedy of Reduction of Price“, *American Journal of Comparative Law*, 1979, 257-258.

²⁹ Vid. čl. 45(1)(b) i 45(2) BK. Vid. para. 4 odluke u predmetu Switzerland, 15 November 2002, Appellate Court Genève (*Window frames case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021115s1.html>. Prema stavu suda zahtev za naknadu štete postoji paralelno sa zahtevom za zamenu ili popravku robe i zahtevom za sniženje cene.

³⁰ Čl. 45(2) BK.

³¹ Rešenje prihvaćeno u BK razlikuje se od rešenja koja postoje u nacionalnim pravima. Npr. u srpskom pravu kupac prema čl. 481(1) i (2) Zakona o obligacionim odnosima kupac može da zahteva naknadu štete samo uz sniženje cene, odnosno kod isporuke robe sa materijalnim nedostacima pravo na naknadu štete nije samostalno pravo kupca.

³² Isto tako H. Honsell (Hrsg.), 659.

³³ Isto tako Larry A. DiMatteo, André Janssen, Ulrich Magnus, Reiner Schulze (eds.), *International Sales Law - Contract, Principles & Practice*, Baden-Baden, 585; C. Brunner, 301; H. Honsell (Hrsg.), 659; Ingeborg Schwenzer (ed.), 808 (kupac ne može da ostvari dvostruku naknadu za isti gubitak).

³⁴ Vid. para. 3(b) odluke Switzerland, 28 October 1998, Supreme Court (*Meat case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>.

Dominantan stav u doktrini prava međunarodne prodaje robe je da kupac koji zahteva sniženje cene naknadno ne može da odustane od sniženja cene i da zahteva naknadu štete zbog smanjene vrednosti robe. Međutim, suprotno ne važi. Zahtev za naknadu štete ne obavezuje kupca na isti način kao i izjava o sniženju cene. Prema tome, sve dok naknada štete za smanjenu vrednost robe nije plaćena, kupac može da odustane od zahteva za naknadu štete i da zahteva sniženje cene.³⁵

Sniženje cene može da se kombinuje sa pravom na naknadu štete.³⁶ Zamislivo je da kupac pored smanjene vrednosti robe pretrpi i druge gubitke (npr. sporedne i posledične gubitke,³⁷ troškove veštačenja itd.), koji sniženjem cene ne mogu da budu nadoknađeni (npr. ukoliko kupac nesaobraznu robu ne može da koristi za izvršenje ugovora prema trećem licu i zbog toga mora da plati ugovornu kaznu). U tom slučaju zahtev za naknadu štete postoji nezavisno od prava na sniženje cene,³⁸ a kupac te gubitke može da nadoknadi istovremeno sa sniženjem cene. U teoriji ne postoji jedinstvo oko toga da li kupac može da uz sniženje cene zahteva izmaklu korist. Prema jednom stavu kupac koji je snizio cenu ne može da zahteva izmaklu korist od preprodaje robe zbog smanjene vrednosti robe.³⁹ Nasuprot tome, postoje i teoretičari koji navode da kupac može pored sniženja cene da zahteva i izmaklu korist.⁴⁰ U sudskoj praksi postoje odluke u kojima je sniženje cene odmereno prema čl. 50 BK i izmakla korist u skladu sa čl. 74 BK.⁴¹ Smatramo da se kupcu mora dozvoliti zahtev za naknadu izgubljene dobiti jer on sniženjem cene ostvaruje naknadu samo za direktne gubitke.

Kupac može da zahteva samo konkretno odmeravanje naknade štete u skladu sa opštim pravilom.⁴² Kupac ima pravo da zahteva naknadu stvarne štete i izmakle dobiti, a pretrpljenu štetu mora da dokaže. Pored toga, obim

³⁵ S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), Art. 50, Rn. 67.

³⁶ Vid. Franco Ferrari, Eva-Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze, Ansgar Staudinger, *Internationales Vertragsrecht: Intern.VertragsR – Kommentar*, 2. Auflage, München 2012, Art. 50, Rn. 1; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), Art. 50, Rn. 64; B. Piltz, 254.

³⁷ Vid. više kod S. Fišer Šobot, 378; C. Brunner, 301.

³⁸ H. Honsell (Hrsg.), 659; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 42. Edition, München 2016, Art. 50, Rn. 1.

³⁹ L.A. DiMatteo, A. Janssen, U. Magnus, R. Schulze (eds.), 585.

⁴⁰ H. Honsell (Hrsg.), 659; K. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2500.

⁴¹ Vid. odluku u predmetu United States, 29 March 2004, U.S. Bankruptcy Court for the District of Oregon (*In re: Siskiyou Evergreen, Inc., Debtor*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040329u2.html>.

⁴² Vid. čl. 74 BK.

naknade štete kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe limitiran je pravilom predvidljivosti, odnosno naknada štete ne može biti veća od gubitka koji je strana (u ovom slučaju prodavac) koja je povredila ugovor predvidela ili morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su joj tada bile poznate ili morale biti poznate.⁴³ Budući da je apstraktno odmeravanje naknade štete⁴⁴ i konkretno odmeravanje naknade štete kada je izvršena kupovina radi pokrića⁴⁵ moguće u slučaju kada je osnovni ugovor o prodaji raskinut, ovi načini odmeravanja naknade štete ne mogu se kombinovati sa zahtevom za sniženje cene.

U određenim slučajevima sniženje cene ima značajne prednosti u odnosu na naknadu štete. Naime, ukoliko kupac ne snizi cenu, nego zahteva naknadu štete zbog smanjene vrednosti robe i pretrpljenih gubitaka, obim naknade ograničen je pravilom predvidljivosti.⁴⁶ Nasuprot tome, ovo pravilo se ne primenjuje na sniženje cene.⁴⁷ Prema tome, obim sniženja cene nije ograničen, pa je u izuzetnim slučajevima moguće i sniženje cene na nulu.⁴⁸ Drugo, pretrpljena šteta mora da se dokaže, dok kod sniženja cene kupac dokazuje da je isporučena roba manje vrednosti. Treće, u slučaju kada se smanji cena robe u vremenu između zaključenja ugovora i vremena isporuke, kupac može dobiti veću naknadu sniženjem cene.⁴⁹ Nasuprot tome, u slučaju rasta cene robe, kupac ima veći interes da zahteva naknadu štete. Četvrto, u slučaju kada se cena robe na tržištu ne menja, moguće je da kupac i pored smanjene vrednosti robe istu preproda i ostvari dobit. U tom slučaju on nije pretrpeo štetu, pa ne može da traži njenu naknadu, ali može da snizi cenu.⁵⁰ Konačno, sniženje cene je naročito značajno pravno sredstvo kada kupac nema pravo na naknadu štete, što će biti slučaj kada su ispunjeni uslovi za oslobođenje prodavca

⁴³ Vid. 2. rečenicu čl. 74 BK. Vid. para. 5(a) i (b) odluke Switzerland, 28 October 1998, Supreme Court (*Meat case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>. Sud je utvrdio da je za prodavca bilo predvidljivo u vreme zaključenja ugovora da će u slučaju isporuke nesaobrazne robe kupac pretrpeti štetu. Navedeno proizlazi iz činjenice da je kupac veletrgovac i da kupljenu robu dalje preprodaje.

⁴⁴ Vid. čl. 76 BK.

⁴⁵ Vid. čl. 75 BK.

⁴⁶ Vid. čl. 74 BK.

⁴⁷ *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat* (Secretariat Commentary) UN DOC. A/CONF. 97/5, Art. 46 [draft counterpart of CISG Art. 50]; komentar 5 dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-50.html>.

⁴⁸ Vid. odluku u predmetu Austria, 23 May 2005, Supreme Court (*Coffee machines case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>.

⁴⁹ Vid. više kod I. Schwenzer (ed.), 808; L.A. DiMatteo, A. Janssen, U. Magnus, R. Schulze (eds.), 585; U. Magnus, 538, 539; K. Schmidt (Hrsg.), 576; B. Piltz, 254; C. Brunner, 297; F. Enderlein, D. Maskow, 196.

⁵⁰ C. Brunner, 297; H. Honsell (Hrsg.), 643.

od odgovornosti u skladu sa članom 79 BK.⁵¹ Drugim rečima, oslobođenje prodavca od odgovornosti za isporuku ne utiče na pravo kupca da snizi cenu.

Uslovi pod kojima kupac može da zahteva sniženje cene

Ako roba nije saobrazna ugovoru, kupac može, bez obzira na to da li je cena već plaćena ili nije, sniziti cenu srazmerno razlici između vrednosti stvarno isporučene robe u vreme isporuke prema vrednosti koju bi u to vreme imala roba saobrazna ugovoru.⁵² Kupac može da snizi cenu ako se kumulativno ispune sledeći uslovi. Prvi, da je prodavac isporučio nesaobraznu robu. Drugi, potrebno je da je kupac uredno i blagovremeno obavestio prodavca o nedostacima.⁵³ Treći uslov je da je kupac izjavi da snižava cenu. Potom, potrebno je da pravo na sniženje cene nije isključeno. Naime, ako prodavac otkloni bilo koje neizvršenje svojih obaveza u skladu sa čl. 37 ili čl. 48 ili ako kupac odbije da primi isporuku od prodavca u skladu sa tim članovima, kupac ne može da snizi cenu.⁵⁴ I poslednje, sniženje cene je moguće samo ako nisu ispunjeni uslovi za primenu čl. 80 BK za oslobođenje od odgovornosti prodavca za isporuku nesaobrazne robe.

Isporuka nesaobrazne robe

Kupac ima pravo da snizi cenu samo u slučaju isporuke nesaobrazne robe. Nasuprot tome, kupac ne može da zahteva sniženje cene u slučaju docnje sa isporukom⁵⁵ ili kada prodavac povredi neku drugu svoju obavezu. Da li je isporučena roba nesaobrazna procenjuje se u skladu sa čl. 35(1) i (2) BK. Nesaobraznom isporukom smatra se isporuka manje ili veće količine robe od ugovorene, isporuka druge vrste robe (*aliud*), isporuka robe sa nedostacima u kvalitetu i isporuka robe sa nedostacima u pakovanju. Kupac ima pravo da snizi cenu u slučaju isporuke robe lošijeg kvaliteta i u slučaju isporuke *aliud*-a. Međutim, u slučaju nedostataka u količini u teoriji postoje različita shvatanja da li pravila iz čl. 51(1) i čl. 52 BK imaju prednost u odnosu na čl.

⁵¹ Vid. čl. 79(5) BK.

⁵² Čl. 50 BK.

⁵³ Vid. čl. 39(1) BK.

⁵⁴ Vid. 2. rečenicu čl. 50 BK.

⁵⁵ Vid. odluku u predmetu Germany, 05.03.1996, Landgericht Düsseldorf, 36 O 178/95 dostupno na <http://www.unilex.info/case.cfm?id=246>.

35(1) BK. Nesporno je da u slučaju isporuke veće količine robe kupac nema pravo da snizi cenu. Naime, ukoliko prodavac isporuči veću količinu robe od ugovorene, kupac može da primi ili odbije isporuku količine koja premaša ugovorenu količinu. Ako prihvati veću količinu kupac za nju mora da plati ugovorenu cenu.⁵⁶ Međutim, različiti su stavovi da li isporuka manje količine robe predstavlja delimičnu isporuku (čl. 51(1) BK) ili nesaobraznu isporuku (čl. 35(1) BK). Prema jednom mišljenju, ukoliko je isporučen deo robe, u pogledu dela koji nedostaje postoji neizvršenje u skladu sa čl. 46(1) BK. Shodno tome, ne postoji interes za primenom sniženja cene iz čl. 50 BK jer se isti rezultat postiže raskidom ugovora u odnosu na robu koja nedostaje.⁵⁷ Drugim rečima, sniženje cene ne bi bilo moguće u odnosu na deo robe koji nedostaje, iako i to prema čl. 35(1) BK predstavlja nesaobraznost, nego samo u odnosu na isporučenu nesaobraznu robu. Zagovornici ove ideje smatraju da čl. 51(1) BK predstavlja *lex specialis* u odnosu na čl. 50 BK i da shodno tome ima prednost u primeni.⁵⁸ Drugi je stav da čl. 50 BK može da se primeni i kod isporuke manje količine robe, a uporište se nalazi u činjenici da je čl. 35(1) BK predviđeno da odstupanja u količini isporučene robe predstavljaju nesaobraznost.⁵⁹

U teoriji je postavljeno pitanje da li kupac može da zahteva sniženje cene i u slučaju isporuke robe sa pravnim nedostacima.⁶⁰ Prvi je stav da se cena može sniziti i kada na robu postoje pravni nedostaci.⁶¹ Polazište kod ovog stava je da pojam nesaobraznost može da se tumači ekstenzivno tako da obuhvata i pravne nedostatke. Dodatni argument predstavlja formulacija čl. 44 BK. Naime, ova odredba reguliše prava kupca, koji ima razumno opravdanje za neobaveštavanje prodavca o nesaobraznosti ili pravnim nedostacima robe i izričito navodi da kupac može da snizi cenu u skladu sa čl. 50 BK.⁶² Teško se može objasniti kako konvencija dopušta sniženje cene u izuzetnom slučaju kada kupac prodavca ne obavesti o nedostacima i za to ima razumno opravdanje, a ne dopušta sniženje cene kada kupac uredno obavesti prodavca. Iz navedenog neki autori izvode zaključak da je pri izradi konvencije ideja bila da se primena čl. 50 BK proširi i na pravne nedostatke.⁶³ Drugi autori se opet

⁵⁶ Vid. čl. 52(2) BK.

⁵⁷ Vid. čl. 51(1) BK; I. Schwenzler (ed.), 813.

⁵⁸ H. Honsell (Hrsg.), 644; I. Schwenzler (ed.), 801.

⁵⁹ Vid. U. Magnus, 533.

⁶⁰ O navedenom pitanju je diskutovano i na diplomatskoj konferenciji u Beču koja je prethodila donošenju konvencije. Vid. više F. Enderlein, D. Maskow, 195.

⁶¹ G. Reinhart, 123; C. Brunner, 296; U. Magnus, 533.

⁶² Vid. čl. 44 BK.

⁶³ Tako C.M. Bianca, M.J. Bonell (eds.), 375, 376; U. Magnus, 533; Rolf Herber, Beate Czerwenka,

zalažu za analognu primenu čl. 50 BK i u slučaju pravnih nedostataka,⁶⁴ jer ne postoji suštinska razlika u odgovornosti prodavca za nesaobraznost i pravne nedostatke. Oni navode da i isporuka robe sa pravnim nedostacima predstavlja nesaobraznu isporuku i da pojam nesaobraznost predstavlja termin za razgraničenje od povrede ugovora neizvršenjem.⁶⁵ Konačno, navodi se i da ne bi bilo opravdano da kupac u slučaju pravnih nedostataka bude u lošijem položaju.⁶⁶ U prilog ovome ide i činjenica da je čl. 50 BK izdvojen u odnosu na ostala pravna sredstva i da se nalazi na kraju Odseka III. Nasuprot navedenom, postoje i mišljenja prema kojima ovakva mogućnost ne postoji,⁶⁷ jer iz teksta čl. 50 BK nedvosmisleno proizlazi da se sniženje cene primenjuje samo ako roba nije saobrazna ugovoru. Pristalice drugog stava navode da se pojam nesaobraznosti nikako ne može tumačiti na takav način da obuhvata i pravne nedostatke, jer se u konvenciji pravi jasna razlika između saobraznosti robe i prava ili potraživanja trećih lica.⁶⁸ Pored toga, kao argument navodi se da je kupac dovoljno zaštićen pravom na naknadu štete. U pogledu čl. 44 BK ističe se da se on mora restriktivno tumačiti kada se radi o sniženju cene zbog pravnih nedostataka.⁶⁹ Smatramo da bi u tom slučaju tumačenje moralo da bude toliko restriktivno da se praktično izbriše upućivanje u čl. 44 BK na prava trećih lica. Konačno, navodi se da formulacija čl. 50 BK, sistematika konvencije i istorija nastanka čl. 50 BK govore protiv primene sniženja cene i u slučaju pravnih nedostataka.⁷⁰ Drugi stav smatramo ispravnijim i doslednijim, jer konvencija pravi jasnu razliku između nesaobraznosti i pravnih nedostataka i ne može da se nađe opravdanje za proširenje pojma nesaobraznosti i na pravne nedostatke. Navedena rasprava je ipak teorijska, dok u praktičnom smislu nema veći značaj s obzirom na to da kupac pored prava na sniženje cene uvek ima i samostalno pravo na naknadu štete. Izuzetno, pravo na sniženje cene u slučaju pravnih nedostataka robe moglo bi da bude relevantno

Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München, 234; F. Enderlein, D. Maskow, 195. Vid. odluku u predmetu Austria, 12 September 2006, Supreme Court (*CD media case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912a3.html>.

⁶⁴ Vid. više H. Honsell (Hrsg.), 645. Tako U. Magnus, 533; C. Brunner, 297.

⁶⁵ R. Herber, B. Czerwenka, 234.

⁶⁶ Vid. više K. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2495.

⁶⁷ Vid. J.O. Honnold, 342; K. Schmidt (Hrsg.), 574; I. Schwenzer (ed.), 800; H. Honsell, 645; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), Art. 50, Rn. 2; F. Enderlein, D. Maskow, 196; *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat* (Secretariat Commentary) / UN DOC. A/CONF. 97/5, 36, komentar 8.

⁶⁸ Vid. Odsek II „Saobraznost robe i prava ili potraživanja trećih lica“ u Glavi II „Prodavčeve obaveze“.

⁶⁹ Vid. I. Schwenzer (ed.), 800 i fus.10.

⁷⁰ H. Honsell, 645; K. Schmidt (Hrsg.), 574.

kada kupac izgubi pravo da zahteva naknadu štete u skladu sa čl. 79 BK, što će kod pravnih nedostataka retko biti slučaj.

S obzirom na to da prodavac odgovara za nedostatke koji su postojali na robu u trenutku prelaska rizika na kupca, sniženje može da se zahteva tek po prelasku rizika.⁷¹ S obzirom na to da rizik na kupca prelazi u trenutku izvršenja isporuke, ovo pravno sredstvo pretpostavlja izvršenje isporuke. Izuzetno, ukoliko i pre prelaska rizika postane jasno da roba ima nedostatak koji prodavac neće ili ne može da otkloni, sniženje cene može da se traži i pre prelaska rizika.⁷²

Konačno, za sniženje cene nije od značaja da li nedostatak saobraznosti predstavlja bitnu povredu ugovora. Drugim rečima, sniženje cene kupac može da izjavi i u slučaju manjih nedostataka. Bitno je samo da smanjena vrednost robe bude merljiva. Međutim, u praksi će kupac teško dokazati smanjenu vrednost robe ukoliko su nedostaci manjeg obima ili značaja.

Obaveštavanje prodavca o nedostacima

Pravo da snizi cenu ima samo kupac koji je uredno i blagovremeno obavestio prodavca o nedostacima isporučene robe.⁷³ Obaveštenje o nesaobraznosti je uredno ukoliko je u njemu navedena navedena priroda nedostatka. Blagovremeno je obaveštavanje koje je izvršeno u skladu sa čl. 39 BK. Obaveštavanje mora biti izvršeno u razumnom roku od trenutka kada je kupac otkrio ili morao otkriti nedostatak.⁷⁴ Krajnji rok za obaveštavanje je dve godine od dana stvarne predaje robe kupcu ili rok određen garancijom.⁷⁵

Izuzetno u dva slučaja kupac može da snizi cenu i kada nije obavestio prodavca. Prvo, kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe kupac može da zahteva sniženje cene i kada nije obavestio prodavca o nedostatku, ali za neobaveštavanje ima razumno opravdanje⁷⁶ i drugo, prodavac ne može da se po-

⁷¹ Vid. Čl. 36(1) BK.

⁷² Vid. K. Schmidt (Hrsg.), 574; I. Schwenzer (ed.), 801; U. Magnus, 534; K. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2495; H. Honsell (Hrsg.), 646.

⁷³ Vid. čl. 39(1) BK. Vid. para. II(2)(b) odluke u predmetu Germany, 12 December 2006, District Court Coburg (*Plants case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061212g1.html>; para. II.1.d) aa) odluke u predmetu Germany, 25 January 2008, Appellate Court Hamburg (*Café inventory case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html>.

⁷⁴ Vid. čl. 39(1) BK.

⁷⁵ Vid. čl. 39(2) BK.

⁷⁶ Vid. čl. 44 BK.

ziva na izostanak obaveštenja ako je za nedostatak znao ili mu on nije mogao ostate nepoznat i ako ga nije otkrio kupcu.⁷⁷

Izjava kupca da snižava cenu

Kupac treba da iskaže svoju nameru da snizi cenu.⁷⁸ Snižanjem cene se jednostrano menja postojeći pravni odnos, a do njegove promene dolazi tek kada kupac izjavi da snižava cenu.⁷⁹ Sniženje cene predstavlja jednostrano pravo kupca koje on može da vrši izjavom koja ne podleže nikakvim zahtevima u pogledu forme.⁸⁰ Bitno je da iz izjave bude jasno i nedvosmisleno da kupac želi da snizi cenu. Po pravilu, kupac će navesti i iznos smanjenja cene.

Kupac prodavca može da obavesti o sniženju cene prilikom obaveštavanja o nesaobraznosti u skladu sa čl. 39 BK, ali ne mora, jer obaveštenje o nesaobraznosti ne mora da sadrži izjavu kupca o izboru pravnog sredstva kojim želi da se koristi.

Izjava o sniženju cene je jednostrana izjava volje kupca. U teoriji postoje različita mišljenja od kog trenutka ta izjava počinje da proizvodi pravno dejstvo. Prema jednom stavu, izjava o sniženju cene proizvodi dejstvo u trenutku slanja⁸¹ i na nju se analogno primenjuje čl. 27 BK. Ukoliko je izjava o sniženju cene učinjena pismeno, prema čl. 27 BK prodavac snosi rizik prenosa obaveštenja kada kupac saopštenje ili obaveštenje učini na način koji se smatra odgovarajućim u datim okolnostima. Drugi je stav da je kupac vezan izjavom o sniženju cene ako se prodavac razumno mogao pouzdati u njenu neopozivost i ako je svoje ponašanje uskladio sa tim.⁸² To znači da izjava proizvodi dejstvo tek kada je prodavac primi. Sve dok ne primi izjavu o sniženju cene, kupac je može povući i opredeliti se za drugo pravno sredstvo.

⁷⁷ Vid. čl. 40 BK. Vid. odluku u predmetu Switzerland, 20 December 2006, Federal Supreme Court (*Machines case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061220s1.html>.

⁷⁸ Vid. odluku u predmetu Germany, 2 March 1994, Appellate Court München (*Coke case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940302g1.html>.

⁷⁹ Vid. odluku u predmetu Switzerland 11 June 1999 Commercial Court Aargau (*Granular plastic case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990611s1.html>. Sud je naveo da kupac može da zahteva sniženje cene i da posle tog zahteva prodavac više ne može da zahteva plaćanje pune cene. S druge strane, zahtev za isplatu pune cene je potpuno opravdan ako kupac ne izjavi sniženje cene.

⁸⁰ Tako U. Magnus, 534; I. Schwenzer (ed.), 801; H. Honsell (Hrsg.), 649.

⁸¹ U. Magnus, 534; F. Enderlein, D. Maskow, 197; H. Honsell (Hrsg.), 650; F. Ferrari, E.M. Kieninger, P. Mankowski, K. Otte, I. Saenger, G. Schulze, A. Staudinger, Art. 50, Rn. 3.

⁸² I. Schwenzer (ed.), 801; K. Schmidt, 576.

Снижење цене купач може да изврши изричитом изјавом или конкluentним радњима. У пракси може да буде спорно када постоји конкluentна изјава о снижењу цене. Поставља се питање да ли је за снижење цене довољно да купач продавца обавести о недостацима и да му плати уманјену цену. Став је доктрине да такво поступање купца не би могло да се сматра његовом недвосмисленом изјавом о снижењу цене и да у том случају постоји задржавање дела цене од стране купца, а не коначно определjenje за одређено правно средство.⁸³ С друге стране, ако купач плати пуну цену то не значи да се одрекао права да снизи цену⁸⁴ јер према чл. 50 BK купач може да снизи цену без обзира на то да ли је платио или не. Купчево odbijanje да плати цену се у одређеним случајевима може сматрати заhtevom за снижење цене на нулу.⁸⁵

Конвенција не предвиђа рок у ком купач мора да заhteva снижење цене. Уколико је продавца благовремено обавештен о недостацима, купач је ограничен једино роковима застарелости који се одређују према меродавном праву.

Pravo na sniženje cene nije isključeno

Ако продавца отклони било које неизвршенje својих обавеза у складу са чл. 37 или чл. 48 или ако купач odbije да прими испорукa од продавца у складу са тим члановима, купач не може да снизи цену.⁸⁶ Конвенција продавцу даје право да отклони сваки недостатак свог извршенja код превремене испорукe и после извршенja испорукe. Право продавца да отклони недостатке има предност у односу на право купца да снизи цену. Исто тако, купач губи право да снизи цену уколико odbije продавчеву понуду да отклони своју повреду уговора. Другим речима, све док је продавца овлашћен на накнадно извршенje, право купца на снижење цене је suspendовано. Уколико продавца накнадно у целини изврши своје обавезе, купач губи право да снизи цену.

Norma даје предност праву продавца да накнадно изврши уговор у односу на право купца да снизи цену у два случаја. Први, регулише право продавца да отклони недостатке у случају превремене испорукe, а други право продавца на накнадно извршенje. Услов је да такво поступање продавца купцу не узрокује неразумне непогодности или неразумне трошкове.

⁸³ Тако I. Schwenzer (ed.), 802; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), Art. 50, Rn. 3; H. Honsell (Hrsg.), 650. Suprotan stav U. Magnus, 535.

⁸⁴ U. Magnus, 535.

⁸⁵ Vid. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016, 237. Vid. odluku u predmetu Germany, 14 December 2006, Appellate Court Koblenz (*Bottles case*) dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061214g1.html>.

⁸⁶ Vid. 2. rečenicu čl. 50 BK

Nepostojanje osnova za oslobodjenje od odgovornosti

Na pravo na sniženje cene pravilo o oslobodjenju od odgovornosti zbog smetnje iz čl. 79 BK nema dejstvo.⁸⁷ Međutim, kupac gubi pravo da se poziva na isporuku nesaobrazne robe od strane prodavca u slučaju kada su ispunjeni uslovi za primenu čl. 80 BK.⁸⁸ Naime, ukoliko je prodavčeva povreda ugovora uzrokovana radnjom ili propuštanjem kupca, kupac gubi sva pravna sredstva iz ugovora. Shodno tome, on ne može da zahteva ni sniženje cene.

Zaključna razmatranja

Pravo kupca da snizi cenu predstavlja najjednostavnije pravno sredstvo u konvenciji i pravno sredstvo čije korišćenje dovodi do najmanjih troškova. Sniženjem cene omogućava se da kupac zadrži robu i da plati manju cenu zbog smanjene vrednosti isporučene nesaobrazne robe. Osnovna funkcija prava na sniženje cene je da ugovor ostane na snazi i da se ponovo uspostavi ekvivalencija davanja između izvršenja obe ugovorne strane.

Po svojoj pravnoj prirodi, pravo na sniženje cene je preobražajno (konstitutivno) subjektivno pravo, čije izvršenje deluje jednostrano i neposredno na postojeći ugovor o prodaji. Sniženjem cene vrši se prilagođavanje ugovora.

Kupac ima pravo da snizi cenu ako se kumulativno ispune sledeće pretpostavke: da je prodavac isporučio nesaobraznu robu, da je kupac uredno i blagovremeno obavestio prodavca o nedostacima, da kupac izjavio da snižava cenu, da pravo na sniženje cene nije isključeno i da ne postoje uslovi za primenu čl. 80 BK za oslobodjenje od odgovornosti prodavca za isporuku nesaobrazne robe.

⁸⁷ Vid. čl. 79(5) BK.

⁸⁸ Vid. Sandra Fišer Šobot, *Oslobodjenje prodavca od odgovornosti prema čl. 80 Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2013, 452–458.

Dr Dušanka Đurđev, Full Professor
Dr Sandra Fišer Šobot, Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law

RIGHT OF THE BUYER TO REDUCE THE PRICE IN CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

Price reduction under Art. 50 CISG is one of the remedies available to the buyer when the seller delivers non-conforming goods. It is a self-help remedy and its main aim is to preserve the contract and to re-establish the equivalence of the prestations.

This paper analyses the legal nature of price reduction, relationship of price reduction to other remedies in the CISG and preconditions under which the buyer is entitled to reduce the price payable to the seller.

The buyer can reduce the price if several cumulative preconditions are met. First, the delivered goods have to be nonconforming. Second, price reduction presupposes that the buyer has given a notice of lack of conformity of the goods in accordance with Art. 39 CISG. Third condition is that the buyer has declared price reduction. Fourth condition is that the right to reduce the price is not excluded by the seller's right to cure. Finally, conditions for the application of Art. 80 CISG must not be fulfilled.

Keywords: *contract for the international sale of goods, price reduction, non-conformity of the goods, CISG.*

TEHNIKE IZJEDNAČAVANJA I HARMONIZACIJE NACIONALNIH ZAKONODAVSTAVA: UPOREDNA ANALIZA¹

Prof. dr Genc Trnavci*

***Sažetak:** Za razliku od unifikacije, koja podrazumijeva supstituciju više nacionalnih (domaćih) pozitivnopravnih režima sa onim koji je međunarodnopravnog karaktera, harmonizacija podrazumijeva približavanje i koordinaciju više različitih nacionalnih pozitivnopravnih režima i to odstranjivanjem različitosti koje prouzrokuju teškoće u privatnim transakcijama na jedinstvenom europskom tržištu. Međutim, ukoliko država članica propusti blagovremeno transponirati direktivu u svoje zakonodavstvo ili to nikako ne učini, direktiva će poprimiti tzv. „direktan učinak“, koji podrazumijeva da će pravni subjekti moći neposredno stjecati subjektivna prava na temelju takvih direktiva, iako one formalnopravno nisu transponirane u domaće zakonodavstvo. U EU supranacionalni propisi donose se u vidu regulativa. Regulative u pravnom poretku EU imaju višu pravnu snagu od nacionalnih zakona zemalja članica EU.*

***Ključne riječi:** izjednačavanje, harmonizacija, približavanje prava, transpozicija, direktiva, regulativa.*

¹ Ovaj članak predstavlja razrađenu verziju teksta objavljenog u Zborniku radova sa IX međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, organiziranog od strane Univerziteta u Splitu i Univerziteta u Mostaru, u Neumu, juna 2011. godine.

* Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Ad hoc sudija za ljudska prava u Strazburu.

Uvod

Iako je, zbog nastanka slobode međunarodne trgovine i jačanja regionalne i globalne međuzavisnosti, potreba izjednačavanja nacionalnih zakonodavstava nastala još krajem XIX stoljeća (rezultirala je potpisivanjem i ratifikacijom međunarodnih sporazuma u oblasti trgovačkog prava i prava intelektualnog vlasništva), primjena pravnih tehnika izjednačavanja, koje su plod sve važnijih uporednopravnih istraživanja, svoj vrhunac doživjela je tek sredinom pedesetih godina dvadesetog stoljeća. Navedena istraživanja dobila su novi poticaj jačanjem i integracijom europskih zajednica i drugih regionalnih integracija. Tako se težište komparativnih istraživanja ovih pravnih tehnika pomjerilo sa uporednopravnih pristupa preuzimanja stranih pravnih koncepta, prema stvaranju autentičnog, unilateralnog, komunitarnog prava u Zapadnoj Europi. Međutim, upravo u devedesetim godinama prošlog stoljeća, kao i danas, uporednopravna istraživanja pravnih tehnika izjednačavanja propisa ponovo oživljavaju, kao dio procesa adaptacije prava država Centralne i Istočne Evrope europskim integracijama.

Vrste izjednačavanja

Međunarodnopravna unifikacija prava kao pravni pojam podrazumijeva **izjednačavanje, uniformiranje, postizanje jednoobraznosti** pravnih propisa posredstvom potpisivanja i ratifikacije multilateralnih ili bilateralnih međunarodnih sporazuma (međunarodnih ugovora). Unifikacija nacionalnih zakonodavstva vrši se kako bi se olakšala pravna zaštita titularima preko granica svoje zemlje, imajući u vidu da opći, tehnički, tehnološki, duhovni i kulturološki razvoj, intenziviranjem regionalne i globalne međuzavisnosti, poprima međunarodne karakteristike i predstavlja dio aktualne globalizacije društvenih odnosa. Eklatantan primjer jeste uspjeh u postizanju visokog stepnja međunarodne zaštite subjektivnih prava intelektualnog vlasništva, koja je zamišljena kao sredstvo poticanja kreativnog rada, transfera tehnologije, industrijalizacije, investiranja i poštene trgovine.

Samo izjednačavanje propisa može se postići na više načina. To su:

- 1. u potpunosti**, putem potpune inkorporacije pravnih normi iz međunarodnih konvencija u domaće zakonodavstvo. U ovom slučaju, konvencije stvaraju pravnu obavezu inkorporacije za zemlje članice (primjer je TRIPS);

2. **nuđenjem modela zakona** od strane međuvladinih organizacija (najpoznatija je UNCITRAL,² UNDROIT),³ nevladinih organizacija, (Međunarodna trgovačka komora u Parizu), čija je inkorporacija dobrovoljna (primjer su razni UNCITRAL-ovi modeli zakona) pa, čak, i unutar pojedinih država sa federalnim uređenjem⁴; i
3. **potpisivanjem i ratifikacijom međunarodnih konvencija** kojim se uspostavljaju međunarodni standardi pravne zaštite, čija se primjena u različitim modalitetima prepušta nacionalnim zakonodavstvima (donošenjem cjelovitih ili posebnih zakona ili, pak, kodifikacija ili uredbi, ukaza, sudskih precedenata itd.). Najvažniji pravni standardi u međunarodnom javnom pravu i međunarodnom privatnom pravu, koji se uspostavljaju ovim tehnikama izjednačavanja, kada štiti pravni položaj stranaca u domaćem zakonodavstvu, jesu: **načelo nacionalnog tretmana, načelo asimilacije, načelo minimalnih prava i načelo najpovlaštenije nacije**. Najvažnije konvencije kojima se promoviraju ovi standardi zaštite jesu: pariška Konvencija o zaštiti prava industrijskog vlasništva, bernaška Konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela, Konvencija o osnivanju Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (WIPO), Međunarodni sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS) u okvirima Svjetske trgovačke organizacije (WTO) itd. Isto tako, potpisane su i ratificirane brojne regionalne međunarodne konvencije i bilateralni ugovori.

² UNCITRAL je osnovan Rezolucijom 2205 (XXI) od 17. decembra 1966. godine sa mandatom da unaprijedi progresivnu harmonizaciju i unifikaciju međunarodnog trgovačkog prava. Najveći neprijeporni uspjesi ove komisije su usvajanje i ratifikacija bečke Konvencije o međunarodnoj prodaji robe (*Vienna Convention on Contracts for International Sales of Goods*), Model zakona o međunarodnim transferima kredita (*Model Law on International Credit Transfers*), Model zakona o međunarodnim trgovačkim arbitražama (*Model Law on International Commercial Arbitration*) i Arbitražna pravila (*Arbitration Rules*). uporedi: Richard Hill and Ian Walden, *The Draft UNCITRAL Model Law for electronic commerce: issues and solutions*, The Computer Lawyer, mart 1996.

³ <http://www.unidroit.org/english/presentation/achievements.htm> (posljednji put posjećena 22. januara 2009. godine).

⁴ SAD je zemlja sa federalnim uređenjem koja, osim što je prva na svijetu sa takvim uređenjem, ima najbogatije iskustvo izjednačavanja pravnih sistema svojih federalnih jedinica (država nuđenjem modela zakona u oblastima koje spadaju u ustavnu nadležnost federalnih jedinica. Vidjeti: Marion W. Benfield, Jr., *Wasted Days and Wasted Nights: Why the Land Acts Failed*, 20 Nova L. Rev. 1037 (1996), prema: <https://www.law.cornell.edu/uniform/uniform> (posljednji put posjećeno 23. augusta 2017. godine). Najpoznatiji rezultat ovakvog izjednačavanja domaćeg prava jeste Jednoobrazni trgovački zakonik SAD (<https://www.law.cornell.edu/uniform/ucc> (posljednji put posjećeno 23. augusta 2017. godine).

Najefikasniji način osiguranja primjene međunarodnih standarda pravne zaštite jeste putem **harmonizacije nacionalnih zakonodavstava**. Riječ je o pravnoj tehnici **približavanja (aproksimacije, konvergencije)** nacionalnih pravnih sistema koja je svojstvena institucijama Europske unije (u daljem tekstu: EU).⁵

Harmonizacija vs. unifikacija

Harmonizacija u EU postiže se donošenjem, transpozicijom (prenošenjem u zakonodavstvo zemalja članica) i primjenom direktiva. Cilj direktiva EU jeste stvaranje jedinstvenog pravnog okvira za pravnu regulaciju bilo kojeg pitanja unutar zajedničkog tržišta,⁶ u nadležnosti institucija EU, kako bi se osigurala pravna sigurnost ne samo za poslovne subjekte, titulare i stjecatelje prava, već i za potrošače na tržištu EU. U skladu sa članom 5 Rimskog sporazuma, koji uspostavlja takozvani princip supsidijarnosti prava EU,⁷ ovaj cilj postiže se tehnikom harmonizacije nacionalnih propisa.⁸

⁵ O pravnoj regulaciji prava intelektualnog vlasništva u okvirima EU vidjeti opširno u: S. Krneta, *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva*, Pravni centar, Sarajevo, 1996.

⁶ Četiri su tržišne slobode na području država članica EU, koje su nazvane temeljnim slobodama Europske zajednice. To su: 1. slobodan promet robe; 2. slobodan promet osoba (sloboda kretanja radne snage i, u vezi sa tim, sloboda nastanjivanja – primjedba G.T.); 3. sloboda vršenja usluga i 4; sloboda prometa kapitala. Sve češće i glasnije govori se i piše o uspostavljanju načela slobodnog platnog prometa, kao o petoj temeljnoj slobodi Europske zajednice. Vidjeti o ovome više u: V. Herdegen, *M.: Europarecht*, Munchen, 2001. (3. Aufl.), str. 222 i sl.

⁷ Član 5 Sporazuma kojim se uspostavlja Europska ekonomska zajednica koji je potpisan 25. marta 1957. godine u Rimu.

⁸ Eklatantan primjer uspješne harmonizacije u okvirima EU jeste pravna zaštita subjektivnih prava intelektualnog vlasništva. U oblasti prava intelektualnog vlasništva doneseno je više direktiva. To su:

a) Direktiva o pravnoj zaštiti topografija poluprovodničkih kola, 87/54 od 16. decembra 1986. godine;

b) Prva Direktiva za izjednačavanje zakona o žigovima država članica, 89/104 od 21. decembra 1988, dopunjena 1992. godine;

c) Direktiva o pravnoj zaštiti računarskih programa, 91/205 od 14. maja 1991. godine;

d) Direktiva o pravu davanja u zakup i na poslugi i o određenim pravima umnožavanja u oblasti intelektualne svojine, 92/100 od 19. novembra 1992. godine;

e) Direktiva o koordinaciji određenih pravila autorskog i srodnih prava, koja se primjenjuju na satelitsko emitiranje i kablovsko reemitiranje, 93/83 od 27. septembra 1993. godine;

f) Direktiva za harmonizaciju roka trajanja autorskog i srodnih prava, 93/98 od 29. oktobra 1993. godine;

g) Direktiva o pravnoj zaštiti baza podataka, 96/9 od 11. marta 1996. godine;

h) Direktiva o pravnoj zaštiti biotehnoških pronalazaka, 98/44 od 6. jula 1998. godine;

i) Direktiva o pravnoj zaštiti dizajna, 98/71 od 13. oktobra 1998. godine;

j) Direktiva o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informatičkom društvu, 2001/29 od 22. maja 2001. godine;

Harmonizacija nije podesna za postizanje sveobuhvatne kodifikacije određene grane ili oblasti prava. Potpunu kodifikaciju određene grane prava podesnije je postići potpunom inkorporacijom pravnih normi iz međunarodnih konvencija u domaće zakonodavstvo (TRIPS, Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine⁹) ili, pak, nuđenjem modela zakona od strane međuvladinih organizacija (najpoznatija je UNCITRAL, UNDRIT) ili međunarodnih nevladinih organizacija (MTK u Parizu) ili nacionalnih nevladinih organizacija (na nacionalnoj razini opće je poznata praksa Nacionalne konferencije povjerenika za jednoobrazne državne zakone – *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*¹⁰), čija je inkorporacija dobrovoljna. Isto tako, za razliku od kodifikacije koja se postiže potpunom unifikacijom, **harmonizacija nije sistematična**. Europska unija u praksi nikada ne pokušava svojim direktivama postići sveobuhvatnu pravnu regulaciju čitavih grana prava, niti je takvu kodifikaciju moguće postići pravnom tehnikom kakva je harmonizacija. Naprotiv, direktivama se po pravilu teži razriješiti pojedinačni problemi nastali iz razlika u nacionalnim zakonodavstvima, a koji stoje na putu izgradnje zajedničkog tržišta ili zaštite stečenih prava građana EU.¹¹ Veoma slična harmonizaciji jeste pravna tehnika **konvergenije prava**,¹² koja nastaje u slučaju istovremene i slične primjene istih pravnih principa kroz sudsku praksu, običajno pravo i čestu primjenu (upotrebu – *usus*, na engleskom jeziku: *usage*).¹³

k) Direktiva o pravu preprodaje u korist autora originalnog primjerka djela, 2001/84 od 27. septembra 2001. godine i

l) Direktiva o provođenju prava intelektualne svojine, 2004/48 od 29. aprila 2004. godine;

⁹ Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe donesena je 1980. (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* – CISG), a na snagu je stupila 1988. godine u svim europskim zemljama i u SAD-u. Prethodile su joj dvije Haške konvencije – ULIF i ULFIS. Bečka konvencija dovela je do unifikacije prava međunarodne trgovine, čime je ostvaren preduvjet za efikasno odvijanje međunarodnih transakcija. Države članice donijele su ovu konvenciju u svrhu: 1. ublažavanja teškoća koje se javljaju kad je ugovor zaključen između prodavatelja i kupca stvari sa sjedištem u različitim državama i pružanja suvremenog pravila za međunarodnu prodaju; 2. smanjenja potrebe iznalaženja prava po kojem će se ugovor prosuđivati i 3. izbjegavanja primjene kolizijskih pravila (o ovome opširnije vidjeti u: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>, posljednji put posjećena 4. aprila 2011. godine).

¹⁰ Ova konferencija sastavila je 1999. godine model Jednoobraznog zakona o transakcijama računarskih informacija (*Uniform Computer Information Transactions Act* – UCITA) koji je inkorporiran u zakonodavstvima svih 50 država članica Federacije u SAD.

¹¹ Hesselink, M., *The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience*, citirano u knjizi Vogenauer, S. and Weatherill, S. (ed), *The Harmonisation of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, str. 50.

¹² Miguel Mendes Pereira, *EU competition law, convergence, and the media industry*, Law Society of England and Wales, London, 23 April 2002

¹³ <http://www.encyclopedia.com/doc/1O29-LEGALUSAGE.html> (posljednji put posjećena 5. aprila 2011. godine).

Sljedeća osobina harmonizacije koja je suštinski razlikuje od unifikacije ogleđa se u tome što se pravna tehnika harmonizacije primjenjuje kada nastanu problemi sa **sukobom nadležnosti**, kao i problemi sa primjenom materijalnog prava u tzv. **privatnopravnim odnosima**, tj. **kod privatnih transakcija**.¹⁴ Unifikacija se, pak, primjenjuje kako u domenu javnoga prava, tako i u domenu privatnoga prava. Stoga se, za razliku od unifikacije, koja podrazumijeva supstituciju više nacionalnih (domaćih) pozitivnopravnih režima sa onim koji je međunarodnopravnog karaktera, harmonizacija podrazumijeva približavanje i koordinaciju više različitih nacionalnih pozitivnopravnih režima i to odstranjivanjem različitosti koje prouzrokuju teškoće u privatnim transakcijama na jedinstvenom europskom tržištu.

Ovo se postiže primjenom jedinstvenih pravnih standarda ili tzv. „minimalnih zahtjeva“ (*minimal requirements*).¹⁵ Krajnji smisao svake harmonizacije jeste da pravne poretke koji pripadaju različitim porodicama prava (npr. angloameričko pravo i kontinentalno pravo, te romanska prava, skandinavska prava i germanska prava u okviru kontinentalnog prava) približi u okvirima jedinstvenih pravnih standarda. Ovo približavanje potiče koegzistenciju različitih pravnih tradicija u okvirima općih principa i jedinstvenih pravnih okvira.¹⁶

Dakle, u EU, harmonizacija se postiže donošenjem **direktiva (smjernica)**. Direktive EU (ne engleskom jeziku *Directive*, na njemačkom *Richtlinie*) predstavljaju opće pravne akte EU (Europske komisije, Vijeća EU ili zajedno Vijeća i Europskog parlamenta), kojima se usklađuju (harmoniziraju) pravni sistemi članica EU. Adresati smjernica jesu države članice EU, a ne građani članica neposredno. Drugim riječima, države članice EU moraju izvršiti tzv. **transpoziciju** (prenošenje) direktiva u domaće zakonodavstvo, ali tako da direktive nemaju neposredan pravni učinak na privatnopravne subjekte,¹⁷ već stvaraju pravnu obavezu za države članice da prilagode svoja zakonodavstva u skladu sa pravnim standardima sadržanim u direktivama.

Međutim, ukoliko država članica propusti blagovremeno transponirati direktivu u svoje zakonodavstvo ili to nikako ne učini, direktiva će poprimiti tzv. *direktan učinak (direct effect)* koji podrazumijeva da će pravni subjekti moći neposredno stjecati subjektivan prava na temelju takvih direktiva, iako one formalnopravno nisu transponirane u domaće zakonodavstvo. Nadlež-

¹⁴ *Kamba* (1974) 23 ICLQ 485, 501.

¹⁵ P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing, London, 1999.

¹⁶ Usporedi: Hesselink, M., op. cit., str. 48.

¹⁷ O smjernicama vidi pobliže: Gumzej, N. i Vučinić M., *Međunarodnoprivatnopravni i materijalnopravni aspekti izjednačavanja ugovornog prava EU*, Pravnik, 2001, 3-4, str. 42-53.

nost provođenja direktnog učinka direktiva provodi Europski sud pravde,¹⁸ a aktivnu legitimaciju obraćanja ovom sudu imaju sva fizička i pravna lica u EU, kao i države članice EU.

Države članice imaju na raspolaganju slobodu nalaženja modusa kojim će se direktive transponirati u domaće zakonodavstvo. To može biti u formi donošenja zakona ili putem zaključivanja sporazuma koji se poziva (referira), odnosno temelji na nekoj direktivi (*through enactment under legislation from the national parliament or through agreement by reference*¹⁹) ili putem donošenja sudskih precedenata kojim se približavaju sudske prakse država članica (*convergence of case law*). Ova sloboda čini harmonizaciju veoma fleksibilnom pravnom tehnikom, jer omogućava državama članicama EU slobodu izbora forme i metode implementiranja direktive.²⁰ Time pravna tehnika harmonizacije dobiva stanovitu privlačnost, jer ne narušava uspostavljene pravne tradicije i postojeće nacionalne kodifikacije (najčešće građanskoga prava).

Iz napred navedenog proistječe da je, u praksi, harmonizaciju moguće poduzeti na dva načina: **aktivno i pasivno**. Najubičajeniji, pa i najefikasniji način harmonizacije jeste kada država članica donese domaći zakon kojim se pravni standardi ili minimalni zahtjevi prilagode domaćem zakonodavstvu. Pasivna harmonizacija nastaje u slučaju potpisivanja sporazuma koji se ne ratificiraju od strane domaćeg zakonodavca i u slučaju približavanja sudske prakse kada sudovi neposredno primjenjuju direktive. U poređenju sa tehnikom potpisivanja sporazuma, konvergencija sudske prakse smatra se uspješnijim načinom pasivne harmonizacije.²¹ Suštinski cilj svih analiziranih modela harmonizacije jeste transpozicija pravnih standarda, tako da, u krajnjoj instanci, sudovi država članica EU postignu slične rezultate u sličnim slučajevima, bez obzira na način izbora pravnog temelja, pravne doktrine ili procedure, koje ti sudovi u praksi primjenjuju radi postizanja navedenog cilja.²²

¹⁸ “Francovich and Others” [1991] ECR I-5357.

¹⁹ Ginsburg, T. and Cooter R.D., *Leximetrics: Why the Same Laws are Longer in Some Countries than Others*, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=alea>, American Law and Economics Association, Annual Meetings 2004, Paper 64. 2004.

²⁰ Craig Pand de Búrca, G. (3rd edn), *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, str. 203, u knjizi Vogenauer, Sand Weatherill, S. (ed), *The Harmonisation of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, str. 115.

²¹ Colombi Ciacchi, A., *Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships*, 13 *European Review of Private Law*, 2005, str. 285 u knjizi Vogenauer, S. and Weatherill, S. (ed), *The Harmonisation of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, str. 198.

²² *Ibidem*.

Dakle, pravna definicija harmonizacije podrazumijeva:

međunarodnu suradnju između različitih država radi izjednačavanja propisa bez potpune jednoobraznosti;

nadležnost tijela EU da donose propise u formi pravnih standarda kojima se obvezuju države članice EU da ih normiraju i primjene u skladu sa svojim ustavnopravnim iskustvom i procedurama, sve u cilju poticanja slobodne trgovine i zaštite prava građana.²³

4. Sljedeći način osiguranja međunarodne zaštite prava intelektualnog vlasništva jeste putem donošenja **nadnacionalnih (supranacionalnih)** propisa, koji je, također, svojstven EU. U EU supranacionalni propisi donose se u vidu **regulativa (uredbi, na engleskom *Regulation*, na njemačkom *Verordnung*²⁴)**. Regulative u pravnom poretku EU imaju višu pravnu snagu od nacionalnih zakona zemalja članica EU. Isto tako, za provođenje regulativa nije neophodno da zemlje članice donose vlastite propise, jer se regulative neposredno primjenjuju na teritorijama članica. Za razliku od direktiva, regulative su opći pravni propisi, koji neposredno obavezuju privatnopravne subjekte na teritoriji EU.²⁵ U EU regulative predstavljaju jedan od najvažnijih izvora prava.²⁶

Zaključak

Zahvaljujući potrebi pravne regulacije međunarodne trgovine, jačanja regionalne i globalne međuzavisnosti, te rješavanja problema u vezi sa su-

²³ Peter E Nygh, Peter Butt (ed). *Butterworth Australian LEGAL Dictionary*, 1997, str. 543.

²⁴ U nacionalnom bosanskohercegovačkom pravnom sistemu uredbe predstavljaju podzakonske akte, za razliku od poimanja uredbi u pravu Europske unije. Kako bi se izbjeglo stvaranje konfuzije, u ovom radu koristit ćemo izraz „regulativa” umjesto „uredba.”

²⁵ Uporedi: Nikola Gavella, *O europskom privatnom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002. godine;

²⁶ U okviru prava intelektualnog vlasništva doneseno je nekoliko regulativa, i to:

- Regulativa o komunitarnom žigu, 40/94 od 20. decembra 1993. godine;
- Regulativa o komunitarnom pravu zaštite biljnih sorti, 2100/94 od 27. jula 1994. godine;
- Regulativa o ustanovljenju certifikata o dodatnoj zaštiti za proizvode za zaštitu bilja, 1610/96 od 23. jula 1996. godine;
- Regulativa o komunitarnom dizajnu, 6/2002 od 12. decembra 2001. godine;
- Pravilo o carinskim mjerama protiv robe za koju se sumnja da povređuje određena prava intelektualnog vlasništva i mjerama protiv robe za koju je utvrđeno da povređuje ta prava, 1383/2003 od 22. jula 2003. godine i
- Regulativa o zaštiti geografskog imena i oznake porijekla za poljoprivredne proizvode i hranu, 510/06 od 20. marta 2006. godine.

kobom nadležnosti, kao i problema sa primjenom materijalnog prava u tzv. privatnopravnim odnosima, koji nastaju uslijed privatnih transakcija, nastala je komparativna praksa izjednačavanja propisa, kod koje se mogu razlučiti najmanje četiri najvažnije pravne tehnike izjednačavanja propisa nacionalnih zakonodavstava. To su sljedeće pravne tehnike: 1. izjednačavanje, uniformiranje, postizanje jednoobraznosti pravnih propisa posredstvom potpisivanja i ratifikacije multilateralnih ili bilateralnih međunarodnih sporazuma (međunarodnih ugovora); 2. nuđenje modela zakona i to kako od strane međuvladinih organizacija i nevladinih organizacija državama članicama i šire, tako i od strane savezne države svojim federalnim jedinicama (SAD); 3. potpisivanjem i ratifikacijom međunarodnih konvencija kojima se uspostavljaju međunarodni standardi pravne zaštite, čija se primjena u različitim modalitetima prepusta nacionalnim zakonodavstvima (donošenjem cjelovitih ili posebnih zakona ili, pak, kodifikacija ili uredbi, ukaza, sudskih precedenata itd.), od kojih se najefektivnijom pokazala harmonizacija u pravnim okvirima EU; i 4. izjednačavanje putem donošenja nadnacionalnih (supranacionalnih) propisa, koji je, također, svojstven EU.

Od svih analiziranih modela izjednačavanja, najuspješnijim su se dokazali modeli izjednačavanja harmonizacijom putem direktiva i putem donošenja supranacionalnih propisa u vidu uredbi, koji se primjenjuju u pravnim okvirima EU. Posebno valja istaći pravnu tehniku harmonizacije koja, iako nije podesna za postizanje sveobuhvatne kodifikacije određene grane prava ili oblasti prava, niti je, zbog svoje naravi i okolnosti u kojima se donosi, u potpunosti sistematična, efektivno ostvaruje suštinski cilj, a to je transpozicija pravnih standarda. Ovakva transpozicija, u krajnjoj instanci, omogućava sudovima država članica EU postizanje sličnih rezultata u sličnim slučajevima, bez obzira na način izbora pravnog temelja, pravne doktrine ili procedure, koje ti sudovi u praksi primjenjuju radi postizanja navedenog cilja.

U postupku pristupanja EU, pred Bosnom i Hercegovinom predstoji u skoroj budućnosti opsežan i zahtjevan zadatak preuzimanja i transpozicije u svoj pravni poredak svih pravnih standarda i minimalnih zahtjeva sadržanih u brojnim direktivama EU, koja zajedno sa regulativama, sporazumima i sudskom praksom Europskog suda pravde čini njenu zamašnu pravnu stečevinu (*acquis communautaire*).

Genc Trnavci, PhD, Professor
Faculty of Law of the University in Bihać,
Ad hoc judge for human rights in Strasbourg

TECHNIQUES OF EQUALISATION AND HARMONISATION OF NATIONAL LEGISLATIONS: COMPARATIVE ANALYSIS

Summary

Unification focuses upon substituting or combining two or more legal systems and replacing them with a single system. In contrast to unification, harmonisation seeks to co-ordinate different legal systems by eliminating major differences and creating minimum requirements or standards. The best example of harmonisation in modern history is the one accomplished within the European Union through directives. Directives require transposition into the domestic legal system of the Member State in order to become effective. If a Member State fails to transpose the Directive in a timely manner or fails to do it at all, the Directive will take ‘direct effect’, that is, individuals are able to derive rights from that Directive directly despite not being transposed into domestic law. The EU institutions enact supranational norms in the form of “regulation” that precede national legislation.

Key words: *unification, harmonization, convergence of law, transposition, directive, regulation.*

РЕЦИПРОЦИТЕТ КАО ФАКТОР (НЕ)САРАДЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Валерија Шаула*

Сажетак: Рад актуелизује питање реципроцитета (узајамности) као услова за стицање одређених права или остваривања сарадње са другим државама у приватноправним односима са међународним елементом. Значај реципроцитета се мијења у времену и простору. Намећући овај услов, државе проводе законодавну политику, заштићују своје интересе и/или интересе својих држављана, на тај начин, више или мање, задирући у права и интересе држављана других држава и самих тих држава. Због деликатности проблема и преплитања јавних и приватних интереса кроз ову установу, потребно је креирањем услова реципроцитета у законима и његовим тумачењем у пракси надлежних органа постићи правичан баланс, уважавајући оправдане и легитимне интересе свих страна.

Кључне ријечи: реципроцитет (узајамност), права странаца, признање страних одлука, међународно приватно право, међудржавна сарадња.

1. Појам и значај реципроцитета (узајамности)

У основи сваке дефиниције појма реципроцитета (узајамности) је да се одређено понашање (давање) условљава истим (сличним) понашањем (давањем) друге стране.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Још у ранијој правној науци¹ за овај институт користи се синтагма из латинског језика „do ut des“ (дајем ти да ми даш), која одражава суштину појма реципроцитета.

„Иако реципроцитет претпоставља равнотежу понашања држава у одређеним областима, он ће бити успостављен, како у случају ‘размјене’ идентичних чинидби, тако и онда када су оне међусобно различите, под условом да међу њима постоји одређена равнотежа или еквивалентност. Однос узајамности између двије државе не може бити успостављен све док једна од њих не удовољи траженом услови. Која ће то држава бити не зависи само од укупног стања билатералних односа, већ и од индивидуалне примјене корисности таквог теста ‘добре воље’.“²

У међународним односима и међународном праву, реципроцитет је важан фактор усклађивања међусобног понашања³. То је израз тежње да се осигура равноправна сарадња међу суверенитетима, а она се гради првенствено једностраним акцијама, тј. свака држава сама одлучује до које ће мјере и у којим ситуацијама да странцима учини доступним која права, које су то ситуације у којима ће уважити страни право или стране одлуке и сл. “У основи тих уступака је очекивање да ће и страни правни системи на сличан начин поступити.”⁴

Услов реципроцитета је од пресудног значаја и за многа питања међународног приватног права, нпр. намеће се као услов за ослобођење од полагања акторске кауције, признање „сиромашког права“, претпоставка је за заснивање надлежности, уважавање приговора литиспенденције, поступање по замолницама страних судова, признање страних одлука, дејство страних јавних исправа и признање странцима оних права која су релативно резервисана за домаће држављане (наслјеђивање некретнина, стицање својине путем правног посла). Сматра се да међународно

¹ Римско посткласично право је овим изразом указивало на узајамне престације уговорних страна код синалагматичних уговора (*Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 225).

² Рочкомановић, Милорад, *Међународно приватно право*, Правни факултет, Ниш, 2012, стр. 238 и 239.

³ Bordaš, Bernadet. „Regionalna saradnja kao okvir za poboljšanje postupanja nacionalnih sudova na primjeru priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka: muke sa reciprocitetom“, Зборник радова са Међународне конференција „Регионална сарадња у области грађанског судског поступка са међународним елементом „(у даљем тексту: Зборник Бања Лука, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2009, стр. 68).

⁴ Varadi, Tibor., Bordaš, Bernadet и Knežević, Gašo, *Međunarodno privatno pravo*, Форум, Нови Сад, 2001, стр. 195 и 197.

приватно право своје постојање као посебна грана права треба да захвали реципроцитету као принципу понашања⁵.

Какав реципроцитет се у конкретној ситуацији тражи, требало би да произлази из одговарајућег прописа, што обично није случај⁶. И када се законодавац упусти у нормативно прецизирање услова реципроцитета, то најчешће није сасвим јасно формулисано и граматичко тумачење није довољно⁷.

Ако из прописа не произлази одговор о томе о каквом се реципроцитету ради, треба се окренути судској пракси, уз помоћ правне науке. При томе се води рачуна о циљевима које држава жели постићи, те о намјери прописивања тог услова (нпр. осигурање поштовања суверености и угледа држава, остварење начела једнакости држава⁸, потреба да се заштите интереси домаћих држављана у тим државама, олакшање остваривања одређених права приватних субјеката и ојачавање њихове правне заштите, привлачење страног капитала, намјера да се странац не ставља у гори положај од онога који му може пружити његово домаће законодавство, заштита стратешких интереса или заштита достојанства државе⁹ и сл.).

Овакав приступ одређивању врсте и садржаја реципроцитета, као и питање терета и начина утврђивања/доказивања његовог (не)постојања може да доведе до разлика у тумачењу, те тиме до несигурности и непредвидљивости, а у крајњем случају може да штети како интересима појединаца, тако и интересима држава.

У неким државама постоје прописи који регулишу питање реципроцитета и његовог утврђивања (Словенија¹⁰), а у другима надлежни орган издаје потврду о постојању реципроцитета која је обавезујућа (Мађарска, Габон) и објављује се у службеним гласилима. И поред тога

⁵ Тако Кнежевић (у: Rakić-Vodinec, Vesna, Svilanović, Goran, Knežević, Gašo, Vodinec, Vladimir, Hiber, Dragor, Panov, Slobodan, Balinovac, Zoran, Šunderić, Borivoje, *Prestanak SFRJ, Pravne posledice*, Правни факултет, Београд, 1995, стр. 75).

⁶ Јездич, Михајло, *Међународно приватно право II*, Научна књига, Београд, 1969, стр. 49.

⁷ Vuković, Đuro, *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i drugih odluka koje su s njima izjednačene*, Глас, Бања Лука, 1986, стр. 292.

⁸ Dika, Mihajlo, Knežević, Gašo, Stojanović, Srđan, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Београд, 1991, стр. 306.

⁹ Станивуковић, Маја и Живковић, Мирко. *Међународно приватно право*, Општи део, Службени гласник Србије и Црне Горе, Београд, Четврто издање, 2010, стр. 426.

¹⁰ Закон о утврђивању узајамности (*Zakon o ugotavljanju vzajemnosti*), Uradni list (Службени гласник) Републике Словеније број 27/2017, који ће се примјењивати од 17. 9. 2017. године и тиме ставити ван снаге исти закон који је донесен 1999. године (Службени гласник 9/1999). Овај закон се бави питањем утврђивања реципроцитета у случају када странац стиче право својине на некретнинама.

што се оваквој пракси може приговорити одређена бирократизација и успоравање процеса остваривања права, сматрамо да се њоме на најмању мјеру своде разлике у примјени, што је од великог значаја, не само за лица која остварују права на основу постојања услова реципроцитета, него како за државу чији органи поступају, тако и за државу поријекла странца.

2. Врсте реципроцитета

2.1. Према начину настанка

Класификација врста реципроцитета према начину настанка је у пракси поступања надлежних органа веома важно питање. Тако можемо говорити о дипломатском, законском и фактичком реципроцитету.

Дипломатски реципроцитет заснован је на постојању међународног уговора, најчешће билатералног, који истовремено прописује и садржај гарантованог реципроцитета, тј. права која се гарантују. Уговором може да се гарантује национални третман или третман најповлашћеније нације. Ако постоји дипломатски реципроцитет, поступајући орган не треба да испитује да ли се реципроцитет остварује у пракси¹¹ али евентуална непримјена или погрешна примјена одредаба постојећег уговора може да буде разлог за реторзионе мјере и/или иступање/отказ из уговора¹². Ова ситуација би вјероватно наступила само у екстремним случајевима системског и тенденциозног кршења уговора, што би свакако указивало и на општи поремећај односа двију страна.

Законски реципроцитет постоји када државе у својим законима предвиђају одређени положај или признавање одлука друге државе на исти, или барем сличан начин¹³. Дакле, ако у некој страни држави постоји закон који предвиђа могућност уживања одређених права на бази реципроцитета, има се сматрати да реципроцитет постоји без икаквих даљих доказивања од стране претендента на право¹⁴. Ако страни ор-

¹¹ Кнежевић, Гашо и Павић, Владимир, *Међународно приватно право, Приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 32; Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., supra 4, стр. 203; Varadi, Tibor, Bordaš, Bernadet, Knežević, Gašo, Pavić, Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 213; Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 311, Čolović, Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, Паневропски универзитет Арпејон, Бања Лука, 2012, стр. 109.

¹² Кнежевић, Г., Павић, В, V., supra 11, стр. 32. Тако и Vuković Đ., supra 7, стр. 293.

¹³ Тако Кнежевић, Г., Павић, В, V., supra 11, стр. 32.

¹⁴ Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., supra 4, стр. 201, Чоловић В., supra 11, стр. 108.

ган не примјењује закон на начин којим би се реципроцитет и практично остваривао, треба сматрати да реципроцитет не постоји¹⁵.

Фактички, реципроцитет представља једнако понашање, односно став судске/правне праксе, што је довољан показатељ његовог постојања (нпр. довољно је да судови једне државе признају одлуке других држава зато што то и оне чине). Иако овдје може да се појави проблем неуједначеност или недостатка података о постојању судске праксе, ова врста реципроцитета најпотпуније одражава актуелно стање односа између двије државе у међународном приватном праву¹⁶. Сматра се да је, ако законодавац изричито не захтијева постојање дипломатског или законског, фактички реципроцитет довољан¹⁷.

2.2. Према правном садржају

Са аспекта шта се и колико добија¹⁸ успостављањем реципроцитета, даје се следећа диоба реципроцитета:

Формални реципроцитет значи да се странци (акти стране државе) у погледу третмана изједначавају са домаћим држављанима (признају им се релативно подударна права/дејство-обострани национални третман), под условом да се и домаћи држављани (акти домаће државе) у тој држави изједначавају са држављанима (актима) те државе у погледу уживања права/дејства. Овај реципроцитет искључује дискриминацију према држављанству али не гарантује међудржавну равнотежу у погледу уживања одређених права¹⁹. Тако ће странац у нашој држави уживати иста права као и наш држављанин, па се може јавити ситуација у којој наш држављанин у иностранству ужива више права него код нас, и обрнуто. Овакав реципроцитет је довољан уколико из текста закона не произлази да се захтијева материјални реципроцитет²⁰.

¹⁵ Кнежевић, Г., Павић, В., *supra* 11., стр. 33. Тако и Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *supra* 4, стр. 202.

¹⁶ Рочкомановић М., *supra* 2, стр. 244.

¹⁷ Станивуковић, М., Живковић, М., *supra* 9, стр. 427; Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *supra* 4, стр. 203; Vuković, Đuro, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Informator, Загреб, 1987, стр. 60, Вуковић, Ђ. (у Vuković, Đuro, Kunštek, Eduard, *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Загреб, 2005, стр. 150), врши подјелу реципроцитета на формални и фактички, при чему формални реципроцитет дијели на законски и дипломатски, а фактички дефинише као онај који постоји у пракси.

¹⁸ Рочкомановић М., *supra* 2, стр. 240.

¹⁹ Станивуковић, М., Живковић, М., *supra* 9, стр. 430, говоре о релативној подударности права, тј. доступности права иако се услови разликују.

²⁰ *Ibid.*; Кнежевић, Г., Павић, В., *supra* 11, стр. 33, сматрају да се формални реципроцитет примјењује само у материји права странаца и да он представља тзв. „национални третман“.

Материјални реципроцитет подразумејева садржајну, суштинску, равноправност давања. Странцу се у домаћој држави дају права која његова држава даје држављанима домаће државе на њеној територији²¹, чиме се може десити да његов треман буде бољи или гори од третмана домаћих држављана. Овдје се гледа садржај давања или третмана, па тако и материјални садржај релевантних прописа, те оцјена поступања државе, независно од постојања уговорне обавезе реципроцитета. Ако су услови суштински слични, битно се подударају²², тј. нису битно тежи од оних који постоје код нас или су пак лакши²³, сматраће се да материјални реципроцитет постоји. Ако су нпр. закони двију држава садржински идентични, нема дилеме око постојања материјалног реципроцитета.

3. Реципроцитет као услов за признање страних одлука

Развој услова реципроцитета на простору бивше СФРЈ код признања страних одлука може се пратити од Уводног закона за Закон о парничном поступку из 1956. године²⁴ (члан 17, став 1 и 4 УЗЗПП), када се његово испуњење морало доказати (у ком погледу није било никаквих изузетака), а терет доказивања је био на предлагачу признања стране судске одлуке. Била је потребна фактичка и материјална узајамност²⁵. То значи да се, у смислу садржаја тражене узајамности, тражило да се домаће одлуке у страниој држави, тј. држави поријекла одлуке, признају и извршавају под једнаким условима или условима који нису битно тежи од оних који се предвиђају у домаћој држави²⁶.

²¹ Ibid.

²² Станивуковић, М., Живковић, М., supra 9, стр. 430, говоре о „апсолутној или битној подударности права“.

²³ Rakić-Vodinelić, V., et al., supra 5, стр. 232. Закон о утврђивању узајамности Републике Словеније (видјети фусноту 10), у члану 7, став 4, говори о томе да је за утврђивање услова реципроцитета потребно испунити исте услове или оне који нису **значајно тежи** (прим. а.) од оних који се траже у домаћој држави за странце.

²⁴ Службени лист ФНРЈ 4/1957.

²⁵ Тако и Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., supra 4, стр. 539, те Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 309. Формална узајамност би отворила могућност да стране одлуке не могу бити подвргнуте никаквој контроли. Бордаш (Bordaš B., supra 3, стр. 75) говори о „...компатибилним или конвергентним условима...“, Видјети такође и Čolović V., supra 11, стр. 107 и 111, Rakić-Vodinelić, V., et al., supra 5, стр. 231; те Muminović E., *Procesno međunarodno privatno pravo*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2006, стр. 91 и 92.

²⁶ Јездић М., supra 6, стр. 181 наводи нпр. да се не би могло сматрати да узајамност постоји ако једна држава усваја систем ограничене контроле, а друга ревизије из основа. Тако и Рочкомановић М., supra 2, стр. 245. Вуковић Ђ. (Vuković Đ., supra 7, стр. 299) сматра да пракса признања двије

Према Закону о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (у даљем тексту „ЗМПП“)²⁷ услов реципроцитета се претпоставља. У бившој југословенској пракси заступљено је мишљење да је овдје довољан фактички реципроцитет²⁸.

Тако би одредба члана 92, став 3 ЗМПП требало да се схвати да суд у поводу приједлога за признање узима да реципроцитет постоји, осим ако би то противник предлагача оспорио. Ако нема оспоравања, суд би узео да је услов реципроцитета испуњен и када му стварно стање није познато²⁹. Постоји презумпција реципроцитета, па терет доказивања да он не постоји пада на онога ко се позива на непостојање (тј. да се одлуке уопште не признају или се постављају битно строжи/тежи услови за њихово признање). Има и мишљења да ће, у случају оспоравања, суд бити дужан да утврди постојање реципроцитета јер суд познаје страно право³⁰.

У случају сумње о постојању реципроцитета, објашњење даје орган управе надлежан за послове правосуђа³¹. Ако објашњење не би разјаснило спорну ситуацију, узимало би се да реципроцитет постоји јер треба доказати да он не постоји³². Ако је суду од раније познато да нема реципроцитета, одлука се неће признати иако заинтересована странка не оспорава његово постојање. Такође, сматра се да суд може, ако посумња у постојање реципроцитета, да утврди његово постојање на властиту иницијативу али и да треба учинити први позитиван корак ка његовом успостављању, осим ако је из страних законских одредаба или става судске праксе недвосмислено јасно да се наша одлука у тој земљи не би признала³³. Суд се, у случају сумње, обраћа органу надлежном за

државе не треба да буде иста. Поступак не треба да је идентичан него исти у основи, услови треба да буду исти или лакши, тј. признање не смије бити скопчано са битно већим тешкоћама.

²⁷ Службени гласник СФРЈ 43/82, и 72/82.

²⁸ Тако Vuković Ђ., *supra* 17, стр. 168, те Dika, М., Knežević, G., Stojanović, S., *supra* 8, стр. 309. Фактичка узајамност носи у себи потребу да понашање буде стварно утврђено да постоји (Bordaš В., *supra* 3), стр. 75.

²⁹ Dika, М., Knežević, G., Stojanović, S., *supra* 8, стр. 307.

³⁰ Dika, М., Knežević, G., Stojanović, S., *supra* 8, стр. 307; Вуковић Ђ., *supra* 7, стр. 297.

³¹ Ово објашњење, сматрају Knežević, G., Pavić, V., *supra* 11, стр. 32, није обавезујуће, већ информативне природе.

³² Тако Knežević, G., Pavić, V., *supra* 11, стр. 32. Такође и Pak М, *Međunarodno privatno pravo*, Научна књига, Београд, 1989, стр. 219. Вуковић (Vuković Ђ., *supra* 7, стр. 297) сматра да и када у страни држави пракса признавања не постоји јер није било таквих случајева, треба поћи од презумпције постојања фактичке узајамности. Муминовић Е. (Muminović Е., *supra* 25, стр. 93, фуснота 158) такође истиче значај врхунског начела *in favorem recognitionis* јер примјена тог начела води успостављању реципроцитета и повећава могућности признавања стране одлуке.

³³ Knežević, G., Pavić, V., *supra* 11, стр. 32.

послове правосуђа. Ако се ово питање не може ријешити ни службеним објашњењем, требало би узети да реципроцитет постоји јер се тако „претпоставља“, а супротно није утврђено³⁴.

Треба нагласити да је судска пракса по овом питању варијирала. Проблеми се јављају не само у погледу терета доказивања постојања реципроцитета, него и у погледу разумијевања природе и дјеловања различитих врста реципроцитета по настанку, као и питању подударности правних подручја с обзиром на која треба постојати реципроцитет у признавању страних одлука (тзв. дјелљивост реципроцитета)³⁵.

Тако је у једној одлуци надлежног суда у Србији констатовано да се реципроцитет претпоставља док се супротно не докаже, а у другој да фактички реципроцитет са дотичном државом (Маршалска острва) не постоји, без навођења чињеница на основу којих је то констатовано³⁶. У трећем случају је призната одлука суда Хрватске, уз правилно утврђење да у погледу признања одлука између Србије и Хрватске постоји законски реципроцитет, што је посљедица чињенице да су Закон о међународном приватном праву Србије и Закон о међународном

³⁴ Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 307. Савезни суд СФРЈ је 14. 11. 1985. године донио чувену одлуку у предмету Гж 14/85 која се од тада цитира као примјер правилног тумачења члана 92, став 3 ЗМПП и која потврђује тезе о материјалном и фактичком реципроцитету иако каснија судска пракса није досљедно слиједила ове упуте. Наиме, на наводе изнесене у захтјеву за заштиту законитости да између СФРЈ и Шведске не постоји узајамност јер да из образложења надлежног министарства произлази да узајамности нема пошто признање и извршење одлука није уређено уговором, нити се према подацима којима располаже то министарство у пракси те одлуке непосредно признају и извршавају, тај суд је констатовао, између осталог, следеће: „...како за постојање фактичке узајамности није потребно да се она заснива на међународном уговору, владиним изјавама или закону, него је довољно да се у некој држави одлуке државе признања стварно признају, из околности да између Шведске, као државе одлуке, и СФРЈ, као државе признања, не постоји међународни уговор који регулише питање признања, не би се могао извести закључак да фактичка узајамност не постоји. С обзиром на то да нема података да у судској пракси у Шведској узајамност у признању ове врсте одлука стварно нема, тј. да се у Шведској одбија признање правоснажних судских одлука које је донео југословенски суд у споровима ове врсте мора се прихватити као претпоставка у прилог узајамности, закључак да узајамност постоји јер није доказано супротно. Иначе би се другачијим закључивањем и поступањем у поступку признања страних судских одлука код постојања околности као што су ове, неповољно деловало на правни промет међу државама и правну сигурност странака. Фактичка узајамност се заснива непосредно путем судске праксе и за постојање узајамност је довољно да једна држава признаје одлуке друге државе, а да судови те државе нису одбијали признање одлука њених судова.“

³⁵ Ако би се пошло од ширих категорија, признање ће бити лакше постићи ако се реципроцитет треба доказати. Ако би се признање хтјело спријечити морало би се доказати да реципроцитет не постоји у тој врсти односа. Опширније видјети у Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 310.

³⁶ Примјере неуједначене праксе некадашњег Вишег привредног суда, а сада Вишег трговинског суда у Београду наводе Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., supra 11, стр. 211 и 212.

приватном праву Хрватске препис ранијег југословенског закона који је ту материју регулисао. Страна која се противила признању стране одлуке није поднијела никакве доказе на основу којих би се могло закључити да се законски реципроцитет не остварује у пракси. Становиште које је изнио Виши трговински суд по жалби да је дужност суда, упркос констатацији о постојању законског реципроцитета, да сам изведе још доказа да ли се тај реципроцитет проводи у пракси, што је нижестепени суд пребацио као терет на странку која се противи признању, може се сматрати веома проблематичним. Овим се практично констатује да се у постојање реципроцитета има сумњати по службеној дужности, налажући првостепеном суду да обавјештење о постојању реципроцитета затражи дипломатским путем од Трговачког суда Републике Хрватске³⁷. Супротно становиште се може наћи у судској пракси Хрватске, која је на становишту испуњења овог услова уколико постоји фактички реципроцитет, те није потребно да он буде формални³⁸.

У другом случају суд је констатовао да, и поред постојања Њујоршке конвенције о признању арбитражних одлука из 1958. године, треба утврдити и постојање фактичког реципроцитета³⁹. Поред штетних посљедица по странке, овакве одлуке не иду ни у прилог међународној сарадњи и правном саобраћају али представљају и кршење међународних обавеза преузетих ратификацијом међународних конвенција⁴⁰.

Сматра се да код признања одлука треба да се утврди постојање материјалног реципроцитета, тј. тражи се да наши и страни услови признања буду приближно једнаке тежине⁴¹, те да је довољан фактички реципроцитет⁴².

³⁷ Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., supra 11, стр. 212 се веома оштро критички осврћу на овакав став суда.

³⁸ Одлука Врховног суда Хрватске у предмету Гж 196/82, од 11.05.1982. године (наведено према Sajko, K., Sikirić, H., Bouček, V., Babić, D., Tepeš, N., *Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava*, Informator, Загреб, 2001, стр. 178), те одлуке у предметима Гж 3944/76 од 03.11.1976., Гж 793/81 од 18. 2. 1982. (наведене према Vuković Đ., supra 7, стр. 292).

³⁹ Рјешење Вишег трговачког суда Пвж 128/2006 од 09.3.2006. године, наведено у Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., supra 11, стр. 214, фуснота 278. Овоме је супротно гледиште званичника надлежног министарства у Босни и Херцеговини, који наводи да се узајамност утврђује само у случају када не постоји међународни уговор (Видјети у Sladoje N., *Praktični aspekti pružanja međunarodne pravne pomoći u građanskim stvarima*, Зборник Бања Лука, стр. 182).

⁴⁰ Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., supra 11, стр. 214.

⁴¹ Тако и Knežević, G., Pavić, V., supra 11, стр. 33. Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 310 констатују да уколико су трајање, сложеност и скупоћа поступка признања у држави одлуке толики да знатно прелазе разумну мјеру, као и такви да странку одвраћају од тога да поступак уопште покреће, могло би се сматрати да између државе одлуке и државе признања не постоји узајамност.

⁴² Тако и Vuković, P. Kunštek, E., supra 17, стр. 476, Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 309.

У новије вријеме се запажа критика овог услова код признања страних одлука: сматра се да он доводи до ускраћивања права приватним лицима из других држава из разлога које они не могу да испуне; на тај начин се индиректно онемогућава остваривање права наших држављана и др.

Зато се код питања признања страних одлука врши ублажавање негативних посљедица услова реципроцитета. Тако се нпр. дипломатски реципроцитет надомјешта фактичким, а уводи се и оборива презумпција његовог постојања. У неким случајевима се овај услов напушта (нпр. ако признање тражи домаћи држављанин, ако се ради о брачном, матернитетском или патернитетском спору)⁴³. Отежавање признања страних одлука би се несумњиво негативно одразило на међународни промет, па признање дејстава страних одлука треба рјешавати у корист признања и извршења, у складу са потребама међународне сарадње⁴⁴.

Сматра се да треба сагледати разлоге који слиједе иза наметања овог услова и ако се утврди да реципроцитет не служи грађанима те државе, законодавац би требало да размисли о напуштању традиције реципроцитета⁴⁵.

4. Реципроцитет као услов за стицање права странаца

Реципроцитет није општи услов за уживање свих права странаца код нас, па га треба утврђивати само онда када се изричито законском одредбом захтијева⁴⁶.

Питање реципроцитета је изузетно осјетљиво код права странаца да стичу својину на некретнинама. Одабирајући одређено рјешење, законодавци се опредјељују вођени својим националним интересима⁴⁷.

⁴³ За упоредноправни приказ начина ублажавања узајамности као услова за признање страних одлука, видјети код Vuković Đ., *supra* 7, стр. 302, Vuković, Đ., Kunštek, E., *supra* 17, стр. 477.

⁴⁴ Тако и Vuković Đ., *supra* 7, стр. 296.

⁴⁵ Wietzorek M., *Recognition and Enforcement of Foreign Decisions in Bulgaria*, Зборник радова са VII конференције за међународно приватно право „Проширење Европског правосудног простора на државе чланице CEFTA“, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 265.

⁴⁶ Тако Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *supra* 4, стр. 201; Чоловић (Čolović V., *supra* 11, стр. 108) сматра да тада реципроцитет треба утврђивати по службеној дужности али ако се никако не успије сазнати ништа о постојању реципроцитета има се сматрати да он постоји, чиме се чини и први корак ка успостављању реципроцитета у пракси и корак ка међународној сарадњи.

⁴⁷ Тако и Kostić-Mandić M., *Pravo stranaca da stiču svojину na nepokretnostima, sa posebnim osvrtom na Crnu Goru*, Зборник радова са V конференције о међународном приватном праву “Међународно приватно право и заштита страних инвеститора“, Подгорица, 2008, стр. 138.

И овдје је заступан став да је довољан фактички реципроцитет, ако закон није успоставио другачији захтјев (нпр. дипломатски или законски)⁴⁸. Ако постоји дипломатски или законски реципроцитет, фактички није потребно испитивати (више апсорбује мање) али је могуће прибојећи реторзији или покренути процедуру отказивања уговора, о чему је већ било говора.

И раније је заступан став да се постојање реципроцитета претпоставља док се супротно не докаже, а ако поступајући орган никако не може да сазна ништа о постојању реципроцитета, има се сматрати да он постоји⁴⁹.

Реципроцитет као услов стицања права на некретнинама није ближе одређен. То питање се оставља пракси. Из образложења Приједлога закона о основним својинскоправним односима СФРЈ из 1980. године произлазило је да је довољан фактички реципроцитет, а по садржају формални⁵⁰ (да се отклони привилеговање држављана једне државе у односу на друге, те да странац не буде у горем положају од оног који му даје домаћи поредак, водећи рачуна о јавном поретку).

С правом се констатује да би логична консеквенца тражења услова реципроцитета била да се одреди орган који би био надлежан за давање информације о томе да ли постоји реципроцитет или не, и то само ако постоји сумња⁵¹. Постојеће одредбе које се баве овом проблематиком су непрецизне и нејасне јер се нпр. не зна је ли мишљење/сагласност управни акт против којег постоји правни лијек или не⁵². Непрецизне одредбе

⁴⁸ Но, Чоловић (Čolović V., supra 11, стр. 111), сматра да је реципроцитет који тражимо у погледу права странаца да буду носиоци приватних права код нас формални.

⁴⁹ Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., supra 4, стр. 201.

⁵⁰ Тако и Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., supra 4, стр. 203 и 204.

⁵¹ Powlakić M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2009, стр. 212. Слично у материји признања одлука заговара и Пак (Pak M., supra 32, стр. 222), који са правом констатује да је тешко очекивати од судова да врше сложене анализе судске праксе у утврђивању постојања услова реципроцитета у рјешавању конкретних случајева, па би требало да у виду генералног обавјештења или упутства, надлежни орган за послове правосуђа заузме јединствен став за све судове. Тиме би се постигло обезбјеђење публициитета ставова према појединим земљама и уклониле сумње и несигурност у примјени ове претпоставке за признање страних одлука. Пак се такође залагао за прецизно регулисање питања стицања права странаца условљених реципроцитетом посебним законом о правном положају страних лица (стр. 314).

⁵² Ibid. У Закону о утврђивању узајамности Републике Словеније јасно је речено да је овај поступак у надлежности Министарства правде, те да је против те одлуке могуће покренути управни спор, док жалба није дозвољена. Важност одлуке о утврђивању постојања/непостојања узајамности је једна година од њене правоснажности (чл. 14, ст. 4).

непотребно оптерећују државне органе, а свакако доприносе и правној несигурности.

На простору бивше СФРЈ може се пратити развој у приступу третирања станаца у погледу стицања права својине. Како примјећују неки аутори: „Поред јасне ксенофобије, бившем југословенском праву могла се замјерити још и честа промјена прописа...”⁵³

Код признавања права странцима уопште је прихваћен став да је довољан формални, а не материјални реципроцитет. Сматра се да би „... инсистирање на признавању истоврсних приватних права, која је домаћа држава спремна да пружи странцима, било у колизији са принципом правне једнакости држава у међународном јавном праву, те се схватити као одређена уцјена...”⁵⁴, као и да ограничавање странаца у стицању стварних права на некретнинама може бити само нужна заштитна мјера, а не настојање да странац дође у неравноправан положај у уживању неког од тих права⁵⁵.

Либерализација става према овом питању је не само у функцији привлачења страних инвеститора, него и гарантовања слободне пословног настана, кретања капитала и радне снаге, те омогућавања слободне конкуренције⁵⁶.

5. Реципроцитет код других установа међународног приватног права

Већ смо раније навели да се услов реципроцитета намеће код употребе страних јавних исправа, уважавања приговора међународне литиспенденције, изузимања страног тужиоца од обавезе полагања акторске кауције, код дозвољавања страном адвокату да се појављује пред домаћим судовима, код ослобађања странаца од предујмљивања трошкова поступка, успостављања реторзионе надлежности и код пружања међународне правне помоћи и др.

⁵³ Povlakić M., supra 51, стр. 206.

⁵⁴ Рочкомановић М., supra 2, стр. 245.

⁵⁵ Тако и Muminović E., supra 25, стр. 165, наводи да ограничавање странаца може да буде условљено разлозима економске и демографске природе, безбједносним и разлозима заштите домаћих природних ресурса.

⁵⁶ Povlakić M., supra 51, стр. 229.

Сматра се да је у овим случајевима довољно да постоји фактички реципроцитет по настанку а формални по обиму⁵⁷, те да се он претпоставља. У случају сумње објашњење даје орган управе надлежан за послове правосуђа.

Сматра се да објашњење надлежног органа у оваквим случајевима обавезује суд⁵⁸, мада има и другачијих мишљења⁵⁹.

6. Терет доказивања постојања услова реципроцитета или на који начин се утврђује постојање овог услова

Питање терета доказивања (не)постојања фактичког реципроцитета или непримјењивања законског реципроцитета у пракси је од велике важности, како за странке, тако и за судове (друге органе).

Да ли ће се на постојање реципроцитета пазити по службеној дужности или ће на то упозоравати странке, зависи од тога да ли се у држави признања страном праву третира као право или као чињеница⁶⁰. О томе се свакако може доћи до закључка из саме формулације законодавног оквира који овај услов прописује.

Ако се страном праву третира као право онда, према начелу *iura novit curia*, суд реципроцитет утврђује по службеној дужности, без обзира на то што се то у овом случају страном праву не утврђује (сазнаје) ради његове примјене, него ради утврђивања постојања реципроцитета, као услова прописаног домаћим правом. То утврђивање не значи само утврђивање важећег права у држави одлуке, него и њене судске праксе.⁶¹

Ипак, сматра се да овдје треба правити разлику између доказивања и утврђивања. Доказују се тврдње странака о постојању или непостојању чињеница, а право се утврђује. Садржај апстрактних правних правила не може бити предмет доказивања, па се пред судом уствари не врши доказивање страног права.⁶² Утврђујући страном праву, суд може да се послужи свим потребним средствима.

⁵⁷ Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 258 и 269. Тако и Muminović E., supra 25, стр. 135.

⁵⁸ Muminović E., supra 25, стр. 178 и 179.

⁵⁹ Видјети фусноту 70.

⁶⁰ Vuković Đ., supra 17, стр. 168, касније потврђено у Vuković, Đ., Kunštek, E., supra 17, стр. 476.

⁶¹ Vuković, Đ., Kunštek, E., supra 17, стр. 476.

⁶² Ипак, има мишљења да суд овдје практично утврђује битне чињенице, а чињеница узајамности је истовремено и питање познавања страног права, па је треба утврдити по службеној дужности (Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 308).

Неки аутори сматрају да, уколико је постојање услова реципроцитета оспорено, суд треба по службеној дужности да утврди испуњеност ове претпоставке, с тим да му странке могу пружити помоћ ради убрзања поступка. Сматра се и да објашњење надлежног министарства не везује суд и он може узети у обзир и друге изворе сазнања⁶³.

Новија пракса заузима став да се постојање фактичког реципроцитета претпоставља, те да поступајући суд мора навести разлоге на основу којих је утврдио супротно⁶⁴, као и да суд само на приједлог странака утврђује постојање реципроцитета, а не по службеној дужности, што би убрзало поступак, а и смањило трошкове, мада има и другачијих гледишта⁶⁵.

7. Критике услова реципроцитета и његово напуштање

Реципроцитету генерално, па и свакој појединачној врсти реципроцитета, могле би се упутити одређене критике.

Сматра се да он оптерећује органе (судове), поготово када треба да се утврди фактички реципроцитет; пракса може да буде неуједначена па то може довести до правне несигурности; штети заинтересованим субјектима; изазива правну несигурност; доводи до одуговлачења у поступку пружања правне заштите; постојање дипломатског реципроцитета подразумијева да ће се стране одлуке увијек признати и извршавати ако је то предвиђено међународним уговором, па и када се у држави одлуке тако не поступа у пракси; непостојање конвенцијске одредбе или законског прописа који гарантује реципроцитет имаће за последицу да

⁶³ Станивуковић, М. и Живковић, М., *supra* 9, стр. 431. Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., *supra* 8, стр. 269, сматрају да ако објашњење надлежног министарства садржи податке из одговарајућих службених евиденција могло би да има снагу јавне исправе, а ако би објашњење садржавало и препоруке, политичке ставове и слично, суд не би био везан њима али би о тим елементима требао да води рачуна. Todorović V., *Međunarodna pravna pomoć I*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 566, сматра да суд не треба да буде пасиван код утврђивања постојања узајамности и да одмах пође од претпоставке о постојању фактичке узајамности до доказа о супротном. Ипак, и он се слаже да непостојање сазнања о постојању узајамности не би требало да иде на штету странке која предлаже признање стране одлуке.

⁶⁴ Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., *supra* 11, стр. 211, сматрају да је ово исправан став, а у фусноти 273 наводе примјер Рјешења Врховног суда Србије бр. Гж 90/2004 од 30. 9. 2004. године, којим је констатовано да Министарство правде мора у свом извјештају навести разлоге из којих сматра да се у пракси реципроцитет не остварује.

⁶⁵ Vuković, Đ., Kunštek, E., (*supra* 17, стр. 151) сматрају чак да се овакво рјешење може сматрати општеприхваћеним. Насупрот томе, Rakić-Vodinelić, V., et al., (*supra* 5, стр. 233) сматрају да о постојању узајамности у материји признања страних одлука судови воде рачуна по службеној дужности, дакле и без интервенције странке, као и да се фактичка узајамност увијек мора доказивати када није „покривена“ другим постојећим видовима узајамности (стр. 76).

се страна одлука неће признати ни онда када се у држави поријекла одлуке државе признања признају и извршавају у пракси; инсистирање на одређеној врсти реципроцитета може имати и штетне посљедице када је страна одлука донесена у корист домаћег држављанина итд⁶⁶.

Историјски гледајући, реципроцитет код признања страних одлука настао је као израз настојања да се олакша међународни саобраћај утицањем на проширење признања, али се током времена он преобразио у своју супротност⁶⁷. Он се чак описује и као реликт схватања или доба када се појединац идентификовао са државом којој припада, па би се могло поставити питање је ли тај услов данас супротан међународноправном положају појединца, којем се свуда признају права. Чак и када се појединац схвати као персонификација своје државе, упитно је да ли се преко њега може утицати на политику и праксу државе, па се у том смислу инсистирање на узајамности може схватити и као израз немоћи државе да на други начин обезбиједи признање својих одлука у другим државама, што је додатни разлог за оцјену неоснованости потребе тражења испуњења услова узајамности у овој области⁶⁸.

У савременом развоју међународних односа, присутна је тенденција постепеног напуштања, односно ублажавања захтјева реципроцитета. У области признања страних одлука, од услова узајамности су у релевантним законским текстовима новијег датума одустале нпр. Албанија, Бугарска, Македонија и Црна Гора⁶⁹. Сматра се да је то у складу са савременим схватањима⁷⁰.

Ублажавање овог услова огледа се у томе што се он у одређеним случајевима не тражи. Значајно ублажавање овог услова је и у томе што се он претпоставља док се супротно не докаже, док се раније морао доказати. Ако се несумњиво не утврди да реципроцитет не постоји, сматраће се да постоји јер се тако претпоставља, а потреба утврђивања реципроцитета овисила би о држању противника предлагача, као што би на тој страни био терет доказивања да узајамности нема⁷¹. Чини се да на овом становишту стоји и савремена судска пракса у Републици Српској⁷².

⁶⁶ Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 307. Веома исцрпне и убједљиве аргументе против услова узајамности изнио је Вуковић Ђ. (Vuković Đ., supra 7, стр. 298–303).

⁶⁷ Vuković Đ., supra 7, стр. 303.

⁶⁸ Vuković Đ., supra 7, стр. 304.

⁶⁹ Wietzorek M., supra 45, стр. 255–271

⁷⁰ Jessel-Holst C., *Regional Cooperation in the Field of Civil Proceedings with an International Element, The Case of South-East Europe*, Зборник Бања Лука, стр. 13.

⁷¹ Тако и Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., supra 8, стр. 307.

⁷² Видјети нпр. рјешење Врховног суда Републике Српске у предмету 118-0-Гж-08-000 004 од 18. 4. 2008. године, гдје на навод жалбе да је првостепени суд прије одлучивања о приједлогу

Закључна разматрања

Због значаја конзистентног и досљедног понашања у односима са елементом иностраности, веома је важно константно радити на едукацији надлежних органа и њиховом кадровском јачању, у циљу обезбјеђења једнообразне праксе и квалитетних законских рјешења.

Надајући се да смо у претходном тексту указали на значај проблема реципроцитета у судској пракси, али и пракси других надлежних органа (посебно органа за вођење јавних уписника, те нотара), залажемо се за задржавање услова реципроцитета али и доношење закона о утврђивању реципроцитета којим би се, по узору на рјешења из сличних закона у другим државама, прецизно дефинисала надлежност и поступак који би обезбиједили отклањање правне несигурности, непредвидљивости и недосљедности у пракси надлежних органа када је у питању овај важан институт међународног приватног, али и других грана права.

Таквим законом би се требало прописати која су то права или ситуације када се овај услов неће тражити или ће се постојање реципроцитета претпостављати док се супротно не докаже, којом приликом би се јасно дефинисало и питање терета тог доказивања, односно утврђивања. Тиме би се простор за различита тумачења, а тиме и правну несигурност, значајно смањило, ако не и потпуно елиминисало.

за признање стране одлуке био дужан прибавити мишљење надлежног министарства у погледу узајамности, тј. да ли постоји реципроцитет у односима Босне и Херцеговине са Републиком Србијом, Врховни суд у образложењу подсећа: „...Противник предлагатељице губи из вида да је одредбом чл. 92 ЗРСЗ (мисли се на ЗМПП, прим. В.Ш.) прописано да се постојање узајамности у погледу признања стране одлуке претпоставља, док се супротно не докаже. Произлази, дакле, да је противник предлагатељице морао доказати да узајамност не постоји, јер се она по наведеној одредби претпоставља, па ако такав доказ није понуђен, има се узети да узајамност постоји...“, те рјешење у предмету 118-0-Гж-10-000 001 од 11. 2. 2010. године, у којем Врховни суд напомиње да „...Сагласно одредби члана 93 став 2 ЗСДЗ (и овдје се мисли на ЗМПП, прим. В.Ш.) постојање узајамности у погледу признања стране судске одлуке се претпоставља док се супротно не докаже... Терет доказивања да таква узајамност не постоји лежао је на противпредлагатељу (који то тврди), а он то није доказао у овом поступку...“

Valerija Šaula

PhD, professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

RECIPROCITY AS A FACTOR OF (NON) COOPERATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

The paper contributes to the actualization of the issue of reciprocity as a prerequisite for acquiring certain rights or cooperation with other states in private law relations with the international element.

Significance of the reciprocity varies in time and space. By imposing this condition, states implement their legislative policy, protect their interests and/or interests of their citizens and by doing so, they limit to certain extent the rights and interests of foreign citizens and their states of origin.

Because of delicateness of this issue, interaction of private and public interests through this institute, it is necessary to achieve the proper balance between competing interests, while formulating this condition and implementing it in practice.

Key words: *reciprocity, rights of foreign citizens, recognition of foreign decisions, private international law, interstate cooperation.*

ПРОШИРЕЊЕ ДЕЈСТВА ПРАВА ЕУ ИЗВАН ГРАНИЦА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – УНИТАРНА ПАТЕНТНА ЗАШТИТА

Др Јелена Ћеранић*

Апстракт: На референдуму одржаном у јуну 2016. године, Уједињено Краљевство (УК) донело је одлуку о повлачењу из Европске уније. Оваква одлука имаће последице на све политике и акте ЕУ, укључујући и унитарну патентну заштиту која још није почела да се примењује. Када је реч о позицији УК у оквиру система унитарне патентне заштите, могућа су два сценарија. Према првом сценарију, УК, након изласка из ЕУ, више не учествује у овом систему. Према другом сценарију, УК, и након повлачења из ЕУ, наставља да учествује у систему унитарне патентне заштите, тј. дејство права ЕУ проширује се изван граница ЕУ. У погледу регулаторне технике за проширење дејства Уредбе о унитарној патентној заштити на УК, постоје предлози да се то изведе у форми класичног међународног споразума између ЕУ и УК. Такав споразум може се посматрати као облик регионалне патентне сарадње предвиђене чланом 142 Конвенције о издавању европских патената (КЕП). Уколико би овај предлог био одобрен, намеће се питање да ли би то значило да и друге земље уговорнице КЕП-а, које нису чланице ЕУ, могу да се укључе у систем унитарне патентне заштите? Из аспекта кохерентности патентне заштите у Европи, овакво решење оцењује се као позитивно, нарочито имајући на уму тренутну фрагментацију европског патентног пејзажа.

Кључне речи: унитарни патент, Брегзит, право ЕУ, Конвенција о издавању европских патената, фрагментација.

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

I Уводне напомене

Значај успостављања јединственог система заштите проналазака на територији Европских заједница/Европске уније препознат је још на почетку процеса европских интеграција, педесетих година 20. века. Међутим, временом се испоставило да је патентна заштита проналазака веома осетљиво питање. Државе чланице деценијама нису могле да се сложе у вези са одређеним аспектима заштите. Стога им је било потребно више од пола века да изнађу компромисна решења за нека спорна питања, као што су нпр. режим превођења патентних списа, начин решавања патентних спорова итд.

Напокон, дана 11. децембра 2012, усвојен је тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите (УУПЗ),¹ Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења (УУПЗП)² и Споразума о Јединственом патентном суду (СЈПС).³

Уредбе су објављене 31. децембра 2012. у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. Предвиђено је да ће почети да се примењују од 1. јануара 2014. или од датума ступања на снагу СЈПС,⁴ у зависности од тога који од та два датума наступи касније. Што се СЈПС тиче, он ће ступити на снагу када га ратификује најмање тринаест држава, укључујући Француску, Немачку и Уједињено Краљевство (УК).

Како је одмицао процес ратификације, чинило се да је почетак примене јединственог система заштите проналазака на тлу ЕУ коначно изван. Међутим, баш тада се догодио Брегзит. Наиме, на референдуму одржаном у јуну 2016. године држављани Уједињеног Краљевства су се изјаснили за повлачење из Европске уније.⁵

¹ Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 361.

² Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 361.

³ Споразум о јединственом патентном суду, <http://www.unified-patent-court.org/images/documents/urc-agreement.pdf>, 22. јул 2017.

⁴ Јединствени патентни суд успостављен је међународним споразумом који је 19. фебруара 2013. потписало 25 држава чланица ЕУ. Нису га потписале Шпанија, Пољска и Хрватска. Иако су преговори о оснивању ЈПС-а вођени под окриљем Савета министара ЕУ, Споразум је закључен изван правног оквира ЕУ. Овај споразум представља класичан међународни уговор, те је организационо одвојен и суштински независан од националних судова држава чланица ЕУ.

⁵ Уједињено Краљевство приступило је Европским заједницама/Европској унији 1973. године.

Одлуком Уједињеног Краљевства да изађе из ЕУ отворена је Пандорина кутија у области европских интеграција. Питање судбине система унитарне патентне заштите само је један од аспеката сложеног процеса напуштања ЕУ од стране УК.

Након одлуке УК да изађе из ЕУ, ступање на снагу Споразума о јединственом патентном суду, као и Уредби о унитарној патентној заштити, чије је ступање на снагу условљено ступањем на снагу СЈПС, крајње је неизвесно. Уједињено Краљевство првобитно је одложило ратификацију Споразума како би се сачекао исход референдума. Интересантно је да је сада, упркос резултатима референдума, вољно да настави са ратификацијом. Да ли је реч о „празном“ обећању, а чак и да није, да ли је ратификација и даље, правно гледано, изводљива, и да ли се њоме може „спасити“ унитарни патентни пакет нико са сигурношћу не може тврдити.

Део научне и стручне јавности мишљења је да би требало наћи начина, тј. осмислити правни механизам који би омогућио УК да учествује у систему унитарне патентне заштите. Истиче се да би то било корисно не само за УК, већ и за остале државе чланице ЕУ које учествују у ближој сарадњи у области успостављања унитарне патентне заштите.⁶

У раду је најпре представљен начин изласка УК из ЕУ предвиђен оснивачким уговорима, као и уопштено перспективе система унитарне патентне заштите после повлачења УК. Након тога, размотрена је могућност да се дејство права ЕУ прошири и изван ЕУ, што би у конкретном случају значило да се дејство Уредбе о унитарној патентној заштити прошири и на УК након његовог повлачења из ЕУ. Посебна пажња у раду посвећена је испитивању могућности да се и друге земље уговорнице КЕП-а које нису чланице ЕУ укључе у систем унитарне патентне заштите, што би допринело ублажавању фрагментације европског патентног пејзажа.

⁶ W. Tilmann, „EPUE-Reg and UPCA after Brexit“, <http://eplaw.org/eu-winfried-tilmann-epue-reg-and-upca-after-brexite/>, 25. јул 2017; W. Tilmann, “A possible way for non-EU UK to participate in the Unitary Patent and Unified Patent Court?”, <http://ipkitten.blogspot.rs/2016/06/a-possible-way-for-non-eu-uk-to.html>, 25. јул 2017; W. Hoyng, “Does Brexit mean the end of UPC?”, <http://eplaw.org/upc-does-brexite-mean-the-end-of-the-upc/>, 25. јул 2017; A. Ohly, “UK will not have to accept the supremacy of EU Law by separate agreement if it ratifies the Unified Patent Court Agreement“, <http://klwepatentblog.com/2016/11/26/uk-will-not-accept-supremacy-eu-law-separate-agreement-ratifies-unified-patent-court-agreement>, 25. јул 2017; T. Jaeger, “Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2884671, 25. јул 2017.

II Повлачење Уједињеног Краљевства из ЕУ и перспективе система унитарне патентне заштите

Уговором из Лисабона, који је ступио на снагу 1. децембра 2009, први пут је предвиђено да свака држава чланица ЕУ може да одлучи да иступи из ЕУ. Позивајући се на ову одредбу Уговора, гласачи у Уједињеном Краљевству су се на референдуму, одржаном у јуну 2016. године, изјаснили за излазак из ЕУ. Оваква одлука УК имаће последице на све политике и акте ЕУ, па и на систем унитарне патентне заштите који још није почео да се примењује.

1. Члан 50 Уговора о Европској унији

Поступак напуштања ЕУ регулисан је чланом 50 Уговора о Европској унији (УЕУ). Сам поступак изласка државе чланице из ЕУ прописан је на једноставан и јасан начин. Свака држава чланица може одлучити да се, у складу са својим уставним прописима, повуче из Уније.⁷

Она своју намеру саопштава Европском савету. У светлу оријентације Европског савета, Унија преговара и закључује споразум са том државом, којим се утврђује начин њеног повлачења, водећи рачуна о оквиру њених будућих односа са Унијом. Преговори о овом споразуму воде се у складу са чланом 218, тачка 3 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ). У име Уније, споразум закључује Савет, који о томе одлучује квалификованом већином, после одобрења Европског парламента.⁸

Сходно томе, забрањене су измене примарног законодавства, другим речима, било какве додатне клаузуле договорене са државом која иступа, а које захтевају измене и допуне УЕУ, УФЕУ или Протокола превазилазиле би оквир успостављен чланом 50 УЕУ и представљале ревизију Уговора, а не споразум о изласку. Уговори престају да се примењују на дотичну државу од дана ступања на снагу споразума о њеном повлачењу или, ако то није наведено, две године после доставе обавештења.⁹

Занимљиво је да је првобитно, у фебруару и марту 2016. године, дакле, пре референдума, влада УК била мишљења да би поступак

⁷ Чл. 50, ст. 1 УЕУ

⁸ Чл. 50, ст. 2 УЕУ.

⁹ Чл. 50, ст. 3 УЕУ.

повлачења могао трајати око десет година. Међутим, након референдума, УК прилично је одлучно у намери да остане у оквиру рока од две године.¹⁰ Стога се намеће питање зашто је дошло до овакве измене у ставу Уједињеног Краљевства?

Чини се да је разлог који се крије иза тежње за двогодишњим роком то што УК жели да избегне пресију током дуготрајних преговора са ЕУ, док је још званично чланица ЕУ. Наиме, УК стреми ка томе да „ресетује“ свој интеграциони статус на нулу, како би касније наставио процес удруживања са ЕУ у (идеалним) преговорима без притиска.¹¹

2. Перспективе система унитарне патентне заштите након Брегзита

Остављајући по страни последице Брегзита на процес европских интеграција уопште и наставак учешћа УК у оквиру јединственог тржишта, у раду се Брегзит разматра само у контексту система унитарне патентне заштите. Дакле, посматрано кроз призму унитарне патентне заштите, могућа су два сценарија. Према првом сценарију, УК ће иступити из ЕУ у року од две године и уопште неће доћи до преговора о могућности учешћа УК у унитарној патентној заштити након тога. Према другом сценарију, и после повлачења из ЕУ, УК наставља да учествује у систему унитарне патентне заштите, тј. дејство Уредбе о унитарној патентној заштити проширује се изван граница ЕУ.

2.1. Сценарио број 1 – УК остаје изван унитарне патентне заштите

Према првом сценарију, УК након изласка из ЕУ остаје у потпуности изван система унитарне патентне заштите. Шта то заправо значи? У контексту патентне заштите проналазака у УК, то значи да се ништа не мења. Уједињено Краљевство остаје чланица Европског завода за патенте, који није институција ЕУ, већ независна међународна организација.¹²

¹⁰ Обавештење о изласку из ЕУ Уједињено Краљевство је предало 29. марта 2017.

¹¹ Т. Jaeger, 15–16.

¹² Европски завод за патенте (ЕЗП) је централни стручно-административни и извршни орган који примењује материјално европско патентно право. Конкретно, ЕЗП прима европске пријаве, спроводи ресерш стања технике ради утврђивања новости и инвентивне висине проналаска, доноси одлуку о признању или одбијању признања патента, спроводи жалбени поступак и

Тако подносиоци патентних захтева могу да наставе да подносе захтеве за европски патент у којима наводе УК као једну од земаља у којој желе заштиту. Од тренутка признања европског патента, у начелу, престаје применљивост наднационалних норми, те се европски патент „распада“ на онолики број независних националних патената, колико има земаља чланица Конвенције о издавању европских патената (КЕП), које је пријавилац у европској пријави назначио као земље у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената који се даље назива „европски патент“, наставља да траје у појединој држави, подвргнут прописима националног патентног права. Његова правна судбина је независна у односу на правну судбину осталих европских патената за исти проналазак, који су признати на основу исте одлуке ЕЗП.¹³ Другим речима, европски патент постаје сноп националних патената.¹⁴ Тако европски патент у УК подлеже, као и до сада, законодавству УК у погледу свих аспеката заштите (повреде, поништаја, имовинских права, итд.).

Међутим, што се тиче спорова у вези са европским патентом, ту се ситуација усложњава. Изласком УК из ЕУ, Уредба о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима¹⁵ неће се више примењивати у УК. Судски поступак због повреде европског патента у више земаља неће моћи да се води само пред једним судом. Наиме, пресуде судова изван УК неће важити у УК и обратно, пресуде судова УК неће важити изван граница УК. С обзиром на проблеме до којих може довести вођење више судских поступака у различитим земљама, а у вези са истом повредом европског патента, УК би морало да изнађе неко решење, тачније режим који би заменио Уредбу о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима. Као једно од могућих решења помиње се прикључење УК Лугано конвенцији. Међутим, Европска унија је чланица те конвенције, те се преговори са Унијом ни у том случају не могу избећи.¹⁶

поступак по приговору на решење о признању патента. ЕЗП има седиште у Минхену и по један огранак у Хагу и Берлину.

¹³ С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 318.

¹⁴ М. Rees, „Le brevet unique européen et logiciel”, <http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm>, 25. јул 2017.

¹⁵ Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 од 12. децембра 2012. о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 351.

¹⁶ Т. Jaeger, 17.

2.2. Сценарио број 2 – УК наставља да учествује у унитарној патентној заштити

Према другом сценарију, УК, и након повлачења из ЕУ, наставља да учествује у систему унитарне патентне заштите. Велики део научне и стручне јавности сматра да је остатак УК у овом систему користан како за УК, тако и за саму ЕУ и уопште државе чланице које учествују у ближој сарадњи у области успостављања унитарне патентне заштите. Ипак, већина је сагласна да није једноставно успоставити правни механизам који омогућава УК учешће у систему унитарне патентне заштите, а који би био компатибилан са правом ЕУ.

Расправа о остајању УК у унитарном патентном пакету из 2012. године у суштини почива на три стуба. То су: учешће УК у материјалном патентном праву на основу Уредбе о унитарној патентној заштити; учешће УК у систему решавања патентних спорова на основу Споразума о јединственом патентном суду; и подобност Лондона да буде седиште једног од три централна одељења Суда прве инстанце ЛПС.

С обзиром на то да је учешће УК у материјалном патентном праву претпоставка тј. предуслов за учешће у јединственом патентном правосуђу, с једне стране, а да би анализа сва три питања превазишла оквире овог рада, с друге стране, на овом месту биће размотрена само могућност учешћа Уједињеног Краљевства у унитарној патентној заштити. Другим речима, рад се фокусира на анализу проширења дејства Уредбе о унитарној патентној заштити на УК, као трећу земљу која је изван ЕУ.

III Проширење дејства уредбе о унитарној патентној заштити

Када је реч о могућности наставка учешћа УК у ближој сарадњи у области успостављања унитарне патентне заштите, прва помисао је да УК, након изласка из ЕУ, остаје изван ове сарадње. Овакво размишљање је сасвим логично. С једне стране, унитарни патент осмишљен је као униформно, јединствено право за територију држава чланица ЕУ. С друге стране, Брегзит је дефинисан као крај примене права ЕУ у Уједињеном Краљевству. Сходно томе, након изласка из ЕУ, УК више не може непосредно да ужива предности Уредбе о унитарном патенту, пошто је та уредба инструмент права ЕУ. А право ЕУ се примењује само на државе чланице ЕУ.

Аналогно, и у случају механизма ближе сарадње важи исти начин размишљања. Наиме, механизам ближе сарадње, предвиђен чланом 20 УЕУ, прописује да државе чланице које желе да међусобно успоставе ближу сарадњу у оквиру надлежности које нису резервисане искључиво за Унију могу користити институције Уније и спроводити ту сарадњу применом одговарајућих одредаба Уговора. Дакле, и овде је јасно наведено да се могућност учешћа у ближој сарадњи односи само на чланице ЕУ. Иначе, механизам ближе сарадње представља правни оквир за Уредбу о унитарној патентној заштити и Уредбу о унитарној патентној заштити која се тиче превођења.

Укратко, УК након повлачења из ЕУ било би, у суштини, сведено на статус било које треће земље која није чланица ЕУ. У контексту унитарне патентне заштите, то је правни статус земље уговорнице КЕП-а, која је изван унитарног патентног пакета. Баш као што ни те треће земље, уговорнице КЕП-а, нису у могућности да учествују у успостављању *sui generis* патента за унутрашње тржиште, ни УК, као држава изван ЕУ, не може да учествује у унитарном патентном пакету.¹⁷

Друго је питање да ли дејства (последике) Уредбе о унитарној патентној заштити могу да се прошире на Уједињено Краљевство. Ако је одговор потврдан, требало би размотрити да ли би то онда значило да и друге земље уговорнице КЕП-а могу, на неки начин, да се укључе у систем унитарне патентне заштите.

1. Проширење дејства права ЕУ на треће земље

Што се тиче проширења дејства права ЕУ на државе које нису чланице ЕУ, у оквиру правног поретка ЕУ већ постоји такав случај, тј. пример проширења дејства секундарног законодавства ЕУ на треће земље. Реч је о режиму Шенгена. Шенгенска сарадња, као политика ЕУ, предвиђена је примарним законодавством ЕУ,¹⁸ а спроводи се мерама секундарног законодавства. Оно што је посебно интересантно је да се те мере секундарног законодавства односе и на неке земље које су изван ЕУ. С обзиром на чињеницу да шенгенска сарадња представља део правних тековина Европске уније, а да те земље нису чланице ЕУ, њихова укљученост у шенгенску зону окарактерисана је као спољна димензија шенгенске

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Чл. 77 УФЕУ.

сарадње.¹⁹ Иначе, и међу тим трећим земљама (које су укључене у шенгенску зону) постоји разлика у начину на који је уређен њихов правни статус. С једне стране, за неке од њих, као што су Исланд и Норвешка, придружени статус почива експлицитно на примарном законодавству, тј. регулисан је одредбама протокола који су део оснивачких уговора.²⁰ С друге стране, у случају Лихтенштајна и Швајцарске, учешће у правним тековинама Шенгена не почива на примарном законодавству ЕУ, већ је уређено билатералним споразумима. Иако у примарном законодавству не постоје основе за правни статус Литхенштајна и Швајцарске, ове две земље равноправно учествују и у примени и развоју правних тековина Шенгена.

Шенгенски режим не би требало мешати са случајевима у којима се међународним споразумима успостављају паралелна законодавна тела унутар ЕУ и других страна тих споразума. Упркос заједничкој правној обавези која проистиче из таквих споразума, закони за спровођење споразума које доносе различита законодавна тела ипак су различити и (макар формално) независни једни од других. Најпознатији пример овог паралелизма законодавних активности, а који се тиче унутрашњег тржишта, јесте Споразум о европском економском простору. Европски економски простор успостављен је 1. јануара 1994. године између Европске асоцијације за слободну трговину (*European Free Trade Association* – ЕФТА) и Европске уније. Основан је да би се омогућило земљама ЕФТА (Норвешка, Исланд, Лихтенштајн и Швајцарска) да учествују на јединственом тржишту ЕУ, без обавезе приступања ЕУ.²¹

За разлику од ЕЕП, у оквиру шенгенског режима, исте мере секундарног законодавства непосредно се примењује и на ЕУ и на друге стране, тј. треће земље. И то је модел за који се залажу заговорници учешћа УК у унитарном патенту и после Брежита. Сврха је да се омогући УК да ужива предности унитарне патентне заштите, тј. унитарни карактер као јединствено право у свим аспектима заштите у свим земљама након што је признат.

На основу примера шенгенског режима, чини се да право ЕУ не искључује категорички могућност проширења његове директне примењивости на треће земље. Ипак, примарно законодавство ЕУ не

¹⁹ Вид. Ј. Ђеранић, *Облици повезивања држава чланица у Европској унији*, Службени гласник, Београд 2011, 130–134.

²⁰ Чл. 6 Протокола бр. 19 на УЕУ и УФЕУ.

²¹ Вид. Ј. Ђеранић, *Унитарни патент*, Институт за упоредно право у Београду и Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд 2015, 79–81.

предвиђа правне основе за такву примену. Иначе, Европски суд правде је више пута истакао (укључујући оцену патентног пакета из 2009. године)²² да свака примена права ЕУ мора, независно од контекста у коме се примењује или тела које га примењује, увек да иде „руку под руку“ са одговарајућом контролом ЕСП у последњој инстанци (макар путем поступка за решавање претходног питања²³).

2. Члан 142 КЕП-а – основ за проширење дејства Уредбе о унитарној патентној заштити на Уједињено Краљевство

У погледу регулаторне технике за проширење дејства Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите на УК, постоје предлози да се то може учинити у форми класичног међународног споразума између ЕУ и УК. Конкретно, такав споразум може се посматрати као облик регионалне патентне сарадње предвиђене чланом 142 КЕП-а. КЕП прописује да група земаља уговорница, која предвиди у посебном споразуму да европски патенти признају за те земље имају јединствени карактер на њиховим територијама, може предвидети да европски патенти могу бити признати само заједно за све те земље.²⁴ Другим речима, група држава уговорница КЕП-а може ући у ближу патентну сарадњу и унитарни патент је управо пример примене тог члана.

Оваква правна „акробатика“, тј. позивања на члан 142 КЕП-а има за циљ да се превазиђе проблем у вези са тим што примарно законодавство не омогућава проширење дејства патентних тековина на треће земље. Ипак, позивање на КЕП у овом случају, на први поглед, делује апсурдно. КЕП није правни акт ЕУ. Како онда може да буде правни основ за посебне аранжмане у вези са применом права ЕУ?²⁵

Међутим, оно што је посебно интересантно и значајно јесте да је ову врсту правне „акробатике“ Комисија је већ употребила. Дакле,

²² ЕСП, Мишљење 1/09, Усклађеност Нацрта споразума о суду за европски и унитарни патент са уговорима, 8. март 2011.

²³ Овај поступак се још назива и поступак прибављања интерпретативне или прелиминарне одлуке. Сви ови преводи покушавају да на најбољи начин преведу енглески термин *preliminary ruling procedure* који у ствари подразумева решавање претходног питања које упућује национални суд. (Вид. А. Чавошки, *Правни и политички поредак Европске уније*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Службени гласник, Београд 2006, 181, фн 160).

²⁴ Чл. 142, ст. 1 КЕП-а.

²⁵ Т. Jaeger, 18.

Комисија је користила ту, условно речено, фикцију и ЕСП ју је одобрио. Наиме, сама УУПЗ је регионални споразум у смислу члана 142 КЕП-а. Тај аргумент је био важан јер је њиме објашњено зашто сама уредба не садржи одредбе о патентбилности, већ се уместо тога позива на КЕП. За Европски суд правде, прихватање фикције из члана 142 КЕП-а био је кључни елемент за његово резонување о компатибилности УУПЗ са правом ЕУ.

Упркос одобрењу ЕСП-а, фикција заснована на члану 142 КЕП-а правно јесте мањкава. Она меша законодавца ЕУ, тј. Савет, са самим представницима држава чланица у Савету. Пошто ЕУ није чланица КЕП-а, Савет не може закључити регионални споразум у смислу члана 142 КЕП-а. Истовремено, Савет је институција различита од представника држава чланица који су окупљени у Савету. Они би вероватно могли да закључе споразум заснован на члану 142 КЕП-а, но такав споразум никада не би имао форму законодавног акта ЕУ – као што је Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите. Чињеница да је ЕСП ипак одобрио фикцију засновану на члану 142 КЕП-а може се протумачити као знак признања јаке политичке воље да се, после више деценија, омогући успостављање унитарног патента.²⁶

Ако је УУПЗ споразум у смислу члана 142 КЕП-а и стога заснива свој легитимитет на КЕП-у, предлог да би споразум између ЕУ и УК омогућиоостанак УК у оквиру унитарне патентне заштите може се посматрати као начин да се изађе из Брегзит дилеме. Уколико ЕУ, која није чланица КЕП-а, може доносити акте којима се спроводи КЕП, онда она може и изабрати да измени и допуни то законодавство како би укључила и друге земље уговорнице КЕП-а које нису чланице ЕУ. Дакле, на основу споразума између ЕУ и УК у форми Протокола СЈПС могло би се проширити дејство УУПЗ на УК.²⁷

Све у свему, и у научним и стручним, али и политичким круговима, постоји сагласност да би се могло применити решење из члана 142 КЕП-а како би се превазишла Брегзит дилема. Они су, такође, мишљења да би Европски суд правде одобрио тај споразум. Претпоставља се да би том приликом узео у обзир већ постојећу судску праксу, која констатује (иако не објашњава) да Уредба о унитарној патентној заштити има карактер споразума у смислу члана 142 КЕП-а.²⁸

²⁶ *Ibid.*, 19.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

3. Проширење дејства Уредбе о унитарној патентној заштити и на остале земље уговорнице КЕП-а

Ако би конструкција заснована на члану 142 КЕП-а била успешно примењена на УК, да ли би то значило да и остале земље уговорнице КЕП-а могу да се укључе у сарадњу у области успостављања унитарне патентне заштите? Из угла кохерентности патентне заштите у Европи, овакво решење може се оценити као позитивно, нарочито имајући на уму тренутну фрагментацију европског патентног пејзажа (како у материјалном, тако и у територијалном смислу).²⁹ Наравно, треће земље би морале да прихвате надлежност Европског суда правде у вези са тумачењем опсега и применом унитарног патента.

Иначе, фрагментација патентне заштите у ЕУ испољава се у два облика, као тзв. „материјална“ фрагментација и као тзв. „територијална“ фрагментација.

Под материјалном фрагментацијом патентног система подразумева се да се у оквиру система унитарне патентне заштите, на исте или сличне правне ситуације примењују различите одредбе материјалног права. Материјална фрагментација патентне заштите појављује се најмање из два разлога. Она може бити последица постојања више нивоа, тј. више система патентне заштите у Европи, што имплицира могућност избора између њих и/или може бити последица упућивања, у одређеним ситуацијама, на национално законодавство држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи.³⁰

Територијална фрагментација подразумева да се у различитим државама чланицама ЕУ, на исте или сличне правне ситуације, примењују различити прописи. Овај облик фрагментације узрокован је пре свега применом механизма ближе сарадње. Поред тога, територијалној фрагментацији патентне заштите проналазака у ЕУ доприноси и режим превођења који се примењује у оквиру система унитарне патентне заштите, као и тзв. *forum shopping* (могућност да стране у спору изаберу суд пред којим ће се водити парница).³¹

²⁹ О фрагментацији европског патентног пејзажа: Вид. Н. Ullrich, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012-03, 1–59; N. Machek, „How 'Unitary' is the Unitary Patent?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, 25. јул 2017; J. Ђеранић (2015), 129–146.

³⁰ J. Ђеранић (2015), 129.

³¹ *Ibid.*, 138.

Могућност да се дејство Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите прошири и на државе које нису чланице ЕУ, али су уговорнице КЕП-а, нарочито је интересантна у контексту материјалне фрагментације узроковане постојањем више нивоа, тј. више система патентне заштите у Европи. Овакво решење могло би да допринесе ублажавању фрагментације патентног пејзажа у Европи.

Наиме, заштита проналазака европским патентом са унитарним дејством (унитарним патентом) представља додатну могућност за носиоце патената у Европској унији. Унитарни патент постоји заједно са националним и европским патентом, што Европу чини јединим регионом у свету који, поред националног, има још три нивоа патентне заштите проналазака. Захваљујући овако конципираној унитарној патентној заштити, европски патентни пејзаж познаје четири категорије, тј. четири система патентне заштите проналазака, и то:

1. Традиционални национални патент, који признаје национални патентни завод и за који је надлежан национални суд;
2. Традиционални европски патент, који признаје Европски завод за патенте, а који је изузет из надлежности Јединственог патентног суда (*opt-out*), те су за европски патент, који заправо представља сноп националних патената, надлежни национални судови држава чланица у којима је признат;
3. Европски патент, који признаје Европски завод за патенте и за који је надлежан Јединствени патентни суд у државама чланицама које су ратификовале Споразум о јединственом патентном суду; и
4. Унитарни патент који признаје Европски завод за патенте и за који је надлежан Јединствени патентни суд, без могућности да буде изузет (*opt-out*) из његове надлежности.

Дакле, корисници патентног система у Европи имају избор између ова четири система заштите, а могу се одредити и за разноврсне комбинације различитих система. Овај принцип који корисницима омогућава да сами одаберу систем патентне заштите проналазака назива се принцип слободе избора или принцип добровољности (*principle of optionality*).³²

Једна од последица примене принципа слободе избора је ризик да различити судови различито тумаче и примењују принципе патентног права. Изузев тога, сви судови биће под својеврсним притиском, по-

³² *Ibid.*, 129–132.

што ће странке, приликом опредељивања за систем патентне заштите, између осталог, узимати у обзир и начин на који надлежан суд у оквиру одређеног система заштите, тумачи и примењује поједине прописе патентног права.³³

Иако ће патентне стратегије зависити и од одређеног броја фактора као што су: финансијска и инфраструктурна позадина компанија, судска пракса и трошкови различитих судова и др., веома је вероватно да ће многи задржати мешовити портфељ унитарних, европских и националних патената. Таква селективна примена различитих система патентне заштите проналазака може довести до поремећаја равнотеже система патентне заштите и уопште спречавања технолошког развоја у Унији. Наравно, свака даља фрагментација патентног пејзажа ЕУ у супротности је са основним циљем успостављања система унитарне патентне заштите, а то је поједностављење и унификација патентне заштите на европском тлу.³⁴

У том контексту, могућност да се поједине државе уговорнице КЕП-а које нису чланице Европске уније укључе у систем унитарне патентне заштите свакако ће допринети кохерентности патентне заштите у Европи, у смислу смањења фрагментације европског патентног пејзажа.

IV Закључна разматрања

Судбина система унитарне патентне заштите прати судбину Европске уније и процеса европских интеграција. С једне стране долази до одређеног „растакања“, раслојавања унутар саме ЕУ (покретање механизма ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, као и одлука УК о изласку из ЕУ), а с друге стране опет постоји потреба за „груписањем“ у смислу примене јединствених прописа на тлу Европе, независно од чланства у самој ЕУ (нпр. проширење дејства Уредбе о унитарној патентној заштити и изван граница ЕУ). Стога би се могло рећи да је унитарни патент, и његова судбина уопште, парадигма времена и ситуација кроз које пролази ЕУ и уопште кретања на европској политичкој и друштвеној сцени.

У контексту унитарне патентне заштите, чини се да сам Брегзит може имати позитивне импликације. Узимајући у обзир бројне недостат-

³³ H. Ullrich, 57.

³⁴ N. Machek.

ке система унитарне патентне заштите, чињеница да УК напушта ЕУ и да патентни законодавни пакет мора да се измени, може бити прилика да се неки његови недостаци бар делимично исправе.

С обзиром на већ постојећу фрагментацију европског патентног пејзажа, требало би омогућити проширење дејства Уредбе о унитарној патентној заштити и изван граница ЕУ, пре свега у УК, али и у осталим заинтересованим државама уговорницама КЕП-а које нису чланице ЕУ.

Дакле, Брегзит, упркос свим проблемима које је отворио, може, на неки начин, допринети да се систем унитарне патентне заштите, заснован на политичким компромисима, уместо пуке употребљивости у политичкој реторици, преокрене у систем који ће издавати актуелне, атрактивне и уравнотежене резултате за своје кориснике и друштво.³⁵

Jelena Ćeranić, Ph.D,

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

Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

EXTENTION OF THE EU LAW EFFECTS BEYOND THE EU BORDERS – UNITARY PATENT PROTECTION

Summary

On Brexit referendum, held in June 2016, the United Kingdom voters voted in favor of leaving the EU. The implications of Brexit vote to Unitary Patent Package are to be analysed. As regards the position of the UK in the Unitary Patent Protection system, two scenarios are possible. According to the first scenario, after the UK's withdrawal from the EU, the UK does not participate in the Unitary Patent. According to the second one, the UK, however, continue to participate in the Unitary Patent Protection system, i.e. the EU law effects are to be extended beyond the EU borders. In terms of the regulatory technique for an extension of the Unitary Patent Regulation's applicability to the UK, some commentators suggest that this could be done in the form of a simple international agreement between the EU and the UK. More

³⁵ T. Jaeger, 27.

specifically, they see such an agreement as a form of regional patent cooperation envisaged and authorized by Art. 142 of the European Patent Convention (EPC). If that Art. 142-fiction-based construction was applied successfully for the UK case, this would open the way to include more EPC states in the Unitary Patent cooperation – well beyond the UK. From the perspective of the coherence of patent law in Europe that might, in fact, be a positive prospect.

Key words: *Unitary Patent, Brexit, EU Law, European Patent Convention, fragmentation.*

**УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ АКТЕРА НА УНУТРАШЊЕ
УРЕЂЕЊЕ, ПОЛИТИЧКЕ ПАРТИЈЕ И ПРОЦЕСЕ У БОСНИ И
ХЕРЦЕГОВИНИ ОД 1908. ДО 1995. ГОДИНЕ**

Доц. др Матеј Савић*
Доц. др Владе Симовић**

Анстракт: У раду аутори истражују утицај међународних односно спољних актера на унутрашње уређење, политичке партије и процесе у Босни и Херцеговини од 1908. до 1995. године. Под спољним актерима подразумевају се међународне организације, државе, тј. иностране владе, те партије, дипломатске мисије и представници који су вршили утицај на унутрашње уређење и политичке партије и политичке процесе у Босни и Херцеговини у периоду од скоро једног вијека. Међу првим актерима које аутори анализирају јесу власти Аустроугарске монархије које су вршиле утицај на устројство и на политичке партије у Босни и Херцеговини, а које су настале управо у вријеме њихове владавине. Поред овога, аутори истражују и период Краљевине СХС / Југославије. Послије Другог свјетског рата Савез комуниста Босне и Херцеговине је био релативно стабилан и без иностраног интервенционизма. Међутим, од времена обнове вишепартизма од 1990. до 1995. године, јача присуство међународних актера у политичко-партијском животу Босне и Херцеговине. Оно је јасно видљиво још од почетка кризе у бившој СФРЈ и процеса отијепљења Босне и Херцеговине од СФРЈ, па све до потписивања Дејтонског мировног споразума, чија су форма и суштина производ иностраног притиска и уплитања „одозго“, а не политичко-партијског консензуса „одоздо“.

* Доцент на Факултету политичких наука, Универзитета у Бањој Луци из области међународног права.

** Доцент на Факултету политичких наука, Универзитета у Бањој Луци из области политичке теорије

Кључне ријечи: *међународни актери, унутрашње уређење, конститутивни народи, државност, инострани интервенционизам, међународни волунтаризам, политичке партије, политички процеси, Босна и Херцеговина.*

Уводна разматрања

Предмет овог рада поставља тезу о двије преломне ситуације које формално и супстанцијално детерминишу данашњу Босну и Херцеговину, њено унутрашње устројство, однос између конститутивних народа и утицај вањских актера. Прва ситуација наше истраживање усмјерава на Босну и Херцеговину из времена владавине Аустроугарске монархије. Ријеч је о периоду у којем је Босна и Херцеговина одлукама Берлинског конгреса дата на управу Аустроугарској монархији. Берлински конгрес је дошао послије пропасти Санстефанског мира 1878. године, а он опет као посљедица политичког расплета војних сукоба на Балкану вођених од 1875. до 1878. године¹. Друга ситуација која је значајна за наш рад манифестује се кроз југословенску кризу, проглашење независности БиХ, грађански рат и закључење Дејтонског мировног споразума 1995. године. На овом мјесту наше истраживање усмјеравамо на проблем отвореног конфликта између конститутивних народа, а који је ескалирао оружаним сукобом 1992. године, додатним подјелама унутар босанскохерцеговачког друштва, интензивним утицајем вањског фактора на унутрашње процесе и на крају, закључење Дејтонског мировног споразума и ступање на снагу Устава Босне и Херцеговине.²

Босна и Херцеговина је данас изузетак који потврђује правило у контексту одређења модерне европске државе и државности уопште. Претходна припрема наше анализе свакако је бременита методолошким, а посебно супстанцијалним проблемима који се намећу сами по себи у погледу одређења предмета истраживања. Проблем Босне и Херцеговине је проблем који се може поставити у оквир готово свих друштвених наука, при чему правнополитичка питања остају дугорочно отворена. Она предодређују услове и квалитет живљења (живота) на овом простору. Све наведено се посебно компликује чињеницом

¹ О овоме шире в. у М. Екмечић, *Дуго кретање између клања и орања*, Београд, 2007. и С. Павловић, *Историја Балкана 1804-1945*, Београд, 2004.

² Устав БиХ представља саставни дио Дејтонског мировног споразума, Анекс IV.

да вањско уплитање међународних актера – држава, међународних институција и организација, неформалних група и сл. непосредно утиче на (унутрашњу) државност Босне и Херцеговине, при чему морамо нагласити да је БиХ (у данашњим оквирима) и успостављана на основу међународног уговора јавноправног карактера. Она постоји због Дејтонског мировног споразума, а који је закључен на основу притиска Сједињених Држава, односно тзв. међународне воље. У том смислу је пробијање искључивих надлежности Босне и Херцеговине као државе само површина која скрива још дубље уплитање на нивоу свакодневног политичког живота. Ријеч је о вањском утицају на политичке партије, политичке односе и артикулисање политика. Све наведено одређује босанскохерцеговачку свакодневицу, при чему отвара све чешће научне расправе о подијељеним и постконфликтним друштвима. У тим расправама Босни и Херцеговини припада, готово свеприсутно мјесто савремене студије случаја.³ У том погледу се *per se* намећу три питања, 1. Да ли су постојали елементи босанскохерцеговачке државности прије 1995. године? 2. Какав су и колики утицај инострани актери вршили на политичкопартијске односе у Босни и Херцеговини од 1908. до 1995. године? и 3. Какав је однос унутрашњих проблема државности, институција, политичких партија и иностраних актера *in toto*. Ова питања се постављају у контексту подијељеног и постконфликтног друштва заробљеног у дугом процесу демократске транзиције, што додатно компликује давање одговора.

У сваком случају, Босна и Херцеговина први пут конституише елементе државности закључењем Дејтонског мировног споразума 1995. године. Ово значи да БиХ прије тога никада није била држава.⁴ „Прије Дејтонског споразума БиХ се јављала само као територијални фактор у модерним међународним односима, прво у статусу граничне области у оквиру Отоманског султаната, а затим као простор који је био предмет Аустроугарске анексије 1908. године. У највећем дијелу 20. вијека БиХ је егзистирала као савезна република у саставу СФР Југославије, при чему

³ О овоме шире в. у М. Касаповић, *Босна и Херцеговина, подијељено друштво и нестабилна држава*, Загреб, 2005, В. Симовић, *Демократија у вишенационалним државама: случај Босне и Херцеговине*, Политеиа, ФПН УНИБЛ, Бања Лука, 2016, У. Влаисављевић, *Етнополитика и грађанство*, Мостар, 2006, и Р. Нешковић, *Недовршена држава: Политички систем Босне и Херцеговине*, Сарајево, 2013.

⁴ О овоме шире в. М. Савић, *Правна лица слична државама као субјект међународног јавног права*, Годишњак правног факултета УНИБЛ, Бања Лука, 2014. и М. Савић, *Положај и улога међународних институција у БиХ – од превазилажења до стварања кризе*, Зборник радова са научне конференције „Наука и стварност“ (у штампи), Источно Сарајево, 2017.

су њене границе, у оквиру ове државе, тада по први пут и биле званично одређене.⁵ Период од проглашења независности од СФР Југославије 1992. године па до закључења Дејтонског мировног споразума јесте период грађанског рата у БиХ, у којем долази до манифестације већине актуелних проблема са којима се босанскохерцеговачко друштво данас суочава. Ратни период је условио још веће подјеле и отворио простор за интензивније вањско уплитање у унутрашње послове државе која је (у садашњем облику) настала 1995. године.

Утицај на партије и партијске односе – од Аустроугарске монархије до југословенске кризе

Берлинским конгресом који је био један од највећих догађаја у историји европске дипломатије председавао је њемачки канцелар Ото фон Бизмарк. Велике европске силе, од којих су највише притиска правиле Аустроугарска и Велика Британија захтијевале су да се поништи Санстефански уговор којим је Русија издејствовала стварање велике бугарске државе на Балкану и тиме јачање свог утицаја на овом полуострву. Суочена са великим иностраним притисцима, а свјесна свог „кримског искуства“, Русија је пристала на преговоре. Овим се преговорима дјелимично рјешавало „Источно питање“. Ријеч је о историјском процесу за који Милорад Екмечић каже: „Сукоби европских сила и Русије са Турском представљају у модерној дипломатској историји Источно питање, као питање диобе турског царства. Израз је настао тек након почетка Грчке револуције 1821. године, али је пракса постојала знатно раније и крштена другим именима („Res orientalis“, „Les affaires d’Orient“).“⁶ Једно од битнијих европских питања у 18. и 19. вијеку било је пропаст Османског царства у Европи. Иако су на ову евроазијску силу у опадању европске државе гледале као на непријатељску оне су међусобно имале снажна спорења око диобе њене територије и око питања судбине балканских хришћанских народа који су имали тежње за државним самоостваривањем.

Највише су се око овог питања спориле Аустроугарска и Русија. А касније и Француска и Велика Британија. Бојазан од руског продора на

⁵ М. Савић, *Положај и улога међународних институција у БиХ – од превазилажења до стварања кризе*, Зборник радова са научне конференције „Наука и стварност“ (у штампани), Источно Сарајево, 2017.

⁶ М. Екмечић, *Дуго кретање између клања и орања*, Београд, 2007, 70

Балкан, гдје је Русија имала велики број присталица међу балканским православцима, усмјеравало је велике европске силе једне против других. Тиме је продужаван живот Османског царства на Балкану. Са друге стране овакав међуоднос великих европских сила није био подстицајан за мале балканске народе који су се борили за независност. Кулминација проблема „Источног питања“ дешава се у вријеме „Велике источне кризе“. „Велика источна криза“ представља низ народних устанака, започетих 1875. године, у европском дијелу Османског царства, а у које су се умијешале велике европске силе, прије свих Русија. У позадини устанака није било само културно, то јесте вјерско и национално питање, већ примарно економско. Анализирајући овај период балканске историје Стеван Павловић каже: „Сељачка буна у Херцеговини и Босни била је спонтана. Порти не само да је било тешко да локалном племству наметне законске реформе већ је у овим просторима сама модернизација државе донијела сељаштву нове пореске намете. Лоша жетва у Анадолији 1873, коју су пратиле оштра зима и поплаве, учинили су да се повећа притисак на европске провинције Царства. Херцеговина је имала катастрофалну лошу жетву 1874. и порезници су опет почели насилним мјерама да утјерују харач. Зато су се хришћански сељаци, у источним крајевима провинције, уз границу са Црном Гором, одметнули у планине, опирајући се новом намету.“⁷ Како је устанак у Херцеговини и Босни одмицао, он је све више добијао националне обресе. Истражујући ове догађаје Екмечић закључује: „У политичком погледу су устанци 1875-1878 постали једна стварна српска национална револуција за уједињење цијелог српског народа. Сматрало се да ја дух ослобођења захватио „Банат, Војводину, Хрватску и Славонију“. У једној ноти од 6. децембра 1875. је српска влада жалила што је побуна „умјесто да остане један локални догађај добио значај једне југословенске конфлагранације“. Преко Антонија Орешковића, раније ангажованог у српским конспирацијама, је постојао покушај да дође до споразума између српске владе и водеће Народне странке бискупа Штросмајера у Хрватској. Гранична линија била би на ријекама Плива и Врбас, управо цртом коју је та странка сматрала етничком границом двије нације. У Хрватској је дио интелектуалаца на универзитету, странка Хрватског повијесног права Анте Старчевића и дио католичког нижег свештенства било на султановој страни. Цар је хрватском Сабору забранио јавне изјаве солидарности, под пријетњом распуштања и он је заиста остао до краја присилно нијем. Аустроугарска је формално држала прокламовану неутралност,

⁷ С. Павловић, *Историја Балкана 1804–1945*, Београд, 2004, 160.

а стварно је жељела да устанак остане отворен и да се из њеног вођства гоне српске националне личности, књижевници и јавни радници.⁸ Из ове Екмечићеве анализе видимо да су устанци у Босни и Херцеговини имали далекосежније последице од локалне побуне. Те да су, умјесто локалног, добили национални, а касније и интернационални карактер. Талас српске националне побуне у Босни и Херцеговини добио је ширу димензију сукобљености у коју су се укључиле војске Србије, Црне Горе и Османског царства. У рат су касније ушле и војске Русије и Румуније, као и бугарски добровољци. Аустроугарска која је била заинтересована за османске територије, постигла је са Русијом споразум у Рајхштату 1877. године.⁹ Том се конвенцијом „Аустрија обавезала на неутралност у руско-турском рату, а заузврат је добила право да изабере вријеме и начин окупације Босне и Херцеговине.“¹⁰ То ће се десити на Берлинском конгресу 1878. године, који је услиједио послје, већ поменуте, пропасти Санстефанског мировног споразума.

О разлозима аустроугарског интервенционизма и окупације Босне и Херцеговине Радомир Нешковић пише сљедеће: „Догађаји који су обиљежили историју Европе у другој половини деветнаестог вијека, директно и индиректно су утицали на Босну и Херцеговину. Војнички пораз Аустроугарске од Пруске, 1876. године произвео је негативне последице по Монархију: губитак територија у сјеверној Италији, губљење политичког значаја у њемачком савезу и стварање двојне Монархије у облику реалне уније. У негативним спољним и унутрашње државним околностима, Монархији је била неопходна територијална, политичка и економска компензација на другој страни, у смислу доктрине – продор на исток. Босна и Херцеговина је постала један од приоритетних циљева наведене доктрине, иако је она повлачила пажњу аустроугарских империјалних интереса још почетком деветнаестог вијека. Аустроугарска је имала негативан став према организовању словенске државе на Балкану и словенских националних покрета, и прихватала је само оне покрете који су били у њеном империјалном интересу. Из такве основе настала је потреба да се за интересе Монархије придобију босански муслимани и Хрвати, а да се Срби онемогуће као битан политички фактор.“¹¹ Ђорђе Микић

⁸ М. Екмечић, цит. дј., 282–283.

⁹ М. Имамовић, *Правни положај и унутрашњо-правни развитак Босне и Херцеговине од 1878. до 1914.* Сарајево, 2007, 11.

¹⁰ М. Имамовић, цит. дј., 11.

¹¹ Р. Нешковић, *Недовршена држава: Политички систем Босне и Херцеговине*, Сарајево, 2013, 74.

пише да је Балкан за Аустроугарску представљао „главни извор сировина и тржишта за ону робу која због цијене и квалитета није могла издржати конкуренцију на западним тржиштима. Поред тога, на усредсређивање њене пажње на Балкан упућивао ју је и један посебан разлог – њен национални састав. Аустријско-мађарска хегемонија над словенским народима који су сачињавали око половину становништва Хабзбуршке монархије приморала је њене владајуће кругове да се одлучно супротставе стварању снажне словенске државне заједнице на њеним јужним границама. Таква држава би услед свог националног обиљежја могла постати ослонац јужнословенским народима у Монархији у њиховој борби против експлоататорског аустријско-мађарског режима.“¹²

Из Нешковићевих и Микићевих тумачења можемо да закључимо да је више разлога аустроугарског продора на Балкан. Први је геополитичке природе и огледа се у стратешком ширењу Аустроугарске на османске територије, други је у фактору интеграције Царства, дуалистички подијељеног на аустријски и мађарски ентитет, трећи је у потреби за економском експлоатацијом балканских простора и четврти је у потреби да се спријечи стварање јужнословенске државе на Балкану. Сви наведени разлози, а посебно посљедњи били су основа за аустроугарско уплитање и интервенције у односе у Босни и Херцеговини. У том контексту посебно је занимљив партијски живот у Босни и Херцеговини у вријеме Аустроугарске монархије. Прве партије у Босни и Херцеговини настају у првој деценији двадесетог вијека и имале су јасна национална или вјерска одређења.¹³ Најважније партије формиране у Босни и Херцеговини у вријеме аустроугарске владавине биле су Муслиманска народна организација, основана 1906. године, Српска народна организација, основана 1907. године, Хрватска народна заједница, основана 1908. године и Хрватска католичка удруга, основана 1910. године.¹⁴ Ове су партије добиле највише гласова на јединим одржаним изборима за Босански сабор 1910. године и због тога их сматрамо најрелевантнијим странкама тог времена.¹⁵ Политика ових партија према Аустроугарској монархији и уопште питању државности била је слична национално-вјерском осјећању њихових национално-вјерских ентитета. О томе пише Мирјана Касаповић, наводећи да „од трију држава што су владале Бос-

¹² Ђ. Микић, *Аустро-Угарска и Младотурци*, Бања Лука, 1983, 336.

¹³ В. Симовић, *Политичке партије у Босни и Херцеговини*, Зборник радова „Држава, друштво и политика у Босни и Херцеговини“, Сарајево, 2011, 333–334.

¹⁴ О овоме шире в. М. Имамовић, цит. дј., 169–170, 200–201, 207 и 216.

¹⁵ Шире в. В. Симовић, исто.

ном од половине 15. до краја 20. вијека, Муслимани су се масовно везали само уз Османско царство, Хрвати су масовније били наклоњени само Аустроугарској, а Срби Југославији.¹⁶ Разједињеност политичких ставова и „идентитетских слика свијета“ наведених национално-вјерских групација је онемогућавала њихов јединствен политички интерес. То је у вријеме анексионе кризе 1908. године било корисно за Аустроугарску монархију, иако су вође Српске народне организације и Муслиманске народне организације биле јединствено против анексије, али без довољно снаге да се супротставе томе.¹⁷

Аустроугарске власти су биле прилично репресивне према било каквој опозицији која се супротстављала њеној званичној политици, посебно у вријеме поменуте Анексионе кризе. О томе Славко Мићановић пише сљедеће: „У самој Босни и Херцеговини анексиона криза била је праћена цијелим низом мјера које су власти предузимале да би у коријену онемогућиле сваки отпор. Вршена су хапшења, у вези са анексијом монтирани су судски процеси и изван Босне и Херцеговине; уопште, завођен је систем полицијског владања којим се Аустро-Угарска надала да у кратком року учврсти власт и створи ситуацију у којој никакав облик борбе против њених планова и интереса неће бити могућ.“¹⁸ По завршетку анексије донесен је Устав Босне и Херцеговине (Штатут), према чијем је Изборном реду она подијељена на три вјерске изборне курије – православну (31 мандат), муслиманску (24 мандата) и католичку (16 мандата).¹⁹ Тиме је овакав изборни инжењеринг блоковски одредио будуће национално-вјерске партијске картеле. То је оставило посљедице на савремену Босну и Херцеговину гдје највећи број релевантних партија и данас има национални предзнак.²⁰

Устав Босне и Херцеговине донесен је вољом аустроугарских власти 1910. године, а не грађана Босне и Херцеговине. У њему је, напомиње Имамовић, видљив „концепт ограничене уставности“, што је „по званичном тврђењу, логична посљедица културне заосталости народа у БиХ.“²¹ Начин доношења Устава и његова институционална рјешења која су дошла као „пројекат“ изван Босне и Херцеговине, од

¹⁶ М. Касаповић, *Босна и Херцеговина, подијељено друштво и нестабилна држава*, Загреб, 2005, 85.

¹⁷ М. Имамовић, цит. дј., 240–242.

¹⁸ С. Мићановић, *Сарајевски атентат*, Загреб, 1965, 40.

¹⁹ Н. Херцег, З. Томић, *Избори у Босни и Херцеговини*, Мостар, 1999, 27–28.

²⁰ В. Симовић, цит. дј., 338–357.

²¹ М. Имамовић, цит. дј., 268.

стране велике силе, доста су слична савременом Уставу Босне и Херцеговине насталом у Дејтону. Довољно је погледати списак учесника и потписника Дејтонског мировног споразума, те анализирати бројне мемоаре и записе судионика тог процеса,²² као и низ научних радова који се баве „дејтонском проблематиком“ како би се могло закључи да је он закључен уз посредство и креирање иностраног фактора.²³ Ово нас наводи на закључак да су политичко-партијски односи у Босни и Херцеговини у почетној и крајњој тачки, у дужини од једног вијека постојања, имали сличан статус у погледу иностраног уплитања у њене суверене послове. Политичке партије у Босни и Херцеговини и питање иностраних актера у вријеме Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца има „суштински недостатак“. Он је у чињеници да, изузев Југословенске муслиманске организације није постојала ниједна релевантна партија са сједиштем у Босни и Херцеговини, те да су бирачи српске и хрватске националности углавном гласали за партије са сједиштем у Београду и Загребу.²⁴ То нам поставља питање да ли је уопште релевантно изучавати овај период Босне и Херцеговине, њене партије и утицај иностраних актера на њих. „Иностраност“ у овом случају може да буде само уплив национално-партијских елита из Београда и Загреба. Међутим, она може да се третира само регионално и географски јер су Срби и Хрвати у Босни и Херцеговини баштинили заједничко национално осјећање и политичко-партијске преференције са својим сународњацима широм Краљевине. Једино су муслимани гледали на Босну и Херцеговину као на аутохтон и аутономан простор у односу на остатак југословенске монархије. Зато су муслимани једини имали релевантну партију са сједиштем у Босни и Херцеговини. Томе су доприносили демографско-географски (муслимани су били концентрисани највише у Босни и Херцеговини) и културно-историјски (дуготрајност ислама у Босни и Херцеговини) фактори.

Као једну врсту интервенционизма „одозго“ (тумачење аутора), Мирјана Касаповић објашњава политику владајућих режима Краљевине према Босни и Херцеговини. То подразумијева и њен однос према партијском систему Босне и Херцеговине и његовим национално-партијским тенденцијама. У том контексту Касаповић наводи: „Битно обиљежје ауторитарних политичких режима Краљевине Срба, Хрва-

²² Овдје мислимо на дјела: Н. Кољевић, *Стварање Републике Српске, дневник 1993-1995*, књига 1 и књига 2, Бања Лука, 2008, А. Изетбеговић, *Сјећања – аутобиографски записи*, Сарајево, 2005 и И. Комшић, *Преживљена земља: тко је, када и гдје дијелио БиХ*, Загреб, 2006.

²³ Шире в. В. Поповић, В. Лукић, *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука, 1999, 119–126.

²⁴ В. Симовић, цит. дј., 334–337.

та и Словенаца и поготово Краљевине Југославије било је ограничење друштвеног и политичког плурализма уопште. Са стајалишта службене идеологије југославенског унитаризма, било је суспектно, а повремено је и службено забрањивано, национално политичко и друштвено организовање и дјеловање.²⁵ Режији у Краљевини су били свјесни да је политичко-партијско организовање у Босни и Херцеговини детерминисано снажном национално-вјерском линијом расцјепа и као такво је морало да буде спутавано зарад идеје о „интегралном југословенству“. Послије сукоба и искустава из Другог свјетског рата комунистичке власти Југославије су успоставиле и одржале једнопартијску диктатуру, која ће послије Титове смрти прећи са државног на републичке центре моћи.

Криза и распад јединственог Савеза комуниста Југославије почиње као дио ширег процеса распада „Источног блока“ и слабљења његових комунистичких партија, а најважнији догађај у том процесу био је Четрнаести конгрес на коме су се југословенски комунисти дефинитивно распали.²⁶ Овај је процес отворио простор за обнову вишепартизма у Босни и Херцеговини. Он се у својој „генетици“ поново вратио изворној детерминантности национално-вјерских силница. Стога су се као најрелевантније појавиле националне партије Муслимана, Срба и Хрвата, уз већ раније трансформисане комунисте и новонастале реформисте.²⁷ Пошто су на изборима одржаним 1990. године побједиле националистичке партије, оне су показале различито виђење Босне и Херцеговине које је у коначноме довело до рата у периоду од 1992. до 1995. године.²⁸

Распад Савеза комуниста и социјалистичке Југославије, те посебно рат у Босни и Херцеговини Милорад Екмечић тумачи кроз интервенционизам и уплитање иностраних актера. Он каже: “Иако је ‘религиозни тип национализма’ био главна узрочна подлога грађанском рату у Босни и Херцеговини 1992, управо због тога је улога спољног фактора у томе одлучујућа. То је и разлог што је избио религиозни рат три вјерске заједнице. Две од њих су имале вођство које је одређивало догађања, а било далеко у иностранству. На исти је начин овде тешко раздвојити пово-

²⁵ М. Касаповић, цит. дј., 101.

²⁶ В. Симовић, исто.

²⁷ Више о настанку савремених партија у Босни и Херцеговини види у В. Симовић, *Преварена демократија: Оглед о парламентарним политичким партијама у Босни и Херцеговини од 1990. до 1995. године*, Бања Лука, 2014.

²⁸ В. Симовић, *Преварена демократија: Оглед о парламентарним политичким партијама у Босни и Херцеговини од 1990. до 1995. године*, Бања Лука, 2014, 132–162.

де од узрока. Узроци су дубоко у прошлости и само неколико генерација истраживача може да открије коначну истину. Поводи се шире по површини и свима видљиви. Када се у будућности буде научно анализирана и оцењивала голема литература о овоме рату, неизбежно ће се закључити да је већина библиографских јединица, објављена у доба самога рата, била политичка публицистичка намењена одгајању јавног мњења против српских националних тежњи овог времена. Данашња озбиљна литература истражује све више у дубину и открива да ‘није било незнања, ароганције и наметања спољног света, конфликти у Југославији би се преокренули и на неки би начин Југославија била спасена’.²⁹

Утицај међународних актера од југословенске кризе до Дејтонског мировног споразума

О уплитању иностраних актера у политичко-партијске односе у преддејтонској Босни и Херцеговини највише свједоче дипломатске активности које су претходиле процесу државне независности Босне и Херцеговине. На првом мјесту, водеће земље Европе и Сједињене Државе активно су утицале на унутрашње процесе, условиле су и непостизање консензуса око питања државног уређења, да би, затим биле инволвиране и у грађански сукоб у БиХ.³⁰ Послије година грађанског рата, исте државе, сада уз присуство Руске Федерације организовале су и мировне преговоре у војној бази Рајт-Петерсон у Охају који су завршили закључењем Дејтонског мировног споразума. Стога, можемо рећи да су инострани актери од самог почетка кроз своје интересе, што посредно, што непосредно утицали на унутрашњу ситуацију у БиХ. Почетак уплитања спољашњих актера у политичко-партијске процесе у Босни и Херцеговини почиње са снажењем идеје о њеној државној независности. Ово је питање а priori подијелило три највеће партије у Босни и Херцеговини побједнице избора 1990. године. У студији под главним насловом *Босна и Херцеговина – федерализам, равноправност, одрживост* аутори наводе да су се у раздобљу између припремања уставноправног терена за одржавање првих страначких избора и почетка рата утврдиле три разли-

²⁹ М. Екмечић, *Спољни узроци грађанског рата у Босни и Херцеговини 1992.* у „Почетак рата у Босни и Херцеговини – узроци и последице“, Београд, 2001,

³⁰ Поред ових држава, од самог почетка сукоба и Организација Уједињених нација је дјеловала успостављајући мировну мисију у Босни и Херцеговини, при чему је послано неколико контингента оружаних (мировних) снага (UNPROFOR) под заставом ОУН.

чите визије политичке организације Босне и Херцеговине: „1. независност Босне и Херцеговине са непромјењивим унутрашњим уређењем (муслиманско-бошњачка), 2. останак у саставу крње Југославије цијеле или барем дијела БиХ (српска) и 3. излазак из Југославије и промјена уређења БиХ у складу са новонасталом чињеницом државне независности и изразитог етнонационалног плурализма (хрватска).“³¹

Овако супротстављене слике свијета три национално-партијске елите условиле су низ конститутивних аката и противрјечности, а које су довеле до једностране независности Босне и Херцеговине и рата у њој. О томе детаљно пише Радомир Нешковић у студији под називом *Недовршена држава – политички систем Босне и Херцеговине*. Он наводи сљедеће битне конститутивне процесе извршене од 1990. до 1992. године: доношење уставног амандмана LX, подношење и одбијање иницијативе за конституисање Вијећа народа, одлука о оснивању Српског националног вијећа, одлуке о оснивању српских аутономних области и регије, подношење меморандума – писма о намјерама, дефинисање Платформе о положају БиХ у југословенској државној заједници, одлуку о оснивању Скупштине српског народа у БиХ, одлуку о остајању српског народа БиХ у заједничкој држави Југославији, организацију и провођење плебисцита српског народа БиХ о остајању у Југославији, одлуку о успостављању хрватске заједнице Херцег-Босне, доношење Декларације о проглашењу Републике српског народа БиХ, доношење Устава Српске Републике Босне и Херцеговине, одлуку о повлачењу представника представника СР Босне и Херцеговине из савезних државних органа и организација и референдум (плебисцит) хрватског и муслиманског народа за суверену и независну Босну и Херцеговину.³²

Ови су процеси у највећој мјери били дио унутрашњих партијско-политичких сукобљавања и тежњи. Једино су донекле у овом раздобљу на унутрашње прилике утицали актери из Хрватске и Србије – као дио ширег хрватско-српског сукоба и процеса распада СФР Југославије. Тек се са процесом признавања независности Босне и Херцеговине и посебно са мировним рјешењима за окончање сукоба и редефинисањем унутрашњег уређења Босне и Херцеговине озбиљније укључују инострани актери у политичко-партијске односе у Босни и Херцеговини. Овакав

³¹ И. Вукоје, М. Ситарски (уредници), *Босна и Херцеговина – федерализам, равноправност, одрживост: студија преустроја БиХ у циљу осигуравања институционалне једнакоправности конститутивних народа*, Мостар, 2016, 25

³² Р. Нешковић, *Недовршена држава: Политички систем Босне и Херцеговине*, Сарајево, 2013, 128–154.

сценарио је несумњиво посљедица непостизања унутрашњег консензуса око питања државне независности, а касније и државног уређења Босне и Херцеговине од стране њених легитимно изабраних партијских актера. Основни проблем у Босни и Херцеговини је у три различита виђења – бошњачког, српског и хрватског – око њене будуће државности и око њеног унутрашњег политичког система. И то је културно-историјски проблем.

Конституционални проблеми у Босни и Херцеговини почињу са доношењем амандмана LX на Устав Босне и Херцеговине, који је донијела Скупштина Босне и Херцеговине, под контролом Савеза комуниста у јулу 1990. године. У њему се наводи да је Босна и Херцеговина „суверена држава равноправних грађана, народа Босне и Херцеговине – Муслимана, Срба и Хрвата и припадника других народа и народности.“³³ Овим актом је владајућа партија, пише Нешковић „кроз Скупштину, извршила уставне промјене првог темељног члана који дефинише титулара суверености. У дефинисању националне и грађанске суверености примат је дат грађанској, чиме је поремећен, баланс етничког и грађанског.“³⁴ У даљем разматрању Нешковић наводи да је овај уставни амандман дефинисао „уставну основу да је Босна ‘старија од њених народа’ и служио је као један од основних правних аргумената за међународно признање Босне и Херцеговине. Уставним промјенама успостављена је цјеловитост и недјелјивост државне територије, као и ‘...сразмјерна национална заступљеност у свим органима државне власти, осим гдје је Уставом предвиђено једнако, паритетно представљање конститутивних народа’. Из наведене уставне норме произлази да народи не могу имати државотворни карактер constitution, у смислу да су сви народи равноправни, већ се равноправност редукује на одређена, уставом дефинисана питања. Суштина Амандмана је у чињеници да овај документ у први план ставља државну сувереност и равноправност. Овим документом утемељена је могућност прегласавања у разним варијантама, што је једну од етничких нација могло довести у неравноправан положај. Посебно споран аспект било је одређење да је Босна, као држава, суверена сама по себи, јер онај субјект који влада сувереном државом и сам поприма својство сувереног субјекта.“³⁵ На бази ове уставне „заоставштине“ одлазећег Савеза комуниста Босне и Херцеговине настала су сва практична и теоријска конституционална спорења у овој земљи.

³³ Р. Нешковић, цит. дј., 128.

³⁴ Исто.

³⁵ Р. Нешковић, цит. дј., 129.

Највећа су била везана за подношење акта под називом „Меморандум – писмо о намјерама“ који су поднијели већина муслиманских и хрватских посланика у Скупштини Босне и Херцеговине, потом оснивање Скупштине српског народа у БиХ, Плебисцит српског народа о остајању у Југославији, Декларација о проглашењу Републике српског народа Босне и Херцеговине и Референдум за независну и суверену Босну и Херцеговину.³⁶

Уставно пребацивање тежишта суверенитета на „грађанско“ било је либералнији приступ демократском моделовању Босне и Херцеговине. Међутим, то се показало као „либерално-демократски вишак“ јер је у недовољно развијеној демократској политичкој култури Босне и Херцеговине и њеном подијељеном и постконфликтном друштву то било пут ка сукобу, а не ка њеној демократској консолидацији. Босна и Херцеговина као подијељено и постконфликтно друштво једино је била спремна за успостављање консоцијацијског облика демократске владавине и федералног политичког система. Они су прикладни за дубоко подијељена друштва и успјешно функционишу у земљама попут Белгије и Швајцарске.³⁷ Ипак, да би се успоставила стабилна консоцијацијска демократија мора да постоји функционална коалиција између партијских елита подијељеног друштва, унутрашњи консензус око најзначајнијих питања државности и државног уређења. У Босни и Херцеговини у вријеме остваривање њене независности и касније преговора око дефинисања њеног политичког система тај консензус није постојао. Коалиција између највеће муслиманске (СДА), српске (СДС) и хрватске странке (ХДЗ) била је нестабилна још од оснивања 1990. године³⁸ и није постојала унутрашња спремност за консензусом, те се суштински распала већ 1991. године када се дешавају муслиманско-хрватска прегласавања српских посланика, посебно када је ријеч о доношењу Меморандума – писма о намјерама и касније одлуке о расписивању референдума за независност Босне и Херцеговине.³⁹

У таквој атмосфери демократске незрелости и национално-политичке искључивости рат је почетком 1992. године дошао као логичан наставак започетих процеса. О спољашњим актерима који су утицали на дио партијске елите како би у Босни и Херцеговини започео

³⁶ Р. Нешковић, цит., дј. 137–154.

³⁷ Више о консоцијацијској демократији види у А. Лајпхарт, *Демократија у плуралним друштвима*, Загреб, 1992.

³⁸ В. Симовић, цит. дј., 126–131.

³⁹ М. Р. Хајден, *Скице за подељену кућу: уставна логика југословенских сукоба*, Београд, 2003, 114–119.

рат Милорад Екмечић пише: „У Босни и Херцеговини је грађански рат почео притиском аустријског министра спољних послова Алојза Мока да се растерети српска надмоћ у Хрватској.“⁴⁰ Чедомир Антић пише да у грађанском рату у Босни и Херцеговини „важну улогу имале су Сједињене државе и Европска унија. Њихова улога свакако је била далеко значајнија од традиционално заинтересованих, али немоћних Руске Федерације и Турске. САД су својом политиком учиниле грађански рат неизбјежним. Настајућа ЕУ је покушала да посредује и заустави рат, али се од почетка определијелила у сукобу.“⁴¹ О негативној улози Европске уније у босанскохерцеговачкој кризи и сукобу пише и Роберт Хејден: „Референдум о независности из фебруара–марта 1992. године могао би се сматрати посљедњим кораком у распаду политичког консензуса који је омогућавао босанску државу. Тај ‘референдум’ крајње сумњиве законитости и, на подстицај Европске уније, инсистирање на његовом одржавању, уништили су покушаје да се постигне политичко рјешење у босанској скупштини.“⁴²

Са становишта посљедица, најзначајнији утицај неког спољног актера на унутрашње политичко-партијске односе у Босни и Херцеговини десио се у у процесу преговарања и неуспјеха Кутиљеровог плана. Ријеч је о плану којим је предвиђена потврда независности Босне и Херцеговине, али и њена унутрашња децентрализација по етно-територијалном принципу. У политичком систему предвиђени су и механизми паритета, вета, аутономности и сл. План су прихватили српски представници (СДС) и хрватски (ХДЗ), док је муслиманска страна (СДА), прво потписала, па онда повукла потпис са прихватања Кутиљеровог плана.⁴³ У анализи Кутиљеровог споразума и закулисних радњи око његовог неуспјеха Милорад Екмечић оцјењује да је америчка администрација одиграла пресудну улогу због које је Изетбеговић повукао свој потпис (у име муслиманске преговарачке стране – СДА) са овог споразума којим се могао зауставити рат у Босни и Херцеговини. У том контексту Екмечић пише: „Грађански рат у Босни је посљедица споразума у Лисабону, на који су и Срби били пристали, о јединственој држави 18. марта 1992. ‘Вашингтон је саботирао овај споразум тако што је рекао босанском режиму Алије Изетбеговића да може постићи знатно више – можда доминацију у цијелом региону – са подршком САД.’“⁴⁴

⁴⁰ М. Екмечић, цит. дј., 541.

⁴¹ Ч. Антић, *Српска историја*, Београд, 2013, 297.

⁴² Р. Хајден, цит. дј. 115.

⁴³ Шире в. о Кутиљеровом плану у Р. Нешковић, цит. дј., 162–167.

⁴⁴ М. Екмечић, цит. дј., 57.

Послије пропасти Кутиљеровог плана одржано је низ конференција, на којима је понуђено неколико планова за окончање кризе у Босни и Херцеговини.⁴⁵ Када је ријеч о иностраном интервенционизму у Босни и Херцеговини најзанимљивији је Дејтонски мировни споразум. Он је производ активности дипломатије, прије свега Сједињених Америчких Држава, а потом и водећих земаља Европске уније, те СРЈ и Хрватске које су заједно са Босном и Херцеговином потписале Споразум и биле активни преговарачи у процесу закључења Споразума у Дејтону. Највећи парадокс и доказ да су преговори дио иностраног интервенционизма у Босни и Херцеговини била је чињеница да је делегација Републике Српске била дио делегације СРЈ, а не независни преговарач иако се ова конференција понајвише тицала њене судбине. То значи да је Републици Српској било ускраћено право представљања, што је и разумљиво, јер она није била међународно призната држава. Међутим, сама чињеница да су СРЈ и Хрватска биле легитимне стране у овом процесу, указује нам да Република БиХ у периоду од 1992. до 1995. године (иако је постала чланица ОУН) није имала конституисане (унутрашње) елементе државности. Самопроглашена Република Босна и Херцеговина постала је чланица Организације уједињених нација 22. маја 1992. године, упркос томе што су и српски и хрватски народ у њој прогласили самосталност над територијама које су већински насељавали. „Тако су у периоду оружаног сукоба на територији једне чланице ОУН постојале заправо три државотворне заједнице – *de facto* државе и једна формално међународно призната. То су биле Херцег-Босна, као заједница већински хрватског народа, Република Српска, као заједница грађана са већинским српским народом и простор геополитичке средње Босне који се рестриктивно идентификовао са међународно признатом БиХ, са већинским муслиманским-бошњачким становништвом, а који је истовремено представљао државотворни фактор у геополитичком смислу и фингирао јединственост и међународноправни субјективитет БиХ на међународном плану.“⁴⁶ Ово је промијењено Вашингтонским споразумом 1994. године, када је формирана Муслиманско-хрватска хедерација (данас Федерација БиХ).

⁴⁵ О плановима за окончање рата, шире в. дјела: К. И. Бегић, *Босна и Херцеговина од Венсове мисије до Дејтонског споразума*, Сарајево, 1997, К. Бугарел, *Босна: анатомија рата*, Београд, 2004 и Р. Нешковић, *Недовршена држава: Политички систем Босне и Херцеговине*, Сарајево, 2013.

⁴⁶ М. Савић, *Положај и улога међународних институција у БиХ – од превазилажења до стварања кризе*, Зборник радова „Наука и стварност“ (у штампи), Источно Сарајево, 2017.

Непосредно прије отпочињања мировних преговора у Дејтону Југославија је увела ембарго на граници према Републици Српској чија је Народна скупштина, после НАТО интервенције, војних поразу у Босанској Крајини и међународног притиска на њу, овластила Слободана Милошевића и СРЈ да је заступа у Дејтону. Управо су ово, пише Ричард Кремптон, „жељели међународна заједница и њен најактивнији члан, амерички дипломата Ричард Холбрук. Био је то једини начин да се са босанским Србима обаве разумни преговори. Међународна заједница је знала и да ће Милошевић бити строг према Палама јер није имао нимало поштовања према ондашњим политичарима.“⁴⁷ Ово је парадоксална ситуација у којој су на српску партијску елиту извршени директни политички, економски и војни утицаји спољашњих актера како би она усвојила политику која није била њено стварно опредјељење. Овај процес Никола Поплашен назива „необичном историјском ситуацијом“ у којој „у име једне државе свој потпис ставља представник друге државе са којим је та држава у сукобу. Блокада на Дрини не представља ништа друго него санкције Србије према Републици Српској. У исто вријеме председник те државе заступа интересе народа који је блокирао и онемогућио у реализацији њихових политичких и других циљева. Према томе та нелогичност је допринијела са још већом нелогичности што су људи Републике Српске овластили Слободана Милошевића па се тако парадокс диже на квадрат и налазимо се пред једним историјским чвором о коме ће се тек са историјске дистанце моћи писати потпуније и зрелије.“⁴⁸

Дејтонски мировни споразум је закључен у ваздухопловној бази Рајт-Петерсон у Дејтону (Охајо, САД) 21. новембра 1995. године, а званично потписан у Јелисејској палати у Паризу (Француска) 14. децембра 1995. године. Званични депозитар оригинала закљученог споразума је Француска.⁴⁹ Уговорне стране су Република Босна и Херцеговина, чију делегацију је предводио Алија Изетбеговић, Република Хрватска коју је на првом мјесту представљао Фрањо Туђман и СР Југославија на челу чије делегације је био Слободан Милошевић. Главни модератори, односно организатори преговора у ваздухопловној бази су били главни амерички посредници Ричард Холбрук и генерал Весли Кларк. Мјесто, вријеме, процес преговарања и посредовање говоре нам много о самом

⁴⁷ Р. Кремптон, *Балкан после Другог светског рата*, Београд, 2003, 365.

⁴⁸ Н. Поплашен, *Криза и политика*, Бања Лука, 1998, 39.

⁴⁹ Оригинални примјерак текста Дејтонског мировног споразума чува се у архиви Министарства иностраних послова Француске.

Дејтонском мировном споразуму. Детаљније анализирајући текст, посебно Устава БиХ, чињеница о дубоком интервенционизму, али и протекционизму Сједињених Држава је необорива. Ова интервенција „одозго“, заправо је савремени облик успостављања односа протектор–протекторат, с тим што је у случају БиХ евидентан низ елемената који нам могу указати да се ради о новом облику зависности (држава), који усклађује већ историјски познате облике зависних правних лица сличних државама са савременим изазовима међународног права.⁵⁰ Међутим, у случају Босне и Херцеговине почевши од 1995. године овај нови однос зависности се тек заокружује. На овај начин је у БиХ коначно успостављено наметање „одозго“ и створена је држава вољом вањских, односно међународних фактора, а не унутрашњих – „одоздо“. Унутрашње уређење, институције, политичке партије и процеси стављени су посредно под међународну ингеренцију. У формалном смислу уговорне стране су биле три државе потписнице Дејтонског мировног споразума, а (оквирни) гаранتي су Сједињене Државе, Европска унија, Велика Британија, Република Француска, СР Њемачка и Руска Федерација. Међутим, зависни, односно несамостални статус БиХ није диверсификован на равномјеран начин између држава које су формални гаранти споразума. Анексом Х успостављен је високи представник за БиХ, при чему је у члану 1 тачка 2 наведено да „стране захтијевају именоване високог представника.“⁵¹ То значи да су се потписнице споразумјеле у погледу успостављања високог представника, који ће касније прерасти у институцију 1997. године и добити статус Канцеларије. С обзиром на овакву легитимацију двије сусједне државе (Хрватске и данас Србије као континуента СРЈ), те на утицај горе наведених држава, посебно формирањем Савјета за имплементацију мира, активним мијешањем амбасада у унутрашње послове, Босна и Херцеговина се, без сумње, налази у статусу неопротектората.⁵²

Дејтонски мировни споразум јесте предодредио Босни и Херцеговини статус неопротектората. Међутим, овај њен статус је сазријевао у двије фазе.⁵³ Камен темељац је ударен самим прихватањем прегово-

⁵⁰ М. Савић, *Правна лица слична државама као субјект међународног јавног права*, Годишњак Правног факултета УНИБЛ, 2014, Бања Лука, 47–74.

⁵¹ *Дејтонски мировни споразум*, Анекс Х члан 1 тачка 2.

⁵² О овоме шире в. М. Савић, *Босна и Херцеговина – држава или неопротекторат*, Зборник радова: „Дејтонски споразум, две деценије мира и поуке за свет“, Београд, 2016, 173–192 и Матеј Савић, *цит. дј.*, 47–74.

⁵³ Обје фазе се односе на период послје Дејтонског мировног споразума, што не улази у предмет нашег рада. Из тог разлога на овом мјесту ова питања нису детаљније анализирана.

ра на територији Сједињених Држава, што је потврђено и у Преамбули закљученог споразума, која гласи: „Република Босна и Херцеговина, Република Хрватска и Савезна Република Југославија препознајући потребу за свеобухватним рјешењем да се оконча трагични сукоб у региону, желећи да допринесу овој сврси и промовишу трајни мир и стабилност... примајући к знању споразум од 29. августа 1995. године који овлашћује делегацију СР Југославије да у име Републике Српске, уз обавезу да имплементира споразум који је донесен стриктно и посљедично...“ закључују споразум.⁵⁴ Овдје је наведено да се ради о „сукобу у региону“ што свакако и данас отвара велике проблеме, када се отвара питање карактера рата у Босни и Херцеговини и уопште у бившој СФРЈ. Међутим, више не постоје дилеме да се радило о грађанском рату који је интернационализован признавањем новонасталих држава, а затим, интензивним и приоритетним мијешањем новонасталих држава и на крају уплитањем међународних актера (готово све вријеме) у читаву кризу.

Закључна разматрања

Босна и Херцеговина све до 1995. године није била држава са испуњеним конститутивним елементима, како у правном, тако и у политичком смислу. Иако је једнострано прогласила независност од СФРЈ и постала чланица ОУН 1992. године, она није имала конституисане државне елементе све до Дејтонског мировног споразума. Историјски посматрано, БиХ (никада) није имала самосталност и није била, изузев кратког периода средњовјековне босанске монархије, самостална правнополитичка заједница. Као таква није имала изграђен државно-правни поредак, није развила властиту политичност и у оквиру ње своју суверену вољу. Без конституисане државности и суверености она је била дубоко подијељена и подложна вањским утицајима и освајањима, што је стварало додатне унутрашње разлике. На тај начин долазило је до партиције етнички и језички јединственог простора, при чему су се

Прва фаза подразумијева период стабилизације и тзв. оружане имплементације споразума од 1995. до 1998. године. Преломни моменат је, свакако, Бонска конференција, односно формирање Савјета за имплементацију мира, успостављање Канцеларије високог представника и давање тзв. бонских овлашћења. Друга фаза (потпуног) формирања неопротектората трајала је од 1998. до 2006. године. овоме шире в. М. Савић, *Положај и улога међународних институција у БиХ – од превазилажења до стварања кризе*, Зборник радова „Наука и стварност“ (у штампи), Источно Сарајево, 2017.

⁵⁴ *Дејтонски мировни споразум*, Преамбула.

стварале непомирљиве разлике које су неријетко завршавале у радикалним конфликтима. Такво културно-историјско наслеђе користили су и освајачи, дајући једнима привилегије, а угњетавајући друге како би изнутра онемогућиле постизање јединства и стварања суверене политичке заједнице унутар Босне и Херцеговине. Стога и не чуди да су утицаји спољног фактура, историјски још од времена стварања првих партија у Босни и Херцеговини 1906. године, које су биле најавна политичке модернизације и усвајања демократских и либералних форми политичког дјеловања, до данас више него присутни у политичким процесима у Босни и Херцеговини. Надаље, дубока подијељеност и закашњела модернизација друштва у Босни и Херцеговини креирали су партијски систем са јасном етнорелигијском дистанцом. Различито виђење државности, државног уређења, геополитичких кретања створиле су центрифугалне тенденције унутар партијског система Босне и Херцеговине. Оне нису могле да остваре центрипеталне процесе у политичко-системском уређењу што се као проблем испољило посебно почетком деведесетих година када је као дио свјетских токова отпочела демократска транзиција. Ова транзиција требало је да ријешити проблеме кризе легитимитета, партиципације и интеграције политичке заједнице у цијелој СФРЈ. Међутим, бивша држава је спровођењем транзиције постепено престајала да постоји, а сви југословенски проблеми су се на агресиван начин манифестовали управо у Босни и Херцеговини. Још 1992. године су на површину изашле све културне, политичке и правно-системске слабости Босне и Херцеговине. Постизање унутрашњег консензуса у Босни и Херцеговини било је немогуће, што је додатно отворило простор за вањско уплитање. Све ово је увело СФРЈ у рат, који је био највећег интензитета у Босни и Херцеговини, гдје је и трајао најдуже.⁵⁵ Тек 1995. године долази до окончања оружаних дејствовања, закључењем Дејтонског мировног споразума, којим се успоставио и политичко-системски оквир и основа за државноправни поредак БиХ. Ова рјешења дефинисана су у 11 анекса Споразума, од којих је најзначајнији Анекс IV, Устав БиХ. Све ово је постигнуто највише захваљујући утицају међународних актера.

У анализи Дејтонског мировног споразума посебан значај има Анекс IV, који је Устав Босне и Херцеговине „...и сагласно томе представља највиши правни акт на њеном простору. Међутим, из анализе и ‘духа’ цијелог споразума, произлази да је правна снага и осталих дијелова истог идентична снази Анекса IV, што такође за споразуме овакве врсте,

⁵⁵ У земљама *политичког запада* за рат, односно ратове у бившој СФРЈ данас се често користи термин југословенски ратови – *Yugoslav wars*.

а изражено у форми анекса, није уобичајено.⁵⁶ Занимљиво је правно тумачење Снежане Савић у којем она каже да се „у анализи садржаја (материје) Дејтонског мировног споразума може примијетити једна методолошка нелогичност, страна континенталном праву. Наиме, анекси којима је поменута материја регулисана и који у суштини представљају допунске акте једног уговора (споразума) којима се питања из главног акта подробније регулишу и појашњавају или пак допуњавају, у овом случају садрже темељне одредбе споразума. Оваква форма за поменуту садржину у европском континенталном праву није уобичајена, због чега је очигледно да је мировни споразум рађен под директним англосаксонским утицајем.“⁵⁷ То је потпуна потврда да је споразум који је установио правно и политичко уређење Босне и Херцеговине и предодредио њене међупартијске и односе између конститутивних народа заправо производ спољног, прије свега америчког, интервенционизма. Због свега наведеног Босна и Херцеговина је феномен и специфичност како у домену политичке теорије тако и у области теорије државе и права, али и међународног права. Као таква заслужује бројна истраживања овог типа како би се барем научно валоризовао њен положај и у будућности можда дефинисао и њен нови правнополитички (теоријски) курс.

Литература

- Антић, Чедомир (2013), *Српска историја*, Вукотић медија, Београд
- Аврамов Смиља (1997), *Постхеројски рат запада против Југославије*, Ветерник
- Бегић, И. Касим (1997), *Босна и Херцеговина од Венсове мисије до Дејтонског споразума (Bosna i Hercegovina od Vanceove misije do Daytonskog sporazuma)*, Босанска књига и Правни центар Фонда отворено друштво Босна и Херцеговина, Сарајево
- Бугарел, Ксавије (2004), *Босна: анатомија рата*, Фабрика књига, Београд
- Влаисављевић, Уго (2006), *Етнополитика и грађанство*, Удруга грађана „Дијалог“, Мостар
- Деган, В. Ђуро (2000), *Међународно право*, Ријека

⁵⁶ С. Савић, *Република Српска послје Дејтона: Питања и проблеми правне природе*, Бања Лука, 1999, 16.

⁵⁷ С. Савић, цит. дј., 15–16.

- Екмечић, Милорад (2001), *Спољни узроци грађанског рата у Босни и Херцеговини 1992*, у: „Почетак рата у Босни и Херцеговини – узроци и последице“, Удружење Срба из БиХ у Србији, Београд
- Екмечић, Милорад (2007), *Дуго кретање између клања и орања*, Завод за уџбенике, Београд
- Изетбеговић, Алија (2005), *Сјећања – аутобиографски записи*, ОКО, Сарајево
- Имамовић, Мустафа (2007), *Правни положај и унутрашњо-правни развитак Босне и Херцеговине од 1878. до 1914*, Магистрат и Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево
- Касаповић, Мирјана (2005), *Босна и Херцеговина, подијељено друштво и нестабилна држава*, Политичка култура, Загреб
- Кољевић, Никола (2008), *Стварање Републике Српске, дневник 1993-1995. – прва књига*, Службени гласник, Бања Лука
- Кољевић, Никола (2008), *Стварање Републике Српске, дневник 1993-1995. – друга књига*, Службени гласник, Бања Лука
- Комшић, Иво (2006), *Преживљена земља: тко је, када и гдје дијелио БиХ*, Прометеј, Загреб
- Кремpton, Ричард (2003), *Балкан после Другог светског рата*, Клио, Београд
- Кривокапић, Борис (2011), *Актуелни проблеми међународног права*, Београд
- Лијпхарт, Аренд (1992), *Демократија у плуралним друштвима*, Глобус, Загреб
- Микић, Ђорђе (1983), *Аустро-Угарска и Младотурци*, Институт за историју у Бањалуци
- Мићановић, Славко (1965), *Сарајевски атентат*, Стварност, Загреб
- Нешковић, Радомир (2013), *Недовршена држава: Политички систем Босне и Херцеговине*, Фридрих Еберт Штифтунг, Сарајево
- Ослобођење*, дневни лист (22. 3. 1990)
- Павловић, Стеван (2004), *Историја Балкана 1804–1945*, Клио, Београд
- Поплашен, Никола (1998), *Криза и политика*, Глас српски, Бања Лука
- Поповић, Витомир и Лукић, Владимир (1999), *Документи Дејтон – Париз*, Институт за међународно право и међународну пословну сарадњу, Бања Лука

- Савић, Матеј (2016), *Босна и Херцеговина – држава или неопротекторат?*, Зборник радова „Дејтонски споразум, две деценије мира и поуке за свет“, Београд
- Савић, Матеј (2017), *Положај и улога међународних институција у БиХ – од превазилажења до стварања кризе*, Зборник радова „Наука и стварност“ (у штампи), Источно Сарајево
- Савић, Матеј (2014), *Правна лица слична државама као субјект међународног јавног права*, Годишњак Правног факултета, УНИБЛ, Бања Лука
- Савић, Снежана С. (1999), *Република Српска после Дејтона: Питања и проблеми правне природе*, Правни факултет, Бања Лука
- Симовић, Владе (2011), *Политичке партије у Босни и Херцеговини*, у Зборник радова „Држава, друштво и политика у Босни и Херцеговини“, Сарајевски отворени центар, Сарајево
- Симовић, Владе (2012), *Културно-историјски контекст постдејтонске Босне и Херцеговине као (не)могуће државе*, у часопису “Политеиа”, Факултет политичких наука, Бања Лука
- Симовић, Владе (2014), *Преварена демократија: Оглед о парламентарним политичким партијама у Босни и Херцеговини од 1990. до 1995. године*, Арт принт, Бања Лука
- Симовић, Владе (2016), *Демократија у вишенационалним државама: случај Босне и Херцеговине*, у часопису “Политеиа”, Факултет политичких наука, Бања Лука
- Хејден, М. Роберт (2003), *Скице за подељену кућу: уставна логика југословенских сукоба*, Самиздат Б92, Београд
- Херцег, Невенко, Томић, Зоран (1999), *Избори у Босни и Херцеговини* (друго допуњено издање), Свеучилиште у Мостару – Центар за студије новинарства, Мостар
- Дејтонски мировни споразум, из 1995. године, текст доступан на: <http://ndcsarajevo.org/Dokumenti/Dejtonski-mirovni-sporazum.pdf> приступљено марта 2017. године
- Вашингтонски споразум, из 1994. године, текст доступан на: <http://www.hspf.info/wp-content/uploads/2014/03/ovdje1.pdf>, приступљено фебруара 2017. године
- Устав Босне и Херцеговине, текст доступан на: http://www.ustavni-sud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_hrv.pdf, приступљено марта 2017. године

Doc. Dr. Matej Savić, PhD in Law

Assistant Professor of International law

at The Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

Doc. Dr. Vlade Simović PhD in Political theory

Assistant Professor of Political theory

at The Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

**THE INFLUENCE OF INTERNATIONAL ACTORS ON THE
INTERNAL ORGANIZATION, POLITICAL PARTIES AND
PROCESSES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA FROM 1908 TO
1995**

Summary

This paper explores the influence of international i.e. external actors on internal organisation, order, political parties and processes in Bosnia and Herzegovina from 1908 to 1995. Under external actors we implies on international organizations, states, foreign governments and political parties, especially the diplomatic missions and representatives who influenced the internal organization, order and political parties and political processes in Bosnia and Herzegovina for nearly one century. Among the first actors that we analyses are the authorities of Austro-Hungarian monarchy that have influenced internal organization and political parties in Bosnia and Herzegovina that emerged precisely at the time of their reign. In addition, this paper also explores the period of the Kingdom of SHS/Yugoslavia in which the relevant Serbian and Croatian parties were losing position in Bosnia and Herzegovina, whereby Muslims with the Yugoslav Muslim Organization retain the only autochthonous, relevant party from Bosnia and Herzegovina in the party system of the former Kingdom. After the Second World War, Communist party of Bosnia and Herzegovina was relatively stable and without foreign interventionism. However, from the time of the renewal of multiparty system from 1990 to 1995, the presence of international actors in the political and party life of Bosnia and Herzegovina has been strengthened. This presence is clearly visible from the process of secession of Bosnia and Herzegovina from the SFRY until the signing of the Dayton Peace Agreement, whose form

and essence is a product of foreign interference “from above”, rather than a political-party consensus “from below”.

Key words: *International actors, state organization, constituent peoples, statehood, foreign interventionism, international voluntarism, political parties, political processes, Bosnia and Herzegovina.*

**UPOREDNOPRAVNA ANALIZA POJMA SPORA O GRAĐANSKIM
PRAVIMA I OBAVEZAMA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA
LJUDSKA PRAVA I SRPSKOM ZAKONODAVSTVU**

Doc. dr Jelena S. Milenković*

***Apstrakt:** Države potpisnice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, među kojima se nalazi i Republika Srbija, preuzele su obavezu poštovanja konvencijskih garancija i pravičnosti suđenja u sporovima o građanskim pravima i obavezama prema članu 6 stav 1 Konvencije.*

Značenje konvencijskog pojma spora o građanskim pravima i obavezama je autonomno i razlikuje se od značenja koje se ovom pojmu daje u srpskom pravnom sistemu.

Važnost ovog istraživanja leži kako u usklađivanju srpskog zakonodavstva sa Evropskom konvencijom i ispunjavanju obaveze domaćih državnih organa da u konkretnim postupcima poštuju konvencijsku garanciju pravičnosti suđenja, tako i u upoznavanju fizičkih i pravnih lica sa pravima koja mogu zaštititi pred Evropskim sudom za ljudska prava.

***Ključne reči:** Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pravo na pravično suđenje, spor o građanskim pravima i obavezama, praksa Evropskog suda za ljudska prava, pravni sistem Republike Srbije.*

Uvod

Prema tekstu člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, svako ima pravo da se u sporu pred domaćim državnim organom odluči o njegovim građanskim pravima i obavezama.¹ Kon-

* Državno pravobranilaštvo, Odeljenje za zastupanje Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava.

¹ Čl. 6, st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama ("Službeni list SCG" – Međunarodni ugovori, br. 9/2003): "Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i

vencijskom pojmu spora Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi daje specifične karakteristike. S obzirom na to da je osobeno i polje primene pojma spora o građanskim pravima i obavezama, neophodno je govoriti o pojedinačnim slučajevima koji su se odvijali pred Evropskim sudom, kako bi se mogao steći utisak o širini primene pojma, kao i uvideti velika razlika između njegovog konvencijskog značenja i značenja koje ima u zakonodavstvu Republike Srbije, kao jedne od država potpisnica Evropske konvencije.

Takođe, ukoliko ni domaće zakonodavstvo niti praksa Evropskog suda ne daju odgovor na pitanje da li se neko pravo rešava u građanskom sudskom postupku ili upravnom postupku, određenjem pojma građanskopravnog spora pronalazi se rešenje kako postupiti u pomenutoj situaciji. U slučaju da u pogledu pojma spora o građanskim pravima i obavezama postoje razlike između nacionalnog prava i sudske prakse Evropskog suda, država potpisnica Evropske konvencije bi trebalo da rešenja svog nacionalnog zakonodavstva uskladi sa rešenjima koje sadrži Konvencija.

Da bi se na celovit način utvrdio pojam spora o građanskim pravima i obavezama, potrebno je to pitanje posmatrati sa formalnopravnog i materijalnopravnog stanovišta.

Formalnopravni pojam spora o građanskim pravima i obavezama prema članu 6 stav 1 Evropske konvencije

Za spor se u srpskoj pravnoj teoriji kaže da predstavlja nesaglasnost stranaka o subjektima, obavezama i ovlašćenjima međusobnog pravnog odnosa, kao i u slučaju kada takav odnos ne postoji, ali postoji međusobna stranačka obaveza da se ponašaju na određen način, a pitanje se rešava u parničnom sudskom postupku.²

U pravnom sistemu Republike Srbije, spor povodom građanskih prava i obaveza se rešava u parničnom postupku pred sudom, čiju funkcionalnu celinu čini i izvršni postupak.

obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili s dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.”

² B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 6–7.

Kako je sud dužan da pravnim subjektima omogući rešavanje i njihovih ličnih, imovinskih i drugih interesa, a povodom kojih nema suprotstavljenih interesa učesnika u postupku, tako će se ove stvari raspraviti u vanparničnom postupku, kao delu građanskog sudskog postupka. Njegova specifičnost se u srpskom pravnom sistemu ne ogleda u predmetu spora, već zakonodavac *numerus clausus* reguliše stvari o kojima se može odlučivati u ovoj vrsti postupka.³

Kada su u pitanju upravni sporovi, kao način sudske kontrole rada uprave u Republici Srbiji, pravna teorija ne daje jedinstveni pogled na kriterijume prema kojima se određuje njegov formalni pojam. S obzirom na to, upravni spor se u literaturi vezuje u formalnom smislu za organ uprave, odnosno za prirodu suda kao upravnog, za „specifičnost postupka koji se vodi pred sudom“, i orijentiše na „profil stranaka koje se nalaze pred sudom“, pa je u tom smislu obavezno učešće države.⁴

U upravnom postupku se po pravilu ne rešava spor, već se upravnim aktom odlučuje o pravima i obavezama pojedinaca i upravnoj stvari. U upravnom sporu se, za razliku od parnice, ne odlučuje o samoj stvari, u ovom slučaju upravnoj, već se samo ocenjuje zakonitost upravnog akta, koji se donosi povodom te upravne stvari.⁵ Sud izuzetno može rešiti upravnu stvar u sporu pune jurisdikcije.⁶

Vrsta spora se, uz specifičan postupak i privatni ili javni karakter stranaka u njemu, vezuje i za organ koji ga vodi. Kako se u srpskom zakonodavstvu o građanskom sudskom postupku govori sa aspekta postojanja spora, pojavljuje se problem kriterijuma, jer postoje građanskopravna pitanja koja se rešavaju u parničnom postupku, a da nisu sporna, poput sporazumnog razvoda braka.

Takođe je Evropski sud u predstavi *Drobnjak protiv Srbije* smatrao da postupak za lišavanje poslovne sposobnosti ima procesne garancije koje više pripadaju parničnom, nego vanparničnom postupku.⁷

Srpski zakonodavac pridaje značaj formalnom pojmu spora o građanskim pravima i obavezama.

³ A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 77–78.

⁴ Z. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 372–373.

⁵ S. Lilić, *Upravno pravo, upravno procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 115 i 424.

⁶ Član 43 Zakona o upravnim sporovima, “Sl. glasnik RS”, br. 111/2009.

⁷ N. Bodiroga, *Novi Zakon o parničnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 19.

Kada je, pak, u pitanju praksa Evropskog suda, jedan od ključnih elemenata, koji se u okviru sintagme „spor o građanskim pravima i obavezama“ štite članom 6, stav 1 Evropske konvencije, jeste neophodnost postojanja spora čiji je predmet građansko pravo ili obaveza, nastao pred domaćim državnim organom. Sam Sud je isticao u svojim odlukama da se prvenstveno vodio materijalnim, a ne formalnim kriterijumom prilikom određivanja njegovog značenja.⁸ Spor prvenstveno mora biti u vezi sa eventualnom protivzakonitom povredom nekog prava, dakle, karakter spora mora biti pravni.⁹ Međutim, postojanje bilo kakvog spora nije dovoljan uslov koji postavlja Sud, već će se smatrati da spor postoji ukoliko je „stvaran i ozbiljan“.¹⁰ Iz tog razloga je neophodno da se isključe hipotetički slučajevi, poput postavljanja pitanja da li bi predlog nacionalnog zakona po njegovom usvajanju prekršio prava podnosioca predstavke, ili slučaj kada podnosilac ne postupa ozbiljno po svom zahtevu, recimo, ne podnoseći dokaze. Takođe je u ovom kontekstu važno da postoji pravni interes podnosioca predstavke.¹¹

Državni organ u čijoj je nadležnosti odlučivanje o spornom pravu, od manjeg je značaja prilikom utvrđivanja hoće li se pravo štititi članom 6 stav 1 Evropske konvencije. Iz tog razloga će se smatrati da je u skladu sa Evropskom konvencijom onaj slučaj u kome se odlučivalo o građanskim pravima i obavezama, iako su se primenjivale odredbe nacionalnog upravnog zakonodavstva i kada su u pitanju organi čija je nadležnost javnopravna, te se može raditi bilo o klasičnom sudu, upravnom organu i sl.¹²

U slučaju *Kostić protiv Srbije*¹³, u vezi sa bespravnom gradnjom povodom koje je postojalo neizvršeno pravnosnažno rešenje o rušenju, u domaći sudski postupak nisu bili uključeni sudski organi, već opštinski organi uprave. Sud je tim povodom odredio da se rešenje izvrši. S obzirom na to da je predstavka prihvaćena, zaključuje se da i postupak pred opštinskim organima uprave potpada pod garancije koje daje član 6 stav 1 Evropske konvencije, iako u Srbiji nije reč o sporu o građanskim pravima i obavezama. Podnosilac predstavke može tražiti zaštitu garancija pravičnog suđenja i povodom odluka organa uprave, ako je ovaj organ prekoračio svoja ovlašćenja ili nije poštovao opšte priznate pravne principe.¹⁴

⁸ *Understanding Human Rights and Principles*, ed. by J. Jowell, J. Cooper, Hart Publishing, 2001, str. 94.

⁹ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 6878/75, 7238/75, st. 44, od 23. 6. 1981. godine.

¹⁰ *Understanding Human Rights and Principles*, 2001, *op. cit.*, str. 94.

¹¹ Harris, Boyl, Warbick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, str. 225.

¹² *Ringeisen v. Austria* 2614/65, st. 94, od 10. 7. 1971, *Feldbrugge v. the Netherlands*, 8562/79, st. 26, od 29. 5. 1986. godine.

¹³ *Kostić protiv Srbije*, br. 41760/04, od 25. 11. 2008. godine.

¹⁴ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd edition, Kluwer Law International, 1998, str. 396.

Sud je i vanparnični postupak svrstao u sporove o građanskim pravima i obavezama, smatrajući ga, u konkretnom slučaju ostavine, postupkom izvršenja. Bez obzira na to da li je član 6 stav 1 Evropske konvencije primenljiv na ostavinski postupak ili ne, izvršna isprava kojom se utvrđuju građanska prava ne mora nužno proisteći iz postupka na koji je član 6, stav 1 Evropske konvencije primenljiv.¹⁵

U slučaju kada je prekinut građanski sudski postupak zbog otvaranja stečajnog postupka, pa je podnosilac predstave morao da svoje potraživanje naknade štete nastavi u ovom postupku, Sud je iz razloga o postojanju kontinuiteta o odlučivanju o građanskim pravima i obavezama smatrao da se radi o sporu o građanskim pravima i obavezama, te je i stečajni postupak podveo pod ovaj konvencijski pojam zaštićen članom 6 stav 1 Evropske konvencije.¹⁶

Materijalnopравни pojam spora o građanskim pravima i obavezama prema članu 6 stav 1 Evropske konvencije

U evropskoj jurisprudenciji postoje tri relevantne teorije u određivanju pojma građanskopravne stvari. Ovo određenje može se vršiti s obzirom na to da li je nosilac prava privatnopравни ili javnopравни subjekt – teorija subjekta, zatim, da li su učesnici pravnog posla u ravnopravnom položaju ili nadređeno–podređenom – teorija podvrgavanja, i da li se radi o privatnom ili javnom interesu u konkretnom pravnom odnosu – teorija interesa.¹⁷

U pravnom sistemu Republike Srbije, parnica za rešavanje sporova nastaje povodom „ličnopravnih, porodičnih, radnih, privrednih, imovinskih i drugih građanskopravnih odnosa“.¹⁸ Dakle, ovo su pitanja povodom kojih će se uvek pokretati parnica, ukoliko postoji nesaglasnost među strankama, bez obzira na to da li se to pitanje otvorilo u vanparničnom, upravnom, stečajnom ili krivičnom postupku. Neodređenost zakonodavca u pogledu formulacije „i drugih građanskopravnih odnosa“ se u pravnoj teoriji traži u rešenjima koja su davali građanski zakonici iz XIX veka, a to su „institucije klasičnog građanskog prava, stvarnopravni, obligacioni, naslednopravni, lični, porodični, radni, privrednopravni, menični i čekovni, saobraćajnopravni odnosi, kao i

¹⁵ *Buj v. Croatia*, 24661/02, st. 19, od 1. 6. 2006. godine.

¹⁶ *Sukobljević v. Croatia*, 5129/03, st. 37, od 2. 11. 2006. godine.

¹⁷ S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 17.

¹⁸ Čl. 1, Zakona o parničnom postupku RS, “Sl. glasnik RS”, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

njima srodni, poput imovinskopravnih odnosa povodom industrijskog vlasništva, autorskog prava, nelojalne konkurencije, nuklearnopravnih odnosa¹⁹.

Zakon o uređenju sudova Republike Srbije, govoreći o nadležnosti, ističe da osnovni sud odlučuje o građanskopravnim sporovima, posebno izdvajajući sporove iz radnih odnosa.²⁰ U nadležnosti višeg suda su sporovi o zaštiti intelektualne svojine, iz porodičnih, radnih odnosa, zaštite prava ličnosti i ostalih navedenih u Zakonu o uređenju sudova RS.²¹

Preostali sporovi iz nadležnosti višeg suda, a povodom obaveznog socijalnog osiguranja, matične evidencije i izbora i razrešenja organa pravnih lica mogu se posmatrati kao granični za građanski sudski postupak i upravni postupak, odnosno, mogu biti svrstani i u jedan, i u drugi, ako se uzme u obzir kriterijum, kojim se vodio zakonodavac prilikom razvrstavanja građanskopravnog i upravnoopravnog postupka, a to je teorija podvrgavanja, uz elemente teorije subjekta.

Vanparnični postupak se u domaćeg pravnom sistemu smatra onim u kome se odlučuje o „nespornim ličnim, porodičnim, imovinskim i drugim pravnim stvarima“.²² Dakle, u ovoj vrsti postupka se odlučuje o građanskim stvarima, ne i upravnim.

Materijalni pojam upravnog spora se odnosi na predmet spora i njegovu svrhu, odnosno na upravnu stvar.²³ Zakon o upravnim sporovima vezuje pojam upravnog spora za upravnu stvar, kao „pojedinačnu nespornu situaciju

¹⁹ S. Triva; M. Dika, *op. cit.*, str. 14.

²⁰ Čl. 22, st. 2 i 3 Zakona o uređenju sudova Republike Srbije, “Sl. glasnik RS”, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011 i 101/2013: „stambenim sporovima; sporovima povodom zasnivanja, postojanja i prestanka radnog odnosa; o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa; o naknadi štete koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi sa radom; sporovima povodom zadovoljavanja stambenih potreba na osnovu rada.”

²¹ Čl. 23 st. 7 Zakona o uređenju sudova Republike Srbije: viši sud sudi u građanskopravnim sporovima kad vrednost predmeta spora omogućuje izjavljivanje revizije; u sporovima o autorskim i srodnim pravima i zaštiti i upotrebi pronalazaka, industrijskog dizajna, modela, uzoraka, žigova, oznaka geografskog porekla, topografije integrisanih kola, odnosno topografije poluprovodničkih proizvoda i oplemenjivača biljnih sorti ako nije nadležan drugi sud; u sporovima o osporavanju ili utvrđivanju očinstva i materinstva; u sporovima za zaštitu od diskriminacije i zlostavljanja na radu; u sporovima o objavljivanju ispravke informacije i odgovora na informaciju zbog povrede zabrane govora mržnje, zaštite prava na privatni život, odnosno prava na lični zapis, propuštanja objavljivanja informacije i naknade štete u vezi sa objavljivanjem informacije; i st. 8: sudi u sporovima povodom štrajka; povodom kolektivnih ugovora ako spor nije rešen pred arbitražom; povodom obaveznog socijalnog osiguranja ako nije nadležan drugi sud; povodom matične evidencije; povodom izbora i razrešenja organa pravnih lica ako nije nadležan drugi sud;

²² Čl. 1 Zakona o vanparničnom postupku RS, “Sl. glasnik SRS”, br. 25/82 i 48/88 i “Sl. glasnik RS”, br. 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon, 55/2014 i 6/2015.

²³ Z. Tomić, *op. cit.*, str. 373.

od javnog interesa“²⁴. Međutim, iz ovog okvira se izlazi, poslednjim izmenama Zakona, i na teren ostalih pojedinačnih pravnih akata, pored upravnih, ukoliko se zakonom ne propisuje neka druga nadležnost za njihovo rešavanje.²⁴ Razlozi za ovakvu novinu i pomenuto pomeranje težišta sa formalnog na materijalni kriterijum određenja pojma upravnog spora leže u usklađivanju zakonodavstva sa Evropskom konvencijom i praksom Evropskog suda.

U pravnoj teoriji su brojna mišljenja u vezi sa upravnom stvari, kao posebnosti upravnog postupka u odnosu na ostale vrste postupaka²⁵ i na osnovu njih se dolazi do šireg značenja ovog pojma. Upravna stvar podrazumeva “svako upravno odlučivanje, ne samo o pravima, obavezama i pravnim interesima (u užem smislu), već i o situacijama koje su vezane za lična stanja građana, te upravna stvar postoji u svim vidovima aktivnosti uprave kod izdavanja pojedinačnih akata (npr. rešenja), preduzimanja pojedinih upravnih radnji (vođenje službenih evidencija i izdavanja uverenja), kao i kod zaključivanja upravnih ugovora”²⁶. Dakle, pojam upravne stvari vezuje se za nadležni organ, odnosno, organ uprave ili organizaciju sa javnim ovlašćenjima. Kako je upravna stvar kriterijum za razlikovanje upravnog i građanskog sudskog postupka, a zbog nedostatka jasne definicije o njenom pojmu, upravna se stvar vezuje za nadležni organ, pa će i konkretni nadležni organ biti tačka razgraničenja navedenih dvaju postupaka. Pošto Zakon o opštem upravnom postupku RS propisuje da su „za rešavanje u upravnim stvarima u prvom stepenu stvarno nadležni organi određeni zakonom ili drugim propisima“²⁷, dolazi se do zaključka da upravna stvar može biti predmet i građanskog sudskog postupka. Međutim, za upravnu stvar su karakteristični javni interes i princip autoritativnosti, a to nisu karakteristike građanskopravnog postupka kojima se vodio srpski zakonodavac, u smislu postojanja ravnopravnog položaja među strankama, koje su privatnopravni subjekti. Ali, kako je novim izmenama Zakona o upravnim sporovima predmet upravnog spora širi od upravne stvari, to može biti i neko građansko pravo i obaveza, onda kada nije predviđena drugačija sudska zaštita.

Praktično govoreći, u upravne stvari spadaju „poreske, carinske, vojne upravne stvari, upravne stvari unutrašnjih poslova, zaštita životne sredine, za-

²⁴ S. Medar, J. Parlić, “Pravičnost suđenja u upravnom sporu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LXIV, 2013, str. 202–203.

²⁵ S. Lilić, *Res administrativa (upravna stvar)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 81.

²⁶ *Ibid.*, str. 77–78.

²⁷ Čl. 18, Zakona o opštem upravnom postupku, “Sl. list SRJ”, br. 33/97 i 31/2001 i “Sl. glasnik RS”, br. 30/2010.

diranje u pravo svojine грађана, управне ствари из области urbanizma, електроенерgetske делатности, PTT делатности, породично-statusnih односа, издавања емитерских и грађевинских дозвола, службеничких односа итд.²⁸

U материјалном смислу, границе између правних норми управног и грађанског права нису најоштрије. Поједина лична права, попут држављанства, регулишу се у управном поступку. I имовински односи су предмет регулисања управног права, као и грађанског, попут пореских и царинских дажбина, које могу представљати наставак грађанскоправних норми, на пример из области купопродаје.²⁹ Експропријацијом земљишта, која се спроводи у управном поступку, ограничавају се својинска права одређених субјеката. Она повлачи за собом и накнаду штете, која се у случају спора решава у парничном поступку.³⁰ Упис права својине се, такође, остварује у управном поступку. Случај управних уговора, приликом којих орган управе закључује са појединцима уговор о набавкама и услугама, представља место преклапања грађанског и управног права, у смислу аутономије воље и добровољности, и представља основ стичања својинских права.³¹ Одговорност државе за штету од управног рада је грађанскоправна одговорност из облигационог права, али са одступањем, јер је носилац јавне власти проузроковао ту штету.³² I код добијања одређене дозволе, управноправни режим утиче на грађанскоправни.³³

Iz brojnih pomenutih razloga se u literaturi odnos između управног и грађанског права зове „neposrednim odnosom druge vrste“.³⁴ Овај непосредни однос у својој пракси усваја Европски суд, те у појам спора о грађанским правима и обавезама укључује и поступке које води домаћи орган управе.

Kako bismo mogli doći do celovitog zaključka da li se појам грађанских права и обавеза у српском правном систему преклапа или разликује од конвенцијског појма, потребно је анализирати праксу Европског суда. На првом месту је потребно пomenuti да се Суд неће ни упуштати у одлучивање о овом питању, уколико у националном праву не постоји ниједно право да би се тузбени захтев mogao izneti, те члан 6 Европске конвенције неће бити при-

²⁸ Z. Tomić, *op. cit.*, str. 240.

²⁹ B. Davitkovski, E. Davitkovska, D. Gocevski, “Однос између управног (јавног) права и грађанског (приватног) права vs. кодификације грађанског права”, *Zbornik radova Harmonizacija грађанског права u regionu*, Istočno Sarajevo, 2013, str. 199.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ S. Lilić, *Upravno pravo, upravno procesno pravo, op. cit.*, str. 110.

³² Z. Tomić, *op. cit.*, str. 100.

³³ Z. Tomić, *op. cit.*, str. 100.

³⁴ S. Lilić, *Upravno pravo, upravno procesno pravo, op. cit.*, str. 110.

menljiv, ali će zbog nepružanja pravne zaštite podnosiocima predstavke Sud utvrditi kršenje prava na delotvorno pravno sredstvo.³⁵ Stoga je neophodno da prava koja su izneta pred Sudom budu ona koja su priznata domaćim zakonodavstvom.³⁶ U zavisnosti od materijalne sadržine relevantnog građanskog prava u domaćem pravu i ukoliko postoje procesne prepreke da se pravo zaštititi pred sudom, lice će imati utuživo pravo ili ne.³⁷

Pored toga što je nužno da pravo koje se štiti pred Evropskim sudom zaista i postoji, da bi postojao spor u konvencijskom smislu, neophodno je da obuhvata postupke u kojima se odlučuje o građanskim pravima i obavezama, bez obzira na vrstu postupka u domaćem pravnom sistemu. Pri tome, ishod domaćeg postupka mora biti neposredno, direktno, odlučujući za građansko pravo u pitanju.³⁸ Sud se, dakle, neće upuštati u odlučivanje o onim slučajevima u kojima postoje, kako navodi, „slaba povezanost ili nejasne posledice koje se tiču građanskih prava i obaveza“, jer je stav Suda da u takvoj situaciji ova prava nisu predmet spora. Pod direktnim uticajem na građanska prava i obaveze podnosioca predstavke će se, na primer, smatrati domaći postupak za ograničavanje bavljenja medicinskom praksom, iako je postojao uticaj samo na obim ostvarivanja ovog prava, ne i na njegovu suštinu.³⁹

Evropski sud se ne upušta u ocenu domaćeg materijalnog prava, već je važno da građansko pravo, čija se zaštita traži, postoji u nacionalnom pravnom sistemu.⁴⁰

Odlučujući o tome da li će se neko pravo podvesti pod konvencijski pojam građanskih prava i obaveza, Sud je izneo stav da pravna kvalifikacija u domaćem zakonodavstvu nije od ključne važnosti, već bi prvenstveno trebalo uzeti u obzir prirodu prava.⁴¹ Dakle, domaće pravo može pripadati zakonu

³⁵ N. Mol, K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje, vodič za primenu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd, 2007, str. 22–23.

³⁶ *Z. and Others v. the United Kingdom*, st. 87.

³⁷ *Al-Adsani v. UK*, 35763/97, od 21. 11. 2001. godine.

³⁸ *Ibidem*. Kada je pred domaćim organima Ujedinjenog Kraljevstva postojao spor o tome da li pravo na naknadu štete postoji u nacionalnom pravnom sistemu ili ne, zbog čega je domaći nadležni organ odbacio tužbu, smatrajući da ne postoji pravo na pokretanje postupka u datim okolnostima, onda je Sud na osnovu činjenica slučaja utvrdio da postoji primenljivost čl. 6 Konvencije, jer je sporno pravo postojalo u domaćem zakonodavstvu. Argumentacija Suda se u ovom slučaju zasnivala na stavu da se čl. 6 st. 1 proteže samo na sporove o građanskim pravima i obavezama koji su istinske i ozbiljne prirode u vezi sa stvarnim postojanjem prava i obimom i načinom na koji se ostvaruju (*Z. and Others v. the United Kingdom*, 29392/95, st. 87, od 10. 5. 2001. g.).

³⁹ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 6878/75, 7238/75, st. 47–49, od 23. 6. 1981. godine.

⁴⁰ *Z. and Others v. the United Kingdom*, st. 87.

⁴¹ *Engel and Others v. Netherlands*, 5100/71 5101/71 5102/71, st. 82, od 8. 6. 1976. godine.

koji nije građanski, sve dok je priroda prava, koje se tim zakonom reguliše, građanska. Sud je izričit da je jedino važna priroda prava u pitanju, da čak nije od odlučujućeg značaja to da li se, u slučaju spora između pojedinca i države, država pojavljuje kao privatno lice ili u kome ona nastupa sa pozicije vlasti, poput upravnih postupaka.⁴²

Pod građanskopravnom prirodom nekog prava podrazumeva se njegova privatnopravna priroda. Problem nastaje u apsolutnom razdvajanju privatnog i javnog prava. Svim teorijama koje predstavljaju takav poduhvat, kojih ima čak četrdeset, može se naći određena zamerka.⁴³

Povodom teorije interesa postoji stav sa kojim se možemo složiti, da privatno pravo ne može da postoji bez javnog prava, tačnije, da se prilikom zaštite privatnog interesa ne može isključiti i zaštita javnog interesa, zaštita privatnog interesa se kreće uvek u granicama javnog prava.⁴⁴ Zbog toga su kriterijumi razgraničenja privatnog od javnog prava nejasni.

Takođe je problematično odrediti prirodu građanskog prava putem nadređeno–podređenog položaja subjekata. „Podređenost ne može biti kriterijum, jer je njeno postojanje posledica norme..., a prirodu norme ne određuje to da li je jedno lice nadređeno, već norma određuje da li će lice biti te vrste“, te se na taj način ulazi u *circulus vitiosus*.⁴⁵

Pošto se teorija subjekta zasniva na nosiocu prava, koji može biti privatnopravni, odnosno javnopravni subjekt, smatramo da su kriterijumi za određivanje privatnopravne, odnosno građanskopravne prirode prava kod teorije subjekta jasniji nego u drugim teorijama, zbog toga što su pojmovi ovih nosilaca prava, privatnih lica i države u pravnoj teoriji određeni. U tom kontekstu bi trebalo pomenuti da kada država nastupa u svojstvu privatnog lica, zbog dominantnog položaja države *eo ipso*, odnos bi, zbog zaštite slabije strane i uspostavljanja ravnopravnosti, trebalo tretirati privatnopravno.

Naime, kako je Evropska konvencija živi instrument, tako se njene odredbe moraju tumačiti u skladu sa današnjim uslovima i promenama pogleda u društvu na pravnu zaštitu, koja se pruža pojedincima u njihovom odnosu prema državi.⁴⁶ Od usvajanja Evropske konvencije prošlo je više od pola veka, a za to su se vreme promenili odnosi između pojedinca i države, dok dr-

⁴² *König v. Germany*, 6232/73, st. 90, od 28. 6. 1978. godine.

⁴³ V.V. Vodinić, *Javno i privatno pravo*, doktorska disertacija, 1986.

⁴⁴ I. Pađen, „Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 44, 3-4/2007, str. 456.

⁴⁵ V.V. Vodinić, „Razlikovanje javnog i privatnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5, 1982, str. 700.

⁴⁶ *Johnston and Others v. Ireland*, 9697/82, st. 53, od 18. 12. 1986. godine.

žavna regulativa sve više zadire u privatnopravne odnose. Iz ovog razloga je Sud utvrdio da bi se postupci klasifikovani po domaćem pravu kao deo oblasti javnog prava mogli podvesti pod građanske postupke, uz ispunjavanje pomenutog uslova, da njihov ishod bude odlučujući za građanska prava i obaveze.⁴⁷

Iako će od neznatnog značaja biti nadležni organ i poreklo spora, kada su u pitanju ekonomski interesi podnosioca predstavke, postojanje spora novčane prirode nije sam po sebi dovoljan kriterijum da bi postojalo pravo koje se štiti članom 6 stav 1 Evropske konvencije. Potrebno je da su u potpunosti ili suštinski u pitanju ekonomska prava. Ukoliko preovlađuje javna priroda odnosa, sporno pravo će ostati nezaštićeno.⁴⁸

Primećujemo da je obim prava i obaveza koje se štite članom 6 stav 1 Evropske konvencije Sud postavio široko. Iako se u presudama često navodi da „građanska prava moraju biti predmet spora, a rezultat postupka na građanska prava i obaveze mora biti direktno odlučujuć“⁴⁹, ova sintagma je u značajnoj meri podložna širem tumačenju, a što je očigledno iz čestih izdvojenih mišljenja sudija kod presuda ove vrste. Naime, bilo je slučajeva u kojima je predmet bio disciplinski, ali je Sud ipak pomenuti slučaj stavio pod zaštitu člana 6 stav 1 Evropske konvencije, smatrajući dovoljnim to da se radilo o „uzgrednom uticaju“ na imovinska prava podnosioca predstavke, dok je suštinski pitanje bilo osiguranje poštovanja pravila profesionalnog ponašanja. Stoga, u izdvojenim mišljenjima na ovu temu postoji stav da bi trebalo postupke sa polja javnog i upravnog prava, kod kojih dominira javni interes i o kojima se odlučuje uglavnom uz uzimanje u obzir javne politike, izuzeti iz garancija člana 6 stav 1 Evropske konvencije.⁵⁰

Zaključak

Uporednopravnom analizom prakse Evropskog suda i zakonodavstva u Republici Srbiji, zaključuje se da je konvencijski pojam spora povodom gra-

⁴⁷ Na primer slučaj *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, 7151/75 7152/75, st. 79, od 23. 9. 1982, *Feldbrugge v. the Netherlands*, 8562/79, st. 28, od 29. 5. 1986. godine.

⁴⁸ Ž. Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, 2004, srpski prevod, Službeni glasnik, 2006, str. 169-170.

⁴⁹ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 6878/75, 7238/75, izdvojeno mišljenje sudije Sir Vincent Evans, od 23. 9. 1982. godine.

⁵⁰ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 6878/75, 7238/75, izdvojeno mišljenje sudije Sir Vincent Evans; *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, 7151/75 7152/75, izdvojeno mišljenje sudije Pinheiro Farinha i ostale 4 sudije, od 23. 9. 1982. godine.

ђанских права i obaveza širi od pojma spora o грађанским правима i obavezama u srpskom pravnom sistemu, kao i da mu je značenje autonomno.

Srpski zakonodavac se u većoj meri vodio formalnim kriterijumima za određivanje pojma spora o грађанским правима i obavezama, dok u praksi Evropskog suda prevladava materijalni kriterijum, te će se pod ovim pojmom u konvencijskom značenju podrazumevati i upravni postupak, odnosno upravni spor. S obzirom na to, zakonodavstvo u Srbiji je u poslednjim izmenama Zakona o upravnim sporovima sa formalnog određenja pojma spora u ovom smislu prebacilo težište na njegovo materijalno određenje. Zakonodavac je na polju predmeta upravnog spora usvojio konvencijski standard i prevazišao problem neprecizno definisane upravne stvari, zbog kojeg se kao posledica javljala pravna neizvesnost u samoj sudskoj praksi.

U pravnom sistemu Republike Srbije, kriterijum za određivanje грађанскоправног поступка je postupanje redovnog suda u parničnom postupku, te se, dakle, srpski zakonodavac vodio teorijom podvrgavanja, sa elementima teorije subjekta. S obzirom na pomenute izmene Zakona o upravnim sporovima, primećuje se pomeranje težišta sa ovih teorija na teoriju interesa.

Za razliku od srpskog pravnog sistema, Evropski sud je, na osnovu prethodne analize konvencijskog pojma грађанских права i obaveza, usvojio kriterijume karakteristične za teoriju interesa.

Teorija interesa je nailazila na određene kritike na račun nepouzdanih kriterijuma, jer je teško svrstati određeno pravo u грађанске stvari, onda kada nisu najjasnije granice između privatnih i javnih interesa, kakav je slučaj, recimo, u porodičnim odnosima.⁵¹ Upravo ovakva situacija ostavlja prostora pravno-tehničkoj ulozi Suda, pa se Sud kreće u pravcu dostizanja pravde u svakom pojedinačnom slučaju, što omogućava veći obim zaštite, jer je i spektar prava koja ulaze u sastav грађанских права širi od nacionalnog.

U zaštiti univerzalnih prava i interesa pojedinaca i pravičnosti svakog pojedinačnog slučaja nalazi se osnovni cilj regulisanja ljudskih prava i ljudskog prava na pravično suđenje. Univerzalnost pravnih sistema država potpisnica Evropske konvencije ne postoji, pa samim tim ni univerzalnost pojma грађанских права i obaveza, koja se u nacionalnim pravnim sistemima štite. Da bi svi pojedinci bili jednaki u konvencijskim ljudskim правима, Evropski sud mora posmatrati i pojam грађанских права i obaveza nezavisno od njihovog nacionalnog, neuniverzalnog određenja, te samim tim i proširiti ovaj pojam i dati mu autonomno značenje.

⁵¹ S. Triva; M. Dika, *op. cit.*, str. 17.

**Jelena S. Milenković, PhD, Assistant Professor
The State Attorney's Office,
Agency Sector before the European Court of Human Rights**

**COMPARATIVE ANALYSIS OF A CONCEPT OF LITIGATION
ON CIVIL RIGHTS AND OBLIGATIONS IN PRACTICE OF
THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS AND IN THE
SERBIAN LEGISLATURE**

Summary

States parties to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, among which is the Republic of Serbia, took over the obligation to respect Convention guarantees and the right to a fair trial in disputes over civil rights and obligations under Article 6, paragraph 1 of the Convention.

The meaning of the term „disputes over civil rights and obligations“ under Article 6, paragraph 1 is autonomous and different from the meaning that Serbian legal system gives to this concept.

The importance of this research lies in fulfilling the national government bodies' obligation to respect the fair trial guarantee, as well as in introducing natural and legal persons with rights that can be protected before the European Court of Human Rights.

Key words: *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the right to a fair trial, the disputes over civil rights and obligations, practice of the European Court of Human Rights, legal system of the Republic of Serbia.*

АРБИТРАЖА И/ ИЛИ МЕДИЈАЦИЈА КАО НАЧИН РЕШАВАЊА СПОРОВА ИЗ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Др Јелена Вукадиновић Марковић*

Апстракт: Развој технологије и бројни технолошки напреси у савременом друштву условили су да право интелектуалне својине постане једна од најзначајнијих грана права. На значај ове гране права указује и чињеница да се право интелектуалне својине изучава на свим факултетима у земљи и иностранству. Такав развој условио је појаву нових облика предмета заштите нематеријалних добара као предмета права интелектуалне својине. Док традиционални приступ заштите предмета интелектуалне својине подразумева вођење поступка пред судским и управним органима одређене државе, савремени концепт заштите, поред традиционалног начина, познаје и алтернативне начине решавања спорова (у даљем тексту АДР). Арбитража и медијација су начини АДР-а који се најчешће користе у споровима из права интелектуалне својине. Из тог разлога у овом раду ће бити анализирана питања арбитражног решавања спорова из права интелектуалне својине (први део рада). У другом делу рада ће бити речи о медијацији ових спорова која све више добија на значају. У трећем делу ће бити наведене сличности и разлике између ова два начина алтернативног решавања спорова.

Кључне речи: право интелектуалне својине, арбитража, медијација, патент, WIPO.

* Научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд.

Спорови из права интелектуалне својине и арбитража

Специфичност права интелектуалне својине (право на патент, модел, жиг, узорак, трговачко име, ауторска права и др.)¹ јесте у томе што својим титуларима обезбеђују негативна и монополска овлашћења која им дају државне (јавне) власти у поступку признавања или регистрације конкретног права. Као монополска или искључива, права интелектуалне својине штите интересе или само њихових носилаца или ограниченог броја лица којима је титулар дао право коришћења. Као негативна, ова права дају својим титуларима овлашћења да забране другима да нешто чине или да их зауставе у том чињењу. Другачије речено, она не додељују својим титуларима да нешто учине (позитивно право), већ ограничавају друга лица да користе нека од својих овлашћења. У односу на уговорна права која делују само између уговорних страна, права интелектуалне својине делују према свима (*erga omnes*).² Стога се њихова повреда третира као деликт или недозвољена противправна радња у ширем смислу речи. Сложена природа права интелектуалне својине (ИП права) допринела је различитим видовима заштите. Поред судске заштите која је најраспрострањенија, у последње време чињени су покушаји да се развију алтернативни начини (видови) заштите путем арбитраже и медијације. У већини европских држава, ови покушаји су дали резултате. Поред арбитраже као начина решавања спорова из права интелектуалне својине, медијација као вид алтернативног начина решавања спорова све више добија на актуелности.

Код опредељивања за одређени начин заштите, потребно је разликовати две врсте права интелектуалне својине:³ она која захтевају регистрацију (права индустријске својине) и она која настају и постоје без регистровања, као што су ауторска права. Под појмом права индустријске својине подразумевају се три групе појава и односа који се дешавају у једном друштву. Прва група односи се на проналаске који се одликују високим степеном инвентивности чији се резултати примењују у области индустријске и занатске производње. Друга група појава и односа која се регулише индустријском својином односи се на знакове разликовања у коју се убрајају: робни и услужни жигови и оз-

¹ Вид. С. Марковић, *Патентно право*, Београд 1997, стр. 3.

² Т. Cook, А. I. Garsia, *International Intellectual Property Arbitration*, Vol. 2 of *Arbitration in Context series*, Kluwer Law International, 2010, стр. 7.

³

наке порекла производа (обележавање географског порекла). Трећа се односи на понашање субјеката на тржишту, при чему се посебна пажња поклања праву конкуренције. Са друге стране, ауторска права обухватају ауторско право и сродна права. Ауторско право дефинише право стваралаца књижевних, научних и уметничких дела. Под сродним правима се подразумевају права произвођача фонограма, видео-играма, радио-дифузије и право произвођача базе података.

Спорови могу настати и код једних и код других и могу се односити на постојање и пуноважност права интелектуалне својине, на својину над таквим правима, уговорна права и обавезе након преноса или давања лиценце за коришћење пренетих права и на спорове настале ван уговорних обавеза. Наведени спорови се у ширем смислу могу груписати на спорове који се односе на правну ваљаност (пуноважност) уписа права интелектуалне својине и на спорове који се односе на коришћење права у коме је једна од уговорних страна власник (титулар) заштићеног права. Посебну групу чине спорови који се односе на коришћење права чије се регистровање не захтева, као што су ауторска права.

За решавање набројених спорова у националним правима предвиђена је надлежност судова. О споровима који се сматрају арбитрабилним могу расправљати и арбитраже, као несудски форум.

Питање арбитрабилности се не поставља код ауторских права. Општеприхваћено мишљење је да се ови спорови, као и спорови из права индустријске својине који су настали из одређеног уговорног односа, могу решавати пред арбитражом. Питање њихове арбитрабилности није спорно.⁴

Спорови који се односе на права индустријске својине, као дела права интелектуалне својине,⁵ представљају “сиву зону” арбитрабилно-

⁴ A. Stork, “The Use of Arbitration in Copyright Disputes: IBM v. Fujitsu”, *Berkeley Technology Law Journal*, Volume 3, стр. 241–265.

⁵ Више о појму права интелектуалне својине вид; В. White, *Industrial Property and Copyright*, London 1962; S. Copinger, *On Copyright*, London 1971; D. Bainbridge, *Intellectual Property*, London 1994; A. Dietz, *Protection of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*, Paris, OECD, 1995; J. Straus, “The Patent System in the European Union, a Critical Appraisal and Suggestions for its Improvement”, *Право и праведра*, бр. 58, Београд 1997; Е. Alvater, К. Prunskiene (уред.) *Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe*, IOS, Amsterdam 1998; С. Corree, А. Yussuf (уред.), *Intellectual Property and Internatioanal Trade : The TRIPs Agreement*, Kluwer, 1998; N. Thumm, *Intellectual Property Rights*, Heidelberg 2000; У домаћој теорији: С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд 1979; М. Јањић, *Индустријска својина и ауторско право*, Београд 1982; С. Марковић, *Патентно право*, Београд 1997; З. Миладиновић, *Субјективна права интелектуалне својине*, Ниш 2004; С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево 2007; В. Бесаровић, *Интелектуална својина*, Београд 2011; Д. Поповић, *Искључива права интелектуалне*

сти и предмет су теоријских дискусија и практичких разматрања. При томе се може претпоставити да ће се општи став који национални законодавац има према приватном начину решавања спорова одразити и на могућност решавања спорова из права интелектуалне својине.⁶

Као генерално оправдање за поверавање ових спорова арбитражама, у литератури се наводи⁷ њихова специфична природа која је повезана са развојем технике,⁸ а која захтева специјализована знања која могу пре стећи арбитра, него судије у редовним судовима. Други разлог произлази из потребе да се правима интелектуалне својине обезбеди неопходна тајност, што представља услов за привредну и пословну сарадњу између носиоца и корисника права.

Као разлози против признања арбитрабилности ових спорова, најчешће се наводи начин настанка ових права. Право индустријске својине стиче се уписом у регистар. Државни орган након испитивања да ли су испуњени формални и материјални услови доноси решење о упису у регистар подносиоца пријаве као власника индустријске својине. Како ово решење у себи садржи одређене елементе јавног права који се, између осталог, огледају у дејству ових права према трећим лицима (*erga omnes*), већи број држава ове случајеве задржава у надлежности државних судова позивајући се на њихов јавни карактер и очување јавног поретка државе.

Главни проблем код признања арбитрабилности овим споровима настаје управо због различитог дејства регистрације и дејства арбитражне одлуке. Арбитражна одлука има релативно дејство и обавезује само странке из спора (*inter partes*), док регистрација права интелектуалне својине има конститутивну природу и делује према свима и против свих (*in rem*.) Због тога је у готово свим земљама прихваћен став да се спорови око уписа права интелектуалне својине *не могу* решавати арбитражним путем. Само у малом броју националних права ова врста споро-

својине и слобода конкуренција, Београд 2013; Ј. Ђеранић, *Унитарни патент*, Београд 2015.

⁶ О арбитрабилности у правима Републике Србије и Републике Хрватске вид. више Ј. Вукадиновић, “Појам арбитрабилности у арбитражним правима Србије и Хрватске”, *Актуелна питања савременог законодавства*, зборник радова са Саветовања правника, Будва 11–15 јун 2012, стр. 235–247.

⁷ В. Бесаровић, “Арбитражно решавање спорова из области интелектуалне својине,” *Међународна привредна арбитража*, Београд 1997, стр. 62 и даље.

⁸ На који начин развој технике утиче на легислативно уређење вид. више у Д. Поповић, “Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на интернету”, *Право и привреда* 4-6/2011, стр. 927–947.

ва ужива могућност арбитражног решавања.⁹ Оправдање за такав став може се тражити у правним и у политичким разлозима.

Правне разлоге требало би тражити у правној природи и особености ових права, као и у начину њиховог настанка и заштите. Патентно право често је одређено као право монополског карактера, јер се уписом власништва на жигу или патенту ствара монополска позиција уписаног титулара на одређеној територији.¹⁰ Како монополско право или монополски положај може да обезбеди само јавна власт, о евентуалним споровима због повреде или прекорачење монополског права могу одлучивати само државни органи (а не арбитража). Због свог неутралног положаја, једино је држава у стању да истовремено чува јавни интерес тако што признаје *erga omnes* дејство судским одлукама и да титулару права ИП омогући монополски положај.¹¹ Из ових разлога се спорови из права интелектуалне својине, или неки од њих, *per se* сматрају неарбитрабилним.¹²

У прилог неарбитрабилности наводи се и ограничено дејство арбитражне одлуке и ограничена надлежност арбитра.¹³ Као што је познато, арбитража своју надлежност црпи из пуноважног арбитражног уговора, док су арбитражи ограничени да одлучују само о споровима који су предвиђени истим уговором. Због тога донета арбитражна одлука производи правно дејство само за уговорне стране које су потписале уговор о арбитражи. Како се тиме не доприноси правној сигурности трећих лица, *inter partes* деловање арбитражне одлуке се наводи против арбитрабилности ових спорова.¹⁴ Али, ако арбитражна одлука буде призната од стране суда или надлежног државног органа који обавља послове уписа патената, одлука ће уживати исту правну снагу као и судска

⁹ Државе које признају арбитрабилност патентних спорова су: Белгија (чл. 51(1) Закона о патентима), Швајцарска (Одлука Савезне канцеларије за интелектуалну својину из 1975), Сједињене Америчке државе (чл. 294 Закона о патентима).

¹⁰ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfren, M. Hunter, *Redfren and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009, стр. 125

¹¹ W. Wu, "International Arbitration of Patent Disputes," *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 10(2011)384, стр. 391.

¹² Заступник ове теорије је W. L. Craig i др. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, 1990, стр. 87–90.

¹³ W. Grantham, "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes," *Berkeley Journal of Intl. Law*, 1996, стр. 184. Вид. напомену бр. 60.

¹⁴ У прилог овом ставу су и мишљења J.F. Poudret, S. Besson у: *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, стр. 303. Супротно мишљење заступају M. Mustill и S. Boyd, *Commercial Arbitration*, LexisNexis Butterworth, 2001, стр. 73, који се залажу да питање арбитрабилности спора не треба сагледавати кроз дејство арбитражне одлуке.

пресуда. У прилог релативног дејства арбитражне одлуке, тј. неарбитрабилности, говори и чињеница да арбитрари своју надлежност заснивају и црпе из конкретног арбитражног уговора којим, према правилу да нико не може пренети више права него што их сам има, уговорне стране не могу арбитраима пренети надлежност за доношење одлука са *erga omnes* дејством, већ са *inter partes* дејством. Стога арбитражна одлука као врста “приватног посла”¹⁵ обавезује само странке у поступку.

Из ових разлога потребно је правити разлику између спорова који се односе на саму регистрацију права, затим на испуњеност материјалних услова који се односе на упис права у регистар и на спорове који се односе на искоришћавање тако уписаних права. Као разлог неарбитрабилности спорова насталих као последица уписа у регистар често се наводе разлози очувања јавног поретка. Наиме, дуго година се сматрало да арбитража као приватан начин решавања спорова није подобан метод путем ког ће се решавати спорови који у себи садрже елементе јавног поретка. У том смислу, дуго година је одбијана надлежност арбитражних трибунала у споровима из повреде права конкуренције.¹⁶

Национална права која су признала арбитрабилност ових спорова су Сједињене Америчке Државе¹⁷ и Швајцарска¹⁸, док већина држава заступа став да спорови који се односе на регистрацију права индустријске својине није подобна да се решава пред арбитражним трибуналима.¹⁹

¹⁵ W. Grantham, *н. дело*, стр. 184.

¹⁶ Вид. више Ј. Вукадиновић Марковић, “Дејство норми непосредне примене у међународној трговинској арбитражи”, *Правна ријеч*, 2016, стр. 139–152

¹⁷ Чл. 294(а) Закона о патентима САД. “A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any dispute relating to patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such an agreement, the parties to any existing patent validity or infringement suit may agree in writing to settle such dispute by arbitration.”

¹⁸ Чл. 177 Закона о међународном приватном праву, чл. 5. Конкордата. Почев од 1975. године, Савезни завод за интелектуалну својину прихвата арбитражну одлуку као основ за брисање патента из регистра и проглашава га ништавим. Више о арбитрабилности интелектуалних спорова у Швајцарској у М. Blessing, “Arbitrability of Intellectual Property disputes,” *Arb. Int'l* 12(1996)2, стр. 200; R. Briner, “The arbitrability of Intellectual Property Disputes with Particular Emphasis on the situation in Switzerland,” у: *Wordwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes* (1994) WIPO, Publication br. 728(E), стр. 72; J. F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 303.

¹⁹ У Европској унији се према одредбама члана 22(4) Уредбе број 44/2001, неарбитрабилним сматрају спорови који се директно односе на пуноважност или регистрацију патената, заштитних знакова, дизајна или друга слична права која морају бити депонована или регистрована. За ове спорове је прописана искључива надлежност националних судова држава чланица у којима се води регистар. Више о појединачним националним решењима о овом питању вид. Ј. Вукадиновић Марковић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Београд 2016, стр. 207 и даље.

Са друге стране, спорови који су настали из уговора о лиценци права интелектуалне својине сматрају се абитрабилним.²⁰ Такви спорови се углавном односе на накнаду штете настале из уговора о лиценци.

Из наведеног можемо закључити да су арбитрабилни спорови из ауторских права као и спорови који су настали из уговорних односа права индустријске својине, док остали спорови који се односе на упис и власништво ових права нису на једнообразан начин решени у националним правима.

Медијација спорова из права интелектуалне својине

Медијација је конструктиван и пријатељски начин решавања спорова у коме “зарађене” стране на споразуман начин долазе до решење које је прихватљиво за обе стране уз учешће треће неутралне стране – медијатора, који помаже странкама да дођу до прихватљивог решења,²¹ а који нема наредбодавна већ саветодавна овлашћења.²²

За пропагирање медијације као начина решавања спорова из права интелектуалне својине умногоме је заслужна Светска организација за интелектуалну својину (у даљем тексту WIPO), у чијем окриљу је оформљен Центар за арбитражу и медијацију. У оквиру Центра донет је скуп правила неопходних за вођење поступка пред арбитражом и медијацијом која служе као помоћ странкама приликом одређења за овај начин решавања спора.²³

Решавање спорова у оквиру АДР програма Светске организације за интелектуалну својину све више добија на актуелности. О томе говори и пораст броја случајева који се водио у току 2016. године у односу на број спорова из 2012. године.²⁴ Мали број спорова који се претходних година водио пред центром резултат је негативног става према арбитражи и медијацији, који су махом заступали заступници “зарађених” стра-

²⁰ *Ибид.*

²¹ Н. Петрушић, “Европски стандарди и принципи решавања спорова путем медијације” у Г. Вукадиновић, А. Картаг-Одри (уред.), *Европска заједница народа и универзалне вредности*, Нови Сад, 2010, стр. 3.

²² Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2010, стр 226.

²³ Вид. више на <http://www.wipo.int/amc/en/>, приступљено дана 28. 7. 2017.

²⁴ У току 2016. године вођено је 60 поступака док је тај број у 2012. години износио свега 15 случајева. Вид. више о статистици вођених поступака на <http://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>, приступљено дана 25. 7. 2017.

на. У том смислу, неретко се могло чути да медијација као алтернатива судском начину вођења поступка није адекватан метод решавања за спорове чија је вредност велика,²⁵ док су други пак изражавали неповерење према медијаторима као стручним лицима у поступку решавања спорова који доносе одлуку која нема обавезујући карактер.²⁶

Једна од особина медијација је да почива на добровољности странака²⁷ и да се може завршити споразумом странака (поравнањем), уколико медијација успе; одлуком посредника, донетом после консултација са странкама, да се поступак обустави; изјавом неке од страна да од поступка одустаје. Уколико нека од страна одустане од процеса, сви до тада уложени преговарачки напори остају без успеха. Медијацији као начину решавања спорова може се замерити немогућност предвиђања трајања поступка и трошкова који ће такав процес преговарања изнедрити. Непостојање одлуке која би подлегла контроли било ког судског органа доводи до могућности поновног отварања поступка. Тако посматрано, основни недостатак медијације је необавезујућа одлука која је донета од стране странака и медијатора.

Са друге стране, добра страна медијације је што управо представља израз сагласности страна у спору,²⁸ те пословне тајне које се открију током преговарања то и остају, поштујући начело поверљивости.²⁹ Тако посматрана, медијација је добар начин да се реше спорови који су настали између пословних партнера на начин да одређени “спор” не буде препрека даљем развоју пословних односа.

У поређењу са арбитражом, фокус решења проблема лежи на интересу странака а не на изналажењу победника у спору, као код арбитраже.³⁰ Као и код арбитраже, а различито од судског начина решавања спорова, медијација пружа могућност избора лица као медијатора који ће поседовати специфична знања неопходна за разрешење проблема.

²⁵ W. F. Heinze “Patent Mediation: The Forgotten Alternative in Dispute Resolution” 18 *AIPLA Q J*, 1990, стр. 344.

²⁶ G. Friedman, J. Himmelstein *Challenging Conflict: Mediation through Understanding*, American Bar Association, United States, 2008, стр. 35–36.

²⁷ Начело добровољности представља једно од основних начела медијације. Од овог правила постоји изузетак када се медијација посматра као процесна претпоставка и чини услов за покретање судског или другог поступка

²⁸ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 227

²⁹ Више о начелу поверљивости вид. Н. Петрушић, “Медијација као метод решавања правних спорова”, *Право теорија и пракса*, год. 21, бр. 3/4, Нови Сад, 2004 стр. 8 и даље.

³⁰ C. Collar Fernandez, J. Spolter “International Intellectual Property Dispute Resolution: is Mediation a Sleeping Giant?”, *Dispute Resolution Journal*, број 53/3, 1998, стр. 62.

Такође, решавање спора путем медијације је брже у односу на судски начин, што у случају права интелектуалне својине, у коме је временски ограничено уживање монополских права,³¹ није занемарива чињеница.

Спорови који се могу решавати пред медијацијом као и код арбитраже познају одређена ограничења. Под тим се подразумева да спор не спада у искључиву надлежност националног суда (медијабилност *ratione jurisdictionis*) и да сам спорни правни однос испуњава одговарајуће услове (медијабилност *ratione causa*).³² Другим речима, не могу се сви спорови из права интелектуалне својине решавати путем медијације.

Према препоруци WIPO-а, спорови који се могу решавати посредовањем су спорови настали из уговора о лиценци, спорови око повреде права интелектуалне својине, спорови који се односе на власништво жига или патента, посебно у случајевима када је лице запослено па се поставља питање коме припада одговарајући предмет индустријске својине, спорови који се односе на инвентивност патената и допринос треће стране у проналажењу.³³

Поред ових, постоје и спорови за које постоји препорука³⁴ да нису подобни да се решавају путем медијације. Ти спорови се односе на спорове о жиговима који за предмет имају разликовање жигова, затим односи који се односе на *ex-ante* спорове, спорови у којима се поставља питање валидности патената и спорови који се односе на продужење временског периода важења заштите права интелектуалне својине.

Препорука Светске организације за интелектуалну својину не обавезује државе да у својим националним прописима прихвате наведене решења. Једна од држава која је прихватила медијабилност предложених спорова су Сједињене Америчке Државе.

Поред тога што дозвољавају арбитрабилност свих врста спорова интелектуалне својине, Сједињене Америчке Државе имају развијену и културу медијације ових спорова. Најочљивији пример можемо наћи код решавања патентних спорова. У овим споровима, често се оспорава власништво уписаног титулара као и испуњеност материјалних ус-

³¹ У већини држава патент важи двадесет година, заштита индустријског дизајна 25 година од дана подношења пријаве, ауторско право ужива заштиту за живота аутора и 70 година након његове смрти. Жиг и ознака географског порекла могу трајати неограничено.

³² Н. Петрушић, “Алтернативни методи решавања правних спорова у праву Републике Србије”, *Функционисање правног система Републике Србије*, Ниш, 2006, стр. 10.

³³ Вид. више на званичном сајту Mediation of Intellectual Property Disputes, доступно на: <file:///C:/Users/Ja/Downloads/mediation%20of%20IPD.pdf>, приступљено дана 27. 7. 2017.

³⁴ Вид. <https://www.cedr.com/>

лова неопходних за добијање својине над патентном (попут инвентивности одређеног патента). У споровима који би се водили пред националним судом, суд би имао комплексан задатак да испита постојање и истинитост наведених аргумената против уписа одређеног титулара као одговарајућег власника. Важи општа претпоставка да судије националних судија поседују капацитет да реше одговарајуће питање, док се у капацитет медијатора сумња. Према мишљењу америчке теорије и ставу судске праксе, медијација је више него препоручени начин решавања патентних спорова. У том смислу, Патентни закон САД³⁵ предвиђа да ће се спорови који се односе на повреду патената решавати пред арбитражом, ако постоји пуноважан уговор о арбитражи. У случају када једна од страна није задовољна донетом одлуком може покренути поступак пред другостепеним органом (Апелационим федералним судом). Како се Апелациони суд сусрео са великим бројем предмета, донета је одлука о обавезној бесплатној медијацији за странке које нису задовољне донетом арбитражном одлуком.³⁶

Имајући у виду да су Сједињене Америчке Државе прве прихватиле арбитрабилност спорова из права интелектуалне својине, основано се поставља питање да ли је овом одлуком начињен корак напред ка алтернативном начину вођења спорова и да ли ће медијација постепено заменити арбитражу.³⁷

Да бисмо одговорили на задато питање, морамо упоредити ова два начина решавања спорова кроз њихове сличности и разлике.

Поступак који се води у медијацији бржи је у односу на поступак који се води пред арбитражом.³⁸

Одлука донета у арбитражном поступку може бити поништена из разлога који сваки национални правни систем предвиђа. Одлука донета у медијацији не подлеже испитивању у поступку поништаја. Другим речима, одлука донета у поступку медијације није обавезујућа тако да је странкама на слободној вољи да ли ће одлуку извршити или не.

³⁵ U. S. Patent Act, 35 U.S. Code (Закон о патентима САД).

³⁶ C. C. Fernandez, J. Spolter, "International intellectual property dispute resolution — is mediation the sleeping giant?" *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, стр. 560

³⁷ KM Ruch-Alegant, "Markman in light of de novo review, parties to patent infringement litigation should consider the ADR option", *Temple Environmental Law and Technology Journal*, Volume 16, 1998, стр. 307

³⁸ Подаци Сингапурског завада за медијацију показују да је 90% случајева завршено у року од једног дана. Вид. више на <http://www.mediation.com.sg/>, приступљено дана 27. 7. 2017.

Самим тим, одлука донета у поступку медијације не обавезује државне органе који се баве поступком уписа и регистрације права интелектуалне својине. У том смислу, уколико се у поступку медијације утврди да је дошло до неовлашћене употребе заштићеног патента, таква одлука ће производити дејство само за странке из поступка, али не и за сва трећа лица. Исти аргумент се може употребити и за арбитражну одлуку. У системима у којима је предвиђено да арбитражна одлука буде призната од стране надлежног органа управе који врши поступак регистрације, обезбеђено је да донете арбитражне одлуке добијају јавни карактер. Другим речима, таква арбитражна одлука производиће дејство према свима³⁹ (*erga omnes*). На исти начин може се обезбедити и дејство одлуке из поступка медијације.⁴⁰ Држава која је препознала овај проблем и предвидела могућност извршења одлуке из процеса медијације је Кина, предвиђају да ће се сви споразуми произашли из медијације регистровати у суду, чиме стичу значај извршне исправе.⁴¹

Да ли ће заиста доћи до изједначавања одлуке донете у арбитражном и поступку медијације, остаје да се види. Пре тога би требало проширити поље арбитрабилних и медијабилних спорова. Које спорове ће држава допустити и препустити алтернативном начину решавања спорова, зависиће од њеног односа према недржавном начину решавања спорова, односно од тога да ли је спремна да се одрекне монопола судске власти у одговарајућим споровима.

³⁹ Такав став је заступљен у Швајцарској. Вид. више Ј. Вукадиновић Марковић, *н. дело*, докторска теза, 2016, стр. 207.

⁴⁰ Према Закону о посредовању у решавању спорова Републике Србије из 2015. (Сл. гласник бр. 55/2014), споразум о решавању спора путем посредовања може имати снагу извршне исправе ако испуњава услове предвиђене чл. 27 став 1 Закона. То би значило да поверилац може у извршном поступку наплатити своје потраживање не обавезујући се на вођење парничног поступка.

⁴¹ Вид. више Ј. Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Београд 2004, стр. 344.

Jelena Vukadinović Marković, Ph. D.
Research Fellow
Institute of Comparative Law
Belgrade

**ARBITRATION AND/OR MEDIATION AS AN ALTERNATIVE
DISPUTE RESOLUTION FOR INTELLECTUAL PROPERTY
RIGHTS**

Summary

Alternative dispute resolution offers many distinct advantages. Arbitration serves as one of the most popular and well-known forms of ADR. This binding and final method of private adjudication offers clients an alternative to courtroom litigation.

Mediation can be a useful process for certain categories of intellectual property related disputes. While the features of the mediation process itself may vary, in general mediation of one form or other is likely to be preferable to litigation in disputes where the parties desire to preserve ongoing business relationships or are ready to consider some kind of joint ownership or licensing arrangement of the intellectual property in question. Mediation will not, however, be appropriate in all instances. In particular, the confidentiality of mediation means there is no body of precedent established and no public deterrent.

But, while ADR has become more prevalent in other areas of the law, many intellectual property attorneys do not regularly consider ADR as one of their options.

Keywords: *intellectual property rights, arbitration, mediation, intellectual property rights, patent, WIPO*

ОСНОВИ СТИЦАЊА ПРАВА ЖИГА И ПРОЦЕС РЕГИСТРАЦИЈЕ – У ДОМАЋЕМ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Др Милица Ј. Чизмовић*

***Апстракт:** Поступак признања жига је строго формални, управни поступак који спроводи Институт за интелектуално власништво Босне и Херцеговине. Подносилац пријаве за регистрацију жига може бити домаће или страног, физичко и правно лице. Поступак за признање жига покреће се подношењем пријаве за регистрацију жига. Подношењем уредне пријаве подносилац пријаве стиче право првенства заштите жига у односу на све друге подносиоце пријава, за истовјетан или сличан знак. По пријему пријаве Институт испитује да ли пријава садржи све потребне податке. У току поступка регистрације жига, подносилац пријаве може одустати од пријаве у цијелости или само у погледу одређене робе, односно услуга. Пријава која испуњава формалноправне и материјалноправне услове за признање жига, објављује се у Службеном гласнику Института. Заједно са рјешењем о признању жига, Институт издаје и исправу о жигу. Законом о жигу дата је могућност и свим заинтересованим лицима да, у за то предвиђеном року, поднесу приговор на регистрацију жига.*

***Кључне ријечи:** жиг, право жига, интелектуална својина, Институт за интелектуално власништво, регистрација жига, пријава жига, поступак за признање жига, Ничанска класификација.*

1. Претраживање или ресерш жига

Приликом подношења пријаве за признање жига, подносилац пријаве може, уколико то жели, да се обрати Институту са захтјевом за

* Адвокат из Бање Луке.

претраживање базе жигова, а у циљу установљавања да ли је знак који је предмет пријаве исти или сличан неком од већ пријављених и регистрованих жигова. Та радња се зове претраживање или решерш жига. Решерш жига омогућава лицу, које је заинтересовано за регистрацију жига, да се писменим путем, неформално, лично или путем законског заступника (за страна лица) обрати Институту са захтјевом за провјеру базе података. Ова процедура је установљена из практичних разлога са циљем уштеде времена у погледу самог поступка али и непотребних новчаних издатака у случају одбијања пријаве из разлога постојања сличног или истог знака након спроведене провјере. На писмени захтјев странке или законског заступника за жигове, Институт доставља извод који садржи листу пријављених или регистрованих знакова који су слични знаку који би заинтересовано лице пријавило.

Приликом претраживања користи се документација коју чине примарни документи (списи и објављене пријаве домаћих и страних жигова), секундарни документи (билтени) и инструменти за претраживање (класификацијски материјал, периодични регистри и др.). За сврхе претраживања могу послужити и документа која нису у директној вези са жигом и то стручне и научне публикације, техничке књиге и чланци, јавна саопштења, извјештаји о научно-стручним радовима, докторске дисертације, магистарски радови и др.

2. Основи стицања права жига

Упоредно право познаје два основа стицања права на жиг, и то:

- регистрацијом и уписом жига у регистар жигова (*конститутивни систем*),
- употребом жига (*декларативни систем*).

Поред наведених, постоје и други системи стицања жига у примјени у правним системима у свијету. Систем депоновања жига (енг. *Deposition System*) јесте систем према којем се жиг стиче депоновањем знака код надлежног органа који спроводи формално испитивање постојања услова заштите. Систем огласне објаве (енг. *Cautionary Notice System*) јесте систем према којем се заштита остварује на основу објаве формалног огласа у локалној штампи, којим носилац права жига обавјештава друге о праву располагања на конкретном жигу. Постојање оваквих система стицања

права на жиг својствено је земљама које не придају велики значај заштити жига, али и код којих не постоји посебно жиговно законодавство.¹

3. Пријава жига

Поступак за признање жига покреће се подношењем пријаве за регистрацију жига. Поступак регистрације жига је строго формални поступак који спроводи надлежни орган, односно Институт за интелектуално власништво Босне и Херцеговине. Пријава је поднесак странке у управном поступку и садржи захтјев за признање једног жига, за једну или више врста робе, односно услуга. Битни дијелови пријаве прописани су Законом о жигу², а односе се на захтјев за признање жига, знак који подносилац пријаве жели да заштити жигом и списак робе, односно услуга на које се знак односи према Ничанској класификацији³. Код пријаве за признање колективног жига и жига гаранције, осим наведених битних дијелова пријаве, уз пријаву за признање колективног жига прилаже се општи акт о колективном жигу, а уз пријаву за признање жига гаранције општи акт о жигу гаранције. У вези са тим, општи акт о колективном жигу садржи податке о подносиоцу пријаве или овлашћеном лицу, одредбе о изгледу знака и роби, односно услугама на које се знак односи, затим одредбе којима се регулише ко има право на коришћење колективног жига и под којим условима, права и обавезе корисника колективног жига у случају повреде истог и одредбе које се односе на мјере и посљедице у случају непридржавања одредаба општег акта. Општи акт о жигу гаранције садржи све одредбе као и општи акт о колективном жигу али и одредбе о заједничким карактеристикама робе, односно услуга које се гарантују жигом гаранције и одредбе о надзору над коришћењем жига гаранције од стране његовог носиоца.

Подносилац пријаве за признање колективног жига или жига гаранције дужан је да сваку накнадну измјену општег акта о колективном жигу или жигу гаранције без одгађања достави за то надлежном органу, односно Институту.

¹ Златовић, Д., *Жиговно право*, Загреб, 2008, стр. 277

² Члан 15 став 3, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10

³ Ничански аранжман о међународној класификацији робе и услуга у сврху регистровања жигова донесен је на основу споразума постигнутог на Дипломатској конференцији у Ници 15. јуна 1957. године (у примјени од 1961. године), ревидиран у Стокхолму 14. јула 1967. године и у Женеви 13. маја 1977. године, а потом измијењен 28. септембра 1979. године у Женеви.

Природа пријаве жига је комплексна – процесноправна и материјалноправна. Подношењем уредне пријаве подносилац пријаве стиче право првенства заштите жига у односу на све друге подносиоце пријава за истовјетан или сличан знак којим се жели заштитити исти или сличан производ или услуге.

4. Право првенства

Подносилац пријаве стиче право првенства од датума подношења уредне пријаве у односу на сва друга лица која су касније поднијела пријаву за исти или сличан знак који служи за обиљежавање исте или сличне робе, односно услуга.⁴

4.1. Унијско право првенства

Правном или физичком лицу, које је поднијело уредну пријаву са дејством у некој земљи чланице Париске уније или Свјетске трговинске организације (СТО), приликом подношења пријаве за исти знак, робу или услугу признаће се право првенства у Босни и Херцеговини од датума подношења те пријаве, а све то под условом да је пријава поднесена у року од шест мјесеци од датума подношења пријаве у односној земљи. Лице које се позива на унијско право првенства мора Институту, уз захтјев за признање жига, назначити датум подношења, број пријаве, земљу за коју је пријава поднесена и препис пријаве овјерен од надлежног органа државе чланице Париске уније или СТО-а, као и овјерен превод преписа на једном од језика у службеној употреби у Босни и Херцеговини, а све то у року од три мјесеца од датума подношења пријаве у БиХ. Институт неће прихватити документа која нису овјерена. Подаци из пријаве морају бити вјеродостојни и идентични подацима наведеним у пријави која се подноси Институту. У случају неиспуњавања захтијеваних услова у погледу поступка остваривања права унијског првенства, Институт неће признати право првенства, већ закључком утврдити да право првенства постоји од датума подношења пријаве и наставити поступак по поднесеној пријави.

Подносилац пријаве може захтијевати признање вишеструког права првенства у једној или више земаља чланица Париске уније или СТО-а.

⁴ Бесаровић, В., *Право индустријске својине и ауторско право*, стр. 96.

4.2. Изложбено (сајамско) право првенства

Ако је подносилац пријаве употребио одређени знак за обиљежавање робе или услуге на службеној или службено признатој међународној изложби у Босни и Херцеговини или другој земљи чланици Париске уније или СТО-а, може захтијевати у пријави право првенства од првог дана излагања, односно употребе тог знака на изложби, а све то под условом да такав захтјев у пријави постави у року од три мјесеца од дана затварања изложбе. Лице које у пријави захтијева признање изложбеног (сајамског) права првенства мора доставити писмену потврду надлежног органа земље чланице Париске уније или СТО-а у којој је изложба одржана. Потврда мора садржавати податке о врсти изложбе (сајму), мјесту одржавања, датуму отварања и затварања изложбе (сајма), као и датуму излагања и прве употребе знака чија се заштита тражи, а све то са циљем доказивања међународног карактера изложбе, односно сајма. Потврду о међународном карактеру изложбе, односно сајма у БиХ, издаје Спољнотрговинска комора Босне и Херцеговине.

5. Правни оквир стицања и заштите права жига

Поступак стицања и правне заштите права жига у Босни и Херцеговини регулисан је Законом о жигу⁵ и Правилником о поступку за признање жига⁶ који су у примјени од 1. јануара 2011. године. Поступак признања жига је управни поступак који спроводи Институт за интелектуално власништво Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Институт). На сва процесна питања која нису директно регулисана Законом о жигу примјењују се одредбе Закона о управном поступку⁷ и Закон о управним споровима Босне и Херцеговине⁸.

Босна и Херцеговина је чланица Мадридског аранжмана о међународном регистровању жигова и Протокола уз Мадридски аранж-

⁵ Службени гласник БиХ бр. 53/10.

⁶ Службени гласник БиХ бр. 105/10.

⁷ Службени гласник БиХ бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13. Измјене и допуне Закона су објављене у Службеном гласнику БиХ број 12/04 од 14. априла 2004. године, ступиле на снагу 22. априла 2004. године, 88/07 од 20. новембра 2007. године, ступиле на снагу 28. новембра 2007. године, 93/09 од 1. децембра 2009. године, ступиле на снагу 9. децембра 2009. године, 41/13 од 28. маја 2013. године, ступиле на снагу 5. јуна 2013. године.

⁸ Службени гласник БиХ бр. 19/02, 88/07, 83/08, 74/10. Измјене и допуне Закона су објављене у Службеном гласнику БиХ број 88/07 од 20. новембра 2007. године, ступиле на снагу 28. новембра 2007. године, 83/08 од 14. октобра 2008. године, ступиле на снагу 22. октобра 2008. године, 74/10 од 7. септембра 2010. године, ступиле на снагу 15. септембра 2010. године.

ман који омогућава подношење захтјева за међународну регистрацију жигова путем Међународног бироа Свјетске организације за интелектуалну својину, односно подношење захтјева за проширење заштите на Босну и Херцеговину међународно регистрованих жигова. Захтјеви за проширење заштите међународних регистрација на Босну и Херцеговину испитују се у односу на апсолутне и релативне разлоге за одбијање, као и жигови који су пријављени у националном поступку.

Босна и Херцеговина је чланица Париске конвенције за заштиту индустријске својине и Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS). Такође, Босна и Херцеговина је чланица Ничанског аранжмана о међународној класификацији робе и услуга, па сходно томе класификација робе и услуга спроводи се у складу са тим аранжманом.

6. Пријава жига

Поступак за признање жига покреће се подношењем пријаве за регистрацију жига. Пријава за признање жига подноси се у сједишту Института или у испоставама Института. Поступак регистрације жига је строго формални поступак који спроводи надлежни орган, односно Институт за интелектуално власништво Босне и Херцеговине. Пријава се подноси у писаном облику, непосредно или поштом, али није искључена ни могућност предаје путем факса или службене адресе електронске поште Института. У случају непосредног подношења пријаве, датумом подношења сматраће се датум личне предаје пријаве Институту. У случају подношења пријаве путем факса, односно електронске поште, подносилац пријаве је дужан исту доставити у одговарајућем броју примјерака, најкасније у року од осам дана од дана подношења пријаве факсом или електронском поштом. Ако подносилац пријаве не достави пријаву у одговарајућем броју примјерака у року не дужем од осам дана од дана подношења пријаве, Институт ће донијети закључак о брисању такве пријаве из регистра пријава жигова и сматраће се да пријава није ни поднесена.⁹ У случају доставе пријаве поштом, препоручено или телеграфски, дан предаје поднеска пошти сматра се даном предаје органу којем је упућен.¹⁰

⁹ Члан 6, Правилник о поступку за признање жига, Службени гласник БиХ бр. 105/10.

¹⁰ Члан 93 став 2, Закон о управном поступку, Службени гласник БиХ бр. 29/02.

Пријава је поднесак странке у управном поступку и садржи захтјев за признање једног жига, за једну или више врста робе, односно услуга. Битни дијелови пријаве су:

- захтјев за признање жига,
- знак који подносилац пријаве жели да заштити жигом, и
- списак робе, односно услуга на које се знак односи према Међународној класификацији производа и услуга.¹¹

Поступак испитивања уредности пријаве жига спроводи се у складу са Законом о жигу и Правилником о поступку за признање жига. Супсидијарно, примјењује се и Закон о управном поступку.

Поступак по пријему пријаве за регистрацију жига дијели се на:

- формалноправно испитивање пријаве,
- материјалноправно испитивање пријаве.

Прва фаза испитивања пријаве жига односи се на испитивање формалних услова пријаве. По пријему пријаве, Институт испитује да ли пријава садржи све потребне податке, и то назнаку да се тражи признање жига, име и презиме, односно пословно име и адресу подносиоца пријаве, знак који подносилац пријаве жели да заштити и списак робе, односно услуга на које се знак односи.

Уколико пријава садржи све потребне податке Институт доставља подносиоцу пријаве примјер овјереног захтјева на којем је наведен датум пријема захтјева и припадајући списак робе и/или услуга. Уколико пријава не садржи неке од наведених дијелова, Институт ће позвати подносиоца пријаве да у додатном року (не краћем од 30 дана, нити дужем од 60 дана) отклони све недостатке. Институт може на захтјев подносиоца пријаве продужити рок за отклањање недостатака, уз плаћање прописане таксе и посебних трошкова, за вријеме које сматра примјереним, а које не може бити краће од 15 дана, нити дуже од 60 дана. Ако подносилац пријаве у накнадно одређеном року отклони недостатке, Институт ће као датум подношења пријаве признати датум када је подносилац пријаве отклонио недостатке и то констатовати у закључку. Ако подносилац пријаве у накнадно одређеном року за отклањање недостатака исте не отклони, Институт ће закључком одбацити пријаву.

Друга фаза испитивања уредности пријаве је материјалноправна. Институт по службеној дужности испитује материјалноправне услове

¹¹ Члан 15 став 3, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10, као и члан 7 став 1, Правилник о поступку за признање жига, Службени гласник БиХ бр. 105/10.

за признање жига, а који се односе на апсолутне разлоге за одбијање пријаве жига.¹²

7. Раздвајање пријаве и регистрације

Подносиоцу пријаве дата је могућност раздвајања пријаве на двије или више пријава у односу на попис производа или услуга обухваћени пријавом или регистрацијом.¹³ Захтјев за раздвајање пријаве и регистрације подносилац захтјева може поднијети у току поступка за регистрацију жига, односно најкасније до уписа жига у Регистар жигова. Издвојена пријава задржава датум подношења првобитне пријаве и њено право првенства. Издвојена пријава мора имати као предмет заштите знак који је био садржан у првобитној пријави. Свака варијација знака, чак и у мањем облику, доводи до губитка права првенства по основу првобитне пријаве. Овакав став правне теорије у складу је са начелом јединства жига по којој пријава садржи захтјев за признање само једног жига који се односи на једну или више робе или услуга.

Основна претпоставка раздвајања пријаве је њена комплексност у односу на предмет пријаве. У вези са тим, раздвајањем пријаве постиже се већа ефикасност поступка у погледу заштите жига јер се поступак регистрације умјесто једног сада спроводи кроз два или више одвојених поступака. За сваку издвојену пријаву мора се поднијети засебан захтјев.

Попис робе или услуга наведен у свакој издвојеној пријави мора у потпуности одговарати попису робе или услуга из првобитне пријаве. У супротном, свака издвојена пријава ће се третирати као нова пријава, што ће довести до губитка права првенства по основу прве пријаве.

За сваку издвојену пријаву доноси се посебно рјешење и додјељује се нови број, а заступник одређен за заступање по основу прве пријаве остаје заступник и у односу на издвојене пријаве.

8. Измјена и одустајање од пријаве

У току поступка признања жига могуће је уношење одређених измјена у пријави жига. Измјене се најчешће тичу предмета чија се за-

¹² Члан 6 став 1, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10.

¹³ Члан 28, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10 .

штита тражи. Измјеном ће се сматрати свака промјена предмета заштите али само под условом да се предмет заштите сужава, а не и проширује. Није дозвољена битна измјена изгледа знака, као ни допуњавање листе производа и услуга за коју се заштита тражи. Дозвољена је измјена изгледа знака само у случајевима када знак садржи назив и адресу подносиоца пријаве, под условом да таква промјена не представља битну промјену идентитета знака. Измјеном знака неће се сматрати превод, транслитерација и транскрипција истог, као ни исписивање знака посебним типом слова. Међутим, Институт ће сваку измјену типа слова тумачити рестриктивно, тако да у обзир може доћи само стандардни тип слова. Измјена типа слова која би довела до тога да се вербални знак претвори у фигуративни, као и она која би утицала на дистинктивност знака, неће бити дозвољена. Дозвољеним измјенама сматраће се и промјене на страни подносиоца пријаве у случају преноса права на треће лице.

Најчешћи разлози за измјену пријаве су грешке или пропусти у попуњавању пријавног обрасца. Свака измјена пријаве мора се третирати на начин да се истом не врши злоупотреба у погледу елемената чија је накнадна измјена законом дозвољена и чије су границе измјене законом утврђене. Свака радња измјене која би излазила из законом утврђених граница сматрала би се злоупотребом.

Током трајања поступка регистрације жига, подносилац пријаве може одустати од пријаве у цјелини или само у погледу одређене робе, односно услуга. У случају када подносилац пријаве одустане у цијелости од регистрације жига, Институт ће донијети закључак о обустављању поступка, а пријава престати да важи наредног дана од дана предаје изјаве о одустајању. Уколико је у Регистру пријава у корист трећег лица уписано одређено право, подносилац пријаве не може да одустане од пријаве без претходне писмене сагласности лица на чије је име уписано то право.¹⁴

9. Подносилац пријаве

Подносилац пријаве за регистрацију жига може бити физичко и правно лице. Страна физичка и правна лица уживају иста права као и домаћа физичка и правна лица према одредбама Закона о жигу, под условом да такав њихов статус произлази из одредаба међународних уговора

¹⁴ Члан 27, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10.

или конвенција којима је Босна и Херцеговина приступила или ратификовала или из принципа реципроцитета.¹⁵ Овакав став правне теорије резултат је савремених теоријских и законских рјешења по којима странци треба да уживају иста права као и домаћи држављани. Ранија схватања правне теорије темељила су се на принципу привилегија, које су биле намијењене само домаћим држављанима.

Принцип реципроцитета може бити формални и фактички. Формални реципроцитет остварује се помоћу међународних уговора (билатералних или мултилатералних). Страни држављани који не могу да остваре заштиту жига примјеном формалног реципроцитета, заштиту могу да остваре путем фактичког реципроцитета. У овом случају, страни држављанин ће остварити заштиту жига на територији Босне и Херцеговине, само и ако држављанин Босне и Херцеговине може под истим условима остварити заштиту жига на територији земље из које је страни држављанин. Постојање овог реципроцитета потребно је доказати за сваки случај посебно из разлога другачијег правног регулисања ове материје у правним системима земаља. Лица без држављанства, из разлога одсуства припадности некој од земаља, не могу остварити права по основу права реципроцитета.

Страно физичко или правно лице мора одредити заступника који ће их заступати у поступку пред Институтом. Заступник може бити физичко или правно лице које је уписано у Регистар заступника. Домаћа физичка и правна лица пред Институтом могу, уколико то желе, иступати и самостално.

10. Регистри

Институт за интелектуалну својину Босне и Херцеговине води Регистар пријава за признање жига, Регистар жигова и Регистар заступника за заштиту жигова у електронском облику.

У Регистар пријава уписују се подаци о битним дијеловима пријаве и други подаци прописани прописом о спровођењу. Садржина регистра пријава за признање жига регулисана је Правилником о поступку за признање жига.¹⁶

Институт води и Регистар жигова у електронском облику.

¹⁵ Члан 5, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10.

¹⁶ Члан 2 став 2, Правилник о поступку за признање жига, Службени гласник БиХ бр. 105/10.

Садржина и облик податка о међународном регистровању жигова прописани су Мадридским аранжманом о међународном регистровању жигова, протоколом који се односи на Мадридски аранжман и Заједничким правилником Мадридског аранжмана и Мадридског протокола.

Међународни регистар жигова води се код Међународног бироа Свјетске организације за интелектуалну својину. На писмени захтјев заинтересованог лица и уз плаћање таксе и трошкова поступка Институт ће доставити податке о међународно регистрованим жиговима са дејством на Босну и Херцеговину.

Осим наведених регистара, Институт води и Регистар представника за жигове у електронском облику.

11. Објављивање жига у Службеном гласнику¹⁷

Уколико пријава жига задовољава законом прописане услове за регистрацију жига, регистровани жиг објављује се у Службеном гласнику Института.

Подаци о регистрованом жигу означавају се INID (енгл. *Internationally agreed Numbers for the Identification of Data*) кодовима за идентификацију библиографских података о жиговима, које је установила Свјетска организација за интелектуалну својину. У складу са WIPO ST. 60 нормом, објављују се сљедећи подаци: број пријаве, датум подношења пријаве, датум објаве пријаве, датум изложбеног првенства, број прве пријаве, датум подношења прве пријаве, држава или организација подношења прве пријаве, име и адреса подносиоца пријаве, име и адреса заступника, изглед знака, назив боје (или боја), заједнички или јамствени жиг, тродимензионални знак, ознака разреда према Ничанској класификацији.

12. Мишљење заинтересованог лица

Након објављивања пријаве, свако заинтересовано лице (физичко или правно, удружење произвођача робе или услуга, пружаоца услуга, трговци или потрошачи), може, у року од 90 дана од датума објављивања, Институту доставити писмено мишљење у којем се образлажу разлози

¹⁷ Службени гласник Института за интелектуалну својину Босне и Херцеговине.

зашто знак из објављене пријаве не испуњава услове за регистрацију. Овако широко постављеном активном легитимацијом омогућено је да било које заинтересовано лице укаже на постојање апсолутних разлога за одбијање регистрације жига. Институт ће на основу запримљеног мишљења поново размотрити одлуку о признању. Након што размотри разлоге наведене у мишљењу заинтересованог лица, Институт ће доставити мишљење подносиоцу пријаве на одговор на који се подносилац пријаве може изјаснити у року не краћем од 15 дана, нити дужем од 30 дана. Након изјашњавања подносиоца пријаве на разлоге наведене у мишљењу заинтересованог лица, Институт ће слободном оцјеном донијети одлуку о признању или одбијању захтјева за признање жига. Одлука Института је интерног карактера и о истој заинтересовано лице које је доставило писмено мишљење неће бити обавијештено.

13. Приговор

У року од 90 дана од дана објављивања пријаве у Службеном гласнику Института, заинтересовано лице може, позивајући се на релативне разлоге за одбијање пријаве жига, поднијети приговор на регистрацију жига.¹⁸ Рок за подношење приговора је строг рок са преклузивним посљедицама и не може се ни из којег разлога продужити. У оквиру законског рока предвиђеног за подношење приговора, подносилац приговора може поднијети нови приговор ширег и/или другачијег садржаја.

Приговор се подноси у писаној форми у два примјерка, а мора садржавати сљедеће податке, и то:

- а) име и презиме, односно назив подносиоца приговора и његову адресу, односно пословно сједиште,
- б) детаљно образложене све разлоге и доказе на којима подносилац приговора заснива приговор и којима доказује статус заинтересованог лица из члана 35 Закона о жигу,
- в) све објављене податке о пријави против које се приговор подноси, укључујући и број пријаве, име и презиме и адресу, односно назив и пословно сједиште подносиоца пријаве и изглед пријављеног знака са списком врсте робе и услуга,
- г) уредну пуномоћ, ако се приговор подноси посредством заступника.¹⁹

¹⁸ Члан 7, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10.

¹⁹ Члан 36, Закон о жигу, Службени гласник БиХ бр. 53/10.

Након пријема приговора, Институт испитује да ли је приговор у складу са свим захтјевима прописаним у чл. 35 и 3. Закона о жигу. Ако приговор испуњава услове прописане законом, Институт ће приговор доставити подносиоцу пријаве на писмени одговор у року од 60 дана. У случају да приговор не испуњава услове прописане законом, Институт ће исти закључком одбацити. Подносилац пријаве може у року од 60 дана да дâ одговор на приговор. Институт испитује оправданост навода из приговора и у вези са тим може да одреди и усмену расправу. У случају ако се подносилац пријаве не изјасни на наводе у приговору, Институт ће у границама навода изнесених у приговору одбити поднесени захтјев за признање жига.

По спроведеном поступку по приговору, Институт ће донијети **рјешење о одбијању приговора или о дјелимичном одбијању приговора и дјелимичном признању захтјева за признање жига или о одбијању захтјева за признање жига**. Заједно са рјешењем о признању жига, Институт издаје исправу о жигу.

Закључак

Босна и Херцеговина је, као дио процеса хармонизације домаћих прописа са прописима Европске уније, извршила усаглашавање закона из области права интелектуалне својине и на тај начин успоставила квалитетан правно-нормативни оквир за развој и опстанак система интелектуалне својине уопште. Поступак стицања и правне заштите права жига у Босни и Херцеговини регулисан је Законом о жигу и Правилником о поступку за признање жига. На сва процесна питања која нису директно регулисана Законом о жигу примјењују се одредбе Закона о управном поступку и Закона о управним споровима Босне и Херцеговине. Поред Закона о жигу, у примјени су и други правни прописи који на индиректан начин регулишу питања у вези са правом жига и мјерама и поступцима заштите који се спроводе као дио управноправне заштите жига против лица која су извршила повреду права жига, као и надзор над спровођењем прописа у директној вези са правом жига.

Milica J. Cizmovic, Ph.D
Attorney in Banja Luka

THE ACQUISITION OF TRADEMARK RIGHTS AND REGISTRATION PROCESS – IN THE NATIONAL AND COMPARATIVE LAW

Summary

The procedure of trademark registration is a strictly formal, administrative procedure that is carried by the Institute for Intellectual Property of Bosnia and Herzegovina. The applicant for trademark registration can be a local or foreign natural and legal entity. The procedure of trademark registration is initiated by submitting the application for trademark registration. By submitting an adequate application the applicant gains priority with respect to trademark protection, in relation to all other applicants, for an identical or similar sign. Upon reception of the application the Institute examines whether the application contains all the necessary data. In the course of the procedure of trademark registration, the applicant can opt out of the application entirely, or only with respect of certain merchandise or services. The application that meets the formal-legal, as well as material-legal conditions for trademark recognition, is published in the Official Gazette of the Institute. Together with the decision on trademark registration the Institute issues the trademark related document. The Trademark Law provides for the possibility for all the interested parties to make representations about trademark registration, within the prescribed deadline.

Key words: *trademark, trademark rights, intellectual property, Institute for Intellectual Property, trademark registration, trademark application, the procedure of trademark registration, Nice Classification.*

ЗНАЧАЈ ИНВЕСТИЦИОНЕ КЛИМЕ И ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ ЗА ПРИВЛАЧЕЊЕ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

Јована Брашић Стојановић*

Апстракт: У савременим условима пословања окарактерисаним процесом глобализације, у којима стране инвестиције постају основа за развој привредних система, стварање повољног инвестиционог окружења за привлачење страних инвестиција постаје примарни циљ држава увозница капитала. Подстицајно окружење које ће одредити страног инвеститора да улаже на територији државе увознице капитала, омогућити јачање конкурентности, стварање стабилног институционалног и регулаторног оквира и пружити правну сигурност страним инвеститорима и њиховом улагању, неопходно је како би стране инвестиције, осим доношења високих профита свом власнику, додатно допринеле и бржем привредном развоју државе увознице капитала. Предмет рада јесте анализа инвестиционе климе погодне за привлачење страних инвеститора, као и подстицајних механизма који доприносе прливу страног капитала. Имајући у виду значај правне сигурности као успешног фактора за привлачење страних инвестиција, у фокусу анализе јесте правни аспект инвестиционе климе у држави увозници капитала, а уз осврт на карактеристике пословно-правног амбијента у Републици Србији.

Кључне речи: стране инвестиције, страни инвеститор, пословно окружење, правна сигурност, инвестициона клима, инвестициони подстицаји.

* Асистент, Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу.

Уводна разматрања

Са процесом глобализације дошло је до промене става о значају страних инвестиција, те земље у развоју, којима су финансијска средства неопходна, настоје да створе повољне услове пословања, који ће мотивисати стране инвеститоре да свој капитал инвестирају на њиховој територији. Прилив капитала од страних инвестиција доприноси повећању прихода државе увознице капитала, уравнотежењу платног биланса, омогућава нова запошљавања, јача конкурентност тржишта и подстиче иновативност кроз ефекат преливања знања и усвајања савремених технологија, чиме стране инвестиције постају важан елемент привредног развоја.

Долазак страних инвеститора изискује од државе увознице капитала стварање повољне инвестиционе климе, која би мотивисала стране инвеститоре да свој инвестициони пројекат реализују управо у тој држави. Страни инвеститори биће подстакнути на инвестирање у држави увозници капитала уколико пословно окружење буде такво да омогућава бројне погодности, стабилност правног положаја и гаранције од некомерцијалних ризика. Стога, државе којима су неопходна финансијска средства и стране инвестиције за остваривање привредног развоја, континуирано раде на унапређивању инвестиционе климе тежећи политичкој и економској стабилности, либерализацији тржишта и стварању поузданог, јасног и транспарентног правног система.

Најважнији елемент инвестиционе климе јесте некомерцијални ризик коме је страни инвеститор изложен током трајања инвестиционог пројекта. Некомерцијални ризик постоји независно од страног инвеститора и не односи се на економске услове пословања, већ у себе укључује читав низ политичких и правних ризика, аката државе којима је страна инвестиција изложена, а који се односе на сигурност имовине страног инвеститора и промену правног режима коме је страна инвестиција подвргнута. Висок ниво некомерцијалног ризика страног инвеститора доводи у неповољан правни положај, што се потом одражава на остваривање његовог примарног циља, стицање профита. Стога, настојећи да створе повољно пословно окружење, државе увознице капитала заправо настоје да некомерцијални ризик сведу на најнижи ниво. Такође, креирању повољне инвестиционе климе посебно доприносе и подстицаји које као посебне погодности државе увознице капитала одобравају страним инвеститорима.

Инвестициона клима саздана је из више различитих аспеката, који са своје стране утичу на стварање крајње слике о повољности одређене државе као инвестиционе дестинације, а међу њима се посебно издвајају инфраструктурни аспект, политички аспект и као најважнији правни аспект инвестиционе климе. Стабилан, поуздан и транспарентан правни оквир пружа неопходну правну заштиту страном инвеститору и омогућава успешно планирање свих фаза извођења инвестиције. Такође, ефикасна администрација, једнаки услови пословања за све учеснике на тржишту и сигурност власништва имају снажан утицај на стране инвеститоре приликом одабира места реализације своје инвестиције. Побољшање инвестиционе климе подразумева стварање услова за интензивнији прилив страних инвестиција. Стога, предмет даљег разматрања јесте инвестициона клима у државама увозницама капитала, њене карактеристике, предности и недостаци у процесу привлачења страних инвестиција. Укратко се анализира сваки од аспеката инвестиционе климе, инфраструктурни аспект, политички аспект, док се имајући у виду значај правне сигурности као подстицаја за привлачење страних инвеститора, правном аспекту, као најважнијем, посвећује посебна пажња. Но, како би се анализирано инвестиционо окружење и потенцијални подстицаји, неопходно је поћи од дефинисања страног улагања.

Појам страних инвестиција

Имајући у виду значај страних инвестиција услед ефекта који остављају на привреду држава увозница капитала, посебно на привреду сиромашних или презадужених држава, а који се манифестују кроз раст бруто домаћег производа, повећање стопе запослености, унапређење организационих способности и знања запослених, неопходно је прецизно дефинисати појам стране инвестиције. Такође, потреба за јасним дефинисањем стране инвестиције настаје и услед чињенице да до реализовања страних инвестиција долази на основу уговора о страном улагању између државе увознице капитала и страног инвеститора, те да уговорне стране имају различите интересе што може узроковати конфликт између њих и довести до инвестиционог спора. Страни инвеститор мотив за прекогранично кретање капитала тражи у разлици у цени капитала и погодностима које му пружа држава увозница капитала, а које се манифестују у бољим и јефтинијим условима пословања. Примарни интерес државе јесте бржи привредни развој, што се постиже повећањем

јавних прихода и приливом додатног капитала из иностранства. Није потребно посебно истицати да од претходне квалификације спорних полова као страних инвестиција, или као класичних комерцијалних полова, зависи не само надлежни форум, већ и меродавно право, а самим тим и дужина трајања спора, пратећи трошкови и исход спора.¹

Међутим, у теорији и правним изворима који регулишу право страних улагања јединствена дефиниција појма стране инвестиције не постоји. Према схватању које преовладава у теорији, под страним инвестицијама подразумева се трансфер средстава или материјала из једне земље (држава извозница капитала) у другу земљу (држава увозница капитала) у замену за директно или индиректно учешће у приходи-ма тог предузећа.²

Један од важнији извора права, који регулише решавање инвестиционих спорова са страним елементом, јесте Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција).³ Међутим, ни Конвенција о решавању инвестиционих спорова не садржи одредбу којом се дефинише страна инвестиција. Да би дошло до заснивања надлежности Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД арбитража)⁴ неопходно је да се ради о правном спору између државе потписнице и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Међународни центар за решавање инвестиционих спорова.⁵ То даље упућује да квалификовање неког спора као инвестиционог претходно захтева одређивање појма стране инвестиције у сваком конкретном случају, што је дискрециона оцена самих арбитра.

¹ Р. Вукадиновић, „Појам и правно регулисање страних инвестиција“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2016, стр. 149.

² Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 235, према: *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New York: North-Holland Pub. Co.; New York, Vol.8, стр. 246.

³ Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, сачињене у Вашингтону 18. марта 1965. године, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 2 од 12. маја 2006. године

⁴ Међународни центар за решавање инвестиционих спорова установљен је Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава са циљем да пружи олакшице за посредовање и арбитражу инвестиционих спорова између држава потписница и држављана других држава потписница (члан 1 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава)

⁵ Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, члан 25, став 1.

Део инвестиционе легислативе јесу и билатерални споразуми између држава о узајамном подстицању и заштити страних инвестиција. Република Србија потписник је преко четрдесет билатералних споразума у чијим клаузулама је садржана дефиниција стране инвестиције. У Нацрту типског споразума Републике Србије о узајамном подстицању и заштити улагања садржана је дефиниција улагања, што се потом аналогно примењује и на дефинисање страних инвестиција приликом закључивања новог билатералног споразума.⁶

Основна подела страних инвестиција јесте на директне стране инвестиције, портфолио инвестиције и мешовите облике или заједничке пословне подухвате уговорног карактера, а критеријум разликовања јесте остваривање трајних пословних интереса и учешћа у управљању предузећем у које се улаже.⁷ Круцијални значај за привредни развој земаља имају директне стране инвестиције као један од облика прекограничног улагања капитала. Директне стране инвестиције представљају улагање капитала од стране компаније једне државе у неку производну или економску активност у другој држави, у виду стварања нове компаније, улагања у постојећу компанију или учешће у заједничком пројекту, при чему та компанија задржава власништво над уложеним капиталом.⁸

У позитивном праву Републике Србије које регулише материју права страних улагања, страна улагања дефинисана су Законом о улагањима⁹, док се у Закону о девизном пословању налази и дефиниција директног страног улагања.¹⁰ Сходно одредбама ових закона, страном улагање јесте улагање страног улагача, док је директно страном улагање улагање резидента у иностранству или нерезидента у Републици Србији у правно лице са циљем да се укључи у управљање у пословима тог правног лица.

⁶ Нацрт типског споразума Републике Србије о узајамном подстицању и заштити улагања (<http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>, посећено: 29. 8. 2017. године), члан 1.

⁷ Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, стр. 235.

⁸ Б. Дашић, *Стране директне инвестиције и регионални развој Србије*, Лепосавић, 2011, стр. 61.

⁹ Закон о улагањима Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 89/2015, члан 3, став 3.

¹⁰ Закон о девизном пословању Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 62/2006, 31/2011, 11972012 и 139/2014, члан 2, став 17.

Карактеристике инвестиционе климе

Процес глобализације замаглио је вештачке границе које постоје између економских и друштвених систем широм света.¹¹ Такви услови све тешњег повезивања различитих економских система условили су стално растући значај страних инвестиција, те самим тим и тежњу држава увозница капитала да привуку стране инвеститоре. Коришћење различитих инструмената и предузимање различитих мера од стране државе увознице капитала у спровођењу економске политике, пресудно утиче на обликовање инвестиционе климе. Међутим, на креирање инвестиционе климе, поред економских фактора, битно утичу и фактори правног, политичког и друштвеног карактера. Страни инвеститори охрабрују се за улагање на домаћој територији кроз гарантовање правичног и поштеног третмана страних инвестиција, јачање правног оквира, информисање страних инвеститора и транспарентност, омогућавање коришћења ресурса, порески режим, омогућавање стицања високих профита и равноправан третман свих страних инвеститора. Стога, под инвестиционом климом подразумева се скуп институционалних, инфраструктурних и правних аспеката страног улагања.¹²

Инфраструктура у држави увозници капитала одликује се расположивим постројењима за производњу, информационим технологијама, саобраћајном инфраструктуром, основним захтевима у погледу воде, струје и телекомуникација, обиљем природних ресурса, као и погодностима које пружа локација за обављање трговачке делатности. Посебна инфраструктурна компонента од значаја за привлачење инвестиција у производњу или делатност пружања услуга, када је за ту делатност потребно едуковано техничко особље и управљачки кадрови, јесу људски ресурси који обухватају постојање школоване, ефикасне, дисциплиноване и јефтине радне снаге.¹³

Стабилна политичка ситуација у држави увозници капитала, која подразумева низак степен некомерцијалног ризика, важан је елемент инвестиционе климе. Прилив страних инвестиција захтева спровођење стабилне макроекономске политике, пре свега фискалне и девизне економске политике од стране државе увознице капитала, потом постојање

¹¹ J. Letnar Čeranič, *Corporate human rights obligations and international investment law*, ACIDI, Bogotá, Vol. 3 Especial, 2010, str. 244.

¹² П. Цветковић, *Међународно-правна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, Правни факултет Ниш, 2005, стр. 94.

¹³ Исто, стр. 96.

слободног и отвореног тржишта на коме су услови за пословање конкурентски. Политичка несигурност утиче на економске перформансе укупног инвестиционог амбијента, што се одражава директно на висину профита који страни инвеститор може остварити, те делује дестимулишуће на долазак страних инвеститора. Такође, кредибилитет који ужива влада државе увознице капитала у иностранству посебно може деловати охрабрујуће на стране инвеститоре.

Важан фактор одређивања привлачности економско-правног амбијента за страна улагања, поред утврђених права која се гарантују страним инвеститорима, јесу олакшице и подстицаји које им нуди законодавство државе увознице капитала.¹⁴ Подстицаји се могу сврстати у неколико група, међу којима се истичу фискални подстицаји, финансијски подстицаји и остали подстицаји у које се сврставају и регулаторне олакшице омогућене правним прописима. Фискалним подстицајима умањује се пореско оптерећење страног инвеститора, док се финансијским подстицајима омогућава директно одобравање новчаних средстава страним инвеститорима ради финансирања инвестиционих пројеката.¹⁵ Остали подстицаји су најчешће регулаторног карактера.¹⁶ Овом групом подстицаја смањују се рестрикције и ограничења за кретање капитала, предвиђају се нормативи и стандарди који се морају поштовати током стварања добара и услуга, а који се односе на заштиту животне средине, безбедност на раду, поштовање људских права и слобода. Коришћење подстицаја за стране инвеститоре оправдано је када трошкови њиховог увођења и примењивања не превазилазе користи које држави увозници капитала доносе стране инвестиције. Стратегија привлачења страних инвестиција заснована на подстицајима и погодностима које се пружају страном инвеститору показала се као ефикасно средство у креирању инвестиционог амбијента. Сагледавањем интереса страних инвеститора уз анализу величине тржишта, неопходних трошкова пословања, тржишта радне снаге и конкурентности тржишта у држави увозници капитала, могуће је унапредити укупну инвестициону климу, побољшати промотивне програме и спровести стратегију привлачења страних инвестиција.

У обликовању инвестиционе климе посебно су значајне мере које држава предузима не би ли постигла јединствен правни режим

¹⁴ Н. Аврамовић, *Страна директна улагања и транзиција*, Београд, 2006, стр. 83.

¹⁵ V. Bilas, „Poticanje inozemnih izravnih ulaganja i konkurencija među zemljama“, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, godina 4, 2006, стр. 90.

¹⁶ Ј. Лабудовић Станковић, Н. Тодоровић, „Конкуренција држава у циљу привлачења инвестиција“, *Правни живот*, бр. 11/2016, стр. 115.

свих страних инвеститора и омогућила им материјалноправну заштиту, процесноправну заштиту и заштиту осигурањем.¹⁷ Најважнији фактор привлачења страних инвестиција јесте стабилан, предвидљив и ефикасан правни систем, који ће пружити извесност у правима и обавезама и сигурност стечених права страном инвеститору. Правни прописи о улагању страног капитала представљају основ и оквир за почетак инвестирања, а нису од мање важности ни за стварање правне сигурности.¹⁸ Пословни однос између државе увознице капитала и страног инвеститора заснива се уговором, а карактеришу га дуготрајност и двострана обавезност уговора, што даље значи да би ризик и одговорност требало поделити између уговорних страна. Подела ризика омогућава да сваки учесник у пословном односу преузме ризик којим може да управља на најадекватнији начин, чиме се постиже већа ефикасност ових облика повезивања.¹⁹ Међутим, оно што отежава успостављање оваквог односа јесте чињеница да се ради о асиметричном уговору јер уговорне стране иступају са различитих позиција моћи. Док је страни инвеститор приватни партнер, који поседује капитал, опрему, технологију и знања, држава наступа са позиција суверена и располаже регулаторним овлашћењима којима битно може утицати на правни положај страног инвеститора. Како уговор настаје као продукт сагласности воља обе уговорне стране, у тренутку потписивања уговора утврђује се заједнички интерес, који се за обе стране своди на стицање профита, односно прихода, те се уговором предвиђају услови који погодују обема странама. Међутим, како се ради о дугорочном уговорном односу, током кога долази до промене бројних друштвених и економских околности, може доћи и до промене околности које би страног инвеститора довеле у неповољнији правни положај. Стога, најважнији услов за формирање повољне инвестиционе климе и привлачење страних инвеститора јесте сигуран и стабилан правни оквир, којим се дефинишу најважнији услови пословања и реализације стране инвестиције. Централно питање јесте изналажење равнотеже између политичких потреба државе и омогућавање страном инвеститору да планира своје пословање.²⁰

¹⁷ Види више о томе: П. Цветковић, *Међународно-правна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, стр. 7–11.

¹⁸ Д. Раденковић-Јоцић, *Стране инвестиције у земљама у транзицији*, Београд, 2007, стр. 17.

¹⁹ М. Кнежевић, „Институционални оквир развоја јавног и приватног сектора у Републици Србији“, *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Економски факултет Крагујевац, 2013, стр. 124.

²⁰ М. Hirsch, „Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law“, *The journal of world investment & trade*, 2011, стр. 783.

Правни аспект инвестиционе климе

Стабилан и поуздан регулаторни оквир у држави увозници капитала неопходан је за успостављање концепта спољнотрговинске политике који ће утицати на привлачење страних инвеститора. Посебно значајно јесте јачање регулаторног оквира који развија концепт привлачења страних инвестиција кроз партнерство државе увознице капитала и страног инвеститора.

Привредни развој државе директно зависи од институционалне развијености, спроводљивости закона и поступања лица надлежних за очување законитости. Правни оквир страних улагања треба да охрабри предузетништво, подржи развој конкуренције и осигура стабилност, уз прегледност норми применљивих на правни режим страних инвестиција.²¹ Важан фактор поспешивања страних инвестиција јесу правни прописи државе увознице капитала који регулишу право страних улагања, а који омогућавају креирање стабилног, транспарентног и привлачног пословног окружења. Такав инвестициони амбијент даље значи умањење трошкова за страног инвеститора, елиминисање потребе за информацијама и обавештавањима, повољан правно-друштвени амбијент.²²

Полазна основа стабилног правног система, који пружа заштиту страном инвеститору, јесте регулаторан оквир који чине међународни споразуми, билатерални споразуми између држава о подстицању и заштити страних инвестиција, законски прописи, али и уговор о улагању између државе увознице капитала и страног инвеститора, а који омогућавају страном инвеститору сигурност у погледу минималног стандарда поступања државе увознице капитала према страном инвеститору и његовом улагању кроз национални третман, клаузулу најповлашћеније нације, кишобран клаузулу, стабилизациону клаузулу. Посебно значајна за сигурност правног положаја страног инвеститора у држави увозници капитала јесте стабилизациона клаузула. Код стабилизационе клаузуле реч је о обавезивању државе, односно обећању државе да неће примењивати на улагача, односно на његово улагање, измене у сопстве-

²¹ П. Цветковић, *Међународно-правна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, стр. 98.

²² В. Митровић, И. Митровић, „Конкурентност и привлачење страних директних инвестиција“, *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Економски факултет Крагујевац, 2013, стр. 437.

ном законодавству које би за њега могле бити неповољне.²³ Када држава, користећи своје суверено право, примени новодонето законодавство на улагача коме је обећала стабилност, арбитражни суд је не може обавезати да од тога одустане и да изврши своју уговорну обавезу према улагачу, али је може прогласити међународно одговорном за повреду његових права гарантованих уговором.²⁴ Стабилизациона клаузула свакако ојачава позицију страног инвеститора у случају спора.²⁵ Промене у законодавству, кршење уговорних аранжмана, недоступност независног правосудног система, понашање законодавне, извршне и судске власти, важан су елемент правног окружења као дела инвестиционе климе.

Подстицајно инвестиционо окружење захтева јасне прописе који не остављају простора за дискриминацију и значе политичку и макроекономску стабилност. Један од најважнијих правних принципа којима се јача положај страног инвеститора јесте принцип равноправности домаћих и страних инвеститора, али и једнак правни положај без дискриминације међу страним инвеститорима.

Унапређење опште инвестиционе климе и изградња спољне слике о држави увозници капитала у иностранству најбоље се постиже јасним, недвосмисленим и поузданим правним прописима. Такви прописи омогућавају спровођење реформе пословног окружења, која подразумева рад на јачању правне сигурности и успешном развоју привреде. Посебна пажња поклања се раду на условима који се захтевају за реализовање инвестиционог пројекта, међу којима се фокус ставља на правне прописе о административним институцијама и процедурама потребним за добијање неопходних дозвола. Како је основни циљ привлачење страних инвестиција, неопходно су једноставне процедуре оснивања предузећа и пружање пуне подршке инвеститорима. Регулисање имовинскоправних односа, сигурност власништва и јасан својински режим на земљишту нужни су за долазак страних инвеститора. Посебни подстицаји за стране инвеститоре чине се омогућавањем слободног трансфера добити, слободног увоза опреме, повраћајем плаћених царинских трошкова, заштитом од национализације и експропријације.

²³ М. Станивуковић, „Стабилизациона клаузула и клаузула о заштити стечених права“, *Liber Amicorum Гашио Кнежеввић*, Правни факултет Београд, 2016, стр. 555

²⁴ Исто, стр. 559.

²⁵ П. Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007, стр. 54.

Инвестициона клима у Републици Србији

Уз стално настојање да се постојећи законски оквир побољша у циљу отклањања препрека за спровођење концепта јавно-приватног партнерства, Република Србија попут других европских земаља реформише законодавну регулативу у овој области и између осталог доноси и закон о јавно-приватном партнерству и концесијама^{26, 27}. Тиме се омогућава постепено успостављање привредне стабилности и стварање пожељне инвестиционе климе. Страни инвеститори су заинтересовани да уложе своја средства подстакнути многобројним погодностима које им наша земља пружа. Пореске олакшице, стимулативни пакети, ниске стопе ПДВ-а, пореза на добит, пореза на доходак, порески кредити и друге пореске олакшице, само су неке од погодности које уживају страни инвеститори у Републици Србији.²⁸ Такође, додатни подстицаји јесу финансијски подстицаји у виду бесповратних новчаних средстава, релативно брза регистрација и могућност добијања дозвола електронским путем након спроведених реформи рада јавне управе, ниске зараде и радна снага као веома повољан фактор производње.

Република Србија добила је статус кандидата за чланство у Европску унију 2012. године и од тада постаје веома атрактивна инвестициона дестинација.²⁹ Кандидатура за чланство наметнула је усклађивање домаћих правних прописа са правним прописима Европске уније и њихову спроводљивост у смислу омогућавања нових инвестиција. Као примарни циљ постављено је повећање националне конкурентности јер само конкурентна привреда може да одоли изазовима и притисцима других тржишних учесника, а истовремено обезбеди привредни развој, односно економски раст и друштвено благостање. Република Србија се налази на атрактивној локацији, са јефтином радном снагом, која има завидан ниво образовања и искуства.³⁰ Са друге стране без модернизације производних капацитета, уз константно улагање у образовање и унапређивање стручности радника, Република Србија не може да побољша ефикасност ниједне привредне сфере нити може да достигне

²⁶ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011 и 15/2016

²⁷ М. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 121-122.

²⁸ З. Грандов, Б. Станков, М. Рогановић, „Упоредна анализа фактора који подстичу иностране инвеститоре на директна улагања у Србији и Румунији“, *Школа бизниса*, број 2/2014, стр. 158.

²⁹ *Исто*, стр. 141.

³⁰ В. Митровић, И. Митровић, *нав. дело*, стр. 435.

виши степен развоја.³¹ Добре институције и компетентно вођење макроекономске политике, врхунска достигнућа у високом образовању и професионалном обучавању, владавина закона и ефикасност судства и висок ниво транспарентности јавних институција, уз квалитетну инфраструктуру омогућавају постизање високе продуктивности, која добија посебан подстицај кроз технологију и иновативност.³² Расположиве изворе за финансирање инвестиција у Републици Србији знатно ограничавају структурне реформе које су у току, а које за циљ имају унапређење пословног окружење и смањење административних препрека.

Као кључне предности Републике Србије истичу се регионалан положај и повлашћен приступ тржиштима Истока и Запада, људски ресурси, ниска цена рада, док се као недостаци или баријере истичу недовољно развијена инфраструктура, лоша администрација, неискорењена корупција, политичка нестабилност, слаба ликвидност и профитабилност, домаћа потрошња ограничена ниским дохоцима становништва, одлив стручних кадрова, раст инфлације, нестабилност девизног курса и изразита правна несигурност. Изолованост Републике Србије из светских економских токова, опадање привредне активности, праћено незапосленосту и високом стопом инфлације, карактерисали су домаће пословно окружење деведесетих година. Захваљујући добро одабраном начину вођења макроекономске политике и започетом процесу реформи, од 2000. године Република Србија бележи константан раст страних директних инвестиција. Њихов раст у 2006. години поклопио се са кулминацијом страних директних инвестиција у читавом региону и догодио се првенствено као последица приватизације Мобтела, који је купила норвешка фирма Теленор.³³ Међутим, већ од 2008. године долази до смањивања прилива страног капитала услед економске кризе која поприма глобални карактер. Током 2009. године, доласком НИС-а, тренд опадања прилива страних инвестиција постепено бива заустављен. Имајући у виду подстицаје које Влада Републике Србије даје страним инвеститорима, тренутно постојећа инвестициона клима делује стимулативно на стране инвеститоре, те долази до прилива страног капитала и најављивања његовог додатног увећања у будућности. Прилив стра-

³¹ Е. Јакопин, „Институционалне перформансе конкурентности привреде Србије“, *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Економски факултет Крагујевац, 2013, стр. 9.

³² Исто.

³³ Б. Беговић, Б. Мијаговић, М. Пауновић, Д. Поповић, *Гринфилд стране директне инвестиције у Србији*, Београд, 2008, стр. 23.

них инвестиција посебно је значајан због повећања стопе запослености, што се посредно одражава на ниво домаће тражње, животни стандард и самим тим привредни раст. Међутим, посебан проблем јесте задржати стране инвеститоре у земљи без додатних трошкова за подстицаје.

Препоруке за привлачење страних инвестиција су стварање стабилног пословног амбијента, привлачење страних инвестиција у областима у којима Република Србија поседује неопходне ресурсе, инфраструктуру и квалитетну радну снагу. Јачање приватног сектора кроз решавање проблема недовољне конкурентности, финансијски подстицаји, унапређење пореског законодавства и реформа рада управе, неопходни су за стварање повољне инвестиционе климе. Лакше добијање дозвола и укњижење имовине, сигурност власништва и заштита од национализације и експропријације, важни су аспекти правног оквира. Стимулативно правно окружење, који ће гарантовати владавину права и правну сигурност, најважнији је подстицај страних инвестиција.

Како би се остварио примарни циљ економске политике оличен у перманентном привредном развоју, неопходна је свеобухватна анализа законских прописа релевантних у области страних инвестиција у светлу недавно извршених законских измена и допуна, а све ради изналажења ефикасних правних механизма. Реформа законодавства је нужни услов стварања бољег инвестиционог амбијента у Републици Србији, а она подразумева хармонизацију правних прописа са правним прописима Европске уније. Предност законске регулативе Републике Србије јесте управо њена усклађеност са прописима Европске уније и спроводљивост у смислу омогућавања нових инвестиција, пре свега, у инфраструктуру.³⁴

Закључак

Инвестициона клима састоји од више аспеката, међу којима су пре свега инфраструктурни који чине расположива постројења, друмски и железнички саобраћај, потом политички аспект који се везује за политички, односно некомерцијални ризик коме је изложена страна инвестиција, а који битно може утицати на економску исплативост улагања и правни аспект који се односи на формирање стабилног, сигурног и поузданог регулаторног оквира, који дефинише услове пословања и правни положај страног инвеститора. Онолико колико је инвестициона клима

³⁴ М. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 130.

важна у тренутку доношења одлуке страног инвеститора о улагању на територији одређене државе, толико је важна и даље током трајања инвестиционог пројекта. Приликом доношења одлуке о инвестирању, страни инвеститор у обзир узима тренутну инвестициону климу, као што покушава и да процени ризике којима ће улагање бити даље изложено. Стога су гаранције државе о сигурном половном окружењу посебно важне, а постижу се бројним мерама и инструментима, који се означавају као подстицајни. Инвестиционо окружење у Републици Србији одликује се бројним предностима окарактерисаним константним напорима за превазилажење инвестиционог ризика и баријера уласка на тржиште страних инвеститора. Хармонизација правног оквира са правним прописима Европске уније је у току, док су до сада извршене измене ефикасно применљиве. Посебне напоре треба уложити у јачање флексибилности тржишта радне снаге, које ће омогућити лак прелазак радника из једног привредног сектора у други након усвојених потребних знања и завршених обука за обављање одређених послова, као и на јачању критеријума за утврђивање плата радника. Примарни циљ формирања повољне инвестиционе климе јесте довођење у равнотежу супротстављених интереса државе и страних инвеститора кроз правне прописе који ће омогућити и предузимање корака за бржи привредни развој државе увознице капитала и заштиту страних инвеститора. Флексибилан правни оквир, који је уједно и поуздан и предвидљив, најбоља је гаранција слободног стицања профита и несметаног уживања стечених права.

Литература

- Аврамовић, Ненад, *Страна директна улагања и транзиција*, Београд, 2006.
- Bilas, Vlatka, *Poticanje inozemnih izravnih ulagawa i konkurencija među zemljama*, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, godina 4, 2006.
- Вукадиновић, Радован, „Појам и правно регулисање страних инвестиција“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2016.
- Вукадиновић, Радован, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012.
- Грандов, Зорка, Станков, Биљана, Рогановић, Милијана, „Упоредна анализа фактора који подстичу иностране инвеститоре на директна улагања у Србији и Румунији“, *Школа бизниса*, број 2/2014.

- Дашић, Бобан, *Стране директне инвестиције и регионални развој Србије*, Лепосавић, 2011.
- Јакопин, Едвард, „Институционалне перформансе конкурентности привреде Србије“, *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Економски факултет Крагујевац, 2013.
- Кнежевић, Мирјана, „Институционални оквир развоја јавног и приватног сектора у Републици Србији“, *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Економски факултет Крагујевац, 2013.
- Лабудовић Станковић, Јасмина, Тодоровић, Нада, „Конкуренција држава у циљу привлачења инвестиција“, *Правни живот*, бр. 11/2016.
- Letnar Černič, Jernej, *Corporate human rights obligations and international investment law*, ACDI, Bogotá, Vol. 3 Especial, 2010.
- Митровић, Владимир, Митровић, Ивана, Конкурентност и привлачење страних директних инвестиција, *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Економски факултет Крагујевац, 2013.
- Раденковић-Јоцић, Драгана, *Стране инвестиције у земљама у транзицији*, Београд, 2007.
- Станивуковић, Маја, „Стабилизациона клаузула и клаузула о заштити стечених права“, *Liber Amicorum Гашио Кнежевић*, Правни факултет Београд, 2016.
- Hirsch, Moshe, „Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law“, *The journal of world investment & trade*, 2011.
- Цветковић, Предраг, *Међународно-правна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, Правни факултет Ниш, 2005.
- Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007.
- Беговић, Борис, Мијатовић, Бошко, Пауновић, Марко, Поповић, Даница, *Гринфилд стране директне инвестиције у Србији*, Београд, 2008.

Правни прописи

Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, сачињене у Вашингтону 18. марта 1965. године, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 2 од 12. маја 2006. године.

Закон о улагањима Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 89/2015.

Закон о девизном пословању Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 62/2006, 31/2011, 11972012 и 139/2014.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011 и 15/2016.

Нацрт типског споразума Републике Србије о узајамном подстицању и заштити улагања (<http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>).

**Jovana Brašić Stojanović, Assistant
Faculty of Law, University in Kragujevac**

THE IMPORTANCE OF INVESTMENT CLIMATE AND LEGAL SECURITY FOR ATTRACTING FOREIGN INVESTMENTS

Summary

In the modern business environment characterized by the globalization process, in which foreign investments are becoming the basis for the development of economic systems, creating a favorable investment environment to attract foreign investment becomes the primary objective of the capital importing country. An incentive environment that will identify a foreign investor to invest in the territory of the country of the importer of capital, enable the strengthening of competitiveness, the creation of a stable institutional and regulatory framework and provide legal certainty for foreign investors and their investment, it is necessary that foreign investments, in addition to making high profits to their owners, and faster economic development of the country of importing capital. The subject of the paper is an analysis of the investment

climate suitable for attracting foreign investors, as well as incentive mechanisms that contribute to the inflow of foreign capital. Bearing in mind the importance of legal security as an accelerating factor for attracting foreign investments, the focus of the analysis is the legal aspect of the investment climate in the country of the importer of capital, with a review of the characteristics of the business and legal environment in the Republic of Serbia.

Key words: *foreign investments, foreign investor, business environment, legal security, investment climate, investment incentives.*

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ
Материјално кривично право

AMNESTIJA U KRIVIČNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Prof. dr Dragan Jovašević*
Jelena Mitrović**

***Apstrakt:** Pravilo je da svaki krivično odgovoran učinilac krivičnog dela od strane nadležnog suda bude osuđen na zakonom propisanu kaznu. No, u praksi su, još od najstarijih vremena, poznate situacije da se učinio-cu krivičnog dela uopšte ne sudi ili da ne izvršava izrečenu krivičnu sankciju, uopšte ili delimično, pod zakonom propisanim uslovima. Do toga dolazi usled primene amnestije ili pomilovanja. To su instituti koji u javnom interesu, uglavnom iz političkih ili kriminalno-političkih razloga, gase pravo države na primenu krivične sankcije.*

Iako se radi o dva instituta slične prirode, dejstva, sadržine i značaja, među njima postoje i značajne razlike. Tako se amnestija daje putem zakona koji donosi narodna skupština (parlament) i koji se objavljuje u službenom glasilu. Ona se odnosi na individualno neodređeni broj lica. Nasuprot tome, pomilovanje daje predsednik republike putem pojedinačnog pravnog akta – odluke ili ukaza, koji se nigde ne objavljuje, niti sadrži obrazloženje. Upravo o pojmu, karakteristikama, sadržini, dejstvu i pravnoj prirodi amnestije sa normativnog, teorijskog i praktičnog aspekta u savremenom krivičnom pravu govori ovaj rad.

***Ključne reči:** krivično delo, odgovornost, krivična sankcija, amnestija, zakon.*

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš.

** Student, Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta Apeiron u Banjoj Luci.

Uvod

Krivične sankcije su zakonom predviđene mere¹ društvenog reagovanja koje sud u zakonom sprovedenom postupku izriče učiniocu krivičnih dela kojim mu se oduzimaju ili ograničavaju slobode i prava u cilju suzbijanja i sprečavanja kriminaliteta, a radi zaštite najvažnijih društvenih vrednosti od svih oblika povrede ili ugrožavanja². Opšta je svrha propisivanja, izricanja i izvršenja krivičnih sankcija (shodno članu 4 Krivičnog zakonika Republike Srbije³ – KZ RS) suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom⁴.

No, iako je opšteprihvaćeno načelo⁵ koje u potpunosti odgovara zahtevu ostvarenja pravde i pravičnosti da se krivična sankcija izvršava (primenjuje) prema svakom izvršiocu krivičnog dela, ipak u krivičnopravnoj teoriji, sudskoj praksi i zakonodavstvu postoje određene okolnosti usled čijeg postojanja ne dolazi do izricanja ili ne dolazi do izvršenja krivične sankcije prema izvršiocu krivičnog dela. Ove okolnosti zbog čijeg postojanja država gubi svoje pravo na kažnjavanje (pravo na izricanje i pravo na izvršenje krivične sankcije – *ius puniendi*) nazivaju se osnovi gašenja krivične sankcije⁶. To su javnopravni instituti utvrđeni u opštem interesu o čijem postojanju sud mora da vodi računa po službenoj dužnosti bez obzira na to da li se sam izvršilac krivičnog dela na koga se odnose poziva na njihovo postojanje ili ne⁷.

Te okolnosti koje dovode do isključenja prava države na primenu krivične sankcije⁸ mogu biti različite. Za sve njih je zajedničko da nastupaju po-

¹ Na sličan način pojam krivične sankcije određuju i drugi autori. Tako G. Marjanovik pod krivičnom sankcijom smatra pravno organizovanu prinudnu meru koja se primenjuje prema licu koje je povredilo krivičnopravnu normu (G. Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo*, Opšt del, Skoplje, 1998. godine, str. 261); Ž. Horvatić pak krivičnopravne sankcije određuje kao zakonom propisane sadržaje i načine kaznenopravne prinude koje nakon sprovedenog postupka primenjuje državna sudska vlast prema učiniocu krivičnog dela radi ostvarenja opšte svrhe svih i posebne svrhe upravo izrečene vrste sankcija (Ž. Horvatić, *Kazneno pravo*, Opći dio, Zagreb, 2003. godine, str. 134); P. Novoselac pak pod krivičnom sankcijom podrazumeva sve državne mere izrečene u krivičnom postupku učiniocima krivičnih dela koje se sastoje u gubitku ili ograničavanju njihovih prava (P. Novoselac, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004. godine, str. 327).

² D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2016. godine, str. 194.

³ Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

⁴ Lj. Bavcon, *Družbena funkcija kazenskih sankcij*, Pravnik, Ljubljana, broj 9/1961 godine, str. 253–262.

⁵ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo I*, Sarajevo, 2015. godine, str. 171174.

⁶ Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006. godine, str. 309–315.

⁷ D. Jovašević, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske*, Opšti deo, Banja Luka, 2012. godine, str. 228–231.

⁸ B. Čejović, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2002. godine, str. 587.

sle izvršenog krivičnog dela. One poništavaju pravo države da izrekne u tom slučaju krivičnu sankciju, odnosno da izvrši krivičnu sankciju koja je izrečena pravnosnažnom odlukom suda, ali one same ne utiču na postojanje krivičnog dela. Krivično delo postoji, u određenim slučajevima postoji i krivica učinioca takvog dela, postoje dokazi koji ukazuju da je određeno lice upravo učestvovalo u ostvarenju posledice tog krivičnog dela, ali nema izricanja krivične sankcije⁹.

U krivičnom pravu Republike Srbije tri su opšta osnova gašenja krivičnih sankcija¹⁰. To su: 1) zastarelost¹¹ određena u čl. 103–108 KZ RS, 2) amnestija određena u članu 109 KZ RS i 3) pomilovanje određeno članu 110 KZ RS. Po svom značaju, prirodi, sadržini i dejstvu koju imaju, posebno se izdvaja institut amnestije. To je ne samo krivičnopravni, već i važan krivičnoprocesni, penološki i kriminalno-politički institut kojim se nastoje ostvariti i određeni politički motivisani ciljevi¹². Konačno, do gašenja krivičnih sankcija doводи i smrt osuđenog lica odnosno učinioca krivičnog dela.

Pojam amnestije

Amnestija (engl. *amnesty*, ital. *amnistia*)¹³ etimološki potiče iz grčkog jezika (od reči *amnestia* – zaboravljanje, predavanje stvari zaboravu). Ona, u stvari, označava predavanje zaboravu krivice nekog lica ili pak oproštaj od kazne koju takva krivica povlači¹⁴. Amnestija kao jedan od zakonskih razloga da krivično odgovoran učinilac krivičnog dela izbegne kažnjavanje u potpunosti ili delimično predstavlja izuzetno značajan krivičnopravni institut. Naime, ona predstavlja izuzetak od pravila da svaki učinilac krivičnog dela mora i da dođe pod udar krivičnopravne represije¹⁵.

⁹ M. Vešović, #Osnovi za isključenje kazne – dometi i perspektive#, *Pravna misao*, Sarajevo, broj 3-4/1990. godine, str. 124–143.

¹⁰ D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, op. cit., str. 281–282.

¹¹ S. Teofilović, „Zastarelost u krivičnom pravu“, *Izbor sudske prakse*, Beograd, broj 2/1994. godine, str. 20–23; J. Lazarević, „Neka pitanja vezana za zastarelost izvršenja kazne“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, Beograd, broj 2/1999. godine, str. 29–33.

¹² M. Simović, D. Jovašević, M. Simović, *Izvršno krivično pravo*, Istočno Sarajevo, 2014. godine, str. 189–192.

¹³ M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, 1980. godine, str. 39.

¹⁴ R. Vukčević, *O amnestiji uvreda i kleveta kažnjivih po Zakonu o štampi*, Branič, Beograd, broj 5/1939. godine, str. 311–313.

¹⁵ D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2011. godine, str. 86–87.

Amnestija se sastoji u opraštanju kazne učinioocu krivičnog dela koje se daje putem akta najvišeg zakonodavnog organa vlasti¹⁶. To je predavanje u zaborav učinjenog krivičnog dela. Ona predstavlja *lex specialis* kojim se voljom zakonodavca ukida ili ograničava državno pravo na krivično gonjenje ili izvršenje kazne neodređenom broju lica¹⁷. Ovim se aktom može dati oproštaj od kazne koja je pravnosnažno izrečena ili oslobođenje od krivičnog gonjenja (abolicija). Kao akt milosti, amnestija predstavlja opšti osnov za gašenje svake krivične sankcije¹⁸ jer se može odnositi na sva krivična dela i na sve učinioce¹⁹.

No, u pravnoj teoriji se mogu naći i takva shvatanja prema kojima amnestija nije samo opšti osnov gašenja državnog prava na kažnjavanje, već je to, s jedne strane, osnov koji isključuje primenu krivičnog zakonodavstva na učinioce krivičnog dela ili je to pak razlog za ukidanje kazne. Drugim rečima, amnestija predstavlja negativnu procesnu pretpostavku (procesnu smetnju) koja dovodi do nemogućnosti pokretanja ili vođenja krivičnog postupka²⁰ ako je njihov učinak takav da dovodi do nemogućnosti vođenja krivičnog postupka uopšte, pa time i do nemogućnosti izvršenja kazne, ali ne i kada se sadržina amnestije sastoji samo u ublažavanju ili smanjenju kazne ili pak u zameni jedne kazne drugom blažom kaznom, a pogotovo ne kada se ona sastoji u prevremenoj rehabilitaciji²¹. U teoriji se može naći i shvatanje da je to razlog za ukidanje kazne²² posebno u slučajevima kada se njena sadržina sastoji u potpunom oslobođenju od izvršenja izrečene kazne.

To gašenje kazne putem primene amnestije može da se javi u dva vida: kao potpuno ili kao delimično gašenje kazne zavisno od toga da li je kazna oproštena u celosti (putem abolicije ili potpunog oslobođenja od izvršenja izrečene kazne) ili samo delimično²³. Stoga se smatra da amnestija utiče na

¹⁶ Iako je za ovaj institut uobičajeno da se daje zakonom o amnestiji, ipak praksa u pojedinim inostranim krivičnopravnim sistemima (npr. u Hrvatskoj) pokazuje, naročito u poslednje vreme, da se ovaj institut daje putem zakona o oprostima od krivičnog progona i postupka za krivična dela (takvi su zakoni doneti: septembra 1992. godine, maja i septembra 1996. godine).

¹⁷ N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005. godine, str. 177.

¹⁸ U uporednom krivičnom pravu prisutna su i drugačija shvatanja o dejstvu amnestije. Tako u članu 83 Krivičnog zakonika Republike Bugarske izričito je propisano da amnestija predstavlja osnov isključenja krivične odgovornosti (a ne osnov gašenja krivične sankcije). Slično rešenje predviđa i član 84 Krivičnog zakonika Ruske Federacije prema kome je amnestija osnov za oslobođenje od krivične odgovornosti učiniooca krivičnog dela ili pak osnov oslobođenja ili smanjenja kazne takvom licu.

¹⁹ M. Kovačević, „Amnestija“, *Bezbednost*, Beograd, broj 6/1989. godine, str. 493–500.

²⁰ P. Novoselac, *Opći dio kaznenog prava*, op. cit., str. 449.

²¹ B. Zlatarić, M. Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966. godine, str. 273.

²² Jescheck, Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner teil, Berlin, 1996. godine, str. 553.

²³ Z. Kaleb, „Institut općeg oprosta od kaznenog progona i postupka“, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, broj 9/2004. godine, str. 104–113.

krivične sankcije tako što ih ili modifikuje ili ih ukida²⁴. Ona se obično daje povodom nekih važnih datuma i događaja za samu državu (prilikom državnih, narodnih ali i verskih praznika, prilikom proglašenja “nezavisnosti” države ili pri donošenju novog ustava kao najvišeg pravnog akta države – tzv. svečarska amnestija), iz kriminalno-političkih razloga ili iz čisto političkih razloga ili pak posle velikih nesreća, nemira ratova ili društvenih konflikata većeg obima kako bi se ponovo uspostavio društveni mir i pravni poredak, pa je u tom smislu ona sredstvo za pacifiziranje stanovništva i preuređenje društva²⁵.

Primena amnestije, zapravo, predstavlja izuzetak od pravila da svaki učinilac krivičnog dela dobije zasluženu kaznu²⁶. Tako amnestija po svom značaju, prirodi i karakteru deluje jače i od samog zakona (krivičnog zakona koji određuje pojedina krivična dela, krivicu i krivične sankcije za njihove učinioce) i od same sudske presude kojom je učiniocu krivičnog dela izrečena krivična sankcija²⁷. Radi se, naime, o aktu koji ima ne samo kriminalno-politički cilj, već ona predstavlja i sigurnosni ventil kada se drugačijim sredstvima ne može doći do rešenja konkretne krivičnopravne situacije, a koja se u datom trenutku pojavljuje kao pravilno, opravdano i celishodno rešenje²⁸. Stoga je amnestija prisutna u krivičnom pravu od najstarijih vremena²⁹.

Ovaj se institut sastoji u opraštanju kazne učiniocu krivičnog dela putem akta koji donosi najviši predstavnički organ jedne zemlje – *lex specialis* (skupština ili parlament). Ona je opšti institut, opšti osnov za gašenje krivičnih sankcija. Odnosi se na sva krivična dela bez obzira na to da li se one gone po službenoj dužnost ili po privatnoj tužbi³⁰ i na sve učinioce krivičnih dela (osim na maloletne učinioce krivičnih dela sem u slučaju primne abolicije). Primenom ovog instituta gašenje kazne može biti u celini ili delimično³¹. Na taj način amnestija deluje jače i od samog zakona (krivičnog zakona koji propisuje vrstu i meru kazne za učinioca krivičnog dela) i jače od same sud-

²⁴ G. Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo*, Opšt del, Skopje, op. cit., 389.

²⁵ A. Kurtović, *Pomilovanje, Pomilovanje i amnestija*, Zagreb, 2003. godine, str. 139–144.

²⁶ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Sarajevo, 2016. godine, str. 289–291.

²⁷ D. Jovašević, „Amnestija prema odredbama novog zakona“, *Bezbednost*, Beograd, broj 5/1996. godine, str. 531–538.

²⁸ M. Vešović, „Svrha kažnjavanja i sistem krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Pravna misao*, Sarajevo, broj 5-6/1987. godine, str. 11–32.

²⁹ Ž. Perić, „O amnestiji u srpskom krivičnom pravu u vezi sa pitanjem o sudskoj odgovornosti zaverenika“, Beograd, 1909. godine, str. 18–132.

³⁰ A. Gropuzzo, „O pravu na amnestiju za privatne delikte po čl. 30. Ustava od 1931. godine“, *Mjesečnik*, Beograd, broj 5/1938. godine, str. 193.

³¹ P. Novoselac, „Zakon o oprost“, *Iudex*, Zagreb, broj 1/1992. godine, str. 25–26.

ske odluke (kojom je učiniocu krivičnog dela u konkretnom slučaju izrečena određena vrsta i mera kazne).

Radi se, naime, o aktu koji ima ne samo kriminalno-politički, već se njime pokušava postići i određeni politički cilj³². Amnestija, zapravo, predstavlja “sigurnosni ventil”³³ koji svoju primenu nalazi u slučajevima kada se drugim pravnim sredstvima ne može doći do rešenja konkretne krivičnopravne situacije, a koje se rešenje u datom trenutku pojavljuje kao pravično, opravdano i celishodno³⁴. Stoga je amnestija prisutna u krivičnom pravu od najstarijih vremena.

S obzirom na svoj značaj i domet primene, amnestija³⁵ može biti: a) amnestija u užem smislu – kada se odnosi na oproštaj od kazne koja je izrečena pravnosnažnom odlukom suda i b) amnestija u širem smislu (abolicija) – kada se odnosi na oslobođenje od krivičnog gonjenja i kažnjavanja pa se krivični postupak protiv nekog lica za izvršeno krivično delo uopšte ne vodi ili se započeti postupak obustavlja³⁶.

Inače, amnestija predstavlja ovlašćenje nadležnih državnih organa (zakonodavnih organa) pod određenim zakonskim uslovima. Zato njena primena nije uslovljena pristankom lica na koje se odnosi. Lice protiv koga je pokrenut ili tek treba da se pokrene krivični postupak ne može odbiti primenu abolicije čak ni u slučaju da ima opravdani pravni interes da svoju nevinost dokaže u postupku pred sudom³⁷. Ni osuđeno lice ni u kom slučaju ne može odbiti primenu amnestije, niti se za primenu amnestije uopšte traži saglasnost lica na koju se njeno dejstvo odnosi³⁸. Amnestija predstavlja politički akt milosti koji se dodeljuju određenim licima (učiniocima krivičnih dela) u njihovu korist, ali tu korist u određenom smislu uživaju i politički činioци koji su se opredelili za ovakvu izuzetnu krivičnopravnu situaciju³⁹. Tako se ističe da se primenom amnestije nastoje rešiti ili bar ublažiti određeni društveni i politički problemi⁴⁰. Tako je npr. u Republici Hrvatskoj u burnim ratnim godinama u

³² Z. Stojanović, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2005. godine, str. 327.

³³ G. Stoll, *Steueramnestie*, Wien, 1983. godine, str. 89–114.

³⁴ F. Bačić, *Krivično pravo*, Opći dio, Zagreb, 1978. godine, str. 509; Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SRJ*, Beograd, 1995. godine, str. 396–397.

³⁵ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, Beograd, 2014. godine, str. 105.

³⁶ G. Mršić, „Primjena odredaba Zakona o općem oprostuu“, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, broj 11/2001. godine, str. 81–84.

³⁷ D. Jovašević, „Amnestija i pomilovanje“, *Pravni informator*, Beograd, broj 11/2000. godine, str. 3–6.

³⁸ Z. Stojanović, *Krivično pravo*, Opšti deo, op. cit., str. 327.

³⁹ V. Primorac, *Zakon o oprostuu – pravni i politički aspekti*, Erazmus, Zagreb, broj 12/1995. godine, str. 28–32.

⁴⁰ D. Jovašević, Amnestija u krivičnom pravu, *Sudska praksa*, Beograd, broj 11-12/2000. godine, str. 45–52

periodu od 1990. do 1996. godine doneto više zakona o amnestiji. Oni su bili izraz racionalne državne politike kojom se htela prevladati postojeća politička kriza te je s političkog gledišta povoljno ocenjena⁴¹.

U suštini instituta amnestije jeste da ona predstavlja akt koji se samo retko i to izuzetno primenjuje. To je akt kojim se dejstvo sudske presude⁴² u pogledu izrečene krivične sankcije menja u potpunosti ili delimično ili se pak u potpunosti isključuje mogućnost krivičnog gonjenja učinioca krivičnog dela. S obzirom na to da se njenom primenom derogira i primena krivičnog zakona, ona ne sme i nije u svim savremenim krivičnopravnim sistemima široko primenjivana. Njena se zapravo primena svodi na retke izuzetke kojima se neće ometati ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog zakonodavstva (koja se sastoji u zaštiti najvažnijih društvenih dobara i vrednosti), kao ni ostvarivanje načela pravičnosti i jednakosti svih građana pred zakonom⁴³. U suprotnom, može doći do ozbiljnih poremećaja ne samo u oblasti krivičnog pravosuđa, već i šire u društvu⁴⁴.

No, pored činjenice da se ovaj institut izuzetno retko primenjuje, ipak mnogobrojni su razlozi koji opravdavaju njenu primenu. Primenom instituta amnestije stvara se mogućnost da ono što je pravosnažnom presudom definitivno i konačno rešeno može biti naknadno izmenjeno, naravno ako za to postoje opravdani razlozi, pri čemu ta izmena sudske odluke može biti samo u korist osuđenog lica, a ne i na njegovu štetu⁴⁵.

Tako amnestija u izvesnom smislu predstavlja “način, sredstvo, ventil” kada se drugim pravnim sredstvima ne bi moglo doći do rešenja konkretne krivičnopravne situacije, a koje se u datom trenutku pojavljuje kao pravično, opravdano, celishodno i jedino. Tako se putem amnestije⁴⁶ može izmeniti položaj osuđenih lica ako su se izmenile društvene, političke ili ekonomske prilike tako da izrečene kazne učiniocima krivičnih dela više nisu adekvatne ili ako je izmenjena kaznena politika u odnosu na određena krivična dela ili u

⁴¹ P. Novoselac, *Opći dio kaznenog prava*, op. cit., str. 450–451.

⁴² Kako se Zakon o amnestiji odnosi samo na presude koje su postale pravosnažne pre njegovog stupanja na snagu, on se ne može primeniti na osuđeno lice koje je žalbu na presudu uložilo pre stupanja na snagu ovog zakona, a odustalo od nje posle stupanja na snagu ovog zakona (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 210/91 od 1. aprila 1991. godine). Odredbe Zakona o amnestiji se primenjuju samo na presude koje su u momentu stupanja na snagu ovog zakona bile pravosnažne (rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 1211/2001 od 8. avgusta 2001. godine).

⁴³ M. Kokolj, *Načelo legaliteta i izuzeci*, Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru, Mostar, broj 8/1987–1988. godine, str. 217–231.

⁴⁴ F. Bačić, *Krivično pravo*, Opći dio, Zagreb, 1978. godine, str. 509.

⁴⁵ Đ. M. Ivanović, „Dejstvo amnestije na krivična dela činovnika“, *Policija*, Beograd, broj 19-20/1932. godine, str. 992–997.

⁴⁶ grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd, 1995. godine, str. 396–397.

odnosu na određene učinioce takvih dela ili ako postoje kakvi drugi sa društvenog, državnog ili političkog gledišta opravdani razlozi⁴⁷.

Kao razlozi koji opravdavaju primenu amnestije, u pravnoj teoriji se takođe ističu i sledeći: 1) na ovaj način se najlakše mogu ispraviti sudske zablude ili sudske pogreške do kojih može eventualno doći u krivičnom postupku⁴⁸, 2) to je akt političke mudrosti koji prati društvene i političke promene⁴⁹ i 3) ona predstavlja podstrek osuđenim licima da se dobro vladaju u zavodskim ustanovama i tako “zasluže” ovu izuzetnu pogodnost i sl.

Naravno da se institutu amnestije mogu staviti i određeni prigovori pored činjenice da ovaj institut poznaju svi savremeni krivičnopravni sistemi. Kao najčešći prigovori koji se upućuju primeni akta amnestije uopšte, odnosno širini i učestalosti njene primene, ističu se: 1) da ona predstavlja zloupotrebu principa zakonitosti, 2) da se njome krši princip pravičnosti jer vodi neopravdanom opraštanju kazne učiniocima krivičnih dela i 3) da se njome narušava princip jednakosti svih građana pred zakonom jer se njome pojedini učinioци krivičnih dela stavljaju u nejednak pravni položaj što može da vodi arbitrarnosti, samovolji, pa čak i zloupotrebi u pogledu primene i dometa primene ovog instituta⁵⁰.

Niz ovih prigovora otpada kada se ima u vidu izuzetan karakter primene ovog instituta⁵¹ sa aspekata društvene potrebe zbog kojih se uopšte amnestija i primenjuje. I prigovor da primena amnestije slabi generalnu ili opštu prevenciju ne stoji jer upravo organi koji su ovlašćeni za njenu primenu predstavljaju one organe koji vode, usmeravaju i koordiniraju celokupne napore svih društvenih subjekata i realizaciji utvrđene kaznene politike društva koja treba da bude adekvatna društvenim potrebama aktuelnog trenutka u razvoju društva – države⁵².

⁴⁷ Više: S. Peterin, *16. člen mirovne pogodbe z Italijo in 'amnestijska klavzula' v sodobnem mednarodnem pravu*, Ljubljana, 1959. godine.

⁴⁸ R. Voin, J. Leaute, *Droit penal et procedure penal*, Paris, 1960. godine, str. 147.

⁴⁹ Više: U. Kuss, *Die materielle Problematik der politischen Reichsamnestion*, Neukirch, 1934. godine.

⁵⁰ Amnestija se u pravnoj teoriji smatra tradicionalnim načinom i mogućnošću potpunog ili delimičnog oprosta kazne osuđenom licu od strane iste državne vlasti koja je i uspostavila primenu krivičnopravne prinude. Ako bi se smatralo da se zbog primene amnestije (pa i pomilovanja) smanjuje represivni i generalno preventivni značaj kažnjavanja i primene ostalih sredstava krivičnopravne prinude, moglo bi se uspešno braniti i stanovište o jačanju specijalpreventivnog sadržaja zbog nade osuđenog lica da će mu po pravilu deo kazne biti oprostjen i da će njegovo ponašanje posle učinjenog krivičnog dela i primenjene krivičnopravne sankcije biti uzeto u obzir zbog moguće amnestije (i pomilovanja) – Ž. Horvatić, *Kazneno pravo*, Opći dio, op. cit., str. 255.

⁵¹ D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd, 2002. godine, str. 189–191.

⁵² S. Lilić, *Amnestija – pojam i pravna priroda*, Beograd, 2000. godine, str. 45–52.

Karakteristike amnestije

Amnestija⁵³ predstavlja opšti akt zakonodavnog organa zemlje. Ona se donosi u formi zakona i objavljuje u službenom glasilu kao i svaki drugi zakon. Tako prema članu 99 tačka 12 Ustava Republike Srbije,⁵⁴ Narodna skupština daje amnestiju za krivična dela i to većinom glasova svih narodnih poslanika (u smislu člana 105 stav 2 tačka 1 Ustava)⁵⁵.

Dakle, amnestija je u smislu člana 109 KZ RS akt u formi zakona kojim se poimenično neodređenim licima daje oslobođenje od krivičnog gonjenja, oslobođenje od kazne u potpunosti ili delimično ili se izrečena kazna zamenjuje blažom kaznom, daje rehabilitacija ili se ukidaju pojedine ili sve pravne posledice osude ili se ukidaju mere bezbednosti: zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti; zabrana upravljanja motornim vozilom i proterivanje stranca iz zemlje. To je opšti akt gde se u momentu njegovog donošenja ne može znati koja će sva lica, odnosno koji će sve poimenični učinioci krivičnih dela biti obuhvaćeni pogodnostima njene primene⁵⁶.

Donošenjem zakona o amnestiji ne vrši se izmena krivičnog ili drugog zakona kojim se kao sporednim ili dopunskim zakonom propisuju krivična dela za koje se daje amnestija, niti se pak stavljaju van snage odredbe tih zakona kojima se utvrđuju konkretna krivična dela za koja se daje amnestija. Zapravo, amnestija se daje za krivična dela učinjena u prošlosti, a ne i za ubuduće. Ona se može odnositi na učinjena određena krivična dela ili na određene kazne bez obzira na to za koje su krivično delo izrečene.

Sam krivični zakon ne predviđa nikakva ograničenja u pogledu vrste i težine krivičnih dela, odnosno visine izrečene kazne za krivična dela na koje može da se odnosi primena amnestije. To predstavlja isključivo stvar ocene zakonodavca⁵⁷ prilikom donošenja zakona o amnestiji u svakom konkretnom

⁵³ E. Uhle, *Die Amnestie nach alten und neuen Gnadenrecht*, Breslau, Neukirch, 1935. godine, str. 26–39.

⁵⁴ Službeni glasnik Republike Srbije broj 98/2006 od 10. novembra 2006. godine.

⁵⁵ Slično rešenje poznaju i drugi savremeni pravni sistemi. Tako prema članu 80 Ustava Republike Hrvatske amnestiju daje Hrvatski sabor prema postupku za donošenje drugih zakona. Shodno ovom ustavnom rešenju doneto je u proteklom periodu više zakona ove pravne sadržine: Zakon o oprostima od krivičnog progona i postupka za krivična djela počinjena u oružanim sukobima i u ratu protiv Republike Hrvatske od 25. septembra 1992. godine (koji je izmenjen Zakonom od 6. juna 1996. godine), Zakon o oprostima od 17. maja 1996. godine i Zakon o općem oprostima od 20. septembra 1996. (Z. Kaleb, "Institut općeg oprosta od kaznenog progona i postupka", *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, broj 9/2004. godine, str. 104–113. godine; Ž. Horvatić, *Kazneno pravo*, Opći dio, op. cit., str. 252–253).

⁵⁶ V. Primorac, *Zakon o oprostima – pravni i politički aspekti*, Erazmus, Zagreb, broj 12/1995. godine, str. 28–32.

⁵⁷ Z. Stojanović, *Krivično pravo*, op. cit. str. 327.

случају. То даље значи да амнестијом може да буде обухваћено било које кривично дело или пак да се амнестирају било који извршиоци кривичних дела без обзира на врсту и висину изрећене казне. Но, амнестијом се могу обухватити учиниоци кривичних дела и према неком другом критеријуму, па се тако она може односити на лица одређене старости, пола, одређеног здравственог стања (нпр. инвалидности) и сл.⁵⁸. Но, да би амнестија уопште и била применјена у конкретном случају, потребно је да на основу донетог закона о амнестији надлежни суд утврди да су у сваком појединачном случају испunjене све претпоставке и услови предвиђени таквим законом.

Пошто се амнестија односи на већ раније извршена кривична дела, то значи да се код трајних кривичних дела (то су она кривична дела код којих се услед предузете радње извршења јавља последица у виду противправног стања које може да траје краће или дуђе време, где се цело време трајања последице изједначава са предузимањем радње извршења) амнестијом обухвата само оно противправно стање које је створено извршењем кривичног дела које је трајало до ступања на снагу закона о амнестији. У случају да такав извршилац трајног кривичног дела и касније, после ступања на снагу закона о амнестији, наступи да остварује обележја таквог кривичног дела одређеног у закону, оно чини ново кривично дело које, дакле, није обухваћено раније наступјелом амнестијом⁵⁹.

Амнестија⁶⁰ се може дати свим лицима као извршиоцима кривичних дела, па се стога и односи на сва лица која испуњавају услове одређене законом о амнестији. То наравно могу да буду и лица којима је већ раније била дата амнестија (у виду ублажавања раније изрећене казне од стране суда) или чак и помиловање за исто кривично дело ако се сада датом амнестијом даје још нешто више од онога што је било обухваћено раније датом амнестијом или помиловањем. Штавише, једном дата амнестија се више не може опозвати. И коначно, амнестија се увек даје по службеној дужности.

То значи да се амнестијом не могу лицима на које се она односи постављати услови због којих би (у случају њиховог неispunjења) амнестија могла бити опозвана (нпр. да се амнестирано лице добро понаша, да испуњава друге постављене обавезе попут оних обавеза које се осуђеном лицу дају у склопу заштитног надзора уз условну осуду). Наиме, акт амнестије може да садржи само оне услове које лице треба да испуни да би за њега или за ње-

⁵⁸ D. Jovašević, *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2007. godine, str. 45–47.

⁵⁹ A. Kurtović, *Amnestija i njezine funkcije u kaznenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, broj 15/1994. godine, str. 119–130.

⁶⁰ D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, op. cit., str. 288–289.

gov slučaj uopšte amnestija mogla da se primeni, ali ne i na uslove da bi data amnestija uopšte ostala na snazi, odnosno kako ne bi bila opozvana. Naime, ona se može usloviti određenim okolnostima npr. kada su krivična dela na koja se odnosi izvršena u određenom vremenskom periodu. Ovo je veoma važna karakteristika amnestija koja doprinosi jačanju pravne sigurnosti i uopšte principa legaliteta⁶¹.

Davanjem amnestije ne dira se u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi (čl. 111 KZ RS). Lica koja su oštećena izvršenim krivičnim delom imaju pravo da traže naknadu pričinjene štete. U slučaju abolicije čak se ne isključuje mogućnost, odnosno pravo lica koje je oštećeno izvršenjem krivičnih dela da prema učiniocu tog dela ostvaruje svoj imovinskopravni (odštetni) zahtev i bez utvrđivanja njegove krivice. Tako lice koje je oštećeno krivičnim delom za koje je data amnestija može zahtevati naknadu štete prouzrokovane izvršenjem krivičnog dela, naknadu troškova učinjenih povodom vođenja krivičnog postupka, naknadu za predmete koji su oduzeti primenom mere bezbednosti oduzimanja predmeta krivičnog dela, bez obzira na to što je izvršilac krivičnog dela amnestiran.

No, kod davanja abolicije⁶², budući da ne postoji osuda za izvršeno krivično delo, u pravnoj teoriji i sudskoj praksi se opravdano postavlja pitanje da li se ovakvim zakonskim rešenjem povređuje pravo trećih lica koje proizlazi iz izvršenog krivičnog dela, a koje nije utvrđeno sudskom presudom (zato što ona nije ni doneta usled nepokretanja ili neokončanja krivičnog postupka).

Tri su osnovne karakteristike amnestije⁶³: a) to je opšti akt u formi zakona koji donosi najviše predstavničko telo zemlje na način i u postupku kao i svaki drugi zakon, 2) odnosi se na individualno neodređena lica, i 3) sadržina amnestije⁶⁴ se sastoji u sledećem: davanju oslobođenja od krivičnog gonjenja, oslobođenju od kazne u potpunosti ili delimično, zameni izrečene kazne blažom kaznom, davanju rehabilitacije, ukidanju pojedinih ili svih pravnih posledica osude i ukidanju mera bezbednosti: zabrane vršenja poziva, delatnosti i dužnosti; zabrane upravljanja motornim vozilom i proterivanja stranca iz zemlje⁶⁵.

⁶¹ D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, op. cit., str. 328–330.

⁶² A. Kurtović, *Formalni i materijalni pojam abolicije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split, broj 2/1993. godine, str. 571–584.

⁶³ Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2003. godine, str. 332–333.

⁶⁴ Ž. Damjanovski, "Dva sporna pitanja u vezi sa primenom zakona o amnestiji", *Bilten JNA*, Beograd, broj 3/1962. godine, str. 37–43.

⁶⁵ Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op. cit., str. 320–326.

Одређивање лица на које се односи амнестија може се извршити на више начина: а) у закону могу бити таскативно наведена кривична дела чији се извршиоци ослобађају од кривичног гонjenja и кањњавања или од издржавања изрећене казне у целини или делимично⁶⁶, б) може се одредити дејство амнестије према лицима одређивањем врсте и висине изрећене казне, и с) може се амнестија дати с обзиром на одређено кривично дело и одређене износе изрећене казне за то дело⁶⁷.

Садржина амнестије

Сам је Кривични законик Републике Србије у члану 109 одредио садржину института амнестије. Наиме, амнестија може да се односи на: 1) ослобођење од кривичног гонjenja (аболација), 2) потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, 3) замену изрећене казне блажом казном, 4) давање рехабилитације, 5) укидање свих или појединих правних последица осуде, и 6) укидање мера безбедности: забране вршења позива, делатности и дужности; забране управљања моторним возилом и протеривања странца из земље⁶⁸.

1) Ослобођење од кривичног гонjenja или аболација⁶⁹ значи да се против учиниоца кривичног дела не може покренути кривични поступак, а ако је поступак у току, он се обуставља без обзира на то у ком се стадијуму налази. Ослобођење од кривичног гонjenja увек се односи на одређено кривично дело и по правилу обухвата сва лица која су у било ком смислу (као извршиоци, саизвршиоци, подстрекачи или помогаачи) учествовала у његовом извршењу⁷⁰. Но, и овде могу бити дата нека ограничења па се тако аболација за неке учеснике у кривичном делу може условити и постојањем одређених услова, претпоставки или околности⁷¹.

Аболација се може дати у свим фазама кривичног поступка све до момента док кривични поступак није окончан правноснажном пресудом⁷². На

⁶⁶ Такав је био Закон о амнестији (Службени лист СРЈ број 9/2001) који је обухватио учиниоце војних кривичних дела из чл. 202, 214, 215, 217, 218 и 219 КЗ СРЈ.

⁶⁷ Такав је био Закон о амнестији (Службени гласник Републике Србије број 10/2001) којим је dato ослобођење од извршења 25% изрећене казне затвора и то правноснажно осуђених лицима која су извршила у закону таскативно одређена кривична дела.

⁶⁸ Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске*, Општи део, оп. cit., стр. 228–231.

⁶⁹ А. Куртовић, *Формални и материјални појам аболације*, Зборник Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 2/1993. године, стр. 571–583.

⁷⁰ Ж. Хорватић, *Казнено право*, Опћи дио, оп. cit., стр. 252.

⁷¹ I. Јелић, „Амнестија у теорији и пракси“, *Мјесећник*, Загреб, број 8/1926. године, стр. 354–359.

⁷² Како се Закон о амнестији односи само на пресуде које нису постале правноснажне пре његовог

slučajeve koji su pravnosnažno okončani oslobođenjem od krivičnog gonjenja nema praktičan značaj. Dejstvo abolicije je najjače jer u ovom slučaju uopšte ne dolazi do osude tako da izvršilac krivičnog dela ne snosi nikakve pravne posledice, niti se delo za koje je data abolicija može uzeti kao “ranija osuđivanost” u smislu osnova za postojanje povrata (kao otežavajuće okolnosti od značaja za odmeravanje kazne učiniocu za novoizvršeno krivično delo). Lica koja su obuhvaćena abolicijom puštaju se odmah iz pritvora na slobodu⁷³.

2) Amnestijom se osuđeno lice može u potpunosti osloboditi od izvršenja izrečene kazne⁷⁴. Oslobođenje od kazne uvek se odnosi na onu kaznu (glavnu i sporednu) koja je i izrečena u pravnosnažnoj sudskoj odluci. Za ovaj vid amnestije pretpostavka je da je doneta pravnosnažna presuda nadležnog suda i da kazna još nije počela da se izvršava ili izrečena kazna u potpunosti još uvek nije izvršena. Ono može da obuhvati sve vrste kazni koje su inače i predviđene u domaćem krivičnom zakonodavstvu (kaznu zatvora, novčanu kaznu, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole), pa i kaznu maloletničkog zatvora⁷⁵ (kao posebnu vrstu krivičnih sankcija koje se izriču starijim maloletnim učiniocima krivičnih dela shodno odredbama Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica⁷⁶).

Ako se osuđeno lice primenom amnestije oslobađa od izvršenja glavne kazne, ono se po pravilu odnosi i na izrečenu sporednu kaznu (najčešće novčanu kaznu koja se izriče uz kaznu zatvora). Praktično posle date amnestije izrečena kazna se više ne može uopšte izvršiti, a ako je njeno izvršenje u toku, kazna se obustavlja. Ako se pak osuđeno lice nalazi na uslovnom otpustu momentom davanja amnestije uslovni otpust se ukida i takvo osuđeno lice se oslobađa od daljeg izdržavanja izrečene kazne u potpunosti.

Institutom amnestije se određeno lice može i delimično osloboditi od izvršenja izrečene kazne. Ono se u ovom slučaju može odnositi na oslobođenje od izvršenja neke od više kumulativno izrečenih kazni (kada je više kazni kumulativno izrečeno učiniocu krivičnog dela) ili na oslobođenje od izvršenja jednog dela izrečene kazne, dakle, ostatka neizdržanog dela kazne, što je

stupanja na snagu, on se ne može primeniti na osuđeno lice koje je žalbu na presudu izjavilo pre stupanja na snagu ovog zakona, a odustalo od nje posle stupanja na snagu ovog zakona (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 210/91 od 1. aprila 1991. godine).

⁷³ L. Vicentić, *Oprost i abolicija*, Erazmus, Zagreb, broj 6/1994. godine, str. 26–30.

⁷⁴ G. Ilić i dr., *Krivični zakonik Republike Srbije sa napomenama*, Beograd, 2006. godine, str. 113.

⁷⁵ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004. godine, str. 308.

⁷⁶ Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/2005. Više: D. Jovašević, *Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica sa komentarom*, Beograd, 2005. godine.

u praksi češći slučaj⁷⁷. Najčešće se u ovom slučaju radi o smanjenju vremena trajanja pravnosnažno izrečene kazne zatvora. To je, dakle, poseban oblik ublažavanja kazne pri čemu se organ nadležan za davanje amnestije mora u svemu pridržavati propisa o vrstama kazni i njihovom minimalnom i maksimalnom iznosu. Tako se ni u kom slučaju ne može desiti da se na ovaj način odredi vrsta i mera kazne koji uopšte nisu predviđeni u opštem delu Krivičnog zakonika⁷⁸.

3) Pravnosnažna izrečena kazna se primenom instituta amnestije može zameniti blažom vrstom kazne. I ova je zamena kazni moguća samo u okviru sistema i mera kazni predviđenih u opštem delu Krivičnog zakonika. Izrečena kazna zatvora može se zameniti novčanom kaznom u okviru opšteg minimuma i opšteg maksimuma ove vrste kazne ili pak nekom od drugih kazni: radom u javnom interesu, kaznom oduzimanja vozačke dozvole ili kućnim zatvorom⁷⁹ (sa ili bez elektronskog nadzora) vodeći pri tome računa o uslovima i ograničenjima pri izricanju ovih kazni.

No, izrečena kazna zatvora se ni u kom slučaju ne može zameniti kaznom maloletničkog zatvora (zbog specifičnog karaktera ove maloletničke krivične sankcije), niti nekom drugom vrstom vaspitnih mera. Uostalom, amnestija se uopšte ne može odnositi na primenu vaspitnih mera. To je i razumljivo jer se ovde radi o specifičnim vrstama maloletničkih krivičnih sankcija čija je prvenstvena svrha i cilj ostvarivanje vaspitanja, prevaspitanja i pravilnog razvoja maloletnika, pa ne bi bilo celishodno, niti opravdano da neki vansudski organ ukida ili menja ovu meru kada je već sudsko veće našlo da je njena primena u konkretnom slučaju potrebna i neophodna⁸⁰.

Amnestijom se izrečena kazna ne može ni u kom slučaju zameniti uslovnom osudom (što je inače moguće kod primene instituta pomilovanja). Naime, njena primena je ograničena samo na oblasti kazni (njihovog ublažavanja, oslobođenja u potpunosti ili zameni blažom kaznom). Takođe, Krivični zakonik izričito određuje da se amnestija ne može odnositi na izrečene uslovne osude⁸¹ jer je njena primena ograničena samo na kazne, a uslovna osuda

⁷⁷ P. Novoselac, "Osvrt na dosadašnje promjene kaznenog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj (Zakoni o oprost)", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, broj 2/1996. godine, str. 578–581.

⁷⁸ D. Jovašević, Z. Stevanović, *Primena amnestije i pomilovanja u krivičnom pravu*, Beograd, 2008. godine, str. 91–112.

⁷⁹ Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera (Službeni glasnik Republike Srbije broj 55/2014).

⁸⁰ R. Kolenc, "Ob novem zakonu o amnestiji", *Strokovni list*, Ljubljana, broj 3-4/1962. godine, str. 105–111.

⁸¹ U uporednom pravu prisutna su i drugačija shvatanja dejstva amnestije na uslovnu osudu (B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007. godine, str. 56–58).

predstavlja samostalnu vrstu krivičnih sankcija (meru upozorenja). Ipak logično bi bilo da amnestija ima pravno dejstvo i na ovu vrstu krivičnih sankcija kada se već njenom primenom može dati potpuno ili delimično oslobodjenje od kazne (kao teže vrste krivičnih sankcija u odnosu na uslovnu osudu)⁸².

4) Prema novom zakonskom rešenju koje je u Republici Srbiji stupilo na snagu 1. januara 2006. godine, amnestija može da se primeni i kod davanja rehabilitacije⁸³. To znači da se ovako data rehabilitacija⁸⁴ može odnositi i na: a) osude koje uopšte po slovu zakona ne podležu rehabilitaciji (kada je izrečena kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina), b) lica čije se osude uopšte ne mogu rehabilitovati (kada se radi o povratniku), i c) osude pre isteka određenih rokova (vremena) koje zakonik traži za nastupanje njenih dejstava⁸⁵.

5) Primenom amnestije mogu se ukinuti sve ili pojedine pravne posledice osude⁸⁶. Za razliku od pomilovanja kod koga je moguće ne samo ukidanje pravne posledice, već i određivanje njenog kraćeg trajanja, kod amnestije se njeno dejstvo odnosi samo na pravne posledice koje po svojoj prirodi traju određeno vreme i koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava posle izdržane, zastarele ili oproštene kazne (što znači da momentom stupanja na snagu zakona o amnestiji ta lica mogu ponovo da stiču sva prava).

To su sledeće pravne posledice osude: a) zabrana sticanja određenih javnih funkcija, b) zabrana sticanja određenog zvanja, poziva ili zanimanja ili unapređenja u službi, c) zabrana sticanja čina vojnog starešine, i d) zabrana dobijanja određenih dozvola ili odobrenja koja se daju odlukom državnih organa ili organa lokalne samouprave (član 95 KZ RS)⁸⁷. Pošto se ovde uvek radi o ukidanju svih ili određenih pravnih posledica osude, to zakon o amnestiji u svakom konkretnom slučaju mora izričito da navede na koju se pravnu posledicu osude odnosi. To može da bude jedna ili više pravnih posledica, ali moraju u svakom slučaju biti izričito navedene. No, u pravnoj teoriji se mogu naći i takva shvatanja prema kojima se amnestija može odnositi i na pravne posledice koje se sastoje u gubitku određenih prava⁸⁸.

⁸² N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo SFRJ*, Beograd, 1994. godine, str. 478.

⁸³ D. Jovašević, *Zbirka propisa o pomilovanju sa komentarom*, Beograd, 1999. godine, str. 3–12.

⁸⁴ Rehabilitacija se u smislu čl. 97 KZ RS sastoji u ukidanju pravnih posledica osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim. Razlikuje se zakonska i sudska rehabilitacija ako su ispunjena dva uslova: 1) da lice ranije nije bilo osuđivano i 2) da u određenom vremenu posle izrečene osude lice ne učini novo krivično delo.

⁸⁵ I ranije brisane osude uzimaju se u obzir prilikom donošenja rešenja o amnestiji u smislu člana 1 Zakona o amnestiji Republike Srbije (pravno shvatanje zauzeto na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije koja je održana 18. aprila 2001. godine).

⁸⁶ B. Čejović, *Krivično pravo*, Opšti deo, op. cit., str. 599–600.

⁸⁷ D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, op. cit., str. 272–274.

⁸⁸ B. Čejović, *Krivično pravo*, Opšti deo, op. cit. str. 600.

6) I konačno, Krivični zakonik Republike Srbije je proširio domet primene amnestije jer se sada ovim institutom ukidaju i pojedine mere bezbednosti. To su sledeće mere bezbednosti: a) zabrana vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti⁸⁹, b) zabrana upravljanja motornim vozilom⁹⁰, i c) proterivanje stranca iz zemlje⁹¹.

Amnestija u sudskoj praksi

U cilju potpunijeg sagledavanja sadržine, karakteristika, dejstva i dometa primene amnestije u krivičnom pravu, u nastavku rada ćemo izložiti neke karakteristične primere primene amnestije u praksi nadležnih sudova Republike Srbije⁹².

- 1) “U izreci rešenja kojim se osuđeni oslobađa od izvršenja dela kazne mora se navesti da mu se u ostatku kazne zatvora koju osuđeni ima da izdrži uračunava vreme provedeno u pritvoru. Za krivično delo teške krađe okrivljeni je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest meseci. Prvostepenim rešenjem kojim je osuđeni oslobođen od izdržavanja dela kazne po osnovu Zakona o amnestiji utvrđeno je da se osuđeni oslobađa od izvršenja 25% kazne zatvora i određeno da se osuđeni oslobađa od izvršenja izrečene kazne zatvora u trajanju od četiri meseca i 15 dana i određeno da se ostatak kazne zatvora u trajanju od jedne godine, jednog meseca i 15 dana zatvora prema osuđenom ima izvršiti. Vrhovni sud je preinačio navedeno rešenje određujući da ostatak kazne zatvora u trajanju od jedne godine, jednog meseca i 15 dana prema osuđenom izvrši uz uračunavanje vremena provedenog u pritvoru. Zakon o amnestiji takođe predviđa da će sud rešenjem utvrditi deo kazne od čijeg je izvršenja osuđeni oslobođen i odrediti ostatak kazne koji

⁸⁹ Sud može u smislu čl. 85 KZ RS učiniocu krivičnog dela na vreme od jedne do deset godina zabraniti vršenje određenog poziva, određene delatnosti ili svih ili nekih dužnosti vezanih za raspolaganje, korišćenje, upravljanje ili rukovanje tuđom imovinom ili za čuvanje te imovine ako se opravdano može smatrati da bi njegovo dalje vršenje takve delatnosti bilo opasno.

⁹⁰ Sud može u smislu čl. 86 KZ RS zabraniti učiniocu krivičnog dela kojim se ugrožava javni saobraćaj na vreme od tri meseca do pet godina da upravlja motornim vozilom određene vrste ili kategorije ako dođe do uverenja da je opasno da on i dalje upravlja motornim vozilom.

⁹¹ U smislu čl. 88 KZ RS sud može stranom državljaninu ili licu bez državljanstva koji je izvršio krivično delo na teritoriji Republike Srbije da izrekne ovu meru proterivanja (udaljenja) sa naše teritorije za vreme od jedne do deset godina ako dođe do uverenja da je dalji boravak takvog lica nepoželjan.

⁹² D. Jovašević, *Praktikum za krivično pravo*, Opšti deo, Niš, 2013. godine, str. 227–239.

- će se izvršiti. Iz stanja u spisima proizlazi da pobijanim rešenjem nije navedeno da se ostatak kazne zatvora za osuđenog u trajanju od jedne godine, jednog meseca i 15 dana izvrši uz uračunavanje koje je osuđeni proveo u pritvoru na koji način je povređen zakon na štetu osuđenog”.
- (Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. II 512/2001 od 11. maja 2001. godine, *Sudska praksa*, Beograd, broj 2-3/2002. godine, str. 17)
- 2) “Pod ranijom osuđivanosti u smislu Zakona o amnestiji smatra se i pravnosnažna osuda na maloletnički zatvor”.
- (Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 525/2001 od 18. aprila 2001. godine, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd, broj 55/2001. godine, str. 94)
- 3) “Kada je osuđeni osuđen za više krivičnih dela u sticaju, a neka od njih su izuzeta od primene Zakona o amnestiji, Zakon o amnestiji će se primeniti samo u odnosu na dela koja nisu izuzeta ovim zakonom. Prvostepenom presudom osuđeni je pravnosnažno osuđen za izvršenje krivičnog dela neovlašćene proizvodnje opojnih droga, neovlašćenog posedovanja radio-stanice i neovlašćenog držanja vatrenog oružja. Prvostepenim rešenjem odbijen je zahtev za primenu Zakona o amnestiji sa obrazloženjem da je osuđeni pravnosnažno osuđen za krivično delo stavljanja u promet opojnih droga, te stoga ne postoje uslovi predviđeni u Zakonu o amnestiji za primenu amnestije s obzirom na to da je ovim Zakonom o amnestiji predviđeno da se amnestija ne primenjuje na lica pravnosnažno osuđena za krivično delo terorizma, neovlašćenog stavljanja u promet opojnih droga i omogućavanja uživanja opojnih droga. Rešenjem Vrhovnog suda ukinuto je prvostepeno rešenje sa obrazloženjem da je osuđeni pravnosnažnom presudom osuđen i zbog krivičnih dela neovlašćenog posedovanja radio-stanice i neovlašćenog držanja oružja za koje postoje uslovi za primenu republičkog zakona o amnestiji, te je zakon u odnosu na ova dela trebalo primeniti izuzimajući utvrđenu kaznu zatvora za krivično delo neovlašćene proizvodnje opojnih droga”.
- (Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 918/2001 od 27. januara 2002. godine, *Sudska praksa*, Beograd, broj 7-8/2002. godine, str. 20)
- 4) “Odredbe Zakona o amnestiji se primenjuju samo na presude koje su u momentu stupanja na snagu ovog zakona bile pravnosnažne. Okrivljeni je oglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora prvostepenom

presudom koja je postala pravnosnažna 14. juna 2001. godine. Imajući u vidu da je Zakon o amnestiji Republike Srbije stupio na snagu 22. februara 2001. godine, a da je navedena presuda postala pravnosnažna 14. juna 2001. godine, pravilno je prvostepeni sud našao da osuđeni nema status pravnosnažno osuđenog lica na koga se može primeniti Zakon o amnestiji”.

(Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 1211/2001 od 8. avgusta 2001. godine, *Sudska praksa*, Beograd, broj 5/2002. godine, str. 23–24)

- 5) “Na primenu Zakona o amnestiji bez uticaja je što je okrivljenom rešenjem službe za izvršenje kazni odloženo izdržavanje kazne zatvora. Prvostepenim rešenjem osuđeni je oslobođen izvršenja 25% kazne zatvora koja mu je izrečena pravnosnažnom presudom. Neosnovano se žalbom javnog tužioca pobija prvostepeno rešenje zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja jer se iz prvostepenog rešenja vidi da je isto doneto pošto je prvostepeni sud utvrdio da je osuđenom odloženo izvršenje kazne zatvora za tri meseca po rešenju opštinskog suda na što se žalbom javnog tužioca ukazuje. Sam podnosilac žalbe je prema svojim navodima izvršio uvid u izvršne spise iz kojih se vidi da prvostepeni sud nije postupio protivno Zakonu o amnestiji kada je doneo pobijanu odluku, a činjenica da je postupak izvršenja kazne više puta odlagan po mišljenju okružnog suda nije od uticaja za donošenje drugačije odluke”.

(Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 1484/2001 od 10. oktobra 2001. godine, *Sudska praksa*, Beograd, broj 4/2002. godine, str. 17)

- 6) “Brisana osuda nema pravno dejstvo priznavanja osuđenom licu statusa neosuđivanog lica. Okolnost koju osuđeni ističe u žalbi da su ispunjeni zakonski uslovi za brisanje ranijih osuda nije od uticaja na pravilnost i zakonitost pobijanog rešenja jer brisanje osude nije smetnja da se podaci o istoj koriste od strane suda i drugih organa u vezi sa krivičnim postupkom protiv osuđenog lica zbog novog krivičnog dela, dakle, i u postupku primene amnestije i u tim slučajevima brisanje osude nema pravno dejstvo priznavanja osuđenom statusa neosuđivanog lica”.

(Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 2428/2001 od 12. aprila 2001. godine, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd, broj 55/2001. godine, str. 94)

- 7) “Kada se odmerava kazna osuđenom licu, kao utvrđena kazna se uzima kazna izrečena po pravnosnažnoj presudi, a ne po rešenju o amnestiji jer se amnestijom ne može menjati pravnosnažna presuda. Prvostepeni sud pogrešno uzima kao utvrđenu kaznu zatvora u trajanju od tri godine i devet meseci koja mu je izrečena u rešenju o amnestiji jer kao utvrđene kazne, kada su ispunjeni ostali zakonski uslovi, uzimaju se izrečene kazne po pravnosnažnim presudama, a ne po rešenjima o amnestiji jer se rešenjem o amnestiji ne mogu menjati pravnosnažne presude, već se samo osuđena lica oslobađaju izvršenja dela izrečene kazne”.
- (Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1147/2002 od 17. septembra 2002. godine, *Izbor sudske prakse*, Beograd, broj 6/2004. godine, str. 33)
- 8) “U postupku nepravog ponavljanja krivičnog postupka, mogu se preinačiti samo pravnosnažne presude pri čemu se kao utvrđene kazne uzimaju one kazne koje su izrečene po pravnosnažnim presudama, a ne kazne kojima su pravnosnažne presude preinačene usled amnestije, pomilovanja i sl. U delu izreke kada se okrivljeni osuđuje na jedinstvenu kaznu zatvora nužno je navesti ne samo da se u istu uračunava vreme provedeno u pritvoru i vreme provedeno na izdržavanju kazne, već da se tu uračunava i vreme za koje je osuđeni oslobođen od izvršenja dela izrečene kazne po odgovarajućim rešenjima o amnestiji”.
- (Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 1282/2002 od 15. oktobra 2002. godine, *Sudska praksa*, Beograd, broj 6/2004. godine, str. 16–17)
- 9) “Izrečena novčana kazna koja je zamenjena kaznom zatvora ne podleže amnestiji. Osnovano se žalbom javnog tužioca pobija pravilnost prvostepenog rešenja jer je njegova izreka nerazumljiva i protivrečna datim razlozima. Zakonom o amnestiji je propisano da se od izvršenja oslobađaju lica koja su pravnosnažno osuđena na kaznu zatvora, a koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u Republici Srbiji ili još nisu stupili na izdržavanje kazne zatvora ili čiji premeštaj radi izdržavanja kazne zatvora je izvršen u inostranstvo, što znači da se od izvršenja kazne zatvora oslobađaju samo lica kojima je izrečena kazna zatvora, što ovde nije slučaj jer osuđenom navedenom presudom nije izrečena kazna zatvora, već novčana kazna koja je zamenjena kaznom zatvora s obzirom da istu nije platio u određenom roku, pa je prvostepeni sud pogrešno utvrdio da navedena osuda podleže amnestiji i za takvu odluku dao nejasne i neprihvatljive razloge”.

(Rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž. 1588/2012 od 13. decembra 2012. godine, *Bilten Apelacionog suda u Nišu*, Niš, broj 1/2013. godine, str. 47–48)

- 10) “Prilikom odlučivanja da li osuđeni podleže amnestiji sud mora pribaviti podatke o osuđivanosti osuđenog do dana stupanja na snagu Zakona o amnestiji. Prvostepeni sud u obrazloženju rešenja navodi da prema postojećim podacima osuđena nije ranije osuđivana i da podleže amnestiji. No, kako je Zakonom o amnestiji propisano da lica koja su pravnosnažno osuđena više od tri puta na безусловnu kaznu zatvora, a nije izvršeno brisanje osude ili ne postoje uslovi za brisanje neke od osuda, prvostepeni sud je, u tom slučaju, dužan da proveri da li je osuđena do stupanja na snagu Zakona o amnestiji osuđivana i koliko puta.”

(Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 2157/2012 od 28. novembra 2012. godine, *Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu*, Kragujevac, broj 1/2013. godine, str. 88)

- 11) “Pravila o uslovnom otpustu u situaciji kada je osuđeni imao pravo na amnestiju shodno donetom Zakonu o amnestiji računaju se u odnosu na deo kazne koji je preostao nakon primene instituta amnestije”.

(Pravno shvatanje Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu doneto na sednici održanoj 18. marta 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, Beograd, broj 5/2013. godine, str. 75)

- 12) “Okolnost da je za okrivljenim do stupanja na snagu Zakona o amnestiji naređeno izdavanje poternice zbog nejavljanja na izdržavanje kazne zatvora isključuje mogućnost amnestiranja kazne na koju je učinilac osuđen. Pravilno je prvostepeni sud u pobijanom rešenju utvrdio da se u konkretnoj pravnoj stvari nisu stekli zakonski uslovi za primenu amnestije prema osuđenom, o čemu su dati jasni i dovoljni razlozi koje prihvata i ovaj sud. Iz pobijanog rešenja proizlazi da je prvostepeni sud cenio okolnost da je osuđeni pravnosnažnom presudom oglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od tri meseca, ali da je prema njemu naređeno izdavanje poternice zbog nejavljanja na izdržavanje kazne zatvora pre stupanja na snagu Zakona o amnestiji.”

(Rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž. 149/2013 od 31. januara 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Nišu*, Niš, broj 1/2013. godine, str. 48–49)

13) “U situaciji kada se po vanrednom pravnom leku preinači pravnosnažna presuda u delu odluke o krivičnoj sankciji, tako da se umesto kazne zatvora izrekne uslovna osuda, ne postoji više pravnosnažna kazna zatvora, odnosno pravnosnažna osuda na безусловnu kaznu zatvora, tako da se u konkretnom slučaju ne može zaključiti da je osuđeni koji je podneo zahtev za amnestiju više od tri puta pravnosnažno osuđen na безусловnu kaznu zatvora.”

(Rešenje Apelacionog suda u Beogradu KŽ. 2458/2013 od 30. maja 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, Beograd, broj 5/2013. godine, str. 100)

14) “U presudi u kojoj su spojene kazne i izrečena jedinstvena kazna zatvora sud će osuđenom u izrečenu jedinstvenu kaznu zatvora, pored vremena koje je proveo u pritvoru i na izdržavanju kazne zatvora, uračunati i vreme za koje je pravnosnažnom odlukom suda oslobođen od dela izdržavanja kazne primenom Zakona o amnestiji. Apelacioni sud je pravilno odbio kao neosnovanu žalbu osuđenog nalazeći da mu je pravilno u izrečenu kaznu prvostepeni sud uračunao i vreme za koje je oslobođen od izvršenja dela kazne primenom Zakona o amnestiji.”

(Presuda Apelacionog suda u Beogradu KŽ. 3818/2013 od 11. jula 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, Beograd, broj 5/2013. godine, str. 96)

Postupak za primenu amnestije

Amnestija je akt koji se donosi u formi zakona. Da bi se njenim privilegijama mogla koristiti osuđena lica, potrebno je ispunjenje nekoliko pretpostavki. Prvo, potrebno je da zakon donet od strane skupštine bude objavljen u službenom glasilu i da takav zakon stupi na snagu protekom vremena – *vacatio legis*.

U svakom konkretnom, pojedinačnom slučaju, pošto se amnestija odnosi na individualno neodređeni broj lica pa se u momentu njenog donošenja ne može znati na koja se sve lica ona odnosi, potrebno je da se donese pojedinačno rešenje o primeni amnestije. Takvo rešenje donosi prvostepeni sud koji je sudio i izrekao krivičnu sankciju. Ovaj sud je po službenoj dužnosti (*ex officio*) ili na zahtev javnog tužioca, osuđenog lica ili drugih lica koja su inače

ovlašćena da preduzimaju procesne radnje u korist osuđenog donosi navedeno rešenje. U takvom rešenju se konstatuje lice na koje se odnosi amnestija, utvrđuje se novi iznos kazne koji je preostao nakon njenog smanjivanja usled date amnestije), ali i usled njenog (delimičnog izražavanja) i koji se ima izvršiti, ali se takođe utvrđuje i iznos kazne od čijeg se oslobođenja oslobađa osuđeno lice.

Ukoliko se usled date amnestije osuđeni treba otpustiti sa daljeg izražavanja izrečene kazne, sud istim ovim rešenjem odlučuje i o otpuštanju osuđenog lica iz zavodske ustanove. Ovako doneto rešenje se bez odlaganja dostavlja zavodskoj ustanovi u kojoj osuđeno lice izdržava izrečenu kaznu. I sam upravnik ovog zavoda je dužan da sud obavesti o licima na koja se amnestija odnosi.

Ukoliko se pak radi o osuđenom licu koje još nije stupilo u zavod na izdržavanje kazne postupak je isti, s tim što sud rešenje o primeni amnestije treba da donese u roku od tri dana od prijema zahteva. U ovom slučaju se radi o novoutvrđenom iznosu kazne čiji iznos sada predstavlja osnovu za preduzimanje drugih procesnih radnji ovog lica (kao što su: podnošenje zahteva za pomilovanje, zahteva za vanredno ublažavanje kazne, zahteva za ponavljanje postupka ili pak radi upućivanja (eksterna klasifikacija) u odgovarajuću vrstu i tip zavodske ustanove shodno odredbama izvršnog krivičnog prava).

Interesantno je da Zakon o amnestiji predviđa i mogućnost podnošenja žalbe protiv rešenja o primeni amnestije. Ovu žalbu mogu da podnesu javni tužilac, osuđeni, ali i druga lica na strani optuženog. Žalba se podnosi neposredno višem sudu u roku od tri dana od prijema rešenja.

Zaključak

Iako je u krivičnom pravu Republike Srbije prihvaćeno načelo koje u potpunosti odgovara zahtevu ostvarenja pravde i pravičnosti da se krivična sankcija izvršava (primenjuje) prema svakom izvršiocu krivičnog dela, ipak u krivičnopravnoj teoriji, sudskoj praksi i zakonodavstvu postoje određene okolnosti usled čijeg postojanja ne dolazi do izricanja ili ne dolazi do izvršenja krivične sankcije prema izvršiocu krivičnog dela. Ove okolnosti zbog čijeg postojanja država gubi svoje pravo na kažnjavanje (pravo na izricanje i pravo na izvršenje krivične sankcije – *ius puniendi*) nazivaju se osnovi gašenja krivične sankcije. Među javnopravnim institutima ove sadržine posebno

se izdvaja amnestija, institut poznat od najstarijih vremena i prisutan u skoro svim krivičnopravnim sistemima kao akt milosti.

Amnestija se sastoji u opraštanju kazne učiniocu krivičnog dela koje se daje putem akta najvišeg zakonodavnog organa vlasti. To je predavanje u zaborav učinjenog krivičnog dela. Ona predstavlja *lex specialis* kojim se voljom zakonodavca ukida ili ograničava državno pravo na krivično gonjenje ili izvršenje kazne neodređenom broju lica. Ovim se aktom može dati oproštaj od kazne koja je pravnosnažno izrečena ili oslobođenje od krivičnog gonjenja (abolicija). Kao akt milosti, amnestija predstavlja opšti osnov za gašenje svake krivične sankcije jer se može odnositi na sva krivična dela i na sve učinioce i u našim uslovima ima više politički, nego kriminalno-politički karakter i dejstvo.

I na kraju, treba istaći da amnestija kao opšti osnov gašenja prava države na kažnjavanje predstavlja u svakom društvu i u svakom vremenu izvanrednu pravnu ustanovu koja omogućava učiniocima krivičnih dela da izbegnu krivično gonjenje i kažnjavanje. Naravno, određeni kriminalno-politički, ali i politički razlozi nalažu opravdanost i primenu amnestije koju treba samo izuzetno retko koristiti kada je to zaista opravdano, nužno i pravično.

Prof. Dragan Jovašević, L.L.D.
Full Professor
Law Faculty, University of Niš

THE AMNESTY IN CRIMINAL LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

It is an established rule that anyone who commits crime will be convicted by a competent court on the legal basis. However, in practice, since ancient times the perpetrators have managed to avoid criminal proceedings or execution of a sentence prescribed by the law. This could happen due to the application of the amnesty or the pardon rule. Those institutes are used in public interest, mostly for the political or criminal policy purpose in order for ius puniendi right of the state to be annulled.

Although there are many similarities between these two institutes in terms of their nature, effect, content and importance, major differences between them could be noticed. Firstly, the amnesty must be given by the law promulgated by the parliament and announced in the official gazette . The amnesty is also applicable for undetermined number of persons. On the other hand, pardon is given by the president of the state on the basis of an individual legal act-decision or decree, without the obligation to announce it. This paper is about the characteristics, the content, the effect and the legal nature of amnesty from the normative, theoretical and practical points of view in the modern criminal law.

Key words: *criminal offence, responsibility, criminal sanction, amnesty, law*

DJECA I MALOLJETNICI KAO ŽRTVE SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA I ISKORIŠĆAVANJA

Prof. dr Ljubinko Mitrović*
Doc. dr Nikolina Grbić Pavlović**

Apstrakt: *Novija viktimološka saznanja ukazuju nam na činjenicu da se djeca i maloljetnici u posljednje vrijeme veoma često pojavljuju kao žrtve negativnih uticaja i događaja u sredini u kojoj žive. Takođe, različiti parametri karakteristični za naše društvo jasan su pokazatelj da djeca i maloljetnici veoma lako postaju žrtve određenih krivičnih djela koja čine (najčešće) odrasla lica na njihovu štetu, a naročito iz oblasti seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja.¹ Iz tog razloga, mnoga krivična, materijalna i procesna zakonodavstva sve češće unapređuju svoje odredbe kojima se reguliše krivičnopravna zaštita djece i maloljetnika koji se pojavljuju kao žrtve različitih krivičnih djela. Upravo je tako i novim Krivičnim zakonikom Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS)² uvedeno niz novina kada su u pitanju djeca i maloljetnici kao žrtve seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja. Zakonom o zaštiti i postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske (u daljem tekstu: Zakon o maloljetnicima)³ koji je u primjeni već sedmu godinu, takođe se*

* Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine.

** Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske.

¹ U Republici Srpskoj u 2016. godini registrovano je 48 krivičnih djela (KD) protiv polnog integriteta, i to: 10 KD silovanje, 10 KD polno nasilje nad djetetom, devet KD zadovoljenje polnih strasti pred drugima, sedam KD obljava nad nemoćnim licem, šest KD proizvodnja, posjedovanje i prikazivanje dječje pornografije, tri KD iskorišćavanje djece i maloljetnih lica za pornografiju, jedno KD navođenje na prostituciju, jedno KD trgovina ljudima i jedno KD obljava zloupotrebom položaja. Broj krivičnih djela protiv polnog integriteta veći je za 60,0% u odnosu na 2015. godinu. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, *Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj za period januar – decembar 2016. godine*, Banja Luka, januar 2017. godine, str. 10. http://www.mup.vladars.net/index.php?vijest=informisanje_javnosti&vrsta=statistike

² Krivični zakonik Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 64/17).

³ Zakon o zaštiti i postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/10 i 61/13).

naglašava karakter specifične zaštite djece i maloljetnika, posebno prilikom njihovog saslušanja kao oštećenih krivičnim djelom. Naročito je naglašen adekvatan pristup ovlašćenih lica prilikom saslušanja djece i maloljetnika, kao i upotreba tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka. Tako će se u ovom radu prikazati najnovije odredbe Krivičnog zakonika Republike Srpske kada je u pitanju zaštita seksualnosti djece i maloljetnika, kao i odredbe Zakona o maloljetnicima koje se odnose na krivičnopravnu zaštitu djece i maloljetnika kao žrtava krivičnih djela.

Ključne riječi: *djeca i maloljetnici, žrtve, seksualno zlostavljanje i iskorišćavanje, saslušanje, pristup i način ispitivanja, tehnički uređaji za prenos slike i zvuka.*

Uvodna razmatranja

Zlostavljanje djece nije problem novijeg datuma. Naime, surova kažnjavanja, usmrćivanja i zlostavljanja djece poznata su bila i u najranijim kulturama.⁴ Žrtvovanja i ubijanja djece, te nasilna odgajanja bila su rezultat hronične materijalne oskudice u ranim ljudskim zajednicama, ali i posljedica ekstremnih nejednakosti i eksploatacije.⁵ No, sve do modernih vremena, fizičko i psihičko nasilje nad djecom smatralo se sastavnim dijelom roditeljskog prava. Danas, nasilje nad djecom predstavlja globalni fenomen i svakodnevni događaj, ali i opštedruštveni problem.⁶ Svakoga dana, milioni djece u svijetu žrtve su nasilja, psihičkog i fizičkog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja. Zločini se događaju u porodici, školi ili u sredini u kojoj se dijete kreće, a izvršioci su često oni kojima djeca najviše vjeruju (roditelji, učitelji, usvojioci).

Prema preporukama konferencije koju je 1989. godine sazvao *National Institute of Child Health and Human Development* iz Sjedinjenih Američkih Država, zlostavljanje ili maltretiranje obuhvata ponašanja usmjerena prema drugim osobama koja krše važeće norme i predstavljaju znatan rizik za pojavu fizičke ili emocionalne štete na osobama. Takva ponašanja uključuju akcije i propuste koji su namjerni i nenamjerni. Prema tome, pojam “zlostavljanje djece” odnosio bi se na široki skup ponašanja koja su rizična sa stajališta

⁴ Grbić Pavlović, N., *Specifičnosti saslušanja djece i maloljetnika oštećenih krivičnim djelom*, Zbornik radova: „Unapređivanje sigurnosne uloge policije primjenom novih tehnologija i metoda“, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Policijska akademija, Zagreb, 2016. godine, str. 32.

⁵ Šućur, Z., *Nasilje nad djecom*, Kriminologija delikata nasilja, Globus, Zagreb, 2005. godine, str. 23.

⁶ Hyder, T., Mac Veigh, J., *Gender&Development, Gender-based violence against children in emergencies: Save the children UK's response*, Mar 2007, Vol 15, Issue 1, 2007, 81–93.

djece i adolescenata (maltretiranje, nasilje, zapuštanje i slično), a koja manifestuju, prije svega, roditelji, članovi porodice i drugi staratelji.^{7, 8} Postoje tri glavna oblika zlostavljanja (koja se i u literaturi najčešće navode), iako je moguće da dijete bude tokom života zlostavljano na više načina: emocionalno (ili psihološko) zlostavljanje, fizičko zlostavljanje i seksualno zlostavljanje.⁹

Uz navedene kategorije mnogi autori često dodaju i kategoriju zanemarivanja, odnosno zapostavljanja djece¹⁰. Naravno, uvijek moramo imati u vidu da se sve navedene forme nasilja prema djetetu međusobno mogu kombinovati. To se naročito odnosi na seksualno nasilje, koje po svojoj sadržini predstavlja poseban oblik nasilja prema djeci, ali je po svojim posljedicama uvijek kombinovanog tipa.¹¹

Dječja prava, kao posebna i izuzetno važna kategorija ljudskih prava, prvi put su uspostavljena Deklaracijom o pravima djeteta iz 1959. godine. Danas, jedan od najvažnijih dokumenata u ovoj oblasti svakako je Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta (1989) – tzv. dječji ustav, sa dva prateća protokola, i to: Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i pornografiji (2000) i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o zabrani učešća djece u oružanim sukobima (2000). Na regionalnom planu, od posebne su važnosti aktivnosti Savjeta Evrope povodom afirmisanja prava djece i maloljetnika i njihove zaštite. Tako je Savjet Evrope zauzeo jasan stav o problemu seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece u dvije svoje preporuke, i to: Preporuka R (91) 11 o seksualnom iskorišćavanju, prostituciji i trgovini djecom i mladima i Preporuka Rec (2001) 16 o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja.

Ovim dokumentima uglavnom se promoviše i uređuje zaštita djece, s tim da oni sadrže i principe i odredbe koje upućuju na obavezu svake države članice i njenih državnih organa u odnosu na zaštitu djeteta od pojedinih vidova nasilja u široj društvenoj sredini.¹² Shodno tome, može se konstatovati da je zakonska kaznena politika na suzbijanju seksualnog nasilja nad djecom

⁷ Šućur, Z., *op.cit.*, str. 23.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Đuderija, S., Milosavljević, M., Malešić, S., Jerković, A., Smajić, Z., *Inicijalni izvještaj o nasilju nad djecom u Bosni i Hercegovini*, Vijeće za djecu Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2006, str. 7.

¹⁰ Jovašević, D., Ikanović, V., *Krivično pravo Republike Srpske*, Posebni deo, Banja Luka, 2012. godine, str. 56–57.

¹¹ Clark L. M.G., *Feminist Perspectives on Violence Against Women and Children: Psychological, Social Service, and Criminal Justice Concerns*, Canadian Journal of Women & the Law, Vol. 3 Issue 2, 1989, pp 420–431.

¹² Simović, N. M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M., *Maloljetničko krivično pravo*, drugo izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Banja Luka, 2015. godine, str. 523.

i maloljetnicima donošenjem posljednjeg Krivičnog zakonika Republike Srbije iz jula 2017. godine izuzetno pooštrena.

Krivičnopravni položaj djece i maloljetnika, žrtava seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije

Djeca i maloljetnici uživaju posebnu krivičnopravnu zaštitu u pogledu svojih polnih odnosa. To naročito važi za (prema novom KZ RS) lica mlađa od 15 godina, i to za određena krivična djela. Naime, za ona krivična djela iz posebnog dijela KZ RS za koja granica starosti djeteta nije naročito određena, KZ RS u svojim odredbama, u glavi XI pod nazivom: “Značenje izraza u ovom zakoniku”, u članu 123 stav 7 određuje da je u smislu ovog zakonika dijete kao žrtva krivičnog djela ono lice koje nije navršilo osamnaest godina života. Praktično, ovo bi značilo da se sve žrtve krivičnih djela koje nisu navršile 18 godina nazivaju djecom (bez podjele na djecu i maloljetnike).¹³

Krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja učinjena prema djeci i maloljetnicima po prvi put su objedinjena i propisana Krivičnim zakonikom Republike Srbije u jednoj glavi, i to u glavi XV pod nazivom: “Krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta”.¹⁴ Tako je u

¹³ Iako su ovim članom propisane interpretativne odredbe kojima se određuje ili dopunjuje sadržina pojedinih termina ili pojmova upotrijebljenih u Zakoniku i u pravilu takve su prirode da ne iziskuju niti su pogodne za posebno komentarisanje, ova odredba zaslužuje da se na nju posebno ukaže. Formulacija “dijete kao žrtva krivičnog djela je lice koje nije navršilo osamnaest godina života”, dovodi u pitanje osnovnu podjelu ovih lica na: a) djecu (lica do 14 godina), i b) maloljetnike (mlade maloljetnike – lica 14–16 godina starosti i starije maloljetnike – lica 16–18 godina starosti) koja je uobičajena na našim prostorima, a uz to, ona je predviđena i Zakonom o maloljetnicima Republike Srbije (*lex specialis*). Nadalje, s obzirom na to da se u samim odredbama koje govore o značenju izraza u ovom Zakoniku eksplicitno definiše do koje godine se lica imaju smatrati djecom – žrtvama krivičnih djela (znači do 18 godina starosti), može se pogrešno zaključiti da je zakonodavac imao namjeru da, utvrđujući granicu žrtava kod određenih krivičnih djela na 15 godina, omogući da se učinioci tih krivičnih djela, a prema licima starosti od 15 do 18 godina blaže kažnjavaju. Iako se ovdje radi o jezičkoj formulaciji, smatramo da je bilo potrebno da se odredbe ovog zakonika prilagode odredbama Zakona o maloljetnicima, te da se govori o djeci i maloljetnicima kao žrtvama krivičnih djela. Suprotno, ovo rješenje podrazumijeva da odredbe Zakona o maloljetnicima koje govore o kategorijama maloljetnih lica treba da se mijenjaju, a samim tim i usklade sa KZ RS. Uporedno posmatrano, u Republici Hrvatskoj, zakonodavac je pribjegao zaštiti djece i maloljetnika od polnog nasilja i polnih radnji do navršenih petnaest godina i sa navršenih petnaest godina, što je opet važna novina u krivičnim zakonodavstvima regije. Takođe, posebno se štite i oni koje imaju navršenih petnaest godina, i to od strane lica kojima su povjereni na brigu, vaspitanje i obrazovanje. U Republici Srbiji djetetom se smatra lice koje nije navršilo 14 godina, dok se maloljetnikom smatra lice koje je navršilo četrnaest godina, a nije navršilo osamnaest godina. S druge strane, maloljetno lice je lice koje nije navršilo 18 godina, što je mnogo bolja i praktičnija formulacija.

¹⁴ Izdvajanje ovih krivičnih djela u posebnu glavu motivisano je željom zakonodavca da se prema

navedenoj glavi posebnog dijela KZ RS predviđeno devet (9) krivičnih djela, i to:

- 1) Obljuba sa djetetom mlađim od petnaest godina (član 172);
- 2) Polna zloupotreba djeteta starijeg od petnaest godina (član 173);
- 3) Navođenje djeteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 174);
- 4) Iskorišćavanje djece za pornografiju (član 175);
- 5) Iskorišćavanje djece za pornografske predstave (član 176);
- 6) Upoznavanje djece s pornografijom (član 177);
- 7) Iskorišćavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorišćavanja djeteta (član 178);
- 8) Zadovoljenje polnih strasti pred djetetom (član 179); i
- 9) Navođenje djeteta na prostituciju (član 180).

1) Obljuba sa djetetom mlađim od petnaest godina (član 172)

Osnovni cilj inkriminacije ovog krivičnog djela jeste sprečavanje polnih odnosa ili drugih oblika polnih radnji sa licima mlađim od 15 godina zbog toga što ona nisu ni fizički ni psihički za to podobna, te da se takve radnje mogu štetno odraziti na njihovo zdravlje i razvoj. Zakonik predviđa osnovni oblik ovog krivičnog djela i nekoliko kvalifikovanih oblika. Osnovni oblik krivičnog djela propisuje da će se lice koje izvrši obljubu ili s njom izjednačenu polnu radnju sa djetetom mlađim od petnaest godina kazniti kaznom zatvora od dvije do deset godina.

Teži oblici ovog krivičnog djela postoje:

- 1) ako ovo djelo izvrši srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, očuh, maćeha, usvojilac, staralac, nastavnik, vaspitač, ljekar, vjerski službenik ili drugo lice kome je dijete povjereno radi učenja, vaspitanja, čuvanja, staranja ili njege (učinilac će se kazniti kaznom zatvora od pet do petnaest godina (stav 2)), i

učiniocima ovih krivičnih djela postupa na način kojim bi se oni u većoj mjeri spriječili da djelo kasnije, po izvršenju kazne, ponove i da se na taj način obezbijedi pojačana zaštita maloljetnih lica od ove vrste kriminaliteta. Slična situacija desila se i u Republici Srbiji donošenjem posebnog zakona kojim se posebno reguliše postupanje sa učiniocima krivičnih djela iz ove oblasti, odnosno Zakonom o posebnim mjerama za sprečavanje vršenja krivičnih djela protiv polne slobode prema maloletnim licima koji je donesen 2013. godine (Više u: Đorđević, Đ., Simeunović Patić, B., *Maloletna lica kao žrtve krivičnih djela protiv polne slobode*, Zbornik radova: „Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih djela i prekršaja“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015. godine, str. 236).

- 2) ako: a) učinilac djelo izvrši upotrebom sile ili prijetnje, b) iskorišćavanjem duševne poremećenosti ili nemoćnog stanja djeteta, c) na naročito svirep ili ponižavajući način, d) od strane više lica, e) postoji veliki nesrazmjer u zrelosti i uzrastu između učinioca i žrtve ili f) ako je usljed djela nastupila teška tjelesna povreda, teško narušavanje zdravlja ili trudnoća lica prema kojem je djelo izvršeno (učinilac će se kazniti kaznom zatvora od najmanje osam godina (stav 3)).

Najteže će se kazniti učinilac ovog krivičnog djela, i to kaznom zatvora od najmanje 10 godina ili kaznom dugotrajnog zatvora, ukoliko je usljed izvršenja ovog djela nastupila smrt djeteta. Odredbom iz stava 5 ovog člana predviđeno je da će se učinilac koji je bio u otklonjivoj zabludi u odnosu na životnu dob djeteta, kazniti kaznom zatvora od jedne do pet godina. To su situacije kada je učinilac pri postojećim okolnostima imao pogrešnu ili nepotpunu predstavu, svijest o uzrastu djeteta.

Međutim, odredba iz stava 6 kojom se navodi da se neće kazniti učinilac ako između njega i djeteta ne postoji značajnija razlika u njihovoj duševnoj i tjelesnoj zrelosti, ciljno i sadržajno je nejasna (kada postoji ova razlika i kada je ona “značajnija”, u većem obimu i većeg značaja, faktičko je pitanje koje sud rješava u svakom konkretnom slučaju putem vještaka odgovarajuće struke). Naime, ovom odredbom se uvodi poseban osnov isključenja protivpravnosti koji je nejasan (nepostojanje značajnije razlike u duševnoj i tjelesnoj zrelosti između učinioca krivičnog djela i njegove žrtve). Prema Lj. Lazareviću, gramatičkim tumačenjem može se smatrati da ne čini osnovni oblik ovog krivičnog djela punoljetno lice koje vrši obljubu nad licem mlađim od 15 godina, ako je njegova duševna i tjelesna zrelost slična pasivnoj žrtvi. Takvo rješenje bilo bi apsurdno. Ovdje se vjerovatno mislilo na maloljetno lice kao učinioca krivičnog djela (do 18 godina starosti), a što je opet moglo u Zakoniku da se izričito i navede.¹⁵

I na kraju, ako je pod uslovima iz st. 1 ili 2 ovog člana izvršena neka druga polna radnja, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina, a ako je neka druga polna radnja izvršena pod uslovima iz stava 3 ovog člana, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.

¹⁵ Lazarević, Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011. godine, str. 626.

2) Polna zloupotreba djeteta starijeg od petnaest godina (član 173)

Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine naročitu pažnju je posvetio polnoj zloupotrebi djeteta starijeg od 15 godina od strane lica zaduženih za brigu o njemu, te za njegovo vaspitanje i obrazovanje, ali i drugih lica. Tako će se srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u poboljnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, očuh, maćeha, usvojlac, staralac, nastavnik, vaspitač, ljekar, vjerski službenik ili drugo lice koje izvrši obljubu ili sa njom izjednačenu polnu radnju sa djetetom starijim od 15 godina koje mu je povjereno radi učenja, vaspitanja, čuvanja, staranja ili njege, kazniti kaznom zatvora od dvije do osam godina (stav 1). Istom kaznom će se kazniti i ono lice koje izvrši obljubu ili s njom izjednačenu polnu radnju sa djetetom starijim od 15 godina, iskoristivši njegovu psihičku nezrelost ili lakomislenost, ili ako između njih postoji velika nesrazmjera u zrelosti ili uzrastu (stav 2).

Teži oblik ovog krivičnog djela će postojati ako je polna zloupotreba lica starijeg od 15 godina izvršena zloupotrebom položaja prema djetetu koje se prema učiniocu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti, ili iskoriscavanjem duševne poremećenosti ili nemoćnog stanja djeteta (stav 3). U tom slučaju, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od dvije do deset godina.

Ukoliko je pod prethodno navedenim uslovima izvršena neka druga polna radnja, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina (stav 4).

3) Navođenje djeteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 174)

Ovo krivično djelo se sastoji u navođenju djeteta da prisustvuje silovanju, obljubi ili sa njom izjednačenoj polnoj radnji. Radnja izvršenja ovog djela jeste navođenje. To je podstrekavanje (koje u ovom slučaju nema karakter saučesništva) u smislu stvaranja ili učvršćivanja odluke kod djeteta da prisustvuje aktu silovanja, obljubi ili drugoj sa njom izjednačenoj polnoj radnji, u kojoj ono istina ne učestvuje, ali je prisutno protivno svojoj slobodno ispoljenoj volji. Djelo je svršeno samim preduzimanjem radnje navođenja kao psihičkog uticanja na volju djeteta, bez obzira na to da li je dijete uopšte i donijelo odluku, odnosno prisustvovalo zadovoljenju polnog nagona drugih lica.

Učinilac ovog djela može da bude svako lice, a u pogledu vinosti potreban je isključivo umišljaj.

Za ovo krivično djelo propisana je kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina.

Teži oblik ovog krivičnog djela za koji je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina postoji ako je radnja navođenja (podstrekavanja) djeteta preduzeta: a) na poseban, odnosno opasan način – upotrebom sile (apsolutne ili kompulsivne) ili prijetnje (najavom primjene kakvog zla), i b) prema određenom licu – djetetu koje je mlađe od petnaest godina.

4) Iskorišćavanje djece za pornografiju (član 175)

Djelo se sastoji u navođenju djeteta na učestvovanje u snimanju dječje pornografije, u organizovanju ili u omogućavanju snimanja dječje pornografije. Objekt zaštite su djeca od štetnih uticaja pornografije i polni moral. Objekt napada je dječja pornografija, odnosno materijal (slike, audio-vizuelni materijali ili drugi predmeti pornografske sadržine) koji vizuelno ili na drugi način prikazuju dijete ili realno prikazano nepostojeće dijete ili lice koje izgleda kao dijete u pravom ili simuliranom (eksplicitnom) evidentnom seksualnom ponašanju ili materijal koji prikazuje polne organe djece u seksualne svrhe. Pornografijom se ne smatraju materijali koji imaju umjetnički, medicinski ili naučni značaj (stav 7).

Radnja izvršenja je višestruko alternativno određena. To je: a) umišljajno navođenje (podstrekavanje) djeteta u smislu stvaranja ili učvršćivanja odluke kod njega da učestvuje u snimanju dječje pornografije, b) organizovanje – dogovaranje, planiranje i koordiniranje djelatnosti oko snimanja dječje pornografije, i c) omogućavanje (pomaganje) u vidu stvaranja uslova i mogućnosti, odnosno olakšavanje snimanja dječje pornografije. Učinilac ovog djela može da bude svako lice, a u pogledu vinosti potreban je isključivo umišljaj. Pasivni subjekt jeste dijete (odnosno lice uzrasta do osamnaest godina u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja djela).

Za ovo djelo propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, pri čemu sud obavezno izriče i mjeru bezbjednosti oduzimanja predmeta – dječje pornografije, jer se pornografski materijal obavezno uništava (stav 4).

Djelo ima dva teža oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik djela za koji je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina postoji ako učinilac preduzme sljedeće radnje izvršenja (stav 2): a) neovlašćeno snimanje, proizvodnju, nuđenje, činjenje dostupnim, distribuciju, širenje, uvoz, izvoz, pribavljanje za sebe ili za drugoga, prodaju, davanje, prikazivanje ili posjedovanje dječje pornografije i b) svjesno pristupanje dječjoj pornografiji na poseban, specifičan način – putem računarske mreže.

Najteži oblik ovog djela za koji je propisana kazna zatvora od dvije do deset godina čini lice koje (stav 3): a) prisili (prinudi) i b) navede (podstrekava) dijete na snimanje dječje pornografije na poseban, specifičan ili opasan način: upotrebom sile, prijetnje, obmane, prevare, zloupotrebom položaja ili teških prilika djeteta ili odnosa zavisnosti.

Zakonik je izričito predvidio da se dijete neće kazniti za proizvodnju i posjedovanje pornografskog materijala pod sljedećim uslovima (stav 5): a) ako materijal prikazuje njega lično ili njega i drugo dijete, b) ako je ono samo taj materijal proizvelo i posjeduje ga, c) ako postoji pristanak svakog od njih na proizvodnju materijala, i d) ako se materijal koristi isključivo za njihovu ličnu upotrebu.

5) Iskorišćavanje djece za pornografske predstave (član 176)

Djelo se sastoji u umišljajnom navođenju djeteta na učestvovanje u pornografskim predstavama (stav 1) ili u gledanju pornografske predstave uživo ili putem komunikacijskih sredstava od strane lica koje zna ili je trebalo ili mogao da zna da u njoj učestvuje dijete (stav 3). Objekt zaštite je dijete, od štetnih uticaja pornografskih predstava. Objekt napada je pornografska predstava.

Radnja izvršenja je dvojako alternativno određena kao: a) navođenje (podstrekavanje koje ovdje nema karakter saučesništva, već oblik radnje izvršenja) djeteta na učestvovanje u pornografskim predstavama, i b) gledanje (posmatranje) pornografske predstave uživo ili putem komunikacijskih sredstava, gdje je potrebno da se radi o djelatnosti koju preuzima lice koje zna ili je trebalo ili mogao da zna da u takvoj pornografskoj predstavi učestvuje dijete.

Učinilac ovog djela može da bude svako lice, a u pogledu vinosti potreban je umišljaj. Pasivni subjekt jeste dijete (odnosno lice uzrasta do osamnaest godina u vrijeme preduzimanja radnje).

Za ovo je djelo propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.

Teži oblik djela za koji je propisana kazna zatvora od dvije do deset godina postoji kada učinilac upotrebom sile, prijetnje, obmane, prevare, zloupotrebom položaja ili teških prilika djeteta ili odnosa zavisnosti, prisili ili navede dijete da učestvuje u pornografskoj predstavi (stav 2).

Uz kaznu kod ovog djela obavezno se izriče mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta koji su korišćeni za izvršenje krivičnog djela, a pornografski materijal koji je nastao izvršenjem djela se obavezno uništava (stav 4).

6) Upoznavanje djece s pornografijom (član 177)

Djelo se ispoljava kroz nekoliko radnji izvršenja. Naime, onaj ko djetetu mlađem od petnaest godina proda, pokloni, prikaže ili javnim izlaganjem, posredstvom kompjuterske mreže ili drugih vidova komunikacije ili na drugi način učini dostupnim spise, slike, audio-vizuelni materijal ili druge predmete pornografske sadržine ili mu prikaže pornografsku predstavu, kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine.

Pornografijom se smatra svaki materijal koji vizuelno ili na drugi način prikazuje lice u pravom ili simuliranom evidentnom seksualnom ponašanju ili materijal koji prikazuje polne organe ljudi u seksualne svrhe. Materijali koji imaju umjetnički, medicinski ili naučni značaj ne smatraju se pornografijom u smislu ovog člana.

Kao i kod drugih krivičnih djela iz ove glave, predmeti korišćeni za izvršenje ovog djela se oduzimaju, a pornografski materijal se uništava.

7) Iskorišćavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorišćavanja djeteta (član 178)

Djelo se sastoji u vršenju radnje dogovaranja sastanka koristeći kompjutersku mrežu ili komunikaciju drugim tehničkim sredstvima radi vršenja obljube ili druge s njom izjednačene polne radnje, ili radi proizvodnje pornografskog materijala, ili radi drugih oblika seksualnog iskorišćavanja sa djetetom starijim od petnaest godina. Djelo je svršeno ukoliko se njegov učinilac pojavi na dogovorenom mjestu sastanka.

Za ovo djelo učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do pet godina.

Teži oblik ovog krivičnog djela će postojati ukoliko je ovo djelo izvršeno prema djetetu mlađem od petnaest godina, a njegov učinilac će se kazniti kaznom zatvora od dvije do osam godina.

8) Zadovoljenje polnih strasti pred djetetom (član 179)

Ovo krivično djelo sastoji se u vršenju radnje koja je namijenjena zadovoljenju vlastite ili tuđe polne strasti pred djetetom ili u navođenju djeteta da pred učiniocem ili drugim licem vrši takve radnje. Objekt zaštite je dijete od seksualnog iskorišćavanja od strane drugih lica. Radnja izvršenja je dvo-

jako alternativno određena kao vršenje radnje koja je namijenjena zadovoljenju vlastite ili tuđe polne strasti. To je svaki akt zadovoljenja polnog nagona učinioca ili drugog lica.

Djelo postoji ako se radnja preduzima pred djetetom, odnosno u njegovom prisustvu. Druga radnja izvršenja se sastoji u navođenju (podstrekavanju) djeteta da ono samo pred učiniocem ili drugim licem vrši radnje kojima zadovoljava svoju ili tuđu polnu strast. Djelo je svršeno momentom navođenja, bez obzira na to da li je pod njegovim uticajem i došlo do preduzimanja radnje djeteta.

Izvršilac djela može da bude svako lice. Subjektivnu stranu djela čini umišljaj. Za ovo djelo propisana je kazna zatvora do tri godine.

9) Navođenje djeteta na prostituciju (član 180)

Djelo se sastoji u umišljajnom navođenju, podsticanju, namamljivanju ili omogućavanju predaje djeteta drugom licu na drugi način radi pružanja seksualnih usluga ili na bilo koji način učestvuje u organizovanju ili vođenju pružanja seksualnih usluga, radi zarade ili druge koristi.

Učinitelac ovog djela može da bude svako lice, s tim da je ono znalo ili je moralo i moglo znati da se radi o djetetu. Za ovo djelo propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina i novčana kazna.

Kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina, kazniće se onaj ko koristi seksualne usluge djeteta koje je navršilo petnaest godina uz davanje bilo kakve naknade ili protivusluge, a znao je ili je bio dužan i mogao znati da se radi o djetetu.

Teži oblik ovog krivičnog djela će postojati ako je ovo djelo izvršeno prema više lica. Tako će učinitelac ovog djela za teži oblik kazniti kaznom zatvora od dvije do deset godina. Takođe, zakonodavac je propisao da nije od značaja za postojanje ovog krivičnog djela činjenica da se lice koje se umišljajno navodi, podstiče ili namamljuje već ranije bavilo prostitucijom.

Kada su u pitanju krivična djela učinjena na štetu polnog integriteta djeteta važno je napomenuti da je u odredbi člana 89 KZ RS predviđeno da se osuda na kaznu dugotrajnog zatvora i osuda za krivično djelo učinjeno na štetu polnog integriteta djeteta (lica mlađeg od osamnaest godina) ne brišu iz kaznene evidencije.

Takođe, jedna od važnih novina predviđenih u KZ RS jeste i uspostavljanje posebnog registra lica¹⁶ koja su pravnosnažno osuđena za krivična djela

¹⁶ Jedna od medijski najviše eksponiranih novina u Krivičnom zakoniku Republike Slovenije (Krivični

učinjena na štetu polnog integriteta djeteta, a u okviru kaznene evidencije, čiji će se sadržaj i obim podataka, njihovo čuvanje, kao i uslovi za davanje podataka iz ovog posebnog registra urediti posebnim propisom (član 92).

Krivičnopravni položaj djece i maloljetnika žrtava u Zakonu o zaštiti i postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske

Zaštita interesa žrtve uopšte jedan je od važnih, ali veoma često teško ostvarivih imperativa savremenih krivičnih zakonodavstava, uključujući i maloljetnička krivična zakonodavstva.¹⁷ Naime, u našem domaćem zakonodavstvu, odnosno u Republici Srpskoj (isto stanje je i u drugom bosansko-hercegovačkom entitetu, Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH), prije nekoliko godina donesen je poseban Zakon o zaštiti i postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske. Iako je u najvećem dijelu ovog zakona regulisan krivičnopravni položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela, ipak šesti dio navedenog maloljetničkog zakona¹⁸ predstavlja posebnu cjelinu i bavi se djecom i maloljetnicima kao žrtvama, odnosno oštećenim krivičnim djelom. U daljem tekstu osvrnućemo se na neke odredbe ovog zakona upravo važne za djecu i maloljetna lica oštećena krivičnim djelom.

Tako je ovim *lex specialis*-om predviđeno da sudija za maloljetnike, odnosno vijeće kojim predsjedava sudija za maloljetnike ili sudija koji ima posebna znanja, sudi i punoljetnim učiniocima za krivična djela propisana Krivičnim zakonom Republike Srpske, u onim slučajevima kada se u krivičnom postupku kao oštećeni pojavljuje dijete, odnosno maloljetno lice (član 184).

zakonik Republike Slovenije, Uradni list broj 55/2008, Ljubljana, 5. jun 2008. godine, str. 5866) jeste tzv. "evidencija pedofila" (popularni naziv u publicistici). Zakonik u članu 84 stav 2 predviđa da će određeni ovlašćeni subjekti: ustanove i udruženja koja se bave nastavom, odgojem, zaštitom ili njegom djece i maloljetnika dobiti podatke o brisanim osudama za kaznena djela učinjena na štetu maloljetnih lica. Riječ je o krivičnim djelima iz člana 176 (prikazivanje, izrada, posjedovanje i distribucija predmeta pornografskog sadržaja), člana 173 (polni napad na osobu mlađu od petnaest godina), člana 174 stav 2 (određeni oblici povreda polne nedodirljivosti zloupotrebom položaja) i člana 175 stav 2 (određeni oblici zloupotrebe prostitucije). Tehnički se to uređuje tako što se navedene osude unose u posebnu evidenciju, a Zakonom o izvršavanju krivičnih sankcija propisani su uslovi, ograničenja i postupak davanja ovih podataka. U reakcijama na prijedlog Krivičnog zakonika takvo je rješenje oštro kritikovano. Kritike su upozoravale da takvo rješenje polazi od uvjerenja da svako ko jednom zloupotrijebi dijete predstavlja prijetnju sigurnosti djeteta sve do svoje smrti, a da se predlagač nije pobrinuo za empirijsku studiju povratništva na tom području, niti se upitao je li to u saglasnosti s načelom srazmjernosti koje je prema odlukama slovenačkog Ustavnog suda dobilo rang opšteg ustavnog načela. Više u: Ambrož, M., „Novi slovenski Kazneni zakonik“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, broj 1/2008, str. 15.

¹⁷ Radulović, Lj., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 74.

¹⁸ Odredbe čl. 184–190.

Sljedeća karakteristika ovih posebnih odredaba odnosi se na spektar krivičnih djela iz Krivičnog zakona Republike Srpske¹⁹ kod kojih se dijete, odnosno maloljetno lice najčešće nalazi u ulozi oštećenog. To su ona krivična djela koja se, s obzirom na posljedicu izvršenog djela, smatraju naročito teškim u odnosu na djecu i maloljetnike.²⁰ Kod ovih krivičnih djela, prema stavu zakonodavca, uloga maloljetnog oštećenog lica posebno je izražena, a krivični postupak hitan (član 190).

Osim taksativno navedenih krivičnih djela u Zakonu o maloljetnicima, postoji i niz drugih krivičnih djela kod kojih dijete ili maloljetnik može da bude žrtva, iako to iz opisa djela nije vidljivo.²¹ Iako takva djela nisu na pomenutom zakonskom popisu krivičnih djela, ostavlja se mogućnost sudiji za maloljetnike da sudi i punoljetnom učiniocu takvog krivičnog djela kada je ono učinjeno na štetu djeteta, odnosno maloljetnog lica. Isto tako, tužilac za maloljetnike ima diskreciono pravo da pokrene krivični postupak protiv punoljetnih učinilaca i drugih krivičnih djela (pored pobrojanih) propisanih KZ RS, ukoliko ocijeni da je to potrebno radi posebne zaštite ličnosti djece i maloljetnika koja kao oštećeni učestvuju u krivičnom postupku (član 194 stav 2). Naravno, takav postupak prema punoljetnim licima odvija se prema pravilima Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske²² osim u dijelu koji se odnosi na kazneni nalog.

Prema Zakonu o maloljetnicima, postoje i dvije naročite karakteristike ovog krivičnog postupka, a koje se tiču posebnih znanja koja moraju posjedovati najvažniji učesnici ovog postupka.²³ Tako, istragu u ovakvom postupku može da vodi isključivo tužilac koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava djeteta i krivičnopravne zaštite maloljetnih lica (tužilac za maloljetnike). S

¹⁹ Ovdje je važno napomenuti da su u Zakonu o maloljetnicima navedena krivična djela prema starom Krivičnom zakonu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 49/03, 108/104, 37/06, 73/10, 1/12 i 63/13).

²⁰ Član 184 stav 1 – Ubistvo; Teško ubistvo; Ubistvo djeteta pri porođaju; Navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu; Teška tjelesna povreda; Otmica; Protivpravno lišenje slobode; Zlostavljanje; Silovanje; Obljuba nad nemoćnim licem; Polno nasilje nad djetetom; Obljuba zloupotrebom položaja; Zadovoljavanje polnih strasti pred drugim; Trgovina ljudima radi vršenja prostitucije; Iskorišćavanje djece i maloljetnih lica za pornografiju; Proizvodnja i prikazivanje dječje pornografije; Rodoskrnavljenje; Vanbračna zajednica sa maloljetnim licem; Oduzimanje maloljetnog lica; Zapuštanje i zlostavljanje maloljetnog lica; Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici; Kršenje porodičnih obaveza; Izbjegavanje davanja izdržavanja; Omogućavanje uživanja opojnih droga; Razbojništvo; Razbojnička krađa.

²¹ Klajn Tatić, V., „Djeca kao subjekti biomedicinskih istraživanja ili ogleđa u svjetlu medicinskih, etičkih i pravnih razmatranja“, *Pravni život*, Beograd, 9/2009, 837–853.

²² Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 53/12).

²³ Nikolić Ristanović, V., „Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa“, *Temida* broj 1, Beograd, 2003. godine, str. 6.

druge strane, u istražnim radnjama mogu da učestvuju isključivo oni policijski službenici koji su prošli zakonom i posebnim programom stručnog usavršavanja propisanu edukaciju iz oblasti maloljetničkog prestupništva, odnosno prava djece i maloljetnika²⁴.

Saslušanje djece i maloljetnika žrtava krivičnih djela

Oduvijek se, naročito prema kriminalističkim pravilima, pravila razlika u načinima (odnosno posebnim pravilima) saslušanja pojedinih kategorija svjedoka. Tako se razlikuju svjedoci po osnovu: tipičnih karakteristika svjedoka, njihove starosti, polne pripadnosti, zdravstvenog stanja, zainteresovanosti svjedoka, strane predlaganja svjedoka, istinitosti iskaza i načina saznavanja za djelo.²⁵ Najviše pažnje prilikom njihovog saslušanja, u svakom slučaju, treba posvetiti svjedocima – žrtvama krivičnih djela.

U poređenju sa ostalim mogućim žrtvama krivičnih djela, svijest o potrebi prilagođavanja uobičajenog načina saslušanja svjedoka specijalnim potrebama i interesima djece i maloljetnika je, u poređenju sa drugim, posebno ugroženim kategorijama žrtava krivičnih djela, najviše razvijena.²⁶ Naime, pribavljanje iskaza od djece i maloljetnika ima niz specifičnosti koje se prilikom njihovog saslušanja moraju uvažavati, a koje su rezultat psihofizičke nerazvijenosti i nezrelosti djeteta, nepostojanja životnog iskustva, ekstremne sugestibilnosti i bogate fantazije.²⁷

U većini zemalja Evropske unije djeca se tretiraju i ispituju sa znatno više obzira i empatije nego druge žrtve krivičnih djela.²⁸ Najnovija viktimo-loška dostignuća pokazuju da osim štete koju djeca trpe kao rezultat krivičnog djela (primarna viktimizacija), često je prisutna i dalja šteta koja nastaje kao neadekvatna reakcija njihove socijalne sredine (sekundarna viktimizacija).²⁹ Da bi se takva šteta spriječila ili bar umanjila, naši maloljetnički zakoni sadrže precizna uputstva za postupanje sa djecom i maloljetnicima kao žr-

²⁴ Svakako, jedno od najvažnijih načela krivičnog postupka prema maloljetnicima, a istovremeno i jedna od najznačajnijih odredaba u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u Republici Srpskoj, jeste načelo specijalizacije svih službenih učesnika u postupku prema maloljetnicima propisano u odredbi člana 197 Zakona o maloljetnicima.

²⁵ Simonović, B., *Kriminalistika*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2004. godine, str. 165–166.

²⁶ Nikolić Ristanović, V., *op. cit.*, str. 6.

²⁷ Simonović, B., *op. cit.*, str. 172.

²⁸ Nikolić Ristanović, V., *op. cit.*, str. 6.

²⁹ Carić, A., *Zakon o sudovima za mlade*, Narodne novine, Zagreb, 2004. godine, str. 187.

tvama krivičnih djela, koja su slična uputstvima drugih savremenih zemalja.³⁰ Tako se kao najbolja praksa, u smislu svođenja sekundarne viktimizacije na minimum, pokazala praksa onih zemalja čija zakonodavstva omogućavaju sljedeće:

- a) Saslušanje djece, odnosno maloljetnika žrtava ili oštećenih krivičnim djelom od strane specijalno obučених policijskih službenika;
- b) Saslušanje maloljetnika preko stručnjaka, npr. psihologa, ili uz pomoć stručnjaka, npr. socijalnog radnika;
- c) Saslušanje maloljetnika, odnosno djeteta u prisustvu lica u koje ono ima povjerenje;
- d) Saslušanje djeteta u prostoru u kome se dijete oseća prijatno;
- e) Saslušanje djeteta putem video-linka, pri čemu se dijete nalazi u zasebnoj prostoriji; i
- f) Korišćenje video-zapisa kao dokaza na sudu, kako bi se izbjeglo davanje iskaza djeteta žrtve ili oštećenog krivičnim djelom više puta.³¹

Prilikom saslušanja djece i maloljetnika na čiju štetu je učinjeno krivično djelo, jedna od osnovnih odredaba svih zakonodavstava u regionu jeste da su svi učesnici u postupku prema djeci i maloljetnicima dužni naročito obazrivo se ponašati prema njima svakako imajući u vidu njihov uzrast, osobine njihove ličnosti, obrazovanje i prilike u kojima ono živi.³² Način saslušanja djece i maloljetnih lica već odavno je ustanovljen kriminalističkom praksom, i u tom smislu oduvijek je davao manje-više pozitivne rezultate. Tako, saslušanju ovih lica uvijek treba pristupiti individualno, uvažavajući posebno pri tome tipične uzrasne karakteristike. Svakako da se razlikuje saslušanje djece u predškolskom uzrastu, zatim djece u školskom uzrastu i konačno, djece u periodu mladalaštva i puberteta. U tom pogledu, potrebno je uvažavati sljedeća taktička i tehnička pravila kriminalistike u slučaju saslušanja djece i maloljetnika:³³

- a) Djecu i maloljetnike treba da saslušava specijalizovani radnik za ovu vrstu saslušanja;
- b) Izgled prostorije u kojoj se saslušava dijete treba prilagoditi svakodnevnom dječjem iskustvu;

³⁰ Simović M., Jovašević D., Mitrović Lj., Simović M., *Maloljetničko krivično pravo*, drugo izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2015. godine, str. 531.

³¹ Nikolić Ristanović, V., *op. cit.*, str. 6.

³² Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1998. godine, str. 223.

³³ Simonović, B., *op. cit.*, str. 174–176.

- c) Detaljno pripremiti saslušanje i prikupiti podatke o ličnosti djeteta ili maloljetnika;
- d) Dijete treba odvojiti od roditelja i ostalih svjedoka dok se od njega ne pribavi iskaz;
- e) Po mogućnosti, prvo saslušanje djeteta treba da bude i posljednje;
- f) Nastojati uspostaviti kontakt, povjerenje i oslobađanje djeteta od straha;
- g) Saslušanje sprovoditi u mirnoj atmosferi;
- h) Podsticati prisjećanje djeteta i maloljetnika;
- i) Konsultovati i druge stručnjake;
- j) Kontrolisati iskaz djeteta i maloljetnika;
- k) Nastojati video i zvučno obezbijediti iskaz djeteta i maloljetnika.

Navedena pravila inkorporirana su većim dijelom i u procesno zakonodavstvo Republike Srpske, te je tako predviđeno da se saslušanje djeteta ili maloljetnika, u pravilu, obavlja uz pomoć pedagoga, psihologa ili drugog stručnog lica.³⁴ S druge strane, ukoliko se kao svjedok saslušava dijete (do 14 godina) ili mlađi maloljetnik (od 14 do 16 godina) oštećen krivičnim djelom iz člana 184 Zakona o maloljetnicima, saslušanje se može sprovesti najviše dva puta.

Kada se saslušanje djeteta ili maloljetnika obavlja u prostorijama Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, ono se saslušava u posebno opremljenim prostorijama u kojima tužilac za maloljetnike ili ovlašćeno službeno lice saslušavaju svjedoka putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka³⁵, a bez prisustva tužioca za maloljetnike ili ovlašćenog službenog lica u prostoriji u kojoj se svjedok nalazi. Dijete ili mlađe maloljetno lice može se saslušati i u svom stanu ili drugom prostoru u kome boravi, ali i u centru za socijalni rad.

Saslušanje djeteta ili maloljetnika žrtve ili oštećenog krivičnim djelom se, u pravilu, obavlja uz pomoć pedagoga, psihologa ili drugog stručnog lica. Angažovanje ovih lica, prema mnogim autorima, jeste neophodno, jer

³⁴ Član 186 Zakona. Međutim, već pomenutim idejama o promenama postojećeg *lex specialis* zakona u Srbiji relativizuje se prisustvo stručnih lica, prilikom saslušanja maloletnog oštećenog, u svojstvu svjedoka. Ideja je da se, ubacivanjem prefiksa "po pravilu", stvori normativna podloga za izuzetno odstupanje od obaveze saslušanja maloljetnog oštećenog, u prisustvu stručnih lica odgovarajućeg profila. Više u: Knežević, S., *Maloletničko krivično pravo – materijalno, procesno i izvršno*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010. godine, str. 326.

³⁵ Stepčić, D., Savović, M., *Saslušanje maloletnika u krivičnom postupku*, Zbornik radova: „Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015. godine, str. 415.

se smatra da ova stručna lica po samoj prirodi svoje profesije bolje razumiju oštećeno lice ove starosne kategorije i na taj način doprinose da se izbjegnu moguće štetne i stigmatizujuće posljedice vođenja krivičnog postupka prema djeci i maloljetnicima.³⁶ Naime, iako su policijski službenici završili potrebnu, zakonom propisanu edukaciju i postali sertifikovani za rad sa djecom i maloljetnicima, odredbama maloljetničkog zakona nije im dozvoljeno da direktno razgovaraju sa djecom i maloljetnicima oštećenim krivičnim djelom. U praksi policije u Republici Srpskoj to izgleda ovako: pedagog, psiholog ili drugo stručno lice nalazi se sa djetetom ili maloljetnikom u jednoj prostoriji, dok se u drugoj prostoriji nalaze policijski službenik, tužilac za maloljetnike, advokati, roditelj ili staratelj i druga lica koja mogu prisustvovati saslušanju djeteta, odnosno maloljetnika. Sa maloljetnikom razgovara i postavlja mu pitanja isključivo stručno lice koje se nalazi sa njim u prostoriji, dok sa saslušanim maloljetnim licem ostali učesnici koji su u drugoj prostoriji mogu razgovarati isključivo putem radio-veze ili nekog drugog tehničkog pomagala koje kod sebe ima određeno stručno lice koje se nalazi sa maloljetnikom. Takav način saslušanja djeteta se snima, a video-snimak se može koristiti na sudu kako se ne bi dijete ponovo saslušavalo na okolnosti događaja. Ovakav način saslušanja djece ili maloljetnika žrtava krivičnih djela naišao je na mnogobrojne kritike od strane radnika iz prakse (naročito policijskih službenika) koji svakodnevno rade u praksi, posebno iz razloga što on podrazumijeva njihovu temeljnu i sveobuhvatnu pripremu.

Novi, savremeni načini ispitivanja osumnjičenih maloljetnih učinilaca krivičnih djela, odnosno saslušanja djece i maloljetnika žrtava krivičnih djela, ponajprije audio i video opremom, uz aktivno učešće drugih, odnosno stručnih lica u vođenju krivičnog postupka (psiholozi, pedagozi, socijalni radnici), pored pozitivnih stavova, unijeli su i mnoge dileme kod istražnih organa. Naime, iako je ovakav način rada predviđen maloljetničkim procesnim zakonima, ima mišljenja da ovakva rješenja i nisu najadekvatnija. Prosto je nezamislivo da saslušanje ili ispitivanje maloljetnog lica (bilo da se radi o ispitivanju osumnjičenog maloljetnog lica ili o saslušanju djeteta oštećenog ili žrtve krivičnog djela) obavlja bilo ko drugi osim ovlašćenih službenih lica, odnosno policijskih službenika, odnosno tužilaca za maloljetnike. Jer, psiholozi, pedagozi ili druga stručna lica nemaju dovoljno znanja iz oblasti kriminalistike i prava, a što je, u pravilu, osnovni preduslov za uspješno obavljanje bilo kakvog razgovora na okolnosti izvršenog krivičnog djela. Često se dešava da inspektor izgubi mnogo više vremena “upoznavajući” stručna lica sa

³⁶ Bejatović, S., Soković, S., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac, 2009. godine, str. 212.

obilježjem krivičnog djela, dokazima, uviđajem i slično, nego što bi trajalo samo ispitivanje, odnosno saslušanje djeteta ili maloljetnika. Navedena stručna lica bi, ipak, trebalo da budu servis i podrška policijskim službenicima i tužiocu za maloljetnike prilikom pripreme samog razgovora sa djetetom ili maloljetnikom, te da prate njihovo ispitivanje, odnosno saslušanje i u svakom trenutku reaguju ukoliko procijene da ovlašćeno lice ne vodi razgovor sa djetetom ili maloljetnikom na adekvatan način. Jer, ipak, policijskom službeniku čiji je osnovni opis poslova da upravo vodi ovakve razgovore, koji posjeduje dodatna znanja iz oblasti prava djece i maloljetnika i sklonost sa rad sa ovom kategorijom učinilaca krivičnih djela ili žrtava krivičnog djela, u potpunosti i pripada da direktno vrši ispitivanje, odnosno saslušanje djece i maloljetnika. Ono što svakako ne treba zaboraviti, a što je, možda, i najvažnije u ovom slučaju, potrebno je naglasiti da stručna lica (pedagozi, psiholozi i drugi) nisu ovlašćena da vode krivični postupak.³⁷ Na kraju, stava smo da ispitivanje osumnjičenih maloljetnih učinilaca krivičnih djela, odnosno saslušanje djece i maloljetnika žrtava krivičnih djela predstavlja izuzetno važnu radnju u postupku dokazivanja određenog krivičnog djela koja se može sprovoditi isključivo uz punu saradnju i uzajamno povjerenje svih učesnika u postupku, a posebno stručnih lica, policijskih službenika i tužilaca za maloljetnike.

Ukoliko se dijete ili maloljetnik ponovo sasluša i na sudu, saslušanje se obavlja na način da sud, stranke u postupku i branilac mogu postavljati pitanja, a da se ne nalaze u istoj prostoriji sa djetetom svjedokom u izvršenju određenog krivičnog djela, odnosno oštećenim krivičnim djelom. Saslušanje djeteta ili maloljetnika se obavlja tako da se pitanja postavljaju posredstvom suda, a po potrebi, uz pomoć pedagoga, psihologa ili drugog stručnog lica. Na isti način se saslušavaju djeca ili maloljetnici koji su svjedoci – očevici učinjenog krivičnog djela iz člana 184 Zakona o maloljetnicima.

Takođe, propisana je zabrana suočenja djece ili maloljetnika sa osumnjičenim ukoliko se sasluša dijete ili maloljetnik koji je ozbiljno fizički ili psihički traumatizovan okolnostima pod kojima je izvršeno krivično djelo ili pati od ozbiljnih psihičkih poremećaja koji ga čine posebno osjetljivim (član 187).

Nadalje, ukoliko prepoznavanje osumnjičenog, odnosno optuženog vrši maloljetnik koji je oštećen krivičnim djelom, ili je on očevidac učinjenog krivičnog djela, takvo prepoznavanje u svim fazama krivičnog postupka, sva-

³⁷ Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, drugo dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007. godine, str. 263.

kako radi zaštite djeteta, vrši se na način koji u potpunosti onemogućava da osumnjičeni, odnosno optuženi, vidi maloljetno lice (član 188).

Umjesto zaključka

Problem nasilja nad djecom, a posebno izdvajamo tzv. seksualna zlostavljanja djece, jesu sve češći, ozbiljniji i složeniji opštedruštveni problem. Danas, kada se broj korisnika interneta i drugih informaciono-komunikacionih tehnologija u svijetu kontinuirano povećava, jasno je i da se mogućnosti zlostavljanja djece, samim tim, takođe značajno povećavaju. S druge strane, razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija doprinio je i da se generacije i generacije djece rađaju u tzv. visokotehnološkom okruženju, u kojem su napredne tehnologije sastavni dio njihovih života, što opet ima za posljedicu da djeca na ovaj način lakše postaju žrtve različitih krivičnih djela.

Šta onda kao odgovorno društvo moramo preduzeti? Pored "oštre" zakonske regulative, potrebno je jačati saradnju stručnjaka različitih profila koji bi pravovremeno uspijevali otkriti i dokazati krivična djela na štetu djece ili maloljetnika. Pri tome je neizostavna i medijska kampanja u cilju edukacije cjelokupnog stanovništva. Veoma važno je i da nadležne institucije u svom radu sa djecom – žrtvama nasilja imaju pravovremenu i kvalitetnu komunikaciju, kako u dijelu preventivnog rada, tako i u dijelu "obrade konkretnog slučaja", ali i po okončanju određenog predmeta pred nadležnim državnim organom. Edukacija, kampanje i različiti načini saradnje sa djecom u vezi sa problemom nasilja nad njima jesu metode koje je potrebno dalje sistemski razvijati.

Literatura

- Ambrož, M., „Novi slovenski Kazneni zakonik“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, broj 1/2008
- Bejatović, S., Soković, S., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac, 2009. godine
- Carić, A., *Zakon o sudovima za mlade*, Narodne novine, Zagreb, 2004. godine
- Clark L. M.G., *Feminist Perspectives on Violence Against Women and Children: Psychological, Social Service, and Criminal Justice Concerns*, Canadian Journal of Women&the Law, Vol. 3 Issue 2, 1989.

- Dorđević, Đ., Simeunović Patić, B., *Maloletna lica kao žrtve krivičnih dela protiv polne slobode*, Zbornik radova: „Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015. godine
- Đuderija, S., Milosavljević, M., Malešić, S., Jerković, A., Smajić, Z., *Inicijalni izvještaj o nasilju nad djecom u Bosni i Hercegovini*, Vijeće za djecu Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2006. godine
- Grbić Pavlović, N., *Specifičnosti saslušanja djece i maloljetnika oštećenih krivičnim djelom*, Zbornik radova: „Unapređivanje sigurnosne uloge policije primjenom novih tehnologija i metoda“, Ministarstvo unutar-njih poslova Republike Hrvatske, Policijska akademija, Zagreb, 2016. godine
- Hyder, T., Mac Veigh, J., *Gender&Development, Gender-based violence against children in emergencies: Save the children UK's response*, Mar 2007, Vol 15, Issue 1, 2007.
- Jovašević, D., Ikanović, V., *Krivično pravo Republike Srpske*, Posebni deo, Banja Luka, 2012.
- Klajn Tatić, V., „Djeca kao subjekti biomedicinskih istraživanja ili oglada u svjetlu medicinskih, etičkih i pravnih razmatranja“, *Pravni život*, Beograd, 9/2009
- Knežević, S., *Maloletničko krivično pravo – materijalno, procesno i izvršno*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010. godine
- Lazarević, Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011. godine
- Nikolić Ristanović, V., „Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa“, *Temida* broj 1, Beograd, 2003. godine
- Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnoppravnoj zaštiti maloletnih lica*, drugo dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007. godine
- Radulović, Lj., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010. godine
- Simonović, B., *Kriminalistika*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2004. godine
- Simović, N. M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M., *Maloljetničko krivično pravo*, drugo izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Banja Luka, 2015. godine

- Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1998. godine
- Stepić, D., Savović, M., *Saslušanje maloletnika u krivičnom postupku*, Zbornik radova: „Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015. godine
- Šućur, Z., *Nasilje nad djecom*, Kriminologija delikata nasilja, Globus, Zagreb, 2005. godine
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 53/12)
- Zakon o zaštiti i postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/10, 61/13)
- Krivični zakonik Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 64/17)
- Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, *Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj za period januar – decembar 2016. godine*, Banja Luka, januar 2017. godine, str. 10.
- http://www.mup.vladars.net/index.php?vijest=informisanje_javnosti&vrsta=statistike

Ljubinko Mitrović, PhD, Professor
Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina
Nikolina Grbić Pavlović, PhD, Assistant Professor
Ministry of Interior of Republic of Srpska

CHILDREN AND JUVENILES AS VICTIMS OF SEXUAL HARASSMENT AND ABUSE

Summary

Most recent criminal victimology findings are indicating the fact that children and juveniles are lately often becoming victims of negative influen-

ces and events in the environment they live in. Also, various parameters, typical for the society we live in, are clear indicators that children and juveniles easily become victims of certain type of crimes (mostly) committed by adults against them, especially crimes from domain of sexual harassment and abuse³⁸. That is the reason why many criminal, material, and process law-giving institutions are increasingly working towards improving provisions of their laws regulating legal protection of children and juveniles identified as victims of various crimes. Also, the new Criminal Code of Republic of Srpska (in further text referred to as RS CC)³⁹ introduced a number of novelties referring to children and juveniles identified as victims of sexual harassment and abuse. The Republic of Srpska Law on Protection and Treatment of Juveniles in Criminal Proceedings (further on: Law on Juveniles)⁴⁰, which has been in use for the last seven years, also emphasises the special type of protection required for children and juveniles, especially in the part referring to them being interviewed as victims of crimes. It especially emphasises the need for adequate approach of authorities when interviewing children and juveniles, as well as the use of technical devices for video and audio recording. This paper aims to show the latest provisions of the Criminal Code of Republic of Srpska referring to protection of sexuality of children and juveniles, as well as the provisions of the Law on Juveniles that refer to legal protection of children and juveniles as victims of crimes.

Key words: *children and juveniles, victims, sexual harassment and abuse, interviewing, approach and manner of interrogation, technical devices for video and audio recording.*

³⁸ There were 48 crimes against sexual integrity registered in Republic of Srpska in 2016, and those were as follows: 10 crimes of rape, 10 crimes of sexual violence against children, nine crimes of satisfying sexual desires in front of other persons, seven crimes of sexual abuse of people with disabilities, six crimes of production, possession and displaying of child pornography materials, three crimes of abuse of children and juveniles for pornographic purposes, one crime of leading into prostitution, one crime of human trafficking, and one crime of abuse of authority to force unwanted sex. Number of crimes against sexual integrity is 60.0% higher comparing to year 2015. Ministry of Interior of Republic of Srpska, *Republic of Srpska Security Information for period from January to December 2016*, Banja Luka, January 2017, page 10. http://www.mup.vladars.net/index.php?vijest=informisanje_javnosti&vrsta=statistike

³⁹ Criminal Code of Republic of Srpska (Official Gazette of Republic of Srpska, no. 64/17).

⁴⁰ Republic of Srpska Law on Protection and Treatment of Juveniles in Criminal Proceedings (Official Gazette of Republic of Srpska, no. 13/10 i 61/13).

KRIVIČNO DJELO SILOVANJE – OSNOVNI PROBLEMI I OTVORENA PITANJA

Prof. dr Velimir Rakočević*

Apstrakt: U ovom radu u fokusu istraživanja je krivično djelo silovanje kao najteži zločin protiv polne slobode. Predmet istraživanja je otkrivanje, dokazivanje i sankcionisanje silovanja, u kontekstu neadekvatnog odgovora države na ove oblike kriminaliteta. Cilj istraživanja je utvrđivanje uzročne veze između niskog procenta uspješnosti u otkrivanju i dokazivanju ovih krivičnih djela i nerazvijene prevencije, s jedne strane, i porasta broja povratnika u izvršenju silovanja, s druge strane. U radu su korišćeni metodi analiza sadržaja dokumenata i statistički metod. Uzorak obuhvata svih 177 pravosnažnih sudskih odluka donijetih u periodu od 2002. do 2015. godine od strane sudova u Crnoj Gori, kao i 108 odbačenih krivičnih prijava podnijetih za krivično djelo silovanje. Rezultati istraživanja pokazuju da: 1) je broj osuđenih lica statistički značajno manji od broja prijavljenih lica (Wilcoxon test, $Z = -3,191$; $p = 0,002$); 2) je broj optuženih lica statistički značajno manji od broja prijavljenih lica (Wilcoxon test, $Z = -3,183$; $p = 0,001$); 3) je statistički značajno najviše lica osuđeno na kaznu zatvora od 1 do 2 godine i od 6 do 12 mjeseci ($\chi^2 = 15,044$; $p < 0,001$); 4) se ne može tvrditi da kazne izrečene ispod i na granici zakonskog minimuma dovode do porasta broja povratnika ($\chi^2 = 2,742$; $p = 0,0948$); 5) ne postoji statistički značajna povezanost blage kaznene politike i prevencije krivičnog djela silovanja ($r_s = 0,368$; $p = 0,215$). Zaključak je da se smanjenje kriminaliteta u ovoj oblasti može postići efikasnim preventivno-represivnim odgovorom države prožetim savremenim oblicima tretmana i reintegracije učinilaca krivičnih djela silovanja.

Ključne riječi: krivično djelo, silovanje, kazna, povrat, prevencija.

* Pravni fakultet, Univerzitet Crne Gore, Podgorica.

Uvodna razmatranja

U glavi XVIII Krivičnog zakonika Crne Gore regulisana su krivična djela protiv polne slobode, i to: silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba sa djetetom, obljuba zloupotrebom položaja, nedozvoljene polne radnje, podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa, posredovanje u vršenju prostitucije, dječja pornografija, navođenje maloljetnog lica da prisustvuje vršenju krivičnih djela protiv polne slobode i mamljenje djeteta u cilju vršenja krivičnih djela protiv polne slobode. Naznačenim deliktima se napada na slobodu odlučivanja ili se koristi nesposobnost za odlučivanje u vezi sa stupanjem u polne odnose, da bi se na taj način povrijedila polna čast, kao i povrijedila moralna osjećanja kod ljudi. Zaštitni objekt ove grupe krivičnih djela je polna sloboda, odnosno sloboda odlučivanja u pogledu stupanja u polne odnose. Napadom na polnu slobodu povređuje se polna čast koja predstavlja najvažniju komponentu ljudskog dostojanstva. Polni život obuhvata najintimniji dio ljudske ličnosti i zbog toga je zaštita polne slobode ličnosti od nezakonitog zadiranja regulisana i krivičnopravnim normama. Najveći broj delikata iz ove grupe su vlastoručna krivična djela budući da ih vrši učinilac lično. Saizvršilaštvo postoji samo u onim slučajevima kod kojih je moguća funkcionalna podjela radnji. Djeca i maloljetnici su posebno zaštićeni kao pasivni subjekt u pogledu seksualnog zlostavljanja i seksualne eksploatacije. Krivična djela iz ove grupe mogu biti izvršena samo sa umišljajem, imajući u vidu da izvršenje delikata iz nehata kod velikog broja djela nije moguće, odnosno nije kažnjivo ako je moguće.¹ Krajem prošlog i početkom ovog vijeka došlo je do liberalizacije u regulisanju polnih odnosa i dekriminacije pojedinih krivičnih djela. Na to je dominantno uticao razvoj nauke koji je doveo do bitnih promjena u shvatanjima čovjeka. Današnje krivično zakonodavstvo velikog broja savremenih država sadrži značajno redukovan broj delikata protiv polne slobode. Postoji tendencija ka daljoj dekriminalizaciji krivičnih djela iz ove oblasti uz istovremeno pooštavanje sankcija za pojedina krivična djela protiv polne slobode.

Osnovni oblik krivičnog djela silovanje sastoji se u prinudi na obljubu ili sa njom izjednačen čin drugog lica upotrebom sile ili prijetnjom da će se neposredno napasti na život ili tijelo tog ili drugog lica. Silovanje je složeno dvoaktno nepravo krivično djelo konstituisano od prinude i obljube, pri čemu prinuda treba da se čini u cilju obljube a izvršilac i žrtva mogu biti lica oba pola. Prinuda obuhvata upotrebu sile ili prijetnje da će se neposredno napasti

¹ Rakočević V. (2014), *Krivična djela sa elementima organizovanog kriminaliteta*, Podgorica, str. 156.

na život ili tijelo tog ili drugog njemu bliskog lica. Sila može biti apsolutna ili kompulsivna. Apsolutna sila podrazumijeva upotrebu neodoljive fizičke snage u cilju slamanja otpora pasivnog subjekta i vršenja obljube. Apsolutna sila može biti i primjena hipnoze ili upotreba omamljujućih sredstava. Kompulsivna sila obuhvata napad na tijelo ili stavljanje u izgled da će se napasti na život ili tijelo žrtve ukoliko ne pristane na polni odnos. Prijetnja kod ovog krivičnog djela treba biti kvalifikovana, tj. zlo kojim se prijeti treba da se odnosi na lišavanje života ili povredu tijela. Otpor koji se pruža mora biti stvaran, ozbiljan i trajan, što je prema našem viđenju ove problematike krajnje neko-rektno prema žrtvi, budući da vrlo često žrtva nije u stanju pružiti bilo kakav otpor. Krivično djelo je dovršeno kada je upotrebom sile ili prijetnje izvršena obljuba ili sa njom izjednačen čin. Za postojanje djela potrebno je da je započelo prodiranje muškog polnog organa u ženski polni organ ali ne i *immissio seminis*. Pokušaj postoji kad je upotrijebljena sila ili prijetnja u cilju prinude na obljubu ali do obljube nije došlo. Krivično djelo se može izvršiti samo sa umišljajem kojim treba da je obuhvaćena obljuba ili sa njom izjednačen čin upotrebom sile ili prijetnje. Drugi oblik krivičnog djela postoji kad je silovanje učinjeno prijetnjom da će se za to ili drugo lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu ili prijetnjom drugim teškim zlom. U ovom slučaju postoji prijetnja putem ucjene. Krivično djelo ima dva teža oblika koji se razlikuju shodno propisanoj kazni. Teži oblici obuhvataju kvalifikatorne okolnosti kao što su nastupanje teške tjelesne povrede pasivnog subjekta, zatim ako je djelo izvršeno od strane više lica ili ako je izvršeno na naročito svirep ili ponižavajući način ili je djelo izvršeno prema maloljetniku ili je imalo trudnoću za posljedicu. Najteži oblik koji postoji u slučaju nastupanja smrti pasivnog subjekta ili ako je djelo izvršeno prema djetetu².

Predmet i cilj istraživanja

Predmet istraživanja obuhvata problematiku otkrivanja, dokazivanja i sankcionisanja krivičnog djela silovanja u kontekstu neadekvatnog odgovora države na ove oblike kriminaliteta.

Cilj istraživanja je utvrđivanje uzročne veze između niskog procenta uspješnosti u procesuiranju i dokazivanju ovih krivičnih djela kao i nerazvijene prevencije, s jedne strane, i porasta broja povratnika u izvršenju zločina silovanja, s druge strane. U radu je postavljeno istraživačko pitanje ostvarenja

² Krivični zakonik Crne Gore, Sl. list RCG, br. 70/2003.

svrhe kažnjavanja koja se ne može postići ukoliko kazna ne doprinese sprečavanju učinioca da ubuduće ne vrši krivična djela kao i utiče na druge da ne čine krivična djela. Samo adekvatan pravosudni odgovor na krivično djelo silovanje može redukovati osjećaj nekažnjivosti i samouvjerenosti s kojom nasilnici vrše ova teška krivična djela.

Metodi i uzorak

U radu su korišćeni metodi analiza sadržaja pravosnažnih sudskih presuda i drugih relevantnih dokumenata, kao i statistički metod. Analiza sadržaja korišćena je za uvid i analizu svih pravosnažno okončanih predmeta silovanja u Crnoj Gori u periodu 2002–2015. godine i to kombinacijom kvalitativnog i kvantitativnog pristupa. Ova metoda je poslužila kao klasifikacija pomoću koje su iz kvalitativnog izvornog materijala izvedeni uporedivi izvorni podaci. Statistički metod korišćen je za grupisanje i prezentaciju podataka, odnosno njihovu sumarizaciju u prikladnoj formi.

Uzorak obuhvata svih 177 pravosnažnih sudskih odluka donijetih u periodu od 2002. do 2015. godine od strane Višeg suda u Podgorici i Višeg suda u Bijelom Polju, kao i 108 odbačenih krivičnih prijava podnijetih za krivično djelo silovanje. Istraživanje je izvršeno u periodu od januara 2013. do juna 2015. godine.

Rezultati

U vremenskom periodu od 2002. do 2015. godine na teritoriji Crne Gore prijavljeno je nadležnim organima 258 lica zbog sumnje da su izvršila krivično djelo silovanje. U istom periodu nadležni viši državni tužioci odbacili su 108 (37,8%) krivičnih prijava. Razlozi za odbacivanje krivičnih prijava bili su u tome da iz same prijave nije proizlazilo da je prijavljeno djelo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, odnosno da ne postoji osnovana sumnja da je osumnjičeni izvršio krivično djelo. Optuženo je 177 (62,1%) lica u posmatranom periodu. Donijeta je 91 (31,9%) osuđujuća presuda protiv isto toliko lica, odnosno, osuđeno je 51,4% optuženih lica. Oslobađajuće presude donijete su u 27 (9,4%) slučajeva, dok je odbijajućih presuda bilo 59 (20,7%). Oslobađajuće presude donijete su u slučajevima po-

stojanja okolnosti koje isključuju krivicu i kada nije dokazano da je optuženi učinio djelo za koje je optužen. Presude kojima se optužba odbija donijete su u slučajevima kad je tužilac od započinjanja do završetka glavnog pretresa odustao od optužbe ili postoje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje. Odustanak od optužbe desio se u najvećem broju slučajeva kada je oštećena odbila dati iskaz na glavnom pretresu, što je njeno zakonsko pravo, a raniji zapisnik o saslušanju oštećene izuzet je iz spisa predmeta zbog formalnih nedostataka (Tabela 1).

Tabela 1. Prijavljena, optužena i osuđena lica za kd silovanje u periodu 2002–2015. godine

Godina	Prijavljena lica	Odbačene krivične prijave	Optužena lica	Osuđujuće presude	Oslobađajuće presude	Odbijajuće presude
2002.	29	15	14	8	2	4
2003.	31	19	12	5	3	4
2004.	27	18	9	4	2	3
2005.	24	13	11	6	3	2
2006.	43	17	26	12	5	9
2007.	28	10	18	11	1	6
2008.	25	4	21	8	2	11
2009.	14	2	12	9	1	2
2010.	15	3	12	7	1	4
2011.	12	1	11	5	2	4
2012.	13	3	10	6	/	4
2013.	14	2	12	7	2	3
2014.	10	1	9	3	3	3
Ukupno	285	108 (37,8%)	177 (62,1%)	91 (31,9%)	27 (9,4%)	59 (20,7%)

Na osnovu tabele 1 proizlaze sljedeći zaključci:

1. Broj osuđenih lica je statistički značajno manji od broja prijavljenih lica (Wilcoxon test, $Z = -3,191$; $p = 0,002$).
2. Broj optuženih lica je statistički značajno manji od broja prijavljenih lica (Wilcoxon test, $Z = -3,183$; $p = 0,001$).
3. Broj osuđenih lica je statistički značajno manji od broja optuženih lica (Wilcoxon test, $Z = -3,194$; $p = 0,001$).

Analiza dužine zatvorskih kazni osuđenim licima pokazala je da je na kaznu zatvora od 10–15 godina osuđeno samo jedno lice, na kaznu zatvora

od 5–10 godina osuđeno je šest lica, na kaznu zatvora od 3–5 godina osuđeno je sedam lica, na kaznu zatvora od 2–3 godine 13 lica, na kaznu zatvora od 1–2 godine 51 lice i na kaznu zatvora od 6–12 mjeseci osuđeno je 13 lica. Za osnovni oblik krivičnog djela silovanje propisana je u crnogorskom zakonodavstvu kazna zatvora od dvije do deset godina. Ukoliko je djelo učinjeno prijetnjom, propisana kazna je od jedne do osam godina. Za prvi teži oblik propisana kazna je od tri do petnaest godina, dok je za najteži oblik propisana kazna od pet do osamnaest godina. Iz prethodnog proizlazi da je 13 (14,2%) presuda izrečenih ispod zakonskog minimuma. Utvrđeno je da je 51 (56%) presuda izrečeno na granici zakonskog minimuma. U svim slučajevima radi lo se o ocjeni suda da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja (Tabela 2).

Tabela 2. Raspon zatvorskih kazni osuđenim licima

Godina	10–15 god.	5–10 god.	3–5 god.	2–3 god.	1–2 god.	6–12 mj.	3–6 mj.	2–3 mj.	1–2 mj.	Do 30 dana
2002.			1	1	3	3				
2003.			1		3	1				
2004.					2	2				
2005.				1	3	2				
2006.			1	2	7	2				
2007.				1	8	2				
2008.	1	2	1	2	2					
2009.		1	1	1	5	1				
2010.		1			6					
2011.		1		2	2					
2012.		1	1	1	3					
2013.			1	1	5					
2014.				1	2					
Ukupno	1	6	7	13	51	13				

Na osnovu tabele 2 proizlaze sljedeći zaključci:

1. Ne postoji statistički značajna povezanost blage kaznene politike i prevencije krivičnog djela silovanja ($r_s = 0,368$; $p = 0,215$).
2. Statistički značajno najviše osuđenih lica osuđeno je na kaznu zatvora od 1 do 2 godine i od 6 do 12 mjeseci ($\chi^2 = 15,044$; $p < 0,001$).

Табела 3. Повратници у извршењу кривичног дјела

Година	10–15 год.	5–10 год.	3–5 год.	2–3 год.	1–2 год.	6–12 мј.	3–6 мј.	2–3 мјк	1–2 мј.	До 30 дана
2002.			1	1	1	1				
2003.					1	1				
2004.					2	1				
2005.				1						
2006.			1		1	1				
2007.				1	1	2				
2008.	/	1			2					
2009.		1	1	1		1				
2010.		/			1					
2011.		1			2					
2012.		1	1	1						
2013.			1	1	2					
2014.					2					
Укупно	/	4	5	6	15	7				

У овом периоду регистровано је 37 (40,6%) повратника. У структури повратника превладавају вишеstruki повратници (лица која су раније најмање два пута била осуђена за кривично дјело које се гони по службеној дужности), којих има 19 (48,6%), затим специјални повратници којих има 10 (27%) и обични повратници којих има осам (21,6%). Специјални повратници су лица која су раније осуђена за исто кривично дјело, у овом случају кривично дјело силовање, док су обични повратници лица која су раније осуђена за једно кривично дјело које није силовање, односно није сродно са кривичним дјелом силовање. Треба истаћи да је од 13 пресуда изрећених испод границе законског минимума, седам (53,8%) изрећено повратницима. Од 51 пресуде изрећене на граници законског минимума, 15 (29,4%) је изрећено повратницима. У овим случајевима радило се о обичном и вишеstrukом поврату, док нису регистровани случајеви специјалног поврата (Табела 3).

Табела 4. Казне изрећене на граници и испод законског минимума осуђеним за силовање

	Повратник	
	Да	Не
1–2 године	15	36
6–12 мјесеци	7	6

Na osnovu tabele 4 ne može se tvrditi da kazne izrečene ispod i na granici zakonskog minimuma dovode do porasta broja povratnika ($\chi^2 = 2,742$; $p = 0,0948$).

Istraživanjem je utvrđeno da su silovatelji najčešće osobe iz nižih socijalnih slojeva – 70 (76,9%), srednjih socijalnih slojeva – 15 (16,4%) i viših socijalnih slojeva – šest (7,4%). Interesantno je navesti da je najviše silovatelj u životnoj dobi preko 50 godina – 28 (30,7%), zatim u životnoj dobi 18–29 godina – 27 (29,6%), u životnoj dobi 30–39 godina – 25 (27,4%) i u životnoj dobi 40–49 godina – 11 (12%).

U strukturi žrtava krivičnog djela silovanje utvrđeno je da je najviše žena starosne dobi između 19 i 29 godina života – 48 (52,7%), zatim starosne dobi 30–39 godina života – 27 (29,6%), starosne dobi 40–49 godina života – devet (9,8%), starosne dobi 50 i više godina – četiri (4,3%) i maloljetnica – tri (3,2%). U 79 (86,8%) slučajeva žrtva je poznavala izvršioca, dok u 12 (13,1%) slučajeva žrtva ranije nije poznavala učinioca.

Diskusija

Više je nego očigledno da crnogorsko zakonodavstvo nije u skladu sa međunarodnim standardima kada se radi o definisanju bića krivičnog djela silovanja, imajući u vidu da je u crnogorskom pravu obavezni element ovog krivičnog djela upotreba sile ili prijetnje. Međutim, savremeni standard kaže da biće krivičnog djela silovanja čini svaki nedobrovoljni polni odnos ili s njim izjednačena polna radnja kojom prilikom je došlo do penetracije u vaginu, anus ili usta žrtve koja za to nije dala pristanak. Ilustracije radi, krivično djelo silovanje se u Belgiji definiše kao polna penetracije (penetration sexuelle) za koju osoba nije dala pristanak³. Gotovo istovjetno rješenje je u Velikoj Britaniji od 1994. godine.⁴ Savjet Evrope je zauzeo stav da države članice kriminalizuju svaki polni odnos počinjen bez pristanka osobe, pa čak i ako ta osoba nije pokazivala bilo kakve znake otpora.⁵ Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici⁶ u članu 36 pod seksualnim nasiljem uključujući i silovanje podrazumijeva sljedeće vidove inkriminisanog ponašanja: a. vaginalnu, analnu ili oralnu penetraciju sek-

³ Krivični zakon Belgije član 375.

⁴ Novela Sexual Offences Act iz 1994. godine, sadržana u važećem paragrafu 1 (1) Sexual Offences Act iz 2003).

⁵ Preporuka Savjeta Evrope R (2002)5 o zaštiti žena od nasilja.

⁶ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 2011,

sualne prirode na tijelu drugog lica bez pristanka, korišćenjem bilo kog dijela tijela odnosno predmeta; b. druge seksualne radnje sa licem bez pristanka; c. navođenje drugog lica na pokušaj seksualnih radnji sa trećim licem bez pristanka. Izričito je naglašeno da pristanak mora da bude dobrovoljan ishod slobodne volje lica prema procjeni u kontekstu datih okolnosti. Članice se obavezuju da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mjere kako bi obezbijedile da se ove odredbe primjenjuju na djela počinjena nad bivšim ili sadašnjim supružnicima odnosno partnerima u skladu sa međunarodnim pravom.

Nije dovoljno postojanje samog pristanka, već je neophodno da je odluka o stupanju u polni odnos donijeta potpuno slobodno od strane lica koje je bilo sposobno donijeti i iskazati tu odluku.⁷ Pristanak ne postoji ako je polna radnja izvršena korišćenjem sile, prijetnje, prevare i slično, pri čemu je nepostojanje pristanka oboriva pretpostavka. Na žrtvi je da dokaže da je postojala neka od navedenih okolnosti i ukoliko učinilac ne dokaže suprotno smatra se da žrtva nije dala pristanak na polni odnos. To potvrđuje i praksa Evropskog suda za ljudska prava⁸. Krivično djelo postoji i ako je učinilac bio u otklonjivoj zabludi, odnosno nerazumno vjeruje u pristanak oštećene osobe, gdje se radi o nesvjesnom nehatu ili nemaru i širenju zone kažnjivosti.⁹ Da bi postojalo silovanje u crnogorskom zakonodavstvu prinuda na obljubu mora biti izvršena upotrebom sile koja može biti apsolutna ili kompulzivna ili prijetnje koja mora biti kvalifikovana i ozbiljna¹⁰. Otpor žrtve treba da je stvaran, ozbiljan i trajan. Dakle, ovo su razlozi zbog čega je veliki broj odbačenih krivičnih prijava – 108 (37,8%) kao i velikog broja oslobađajućih presuda – 27 (9,4%) i odbijajućih presuda – 59 (20,7%). Na sudu se mora dokazati da su žrtve grubim nasiljem prisiljene na seksualni odnos, protiv njihove volje. Očekuje se da imaju fizičke povrede, kako bi uvjerile sud da su se branile tokom napada. Pitanje pristanka je gotovo sekundarno, što je nedopustivo za sudsku praksu.

Poseban problem predstavlja blaga kaznena politika gdje je prosječna kazna 3,1 godina iako je raspon kazni od jedne do osamnaest godina. Komparacije radi, prosječna kazna za ovo krivično djelo u Velikoj Britaniji je osam godina¹¹, dok je u Francuskoj osam godina i četiri mjeseca.¹²

⁷ The Law Commission, *Consent in Sex Offences: A Report to the Home Office Sex Offences Review*, London, 2000, str. 64–73)

⁸ *Salabiaku v. France*, Judgment of 7 October 1988, App. no. 10519/83, para 26; *Hoang v. France*, App. no. 13191/87, Judgment of 25 September 1992, paras 32–36 i dr.

⁹ Card R., *Criminal Law*, 17. ed., Oxford University Press, Oxford – New York, 2006, str. 111 i 311.

¹⁰ Rakočević V, (2006), *Krivično djelo silovanje*, Podgorica, str. 29.

¹¹ Ministarstvo pravde Velike Britanije.

¹² Ministarstvo pravde Francuske.

Krivičnopravna analiza je pokazala zabrinjavajuće podatke o izrečenim kaznama povratnicima. Prosjek izrečenih kazni je 2,06 godina, što je alarmantan podatak. Povrat predstavlja veoma značajan kriminološki i krivičnopravni problem. Okolnost da određeni broj učinilaca ponavlja svoje kriminalno ponašanje otvara niz pitanja kao što su uzroci povrata, karakteristike povratnika, primjena krivičnih sankcija prema povratnicima i slično. Za običan povrat zakon propisuje da sud može tu okolnost uzeti kao otežavajuću. Specijalni povrat kod nekih krivičnih djela je kvalifikatorna okolnost, dok je u nekim zakonodavstvima pooštravajuća okolnost pri odmjeravanju kazne. U crnogorskom zakonodavstvu čak i višestruki povrat ima značaj fakultativne pooštravajuće okolnosti pri odmjeravanju kazne. Pooštavanje znači izricanje teže vrste i teže mjere kazne od one koja je propisana za izvršeno krivično djelo. Evidentno je da kaznena politika nije dala rezultate u Crnoj Gori, o čemu do sada nije vođena stručna ili javna rasprava.

Svrha kažnjavanja određena je kroz dva osnovna cilja. Prvi je djelovanje na učinioaca da ne ponovi kriminalno ponašanje, što obuhvata specijalnu prevenciju. Drugi cilj je uticaj na građane da se uzdrže od vršenja krivičnih djela, odnosno generalna prevencija. Imajući u vidu anahrono zakonsko određenje krivičnog djela silovanja i neprimjerenu kaznenu politiku, posebno u odnosu na povratnike, daleko smo od ostvarivanja svrhe kažnjavanja.

Ovaj državi je potreban poseban program tretmana seksualnih delinkvenata sa akcentom na smanjenje recidiva u vrijeme dok se osuđena lice nalaze na izdržavanju kazne kao i na slobodi putem adekvatnog tretmana i praćenja u lokalnoj zajednici, što bi trebalo da radi probacijska služba koja još uvijek nije formirana u Crnoj Gori. Kako bi se društvo zaštitilo od novih krivičnih djela neophodno je razviti terapijsko i preventivno djelovanje prema počiniocima silovanja.

Stoga je potrebno zaštititi zajednicu od mogućih novih krivičnih djela i novih učinilaca razvojem odgovarajućeg terapijskog i preventivnog djelovanja¹³. Zemlje koje imaju program tretmana seksualnih delinkvenata sprovode ga u zatvorima, forenzičkim klinikama, u posebnim ustanovama ili klinikama gdje se sprovodi obavezno psihijatrijsko liječenje, ambulatnim putem, u zajednici.¹⁴

¹³ Frenken, J. (1999), *Sexual Offender Treatment in Europe: An impression of Cross-cultural differences*. Sexual abuse: A journal of Research and Treatment, Springer Netherlands. 11:87-93.

¹⁴ Marshall, W. L., Anderson, D., Fernandez, Y. (1999) *Cognitive behavioural treatment of sexual offenders*. Chichester: John Wiley.

Zaključak

Biće krivičnog djela silovanja, shodno odredbama crnogorskog zakonodavstva, odnosno njegovi obavezni elementi (radnja, posljedica, uzročni odnos, subjekt, objekt, krivica) nijesu kompatibilni sa savremenim standardima u oblasti suzbijanja seksualnog kriminaliteta, zbog čega predstavljaju normativnu prepreku za uspješno i efikasno procesuiranje i dokazivanje ovog delikta. Odsustvo svih oblika prevencije u odnosu na učinioce krivičnog djela silovanje, posebno u odnosu na recidive, ne doprinosi smanjenju broja recidiva, već može da ih ohrabri da nastave kriminalnu aktivnost. Slobodna ocjena suda da će se i sa ublaženom kaznom postići svrha kažnjavanja treba instruktivno da djeluje na sud da ne pretjeruje u primjeni ovog osnova za ublažavanje kazne. Smanjenje broja učinilaca silovanja može se postići efikasnom preventivnom strategijom prožetom specijalnim oblicima tretmana i reintegracije učinilaca krivičnih djela silovanja.

Literatura

- Rakočević V. (2014), *Krivična djela sa elementima organizovanog kriminaliteta*, Podgorica, str. 156.
- Krivični zakonik Crne Gore, Sl. list RCG, br. 70/2003.
- Krivični zakon Belgije član 375.
- Novela Sexual Offences Act iz 1994. godine, sadržana u važećem paragrafu 1 (1) Sexual Offences Act iz 2003.).
- Preporuka Savjeta Evrope R (2002)5 o zaštiti žena od nasilja.
- Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 2011.
- The Law Commission, Consent in Sex Offences: A Report to the Home Office Sex Offences Review, London, 2000, str. 64–73).
- Salabiaku v. France, Judgment of 7 October 1988, App. no. 10519/83, para 26; Hoang v. France, App. no. 13191/87, Judgment of 25 September 1992, paras 32–36 i dr.
- Card R., Criminal Law, 17. ed., Oxford University Press, Oxford – New York, 2006, str. 111 i 311.
- Rakočević V, (2006), *Krivično djelo silovanje*, Podgorica, str. 29.

Ministarstvo pravde Velike Britanije.

Ministarstvo pravde Francuske.

Frenken, J. (1999), *Sexual Offender Treatment in Europe: An impression of Cross-cultural differences*. Sexual abuse: A journal of Research and Treatment, Springer Netherlands. 11:87-93.

Marshall, W. L., Anderson, D., Fernandez, Y. (1999) *Cognitive behavioural treatment of sexual offenders*. Chichester: John Wiley.

Velimir Rakocevic, PhD,
Law Faculty, University of Montenegro, Podgorica

CRIMINAL OFFENCE OF RAPE – GENERAL PROBLEMS AND OPPEN ISSUES

Summary

This paper focuses on research of the criminal offence of rape as the most severe crime against sexual freedom. Subject of the research is detection, proving and sanctioning of rape in the context of inadequate state response to these types of crime. The aim of the research is to establish the causal link between the low rate of detection and proving these criminal offences and ineffective prevention, on the one hand, and an increase in the number of recidivists committing criminal offence of rape, on the other hand. The analysis of the content of documents and statistical methods are used in the paper. The sample includes all of 177 judgements, rendered in the period 2002 - 2015 by the courts in Montenegro, and 108 dismissed criminal charges for the criminal offence of rape. The research results show that: 1) the number of convicted persons is significantly lower than the number of reported persons (Wilcoxon test, $Z = - 3,191$; $p=0,002$); 2) from the statistical point of view the number of the accused persons is significantly lower than the number of reported persons (Wilcoxon test, $Z = - 3,183$; $p=0,001$); 3) from the statistical point of view the significant majority of persons received 1 to 2 years' imprison-

ment and 6 to 12 months' imprisonment ($\chi^2=15,044$; $p<0,001$); 4) it cannot be argued that the pronounced sentences below and at the level of the legal minimum lead to an increase in the number of recidivists ($\chi^2=2,742$; $p=0,0948$); 5) there is no statistically significant correlation between the mild penal policy and the prevention of criminal offence of rape ($r_s=0,368$; $p=0,215$). The conclusion is that the reduction of crime in this area can be achieved by a preventive-repressive response of the state along with modern treatment and reintegration of sex offenders.

Key words: criminal offence, rape, sentence, recidivism, prevention.

УДК: 343.232:159.9:[341.322

doi 10.7251/PR5217239K

Izlaganje sa naučnog skupa

PSIHOLOGIJA ZLOČINA I SUĐENJA – SAVREMENOST IZVORNIH POSTAVKI¹

Miomira Kostić*

***Apstrakt:** Pozitivistički pristup izučavanju zločinca, kao protagoniste krivičnog pravosuđa, uticao je na razvoj posebnih naučnih disciplina koje se bave psihološkim posmatranjem njegove ličnosti. Otuda se može govoriti o podeli na: kriminalnu psihologiju, ili psihološke teorije o kriminalitetu; sudsku psihologiju, ili psihologiju zločina i suđenja; zatvorsku psihologiju; i zakonsku psihologiju. Sudska psihologija bavi se proučavanjem zločinca u onom njegovom aspektu koji obuhvata pitanja njegovog ponašanja u krivičnoprocesnoj ulozi koja mu je nametnuta, dakle kao okrivljenog, pri čemu se posebna pažnja obraća i na držanje drugih lica koja učestvuju u krivičnom postupku: oštećenog/žrtve; svedoka; tužioca; branioca, sudije. Jedna od najpotpunijih studija koja se odnosi na ovu oblast jeste knjiga Enrika Altavile Sudska psihologija, koja se bavila pitanjima kako teorijskog, tako i praktičnog saznanja ove grane psihologije. Savremeni razvoj kriminologije, posebno njenog dela kriminalne psihologije, nužno ukazuje na neophodnost vraćanja na prošlost, dakle začetke kriminologije, u njenom izvornom smislu, koji proučavaju endogene faktore u genezi kriminalnog ponašanja pojedinca, i posebno doprinos italijanskih kriminologa ovom pitanju. Za uspešnost primene krivičnog zakonodavstva, u krajnjem cilju suzbijanja kriminalnog ponašanja, potrebna su specijalizovana naučna poznavanja ne samo prava, već i antropologije, psihologije, sudske medicine, psihijatrije, sociologije. Proces reforme krivičnog pravosuđa, koji ne treba da obuhvati samo nomotehnička*

¹ Integralni tekst ovog rada, preveden na engleski jezik, prihvaćen je za izlaganje na 7. međunarodnom naučnom skupu “Dani Arčibalda Rajsa”, koji će se održati 7–8. novembra 2017. godine na Kriminalističko-policijskoj akademiji u Beogradu. Ovaj rad je rezultat naučnog istraživanja na projektu “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” (No 170946), podržanom od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

* Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet.

pravila, već da razvije posebnu senzibilisanost u saznanju procesa i događaja koji teku unutar krivičnog postupka, nemoguće je delotvorno sprovesti bez poznavanja osnovnih postulata kriminološke nauke, posebno u primeni pozitivističkih metoda.

Ključne reči: *sudska psihologija, kriminologija, pozitivizam, Altavila.*

Uvod

Mnogobrojna pitanja, vezana za osnovne postavke kriminologije kao samostalne nauke, poput predmeta, metoda, ideoloških polazišta kriminologa/kriminološkinja prilikom tumačenja dobijenih empirijskih rezultata istraživanja, ili njihovog čuvanja i grupisanja na temeljima univerzitetske kriminologije, odnosno sadašnjih principa digitalnog humanizma, na prvi pogled predstavljaju standardne teme, koje spadaju u polazne tačke kriminološke književnosti.

Od samih početaka nastanka razmišljanja o kriminalitetu i zločinu, na način koji nije bio samo krivičnopravni, javila se, pre svega, heterogenost, neodređenost u shvatanjima o pojmu zločina i kriminaliteta uopšte, kao i njegove geneze i uzroka nastanka i ispoljavanja. 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“.²

Ipak, u društvenim naukama, poput sociologije, kriminologije, koje se

² Videti: David Oldroyd, *The Arch of Knowledge*, 1986, p. 1, <http://books.google.com/books?>, pristup: 17.10.2011.

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“.³ 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.⁴

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“.⁵

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, Raffaele Garofalo (Raffaele Garroffalo, 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).⁶

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 formi, 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.⁷

³ Ibidem.

⁴ Videti detaljnije: Đurić, M. (1962). *Problemi sociološkog metoda*. Beograd: Savremena škola, str. 32.

⁵ Epistemološko stanovište nosi u sebi utvrđivanje konstitutivnih principa naučne delatnosti, odnosno šta nauka teži da postigne, dok se metodološko stanovište odnosi na to kako „naučnik stvarno prilagođava svoje ponašanje idealnim zahtevima delatnosti u kojoj učestvuje“. Dimitrijević, D. (1964). „Predgovor“ (3-5). U: Pinatel, Ž. (1964). *Kriminologija*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika, str. 4.

⁶ Pinatel, Ž. (1964). *Kriminologija*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika, str. 7.

⁷ Pinatel, Ž., op. cit. str. 16.

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.⁸

Sudska psihologija Enrika Altavile

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 su podložni 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, na koji način to može doprineti kreiranju kriminološkog saznanja i prakse krivičnog pravosuđa.

Savremeni razvoj kriminologije, posebno njenog dela kriminalne psihologije, nužno ukazuje na neophodnost vraćanja na prošlost, dakle začetke kriminologije, u njenom izvornom smislu, koji proučavaju endogene faktore u genezi kriminalnog ponašanja pojedinca, i posebno doprinos italijanskih kriminologa ovom pitanju. Za uspešnost primene krivičnog zakonodavstva, u krajnjem cilju suzbijanja kriminalnog ponašanja, potrebna su specijalizovana naučna poznavanja ne samo prava, već i antropologije, psihologije, sudske medicine, psihijatrije, sociologije. Proces reforme krivičnog pravosuđa, koji ne treba da obuhvati samo nomotehnička pravila, već da razvije posebnu sen-

⁸ Aranudovski, Lj. *Kriminologija*. (2007). Štip: 2-ri Avgust S, str. 104–105.

zibilisanost u saznanju procesa i događaja koji teku unutar krivičnog postupka, nemoguće je delotvorno sprovesti bez poznavanja osnovnih postulata kriminološke nauke, posebno u primeni pozitivističkih metoda.

Позитивistički pristup izučavanju zločinca, kao protagoniste krivičnog pravosuđa, uticao je na razvoj posebnih naučnih disciplina koje se bave psihološkim posmatranjem njegove ličnosti. Otuda se može govoriti o podeli na: kriminalnu psihologiju, ili psihološke teorije o kriminalitetu; sudsku psihologiju, ili psihologiju zločina i suđenja; zatvorsku psihologiju; i, zakonsku psihologiju. Sudska psihologija bavi se proučavanjem zločinca u onom njegovom aspektu koji obuhvata pitanja njegovog ponašanja u krivičnom postupku: uložila koja mu je nametnuta, dakle kao okrivljenog, pri čemu se posebna pažnja obraća i na držanje drugih lica koja učestvuju u krivičnom postupku: oštećenog/žrtve; svedoka; tužioca; branioca, sudije.

Jedna od najpotpunijih studija koja se odnosi na ovu oblast jeste knjiga Enrika Altavile *Sudska psihologija*, koja se bavila/bavi pitanjima kako teorijskog, tako i praktičnog saznanja ove grane psihologije.⁹

Knjiga *Sudska psihologija* podeljena je u dva toma. Svaki tom ima po dva dela.

Prvi tom nosi naziv: "Psihološki proces i sudska istina". Ukupan broj stranica prevoda dva dela prvog toma jeste 585 listova, jednostrano kucanih na pisačkoj mašini.

Prvi tom počinje naslovom *Uvod u četvrto izdanje*. Interesantno je da sam Altavila ovde piše o novim izdanjima svoje knjige, gde, pored navedenih, pominje čak i prevod na španski jezik, u izdanju De Palma, Buenos Aires.

Prvo, ali i ovo ponovljeno izdanje nosi u sebi i jedan kuriozitet. Naime, na molbu Altavile, predgovor su napisali Enrico Ferri, u Rimu, aprila 1925.

⁹ Originalni naziv ove knjige jeste *Psicologia giudiziaria*, Torino 1925. (*Psicologia giudiziaria*, UTET, Torino 1925 (II ed. accresciuta 1927, con prefazione di E. Ferri e app. a parte, rist. III ed. 1949, rifatta in 2 voll. nel 1955). Knjiga je poslednji put objavljena u Italiji 1955. kao 4. izdanje, kada je i kod nas prevedena. *Psicologia giudiziaria* je prvi put objavljena 1925 u Torinu i u Italiji kod istog izdavača doživela četiri izdanja. Po 4. izdanju urađen je prevod na francuski 1959. Na nemačkom jeziku u Kelnu i Gracu objavljena je između 1955. i 1961. i to sva četiri dela, tj. I i 2. sv. I knj. i 1. I 2. sv. II knjige. Objavljen je i prevod u Brazilu na portugalskom jeziku između 1957. i 1960, a ponovljeno izdanje 2003. Prevod na švedski je objavljen 1954. u izdanju Natur of Kultur, Stockholm. Očigledno je veliko interesovanje vladalo pedesetih godina, kada su i urađeni svi prevodi. Mi smo zahvaljujući našim političkim zatvorenicima bili napredni i dobili prevod kada i svi u Evropi. Ovaj primerak knjige, kao daktilografisani prevod na srpski jezik, u Srbiji poseduje samo bibliotečki fond Biblioteke Pravnog fakulteta u Nišu. Podatke je za potrebe ovog rada prikupila i sistematizovala upravnica Biblioteke Pravnog fakulteta u Nišu, Vesna Stojanović, dana 13. marta 2017. godine.

godine, “slavni sociolog pravnik, obnovitelj kaznenog prava, i Gennaro Marciano, u Napulju 1928. godine, najveći advokat pravnik, kojega je Italija imala zadnjih pedeset godina”.¹⁰ Pri čemu Altavila nastavlja: “Ovo je delo nastalo iz njihovih pouka, te plodova naučnih istraživanja i praktičnih primena, tako da su moja psihološka priprema naučnog radnika i moje iskustvo advokata učinili laboratorijska istraživanja upotrebljivim u aulama pravde”.¹¹

U svom predgovoru, Ferri ističe da je pozitivističko proučavanje zločinca dovelo do formiranja četiriju naučnih grana: kriminalne psihologije, sudske psihologije, zatvorske psihologije i zakonske psihologije.¹² Prema mišljenju koje iznosi Ferri, kriminalna psihologija proučava zločinca ako je “autor zločina”; sudska psihologija proučava njegovo ponašanje ako je okrivljen za neki zločin; zatvorska psihologija za vreme dok je osuđen, na izdržavanju kazne zatvora, a zakonska psihologija, konačno, “koordinira psihološke i psihopatološke pojmove koji su potrebni za primenu važećih kaznenih propisa o uslovima maloletnika (moć rasuđivanja), slaboumnog, gluhonemog, pijanca, kao i o nekim otežavajućim (predumišljaj, surova zloća, itd.) ili opravdavajućim okolnostima (naglost srdžbe ili jačine boli, očitost nezakonitog spolnog odnošaja, itd.)”.¹³

Ferri dodaje da se u sudskoj psihologiji, osim izučavanja zločinca, kao okrivljenog, pridodaje i proučavanje ponašanja nekih drugih lica koja imaju svoje sopstvene procesne uloge: oštećene strane, onoga ko je prijavio zločin, svedoka, tužioca, branioca, sudije.

Ništa manje nije bio inspirisan ni Enrico Marciano, koji svoj tekst predgovora otpočinje rečima: “Duša je ključ svemira”. I nastavlja: “Proučavanje duše, dakle, u njenim mnogoobličnim manifestacijama, u njenim nedostacima i u njenom preobilju, u njenim poletima i u njenim klonućima (depresijama), u njenim težnjama i u njenoj promenljivosti, upotpunjeno proučavanjem o mnogostrukim i bezbrojnim faktorima, koji određuju njene vibracije, sači-

¹⁰ Altavilla, E. (1955). *Sudska psihologija*. I Tom. Prvi deo. Psihološki proces i sudska istina. Torino: Tipografski savez. Torinsko izdavačko preduzeće (daktilografisani prevod na srpski jezik), str. 4.

¹¹ Altavilla o sebi dalje piše: “U njemu treperi celi jedan dugi život onoga koji je hteo da bude u isto vreme, kriminolog, pravnik i advokat za kaznene stvari, što mu je omogućilo da međusobno poveže pravo pravo, psihologiju i kriminologiju, teoriju i praksu. Jedinostveni uspeh koji se nasmešio ovom delu pripisujem strogosti naučnog raspravljanja pojačanog dokumentovanim bogatom kazuistikom. Nadam se da će mu se nasmešiti ista sreća koja se nasmešila prethodnim izdanjima i da će ono moći nastaviti u drugim zemljama rad na prodiranju italijanske nauke, za koju njeni veliki učitelji ne predstavljaju, kako bi izgledalo iz ograničenih poznavanja stranaca, Herkulove stupove italijanske znanosti, jer njihovi učenici napreduju svojim putem, često pretičući naučnike koji ne poznaju naš rad”. Ibid.

¹² Altavilla, E. (1955). *Sudska psihologija*. I Tom. Prvi deo. Psihološki proces i sudska istina. Predgovor Enrico Ferri. Op. cit., str. 6.

¹³ Ibid.

njava najvažniji i najplodniji doprinos sudskog života, ključ pravosuđa, kojeg je vrhovni cilj utvrđivanje istine, kroz neizbežne neizvesnosti o događajima i zainteresovane zasede ljudi, kažnjavanje krivaca, određujući ispaštanje tako da bude srazmerno zločinu i pogibeljnosti zločinca, kroz buru ljudskih strasti¹⁴.

Prvi deo prvog toma (*Psihološki proces i sudska istina*) podeljen je na sedam poglavlja. To su: Psihološki proces u svojoj normalnosti; Dob i spol; Emocije i strasti; Individualne razlike; Ponašanje; Poremećaji psihičkih procesa; Duševno slabi i duševni invalidi.

Drugi deo prvog toma počinje poglavljem 8, pod nazivom Duševne bolesti, i nastavlja se kroz još četiri poglavlja: Simuliranje duševne bolesti; Psihološko tumačenje dokumenta; Prepoznavanje i utvrđivanje istovetnosti; Metode za upoznavanje istine.

Drugi tom nosi naziv *Učesnici u kaznenom postupku*. Ukupan broj stranica prevoda dva dela prvog toma jeste 788 listova, jednostrano kucanih na pisaćoj mašini.

Prvi deo drugog toma podeljen je na tri poglavlja: Okrivljeni; Oštećeni i tužitelji; Svedok. Drugi deo drugog toma podeljen je na šest poglavlja: Suočenje; Veštak i tumač; Advokat; Javni tužilac; Sudija; Psihološki profili i kazneno procesualno pravo.

Zanimljivo je uporediti savremeniju građu iz oblasti sudske psihologije, napisanu od domaćih kriminologa, s nekim od elemenata ispisanih u Altavilinom poimanju ove nauke. Naime, Aćimović u svojoj knjizi *Psihologija zločina i suđenja* (1988)¹⁵ prilikom objašnjenja predmeta ove nauke, navodi nekoliko shvatanja. U široko poimanje ovog učenja, Aćimović ubraja i shvatanje o predmetu sudske psihologije onako kako ga Altavila opisuje u svojoj dvotomnoj studiji. Naime, Aćimović piše da bi predmet ove nauke bila sva ona “psihička zbivanja koja treba poznavati radi uspešnog vršenja pravosudnih delatnosti”.¹⁶ Pri tome se poziva na mišljenje koje je izneo Ferri u predgovoru Altaviline knjige. Ujedno, M. Aćimović kao slično mišljenje o predmetu sudske psihologije navodi i ono koje zastupa D. Jevtić u svojoj knjizi *Sudska psihopatologija* (1960).¹⁷ Pri tome, D. Jevtić je psihologiju označio kao “nau-

¹⁴ Altavilla, E. (1955). *Sudska psihologija*. I Tom. Prvi deo. Psihološki proces i sudska istina. Predgovor Enrico Marciano. Op. cit., str. 9.

¹⁵ Aćimović, M. (1988). *Psihologija zločina i suđenja (Sudska psihologija)*. Beograd: Savremena administracija.

¹⁶ Aćimović, M., op. cit. str. 10.

¹⁷ Jevtić, D. (1960). *Sudska psihopatologija*. Beograd – Zagreb: Medicinska knjiga.

ku o normalnoj duši (psihi) i o normalnim duševnim (psihičkim) pojavama”, a psihopatologiju kao “nauku o nenormalnoj psihi i o nenormalnim psihičkim pojavama”. Pri tome, Jevtić naglašava da je “forenzička psihopatologija primenjena nauka, koja istražuje, obrađuje i tumači nenormalne duševne pojave i delatnost duševno nenormalnih, ukoliko su od značaja za odnos duševno nenormalnog prema normama pozitivnog prava”.¹⁸

U tom smislu Aćimović konstatuje da Altavilino sveobuhvatno shvatanje u stvari predstavlja skup više naučnih disciplina, ali da bi “njihova zajednička obrada (eventualno i pod nazivom sudska psihologija) mogla da bude od znatne praktične koristi”.¹⁹

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, poput penologije, viktimologije, sudske psihologije, 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.

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. 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.

¹⁸ Jevtić, D., op. cit. str. 2.

¹⁹ Aćimović, M., loc. cit.

Istraživanje fundusa biblioteka pravnih fakulteta kod nas ne predstavlja uzaludni posao u eri digitalnog humanizma. Istorijsko nasleđe pionira kriminoloških postavki uvek je neophodno, kako bi to poređenje bilo mera dostignutih savremenih saznanja.

Literatura

- Aćimović, M. (1988). *Psihologija zločina i suđenja: Sudska psihologija (Psychology of Crime and Trial: Judicial Psychology)*. Beograd: Savremena administracija.
- Altavilla, E. (1955). *Sudska psihologija (Judicial Psychology)*. Tom I. Prvi deo. Psihološki proces i sudska istina. Torino: Tipografski savez. Torinsko izdavačko preduzeće. (daktilografisani prevod na srpski jezik).
- Altavilla, E. (1955). *Sudska psihologija (Judicial Psychology)*. Tom I. Prvi deo. Psihološki proces i sudska istina. Predgovor Enrico Ferri. Torino: Tipografski savez. Torinsko izdavačko preduzeće.
- Aranudovski, Lj. *Kriminologija (Criminology)*. (2007). Štip: 2-ri Avgust S, str. 104–105.
- David Oldroyd, *The Arch of Knowledge*, 1986, <http://books.google.com/books?>, Accessed: 17.10.2011.
- Dimitrijević, D. (1964). „Predgovor“ (Preface) (str. 3–5), in: Pinatel, J. (1964). *Kriminologija (Criminology)*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika.
- Đurić, M. (1962). *Problemi sociološkog metoda (Problems in the Sociological Method)*. Beograd: Savremena škola, str. 32.
- Jevtić, D. (1960). *Sudska psihopatologija (Judicial Psychopatology)*. Beograd – Zagreb: Medicinska knjiga.
- Pinatel, J. (1964). *Kriminologija (Criminology)*. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika.

Miomira Kostić
University of Niš, Faculty of Law

FORENSIC PSYCHOLOGY – CONTEMPORANEITY OF BASIC LEARNING

Summary

Positivist approach to the study of the criminal, as the protagonists of the criminal justice system, influenced to the development of specific scientific disciplines that deal with psychological observation of his personality. Due to this influence, there is division of scientific disciplines: criminal psychology or psychological theories of crime; forensic psychology, or the psychology of the crime and the trial; prison psychology; and legal psychology. Forensic psychology is the study of the criminal in that aspect of it which includes consideration of its behavior in procedural role imposed on him, therefore, as a defendant, where special attention is paid to the holding of other persons participating in criminal proceedings: the injured / victim; witnesses; prosecutor; defense; judges. One of the most complete study in this field of science is Enrico Altavilla's book Forensic Psychology, related to theoretical and practical knowledge of this branch of psychology. The contemporary development of criminology, particularly development of criminal psychology, requires some returning to the past, at the beginnings of criminology, in its original sense, researching the endogenous factors in the genesis of criminal behavior of the individual, and in particular the contribution of Italian criminologist this issue. The success of the application of criminal law, the ultimate goal of combating criminal behavior requires specialized scientific knowledge not only the law, but also anthropology, psychology, forensic medicine, psychiatry and sociology. The process of reforming of the criminal justice system does not include only nomotechnical rules. It includes also a development of some special sensibility of the knowledge of criminal proceedings. It is impossible to implement this knowledge without basic postulates of criminological sciences, especially in the implementation of the positivist method.

Keywords: forensic psychology, criminology, positivism, Altavilla.

СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА И ПРОДУЖЕНО КРИВИЧНО ДЈЕЛО У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Вељко Икановић*

Апстракт: Аутор се у раду бави анализом института стицаја кривичних дјела и продуженог кривичног дјела према рјешењу у новом Кривичном законнику Републике Српске. Ријеч је о институтима из општег дијела Законика који су постојали и у ранијем Кривичном закону Републике Српске, а који су сада значајно измијењени. Ове измјене се код стицаја односе на одмјеравање казне, а код продуженог кривичног дјела на његове елементе, који одступају од вишедеценијских устаљених принципа и ставова правне науке и судске праксе. Очекујемо да ће та рјешења изазвати значајну пажњу али и проузроковати одређене дилеме у практичној примјени код правне квалификације продуженог кривичног дјела, а код оба института посебно у примјени блажег закона. Сматрајући да су нека од нових рјешења непотребна, а друга недоречена и неодређена, овим радом желимо да скренемо пажњу на учне и стручне јавности ради формирања става о правилној примјени тих норми.

Кључне ријечи: стицај, кривично дјело, продужено, казна, оштећени.

Увод

Доношењем Кривичног законика Републике Српске¹ (у даљем тексту Законик или КЗ) учињен је значајан корак у реформи кривичног законодавства у Републици Српској, а која је започета још 2003. године

* Судија Врховног суда Републике Српске.

¹ Службени гласник Републике Српске, број 64/17.

када је донесен Кривични закон Републике Српске² (у даљем тексту Законик КЗ РС), са његовим каснијим измјенама и допунама. Законик је задржао основну структуру на којој је изграђено кривично законодавство из ранијег периода али је усвојио и низ нових, до сада непознатих, рјешења. Осим тога, поједина традиционална рјешења су измијењена, што им даје потпуно другачију садржину и захтијева другачији приступ у њиховом тумачењу и примјени у пракси. То се тиче како самих института из његовог општег дијела, тако и појединих кривичних дјела која до сада нису постојала или су им елементи бића другачије одређени. Све то отвара и потребу да се размотри и примјена блажег закона, што ће у одређеним случајевима захтијевати и одређено ревидирање устаљене судске праксе.

У овом раду ћемо се позабавити институтима из општег дијела Законика и то стицајем кривичних дјела и продуженим кривичним дјелом, сматрајући да заслужују посебну пажњу, како са теоријског тако и са практичног становишта. Стицај кривичних дјела обрадићемо у дијелу који прописује одмјеравање казне, а продужено кривично дјело у његовим елементима. Све то заједно настојаћемо да доведемо у везу са примјеном блажег закона, јер ће се то питање неминовно појавити у судској пракси.

Стицај кривичних дјела

Када учинилац, предузимајући једну или више дјелатности, проузрокује посљедицу једног кривичног дјела, тада постоји јединство радње и посљедице (јединствено кривично дјело). Јединствено кривично дјело постоји и када се са једном радњом проузрокује више посљедица које са кривичноправног становишта чине једну посљедицу. У оваквим случајевима постоји стицај посљедица у природном смислу или јединство у кривичноправном смислу.

Међутим, постоје и такви случајеви када једно лице са једном или више радњи оствари посљедице више истих или различитих кривичних дјела за које се истовремено суди пред истим судом, доноси једна пресуда и изриче јединствена казна. То је јединство кривичних дјела са гледишта кажњивости или стицај кривичних дјела (плуралитет кривичних дјела).

² Службени гласник Републике Српске, број 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010, 1/2012 и 67/2013.

Дакле, стицај кривичних дјела³ (члан 56 став 1 КЗ) постоји кад учинилац са једном или више радњи учини више кривичних дјела за која му није пресуђено, па му се истовремено суди у истом кривичном поступку, доноси једна пресуда и изриче једна главна казна⁴. За постојање стицаја потребно је испуњење сљедећих услова:

а) истовјетност учиниоца, што значи да исто лице у истом или различитом својству као: извршилац, саизвршилац, подстрекач или помагач учествује у извршењу свих кривичних дјела, б) два или више кривичних дјела која могу бити свршена или покушана, без обзира на то да ли су исте или различите врсте, в) за учињена дјела није раније изречена пресуда и г) да се за сва учињена кривична дјела истовремено суди. Разликују се двије врсте стицаја⁵: а) идеални и б) реални стицај.

Идеални (формални) стицај постоји када учинилац са једном радњом оствари више кривичних дјела. То ће бити када се једна радња, узета у смислу једног дјела (једног догађаја, који може бити и редовно је састављен и од више појединачних активности, које представљају све једну цјелину, чије јединство је дато бићем одређеног кривичног дјела), може подвести под више законских описа кривичних дјела. Ово не мора увијек да буде тако јер се може радити о привидном идеалном или тзв. законском стицају. Идеални стицај може бити:⁶ а) хомогени (истоврстан) и б) хетерогени (разноврстан). Хомогени идеални стицај постоји када учинилац са једном радњом оствари више кривичних дјела исте врсте. Хетерогени идеални стицај постоји када учинилац са једном радњом проузрокује више кривичних дјела различите врсте.

Реални (материјални) стицај⁷ постоји када учинилац са више самосталних радњи оствари више кривичних дјела, под условом да ни за једно од извршених дјела није изречена правноснажна пресуда. Међутим, и овдје се може радити о привидном реалном стицају, ако све те радње

³ Lj. Selinšek, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007. godine, str. 191–193.

⁴ Када окривљени примјењује силу и пријетњу према оштећеној да је принуди на противприродни блуд и обљубу, па савлада њен отпор и оствари само оне радње које представљају обиљежје кривичног дјела противприродног блуда, у његовим радњама постоји стицај кривичног дјела противприродног блуда и кривичног дјела силовања у покушају без обзира што сила и пријетња представљају једно од обиљежја оба кривична дјела (пресуда Врховног суда Републике Српске Кж. 107/98 од 8. фебруара 1999. године).

⁵ М. Радовановић, *Кривично право*, Општи део, Београд, 1972. године, стр. 136–138.

⁶ Н. Мрвић Петровић, *Кривично право*, Београд, 2007. године, стр. 126–127.

⁷ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право, Општи део*, Бања Лука, 2017. године, стр. 203–206.

представљају једну цјелину и узимају се као саставни дијелови једног јединственог кривичног дјела. За постојање реалног стицаја потребно је да су остварена најмање два кривична дјела са посебним радњама и да при томе ниједно од њих није пресуђено, тако да се учиниоцу суди за сва дјела у истом кривичном поступку, доноси једна пресуда и изриче једна главна казна. Ако је учинилац извршио два кривична дјела, али му је за једно од њих изречена правноснажна пресуда, без обзира на то да ли је казну издржао или не, постоји поврат, а не реални стицај. Зависно од врсте и природе учињених кривичних дјела, и реални стицај може да буде: а) хомогени и б) хетерогени.

Када говоримо о стицају важно је знати да идеални стицај увијек представља природно јединство дјела. Код њега је једна радња увијек заснована на једном акту воље и у природном смислу сматра се увијек као један акт, једно дјело. Међутим, код идеалног стицаја правно постоји више кривичних дјела, јер је једном радњом проузроковано више посљедица (остварено је више бића кривичних дјела). Код реалног стицаја ситуација је другачија јер код њега и природно и правно постоји више кривичних дјела. За даље излагање је значајно да код стицаја, било идеалног било реалног, увијек постоји плуралитет кривичних дјела, за који важе посебна правила о одмјеравању казне која су садржана у чл. 56 КЗ. У примјени ове одредбе о одмјеравању казне, претходно је питање да ли постоји плуралитет или сингуларитет кривичних дјела.

Одмјеравање казне за дјела у стицају

Правило је да се учиниоцу који са једном или више радњи учини више кривичних дјела, за сва та дјела истовремено суди и изриче јединствена казна. Домаће кривично право примјењује јединствена правила за одмјеравање казне за обје врсте стицаја⁸. Одмјеравање казне за дјела у стицају⁹ врши се у двије фазе: у првој фази се за свако поједино кривично дјело у саставу стицаја одмјерава казна у границама законом прописане казне у смислу члана 52 КЗ, док се у другој фази врши одмјеравање јединствене казне за сва дјела у стицају по посебним правилима (члан 56 став 2 КЗ).

⁸ Lj. Selinšek, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, op. cit., str. 291–293.

⁹ Ж. Хорватић, *Казнено право, Опћи дио*, Загреб, 2003. године, стр. 206–210.

Од овог правила постоји изузетак када се малољетном учиниоцу суди за кривична дјела у стицају, па му се за сва кривична дјела изриче само једна васпитна мјера, односно једна казна малољетничког затвора ако постоје услови за њено изрицање (члан 48 Закона о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку). При томе се сва извршена кривична дјела цијене као једна јединствена цјелина.

Јединствену казну могуће је одредити примјеном три сљедећа система¹⁰:

- а) систем апсорпције¹¹ – преузимање свих казни од најтеже казне гдје се прво одмјерава казна за свако дјело у саставу стицаја, па се онда изриче као јединствена најтежа утврђена казна која апсорбује све остале лакше казне,
- б) систем асперације¹² – најприје се одмјерава казна за свако дјело у стицају, па се затим најтежа утврђена казна повећава, али тако да не достигне збир појединачно одређених казни, нити да пређе општи законски максимум те врсте казне. Овај систем се примјењује код одмјеравања казне лишења слободе, и
- в) систем кумулације (збрајање казни) – прво се одмјерава казна за поједина дјела у стицају, па се затим све те казне саберу и тако се добије јединствена казна која се изриче учиниоцу тих дјела. Овај систем се примјењује код новчане казне, а изузетно и код кратких казни затвора.

Према члану 56 став 2 КЗ, одмјеравање казне за дјела у стицају суд врши по сљедећим правилима¹³:

- 1) ако је за два или више кривичних дјела утврдио казне дуготрајног затвора или казне дуготрајног затвора и затвора, суд изриче као јединствену казну дуготрајног затвора која мора бити већа од сваке појединачно утврђене казне, али не смије да пређе највећу мјеру казне дуготрајног затвора,
- 2) ако је за два или више кривичних дјела утврдио казне затвора преко десет година, суд може изрећи јединствену казну дуготрајног затвора која не смије да достигне збир појединачно

¹⁰ Н. Мрвић Петровић, *Кривично право*, оп. цит., стр. 158–159.

¹¹ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право, Општи део*, оп. цит., стр. 203–206.

¹² Овај систем се још назива оштрина примјене јединствене казне примјерене утврђеним казнама за дјела у стицају.

¹³ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право, Општи део*, оп. цит., стр. 203–206.

- утврђених казни затвора, нити смије да пређе највећу мјеру казне дуготрајног затвора,
- 3) ако је за кривична дјела у стицају утврдио казне затвора, јединствена казна мора бити већа од сваке појединачно утврђене казне, али не смије да пређе збир утврђених казни, нити да пређе двадесет година затвора,
 - 4) ако су за сва кривична дјела у стицају прописане казне затвора до три године, јединствена казна не може бити већа од десет година затвора,
 - 5) ако је за кривична дјела у стицају суд утврдио само новчане казне, јединствена казна не смије да пређе збир утврђених казни, нити износ од 200.000 КМ, односно два милиона КМ ако је неко од кривичних дјела извршено из користољубља, и
 - 6) ако је за нека кривична дјела у стицају суд утврдио казне затвора, а за друга дјела новчане казне, тада изриче јединствену казну затвора и јединствену новчану казну. Споредну казну суд изриче ако је утврђена бар за једно од кривичних дјела у саставу стицаја, а ако је утврдио више новчаних казни (као главну или као споредну казну), тада изриче само једну новчану казну.

Код утврђивања јединствене казне¹⁴ суд узима у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности које постоје код појединих кривичних дјела у стицају, као и околности које нису везане за поједина дјела, него се односе на личност учиниоца и на свеукупну криминалну ситуацију, тако да јединствена казна буде одраз опасности свеукупно извршених кривичних дјела и учиниоца и саображена потребама ресоцијализације.

Прописана правила за одмјеравање казне за дјела у стицају у одређеним сегментима разликују се од ранијег Закона и не одговарају у потпуности ни једном од горе наведених система (апсорпције, асперације, и кумулације). То се односи на став 2 тачка 2 члана 56 гдје је прописано да ако је за два или више кривичних дјела утврдио казне затвора преко десет година, суд може изрећи јединствену казну дуготрајног затвора која не смије достићи збир појединачно утврђених казни затвора, нити прећи 45 година. Дакле, суд може изрећи казну дуготрајног затвора а да је није утврдио ни за једно од кривичних дјела у стицају, па чак и ако она није ни прописана за неко од тих кривичних дјела. Све то отвара питање

¹⁴ М. Радовановић, *Кривично право, Општи део*, оп. цит., стр. 274–275.

колико је приликом прописивања ових правила законодавац поштовао уставне одредбе и прокламована начела самог Законика.

Зато ћемо прво поћи од одредбе члана 20 Устава Републике Српске која каже да „нико не може бити кажњен за дјело које, прије него што је учињено, није било законом предвиђено као кажњиво дјело, нити му се може изрећи казна која за то дјело није законом била предвиђена.“ Очигледно је да Устав говори о казни која мора бити прописана за одређено кривично дјело. Казна за одређено кривично дјело увијек се прописује у посебном дијелу Законика у коме се одређују кривична дјела са њиховим елементима и запријећеним казнама које се за та дјела могу изрећи. Казна се увијек прописује (одређује) по врсти и висини са посебним минимумом и максимумом, који су ограничени општим минимумом и максимумом те врсте казне у општем дијелу закона. Правилима о одмјеравању казне за дјела у стицају, која се односе за било које кривично дјело и било који његов облик, не може се прописати могућност изрицања друге врсте казне умјесто оне која је прописана за конкретно кривично дјело јер то значи неодређеност казне и отвара могућност произвољног кажњавања.

Слиједом тога указујемо на то да члан 108 Устава каже како „закони, статути, други прописи и општи акти морају бити у сагласности са Уставом“, а да то овдје није случај. С обзиром на све то, сматрамо да ова одредба Законика, када се доведе у корелацију са уставним нормама, тешко може да издржи провјеру уставности.

Све је то супротно и начелу законитости (које је формулисао Анселм Фојербах) које није само основно начело кривичног права, већ смо видјели да представља и један од уставних постулата. На његов значај указује чињеница да је одређено чланом 2 КЗ према коме: а) кривична дјела и кривичне санкције се прописују само законом и б) нико не може бити кажњен за кривично дјело које, прије него што је извршено, није било законом прописано као кривично дјело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која није била прописана тим законом. Најчешће се ово начело дефинише максимумом: *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (кривичног дјела, ни казне, нема без закона). У основи овог принципа се налази остварење гарантивне (заштитне) функције кривичног права, при чему се гарантује заштита слобода и права учиниоцу кривичног дјела, чиме се поставља ефикасна брана арбитрерности, самовољи и евентуалним злоупотребама органа кривичне репресије.¹⁵

¹⁵ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право, Општи део*, оп. цит., стр. 24.

Ово је и у директној супротности са чланом 45 став 1 Законика гдје је прописано да се казна дуготрајног затвора у трајању од двадесет и пет до четрдесет и пет година може прописати за најтежа кривична дјела и најтеже облике тешких кривичних дјела учињених умишљајно. Овдје се мијешају двије врсте казни које су потпуно различите по својој природи и садржини и омогућава изрицање оне врсте казне која није прописана ни за једно од кривичних дјела у стицају. На тај начин се омогућава да се учиниоцу кривичног дјела изрекне казна која није била прописана ни за једно дјело учињено у стицају и која по редовном току ствари, да није било стицаја кривичних дјела, није ни могла бити изречена за неко од тих дјела.

Казне затвора преко десет година могу бити утврђене и за „обична“ кривична дјела, која по својој природи нису најтежа нити су најтежи облици тешких кривичних дјела, па остаје нејасно како је то могуће, супротно члану 45 став 1, за њих изрећи казну дуготрајног затвора (нпр. за више кривичних дјела тешке крађе и слично). Тако би учинилац кривичног дјела тешке крађе из члана 226 став 3 КЗ („ако вриједност украдене ствари прелази 50.000 КМ“) који украде ствар вриједну 20.000.000 КМ, за које је запријеђена казна затвора од три до петнаест година, могао бити осуђен на максималну казну од 15 година затвора. Насупрот томе, учинилац трију тешких крађа у стицају, који у свакој прибави имовинску корист од по 1.000.000 КМ и коме суд за свако дјело утврди казне затвора преко десет година (што је због велике вриједности очекивано) могао би бити осуђен на јединствену казну дуготрајног затвора. Све то показује да количина криминалне активности није ни приближна казни која се може изрећи пошто број радњи очигледно не односи превагу над вриједношћу украдене ствари, јер у првом случају се може радити и о вишеструком повратнику и слично. Овај хипотетички случај смо навели само као један примјер неодрживости оваквог рјешења. Сматрамо да је овим само непотребно и супротно правилима науке кривичног права, али и самог Законика направљен строжи закон, а да то нису захтијевали интереси криминалне политике, судска пракса и правна наука. Ово се више показује само као резултат поједностављеног схватања о нелогичности максималне казне до кога се дошло простим сабирањем утврђених казни које се утапају у максималној јединственој казни по систему асперације.

Одредба члана 56 став 2 тачка 4 КЗ прописује да ако су за сва кривична дјела у стицају прописане казне затвора до три године, јединствена

казна не може бити већа од десет година затвора. Овдје је оправдано системом асперације за мање тешка кривична дјела ограничен максимум јединствене казне на десет година, који би иначе износио двадесет година. Ове одредбе Законика су строже од одредбе члана 42 став 2 тачка 3 КЗ РС, по којима јединствена казна у овом случају није могла бити већа од осам година затвора. Ово рјешење се већ четрнаест година примјењивало у пракси без било каквих проблема, а интереси криминалне политике нису указивали на потребу строжег кажњавања, па остаје нејасно зашто се законодавац определијелио за наведене измјене.

Стицај кривичних дјела према Кривичном законнику и примјена блажег закона

У досадашњој судској пракси одредбе о одмјеравању казне за кривична дјела у стицају очигледно нису стварале веће тешкоће. Ово можемо закључити на основу тога што постоји само једно правно схватање Врховног суда Хрватске из 1977. године, које се односи се на примјену блажег закона (члан 4 став 1 и 2 Кривичног закона СФРЈ – обавезна примјена блажег закона).

Према овом правном схватању, ако је за једно дјело у стицају примијењен бивши КЗ, а за друго нови закон, јединствена казна изриче се по правилима о стицају која предвиђа нови закон (чл. 48 КЗ)¹⁶. Ово је био општеприхваћен став судске праксе у СФРЈ и нису нам позната другачија становишта највиших судских инстанци о том питању. У том периоду одредбе о стицају кривичних дјела и одмјеравању казне су биле устаљене, само се могло радити о различитим казнама за кривична дјела у стицају која су квалификована по новом и старом кривичном закону, тако да се проблем примјене блажег закона није ни постављао у садашњем облику. Међутим, Законик је измијенио одредбе о стицају у односу на оне које су биле у ранијем закону и отворио питање примјене блажег закона у дијелу изрицања јединствене казне које се раније није ни постављало.

Остаје нам да видимо хоће ли судови у сваком случају примијенити одредбе о стицају из Законика или одредбе из Закона. Та дилема могла би се појавити код кривичних дјела за која је суд утврдио казне затвора преко десет година и за која сада може изрећи јединствену каз-

¹⁶ Правно схватање кривичног одјељења Врховног суда Хрватске од 23. септембра 1977. године.

ну дуготрајног затвора, а ранији закон је прописивао само могућност изрицања јединствене казне затвора до двадесет година. Дилема се може појавити и код кривичних дијела за које је прописана казна затвора до три године. Наиме, према одредбама ранијег Закона, ако учинилац оствари више кривичних дјела у стицају, а за свако од њих је прописана казна затвора до три године, јединствена казна не смије бити дужа од осам година. Ограничење у висини изрицања јединствене казне Законик је подигао на десет година. У оба ова случаја постоји могућност да суд када оптуженог оглашава кривим за више кривичних дјела која су учињена у различита времена у вријеме важења старог и новог закона ипак примијени одредбе о стицају из старог закона.

Продужено кривично дјело

У кривичном праву бивше СФРЈ, продужено кривично дјело је створено као правна конструкција судске праксе и никада није било дефинисано кривичним законодавством.¹⁷ Продужено или настављено кривично дјело (*delictum continuatum*) постоји кад се више самосталних радњи извршења једног учиниоца и посљедица због њихове истоврсности и других разлога узајамне повезаности спајају у јединствено кривично дјело, тако да се поједине радње и посљедице указују само као наставци и саставни дијелови тог јединственог кривичног дјела.¹⁸ Конструкција продуженог кривичног дјела је код нас у пракси долазила до изражаја највише код кривичних дјела крађе, проневјере и фалсификата. С обзиром на то да шире елаборирање продуженог кривичног дјела надилази материју овог рада, само ћемо, због разумијевања даљег излагања, напоменути да се у нашој јудикатури услови за постојање продуженог кривичног дјела могу подијелити на субјективне и објективне.

Уобичајено је да кривична законодавства не доносе посебне одредбе о продуженом кривичном дјелу. Тако ни кривично законодавство у бившој СФРЈ, као и низ година послје њеног распада у Републици Српској, није имало о томе посебне одредбе. Сматрамо да је овај став законодавца био исправан јер због сложености и непредвидивости свих животних ситуација није могуће дати унапријед све елементе про-

¹⁷ Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске, Општи део*, Бања Лука, 2012, стр. 208–210.

¹⁸ Б. Златарић, *Кривични законик у практичној примјени*, Загреб, 1956, стр. 197.

дуженог кривичног дјела. О оправданости оваквог резоновања говори нам то да су одређени проблеми који су се јављали у пракси успјешно рјешавани ставовима највиших судова тадашње државе.

Одређене дилеме које су се јављале у вези са конструкцијом продуженог кривичног дјела биле су предмет разматрања на савјетовању у Врховном суду Југославије одржаном 7–9. децембра 1965. године. Као резултат овог савјетовања услиједили су и закључци који су у сагласности са правном теоријом и који имају велики значај за праксу. Овдје те закључке нећемо наводити и само на њих упућујемо читаоца. О квалитету тих закључака и њиховој користи за судску праксу говори нам и Правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије од 13. 11. 1991. године, гдје се разматрала потреба редефинисања продуженог кривичног дјела. У наведеном схватању Врховни суд сматра да је „конструкција продуженог кривичног дјела на јасан и свеобухватан начин дефинисана наведеним закључцима, који су прихваћени у пракси судова и без посебних тешкоћа до сада примјењивани. Сходно томе овај суд, по нашем мишљењу исправно, сматра како нема потребе за редефинисањем појма продуженог кривичног дјела ни за одређивање неких нових критеријума за оцјену када ће се овај правни институт примијенити“.

Кривични закон Републике Српске¹⁹ од 1. јула 2003. године није прописивао продужено кривично дјело али је то учинио измјенама и допунама из 2010. године (чл. 42а).²⁰ Ово рјешење је било веома лоше²¹ па, очигледно уочавајући пропусте, законодавац 2013. године поново уређује овај институт тако што у члану 11 Закона о измјенама и допунама Кривичног закона Републике Српске²² преузима дефиницију из Кривичног законика Србије. Различито од ранијих закона, Законик је у члану 57 поново дефинисао продужено кривично дјело. Није нам намјера да се овдје бавимо елаборирањем комплетног института већ ћемо укратко само на неке елементе за које сматрамо да су контроверзни и да ће сигурно у пракси проузроковати одређене проблеме, а који ће отворити и питање примјене блажег закона.

¹⁹ Службени гласник Републике Српске бр. 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 и 1/12.

²⁰ Службени гласник Републике Српске бр. 73/10.

²¹ Више о томе у: В. Икановић, Г. Гајић, *Продужено кривично дјело у кривичном законодавству Републике Српске*, Годишњак Факултета правних наука, број 6, Бања Лука, 2016, стр. 140–150.

²² Службени гласник Републике Српске број 67/13.

Продужено кривично дјело у Кривичном Законнику Републике Српске

Већ смо рекли да је продужено кривично дјело предвиђено у члану 57 КЗ, на другачији начин од претходног Кривичног закона. Сада имамо три различите дефиниције продуженог кривичног дјела у раздобљу од 2010. године до данас, што ће сигурно отворити питање конкуренције ових закона у примјени блажег закона.

Поредећи одредбе члана 57 КЗ и члана 42 а) претходног КЗ РС, можемо слободно тврдити да је нова одредба строжа за учиниоца из сљедећих разлога.

Први је тај што се сада, поред осталог, изричито захтијева да постоји истовјетности оштећеног, а која се према ранијем закону није изричито тражила (захтијевао је да постоје најмање двије од набројаних околности). Што се тиче истовјетности оштећеног, она је и у ранијој судској пракси и, као што смо рекли, према ранијем закону представљала један од везујућих елемената али не и нужно. Ако би разлози криминалне политике дозвољавали, било је могуће конструисати продужено кривично дјело и без истовјетности оштећеног (нпр. низ провалних крађа у више киоска током краћег раздобља, на једном локалитету и сл.). Судска пракса је ту била јасна и животна, па у прилог томе наводимо једну одлуку Врховног суда Србије која гласи: „Продужено кривично дело може постојати и без истовјетности оштећеног само ако разлози криминалне политике захтевају да се више истоврсних радњи учињених на штету различитих оштећених обједини у једно продужено кривично дело“ (ВСС Датум: 1998-04-21 Број: Кж. 575/90)²³. Дакле, истовјетност оштећеног у начелу није била услов за постојање продуженог кривичног дјела. Али истовјетност оштећеног представља важан елемент да би више истоврсних дјела са становишта животног и логичног резонувања представљало јединствену природну цјелину. Елемент истовјетности може се напустити само ако разлози криминалне политике захтијевају да се више пута истоврсних радњи учињених на штету различитих оштећеника обједини у једно продужено кривично дјело. Сада то више није могуће јер закон изричито тражи истовјетност оштећеног.

Други је јер искључује примјену ове правне конструкције за одређене групе кривичних дјела као што су кривична дјела против живота и тјелесног интегритета, полне и друге слободе човјека (став 2).

²³ <http://www.sirius.rs/praksa/1215>, приступљено 21. 8. 2017.

Ранији закон је прописивао да кривична дјела управљена против личних добара могу изузетно чинити продужено кривично дјело само ако су учињена према истом лицу (став 2 чл. 42а). Овдје се потпуно одступа од ранијег законског рјешења али и од устаљених становишта судске праксе која су пажљиво и опрезно стварана годинама и провјерена од стране највиших судских инстанци. То је и ранијој судској пракси прије уношења продуженог кривичног дјела у закон важило као правило (код кривичних дјела убиства и тјелесних повреда), али постојали су изузеци који су омогућавали примјену овог института када је то логично, природно и оправдано. Тако је код сложеног кривичног дјела разбојништва извршеног против истог лица било могуће конструисати продужено кривично дјело, без обзира што су сила и пријетња уперене против личних добара (живота или тијела). Сада то више није могуће и увијек ће се радити о стицају два или више тих кривичних дјела, што није животно и логично с обзиром на временски континуитет, истог оштећеног, умишљај и слично (нпр. три радње које су предузете према истом лицу у току једне ноћи и слично).

Слично је и код кривичног дјела против полног интегритета (раније против достојанства личности и морала), када се ради о истом оштећеном лицу, уз испуњење и других претпоставки које граде конструкцију продуженог кривичног дјела (јединствени умишљај, временски континуитет и остало). „Код понављања обљубе од стране једног учиниоца над истом савладаном жртвом и истом приликом, нема стицаја више кривичних дела силовања, већ постоји једно такво кривично дело, док продужено кривично дело силовања може постојати само онда уколико се код постојања истог извршиоца и исте жртве, појединачне обљубе врше као посебни временски одвојени догађаји“ (Став седнице Кривичног одељења Врховног суда Србије од 30. 7. 74. год).²⁴ „Четири насилне обљубе једне оштећене за четири дана је продужено кривично дело силовања“ (2002-12-15 Број: Кж. 1401/98). Ово ближе објашњава апстракт те пресуде: „Јавни тужилац је оптужи окривљеног да је учинио четири кривична дела силовања из чл. 103 ст. 3 у вези ст. 1 КЗС. Суд је нашао да се у конкретном случају ради о једном продуженом кривичном делу силовања, јер је окривљени све четири обљубе извршио над једном истом особом у периоду од четири дана.“²⁵ Ова квалификација била је могућа и по ранијем закону јер је он то дозвољавао „изузетно“.

²⁴ И. Зиндовић, *Кривично право у судској пракси*, Чачак, 1995, стр. 216.

²⁵ <http://www.sirius.rs/praksa/1215>, приступљено 21. 8. 2017.

Сада то више није могуће јер ће двије или више обљуба над истим лицем увијек бити квалификоване као стицај кривичних дјела силовања. Овако поступајући законодавац је без оправданог разлога закон учинио строжим од било ког закона који је досад био на снази на овим просторима.

Овдје се могу очекивати и потешкоће код доказивања сваке поједине радње из чињеничног описа оптужнице, сваког кривичног дјела, поготово ако је ријеч о кривичном дјелу обљубе дјетета млађег од петнаест година из члана 172 КЗ. С обзиром на то да ћемо у тим случајевима примјењивати одредбе о стицају, жртва ће се морати саслушавати на све полне односе или радње које су са њима изједначене, а којих може бити и десетак. Због тога се искључење примјене продуженог кривичног дјела код кривичних дјела против полног интегритета, као одредба која је унесена ради заштите жртве, може изокренути у своју супротност.²⁶

Правноснажна пресуда о продуженом кривичном дјелу обухвата сва дјела из серије, без обзира на то јесу ли обухваћена у правноснажној пресуди или нису, да ли је суд у вријеме суђења знао за њих или није, па ако буде откривано још дјела из те серије за њих се не може судити. Пракса није увијек била досљедна у томе, тако да има одлука у којима је учинилац поново суђен за исти временски период на који се односила правноснажна пресуда за продужено кривично дјело. Међутим, то су само они случајеви гдје је накнадно откривена криминална активност била знатна и гдје су постојали услови за понављање кривичног поступка из тих разлога (члан 404 став 1 тачка 6 тадашњег ЗКП)²⁷.

Међутим, став 7 члана 56 Законика којим је прописано да у састав продуженог кривичног дјела не могу улазити кривична дјела извршена након подизања оптужнице посебно је контроверзан. Овдје није било потребе да се у материјално право мијешају одредбе процесног закона јер им ту није мјесто и оне не могу да одређују елементе продуженог кривичног дјела нити да га временски ограничавају. Продужено кривично дјело није створено само да се погодује оптуженом већ и из разлога процесне економије да се једна криминална дјелатност, једног учиниоца у одређеном периоду на одговарајући начин ријешити једном пресудом.

Оптужница је акт тужиоца, она није пресуда, може се мијењати током цијелог поступка, оптуженог штити претпоставка невиности али и право на правично суђење, што му се на овај начин ускраћује. Овак-

²⁶ А. Гарачић, *Правна схваћања о неодређеним вриједностима које су законско обиљежје казненог дјела, стицај и продужено казнено дјело – примјена блажег закона*, објављено у Зборнику радова „Новине у казненом законодавству – 2013“, Опатија.

²⁷ Закон о кривичном поступку, Службени лист СФРЈ, број 4/77.

вим рјешењем се тужилац као странка ослобађа обавезе да у састав кривичног дјела укључи и оне радње које ту припадају, даје му се право да он, независно од суда, ствара конструкцију продуженог кривичног дјела што је искључива надлежност суда да то ријешити пресудом. Осим тога, према процесном законодавству спровођење јединственог поступка ако постоји више оптужница је правило, тако да суд мора спојити више оптужница против истог оптуженог и донијети једну пресуду. Међутим, постојећим рјешењем се ствара ситуација да се по двије или више оптужница води јединствен поступак за кривична дјела која, по свим правилима кривичноправне науке и материјалног законодавства, чине продужено кривично дјело, а да се суди за стицај кривичних дјела јер су она у више различитих оптужница. Или, могуће је да се пресуди одвојено за све те оптужнице и дозволи неправо понављање кривичног поступка и примијене одредбе о стицају иако се очигледно по материјалном праву требало радити о продуженом кривичном дјелу.

С обзиром на речено, сматрамо да је уношење одредбе о продуженом кривичном дјелу у Законик непотребно, јер је досадашња судска пракса изградила сасвим задовољавајуће критеријуме за све ситуације које се појаве у пракси приликом његовог стварања.²⁸ С друге стране, сви досадашњи покушаји законодавца да дефинише продужено кривично дјело патили су од недостатка прилагодљивости разноврсним животним ситуацијама, развоју друштва и осталим потребама. Сматрамо да од овог недостатка пати и постојеће рјешење и да ће се то убрзо показати у практичној примјени.

Закључак

СТИЦАЈ кривичних дјела и продужено кривично дјело представљају важне институте кривичног права. До сада, одредбе о стицају су биле прописане у складу са традицијом нашег законодавства и достигнућима савремене науке кривичног права. Нови Кривични законик Републике Српске садржи неразумљиве и непотребне измјене код одмјеравања казне за кривична дјела у стицају које угрожавају саму суштину тог института.

²⁸ Супротно становиште заступа Јован Бутуровић, али досадашњи покушаји законодаваца у државама бивше СФРЈ који су изнедрили пуно рјешења са лошим конструкцијама и посљедицама у пракси му не дају за право. Види: Ј. Љ. Бутуровић, *Продужено кривично дело*, Београд, 1980, стр. 210.

Ово се односи на прописивање казна дуготрајног затвора, као санкције, која може бити изречена, и у случају када није утврђена за неко од предметних кривичних дјела. Овакво рјешење није засновано на принципима апсорпције, асперације и кумулације, који су општеприхваћени у науци кривичног права и нашој досадашњој законодавној пракси. Надаље, ово није у складу ни са уставним принципима и принципима самог Законика. Наиме, створен је само строжи закон који отвара низ спорних питања у практичној примјени али и отвара питање његове уставности. Зато сматрамо да ову одредбу треба промијенити из напријед наведених разлога.

Што се тиче продуженог кривичног дјела, сматрамо да није ни било потребе да се одређује у Законнику, јер је досадашња судска пракса довољно јасно дефинисала његове елементе и дала одговоре на сва спорна питања. Са новом дефиницијом законодавац је само направио непотребну конфузију, поготово што у кратком раздобљу имамо три закона са три различите законске дефиниције. Можемо тврдити да су све три подједнако лоше јер свака пати од одређене недоречености, непрецизности и неодређености. Зато, наш закључак је да је садашња дефиниција, као што смо већ рекли, лошија од претходне, непотребно уграђена у Законик и да је из њега треба изоставити.

Veljko Ikanović, Ph.D
judge
Republic of Srpska Supreme Court

CONCURRENCE OF CRIMES AND EXTENDED CRIME IN THE CRIMINAL CODE OF REPUBLIC OF SRPSKA

Conclusion

The Concurrence of criminal offenses and the Continued criminal offence are important legal institutes of criminal law. So far, provisions that regulate the Concurrence of criminal offenses have been defined in accordance

with our law tradition and achievements of a modern criminal law science. The new Criminal Code of Republic of Srpska, contain incomprehensible and unnecessary changes relating the determination of penalties in the case of the Concurrence of criminal offenses, that endanger the very essence of this legal institute.

This relates to the prescribing that long-term imprisonment, as a sanction, could be imposed, in the case in which that sanction for any of subjected criminal offenses has not been fixed. Such solution is not in accordance with principles of absorption, asperation and cumulation, which are generally accepted in the criminal law science and in our previous legislative Practice. In addition, such legislative solutions are not in compliance with Constitutional principles and with the principles of the Criminal Code itself. Namely, only a stricter law has been created, that opens up a series of controversial issues in practical application, and question of its constitutionality. Therefore, we consider that this provision should be changed for the abovementioned reasons.

As far as the Continued criminal offence is concerned, we believe that there was no need to be determined in the Code, because the previous jurisprudence has clearly enough defined its elements and has provided answers to all the controversial issues. With the new definition legislator just made an unnecessary confusion, especially because in a short period of time there are three different laws enacted with three different legal definitions. We can allege that all three definitions are equally bad, because each one of them suffers from certain insufficiency, inaccuracy and uncertainty. So, our conclusion is that the current definition, as we have already said, is worse than the previous one, unnecessarily embedded in the Code and should be omitted from it.

Key words: *concurrence, crime, extended, penalty, victim.*

УДК: 343.85:343.352
doi 10.7251/PR5217267S
Izlaganje sa naučnog skupa

POJAM I KARAKTERISTIKE SLUŽBENIH (KORUPCIJSKIH) KRIVIČNIH DJELA

Doc. dr Marina M. Simović*
Prof. dr Dragan Jovašević**

***Apstrakt:** Savremeni društveni život ne može se zamisliti bez efikasnog funkcionisanja državnog (društvenog) aparata koji čini javna uprava. Od njenog zakonitog, efikasnog i kvalitetnog rada zavisi ne samo funkcionisanje privrede, već i svakodnevni život građana. Upravo se ta službena dužnost službenih lica u državnim organima često zloupotrebljava vršenjem službenih ili korupcijskih krivičnih djela kojima se povređuje ili ugrožava službena dužnost, ali se istovremeno nanosi i šteta drugim fizičkim i pravnim licima. O pojmu i karakteristikama službenih (korupcijskih) krivičnih djela, koja se često u teoriji nazivaju i činovnička ili korupcijska krivična djela, govori se u ovom radu.*

***Ključne riječi:** službena dužnost, zloupotreba, javno ovlašćenje, korupcija, službeno lice, krivično djelo, odgovornost, sankcija.*

Uvod

Krivična djela protiv službene dužnosti (službena ili korupcijska krivična djela) predstavljaju različite oblike i vrste zloupotrebe službenog položaja i javnih ovlašćenja u vršenju službene dužnosti koje su upravo učinjene od strane službenih lica kao nosilaca tih ovlašćenja (Radovanović, Đorđević, 1975: 369–371). Najčešće se ovdje radi o postupanjima službenih lica u vršenju službene dužnosti, ne u interesu i za potrebe službe koju vrše, već u ne-

* Sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske i docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta "Apeiron" u Banjoj Luci.

** Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

kom drugom interesu – u namjeri da na ovaj način pribave sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu kakvu korist, odnosno da drugome nanesu kakvu štetu ili da teže povrijede prava drugih (Jovašević, 2011: 462).

Tu se praktično radi o iskorišćavanju ili prekoračenju službenog položaja ili ovlašćenja ili o nevršenju službene dužnosti koje zbog posebno ispoljenog stepena težine i opasnosti Krivični zakonik Republike Srbije¹ predviđa kao krivična djela. Tako, zapravo, dolazi i do pojave zloupotrebe javnih ovlašćenja, službenog položaja, korupcije u raznim oblicima i vidovima, što sve zajedno nanosi ogromne materijalne i druge štete ne samo pojedincima i ustanovama, već i cijelom društvu. S druge strane, ovakvim svojim postupanjem državni organi mogu da poljuljaju povjerenje među građanstvom (kao pojedincima države) u postojeći sistem i funkcionisanje ne samo vlasti, već i cjelokupnog pravnog poretka, pa i u efikasnost pravne države (Jovašević, Ikanović, 2012: 260–268).

Stoga je interes (pa i imperativ) svake države da suzbije ovakva nedopuštena ponašanja pojedinaca i grupa i da ih prinudi da svoja ovlašćenja i nadležnosti u postupanju vrše u granicama propisanim zakonom ili predviđenim u drugim podzakonskim opštim aktima. Svako prekoračenje i zloupotrebu ovih ovlašćenja država proglašava zabranjenim, protivpravnim i kažnjivim. Najopasnije oblike ovakvih ponašanja zakon inkriminiše kao krivična djela, propisujući za njihove učinioce kazne (zatvor) i druge krivičnopravne mjere (mjere bezbjednosti i sl.). Manje opasna ponašanja u sferi zloupotreba službenih ovlašćenja zakonodavac je propisao kao privredne prestupe, prekršaje, ali i kao disciplinske prestupe.

Ovakve pojave nisu samo relikat prošlosti, već su one, nažalost, karakteristične i za naše današnje društveno uređenje (Jovašević, 2014: 185–216). Takve povrede pogađaju, prije svega, pojedince, a potom i cijelo društvo. Ta zloupotreba i korumpiranost organa sa javnim ovlašćenjima i njihovih službenih lica predstavlja veliko društveno zlo koje istovremeno dovodi i do narušavanja ugleda pojedinih službi i organa, pa i autoriteta cijele vlasti (Jelenski, 1991: 50–57). Stoga se upravo predviđanjem krivičnih djela i drugih vrsta delikata protiv službene dužnosti službenih lica teži za potpunim obezbjeđenjem ispravnosti, zakonitosti, efikasnosti i cjelishodnosti u radu državnih organa i drugih organa sa javnim ovlašćenjima i tako čuva povjerenje građana u samu tu vlast i pravni poredak uopšte (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 282–295).

¹ “Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016. U daljem tekstu: Zakonik.

Pojam službenih krivičnih djela

Krivična djela protiv službene dužnosti (službena, službenička ili činovnička krivična djela) predstavljaju, u suštini, razne vrste zloupotreba službenog položaja i javnih ovlašćenja u vršenju službene dužnosti od strane službenih lica kao nosilaca tih ovlašćenja (Đurić, Jovašević, Rakić, 2007: 178–193). Država kao organizovana društvena organizacija u svom aparatu ima više organa koji čine pojedine službe sa javnim ovlašćenjima. Državni aparat ima težnju da stalno jača, što vremenom dovodi do povećanja broja službi i lica koja rade u njima. Na taj način država se postepeno pretvara u samostalnu snagu koja, istina, izvire iz društva, što ima za posljedicu da pojedine službe i organi vrše javna ovlašćenja, ne samo u interesu cijele države (i cijelog društva), nego i u svom sopstvenom interesu (Kregar, 2004: 5–18).

Tako, zapravo, i dolazi do pojave zloupotrebe javnih ovlašćenja, službenog položaja, korupcije u raznim oblicima, što nanosi ogromne štete ne samo pojedincima i ustanovama, već i cijelom društvu, pa i međunarodnoj zajednici u cjelini. Stoga je interes svake pravne države da, u ime vladavine prava i zaštite korpusa osnovnih ljudskih prava i sloboda, suzbije, spriječi i preduprijedi ovakva nedopuštena, protivpravna ponašanja pojedinaca i grupa i da ih prinudi da svoja ovlašćenja vrše u granicama zakonom propisanim ili predviđenim u drugim podzakonskim aktima. Svako prekoračenje i zloupotrebu ovih ovlašćenja država proglašava opasnim i protivpravnim ponašanjem i u zakonu propisanom sankcijom kažnjava njegove učinioce.

Ovakve pojave nisu samo relikv prošlosti, već su one, nažalost, karakteristične i za Srbiju na današnjem stepenu razvoja. Takve povrede pogađaju, prije svega, pojedince, a potom i cijelo društvo. Ta zloupotreba, korumpiranost i samovlašće organa sa javnim ovlašćenjima i njihovih službenih lica predstavlja veliko društveno zlo koje dovodi i do narušavanja ugleda pojedinih službi, pa i autoriteta cijele vlasti, do gubljenja povjerenja građana u zakonitost i cjelishodnost njihovog rada i do nanošenja štete pravima i interesima drugih. Stoga se upravo predviđanjem krivičnih djela protiv službene dužnosti (Mišić, 2005: 82–95) teži za potpunim obezbjeđenjem ispravnosti i zakonitosti u radu državnih organa koji vrše javna ovlašćenja i tako očuva poverenje građana u samu tu vlast i pravni poredak (Petrović, Jovašević, 2005: 189–192).

U vezi sa pojmovnim određivanjem službenog kriminaliteta (službenih krivičnih djela ili krivičnih djela izvršenih od strane službenih lica u vrše-

nju službene dužnosti) potrebno je ukazati i na činjenicu da se pod ovim pojmom, u širem smislu, u krivičnopravnoj literaturi smatraju i druga kažnjiva, nedozvoljena, protivpravna, deliktna ponašanja službenih lica u vršenju službe (Jovanović, Đurđić, Jovašević, 2004: 367–369). Tako se, naime, u okviru službenog kriminaliteta ili službene delinkvencije podrazumijevaju, pored krivičnih djela, i privredni prestupi, prekršaji i disciplinski prestupi službenih lica (Đorđević, Đorđević, 2004: 214–215). No, o ovom terminološkom razlikovanju pojedinih vrsta i oblika deliktne ponašanja službenih lica biće riječi nešto više u narednim izlaganjima.

Karakteristike službenih krivičnih djela

Službena krivična djela predstavljaju različite oblike i vidove zloupotrebe službenog položaja i javnih ovlašćenja u vršenju službene dužnosti (Mišić, 2005: 82–95). od strane službenih ili odgovornih lica kao nosilaca tih ovlašćenja kojima se nanose teže posljedice za službu, odnosno dolazi do težeg ugrožavanja službe. Ovim se inkriminacijama zapravo nastoji da se obezbijedi ispravnost, cjelishodnost, blagovremenost, efikasnost i zakonitost u radu državnih organa koji vrše javna ovlašćenja i tako očuva povjerenje građana u pravni poredak i pravnu državu (Jovašević, Ikanović, 2012: 155–159).

Objekt zaštite ovih krivičnih djela jeste službena dužnost državnih i drugih organa koji vrše javna ovlašćenja, odnosno dužnost odgovornih lica u preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu. Ali, nije cilj učinilaca ovih krivičnih djela da povrijede ili ugroze službenu dužnost koju vrše, već da na taj način nanesu štetu drugom licu (imovinskog ili neimovinskog karaktera) ili da teže povrijede pravo nekog drugog fizičkog ili pravnog lica (Novoselec, 2002: 1–17). Istovremeno se ovim krivičnim djelima povređuju ili ugrožavaju i druge društvene vrijednosti kao što su: slobode i prava čovjeka i građana, imovina, privreda i sl. (Radovanović, Đorđević, 1975: 370–371).

Radnja izvršenja ovih krivičnih djela preduzima se u vršenju službene dužnosti ili u vezi sa vršenjem službene dužnosti (Jovašević, 2005: 17–26). S obzirom na vrstu službene dužnosti koja se krši i narušava vršenjem krivičnih djela, službena krivična djela mogu se podijeliti na opšta i posebna djela. Opšta službena krivična djela mogu se izvršiti u svakoj službenoj dužnosti od strane nosioca službenih ovlašćenja. Posebna službena krivična djela se, pak, mogu izvršiti samo u određenim vrstama i oblicima službene dužnosti (npr. krivično djelo kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i nje-

govog zamjenika iz člana 360 Zakonika). Dalje, sva krivična djela ove vrste dijele se na prava i neprava službena djela. Prava službena krivična djela su ona djela koja može da izvrši samo službeno lice u vršenju službene dužnosti ili u vezi sa njom. Neprava službena krivična djela su ona koja se mogu izvršiti i u službi i van nje.

Ovim krivičnim djelima se povređuje službena dužnost u smislu njenog pravilnog, cjelishodnog, blagovremenog, efikasnog i zakonitog funkcionisanja. Nisu, međutim, sve ovakve povrede krivična djela, već samo teže povrede, dok brojne lakše povrede službene dužnosti predstavljaju disciplinske prestupe. O tome kada će postojati krivično djelo, a kada disciplinski prestup postoje dva shvatanja: 1) prema kvantitativnom razlikovanju, krivična djela su teže, a disciplinski prestupi slabije, manje povrede službene dužnosti. Razlika između njih nije u elementima samih delikata, već u intenzitetu i obimu prouzrokovane posljedice i 2) prema kvalitativnom shvatanju razlika između ovih delikata je u prirodi, karakteru i značaju ovih djela. To su dvije kategorije delikata I razlikuju se po sadržini svoga bića (Jovašević, Hašimbegović, 2001: 56–69).

U okviru ovih krivičnih djela sistematizovana su i tzv. krivična djela korupcije (od kojih su najznačajnija djela: primanje i davanje mita – kao opšta djela korupcije). Zbog posebnog značaja i opasnosti posebna krivična djela korupcije su, do donošenja novog Krivičnog zakonika Republike Srbije, koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine, bila sistematizovana u posebnu glavu iza “Krivičnih djela protiv službene dužnosti” pod nazivom “Krivična djela korupcije”.

Korupcija predstavlja pojavu davnašnjeg porijekla koja je imanentna svim državnim organizacijama tokom svoje duge istorije. Ona se ispoljava u raznim oblicima, na različite načine i različitim sredstvima u širokom spektru djelatnosti. No, pri tome se ipak ne smije zapostaviti činjenica da svi oblici korupcije (lat. *corruptio* – pokvarenost) ne moraju da sadrže obilježja određenih krivičnih djela za koja su propisane krivične sankcije. To, naime, znači da se pod pojmom korupcije ne smatraju samo krivična djela, već ovaj pojam po svom sadržaju, karakteru i prirodi prevazilazi granice krivičnogpravnog represije². “Suočen sa korupcijom, građanin ili preduzetnik pred sobom

² Prva Nacionalna strategija za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji (“Službeni glasnik Republike Srbije” broj 109/05) usvojena je 2005. godine, a Akcioni plan 2006. godine. Iz izvještaja Agencije za borbu protiv korupcije (u daljem tekstu: Agencija) o sprovođenju Strategije iz 2005. godine za 2012. godinu, proizlazi da su u najvećoj mjeri ostvareni ciljevi u oblasti ustanovljavanja pravnog i institucionalnog okvira za prevenciju i suzbijanje korupcije, sprečavanja sukoba interesa u javnom sektoru, uključivanja u regionalnu i međunarodnu borbu protiv korupcije, kao i uspostavljanja etičkih

ima predstavnika vlasti – državnog činovnika, policajca, sudiju ili koga drugog. I proklinje njihovu pohlepu i svoju lošu sreću, ali obično ne razmišlja kakva je korupcija u pitanju: da li to oni samo dopunjuju svoju zaradu uzimajući mito, igrajući ovu staru igru samo za sebe, ili se radi o nečem većem, uz učešće viših ešalona državne uprave i politike?” (Antonić i dr., 2001: 140).

Prema mehanizmima korupcije, odnosno njenim ekonomskim posljedicama, moguće je identifikovati nekoliko vrsta (vidova) korupcije: a) korupcija koja omogućava primjenu propisa (zakona), tzv. korupcija bez krađe; b) korupcija koja omogućava izigravanje, odnosno kršenje propisa (zakona), tzv. korupcija uz krađu; c) korupcija koja dovodi do promjene, odnosno stvaranje novog propisa (zakona) (Antonić i dr., 2001: 21)³.

Kao učinilac ovih krivičnih djela po pravilu se javlja domaće ili strano službeno ili odgovorno lice. Kod pojedinih krivičnih djela kao učinilac se javlja samo određeno službeno lice – sudija ili sudija porotnik, javni tužilac ili njegov zamjenik kod krivičnog djela kršenja zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamjenika iz člana 360 Zakonika. Kod odavanja službene tajne iz člana 369 Zakonika kao učinilac se može javiti i lice kome je prestalo svojstvo službenog lica u vrijeme izvršenja djela. No, ovdje postoje i takva

standarda i transparentnog finansiranja političkih stranaka. S druge strane, pojedina pitanja koja su predmet strateškog dokumenta, uopšte nisu ili su samo djelimično riješena. Kao primjer se mogu navesti reforma pravosuđa, koja još uvijek nije zaokružena na zadovoljavajući način, procesi privatizacije i javnih nabavki, koji i dalje izazivaju zabrinutost u pogledu korupcije, nedovoljna transparentnost vlasništva nad medijima i mogućnost nedozvoljenog uticaja na uređivačku politiku, nedovoljno učešće javnosti u zakonodavnom procesu i budžetskom planiranju, itd. U pomenutom izveštaju Agencija je definisala dvije vrste problema i izazova u postupku nadzora nad sprovođenjem Strategije iz 2005. godine. Prvo, proces prikupljanja informacija i izvještaja od obveznika Akcionog plana iz 2006. godine nailazio je na brojne poteškoće, iz razloga što obveznici ne ispunjavaju svoju zakonsku dužnost izvještavanja na blagovremen i potpun način. Drugo, nekonzistentna sadržina Strategije iz 2005. godine i Akcionog plana iz 2006. godine, uzrokovala je nedoumice u pogledu toga koje je aktivnosti potrebno sprovesti i u čijoj su one nadležnosti. Nacionalna strategija za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji za period od 2013. do 2018. godine objavljena je “Službenom glasniku Republike Srbije” broj 57/13.

³ U Srbiji građani još uvijek ne prepoznaju korupciju, većina smatra da je to samo primanje mita. I dalje se korupcija ne prijavljuje – što zbog straha, što zbog nepovjerenja u institucije, navodi se u izveštaju *Transparensi internešenela*. “Borba protiv korupcije ne daje dovoljno rezultata i zbog toga što mnogi građani, koji se suočavaju sa ovom pojavom, ne poznaju pravne mogućnosti koje su im na raspolaganju. Takođe, povjerenje u institucije je i dalje na niskom nivou”, istakao je prof. dr Vladimir Goati, predsjednik organizacije “Transparentnost Srbija”. Kada je riječ o razlozima za neprijavlivanje korupcije, istraživanje je pokazalo da je dominantan strah od posljedica (oko 30 odsto), i to i pored nedavno donijetih pravila o zaštiti uzbunjivača. Čak trećina građana ne vjeruje da će državni organi ispitati korupciju – 17 odsto ne prijavljuje jer je “korupciju teško dokazati”, 10 odsto jer “ništa neće biti urađeno” i dva odsto veruje “da su i sami službenici kojima treba prijaviti korumpirani”. Interesantan je i podatak da jedna četvrtina i ne zna kome korupciju da prijavi (preuzeto sa <http://mondo.rs/a986326/Info/Drustvo/Korupcija-u-Srbiji-istrazivanje-Transparensi-internesenela.html>, datum posjete 18. 8. 2017).

djela koja može da izvrši svako lice: davanje mita iz člana 368 ili, pak, lice kome su predmeti krivičnog djela povjereni u službi ili na radu (kod pronevjere iz člana 364 i posluge iz člana 365 Zakonika).

Službenim licem u svojstvu učinioca ovih krivičnih djela u smislu člana 112 Zakonika smatraju se:

- 1) lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti,
- 2) izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima,
- 3) lice u ustanovi, preduzeću ili drugom subjektu kojem je povjereno vršenje javnih ovlašćenja, koje odlučuje o pravima, obavezama ili interesima fizičkih ili pravnih lica ili o javnom interesu,
- 4) lice kojem je faktički povjereno vršenje pojedinih službenih dužnosti ili poslova i
- 5) vojno lice, izuzev kada su u pitanju krivična djela protiv službene dužnosti.

Strano službeno lice, u smislu učinioca ovih krivičnih djela, jeste lice koje je član zakonodavnog, izvršnog ili sudskog organa strane države, javni funkcioner ili službenik međunarodne organizacije i njenih organa, sudija i drugi funkcioner međunarodnog suda.

Kao izvršilac ovih krivičnih djela može se pojaviti i odgovorno lice (Mrvić Petrović, 2005: 350–351). Odgovornim licem smatra se vlasnik preduzeća ili drugog subjekta privrednog poslovanja ili lice u preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu kojem je, s obzirom na njegovu funkciju, uložena sredstva ili na osnovu ovlašćenja, povjeren određeni krug poslova u upravljanju imovinom, proizvodnji ili drugoj djelatnosti ili u vršenju nadzora nad njima ili mu je faktički povjereno obavljanje pojedinih poslova. Kao subjekt privrednog poslovanja smatraju se: 1) preduzeće, 2) drugo pravno lice koje obavlja privrednu djelatnost i 3) preduzetnik.

U pogledu krivice, ova se krivična djela vrše sa umišljajem. Samo jedno službeno krivično djelo može biti izvršeno i sa nehatom kao oblikom krivice. To je djelo odavanja službene tajne iz člana 369 Zakonika.

Novodoneseni Krivični zakonik Republike Srbije iz 2005. godine u glavi 33 pod nazivom “Krivična djela protiv službene dužnosti” predviđa službena krivična djela (čl. 359–369).

Sva ova zakonska rješenja predviđaju na gotovo istovjetan način pojam, karakteristike i sistematiku službenih krivičnih djela sa identičnim obilježjima bića krivičnih djela i propisanim kaznama. Međutim, bez obzira na manje ili veće razlike koje postoje među službenim krivičnim djelima, zavisno od zakona koji ih predviđa, sva ova djela imaju iste zajedničke karakteristike po kojima se ona upravo i izdvajaju u zasebnu grupu krivičnih djela i koje čine njihovu specifičnost. Te zajedničke karakteristike službenih krivičnih djela mogu se odrediti s obzirom na: 1) objekt zaštite, 2) djelo se preduzima u vršenju službe, 3) svojstvo izvršioca djela, 4) vrsta posljedice i 5) oblik krivice.

Objekt zaštite

Objekt zaštite kod krivičnih djela o kojima je riječ u ovom radu jeste službena dužnost državnih i drugih organa koji vrše javna ovlašćenja (Jovanović, Jovašević, 1995: 415). No, u krivičnopravnoj literaturi nisu rijetka ni shvatanja prema kojima se kod ovih krivičnih djela ne može govoriti o jednom jedinstvenom zaštitnom objektu (u smislu dobra ili vrijednosti koji su zaštićeni krivičnim zakonodavstvom), već o višestrukom objektu krivičnopravne zaštite (Mrvić Petrović, 2005: 350). Pri tome se kao glavni ili prevalentni objekt zaštite kod ovih krivičnih djela ipak smatra državna uprava, javna vlast, javna ovlašćenja, zakoniti rad državnog aparata. Ali, kao opšti objekt krivičnopravne zaštite se, takođe kod ovih djela, može uzeti i pravilno i zakonito vršenje službene dužnosti i drugih dužnosti koje se vrše u okviru javnih ovlašćenja.

Iako je prema ovako određenom objektu zaštite i izvršeno sistematizovanje krivičnih djela u posebnom dijelu Zakonika u grupu krivičnih djela protiv službene dužnosti, ipak se ovim djelima povređuju ili ugrožavaju i druge društvene vrijednosti. Naime, ovim se krivičnim djelima, istina nedozvoljeno ili nezakonito, vrše službene dužnosti ili se nezakonito koriste službena ili javna ovlašćenja. No, nije cilj izvršilaca ovih djela da nezakonito koriste ili vrše javna ili službena ovlašćenja ili da nezakonito koriste službeni položaj, već da ovakvim svojim radnjama ostvare neki drugi nedozvoljeni protivpravni cilj (Mrvić Petrović, 2005: 350).

Taj se cilj kod ovih krivičnih djela preduzetih od strane službenih lica u vršenju službene dužnosti svodi na ostvarenje koristi (imovinskog ili neimovinskog karaktera) za sebe ili nekog drugog (drugo fizičko ili pravno lice) ili,

pak, na prouzrokovanje štete (imovinskog ili neimovinskog karaktera) nekom drugom fizičkom ili pravnom licu ili, pak, u povredi prava nekog drugog lica. Dakle, zloupotreba službene dužnosti ovdje se pojavljuje samo kao sredstvo ili način da se ostvari neki drugi nezakoniti cilj bilo uopšte ili na jednostavniji, uspješniji ili blagovremeniji način (Stojanović, Perić, 2000: 340–341).

Pošto se povreda službene dužnosti kod ovih krivičnih djela javlja kao primarna ili prevalentna društvena vrijednost zbog koje zakonodavac i pruža krivičnopravnu zaštitu, ovakva krivična djela sistematizuju se u posebnu grupu djela upravo prema ovom zaštitnom objektu (Čejović, Miladinović, 1995: 403–404).

Vršenje službe

Krivična djela protiv službene dužnosti upravljena su na povredu ili ugrožavanje službene dužnosti ili službenog ili javnog ovlašćenja. Ona se preduzimaju od strane specifičnih izvršilaca, odnosno lica sa određenim ličnim svojstvom, a to je svojstvo domaćeg ili stranog službenog lica ili svojstvo odgovornog lica. Ova lica preduzimaju svoju radnju izvršenja upravo prilikom samog vršenja službene dužnosti, prilikom obavljanja različitih ovlašćenja, odnosno prilikom preduzimanja službenih radnji u vršenju ili povodom vršenja službe. To je sljedeća zajednička karakteristika službenih krivičnih djela.

Dakle, ova se krivična djela vrše u službi ili u vezi sa vršenjem službene dužnosti (Lazarević, 1993: 299–301). U ovom drugom slučaju, kao njihov izvršilac ne mora se uvijek javiti samo službeno lice (kao što je slučaj sa krivičnim djelom davanja mita, pri kome se kao izvršilac javlja svako lice koje daje poklon ili kakvu drugu vrijednost – mito nekom službenom licu da u službi izvrši zakonitu ili nezakonitu radnju). Isto tako, i odavanje službene tajne kao službeno krivično djelo može da izvrši lice koje više nema svojstvo službenog lica, ali je tajnu koju je sada neovlašćeno saopštilo nepozvanom licu saznalo u vršenju službene dužnosti ili u vezi sa tom službom.

Svojstvo izvršioca djela

Sljedeća zajednička karakteristika službenih krivičnih djela ogleda se u svojstvu izvršioca djela (Jovašević, 2003: 465–468). Naime, kao izvršilac

djela (kao lice koje preduzima djelatnost činjenja ili nečinjenja koja je u zakonskom opisu određena kao radnja izvršenja krivičnog djela) kod ovih krivičnih djela može se javiti u najvećem broju slučajeva službeno lice. Zavisno od vrste zakona koji predviđa odgovarajuću inkriminaciju iz ove grupe djela, kao izvršilac ovog krivičnog djela mogu se javiti različita službena lica (Mrvić Petrović, 2005: 351).

Službenim licem u svojstvu učinioca ovih krivičnih djela u smislu člana 112 Zakonika smatraju se:

- 1) lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti,
- 2) izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima,
- 3) lice u ustanovi, preduzeću ili drugom subjektu kojem je povjereno vršenje javnih ovlašćenja, koje odlučuje o pravima, obavezama ili interesima fizičkih ili pravnih lica ili o javnom interesu,
- 4) lice kojem je faktički povjereno vršenje pojedinih službenih dužnosti ili poslova i
- 5) vojno lice, izuzev kada su u pitanju krivična djela protiv službene dužnosti.

Strano službeno lice u smislu učinioca ovih krivičnih djela je lice koje je član zakonodavnog, izvršnog ili sudskog organa strane države, javni funkcioner ili službenik međunarodne organizacije i njenih organa, sudija i drugi funkcioner međunarodnog suda.

Kao izvršilac ovih krivičnih djela može se pojaviti i odgovorno lice. Odgovornim licem se smatra vlasnik preduzeća ili drugog subjekta privrednog poslovanja ili lice u preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu kojem je s obzirom na njegovu funkciju, uložena sredstva ili na osnovu ovlašćenja povjeren određeni krug poslova u upravljanju imovinom, proizvodnji ili drugoj djelatnosti ili u vršenju nadzora nad njima ili mu je faktički povjereno obavljanje pojedinih poslova. Kao subjekt privrednog poslovanja smatraju se: 1) preduzeće, 2) drugo pravno lice koje obavlja privrednu djelatnost i 3) preduzetnik.

Iako se ovdje radi o službenim krivičnim djelima, kao njihov izvršilac se, pored službenog ili odgovornog lica, u određenim slučajevima, može pojaviti i lice koje nema ovo svojstvo. Naime, kod malog broja krivičnih djela iz ove grupe kao što su pronevjera i posluga kao izvršilac se može pojaviti, pored navedenih lica, i drugo lice kome su predmeti krivičnog djela povjereni u

službi ili uopšte na radu u državnom organu, preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu ili radnji. Dakle, ovdje je za postojanje djela bitno da se radi o licu kome su određeni predmeti (novac, hartije od vrijednosti ili druge pokretne stvari) „povjereni“ u službi ili na radu (kojima on faktički rukuje u službi ili povodom vršenja službene dužnosti ili radne obaveze).

Kao izvršilac nekih krivičnih djela iz ove grupe (npr. odavanje službene tajne) može se, takođe, javiti i lice kome je prestalo svojstvo službenog lica. Dakle, učinilac ovog djela u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja nema svojstvo službenog lica, ali je to svojstvo imalo ranije u vrijeme kada je i saznalo tajnu (podatke ili dokumente koji imaju status službene tajne).

I na kraju, kao izvršilac krivičnog djela davanja mita može se pojaviti svako lice koje daje poklon ili drugu korist (ili daje obećanje poklona ili druge koristi) službenom licu da ovaj u okviru službene dužnosti izvrši ili ne izvrši neku službenu radnju.

Vrsta posljedice

Posljedica kod krivičnih djela protiv službene dužnosti ispoljava se na dvojadi način. Ona se prvo javlja u vidu posljedice povrede. Ova se vrsta posljedice ispoljava na različite načine: u pribavljanju protivpravne koristi, u nanošenju štete drugome ili u povredi prava drugog lica (Stojanović, Perić, 1996: 374). Kao posljedica ovih krivičnih djela može se javiti i kršenje zakona i drugih propisa ili opštih akata ili donošenje nekog nezakonitog akta ili preduzimanje nezakonitog postupka (Mišić, 2006: 68–100).

Glavna posljedica kod službenih krivičnih djela se, ipak, ispoljava u vidu stvaranja konkretne, bliske, neposredne, stvarne opasnosti, odnosno u ugrožavanju pravilnog, kvalitetnog, blagovremenog, efikasnog i zakonitog vršenja službene dužnosti i službenih i javnih ovlašćenja. Naime, izvršenjem ovih krivičnih djela stvara se opasnost za službu ili drugo javno ovlašćenje. Ovdje se radi o opasnosti koja je stvarno, neposredno, blisko nastupila po zaštićeno društveno dobro ili vrijednost – službenu dužnost.

Oblik krivice učinioca

Pri preduzimanju radnje izvršenja krivičnih djela protiv službene dužnosti učinilac postupa sa umišljajem kao oblikom krivice. To je i logično jer

se ovdje radi o krivičnim djelima koja predstavljaju svjesno i voljno kršenje službene dužnosti ili javnih ovlašćenja. Najčešće je nezakonito postupanje službenog lica praćeno i namjerom da se na ovaj način pribavi sebi ili drugom kakva korist ili namjerom da se drugome nanese kakva šteta ili namjerom da se teže povrijede prava drugog. Postojanje namjere kao subjektivnog elementa na strani učinioca djela u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja, u najvećem broju slučajeva, ovaj umišljaj kvalifikuje kao direktan umišljaj (*delus directus*), kao najviši i najizrazitiji oblik krivice u krivičnom pravu (Simić, Petrović, 2002: 280–281).

Samo u slučaju izvršenja krivičnog djela odavanja službene tajne Zakonik dozvoljava mogućnost da učinilac, pri preduzimanju radnje izvršenja, pored umišljaja, može da postupa i sa nehatom (kao oblikom krivice).

Zaključak

Krivična djela protiv službene dužnosti u najvećoj mjeri su sistematizovana na jedinstvenom mjestu u grupi krivičnih djela prema grupnom zaštitnom objektu. Uz to, treba reći da nisu sva službena krivična djela sistematizovana samo u ovoj grupi krivičnih djela, već se niz krivičnih djela učinjenih od strane službenih lica kojima se povređuje ili ugrožava službena dužnost nalaze i u drugim grupama krivičnih djela, zavisno od objekta zaštite (dobra, vrijednosti ili interesa) koji se, istovremeno i pretežno, ugrožava ovim krivičnim djelima. Tako je ta druga društvena vrijednost po svom značaju prevalentna, pa je takvo djelo našlo svoje mjesto u odgovarajućoj grupi krivičnih djela.

Na ovom mjestu je potrebno da ukažemo i na činjenicu da u okviru službenih krivičnih djela postoje različite podjele, klasifikacije i sistematike prema užim kriterijumima. Tako se obično u krivičnopravnoj literaturi sva službena krivična djela mogu sistematizovati ili podijeliti prema sljedećim kriterijumima (Đurđić, Jovašević, 2006: 289–291). Prema kriterijumu da li se službena krivična djela mogu izvršiti samo i jedino u okviru i u vezi sa službenom dužnošću ili ne, razlikuju se (Stojanović, Perić, 1996: 341): a) prava službena krivična djela i b) neprava službena krivična djela.

Prava službena krivična djela su ona koja se mogu jedino, samo i isključivo izvršiti u službenoj dužnosti, u njenom okviru ili u vezi sa službom, odnosno javnim ovlašćenjem. Neprava službena krivična djela su ona koja se mogu izvršiti od strane službenog lica u vršenju službene dužnosti ili javnog

ovlašćenja, ali se isto tako mogu izvršiti i van službe. Činjenica da su ona izvršena u službenoj dužnosti ukazuju na njihovu veću i izraženiju težinu, prirodu i opasnost, pa je njihovog učinioca potrebno kazniti većom kaznom u odnosu na učinioca krivičnog djela učinjenog van službene dužnosti.

Prema kriterijumu da li se krivična djela mogu izvršiti samo u okviru jedne određene službene dužnosti ili u okviru svih službenih dužnosti – razlikuju se (Čejović, Miladinović, 1995: 406; Lazarević, 1993: 299–300): a) opšta službena krivična djela i b) posebna službena krivična djela. Opšta krivična djela, kao što i njihov naziv kaže, jesu krivična djela koja mogu biti izvršena u bilo kojoj službenoj dužnosti, u vezi sa bilo kojim javnim ovlašćenjem i od strane bilo kojeg službenog ili odgovornog lica. Posebna službena krivična djela jesu ona djela koja mogu biti izvršena samo u određenoj, zakonom jasno određenoj službenoj dužnosti (npr. službenoj dužnosti sudije, javnog tužioca ili njegovog zamjenika).

Najopštije, krivično djelo protiv službene dužnosti koje se može izvršiti od strane bilo kod službenog ili odgovornog lica u bilo kojoj službenoj dužnosti, u bilo kojoj službi ili pri vršenju bilo kojeg javnog ovlašćenja jeste “zloupotreba službenog položaja”. Ovo je djelo predviđeno u članu 359 Zakonika. U slučaju da, u konkretnom slučaju, postoje obilježja nekog drugog krivičnog djela iz grupe djela protiv službene dužnosti, takvo će se ponašanje učinioca kvalifikovati po tom drugom, specijalnom propisu. Naime, kažnjavanje za krivično djelo zloupotrebe službenog položaja supsidijarne je prirode. Ovo djelo postoji samo u onim slučajevima kada u konkretnim okolnostima izvršenog djela nema osnova za kvalifikaciju činjeničnog opisa kao nekog drugog posebnog ili primarnog službenog krivičnog djela.

Literatura

- Antonić, D. i dr. (2001). *Korupcija u Srbiji*. Beograd: Centar za liberalno-demokratske studije
- Babić, M., Marković, I. (2009). *Krivično pravo, posebni dio*. Banja Luka: Pravni fakultet.
- Brünner, C. (1981). *Zur Analyse individueller und sozialer Bedingungen von Korruption*. In: Brünner, C. (Ed.): *Korruption und Kontrolle*. Wien: Böhlau
- Butscher, A. (2012). *Corruption*. University Bielefeld - Center for Inter American Studies.

- Čejović, B., Miladinović, V. (1995). *Krivično pravo, Posebni dio*. Niš: Pravni fakultet.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2004). *Krivično pravo*. Beograd.
- Đurđić, V., Jovašević, D. (2006). *Krivično pravo, Posebni dio*. Niš: Pravni fakultet.
- Đurić, Ž., Jovašević, D., Rakić, M. (2007). *Korupcija – izazov demokratiji*. Beograd.
- Faulend, M., Stošić, V. (1999). *Je li neslužbeno gospodarstvo izvor korupcije*. Zagreb.
- Frank, Björn (2004). *Zehn Jahre empirische Korruptionsforschung*. In: Viertel-jahreshefte zur Wirtschaftsforschung, 73. 2, DIW Berlin.
- Garzón, Valdés, E. (2002). *Korruption Zur systemischen Relativität eines universalen Phänomens*. In: Sichtbarkeit und Unsichtbarkeit der Macht. Theorien politischer Korruption. Baden-Baden: Nomos.
- Grupa autora (1995). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*. Beograd.
- Heidenheimer, A., J., Johnston, M. eds. (2011). *Political corruption: Concepts and contexts*. Transaction Publishers.
- Heywood, P. M. ed. (2014). *Routledge Handbook of Political Corruption*. Routledge - Taylor & Francis Group Ltd.
- Jansen, S. A., Priddat, B. P. (Ed.) (2005). *Korruption. Unaufgeklärter Kapitalismus - Multidisziplinäre Perspektiven zu Funktionen und Folgen der Korruption*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Jelenski, M. (1991). *Prevenција privrednog kriminaliteta*, Zagreb: Priručnik, (1).
- Jovanović, Lj., Đurđić, V., Jovašević, D. (2004). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Jovanović, Lj., Jovašević, D. (1995). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Jovašević, D. (2003). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*, Beograd.
- Jovašević, D. (2005). *Zloupotreba službenog položaja i korupcija*. Beograd.
- Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd.
- Jovašević, D. (2014). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Jovašević, D., Hašimbegović, T. (2001). *Zloupotreba službenog položaja*. Beograd.

- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni dio*. Banja Luka.
- Kregar (2004). *Korporacijski kriminal i nove mjere suzbijanja korupcije*. Zagreb: Revizija, (3).
- Lazarević, L.J. (1993). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Mantzaris, E., Tsekeris, C., Tsekeris, T. (2014). *Interrogating Corruption: Lessons from South Africa*. *International Journal of Social Inquiry*, 7, (1).
- Maier, N. (2004). *Explaining Corruption: A Common Agency Approach*. In: Economics Department, London Business School, July 28, 2004, London.
- Mišić, G. (2005). *Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na korupcijska kaznena djela*. Zagreb: Hrvatska pravna revija, (10).
- Mišić, G. (2006). *Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na neke slučajeve iz sudske prakse*. Zagreb: Hrvatska pravna revija, (6).
- Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd.
- Novoselec, P. (2002). *Zlouporaba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (9).
- Osipian, A. (2010). *Corrupt Organizational Hierarchies in the Former Soviet Bloc*. *Transition Studies Review*, 17, (4).
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično pravo, Posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Radovanović, M., Đorđević, M. (1975). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Rose-Ackermann, S. (1999). *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rose-Ackermann, S. (2006). *International handbook on the economics of corruption*. Cheltenham, Elgar.
- Sampford, C. (2006). *Measuring corruption*. Aldershot, Hampshire, Ashgate.
- Schleifer, A., Vishny, R. W. (2004). Corruption. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 108, No. 3.
- Simić, I., Petrović, M. (2002). *Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena*. Beograd.

- Stojanović, Z., Perić, O. (1996). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Republike Crne Gore sa objašnjenjima*. Beograd.
- Stojanović, Z., Perić, O. (2000). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Theobald, R. (1990). *Corruption, development and underdevelopment*. Durham: Duke University Press.
- Transparency International (2010): *Corruption Perception Index*. http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results.

**Assistant professor Marina M. Simović, Faculty of Law University
Apeiron Banja Luka and Secretary of the Ombudsman for Children of
Republic of Srpska
Prof. dr Dragan Jovašević, Full Professor of the Faculty of Law, Niš**

CONCEPT AND CHARACTERISTICS OF OFFICIAL (CORRUPTION) CRIMES

Summary

We cannot imagine a modern social life without efficient functioning of a state (social) apparatus which consists of public administration. Not only functioning of economics, but also everyday life of citizens, depend on its legal, efficient and quality work. And it is these official duties of officials in state organs that are often abused by way of commission of official or corruption crimes violating or endangering official duties, and, at the same time, causing damage to other natural and legal persons. And this Paper deals with the concept and characteristics of official (corruption) crimes which are often called clerical or corruption crimes in theory.

Key words: *official duty, abuse, public authority, corruption, official, crime, responsibility, sanction.*

MOGUĆI UTICAJI LEGALIZACIJE PROSTITUCIJE NA SPREČAVANJE TRGOVINE LJUDIMA

Dr Jasminka Džumhur*

***Apstrakt:** Trgovina ljudima, a posebno njen u praksi najčešće prisutan oblik –trgovina ženama i djecom u svrhu seksualne eksploatacije, predstavlja rastući globalni problem s kojim se suočava svijet, a samim tim i region Balkana. Činjenica da se trgovina ljudima najčešće odvija zbog seksualne eksploatacije usmjerila je i naše istraživanje, gdje se kao pitanje nametnulo da li bi legalizacija prostitucije dovela do smanjenja trgovine ljudima kao pojavnog oblika organiziranog kriminaliteta, ali i oblika kršenja ljudskih prava. Raširenost problema trgovine ljudima, te njena značajna specifičnost u odnosu na druge oblike organiziranog kriminaliteta, izražena je upravo u činjenici da predstavlja i kršenje ljudskih prava, što nameće obavezu da se prilikom razmatranja kriminoloških aspekata ove pojave razmotre i pravni aspekti, posebno u segmentu definiranja politike suzbijanja ovog oblika kriminaliteta. To podrazumijeva da nijedna aktivnost na suzbijanju i sprečavanju trgovine ljudima ne smije da bude u suprotnosti sa principima ljudskih prava, a što se posebno odnosi na žrtve trgovine ljudima. Upravo u ovom radu su razmotreni mogući uticaji legalizacije prostitucije na sprečavanje trgovine ljudima.*

***Ključne riječi:** trgovina ljudima, prostitucija, legalizacija, dekriminalizacija, regulacija, organizirani kriminal, ljudska prava.*

Trgovina ljudima jedan je od danas najtežih oblika kršenja ljudskih prava, ali i problem migracija, globalizacije i organiziranog kriminaliteta koji je već odavno prepoznat kao važna i kompleksna pojava s dubokim korijenima

* Ombudsmenka za ljudska prava, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine.

u nejednakoj ekonomskoj situaciji zemalja. Trgovina ljudima kao oblik organiziranog kriminaliteta u raznim oblicima, prisutna je u razvijenim i nerazvijenim zemljama svijeta, uključujući i region Balkana i odlikuje je dalja ekspanzija i internacionalizacija. Različiti su uzroci djelovanja i oblici njenog ispoljavanja, u zavisnosti od kriminogenih faktora i drugih uticaja u sklopu aktuelnih društveno-ekonomskih i političkih odnosa svake zemlje. Zato, kada se govori o suzbijanju trgovine ljudima mora se voditi računa i o određenim specifičnostima koje karakterišu društvene odnose svake zemlje, zbog čega ne postoji mogućnost unificiranja etioloških i fenomenoloških faktora ovog oblika organiziranog kriminaliteta za sve zemlje u kojima se pojavljuje kao negativna društvena pojava. Posebna pažnja treba biti posvećena i činjenici da se organizirani kriminalitet rijetko pojavljuje isključivo u jednom pojavnom obliku. Tako se trgovina ljudima veže za korupciju, pranje novca i sl. Istovremeno otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela organiziranog kriminaliteta, s obzirom na tajnovitost, zastrašivanje i transnacionalnost, izuzetno je teško i složeno, te zahtijeva izrazito visok nivo saradnje između svih subjekata koji rade na sprečavanju kriminala u jednom društvu.

Specifičnosti trgovine ljudima kao oblika kriminaliteta, izraženih kroz složenost njenih uzroka i nepostojanja svijesti u društvu o ovom problemu, dodatno usložnjava proces uspostavljanja mjera efikasnog sprečavanja ove negativne društvene pojave. Prisutnost nedovoljnog ili restriktivnog odnosa vlasti prema problemu trgovine ljudima, izraženo kroz tretiranje ove pojave kao problema ilegalnih migracija ili prostitucije, reflektira se kroz nedovoljnu zaštitu prava žrtava trgovine ljudima, gdje se žrtve nerijetko tretiraju kao kriminalci, posebno u slučajevima kada nemaju dozvolu za boravak, radnu dozvolu ili zbog odavanja prostituciji.

U svakom slučaju, za izučavanje trgovine ljudima kao oblika kriminaliteta nesporan je značaj dinamičke koncepcije, kao posebne varijante koncepta faktorskog pluralizma s obzirom na stajalište ove teorije da se trgovina ljudima kao oblik delinkventnog ponašanja javlja kroz djelovanje mnogobrojnih faktora. Ove faktore potrebno je analizirati u njihovom razvoju, dinamici i međusobnoj isprepletenosti, pri čemu neki od njih djeluju posredno kao opšte determinacije – uzroci, a drugi neposredno kao uslovi postojanja ovog krivičnog djela. Kriminogeni faktori na trgovinu ljudima ne djeluju izolirano već su oni međusobno isprepleteni i javljaju se sintetizovani u različitim kombinacijama i oblicima.

Različite pojave vezane uz ovaj problem, kao i različita stajališta s kojih se pristupa ovom problemu, čine ga kompleksnijim i usporavaju njegovo

rješavanje. Određena istraživanja ukazuju na to da korijeni trgovine ljudima kao negativne društvene pojave leže u ekonomskoj nejednakosti zemalja, koja globalizacijom postaje sve naglašenija i u eksploataciji koju takva nejednakost podrazumijeva. Siromašna, najčešće tranzitna društva i široko rasprostranjene patrijarhalne strukture tih društava diskriminiraju, posebno žene, dovodeći do feminizacije siromaštva, stvarajući situacije u kojoj njihova sloboda izbora postaje više nego upitna. Tako trgovina ljudima, poslije trgovine drogom postaje najprofitnija aktivnost organiziranog kriminala.¹ Istraživanja poduzeta proteklih godina od strane Međunarodne organizacije za migracije (IOM), UN Visokog komesarijata za ljudska prava (UNOHCHR), Organizacije za evropsku saradnju i sigurnost (OSCE) i UN Fonda za djecu (UNICEF) pokazuju da je područje Istočne Europe postalo glavni “izvor” žena za potrebe seksualne industrije bogatih zemalja Zapada.²

Istovremeno, sve su prisutnije rasprave o legalizaciji prostitucije na globalnom nivou. Kao argument se koristi intencija da se spriječi trgovina ljudima, koja se zasniva na pretpostavci da ako postoji dostupnost seksualnih usluga, onda neće biti potreba za trgovinom ljudima u cilju njihove seksualne eksploatacije. Ove rasprave nisu zaobišle ni region Balkana, s tim što u ovom regionu postoje određene specifičnosti koje moraju biti uzete u razmatranje, kao indikatori, u diskusiji o legalizaciji prostitucije, posebno kada se raspravlja o zemljama nastalim raspadom bivše Jugoslavije.

Prvenstveno, diskusija o legalizaciji prostitucije u tim zemljama, pored razmatranja ekonomskih, socijalnih, kulturoloških i gender aspekata, mora da se bavi i nekim pitanjima koja su karakteristična za postkonfliktne zemlje i zemlje u tranziciji. Kada govorimo o BiH, to je u svakom slučaju pitanje reforme policije kao značajnog subjekta putem kojeg država drži monopol kontrole prostitucije u slučaju njene legalizacije. Rasprave o legalizaciji prostitucije vode na različitim nivoima i sa različitim pristupima. Značajno je pomenuti pristup zasnovan na ljudskim pravima, aktivistički, te naučni pristup koji je otišao najdalje u sveobuhvatnoj percepciji legalizacije prostitucije i koji zahtijeva da se napravi jasna distinkcija između legalizacije, dekriminalizacije i regulacije prostitucije.

¹ Obradović, V. (2004), *Trgovina ženama u BiH*, Sarajevo, The Embassy of the United States of America BiH, Office of Public Affairs, Fakultet kriminalističkih nauka, Centar za naučnoistraživački rad, Sarajevo

² Limanowska, B. (2002), *Trafficking in Human Beings in Southeastern Europe*. Belgrade, Yugoslavia: UNICEF, UNOHCHR, OSCE/ODIHR; Limanowska, B. (2003), *Trafficking in Human Beings in Southeastern Europe*. Warsaw, Poland: UNICEF, UNOHCHR, OSCE/ODIHR; IOM/European Commission STOP Programmes (2001) *Trafficking in Unaccompanied Minors for Sexual Exploitation in the European Union*. Brussels: IOM. (Part 1)

Bez obzira na nivo diskusije, polazna osnova su uvijek argumenti koji se koriste za i protiv legalizacije. Prije nego što se osvrnemo na terminološke razlike između legalizacije, dekriminalizacije i regulacije prostitucije, svakako treba da se osvrnemo na argumente koje koriste zagovornici legalizacije prostitucije. Tako su argumenti za legalizaciju prostitucije:

- zaštita osoba koje se prostituiraju (muškaraca i žena) od fizičkog nasilja i eksploatacije od strane svodnika;
- bolji socijalni status kroz zdravstvenu zaštitu i penzijsko-invalidsku zaštitu;
- smanjenje sive ekonomije i krijumčarenja žena;
- zaštita ljudskih prava i sloboda kao ustavne kategorije;
- smanjenje širenja spolnih bolesti;
- sprečavanje trgovine ljudima.

Na drugoj strani, protivnici legalizacije prostitucije zahtijevaju da se kod razmatranja pitanja legalizacije prostitucije ne smije zanemariti ni analiza uticaja ovog procesa na samu državu, odnosno, koliko bi država imala koristi. Ovo govorimo sa aspekta diskusija o konceptualnom pristupu legalizaciji prostitucije po kojem jedni zagovaraju dekriminalizaciju prostitucije, dok druga skupina se zalaže za legalizaciju prostitucije, kao djelatnosti, koja bi kroz ostvarivanje profita stvarala i prihod za državu kroz ubiranje poreza od obavljanja ove djelatnosti.

Ne postoji zvanična definicija legalizacije ili dekriminalizacije prostitucije. Oni koji nisu bliski sa suvremenim diskusijama o reformi zakonodavstva o prostituciji uobičajeno koriste termin “legalizacija” u višestrukom smislu: kao suprotnost prema apsolutnoj kriminalizaciji, rangiranje od licenciranja bordela do nepostojanja uopće zakona kojim se zabranjuje prostitucija.

Većina obraćanja o zakonskoj reformi u medijima i drugim suvremenim kontekstima koriste termin “legalizacija” koja upućuje na bilo koji sistem koji dozvoljava prostituciju. Ova definicija je ekstremno široko postavljenja. Sukobljavanje interpretacija ovog termina često izaziva konfuziju u diskusiji o reformi.

Svakako da je potrebno razmotriti i opciju gdje je prostitucija legalizirana i prema kojoj društva koja dozvoljavaju prostituciju to čine dajući državi kontrolu nad životom i radom osoba koje rade kao prostitutke. Legalizacija često uključuje specijalne poreze za prostitutke, ograničenja prostitutkama da rade isključivo u bordelima ili u određenim zonama, potrebu posjedovanja

dozvola, zdravstvene preglede, što često uključuje i kašnive karantine. Termin legalizacija ne mora nužno da upućuje na prethodne oblike regulacije. U nekoj uobičajeno prihvaćenoj definiciji, legalizacija pravno može jednostavno da znači da prostitucija nije protiv postojanja zakona kojim se regulira.

U svakom slučaju, prije bilo kakve rasprave u nekom društvu o legalizaciji prostitucije potrebno je izvršiti razgraničenje u pogledu termina koji se koristiti. Nadalje, nužno izvršiti pojmovnu distinkciju između legalizacije, dekriminalizacije i regulacije prostitucije.

Legalizacija

Iz sociološke perspektive, termin legalizacija uobičajeno upućuje na sistem krivične regulacije i vladine kontrole prostitutki, u kojem su stalne prostitutke dobile dozvole koje im dozvoljavaju rad u specifičnim i ograničenim načinima.

Nadalje, legalizacija može uključiti dekriminalizaciju, autonomni sistem prostitucije. U stvarnosti, u većini legaliziranih sistema, policija regulira posao prostitucije koristeći krivični zakon. Ovaj metod legalizacije prostitucije je značajan sa aspekta nužnosti postojanja visokog stepena osposobljenosti policije i njihove efikasnosti. U kontekstu bilo kakve diskusije o legalizaciji prostitucije u BiH nužno je voditi računa o problemima koji su prisutni u reformi policije i nemogućnosti jačanja njene efikasnosti kroz reformu zbog nedostatka političke volje.

Zakoni reguliraju posao prostitutki i njihov život, propisujući obaveznu zdravstvenu provjeru i registraciju zdravstvenog statusa. Izvršenje ove obaveze je kontrolirano od strane policije i zdravstvenih agencija, koje određuju prostitutkama gdje one mogu ili ne mogu boraviti, propisujući rado vrijeme, prostor za rad i sl.

Zagovornici legalizacije prostitucije koriste ovaj termin da upute na činjenicu da ovaj sistem uključuje državnu kontrolu i koji definiciju stavlja u kontekst trenutne situacije, radije nego da definira taj termin širokim implikacijama koje termin ima sam po sebi, posebno u odnosu na mogućnost da se prostitucija koristi za dalju eksploataciju pod okriljem sistema državne kontrole.

Očito da je potrebno da se uradi jako mnogo posla kao bi se kreirao okvir za široku diskusiju o pravima prostitutki. Svaki od jezičnih pristupa

može biti problematičan: termin legalizacija je pretjeran, dok termin dekriminalizacija ne funkcionira na način savremene diskusije i može proizvesti konfuziju i pogrešnu interpretaciju. Očito, oba termina moraju biti dio diskusije ovog pitanja.

Konsenzus oko definicije mora biti uspostavljen u ranoj fazi diskusije i osnovno je da se u toku diskusije osigura da se terminološko razvijanje odvija iz perspektive onih na koje će to imati uticaj, dakle prostitutki.

Dekriminalizacija

Organizacija za prava prostitutki (ie, COYOTE, National Task Force on Prostitution) koristi termin dekriminalizacija što znači uklanjanje zakona protiv prostitucije. Dekriminalizacija se uobičajeno koristi da uputi na totalnu dekriminalizaciju, koja opoziva zakone protiv svjesnih seksualnih aktivnosti odraslih u komercijalnom i nekomercijalnom kontekstu.

Prava prostitutki zagovaraju poziv za dekriminalizaciju svih aspekata prostitucije koje su rezultat individualne odluke. Utvrđujući pravo da rade kao prostitutke, mnoge zahtijevaju pravo na slobodu izbora menadžmenta. One zahtijevaju uklanjanje zakona protiv svodnika jer se često koriste protiv njihovih partnera koji se pojavljuju u ulozi svodnika. Po njima, ovi zakoni služe da spriječe prostitutke da organiziraju svoj posao i rade zajedno pod uobičajenom zaštitom. One pozivaju na opozivanje postojećih zakona koji utiču na njihova prava slobode putovanja i udruživanja. Građanska prava i ljudska prava zagovaraju iz različitih perspektiva poziv za donošenje zakona protiv nasilja, falsifikata, osiguranja zaštite prostitutki od nasilnih partnera koji ih eksploatiraju i sl.

Regulacija

Regulacija ili uređenje prostitucije uobičajeno upućuje na krivično uređenje prostitucije, ali aktivisti za prava prostitutki također upućuju na uređenje u terminu građanske i samoregulacije. Kroz ovaj model, prostitutke pozivaju na uređenje prostitucije kao biznisa i donošenje građanskog zakona koji uređuje biznis prostitutki u pogledu uslova i prava radnika. S druge strane, postoji grupacija koja poziva na autonomiju, uz pridržavanje individualnih

kolektivnih radnih aranžmana, uz kontrolu prostitutki njihovog života i rada. Diskusija o regulaciji je ograničena i teško je uključiti koncept samoregulacije u kontekst oslanjanja na policijsku kontrolu nad prostitutkama.

Ljudska prava i legalizacija prostitucije

Prema aktivistima ljudskih prava, legaliziranje prostitucije nije ništa drugo nego legaliziranje biznisa za svodnike, koji ovim procesom postaju poduzetnici, a bordeli i javne kuće postaju legalizirani objekti za pružanje seksualnih usluga. Žene koje se bave prostitucijom, međutim, i dalje ostaju nezaštićene, eksploatirane i često zlostavljane. Stanje na tržištu radne snage daje mogućnost svodniku da često otpušta profesionalne prostitutke jer tržište zahtijeva „svježu i mladu krv“.³

Prema nekim istraživanjima, u zemljama koje su legalizirale industriju seksa, kao što su Njemačka, Nizozemska i dr., može se uočiti određeni negativan učinak legalizacije prostitucije kao što je činjenica da se u tim zemljama prostitucija povećala za 25 posto. Postoji određeni broj indikatora koji ukazuju na to da je slična situacija i sa trgovinom ljudima iz razloga što je legalizacija prostitucije dovela do povećanja potražnje. Zemlje koje su legalizirale prostituciju postaju seks-turističke destinacije, tako da se razvija i novi oblik turizma koji nije vezan za prirodna ili istorijska bogatstva već za seksualne usluge. Tako u jednom trenutku postoji veća potražnja za seksualnim uslugama nego što je ponuda, zbog čega svodnici, ponovo, kroz trgovinu ljudima iz siromašnih zemalja osiguravaju osobe za pružanje seksualnih usluga. U krajnjem, rezultat je da je legalizacija prostitucije samo trenutno dovela do sprečavanja trgovine ljudima, da bi kroz duže vremensko razdoblje postala ponovo njenim uzrokom. Ono što je značajno za legalizaciju prostitucije jeste i činjenica da ni prostitutke same, u državama s legaliziranom prostitucijom, ne žele biti evidentirane.

³ Prostitucija je ekstremna forma diskriminacije na bazi pola. Legalizacija ovo nasilja ženama ograničava slobodu i građanska prava. Ako žene dozvole da budu legitimno robna vrijednost, one postaju drugorazredni građani. Demokracija je srušena (Donna Hughes, Making the Harm Visible).

Stanje u Bosni i Hercegovini

Prostitucija u Bosni i Hercegovini se tretira kao prekršaj⁴ i kažnjava na osnovu Zakona o javnom redu i miru, pod uslovom da se odvija na javnom mjestu. Kazna za bavljenje prostitucijom iznosi od 400 do 1.200 KM u Republici Srpskoj i od 200 do 600 KM u Kantonu Sarajevo.⁵

Za dokazivanje prostitucije potrebno je osobu zateći na djelu sa mušterijom koji također mora dati iskaz te potvrditi da je dao novac za uslugu, što se jako rijetko dešava s obzirom na to da i jedni i drugi nerijetko tvrde kako se poznaju. Istovremeno, ovakvo definiranje podiže pitanje postojanja stereotipa u društvu po kojem je odgovornost uvijek na ženi, kao pružaocu usluga a ne i na muškarcu kao korisniku. U biti, sam prekršaj definiran u Zakonu o javnom redu i miru predstavlja kažnjivu radnju samo u slučaju ako se radnja dešava na javnom mjestu, što znači da je zaštićeni objekat javno mjesto. Ovo znači da narušavanje javnog mjesta vrše obe osobe bez obzira na spol, ako vrše prostituciju na javnom mjestu.

Nesumnjivo da posebnu poteškoću predstavlja nepostojanje jasne definicije prostitucije koja se u postojećim definicijama najčešće veže za osobe ženskog spola u negativnom kontekstu. Tako postoji stanovište po kojem "prostitucija se sastoji u vršenju nedopuštenih seksualnih odnosa lica ženskog spola na komercijalnoj osnovi, tj. na osnovu prodavanja svoga tijela i slučajnog i uzgrednog susreta sa licima sa kojima stupaju u te odnose koje karakteriše osjećaj ravnodušnosti".⁶ Sljedeće stanovište polazi od toga da "žene ne ulaze u prostituciju slobodnom voljom, nego zato što su joj društvene strukture, tržište rada koje diskriminira žene i društvena zajednica koja ženu odgaja da bi služila muškarcu, ograničili alternative."⁷

Razvijanje društvenih odnosa, globalizacija i migracije stanovništva, te drugi faktori doveli su do pojave da i osobe muškog spola vrše seksualne usluge na komercijalnoj osnovi u slučajnim i uzgrednim susretima što otva-

⁴ Član 19 Zakona o javnom redu i miru Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 11/15.

⁵ Pitanje javnog reda i mira u Federaciji Bosne i Hercegovine je uređeno kantonalnim zakonima o javnom redu i miru. Tako je u Kantonu Sarajevo donesen Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, „Službene novine Kantona Sarajevo“, br. 18/07 i 7/08.

⁶ Mladjenović-Kupčević, R. (2001), *Kriminologija*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka Univerziteta u Sarajevu, str.175.

⁷ Obradović.V., *Trgovina ženama u BiH*, Sarajevo, Embassy of the United States of America BiH, Office of Public Affairs, Fakultet kriminalističkih nauka, Centar za naučnoistraživački rad Sarajevo (2004), str. 91.

ra pitanje pravnog definisanja ove pojave. Bliži smo stanovištu da je pitanje upuštanja u seksualne odnose neke osobe potrebno staviti u kontekst voljnog momenta, što zahtijeva mnogo širu elaboraciju i posebno istraživanje.

Između ostalog, državna tijela i nevladine organizacije treba da razumiju da je prostitucija kreirana tržišnim potrebama muškaraca koji kupuju i prodaju ženinu seksualnost za svoj profit i zadovoljstvo. Pravne reforme treba stoga da kreiraju sredstva koja će osigurati pomoć žrtvama i procesuirati izvršioce.

Što se tiče organizatora prostitucije, njih tretiraju krivični zakoni entiteta u smislu da se kažnjava: „Ko radi ostvarenja koristi navodi, potiče ili namamljuje drugog na pružanje seksualnih usluga ili na drugi način omogućiti njegovu predaju drugome radi pružanja seksualnih usluga, ili bilo na koji način učestvuje u organiziranju ili vođenju pružanja seksualnih usluga“.⁸

Iskustva drugih zemalja

Sve zemlje Evropske unije, kao i Turska, ili su legalizirale prostituciju i regulišu je zakonom, ili su je barem samo legalizirale. Isti je slučaj i sa Južnom Amerikom i Australijom. U Aziji su oaze slobode Bangladeš, Kazahstan i Indija, dok su u Srednjoj i Sjevernoj Americi to Meksiko, Nevada i Kanada.⁹

Njemačka i Holandija legalizirale su prostituciju, u potpunosti, ili djelomično. U Holandiji postoji sindikat prostitutki, za obavljanje prostitucije dobiva se obrtnički list, porezni broj, te reguliran liječnički pregled. U Francuskoj je legalizirana prostitucija, ali je zabranjena ulična prostitucija.

U Holandiji je prostitucija u potpunosti legalizirana od januara 1998. godine, od kada je to definirano kao legalna profesija. Legalizacija statusa dozvoljava prostitutkama pristup socijalnom sistemu zaštite, a od 1996. godine, radnici u seks industriji moraju da plaćaju porez na prihod, dok su reformom od 1999. godine ovi radnici stekli isti status kao zaposlenici u bilo kojoj drugoj branši. Medicinski pregledi nisu obavezni, jer se želi eliminirati percepcija da seksualni radnici prenose infekcije. Radnici u seks industriji užu-

⁸ Krivično djelo – trgovina ljudima radi vršenja prostitucije iz člana 198 Krivičnog zakona Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10. i Krivično djelo – navođenje na prostituciju iz člana 210 Krivičnog Zakona Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.

⁹ <http://www.telegraf.rs/vesti/1373040-gde-je-sve-prostitucija-legalna-da-li-je-vreme-da-srbija-kaze-da-najstarijem-zanatu-foto>

vaju prava u slučaju nezaposlenosti i invalidnosti. Svodništvo i posredovanje u prostituciji je zabranjeno. Starost za saglasnost za rad u seks industriji je 16 godina, što postavlja upitnik u odnosu na obaveze primjene odredaba Palermo protokola. Trgovina ljudima je kažnjiva radnja za koju je propisana kazna zatvora od 5 do 8 godina.

Zaključak

Savremena politika suzbijanja kriminaliteta zahtijeva od državnih organa, koji se tradicionalno smatraju organima represije, da svoju aktivnost sve više usmjeravaju u preventivnom smislu i da mjere prijetnje i represije svode na nužne okvire. Iskustva pokazuju da prevencija putem kriminalizacije prostitucije nije dala očekivane rezultate, posebno imajući u vidu teškoće u dokazivanju da je seks pružan/korišten na osnovu dogovora, koji je uključivao i plaćanje. To je bio jedan od razloga da su mnoge zemlje odlučile da dekriminaliziraju prostituciju, a istovremeno da reguliraju pružanje seksualnih usluga kao djelatnost. Očekivanja su bila da će se na ovaj način spriječiti i trgovina ljudima radi seksualne eksploatacije. Nažalost, regulacija pružanja seksualnih usluga je povećala tržište, jer su zemlje koje su regulirale ovu djelatnost postale turističke destinacije upravo iz ovog razloga.

U Bosni i Hercegovini je kriminalizirana prostitucija kao prekršaj definiran u zakonima o javnom redu i miru. Posredovanje u prostituciji, gdje osoba koja vrši posredovanje profitira eksploatacijom osoba koje pružaju seksualnu uslugu, definirano je kao krivično djelo u krivičnom zakonodavstvu. Nažalost, glavni uzročnici zbog čega osobe prihvataju da pružaju seksualne usluge nisu otklonjene. Bosna i Hercegovina nije poduzela nijednu dugoročnu preventivnu mjeru posebno u pravcu izgradnje sistema permanentnog podizanja svijesti, prije svega, školske populacije kroz intervenciju u školskim programima o opasnostima koje sa sobom nosi seksualna eksploatacija, koja je i sastavni element krivičnog djela trgovine ljudima. Nepostojanje socijalnih programa, posebno u uslovima nefunkcionalne nadležnosti organa za pitanje socijalne zaštite, otežavaju razvijanje sveobuhvatnog koncepta smanjenja siromaštva, kao jednog od glavnih uzročnika seksualne eksploatacije. Nesporno da je potrebno dekriminalizirati prostituciju na način da se izvrše izmjene zakona o javnom redu i miru, a da regulacija pružanja seksualnih usluga, što su pokazala iskustva iz drugih zemalja, nije način preveniranja trgovine ljudima, već vremenom postaje njenim uzročnikom.

**Jasminka Džumhur, PhD, Human Rights Ombudsman
The Institution of Human Rights Ombudsman of Bosnia and
Herzegovina**

**POSSIBLE INFLUENCE OF LEGALISATION OF PROSTITUTION
ON PREVENTION OF HUMAN TRAFFICKING**

Conclusion

Contemporary crime suppression policy calls upon the state bodies traditionally considered to be repressive to shift their focus to prevention and to confine the threat and the repression to necessary limits. Experience shows that prevention through criminalization of prostitution did not yield the expected results, especially having in mind how difficult it is to prove that sex was provided / used on the basis of the agreement which included the payment. That was one of the reasons why many countries have decided to decriminalize prostitution while at the same time regulating the provision of sexual services as a business activity. Expectations from such a measure were that this would prevent human trafficking for sexual exploitation. It is unfortunate to notice that such regulation of the sexual services provision, has actually increased the market, because the countries which regulated this activity have become tourist destinations for this very reason.

In Bosnia and Herzegovina prostitution is criminalized as a misdemeanor, defined by the public safety law/verbatim: the public order and peace. In criminal law, mediation in prostitution, where a person who makes mediation profits from the exploitation of those providing sexual services is defined as a criminal offense. Unfortunately, the main causes underlying someone's acceptance to provide sex services are not eliminated. Bosnia and Herzegovina has not taken any long-term preventive measures, particularly in terms of building a permanent awareness-raising system, primarily among the school students, or through the intervention in school curricula to alert the students of the dangers of sexual exploitation, which constitutes an integral part of the criminal offense Trafficking in Human Beings. The lack of social programs, particularly under circumstances involving the non functional mandate of the authorities for social services provision, makes it difficult to develop a com-

prehensive concept on how to reduce the poverty as one of the major causes of sexual exploration. It is beyond question that decriminalization of prostitution needs to be made through the amendments to the public safety law, as it is beyond question that the regulation of the sexual services provision, as the other countries experiences show, is not a way to prevent human trafficking, but, on contrary, becomes its cause as time goes by.

Key words: *human trafficking, prostitution, legalisations, decriminalisation, regulation, organised crime, human rights*

УДК: 343.343.3:796.093(497.5)(497.11)

doi 10.7251/PR5217295N

Izlaganje sa naučnog skupa

KRIVIČNOPRAVNI OKVIR ZA BORBU PROTIV HULIGANIZMA, NASILJA I NEDOLIČNOG PONAŠANJA NA SPORTSKIM MANIFESTACIJAMA U SRBIJI I HRVATSKOJ¹

Prof. dr Željko Nikač*

Dr sc. Vanda Božić**

***Apstrakt:** Nasilje na sportskim i drugim manifestacijama već dugo je prisutno u svetu, na Starom kontinentu, prostorima nekadašnje Jugoslavije, naročito na području Srbije i Hrvatske. Borba protiv nasilničkog i nedoličnog ponašanja, posebno protiv huliganizma na sportskim susretima, danas je imperativ stabilnog javnog reda i mira te sigurnosti u zajednici. Nasilje nije izolovana kategorija već je pratilac brojnih pojavnih oblika kriminaliteta, usled čega je suzbijanje izuzetno otežano. U borbi protiv nasilja na javnim manifestacijama angažovani su državni subjekti – pravosudni organi, policija i sektor privatne bezbednosti. U funkciji uspešne borbe važna je dobra legislativna osnova, usaglašeni operativni odgovor policijskih i drugih snaga te saradnja svih sektora i službi. U radu je ukazano na krivičnopравни okvir za borbu protiv nasilja na sportskim manifestacijama u Srbiji i Hrvatskoj, s obzirom na različita rešenja inkriminiranih prekršajnih i krivičnopravnih odredaba. U završnom delu dati su predlozi de lege ferenda s ciljem poboljšanja pojedinih zakonodavnih rešenja i efikasnije borbe protiv nasilja na sportskim i drugim manifestacijama.*

***Ključne reči:** nasilje, huliganizam, sportske i javne manifestacije, krivičnopравни okvir, javni red i mir, suzbijanje, Srbija i Hrvatska.*

¹ 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*. Rad je nastao i kao rezultat rada na projektu *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija* kod MPNTR RS br. 179045 i *Upravljanje policijskom organizacijom u sprečavanju i suzbijanju pretnji bezbednosti u Republici Srbiji*, KPA, 2015–2019.

* Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.

** Znanstveni suradnik, Katedra za kazneno pravo, Pravni fakultet, Zagreb.

Uvod

Sedamdesetih godina XX veka u Velikoj Britaniji i pojedinim zapadnim zemljama dolazi do pojave nasilničkog ponašanja navijačkih grupa na fudbalskim stadionima i drugim sportskim objektima. Dalji razvoj nasilničkog ponašanja išao je u pravcu sporadičnih incidenata, pojedinačnih slučajeva i manjih žrtava. Međutim, do kulminacije nasilja došlo je 29. 5. 1985. godine u Briselu na stadionu Heysel na finalnoj utakmici Kupa evropskih šampiona, kada je došlo do sukoba navijačkih grupa „Juventusa“ i „Liverpula“. U naredima na stadionu poginulo je 39 navijača nakon stampea do kojeg je došlo usled rušenja potpornog zida i zaštitne ograde.² Odlukom UEFA, engleski klubovi kažnjeni su sa pet godina zabrane igranja na svim evropskim takmičenjima.

Nasilničko ponašanje na sportskim i drugim manifestacijama beleži se i u Južnoj Americi, ali i ostalim delovima sveta. Nasilje na fudbalskim stadionima i javnim skupovima javilo se kao rezultat nagomilanih društvenih, ekonomskih, socijalnih i drugih problema u zajednici. Stadioni i javna mesta bili su samo društvena arena gde se nasilje manifestovalo, dok su uzroci po pravilu ostali neotklonjeni. Nasilje je bilo katalizator narušenih odnosa u zajednici, često preteča ozbiljnijih društvenih konflikata i sukoba.³

Na prostorima nekadašnje Jugoslavije javilo se nasilničko i nedolično ponašanje na fudbalskim stadionima, drugim sportskim i javnim manifestacijama. Sukobe rivalskih navijačkih grupa pratili su nacionalizam, šovinizam, primitivizam i ostali oblici isključivosti. Navijački sukobi bili su uvod u ratni sukob koji je ubrzo zahvatio nekadašnju zajedničku državu koja se raspala, usled duboke društvene krize i nemoći političkih aktera da mirno razreše sukobe u zemlji. Posebno je bila izražena netrpeljivost između navijačkih grupa iz Srbije (*Grobari* i *Delije*) i Hrvatske (*Bed blu bojs* i *Torcida*), koja je kulminirala na fudbalskoj utakmici *Dinamo – Crvena zvezda* odigranoj u Zagrebu na stadionu Maksimir 13. 5. 1990. godine.⁴

Navijačko i drugo nasilje nastavilo se i nakon raspada nekadašnje zajedničke države i završetka rata. U novim uslovima u odsustvu „spoljnog neprijatelja“ nasilje je dobilo značajnu unutrašnju (nacionalnu) dimenziju, pa su

² Više: Rowland, C., *From Where I Was Standing: A Liverpool Supporter's View of the Heysel Stadium Tragedy*, GPRF Publishing, Oxford, 2009.

³ Više: Milašinović, S., Jevtović Z., *Metodologija istraživanja konflikata i krizno komuniciranje u savremenom društvu*, KPA, Beograd, 2013.

⁴ Dostupno na: <http://sport.blic.rs/fudbal/evropski-fudbal/utakmica-zbog-koje-je-poceo-rat-tacno-25-godina-od-tuce-na-maksimiru-video/efeghy9> (3. 7. 2017).

aktuelizovani stari sukobi između rivalskih navijačkih grupa na jednoj strani u Srbiji (C. zvezda, Partizan, N. Pazar) i na drugoj strani u Hrvatskoj (Dinamo, Hajduk).⁵

Reakcija društva na navijačko i drugo nasilje u zajednici obuhvata normativnopravnu aktivnost zakonodavnih organa, operativnu delatnost policije i pravosudnih organa (javna tužilaštva, sudovi, organi za izvršenje krivičnih i drugih sankcija). Vaninstitucionalna reakcija obuhvata aktivnosti grupa, udruženja i pojedinaca van sistema državne vlasti kao što su udruženja građana, nevladine organizacije, grupe građana, mediji i ostali. U borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim i drugim javnim manifestacijama svakako su najvažnije aktivnosti policije i pravosudnih organa u zaštiti stabilnog javnog reda i mira, suzbijanja svih oblika kriminaliteta i zaštiti drugih vrednosti. Veoma važan deo aktivnosti odnosi se na međunarodnu saradnju država i njihovih specijalizovanih organa u suzbijanju nasilja na sportskim i drugim manifestacijama na bilateralnom, regionalnom i multilateralnom planu. U tom kontekstu je značajna inicijativa UEFA da se preko Interpola osnuje *Evropski centar za borbu protiv huliganizma*, sa ciljem koordinacije rada fudbalskih asocijacija i policija država Evrope.⁶

1. Huliganizam – istorijski osvrt, pojam, stanje i kretanje

a) U semantičkom smislu pojam pod nazivom *huliganizam* vodi poreklo od imena Patricka Hooligana, irskog kriminalca koji je živeo u Londonu, koji je kao višestruki recidivista davne 1889. godine bio osuđen na smrtnu kaznu. U doktrini i praksi toga vremena huliganizam je bio sinonim za lica koja su se odala dokolici kao što su besposličari, skitnice i protuve. U anglosaksonskoj literaturi termin *hooligans* označavao je ulične bande, što se dovodilo u vezu sa irskom reči „houlie“ koja u prevodu znači „divlji, živahan“.⁷ Danas se pojam huliganizma koristi da se njime označe lica koja su učesnici nereda na sportskim manifestacijama, pre svega na fudbalskim stadionima

⁵ Više: Otašević, B., *Nasilje na sportskim priredbama*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015.

⁶ Nikač, Ž., Milošević, G., *Fight against violence at sporting and public events in Serbia—Legislative solutions and actions of the Police*, International Scientific Conference European Union—area of freedom, security and justice, Police Academy Alexandru Ioan Cuza, Bucharest, Romania, Conference Proceedings, Vol. I, 2011, p. 31-37.

⁷ *Professional security systems magazine*, www.pss-magazine.com/link (3. 7. 2017).

Šire: Rooks Clarence, *Hooligan Nights*, London 1937, reprint.

b) Huliganizam je u svom razvoju prošao nekoliko faza. *Prva* faza obuhvata period krajem 50-ih i početkom 60-ih godina XX veka kada su incidenti na sportskim borilištima bili proizvod percepcije učesnika o pristrasnom suđenju, sportskom rivalstvu koje je bilo izraženo razočarenjima, šovinizmom i elementima proisteklim iz narodnih masa, društvene i kulturne suprotstavljenosti. Krajem 60-ih godina engleski huliganizam je postajao sve poznatiji od kada su fanovi počeli pratiti ekipe na gostovanjima.⁸ Od tada se huliganizam određuje kao *namerno, organizovano, strukturisano i smišljeno nasilje*, sa određenim elementima organizovanog kriminaliteta.⁹

Druga faza obuhvata period od sredine 60-ih do sredine 70-ih godina, kada je došlo do razvoja TV na kojoj se prikazuju fudbalske utakmice i sportski događaji. Masovni mediji huliganima i nasilju na stadionima daju publicitet, dok tuče navijačkih grupa i druge nemile scene postaju svakodnevice.

Treća faza, od sredine 70-ih do sredine 80-ih godina, u vezi je sa društvenom i industrijskom stagnacijom u V. Britaniji, Evropi i svetu. Period obeležava serija huliganskih ispada i sukoba u V. Britaniji (pr. 1976. ubistvo navijača "Milvola"), a potom i širom Starog kontinenta. U Engleskoj huliganizam doživljava procvat, formiraju se brojne navijačke grupe i huliganske bande (West Ham – „Inter City Firm“, Chelsy – „Headhunters“).¹⁰ Modalitet huliganizma predstavljao je "Casual" pokret u Engleskoj kao vid odvracanja pažnje policije, ali on nije zaživeo u Evropi.¹¹ Do kraja ovog perioda navijačke grupe iz kontinentalnog dela Evrope sve više izazivaju neredu i nasilje na stadionima, među kojima prednjače grupe vezane za nemačke, francuske i italijanske klubove.

Poslednja, četvrta, faza razvoja huliganizma obuhvata period s kraja 80-ih godina minulog veka i nju obeležavaju pre svega nemački huligani, koji veličaju nacističku ideologiju. Ujedinjenje Nemačke je bila prilika za huligane iz nekadašnjeg istočnog dela koji su išli na gostovanja ("Dinamo" Drez-

⁸ <http://arhiv.slobodnadalmacija.hr/20070825/spektar03.asp> (5. 7. 2017).

⁹ Bodin, D., *Huliganstvo*, Agencija za odgoj i vaspitanje, Zagreb, 2013, str. 13.

Više o organizovanom kriminalitetu RS i RH vidi: Božić, V., Nikač, Ž., *Criminal incriminations based on the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime in the Criminal Legislation of the Republic of Croatia and the Republic of Serbia*, Faculty of Security in Skopje, Conference proceedings, Skopje 2016, p. 89-111. Vidi i: Nikač, Ž., Božić, V., *International Cooperation of Southeast Europe in the Fight Against Crime*, Conference Proceedings "Theory and Practice of Law Enforcement Activities", Lviv, Ukraina, 2016, p. 431-443.

¹⁰ Đorić, M., *Ideološki motivisan ekstremizam kao generator političkog nasilja*, FPN, dokt. disertacija, Beograd, 2013, str. 377.

¹¹ Više: Dokumentarni film „Panorama“, <https://www.youtube.com/watch?v=vKoYjOGOzXQ> (3. 7. 2017)

Film je posvećen "Milvolu", njegovim fanovima i huliganima.

den, "Lajpcig", "Dinamo" Berlin). Na identičan način delovale su i navijačke grupe iz Španije, Grčke, Turske, Poljske i Rusije, dok su huliganske bande iz Latinske i Južne Amerike (Argentina, Kolumbija, Brazil, Meksiko) prerasle u organizovane kriminalne grupe.¹² U ovom periodu bio je veliki broj huligan-skih incidenata koje je još 1997. godine podrobnije obradio francuski sportski časopis "L'Equipe", koji je naveo 1.300 događaja sa smrtnom posledicom na fudbalskim utakmicama širom sveta.¹³

c) *Pojam* huliganizma nije precizno pravno određen i koristi se da označi brojne aktivnosti koje uglavnom imaju fudbalski kontekst, često kao konstrukcija medija i političara, a ne kao socijalni naučni koncept.¹⁴ U kolokvijalnom govoru *hooligan* se koristi kao naziv za propalicu, „lošeg momka“ ili nasilnika, što nužno ne podrazumeva nasilje koje korespondira sa sportskim događajima.

Postoje brojne definicije ovog pojma¹⁵ ali ćemo ukazati samo na, po nama, najvažnije. U širem smislu huliganizam označava ponašanje koje je nedolično, vezano za uličarski stil života i koje implicira nasilje. U užem smislu huliganizam je određen kao nasilno ponašanje ekstremnih navijača koje se poklapa sa sportskim događajem, po pravilu fudbalskim utakmicama.¹⁶ Prema opšteprihvaćenoj definiciji, *huliganizam* predstavlja nasilno ponašanje kojim deo publike, inspirisan sportskim događajima kroz pripadanje navijačkoj grupi, izgrađuje svoj personalni identitet i iskazuje frustracijsku agresiju destrukcijom materijalnih stvari ili povređivanjem protivnika.¹⁷

U pravnoj teoriji i praksi u Srbiji i Hrvatskoj termin huliganizam nije nepoznat, ali su se zakonodavci u obe države opredelili za prepoznatljive domaće jezičke pojmove: *nasilje* i *nedolično ponašanje* (Srbija)¹⁸ i *sprečavanje nasilja i nereda na sportskim natjecanjima* (Hrvatska).¹⁹ Pretpostavljamo da

¹² Op. cit. u nap. 4.

¹³ Dominique, B., Luc, R., Stephan, H., *Sport and violence in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2004, p. 23.

¹⁴ Spaaij, R., *Aspects of hooligan violence - A Reappraisal of Sociological Research into Football Hooliganism*. Amsterdam School for Social Science Research, Amsterdam, 2006, p. 5.

¹⁵ Više: Lulescu, M., *Hooliganism - contemporary social phenomenon*, International Conference: CKS-Challenges of the Knowledge Society, 2012, p. 1867.

¹⁶ Đorić, M., *Huliganizam kao međunarodni fenomen*, Revija za bezbednost, God. 6, br. 1, Beograd, 2012, str. 46.

¹⁷ Leeson, T. P., Smith, J. D., Snow, A. N., *Hooligans*, p. 73. <http://www.peterleeson.com/Hooligans.pdf> (5. 7. 2017).

¹⁸ *Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama*, „Službeni glasnik RS“ br. 67/03, 101/05 – dr. zakon, 90/07, 72/09 – dr. zakon, 111/09 i 104/13 – dr. zakon.

¹⁹ *Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima*, NN br. 117/03, 71/06, 43/09, 34/11, 68/12-OURSRH.

je to učinjeno ne samo iz semantičkih i leksičkih razloga, već da bi se izbegla vulgarna tumačenja pojmova i otklonile štetne posledice.

d) Stanje i kretanje huliganizma podrobnije se prati nakon tragedije na "Hejselu" i nekoliko drugih incidenata koji su proizveli teške posledice i doveli do ogromnog uznemirenja javnosti. Nasilje na stadionima i drugim sportskim manifestacijama osudile su sve zemlje, posebno Evropski parlament, koji je usvojio dve rezolucije.²⁰ To je označilo početak borbe protiv huliganizma, protiv fašističkih i ekstremističkih grupa koje promovišu šovinstička, rasistička, netolerantna i agresivna ponašanja. U kasnijim aktima podvučena je veza između fašizma, šovinizma i huliganizma na fudbalskim utakmicama.²¹

U nekoliko narednih godina dolazi do pada stope nasilja na stadionima i izvan njih, pre svega u V. Britaniji, koja je preduzela značajne mere na suzbijanju huliganizma. Pozitivan trend se zadržao sve do 2002. godine, kada je ponovo uočen rast broja incidenata izazvanih na fudbalskim stadionima.²² Prema podacima britanske Vlade, huliganizam u Engleskoj u sezoni 2015/16. bio je u porastu u odnosu na raniji period. U prethodnoj sezoni zbog nereda uhapšeno je 2.456 navijača (na dan utakmice), što je za 96 više u odnosu na prošlu sezonu, a ipak manje u odnosu na sezonu 2013/14, u kojoj je uhapšeno 3.391 huligana.²³

Sa problemom huliganizma susrele su se i druge zemlje, kao što su Nemačka, Holandija i Belgija. Prema raspoloživim podacima, procenat huliganiskih ispada u ovim zemljama je otprilike jednak, tako da se incidenti dešavaju na oko 10% utakmica i isto toliko pristalica su klasifikovani kao „nasilnici“. Identične probleme, ali u nešto manjem obimu imaju Austrija, Švedska i Danska. Dalje slede Francuska, Španija, Portugal i Švajcarska, koje su takođe imale neprijatna iskustva i epizode nasilja, ali kod kojih huliganizam na fudbalskim utakmicama ipak nije glavni problem.²⁴ Sporadično nasilje je evidentirano u Češkoj, Slovačkoj, Albaniji, dok je organizovano huligansko nasilje prisutno u Poljskoj, Ukrajini, Turskoj i Rusiji. Posebno zabrinjava činjenica

²⁰ European Parliament: *Resolution of the European Parliament on the violence at the football-match in Brussels on 29 May 1985*, Para I, 13 June 1985

²¹ Siekmann, R. C. R., *Introduction to International and European Sports Law: Capita Selecta*. Hague: T. M. C. Asser Institute, 2012, p. 345.

²² *Ibid* str. 355.

²³ <http://www.rts.rs/page/sport/sr/story/36/Fudbal/1464292/Huliganizam+na+Ostrvu+u+brojkama.html>

U sezoni 2015/16. u Engleskoj su najgori bili navijači "Njukasla" sa 175 uhapšenih huligana, zatim "Mančester Junajteda" (145), "Lids Junajteda" (101), "Mančester Sitija" (95), "Čelsija" (92) (10. 7. 2017).

²⁴ <http://www.sirc.org/publik/fvexec.html> (11. 7. 2017).

da su česti sukobi navijačkih grupa koje se određuju kao fašističke i komunističke grupe.²⁵

Na prostorima *nekadašnje Jugoslavije* situaciju posebno otežava činjenica da je ovo područje bilo pogođeno ratnim sukobom kada je došlo do eksplozije nacionalizma i šovinizma, što je proizvelo izuzetno teške posledice. Potom je usledila tranzicija novostvorenih država uz pogubne posledice, siromaštvo, nezaposlenost i odsustvo perspektive za mlade. Sportski stadioni su sve manje sportske arene, a sve više prostor za iskazivanje nezadovoljstva mladih.

2. Međunarodnopravni okvir za suzbijanje nasilja na sportskim manifestacijama

Kao početni vid reakcije država i međunarodne zajednice u borbi protiv nasilja na sportskim i drugim javnim manifestacijama te huliganizma kao njegovog najtežeg oblika, javlja se normativnopravna aktivnost na međunarodnom i unutrašnjem planu. Valja napomenuti da do tragedije na Hejselu ovaj problem nije bio značajnije tretiran.

a) U periodu do 1985. godine od važnijih dokumenata, kao vid nadnacionalnog regulatornog okvira, usvojene su dve značajne preporuke. Prva od njih je *Preporuka Parlamentarne skupštine Saveta Evrope*²⁶ (1983) u kojoj se definišu ciljevi koji se odnose na prevenciju nasilja, među kojima su obrazovne i kulturne mere u cilju smanjenja nasilja u sportu. Potom je usledila *Preporuka Saveta ministara o smanjenju nasilja na sportskim događajima*²⁷ (1984) u kojoj su predstavljeni osnovni principi koji se primenjuju u postupku priprema za usvajanje naknadnih dokumenata. U periodu pre Hejsela navedene preporuke su imale važnu ulogu u oblikovanju buduće politike namenjene suzbijanju nasilja u sportu.

b) Nakon briselske tragedije Savet Evrope usvojio je 19. 8. 1985. godine u Strazburu *Evropsku konvenciju o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama*.²⁸ Kon-

²⁵ Više: Spaaij, R., *Understanding football hooliganism: A comparison of six western european football clubs*. Amsterdam, University of Amsterdam, 2006.

²⁶ *Recommendation 963 of the Cultural and educational means of reducing violence*, CoE, Strasbourg, 1983

²⁷ Recommendation No. R (84) 8 of the *Reduction spectator violence at sports events, particularly at football matches*, CoE, Strasbourg, 1984

²⁸ European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Htm/120.htm>.

vencija je stupila na pravnu snagu 1. 11. 1985. godine i odnosi se na sve sportske događaje, sa posebnim osvrtom na fudbalske utakmice. Konvenciju je potpisala i ratifikovala nekadašnja SFRJ,²⁹ dok su je kasnije preuzele države naslednice među kojima i Srbija i Hrvatska.³⁰ Potpisnice Konvencije su se obavezale da će, radi sprečavanja, suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja na fudbalskim utakmicama, drugim sportovima i sportskim manifestacijama u kojima postoji strah od nasilja ili nedoličnog ponašanja gledalaca, utvrditi i sprovoditi mere predviđene čl. 3–6 Konvencije.³¹

Primenu Konvencije obezbeđuje *Savet Evrope*, koji organizuje sastanke predstavnika država članica, razmenu informacija i međunarodnu koordinaciju posebno u pogledu međunarodnih sportskih manifestacija, kao što su svetska i evropska prvenstva. U tom smislu formiran je Stalni komitet koji treba da prati sprovođenje Konvencije, usvaja preporuke i pokuša da odgovori na nove poteškoće.³²

Prema Konvenciji, države potpisnice se obavezuju da u okviru ustavnih (zakonskih) odredaba preduzmu potrebne *mere* za sprovođenje odredaba u cilju sprečavanja i suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca na fudbalskim utakmicama. Države su dužne da primenjuju odredbe i na druge sportske manifestacije gde postoji strah od nasilja ili nedoličnog ponašanja. Mere za sprečavanja i suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca na fudbalskim utakmicama obuhvataju sledeće: koordinaciju nacionalnih politika i mere koje preduzimaju vlasti država potpisnica, osnivanje nacionalnih koordinacionih tela, angažovanje policije na stadionima i putevima ka stadionu, policijsku saradnju u državama potpisnicama, redarsku službu, organizovanje navijača i socijalno-obrazovne mere.³³

Konvencija detaljnije uređuje tri oblasti: prevenciju, saradnju i sudske mere. *Preventivne mere* obuhvataju: fizičko razdvajanje navijačkih grupa, konsultacije, strogu kontrolu prodaje karata, zabranu pristupa stadionima za registrovane prestupnike, ograničenje ili zabrana prodaje alkoholnih pića na i

²⁹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, "Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori" br. 9/90.

³⁰ Republika Srbija je prihvatila najveći broj ranijih međunarodnih obaveza i dokumenata na osnovu pravnog stava o državi sukcesoru nekadašnje SFRJ. Vlada RH donela je 14. 4. 1994. *Odluku o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora* koje je RH prihvatila kao stranka na osnovu pristupa (akcesije). Među njima se nalazi i Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 6/94

³¹ Šuput, D., *Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama*. Strani pravni život br. 1/10, Beograd 2010, str. 233–263.

³² Op. cit. u nap. 27.

³³ *Ibid.*

u blizini sportskih objekata, bezbednosne provere (oružje i opasni predmeti). Istaknuta je odgovornost organizatora i državnih organa u dizajniranju sportskih objekata, izgradnji ograda i barijera kojima se garantuje bezbednost gledalaca. U okviru *saradnje* predviđaju se kontakti između sportskih klubova, organizatora i policije zemalja učesnica međunarodnih sportskih događaja, razvoj društvenih i obrazovnih mera za sprečavanje nasilja i rasizma. *Pravna saradnja* obuhvata saradnju pravosudnih organa, uvid u evidencije sudova o licima procesuiranim zbog nasilja i identifikaciju rizičnih osoba u cilju isključenja pojedinaca sa stadiona i ustupanje sudskog postupka državi porekla.³⁴

Konvencija je revolucionarni dokument koji uređuje pitanja iz oblasti krivičnog i prekršajnog prava u oblasti sporta i predstavlja najvažniji izvor međunarodnog prava, kojim se na sistematičan i sveobuhvatan način uređuje oblast borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama.

c) Važan međunarodni izvor prava u ovoj oblasti su i odluke pojedinih međunarodnih organizacija, poznate kao meko pravo (*soft law*).³⁵ Pravna obaveznost ovih odluka izvire iz ovlašćenja organa koji ih donosi, a koji je statutom međunarodne organizacije ovlašćen da usvaja preporuke i rezolucije. U pitanju su dokumenti koji ne podležu ratifikaciji u predstavničkim telima, obaveze koje države preuzmu su manje pravne i u slučaju nepoštovanja sankcije su političke prirode.³⁶

Od značajnijih *preporuka SE* koje se odnose na mere u sprečavanju nasilja na sportskim manifestacijama navode se: Preporuka 87/1 o prodaji i konzumiranju alkoholnih pića (*Recommendation on alcohol sales and consumption*), Preporuka 87/2 o pretresu masa (*Recommendation on crowd searches*), Preporuka 88/1 o policijskoj saradnji (*Recommendation on police co-operation*), Preporuka 88/2 o pripremi velikih događaja (*Recommendation on preparation for major events*), Preporuka 89/1 o smernicama za prodaju karata (*Recommendation on guidelines for ticket sales*), Preporuka 89/2 o sveobuhvatnom izveštaju o merama u borbi protiv huliganizma (*Recommendation on comprehensive report on measures to counter hooliganism*), Preporuka 90/1 o smernicama za stranke za sprovođenje čl. 5 Konvencije: identifikaciju i tretman prestupnika (*Recommendation on guidelines to the Parties for the implementation to Article 5 of the Convention: identification and treatment of offenders*), Preporuka 93/1 o merama koje moraju poduzeti or-

³⁴ <http://www.inbrief.co.uk/football-law/football-hooliganism.htm#> (15. 7. 2017).

³⁵ Krivokapić, B., *Pojam međunarodnog prava*, Strani pravni život, God. 1, br. 1, Beograd, 2009, str. 25–26.

³⁶ Šuput, D., *Izvori kaznenog prava u oblasti sporta i usklađenost srpskog prava sa međunarodnim standardima*. Strani pravni život, God. 55, br. 1, Beograd, 2011, str. 239.

organizatori fudbalskih utakmica i javne vlasti (*Recommendation to Parties on Measures to be taken by the Organisers of Football Matches and Public Authorities*), Preporuka 94/1 Stalne komisije Konvencije o merama koje se moraju preduzeti u pogledu održavanja sportskih takmičenja u sportskim halama, a uključuju visok stepen rizika (*Recommendation to parties on measures to be taken by organisers and public authorities concerning high-risk indoor sports events*), Preporuka 97/1 o korišćenju standardnih obrazaca za razmenu policijskih obaveštenja povodom visoko rizičnih sportskih događaja (*Recommendation on the use of standard forms for the exchange of police intelligence concerning high risk sports events*), Rezolucija 97/1 Stalnog komiteta o upotrebi termina nediskriminacije (*Resolution of the Standing Committee on the use of non-discrimination terms*), Preporuka stranaka o kontrolnom popisu mera koje treba da preduzmu organizatori stručnih sportskih događaja i od strane javnih vlasti, 2007 (*Recommendation to parties on the Checklist of measures to be taken by the organisers of professional sporting events*), Izjava o ogradama i barijerama (*Statement on fences and barriers*), Preporuka 99/1 o redarskoj službi (*Recommendation on stewarding*), Preporuka 99/2 o uklanjanju ograda na stadionima (*Recommendation on removal of fences in stadiums*), Preporuka 99/3 o identifikaciji i postupanju sa prestupnicima i razmeni obaveštajnih podataka na evropskom prvenstvu u fudbalu (EURO 2000), Preporuka 1434/1999 Parlamentarne skupštine Saveta Evrope – fudbalski huligанизam, Preporuka 2001/6 o sprečavanju rasizma, ksenofobije i rasne netrpeljivosti u sportu (*Recommendation on the prevention of racism, xenophobia and racial intolerance in sport*), Preporuka 2002/1 o smernicama za prodaju karata na međunarodnim fudbalskim utakmicama – klubova i reprezentacija (*Recommendation on guidelines for ticket sales at international football matches - teams and nations*), Preporuka 2003/1 Stalne komisije o ulozi društvenih i edukativnih mera u prevenciji nasilja u sportu i priručnika o prevenciji nasilja u sportu (*Recommendation of the Standing Committee on the role of the social and educative measures in the prevention of violence in sport and the handbook on the prevention of violence in sport*), Preporuka o kontrolnoj listi mera koje treba preduzeti organizator profesionalnog sportskog događaja i od strane državnih organa, 2008 (*Recommendation on the checklist of measures to be taken by the organisers of professional sporting events and by the public authorities*), Preporuka o korišćenju pirotehničkih sredstava na sportskim događajima, 2008 (*Recommendation on the use of pyrotechnical devices at sports events*), Preporuka o korišćenju javnih površina tokom velikih sportskih događaja, 2009 (*Recommendation on the use of public viewing areas at*

large scale sports events), Preporuka o dijalogu i interakciji sa navijačima, 2012 (*Recommendation on dialogue and interaction with fans*).³⁷

Preporuka SE o smernicama za prevenciju i suzbijanje nereda koji su povezani s fudbalskim utakmicama (*Council Recommendation of 22 April 1996 on guidelines for preventing and restraining disorder with football matches - 96/C 131/01*) jedna je od važnijih u ovoj oblasti, odnosi se na primenu mera koje predviđa Konvencija (1985) od kojih su neke još u fazi razrade. Cilj dokumenta je da se osigura konzistentan, koordiniran i efikasan odgovor policije i fudbalskih organizacija u državama članicama EU. Dokument predviđa klasifikaciju navijača na sledeće kategorije: grupa "A" – mirni navijači, "B" – navijači koji su skloni konfrontaciji i neredu, posebno pod uticajem alkohola, i pod "C" – nasilni navijači ili organizatori nasilja. U aneksu dokumenta preporučena je forma (obrazac) izveštaja za razmenu policijskih obaveštajnih informacija.³⁸

Podsećamo i na Rezoluciju SE od 3. 6. 2010, koja predstavlja dopunjeni tekst Priručnika sa preporukama za internacionalnu policijsku saradnju i merama prevencije u kontroli nasilja i nereda koji su u vezi sa fudbalskim utakmicama sa internacionalnom dimenzijom u kojima je uključena bar jedna država članica (*Council Resolution of 3 June 2010 concerning an updated Handbook with Recommendations for international police cooperation and measures to prevent and control violence and disturbances in connection with football matches with an international dimension, in which at least one Member state is involved 2010/C 165/01*).³⁹

d) Ostali izvori međunarodnog prava u oblasti sporta su pravni *akti transnacionalnih međunarodnih nevladinih sportskih organizacija*. U pitanju su sportski propisi nevladinog sektora koji ne obavezuju države i direktno ne utiču na zakonodavna rešenja kojima se uspostavljaju kaznenopravni mehanizmi zaštite sporta. Opšti pravni akti međunarodnih nevladinih sportskih organizacija predstavljaju izvor prava za nacionalne sportske organizacije iz različitih grana sporta i sportskih disciplina, koje svojim aktima propisuju disciplinske delikte iz oblasti sporta te sankcije za izvršioce tih delikata.⁴⁰ Na toj osnovi nacionalne sportske organizacije kao članice međunarodnih asocijacija donose svoje propise, usklađene sa nacionalnim zakonodavstvom.

Najvažniji su propisi međunarodnih fudbalskih organizacija FIFA i UEFA koji predviđaju preventivne i represivne mere u svojim statutima, a

³⁷ http://www.coe.int/t/dg4/sport/Resources/Ref_Text_Violence_en.asp#P56_1561 (15. 7. 2017).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Šuput, D., *Propisi FIFA i UEFA protiv nasilja na fudbalskim utakmicama – problem preklapanja nadležnosti države i sportskih organizacija*, Bezbednost br. 1, God. 54, Beograd, 2012, str. 167.

posebno u disciplinskim aktima. Od sankcija predviđaju se sledeće: novčane kazne za fudbalske klubove i saveze; odigravanje fudbalskih utakmica bez prisustva publike ili van sopstvenog stadiona; suspenzija fudbalskog stadiona i isključenje iz međunarodnih takmičenja koje organizuju ove federacije. Smatramo veoma značajnim što su poslednjih godina ove organizacije intenzivirale borbu protiv svih oblika rasizma na stadionima, kao i bilo kog drugog vida diskriminacije u sportu.⁴¹

3. Nacionalni krivičnopravni okvir za suzbijanje nasilja na sportskim manifestacijama

3. 1. Krivičnopravni okvir u Republici Srbiji

Pre usvajanja posebnih propisa u oblasti sporta, pitanje bezbednosti na sportskim manifestacijama u Srbiji bilo je regulisano blanketnim normama kao što su Zakon o javnom redu i miru⁴², Zakon o okupljanju građana⁴³ i drugi koji razumljivo nisu mogli celovito da regulišu ovu specifičnu problematiku. S obzirom na to da bezbednosna problematika u to vreme nije bila toliko složena kao danas, ovi propisi su bili relativno prihvatljivi u praksi.

a) Promenom društvenih prilika bezbednost na sportskim i drugim javnim manifestacijama je bila evidentno narušena. Nedostajao je poseban nacionalni pravni okvir koji bi bolje regulisao pitanje bezbednosti na sportskim i drugim javnim manifestacijama.

U jeku društvenih reformi 2003. godine usvojen je *Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama* (tzv. *Anti hooligans act*), koji je nekoliko puta noveliran (2005, 2007, 2009, 2013).⁴⁴ Zakon je koncipiran shodno rešenjima država članica EU i pravno se naslanja na Evropsku konvenciju o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama iz 1985. godine. Zakon je uvažio domaću pravnu praksu, tradiciju i iskustva organa unutrašnjih

⁴¹ Kovač, M., *Nasilje u sportu: huliganizam kao oblik nasilja sportske publike*. Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, God. 24, br. 1-2, Beograd, 2005, str. 349.

⁴² Zakon o javnom redu i miru, "Sl. glasnik RS" br. 5/92, 3/93, 67/93, 48/94, 101/05.

⁴³ Zakon o okupljanju građana, "Sl. glasnik RS" br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94.

⁴⁴ Milošević, G., Nikač, Ž., *Borba protiv nasilja na sportskim i javnim manifestacijama u Srbiji – legislativna rešenja i aktivnosti policije*. Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu – zbornik radova na konferenciji, KPA, Beograd, 2011, str. 129–130.

poslova na očuvanju stabilnog javnog reda i mira. Smisao propisa je da se građanima obezbedi pravo da mogu učestvovati na javnim skupovima, dakle i na sportskim manifestacijama, zatim pravo na okupljanje i ostvarenje drugih prava i sloboda koji su zaštićeni međunarodnim i unutrašnjim pravom, posebno Ustavom RS.⁴⁵

Pravnotehnički, u pitanju je relativno kratak, jasan i jezgrovit propis. Osnovna primedba je da je zakonodavac pokušao da obuhvati skoro svaku situaciju u praksi, što je naravno nemoguće. To je bio glavni razlog što je zakon u kratkom periodu više puta menjan i dopunjavan. Celishodnije je u slučaju pravnih praznina i nejasnoća dati ekstenzivno i funkcionalno tumačenje, što je praksa EU i anglosaksonskih država. Od značajnih ističemo II odeljak, koji se odnosi na mere za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i III, koji obuhvata kaznene odredbe.⁴⁶

Zakonom su definisani osnovni pojmovi: sportsko takmičenje, sportske manifestacije, organizator, vreme i mesto održavanja, učesnici. Podrobnije su određene *radnje* nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama te navedeni modusi izvršenja.⁴⁷

U cilju preventivnog delovanja i smanjenja rizika izbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca Zakon propisuje više *preventivnih mera* koje su dužni da sprovedu sportski savezi, sportska društva i sportske organizacije. Važnu ulogu i ovlašćenja ima *redarska služba* koja je pod posebnim monitoringom nacionalnih sportskih saveza i UEFA.⁴⁸ Značaj ove službe je danas još veći posle usvajanja novih propisa u oblasti privatne bezbednosti u Srbiji,⁴⁹ pa shodno tome ima veći stepen odgovornosti zajedno sa organizatorom i službama u poslovima obezbeđenja.

Predviđene su *mere na sportskim priredbama povećanog rizika* koje se odnose na obaveze organizatora, kontakt i saradnju sa predstavnicima drugih klubova, sportskim asocijacijama, policijom i drugim organima. Jedna od značajnih mera odnosi se na kontrolu prodaje i distribucije ulaznica za sport-

⁴⁵ Ustav RS, "Sl. glasnik RS" br. 83/06.

⁴⁶ Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, "Sl. glasnik RS" br. 67/03, 101/05 – dr. zakon, 90/07, 72/09 – dr. zakon, 111/09 i 104/13 – dr. zakon.

⁴⁷ *Ibid.*, čl. 4.

⁴⁸ Ljubisavljević, M., Nikač, Ž., Đukić, M., *Obuka redara po standardima UEFA u funkciji povećanja bezbednosti na sportskim manifestacijama*, Međunarodna konferencija „Menadžment bezbednosti sportskih takmičenja“, Univerzitet „Union – Nikola Tesla“, Fakultet za sport, Zbornik radova, Beograd, 2014, str. 106–117.

⁴⁹ Više: Nikač, Ž., *Privatna bezbednost i detektivska delatnost: novi zakonski propisi u Republici Srbiji*, Poslovni biro, Beograd, 2013.

ski događaj koja je moguća samo licima koja poseduju identifikacioni dokument, a mlađim od 16 godina u pratnji roditelja (staratelja).⁵⁰

Dalje su navedene *mere koje policija preduzima* radi sprečavanja nasilja i nedolichnog ponašanja koje se odnose na navijače, organizatore, redarsku službu. Policija je ovlašćena da izvrši kontradiverzioni(KD) pregled objekta najmanje 24 sata pre početka priredbe povećanog rizika i da ostvari uvid u organizacione pripreme.⁵¹

Novelama ovog zakona iz 2009. godine raniji čl. 20 “Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi” prestao je da bude inkriminisan kao krivično delo, te je izmešten u matični Krivični zakon (čl. 344a).⁵²

Zakonom su predviđeni *prekršaji* za koje se može pokrenuti prekršajni postupak protiv fizičkog lica za: bacanje predmeta u sportski teren, uništavanje imovine, neovlašćeno ulaženje u sportski objekat, unošenje (pokušaj) alkohola ili opojnih sredstava u sportski objekat, unošenje (pokušaj) pirotehničkih sredstava drugih predmeta, paljenje predmeta, akti skrivanja identiteta, nepostupanje po nalogima redarske službe, preprodaja ulaznica i prodaja alkohola. Shodno tome, propisane su prekršajne sankcije: kazna zatvora, novčana kazna, zaštitna mera zabrane prisustvovanja sportskoj priredbi i mera oduzimanja predmeta prekršaja.⁵³

Statistički podaci iz 2015. godine pokazuju da je na osnovu čl. 23 ukupan broj podnetih zahteva za pokretanje prekršajnog postupka bio 126. Ukupan broj prekršaja je 181, od toga 149 protiv punoletnih fizičkih lica, a 21 protiv maloletnika. U 22 slučaja postupak je u toku, 12 je osuđujućih presuda prema kojima je 12 osoba moralo platiti novčanu kaznu.⁵⁴

b) Krivični zakonik RS u Glavi XXXI predviđa krivična dela protiv javnog reda i mira (JRM) i među njima posebno krivično delo u čl. 344a pod nazivom “Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu”.⁵⁵

Kumulativnom kaznom, kaznom zatvora od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom, kazniće se ko fizički napadne ili se fizički obračunava sa učesnicima sportske priredbe ili javnog skupa, vrši nasilje ili oštećuje imovinu veće vrednosti prilikom dolaska ili odlaska sa sportske priredbe ili javnog

⁵⁰ Op. cit. u nap. 45.

⁵¹ Op. cit. u nap. 45, čl. 17.

⁵² Krivični zakonik RS, “Sl. glasnik RS” br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

⁵³ Op. cit. u nap. 45, čl. 23.

⁵⁴ Podaci MUP RS, Sektora za analitiku, telekomunikacione i informacione tehnologije, 30. 6. 2016.

⁵⁵ Op. cit. u nap. 51.

skupa, unese u sportski objekat ili baca na sportski teren, među gledaoce ili učesnike javnog skupa predmete, pirotehnička sredstva ili druge eksplozivne, zapaljive ili škodljive supstance koje mogu da izazovu telesne povrede ili ugroze zdravlje učesnika sportske priredbe ili javnog skupa, neovlašćeno uđe na sportski teren ili deo gledališta namenjen protivničkim navijačima i izazove nasilje, oštećuje sportski objekat, njegovu opremu, uređaje i instalacije, svojim ponašanjem ili parolama na sportskoj priredbi ili javnom skupu izaziva nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnju ili netrpeljivost zasnovanu na nekom diskriminatornom osnovu usled čega dođe do nasilja ili fizičkog obračuna sa učesnicima.

Zakonom su propisana tri *kvalifikatorna oblika* ovog krivičnog dela. O prvom kvalifikatornom obliku radiće se ako je krivično delo izvršeno od strane grupe, za koje je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina. Drugi kvalifikatorni oblik odnosi se na kolovođu grupe koji izvrši krivično delo za koje je zakonom propisana kazna zatvora od tri do dvanaest godina. Ako je izvršenjem krivičnog dela došlo do nereda u kome je nekom licu naneta teška telesna povreda ili je oštećena imovina veće vrednosti, treći je kvalifikatorni oblik za koji će se učinilac kazniti kaznom zatvora od dve do deset godina.⁵⁶

Prema oficijelnim podacima, tokom 2015. godine za krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi bilo je prijavljeno 257 lica, od kojih 14 maloletnika. Otkrivenih krivičnih dela bilo je 86 i podneto 108 krivičnih prijava protiv lica, dok u 26 slučajeva javni tužilac nije odlučio o krivičnoj prijavi. Krivična istraga protiv lica je pokrenuta sedam puta, dok je u tri slučaja podignuta optužnica ili optužni predlog. Prema 19 lica je izrečena osuđujuća pravosnažna presuda, dok je broj uslovnih osuda 14. Kazna zatvora je izrečena u pet slučajeva i to: tri meseca – 1 i šest meseci – 4.⁵⁷

U lepezi krivičnih sankcija, prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, za krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama dominantna je *uslovna osuda*. Evidentno je da je, kao i u slučaju drugih krivičnih dela, kaznena politika veoma blaga, što ne odgovara težini krivičnog dela, naročito posledicama. To je pogubno *pro futuro* jer se potencijalnim izvršiocima šalje poruka da neće pretrpeti sankciju i utiče na povećanje broja incidenata na sportskim manifestacijama. U pojedinim medijama prisutna je promocija nasilnika u odnosu na gledaoce koji na miran i kulturn način posmatraju ove događaje. Statistički podaci ukazuju na to da je minorna primena odlaganja krivičnog gonjenja.⁵⁸

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Op. cit. u nap. 53.

⁵⁸ Čl. 283. ZKP, "Sl. glasnik RS" br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

Tabela br. 1. Prijave i osude prema čl. 344a KZ RS – Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi u 2016. godini⁵⁹

Krivični zakonik RS	
Čl. 344a Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi	
2016. godina	
Prijave	108
Osude	126
Kazna zatvora	20
Novčana kazna	12
Uslovna osuda	81
U kućnom zatvoru	12
Rad u javnom interesu	1
Muškarci	174
Žene	5
Ukupno počinitelji – pravne osobe	6
Ukupno predloženo zaštitnih mjera	324

Tabela pod red. br. 1 prikazuje prijave i osude za krivično delo prema čl. 344a KZ RS *Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi* u 2016. godini. Ukupno je podneseno 108 krivičnih prijava, dok je 126 donetih pravosnažnih osuđujućih presuda. Među osuđujućim presudama izrečene su sledeće sankcije: kazne zatvora, novčane kazne, uslovne osude, kućni zatvor te rad u javnom interesu. Prema osuđenima najviše se primenjuje uslovna osuda (81), dok je na drugom mjestu prema zastupljenosti sankcija, izrečena kazna zatvora (20). Počinitelji ovog krivičnog dela uglavnom su muškarci (174), a vrlo retko žene (5). Isto tako, neznan je broj počinitelja pravnih lica krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi (6).

Mišljenja smo da bi jedna od mera koja bi mogla da bude svrsishodna kod smanjenja broja ovog krivičnog dela bila podvrgavanje psihosocijalnom tretmanu lica radi otklanjanja uzroka nasilničkog ponašanja.

c) *Ostali propisi* od značaja za suzbijanje nasilja na sportskim manifestacijama su podzakonski akti doneti radi primene Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, među kojima je od posebnog značaja *Pravilnik o programu i načinu sprovođenja obuke za obav-*

⁵⁹ Punoletni učinioci krivičnih dela u RS u 2016. godini, Republički zavod za statistiku, br. 194, od 14. 7. 2017.

ljanje poslova redara na sportskim priredbama.⁶⁰ Valja spomenuti Nacionalnu strategiju za borbu protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama za period 2013–2018. i Nacionalni akcioni plan za sprovođenje Strategije.⁶¹ Tu su i ranije pomenuti *Zakon o privatnom obezbeđenju* i *Zakon o detektivskoj delatnosti*,⁶² kao i *Memorandum o saradnji MUP RS i Privredne komore RS*, koji je polazna osnova za unapređenje javno-privatnog partnerstva u sektoru bezbednosti.⁶³ Od značaja su i “matični” *Zakon o sportu*⁶⁴ i ranije usvojeni *Zakon o zabrani manifestacija neonacističkih ili fašističkih organizacija i udruženja i zabrani upotrebe neonacističkih ili fašističkih simbola i obeležja*,⁶⁵ u široj javnosti poznat kao „Anti nazzi act“.

Pored policije, pravosudnih organa, klubova i drugih subjekata u suzbijanju nasilja na sportskim manifestacijama posebnu ulogu ima *Savet za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja u sportu*, koji je osnovala Vlada RS 2009. godine.⁶⁶

3. 2. Krivičnopravni okvir u Republici Hrvatskoj

Republika Hrvatska se takođe suočila sa problemom huliganizma, nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim i drugim javnim manifestacijama, pa je bila prinuđena da usvoji legislativu i preduzme mere na nacionalnom nivou. Pitanje je dobilo na značaju još prilikom podnošenja aplikacije za prijem u EU te kasnije nakon ulaska u Uniju (2013). To je podrazumevalo harmonizaciju unutrašnjeg zakonodavstva sa pravom i tekovinama EU i s tim u vezi usvajanje propisa u oblasti bezbednosti, zaštite ljudskih prava i građanskih sloboda.

U borbi protiv huliganizma, nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim manifestacijama Hrvatska je usvojila *Zakon o sprječavanju nereda na*

⁶⁰ *Pravilnik o programu i načinu sprovođenja obuke za obavljanje poslova redara na sportskim priredbama*, “Sl. glasnik RS” br. 28/11

⁶¹ Nacionalna strategija za borbu protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama za period 2013–2018 i Nacionalni akcioni plan za sprovođenje Strategije, “Sl. glasnik RS” br. 63/13.

⁶² “Sl. glasnik RS” br. 104/13.

⁶³ <http://www.pks.rs/Vesti.aspx?IDVestiDogadjaji=11613> (3. 8. 2017).

⁶⁴ *Zakon o sportu*, „Sl. glasnik RS“ br. 10/16.

⁶⁵ *Zakon o zabrani manifestacija neonacističkih ili fašističkih organizacija i udruženja i zabrani upotrebe neonacističkih ili fašističkih simbola i obeležja*, “Sl. glasnik RS” br. 41/09.

⁶⁶ http://politickiforum.org/tribina_stamp.php?naredba=stamp_a_teksta&id=922 (3. 8. 2017).

športskim natjecanjima.⁶⁷ Kaznenim zakonom⁶⁸ inkriminisano je nekoliko krivičnih dela koja su primenjiva na akte nasilja na sportskim manifestacijama, dok je Zakonom o prekršajima protiv javnog reda i mira⁶⁹ predviđeno kažnjavanje za dela koja su česta na sportskim manifestacijama poput nereda, tuča, svađa i drugog ponašanja kojim se remeti JRM. Podsećamo i na Zakon o sportu⁷⁰ koji nema direktnu ulogu u pogledu prevenciju nasilnog ponašanja na sportskim manifestacijama, ali se njime određuju opšte postavke o sportu.

a) *Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima* (ZSNSN), *lex specialis*, donet je još 2003. godin i shodno društvenim prilikama menjan i dopunjavan nekoliko puta (2006, 2009, 2011). Zakon se sastoji od IX odeljaka i ukupno 43 odredbe. Od važnijih poglavlja ističemo ona koja regulišu pitanja sportskih događaja, sportskih objekata, učesnika (gledaoci, sportisti) i ulogu sredstava javnog informisanja, dok odeljak VII predviđa sankcije za protivpravna ponašanja na sportskim manifestacijama.

Osnovna *svrha* je prevencija nereda na sportskim manifestacijama, obezbeđenje sigurnosti gledalaca, sportista i drugih učesnika i stvaranje okruženja koje sprečava, suzbija i sankcioniše nedolično ponašanje, nereda i nasilje (pre, za vreme i nakon sportskog događaja). Od bitne važnosti su zaštita gledalaca, drugih građana i njihove imovine, imovine pravnih lica, te stvaranje uslova da sportska manifestacija doprinese kvalitetu života građana i posebno mlade generacije.⁷¹

Zakonom su propisana protivpravna ponašanja, obaveze i odgovornosti organizatora, učesnika i sportskih saveza, posebni uslovi koje mora ispunjavati sportski objekat i obaveze vlasnika ili korisnika te obaveze i odgovornosti gledalaca, sportista i ostalih aktera sportskog događaja. Zakonom su predviđena krivična dela, prekršaji i sankcije za protivpravna ponašanja.⁷²

Protivpravno ponašanje je navedeno dosta široko i obuhvata sledeće radnje: a) posedovanje ili konzumiranje alkoholnih pića ili droga, pirotehničkih sredstava, oružja i drugih sredstava pogodnih za nanošenje povreda ili za stvaranje nereda i nasilja, b) unošenje (pokušaj) u sportski objekat alkohola, droga, pirotehničkih sredstava, oružja i drugih predmeta pogodnih da povrede ili izazovu nered i nasilje, c) pokušaj ulaska, dolazak i boravak na prostoru sportskog objekta u alkoholisanom stanju, d) maskiranje lica kapom, ma-

⁶⁷ Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, *Narodne novine* br. 117/03, 71/06, 43/09, 34/11.

⁶⁸ Kazneni zakon RH, *Narodne novine* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

⁶⁹ Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira, *Narodne novine* br. NN 5/90, 30/90, 47/90, 29/94.

⁷⁰ Zakon o sportu, *Narodne novine* br. 71/06, 150/08, 124/10, 124/11, 86/12, 94/13, 85/15, 19/16.

⁷¹ Op. cit. u nap. 66, čl. 1.

⁷² *Ibid*, čl. 2.

ramom ili na drugi način radi prikrivanja identiteta, e) unošenje (pokušaj) i isticanje transparenta, zastave ili druge stvari s tekstom, slikom, znakom ili obeležjima kojima se iskazuje ili postiže mržnja ili nasilje po osnovu rasne, nacionalne, regionalne ili verske pripadnosti, f) bacanje predmeta u teren ili gledalište, g) pevanje pesama ili dobacivanje poruka čiji sadržaj iskazuje ili postiže mržnju ili nasilje po osnovu rasne, nacionalne, regionalne ili verske pripadnosti, h) paljenje i bacanje pirotehničkih sredstava, i) paljenje ili uništavanje na drugi način navijačkih rekvizita i drugih predmeta, j) nedopuštene ulazak (pokušaj) u teren, gledalište, sudijske prostorije ili drugi prostor namenjen drugim učesnicima manifestacije i k) boravak i zadržavanje na mestu u gledalištu za koje se ne poseduje ulaznica ili odgovarajuća isprava organizatora.⁷³

Detaljnije su obrađena pitanja koja se odnose na sportsko takmičenje, obaveze organizatora u pogledu mera bezbednosti, ulogu i zadatke redarske službe i saradnju sa policijom, aktivnosti sportskih klubova i kontakte sa navijačima, građevinske i funkcionalne performanse sportskog objekta.⁷⁴ Gledaocima je posvećen značajan odeljak (IV) u kojem se predviđaju mere i ovlašćenja policije prema licima koja se ponašaju protivpravno. U pitanju su ponašanja pod uticajem alkohola ili droga, zatim upotreba pirotehničkih sredstava i predmeta podobnih da povrede ili prouzrokuju nered i nasilje, nošenje zastava, transparenta i simbola koji sadrže rasističke i druge neprihvatljive poruke. Policija može da oduzme iste predmete, da zabrani ili spreči dolazak i prisustvo lica na sportsku manifestaciju, alkotestira lice, udalji iz objekta (okoline) i zadrži lice do dva sata nakon završetka manifestacije. Takođe, policija je ovlašćena da pregleda sredstva javnog prevoza i privatna vozila kojima se prevoze navijači i da ih privremeno isključi iz saobraćaja do dva sata nakon završetka manifestacije.⁷⁵

U slučaju procene da pretila opasnost za bezbednost gledalaca i učesnika na sportskoj manifestaciji, policija može da zabrani održavanje utakmice, takva ovlašćenja ima i ako je tokom utakmice došlo do pretilne i ugrožavanja bezbednosti. To se odnosi i na slučaj kada je tokom održavanja sportskog susreta došlo do protivpravnog ponašanja gledalaca u većem obimu.⁷⁶

Prema ZSNŠN, većina protivpravnih ponašanja su tretirana kao *prekršaji* za koje su predviđene sankcije: novčana kazna, kazna zatvora i zaštitne

⁷³ *Ibid*, čl. 4.

⁷⁴ *Ibid*, Odeljak II i III, čl. 5–23.

⁷⁵ Margetić, M., Borovec, K., *Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima – preventivne i represivne mjere sudova i policije*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 22, br. 2, Zagreb, 2015, str. 589–634.

⁷⁶ Op. cit. u nap. 66, čl. 28.

mere, a za maloletne prekršioce i odgojne mere.⁷⁷ Pravni osnov za propisivanje sankcija za prekršaje je čl. 5 st. 1 Prekršajnog zakona (PZ)⁷⁸ kojim se propisuju kazne (novčane i zatvor) i zaštitne mere, dok se u st. 2 navode mere upozorenja (opomena i uslovna osuda), zaštitne mere (čl. 50 st. 1 PZ) i odgojne mere.⁷⁹

Kao *krivična dela* predviđena su sledeća protivpravna ponašanja: sudelovanje u tučnjavi ili napadu na gledaoce ili druge osobe (čl. 31a), organizovanje nasilja na sportskim terenima (čl. 31b), uništavanje stvari ili imovine na sportskom takmičenju (čl. 31c) i nepoštovanje zaštitnih mera i zabrana propisana kao kaznena djela (čl. 31d).⁸⁰ Učestvovanje u tuči ili napadu na gledaoce ili druge osobe svakako je najvažnije krivično delo u ovoj oblasti kojim se predviđa kazna zatvora od tri meseca do tri godine za lice koje za vreme dolaska, trajanja ili povratka sa sportske manifestacije učestvuje u tučnjavi ili napadu na druge gledaoce, redare, službena i druga lica, usled čega je neka osoba teško telesno povređena. O kvalifikovanim oblicima radiće se ako je došlo do smrti nekog lica, za koje je predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina, i u slučaju ako je počinitelj organizator ili vođa grupe koja je izvršila krivično delo s propisanom kaznom od 1 do 8 godina odnosno 3 do 12 godina zatvora.⁸¹

Zakonodavac se opredelio za rešenje da se *kazne zatvora* propisuju u određenim rasponima zavisno o tome o kojem se krivičnom delu radi, dok u pogledu *novčanih kazni* za krivična dela iz ovog zakona iznosi nisu propisani već su način i uslovi izricanja u tim slučajevima propisani čl. 42 u vezi čl. 47 KZ (novčane kazne u dnevnim iznosima). Dalje se predviđa mogućnost izricanja mera upozorenja (opomena i uslovna osuda) i zaštitnih mera iz čl. 32 ZSNŠN, kao i prema čl. 50 PZ (*obavezno liječenje od ovisnosti, zabrana obavljanja određenih dužnosti ili djelatnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, zabrana posjećivanja određenog mjesta ili područja*).⁸² Posebno značajna je mera zabrane prisustvovanja sportskim događajima u trajanju od 1 do 5 godina nakon pravosnažnosti sudske presude.

Mišljenja smo da bi novelama ZSNŠN trebalo bolje urediti sistematiku zakona, posebno deo koji se odnosi na sankcije, a koje su sadašnjim zako-

⁷⁷ Op. cit. u nap. 66, čl. 31.

⁷⁸ Prekršajni zakon RH, *Narodne novine* br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17.

⁷⁹ Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, Priručnik za polaznike/ce, Pravosudna akademija, Visoki prekršajni sud RH Zagreb, 2016, str. 15–16.

⁸⁰ Izmene i dopune ZSNŠN iz 2011.

⁸¹ Op. cit. u nap. 78. str. 21–22.

⁸² Op. cit. u nap. 66, čl. 32–34.

nom vrlo nepregledno propisane. Dalje, predlaže se inkriminisati prekršaje i krivična dela u posebnim celinama shodno važećim normama kaznenog zakonodavstva.

b) Kaznenim zakonom RH u glavi XXX inkriminisana su krivična dela protiv javnog reda i među njima *nasilničko ponašanje* na javnom mestu (čl. 323a) i *izazivanje nereda* (čl. 324).

Dovođenje drugoga u ponižavajući položaj nasiljem, zlostavljanjem, izivljavanjem ili drugim osobito drskim ponašanjem na javnom mestu, što se odnosi i na sportske manifestacije, inkriminisano je kao nasilničko ponašanje te kažnjivo kaznom zatvora do tri godine, pod uslovom da navedenim radnjama nije izvršeno neko drugo teže krivično delo.⁸³ Istom kaznom, kaznom zatvora do tri godine, kazniće se izvršilac za krivično delo izazivanje nereda. Radnja obuhvata sudelovanje u grupi koje nasiljem prema drugim osobama ili stvarima ili pretnjom da će počiniti nasilje ugrožava javni red ili postiže grupu na nasilje.⁸⁴ Kazneni zakon predvidio je za ovo krivično delo i jedan kvalifikovani oblik, ako je ono počinjeno iz mržnje, prema većem broju osoba, ili uz upotrebu oružja ili opasnog oruđa ili je njime doveden u opasnost život ili telo druge osobe ili je ono dovelo do znatne imovinske štete. Propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina.⁸⁵ Zakonodavac je predvideo i fakultativno oslobođenje od kazne onog učesnika koji se udalji na zahtev službene osobe pre nego što sam izvrši akt nasilja.⁸⁶

Tabela br. 2. Podaci o sportskim javnim okupljanima u 2016. godini u RH⁸⁷

<i>Sportska javna okupljanja u 2016. godini</i>	<i>Brojno stanje</i>
Prijavljena	10.430
Neprijavljena	26
Održana	9.996
Odgodena	152
Prekinuta	6
Privedeni građani	865
Lakše povređeni	18
Teže povređeni	3
Podnete krivične prijave	7
Podnete prekršajne prijave	812

⁸³ Čl. 323. a. KZ RH.

⁸⁴ Čl. 324. st. 1. *Ibid.*

⁸⁵ St. 2. *Ibid.*

⁸⁶ St. 3. *Ibid.*

⁸⁷ MUP, Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj, Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2016. godini, Klasa: 953-01/17-01/3, Urbroj: 511-01-142-17-1, Zagreb, siječanj 2017, str. 113.

U tabeli pod red. br. 2 prikazani su podaci o prijavljenim, neprijavljenim, održanim, odgođenim te prekinutim sportskim javnim okupljanjima u 2016. godini. Tabela sadrži i brojno stanje privedenih građana kao i lakše i teže povređenih, koji su prisustvovali sportskim javnim okupljanjima u prošloj godini. Isto tako, u tabeli su navedeni i podaci o podnetim krivičnim i prekršajnim prijavama.

Od ukupno prijavljenih (10.430) sportskih javnih okupljanja u 2016. godini, održano je njih 9.996 ili 95,84%, odgođeno ih je 152 ili 1,46%, dok je svega šest sportskih manifestacija ili 0,057% prekinuto. Što se tiče odnosa podnetih krivičnih i prekršajnih prijava, vidljivo je da se radi uglavnom o podnetim prekršajnim prijavama (812), dok je svega bilo podneto samo sedam krivičnih prijava u 2016. godini.

Tabela br. 3. Podaci o počiniteljima prekršaja iz Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima u RH u 2016. godini⁸⁸

Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima	
2015. godina	1.149
2016. godina	1.112
Ukupno počinitelji – fizičke osobe	1.112
Muškarci	1.101
Žene	11
Ukupno počinitelji – maloljetnici	44
Muškarci	42
Žene	2
Ukupno povratnici	179
Muškarci	174
Žene	5
Ukupno počinitelji – pravne osobe	6
Ukupno predloženo zaštitnih mjera	324

U tabeli pod red. br. 3 vidljivi su podaci o počiniteljima prekršaja iz Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima u RH u 2015. i 2016. Pre svega, valja skrenuti pažnju na dosta slično brojčano stanje u odnosu na počinitelje, fizička lica u 2016. (1.112), u odnosu na fizička lica, počinitelje prekršaja u 2015. godini (1.149). Počinitelji prekršaja uglavnom su muškarci, a vrlo retko žene. Broj malodobnih počinitelja prekršaja je dosta nizak, svega 3,96%. Međutim, broj povratnika u počinjenju prekršaja iz Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima je zabrinjavajući i iznosi 16,10%. U 2016. godini kao počinitelji prekršaja u neznatnom broju bilo je evidentirano i šest pravnih lica.

⁸⁸ *Ibid*, str. 112.

Izložena rešenja iz ZSNŠN i KZ, kao i evidentiranje i procesuiranje krivičnih dela na, ili u vezi sa sportskim manifestacijama u RH, pokazuju da se samo u četiri slučaja radilo o krivičnim delima propisanim ZSNŠN. U svim ostalim slučajevima radilo se o krivičnim delima predviđenim KZ, kao što su: telesne povrede, teške telesne povrede, zloupotreba opojnih droga, napadi na službena lica, pretnje, dovođenje u opasnost života i imovine opšteopasnom radnjom ili sredstvom, oštećenje tuđe stvari, izazivanje nereda, javno podsticanje na mržnju, rasna i drugi vidovi diskriminacije. Među navijačkom populacijom preovlađuju imovinska i najteža krivična dela kao što su ubistvo i pokušaj ubistva.⁸⁹ Evidentno je da uvođenje nekih krivičnih dela u ZSNŠN izmenama i dopunama 2011. godine, nije rezultiralo procesuiranjem većeg broja izvršilaca krivičnih dela zbog više razloga (restriktivne inkriminacije, ekstenzivnog pojma veće imovinske vrednosti, otežanog dokazivanja učešća u fizičkim sukobima, neprocesuiranja lica usled nepoštovanja izrečenih mera i zabrana).

Predlažemo *de lege ferenda* uskladiti inkriminacije krivičnih dela koja se odnose na nasilje na sportskim i drugim javnim manifestacijama, a koje su sada propisane u više zakona: ZSNŠN, PZ, ZPJRM sa Kaznenim zakonom RH. Shodno navedenom, valja razmisliti o inkriminisanju krivičnog dela *nasilje na sportskim ili javnim manifestacijama* kao samostalnom krivičnom delu protiv javnog i reda i mira u Kaznenom zakonu.

c) *Ostali propisi* od značaja za suzbijanje nasilja na sportskim manifestacijama su Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira (ZPJRM), Zakon o javnom okupljanju i Zakon o suzbijanju diskriminacije, kojima se takođe propisuju i sankcionišu pojedina protivpravna ponašanja na sportskim i javnim manifestacijama. Zakon o sportu⁹⁰ nema direktnu ulogu u prevenciji nasilnog ponašanja na sportskim manifestacijama, ali je značajan jer na opšti način definiše pojedine odredbe o sportu. Od značaja su i pojedini podzakonski akti doneti radi implementacije ZSNŠN kao što su akti HNS (Hrvatski nogometni savez), akti sportskih klubova i propisi kompanija za pružanje usluga obezbeđenja (zaštitari).

Na nacionalnom nivou u RH osnovano je više *stručnih organa i tela* koja imaju ulogu i zadatak da doprinesu afirmaciji sporta te da preventivno deluju na suzbijanje nasilja na sportskim manifestacijama. *Nacionalni odbor za borbu protiv nasilja u sportu* je savetodavno telo formirano 2013. godine

⁸⁹ Op. cit. u nap. 78, str. 21–23.

⁹⁰ Op. cit. u nap. 69.

sa ciljem primene propisanih mera za suzbijanje nereda na sportskim manifestacijama.⁹¹ *Agencija za odgoj i obrazovanje*, zajedno sa resornim *Ministarstvom znanosti, obrazovanja i sporta*, sprovodi edukaciju u svrhu borbe protiv nasilja u sportu, koja je prilagođena svim uzrastima.⁹² Akcijski plan obuhvata različitu literaturu, zatim materijale za edukaciju, organizaciju tribina, stručne skupove s ciljem edukacije i usmeravanja dece na sportske aktivnosti.

U zadnje vreme popularne su *kampanje za sprečavanje huliganizma* kao što su: kampanja HNS u suradnji s klubovima iz prve lige protiv rasizma, diskriminacije i nasilja, kampanja *Moja tribina* okrenuta ka populaciji koja koristi internet i druge društvene mreže, i kampanja MUP RH *Stop nasilju na sportskim natjecanjima* koja je usmerena na škole i mladu generaciju.

Na kraju, značajno mesto u borbi protiv nasilja i nasilničkog ponašanja na sportskim manifestacijama imaju pravni stavovi, shvatanja i odluke Visokog prekršajnog suda RH donete u drugostepenom postupku.

Zaključak

Nasilničko i nedolično ponašanje na sportskim manifestacijama i huliganizam kao njihov najekstremniji pojavni oblik predstavljaju danas *globalni problem* u svetu. U pitanju su protivpravna ponašanja koja više ne predstavljaju banalne prekršaje ili lakša krivična dela, već akte s obeležjima *organizovanog kriminaliteta* koji nanose enormnu štetu fizičkim i pravnim licima, državama i međunarodnoj zajednici u celini. Različiti su pojavni oblici huliganizma, nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim manifestacijama, od kojih se po stepenu društvene opasnosti izdvajaju akti nasilja organizovanih, fašističkih i drugih ekstremističkih grupa. I dalje od toga, pojavni oblici huliganizma često imaju međunarodnu dimenziju jer se nasilničko ponašanje po pravilu manifestuje i van granica država.

Borba protiv huliganizma, nasilničkog i nedoličnog ponašanja odvija se na unutrašnjem i međunarodnom planu. Lider u borbi protiv huliganizma u svetu je Velika Britanija, posebno Engleska, koja se prva srela sa ovom pošasti i uspela da suzbije huliganizam i procesuiru njegove nosioce. Engleski model je bio uzor ostalim zemljama koje su na nacionalnom planu usvojile

⁹¹ Odluka o osnivanju Nacionalnog odbora za borbu protiv nasilja u sportu, *Narodne novine* br. 51/13

⁹² Akcijski plan za provedbu programa mjera edukacije u borbi protiv nasilja u športu, na športskim natjecanjima i izvan njih, Agencija za odgoj i obrazovanje, <http://www.azoo.hr>, Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta, <http://public.mzos.hr/> (26. 8. 2017).

komplementarna legislativna rešenja i otpočele sa primenom u praksi, dok je na međunarodnom planu najvažniji dokument *Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama*. Najveći broj zemalja opredelio se za donošenje posebnih propisa za suzbijanje protivpravnih ponašanja na sportskim manifestacijama, u kombinaciji sa normama nacionalnog krivičnog zakonodavstva.

Na identičan način reagovala su Srbija i Hrvatska koje nažalost imaju bogato iskustvo u borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim manifestacijama, nekada u zajedničkoj državi, a danas kao samostalne države. Položaj država dodatno opterećuju posledice minulih ratnih dešavanja i tranzicije među kojima se ističu siromaštvo, nezaposlenost i odsustvo perspektive za mlade. Hrvatska je danas u boljoj poziciji jer je članica EU, ali s druge strane ima i veće obaveze kao ravnopravni član. Obe zemlje su usvojile *lex specialis* rešenja kao osnov za suzbijanje protivpravnih ponašanja na sportskim događajima. Najvažnije mesto u legislativi zauzimaju krivični zakoni kojima se inkriminišu protivpravna ponašanja na javnim mestima i u oblasti sporta. *De lege ferenda* predlaže se usklađivanje inkriminacija prekršajnih i krivičnih dela nasilja na sportskim i drugim javnim manifestacijama, a koja su *de lege lata* propisana u nekoliko blanketnih propisa.

U borbi protiv huliganizma, nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim i javnim manifestacijama nisu dovoljna samo legislativna rešenja, već je neophodan multiagencijski pristup državnih organa i saradnja sa nevladinim sektorom. To podrazumeva i neophodnu međunarodnu saradnju država i organizacija u ovoj oblasti u pogledu razmene informacija i preduzimanja zajedničkih aktivnosti. U pitanju je rešenje koje su primenile države EU i koje se pokazalo u praksi kao jedino održivo na duže staze.

Literatura

Akcijski plan za provedbu programa mjera edukacije u borbi protiv nasilja u sportu, na sportskim natjecanjima i izvan njih, Agencija za odgoj i obrazovanje, <http://www.azoo.hr>

Bodin, D., *Huliganstvo*, Agencija za odgoj i vaspitanje, Zagreb, 2013.

Božić, V., Nikač, Ž., *Criminal incriminations based on the UN Convention Against Transnational Organized crime in the criminal legislation of the Republic of Croatia and the Republic of Serbia*, Faculty of Security, Skopje, Conference proceedings 2016, p. 89-111.

- Dominique, B., Luc, R., Stephan, H., *Sport and violence in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2004
- Đorić, M., *Ideološki motivisan ekstremizam kao generator političkog nasilja*, FPN, disertacija, Beograd, 2013
- Đorić, M., *Huliganizam kao međunarodni fenomen*, Revija za bezbednost, God. 6, br. 1, Beograd, 2012
- European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Htm/120.htm>
- European Parliament: *Resolution of the European Parliament on the violence at the football-match in Brussels on 29 May 1985*, Para I, 13 June 1985
- Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, *Narodne novine – Međunarodni ugovori* br. 6/94 od 6. 6. 1994.
- Kazneni zakon RH, *Narodne novine* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15
- Krivični zakonik RS, *Sl. glasnik RS* br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16
- Kovač, M., *Nasilje u sportu: huliganizam kao oblik nasilja sportske publike*. Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, God. 24, br. 1-2, Beograd, 2005
- Krivokapić, B., *Pojam međunarodnog prava*, Strani pravni život, God. 1, br. 1, Beograd, 2009
- Ljubisavljević, M., Nikač, Ž., Đukić, M., *Obuka redara po standardima UEFA u funkciji povećanja bezbednosti na sportskim manifestacijama*, Zbornik radova, Fakultet za sport, Beograd, 2014, str. 106–117.
- Leeson, T. P., Smith, J. D., Snow, A. N., *Hooligans*
- Lulescu, M., *Hooliganism-contemporary social phenomenon*, International Conference: CKS - Challenges of the Knowledge Society, 2012
- Margetić, M., Borovec, K., *Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima – preventivne i represivne mjere sudova i policije*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 22, br. 2, Zagreb, 2015, str. 589–634.
- Milašinović, S., Jevtović, Z., *Metodologija istraživanja konflikata i krizno komuniciranje u savremenom društvu*, KPA, Beograd, 2013
- Milošević, G., Nikač, Ž., *Borba protiv nasilja na sportskim i javnim manifestacijama u Srbiji – legislativna rešenja i aktivnosti policije*. Suprot-

- stavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu – zbornik radova na konferenciji, KPA, Beograd, 2011, str. 129–130.
- Nacionalna strategija za borbu protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama za period 2013–2018. i Nacionalni akcioni plan za sprovođenje Strategije, *Sl. glasnik RS* br. 63/13
- Nikač, Ž., Božić, V., *International Cooperation of Southeast Europe in the fight against crime*, Conference Proceedings “Theory and Practice of Law Enforcement Activities, Lviv, Ukraina, 2016, p. 431–443.
- Nikač, Ž., Milošević, G., *Fight against violence at sporting and public events in Serbia—Legislative solutions and actions of the Police*, International Scientific Conference *EU—area of freedom, security and justice*, Police Academy „Alexandru Ioan Cuza“, Bucharest, Romania, Conference Proceedings, Vol. I, 2011, p. 31–37.
- Nikač, Ž., *Privatna bezbednost i detektivska delatnost: novi zakonski propisi u Republici Srbiji*, Poslovni biro, Beograd 2013.
- Odluka o osnivanju Nacionalnog odbora za borbu protiv nasilja u sportu, Narodne novine br. 51/13
- Otašević, B., *Nasilje na sportskim priredbama*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015
- Podaci MUP RS, Sektora za analitiku, telekomunikacione i informacione tehnologije, 30. 6. 2016.
- Pravilnik o programu i načinu sprovođenja obuke za obavljanje poslova redara na sportskim priredbama, *Sl. glasnik RS* br. 28/11
- Prekršajni zakon RH, *Narodne novine* br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17
- Punoletni učinioci krivičnih dela u RS u 2016. godini, Republički zavod za statistiku, br. 194, od 14. 7. 2017.
- Professional security systems magazine*, Rooks Clarence, *Hooligan Nights*, London 1937
- Recommendation 963 of the Cultural and educational means of reducing violence, Strasbourg, 1983
- Recommendation No. R (84) 8 of the Reduction spectator violence at sports events, particularly at football matches, Strasbourg, 1984
- Rowland, C., *From Where I Was Standing: A Liverpool Supporter’s View of the Heysel Stadium Tragedy*. GPRF Publishing, Oxford, 2009

- Siekman, R. C. R., *Introduction to International and European Sports Law: Capita Selecta*, Hague: T. M. C. Asser Institute, 2012
- Spaaij, R., *Understanding football hooliganism: A comparison of six western european football clubs*. Amsterdam, University of Amsterdam, 2006
- Spaaij, R., *Aspects of hooligan violence - A Reappraisal of Sociological Research into Football Hooliganism*, Amsterdam School for Social Science Research, Amsterdam, 2006
- Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2016. godini, MUP RH, Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj, Klasa: 953-01/17-01/3, Ur broj: 511-01-142-17-1, Zagreb, 01/2017
- Šuput, D., *Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama*. Strani pravni život br. 1/10, Beograd 2010, str. 233–263.
- Šuput, D., *Izvori kaznenog prava u oblasti sporta i usklađenost srpskog prava sa međunarodnim standardima*, Strani pravni život, God. 55, br. 1, Beograd, 2011
- Šuput, D., *Propisi FIFA i UEFA protiv nasilja na fudbalskim utakmicama - problem preklapanja nadležnosti države i sportskih organizacija*, Bezbednost br. 1, God. 54, Beograd, 2012
- Ustav RS, *Sl. glasnik RS* br. 83/06
- Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, *Sl. glasnik RS* br. 67/03, 101/05 – dr. zakon, 90/07, 72/09 – dr. zakon, 111/09 i 104/13 – dr. zakon
- ZKP, *Sl. glasnik RS* br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14
- Zakon o sportu RS, *Sl. glasnik RS* br. 10/16
- Zakon o zabrani manifestacija neonacističkih ili fašističkih organizacija i udruženja i zabrani upotrebe neonacističkih ili fašističkih simbola i obeležja, *Sl. glasnik RS* br. 41/09
- Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, *Službeni glasnik RS* br. 67/03, 101/05 – dr. zakon, 90/07, 72/09 – dr. zakon, 111/09 i 104/13 – dr. zakon
- Zakon o sprečavanju nereda na športskim natjecanjima, NN br. 117/03, 71/06, 43/09, 34/11 i 68/12-OURS
- Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira, *Narodne novine* br. NN 5/90, 30/90, 47/90, 29/94

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 9/90

Zakon o sportu RH, *Narodne novine* br. 71/06, 150/08, 124/10, 124/11, 86/12, 94/13, 85/15, 19/16

Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, *Narodne novine* br. 117/03, 71/06, 43/09, 34/11

Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, Priručnik za polaznike/ce, Pravosudna akademija, Visoki prekršajni sud RH Zagreb, 2016

Zakon o javnom redu i miru, *Sl. glasnik RS* br. 5/92, 3/93, 67/93, 48/94, 101/05

Zakon o okupljanju građana, *Sl. glasnik RS* br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94

Web izvori

<http://sport.blic.rs/fudbal/evropski-fudbal/utakmica-zbog-koje-je-poceo-rat-tacno-25-godina-od-tuce-na-maksimiru-video/efeghy9>

www.pss-magazine.com/link

<http://arhiv.slobodnadalmacija.hr/20070825/spektar03.asp>

<https://www.youtube.com/watch?v=vKoYjOGOzXQ>

<http://www.peterleeson.com/Hooligans.pdf>

<http://www.rts.rs/page/sport/sr/story/36/Fudbal/1464292/Huliganizam+na+Ostrvu+u+brojkama.html>

<http://www.sirc.org/publik/fvexec.html>

<http://www.inbrief.co.uk/football-law/football-hooliganism.htm#>

http://www.coe.int/t/dg4/sport/Resources/Ref_Text_Violence_en.asp#P56_1561

<http://www.pks.rs/Vesti.aspx?IDVestiDogadjaji=11613>

http://politickiforum.org/tribina_print.php?naredba=print_teksta&id=922

Željko Nikač, PhD

Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Vanda Božić, PhD,

Scientific Associate, Faculty of Law, Zagreb

CRIMINAL LAW FRAMEWORK TO COMBAT HOOLIGANISM, VIOLENCE AND INAPPROPRIATE BEHAVIOR AT SPORTS EVENTS IN SERBIA AND CROATIA

Summary

Violence in sports and other manifestations has long been present in the world, in the Old Continent, in the areas of former Yugoslavia, especially in Serbia and Croatia. Fight against violent and improper behavior, especially against hooliganism at sports events, today is an imperative for a stable public order and peace and community security. Violence is not an isolated category but it is a companion to many incidents of crime, which is why it is extremely difficult to suppress. In the fight against violence at public events, state entities were engaged - judiciary, police and the private security. In the function of a successful fight, is very important a good legislative basis, harmonized operational response of police and other forces and cooperation of all sectors and services. In the paper is indicated to the criminal law framework for the fight against violence in sports events in Serbia and Croatia, given the different solutions of the misdemeanor and criminal law provisions. In the final part, authors gave suggestion de lege ferenda with the aim of improving legislative solutions and more effective fight against violence in sport and other events.

Key words: *violence, hooliganism, sports and public manifestations, criminal law framework, public order and peace, suppression, Serbia and Croatia.*

УДК: 351.88:314.151.3-054.73-058.65

doi 10.7251/PR5217325B

Излагање са научног скупа

САВРЕМЕНА МИГРАНТСКА КРИЗА У ЕВРОПИ И ЊЕН УТИЦАЈ НА РЕЛИГИЈСКИ ТЕРОРИЗАМ

Проф. др Драган Батавељић*
Ратомир Антоновић**

Апстракт: Европу је, као последица ратних дејстава на тлу Азије, задесила велика мигрантска криза. Миграције су се и кроз историју дешавале и не представљају неку необичну и непознату појаву, међутим, миграције данас у светлу тероризма који постаје опасност број један на тлу Европе, добијају потпуно другачију конотацију. За све који се баве овим проблемом данас је кључно питање како заштитити права миграната и угроженог становништва и уједно сачувати националну безбедност од проблема тероризма. Са друге стране, миграције са собом носе и друге ризике, настале услед неминовних верских, културолошких и других разлика, те се основано поставља питање какав је њихов утицај на правну сигурност и правне системе земаља које је мигрантски талас запљуснуо.

Кључне речи: миграције, правна заштита, тероризам, религијски фанатизам.

Увод

Миграције су честа и распрострањена појава, присутне на међународном плану дуги низ година. Оне се везују за многе историјски битне догађаје, а прва велика сеоба народа је настала још 375. године, кад су Хуни емигрирали на подручје источне Европе, што је за последи-

* Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу

** Дипл. правник – мастер, Београд

цу имало потискивање Гота на запад. У том миграционом таласу, многа варварска племена крећу правцем запада, продирући тако у Римско царство, нападајући га и полако, али сигурно осиромашујући га. Ова велика миграција народа окончана је у другој половини петог века, кад су сва германска племена настањена на западу Европе и кад је Западно римско царство и званично нестало. Друга велика миграција, која је историјски врло значајна, јесте миграција која се одиграла између 500. и 700. године, досељењем словенских племена на простор Балкана и Лангобарда у Италију. Разлози за миграцију у оба ова велика таласа били су потрага за бољим условима живота, бољим географским положајем, потражња за обрадивим земљиштем, али и пљачкање богатијих и развијенијих земаља, попут Западног римског царства и Византије¹.

У новијој историји, као велика миграција се означава тзв. велика атлантска миграција, која је трајала у периоду од 1820. до 1980. године, у којој је око 37 милиона људи из Европе отишло да живи на територију Северне Америке. Мотиви за атлантску миграцију били су такође потрага за бољим условима живота, као и бекство од ратова и ратних дејстава током и након Првог и Другог светског рата. Такође, стварањем Израела 1948. године, уз помоћ Америке и Велике Британије, буди се свест код јеврејског живља да се врати у своју домовину, из које су протерани још за време римског цара Хадријана 135. године, те након тога настаје још један велики миграциони талас, али овог пута искључиво јеврејског становништва, који су били расељени по читавом свету. Око 3,6 милиона људи је мигрирало у Израел из различитих делова света.

Најновији догађаји на територији Азије, проузроковани бројним политичким и међународним факторима, покренули су почетком двадесет и првог века нову мигрантску лавину. Први озбиљнији миграциони талас из Азије у земље Европске уније регистрован је почетком 2010. године, а након врло турбулентних дешавања на простору Либије, где је дошло до насилног свргнућа легално изабраног државног руководства, чиме су отворена врата анархији и безакоњу и након отпочињања грађанског рата у Сирији. Мигранти су се одлучили на бекство, како због лоших економских прилика, тако и због ратних дејстава и несигурности која је евидентно присутна у њиховим матичним земљама. Крајња дестинација мигрантима су развијене земље Европске уније, а на тзв. мигрантској рути су се још нашле и Турска, Грчка, Бугарска, Македонија, Србија, Мађарска и Хрватска. Велики прилив миграната и њихов кон-

¹ Лакер, В. (1999), *Историја Европе*, Клио, Београд.

стантан долазак, који се често одвија и мимо законских процедура, са собом повлачи и бројне проблеме. Такође, културолошке, социолошке, религијске и друге разлике мигрантског живља и европских народа, представљају озбиљан проблем, са којим се сви подједнако сусрећу. Са безбедносног аспекта, мигранти су често жртве разних превара од стране трговаца белим робљем и често бивају опљачкани. Са друге стране, често су и они сами актери радња кривичних дела, а поставља се и основана сумња да учествују у све учесталијим терористичким активностима по Европи. Стога се проблем модерне мигрантске кризе може посматрати са два аспекта и то правне заштите миграната и проблема тероризма, заснованог на верској идеологији.

Правна заштита миграната

Према дефиницији коју даје Конвенција о статусу избеглица², избеглицом се сматра свако лице које се оправдано боји да ће бити прогоњено због своје расе, вере, националности, припадности некој социјалној групи, због свог политичког мишљења, а које се нашло изван земље чије држављанство има, а не жели, или због свог страха неће у њу да се врати. Конвенцијом се сваком избеглици гарантује да свој лични статус регулише законима земље његовог домицила, односно пребивања, ако земљу домицила нема. Свака држава у којој се избеглица нађе мора поштовати његова лична права. Избеглим лицима се гарантује право на индискриминацију и то нарочито у погледу расе, вере и земље порекла, потом право на слободу вероисповести и верског васпитања деце, право на стицање покретне, односно непокретне имовине, право на заштиту индустријске својине, изума, цртежа, модела, фабричких ознака, комерцијалних имена, заштиту књижевне, уметничке и научне својине, право на неполитичко и нелукративно удруживање и право на доступност судовима и правној заштити.

По питању запослења, избегла лица имају исти третман као и сваки други страни држављанин. Разлог за успостављање овакве одредбе је чињеница да се тежи заштити домаћег становништва на тржишту рада. Изузетак од овог правила представљају избегла лица која редовно бо-

² Конвенција о статусу избеглица са Завршним актом Конференције опуномоћеника УН о статусу избеглица и лица без држављанства сачињена је дана 28. 7. 1951. године у Женеви. Конференција опуномоћеника сазвана је на основу Резолуције број 429 (в) Генералне скупштине УН од 14. 12. 1950. године.

раве на територији одређене државе³. Тад су изједначени са домаћим држављанима у праву на плату, праву на доприносе по основу рада, праву на плаћени годишњи одмор, право на одсуство са рада услед болести и друга права из радних односа. Избегло лице, уколико поседује валидну диплому, може вршити било коју слободну професију, али по условима који нису повољнији од услова прописаним за било које друге стране држављане. Избегла лица имају права на нужни смештај у земљи у којој бораве. По питању образовања, избеглим лицима ће бити омогућено да похађају наставу, почев од основне, па до факултетске. Дипломе и сведочанства која поседују избегла лица о свом образовању биће признати уколико испуњавају опште услове који су прописани у земљи у којој избеглица борави.

Избегла лица, која се редовно налазе на територији одређене државе, могу се по њој слободно и неометано кретати, под условима који важе за све стране држављане, као и слободно бирати место свога боравка. Они ће бити у повлашћеном положају у односу на локално становништво по питању фискалних обавеза, управо због своје специфичне ситуације и статуса, који их онемогућује да у редовним околностима привређују и стичу личну својину.

Конвенција о статусу избеглица у члану 31 посебан осврт чини према избеглицама који бесправно бораве у земљи пријема. За ова лица нису предвиђене казнене санкције због бесправног уласка или боравка услед њихове животне угрожености. Њихова једина обавеза је да надлежне власти благовремено упознају са чињеницом свог уласка и боравка на територији те земље. Свакој држави се најстроже забрањује да избегло лице врати у земљу из које је избегло, јер би тиме додатно угрозила живот и безбедност тог лица. Избеглица може бити протеран из земље боравка само уколико је то оправдано разлозима националне безбедности или јавног реда.

Закон о избеглицама Републике Србије⁴ дефинише да Република Србија има обавезу да обезбеди колективну заштиту личних, имовинских и других права и слобода избеглица и обезбеди им међународну правну заштиту. Орган који је надлежан за бригу око избеглица је Комесаријат за избеглице. Основне дужности Комесаријата за избеглице су утврђивање статуса избеглице, њихово збрињавање, вођење

³ Баљак, М. (2017), „Заштита избеглог становништва“, у: Принципи владавине права (уредник Срето Ного), зборник радова са саветовања, Тара, Удружење за међународно кривично право.

⁴ Службени гласник РС број 18/92, Службени лист СРЈ број 42/02 и Службени гласник РС број 45/02

евиденције, пружање помоћи избеглицама од стране других органа и организација, како у земљи, тако и иностранству, обезбеђивање смештаја за избеглице, обезбеђивање услова за повратак избеглица на подручја са којих су избегли. У реализацији ових послова, Комесаријат има право да захтева међународну помоћ од институција Уједињених нација и других међународних организација.

Привремени смештај који Комесаријат обезбеђује за избегла лица врши се у објектима колективног или појединачног смештаја. Средства за смештај избеглица и њихово збрињавање обезбеђују се из више извора и то из буџета Републике Србије, прилога и добротворних давања, а ова средства се уплаћују на посебан рачун Комесаријата, наменски отворен за помоћ избеглим лицима. Свако избегло лице мора имати свој тзв. избеглички картон, у ком се налазе сви релевантни подаци о којима се води евиденција коју заједнички воде Комесаријат за избеглице, Министарство унутрашњих послова и Републички завод за статистику. Избегло лице мора поседовати избегличку легитимацију. Избегличка легитимација је јавна исправа која доказује идентитет избеглог лица, на основу које оно остварује своја права.

У периоду актуелне мигрантске кризе, мигранти из Азије су на Србију гледали као транзитну земљу. Њихов крајњи циљ су развијене земље Европе, где имају жељу да се трајно настане. Србију и друге земље са тзв. балканске руте они доживљавају као тренутну дестинацију, кроз коју морају проћи да би дошли до крајњег циља. Према доступним информацијама, објављеним од стране Комесаријата за избеглице, до средине 2015. године кроз Србију је прошло око 700 хиљада миграната. Ради се претежно о држављанима Сирије, припадницима средње друштвене класе и сиромашнијих друштвених слојева. Ради се о образованим лицима и то углавном просветним радницима, лекарима и лицима из приватног посла. За већину њих је Београд битна тачка на њиховој рути, јер им он омогућује добијање документа о привременом азилу, што им потом даје могућност да добију платну картицу, на коју им рођаци из Сирије могу слати преко потребни новац⁵. Мигранти који пролазе кроз Републику Србију претежно су мушкарци млађе старосне доби, мада има и велики број породица са једним и више деце.

⁵ <http://www.blic.rs/vesti/drustvo/cela-sirija-kroz-srbiju-stize-najrizicniji-talas-migranata-do-sada/m9j59sl>

Миграције и безбедносни проблеми

Са почетком великог миграционог таласа, који је стигао у Европу, интензивирало се и питање безбедносних проблема, које миграције са собом могу донети. Опште је позната чињеница да мигранти долазе са подручја на којима је верски екстремизам и тероризам веома заступљен, да је на тим подручјима дејствовање верских терористичких групација најинтензивније и да су многи припадници народа, којима припадају и сами мигранти, активни учесници у тим терористичким групацијама. Такође, треба напоменути да се осећај несигурности који настаје доласком миграната подстиче и учесталим терористичким актима по Европи, и то махом у оним земљама у којима је миграциони талас био најизраженији.

Најпре, овде ћемо сагледати шта је тероризам и који су његови најчешћи окидачи. Тероризам се може дефинисати као употреба или претња употребе силе, која је усмерена ка остваривању политичких промена⁶. Дакле, према овој дефиницији, битан је мотив, а он је искључиво политичког карактера. Случај са исламским тероризмом, који је тренутно најзаступљенији у Европи, јесте да има политичку конотацију, мотивисану дејствима САД и Европе у Азији, и то нарочито у периоду од 2001. године па до данас. Исламски терористи, представљени кроз различите парадржавне, паравојне и терористичке организације, своје терористичко деловање оправдавају реторзијом према немуслиманском живљу и тероризам подстичу осветничким мотивима. Заправо, јасно је да су њихови мотиви политички, усмерени ка политичким променама.

По другој дефиницији, тероризам је незаконито коришћење силе против невиних људи у циљу постизања политичких интереса⁷. Из ове дефиниције се јасно види да су главне жртве невини људи, насумично изабрани на неком јавном месту. Терористи своје акције махом изводе на оним местима где се окупља већа количина људи. То су тржни центри, подземне железнице, средства јавног превоза, места где се окупљају млади попут кафића и дискотека, као и на јавним скуповима на трговима, шеталиштима и туристичким центрима.

Домаћи аутори такође дају врло квалитетне дефиниције тероризма. Тако, по једнима је тероризам плански акт насиља који предузимају одређене друштвене групе, са циљем очувања или освајања власти, те

⁶ Дефиниција Брајана Ценкинса, специјалисте безбедности за борбу против тероризма.

⁷ Дефиниција Волтера Лакера, Универзитет Џорџтаун.

се тероризмом може сматрати само онај терор који садржи социјалну и политичку компоненту⁸. Такође, тероризам се одређује као сложен феномен организованог, ређе институционалног политичког насиља, који је обележен застрашујућим бруталним физичким и психолошким методама борбе, који су претежно присутни у моментима економске и политичке кризе, а ређе у тренуцима кад криза нема. Тим и таквим терористичким акцијама се наводно желе постићи велики циљеви, који заправо оправдавају такве акте⁹.

Актуелни терористички акти су верског карактера¹⁰, извршиоци терористичких аката су исламисти, који се категоришу као верски екстремисти. Они су антагонистички настројени према хришћанима, а своје потезе превасходно доживљавају као реторзију због политичких и војних деловања САД и Европе у Азији. Свој успон верски тероризам је почео да доживљава након 1979. године са иранском исламском револуцијом. Временом се развијајући, верски тероризам је такође успео да потисне друге видове тероризма, попут етничког и националног, да би се у данашње време етаблирао као доминантни терористички облик. Актуелни верски тероризам заснован је на фундаменталистичком осећају страха од губитка властитог идентитета, који у циљу очувања својих строгих религијских догми и доктрина користи безумно насиље и прераста у екстремизам¹¹.

Елементи терористичког деловања су насиље, којим се привлачи пажња на терористичке групације и њихове захтеве, грађани као невинне жртве, изазивање осећаја општег страха и несигурности, принудно остваривање циљева које је терористичка групација поставила, масовност жртава и изазивање масовне жалости и очаја због интензитета терористичког напада, као и нормативна и морална неприхватљивост тих акција¹². Обележја терористичких аката који протеклих година потресају свет су масовност невиних жртава, претежно млађих лица, да су сви акти спроведени од стране исламског живља, који је дужи низ година настањен на подручју Европе, да се терористички акти спроводе безочно и дрско и да се јасно ставља до знања да је мотив религијског ка-

⁸ Милошевић, М; Даничић, М. (2015), *Безбедносни дијалози*, бр. 1, 2015, 61–73.

⁹ Симеуновић, Д. (2009), *Тероризам општи део*, Правни факултет, Универзитет у Београду.

¹⁰ Верски тероризам први пут је споменут 1979. године у Ирану, кад је формирана екстремна група исламских фундаменталиста који су објавили рат против неисламског живља.

¹¹ Радојевић, К., „Религија и тероризам“, Факултет безбедности Универзитета у Београду, стр. 241.

¹² Бошковић, М. (2015), *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад.

рактера. Дакле, као врло битан елемент у овом истраживању тероризма, мора се узети личност извршиоца тог акта. Ко су ти људи који свесно уништавају властити живот, да би уништили још на десетине туђих живота, да би разорили одређени објекат од опште јавне важности, а све у циљу сејања страха и ради виших верских идеолошких циљева, који су му наметнути од одређене групације, којој сматрају да припадају? Једно од кључних питања је да ли у таласима миграната, поред лица која беже од ратних страха, у Европу улазе и терористи и да ли је, између осталог, један од циљева екстремистичких исламских групација да овим путем олакшају пролаз својим припадницима до крајњих дестинација за нове терористичке акције. Стога, према мигрантима постоји одређена доза предострожности и неповерења, често заснованих и на нерационалним и чињенично неутемељеним ксенофобичним ставовима.

На ова питања, одговоре ће најбоље дати примери из праксе. Најсликовитији пример колико верски тероризам може да иде далеко и колико може да одведе у ирационалну крајњост јесте пример напада на париски сатирични лист „Шарли ебдо“ и то због једне објављене карикатуре пророка Мухамеда. Терористички напад на редакцију овог листа одиграо се 7. јануара 2015. године око једанаест часова, кад су двојица маскираних нападача ушла у редакцију и из ватреног оружја отворили ватру на лица која су се у редакцији затекла. Нападаци су браћа Куаши, Шериф и Саид, који су по уласку у редакцију узвикнули „Алаху акбар“¹³, а потом испалили педесет метака из озбиљног ватреног наоружања и то аутоматске пушке, сачмаре, пиштоља и зоље. Том приликом је убијено дванаест лица, а рањено је четворо. Млађи брат Куаши, Шериф, у тренутку напада имао је тридесет и две године. Рођен је и живео је у Француској, чији је држављанин био. Радио је на нижеразредним пословима, као што су послови разношења пица и продаје рибе на пијацама. Вишеструко је био осуђиван и хапшен због својих веза са исламским терористима и то још 2005. године кад је организовао групу за одлазак на ратишта Ирака. Куашија је верски индоктринирао и заразио опасном идеологијом хоца џамије Адава у Паризу, Фарид Бењету, који је њему, али и још многим другим младим исламистима рођеним у Француској, усађивао догме исламског радикализма и фундаментализма. Куаши је на свом суђењу истакао да је мотив на терористички акт било нечовечно одношење америчких чувара према затвореницима у затвору „Абу Храиб“ у Ираку, те да је у његовом акту и акту његовог старијег брата

¹³ Бог је велики, фраза која се користи у исламском свету.

било елемената освете. Старији брат Куаши, Саид, много мање је био инволвиран у свет исламског тероризма. Он је био познат полицији по ситнијим кривичним делима која је вршио¹⁴. Дакле, у овом терористичком акту, извршиоци су били муслимани који су рођени и живели цео живот на тлу Француске. Реч је о лицима која са својим земљама порекла нису имали никакав контакт, школовали су се и детињство провели у Француској, културолошки апсолутно уклопљени и асимиловани у европску средину.

Дана 13. новембра 2015. године, такође у Паризу, догодио се читав низ терористичких аката кад је погинуло 129 лица, а 350 лица је тешко повређено. Напади су се одвијали на више различитих локација у Паризу, а све у оквиру овог једног дана. Први напад се догодио у близини националног стадиона „Стад де Франс“ у време одржавања пријатељске утакмице Француске и Немачке. Напад су извели двојица нападача бомбаша, који су се разнели експлозивним направама. Други напад се догодио у два ресторана у Паризу, „Ле Петит Камбож“ и „Ле Карилон“, кад су нападачи из возила у покрету отворили ватру на госте ових ресторана. Следећи напад се догодио у концертној дворани „Батаклан“, где су четворица нападача отворила ватру на окупљена лица, која су чекала почетак концерта америчке групе. Преживела лица су терористи држали као таоце, које су полицијске снаге успеле да ослободе, лишивши живота једног терористу, док су остала тројица активирали експлозивне направе и разнели се. Након тога, терористи су ватру отворили на госте „Мек Доналдса“ и ресторана „Ла Беле Еквипе“. Поред држављана Француске, повредама су подлегли и држављани Белгије, Хрватске и Аустралије. Ни један терориста није преживео напад. Осморица су погинули, седморица су се разнели, а једног су устрелиле полицијске снаге. Истрага је утврдила да су терористи били распоређени у три групе, које су сепаратно вршиле нападе, а да су терористи били држављани Сирије и Египта, који су прошли тзв. мигрантску балканску руту¹⁵. Дакле, у овом терористичком акту учествовала је организована терористичка групација, сачињена од лица која су се декларисали као мигранти и подметнути међу мигранте, прешли су тзв. мигрантску руту. На овај начин је бачена сумња на сва лица која су кроз мигрантску кризу потражила уточиште у Европи. Француска је била мета терориста и јула 2016. године, када је камионом у Ници усмрћено 84 лица. Извршилац је био тридесетједногодишњи Мохамед Лахоуаиеј Боухлела, француски држављанин, са пребивалиш-

¹⁴ <https://sr.wikipedia.org/sr-el>

¹⁵ <https://sr.wikipedia.org/sr/2015>.

тем у Ници, а пореклом из Туниса. Радио је послове достављања пица. Био је ожењен, отац троје деце, али његове комшије тврде да је често имао породичне свађе, те да у последње време више није живео са породицом. Пре терористичког напада никад није био повезиван са било којом исламском организацијом, нити се могао окарактерисати као религиозан човек¹⁶.

Најновији терористички акт догодио се 22. маја 2017. године у Манчестеру, кад се бомбаш самоубица разнео бомбом на концерту америчке певачице Аријане Гранде у „Манчестерској арени“, кад је страдало 22 претежно млађих лица¹⁷. Извршилац овог терористичког акта је двадесетдвогодишњи Салман Абеди, рођен у Манчестеру, пореклом из Либије. Студирао је на Салфорд универзитету и био ватрени навијач „Манчестер јунајтеда“. Код њега је прошле године примећена промена у понашању, кад се изненадно окренуо вери, пустио браду и на јавним местима почео да пева исламске религијске песме. Претпоставља се да га је старији брат увео у свет исламског фундаментализма и да га је он заразио том идеологијом. Дакле, и у овом случају се ради о лицу рођеном и одраслом у Европи, а за разлику од претходних случајева, овај нападач је припадао академским круговима, јер је студирао.

Поред ових терористичких аката, који свакако представљају највећу претњу цивилизованом свету данас, у односу миграната и европског живља, код ког они траже уточиште, настају и други проблеми који су узроковани културолошким, социјалним, религијским, језичким, расним и другим разликама. Стога, овде морамо поменути одређене проблеме, који су у периоду мигрантске кризе настајали и дешавали се, а не могу се сврстати у категорију верског тероризма, али су са безбедносног аспекта веома значајни. На првом месту је догађај са дочека 2016. године у Келну, кад је више Немица полицији пријавило сексуално узнемиравање и нападе на њих од стране миграната. Они су се у већем броју окупили на подручју локалне аутобуске станице, где су сачекивали жене, сексуално их узнемиравали и пљачкали. Том приликом је поднесено 90 кривичних пријава, од тога само једна за силовање¹⁸. Слични напади овог типа од стране миграната су регистровани и у другим градовима Европе, попут Штутгарта, Хамбурга и Франкфурта.

Из наведених терористичких аката, који су до сада потресли Европу, а који се могу повезати са мигрантском кризом и њеном ескалацијом,

¹⁶ <http://dnevnik.hr/vijesti/svijet/teska-tragedija-u-nici---443391.html>

¹⁷ <http://www.politika.rs/scc/clanak/381281/Mancester-broji-zrtve>

¹⁸ <http://www.alo.rs/serija-seksualnih-napada-u-kelnu-za-docek/27699>

јасно се види да починиоци терористичких аката долазе из различитих структура и то како мигрантских, тако и оних који су рођени, школовали се и цео живот живели на европском тлу. У терористичким структурама се регрутују различити типови људи, којима је својствена јака религијска идеологија која их мотивише да сеју страх и несигурност и да уништавају све оне које детектују као сметњу у реализацији те исте идеологије. Међу њима постоји посебна категорија тзв. вигиланата или спавача¹⁹, који се активирају према наредби која стиже из центра терористичке организације. Опасност вигиланата је та што су они врло адаптирани и социјално прихватљиви, често се не могу повезати ни са једном идеологијом нити организацијом. Живе неприметно, обављају неприметне послове и нису ни по чему упадљиви. По добијању наредбе, они послушно крећу у реализацију извршења терористичког акта. Стога, свако може бити погодан за извршење терористичких аката и не може се ни по чему извршити њихова категоризација. Постоје основане сумње да вигиланата има и међу мигрантима и да неприметно, под плаштом угрожености и под окриљем привилегија које мигранти уживају у појединим земљама света, неометано долазе до Европе као крајње дестинације у којој реализују своје терористичке акције.²⁰ Такође, терористичке групације организују и своје регрутне кампове, у којима оспособљавају претежно младе, који су најподеснији конзументи запаљиве реторике и идеологије, те их потом шаљу у цихад.²¹

Резиме

Мигранти и избеглице представљају најрањивије категорије друштва. Њих је живот натерао да напусте своја вековна огњишта и срећу потраже негде далеко од њих, често бежећи од тешких ратова и разарања. Као што је у самом раду наведено, миграције су присутне од настанка човечанства. Модерна мигрантска криза која тренутно погађа цео свет, а нарочито Европу, приказана је из два угла: из угла правне заштите миграната и њихових основних права и из угла безбедносних

¹⁹ Ђурић, С., Лалић, В., Липовац, М. (2014), *Избјегличка или мигрантска криза у Европи – безбједносне импликације и изазови*, у: Ризици и безбједносне пријетње (уредник Душко Вејновић), зборник радова са саветовања у Бањој Луци, Удружење наставника и сарадника Бања Лука.

²⁰ ²⁰ www.svet-bezbednosti.rs/sr/clanak/2015/10/ima-li-%E2%80%9Cspavaca%E2%80%9D-medu-migrantima,508,1643.html

²¹ Свети рат код муслимана. У буквалном значењу, цихад значи напор који је усмерен против злих намера и страсти.

ризика које мигрантска криза носи, нарочито кроз интензивирање тероризма и терористичких аката. Као што је познато, на мигранте нису све европске земље исто реаговале, нити су им све земље пружиле исти третман. Такође, тероризам који је у протеклом периоду доживео своју експанзију, може се довести у корелацију са мигрантском кризом и доласком мигрантског живља на тло Европе. Стога је основна тема рада како избалансирати правну заштиту миграната и уједно заштитити интересе националне безбедности.

**Dragan Bataveljić PhD, Full professor at the Faculty of Law of Kragujevac University
Ratomir Antonović, Bachelor of Law – MA, Belgrade**

CONTEMPORARY MIGRANT CRISIS IN EUROPE AND ITS INFLUENCE ON RELIGIOUS TERRORISM

Summary

Migrants and refugees represent the most vulnerable categories of society. Their lives forced them to leave their eternal hearths and look for happiness far away from them, often fleeing heavy wars and destruction. As mentioned in the paper itself, migrations are present since the birth of mankind. The modern migrant crisis, which is currently affecting the whole world, and in particular Europe, is presented from two angles: from the perspective of the legal protection of migrants and their fundamental rights, and from the perspective of the security risks that the migrant crisis brings, in particular through the intensification of terrorism and terrorist acts. As is well known, not all European countries have responded the same way to migrants, nor did all countries have the same treatment. Also, the terrorism that has experienced its expansion in the past period can be correlated with the migrant crisis and the arrival of migrant life on the soil of Europe. Therefore, the main topic of the work is to balance the legal protection of migrants and at the same time protect the interests of national security.

Keywords: *migrations, legal protection, terrorism, religious fanaticism.*

ОБРАЗОВАЊЕ И РАДНО АНГАЖОВАЊЕ МАЛОЛЕТНИХ ОСУЂЕНИКА КАО ДОПРИНОС ЊИХОВОЈ УСПЕШНОЈ РЕСОЦИЈАЛИЗАЦИЈИ

Проф. др Иван Јоксић*
Проф. др Јелена Матијашевић Обрадовић*

Апстракт: Кажњавање малолетних учинилаца кривичних дела представља крајње средство (*ultima ratio*) у одговору друштва на њихово криминално понашање. Посебност примене малолетничког затвора огледа се у осмишљеном третману који садржи широку лепену активности. Посебан сегмент ресоцијације малолетних осуђеника представља њихово професионално усмерење кроз организовање образовања у школским установама изван казнено-поправног завода. Поред тога, радно ангажовање малолетних осуђеника, у визури рада као терапеутског средства, доприноси борби против доколице, депривација, отуђености и уноси смисао у ресоцијативни третман. Полазећи од реченог, аутори су рад поделили у два дела: теоријски и истраживачки. Први део рада обухвата теоријску обраду релевантних питања на пољу извршења казне малолетничког затвора. Други део рада садржи истраживање извршења казне малолетничког затвора у казнено-поправном заводу у Ваљеву. Резултате до којих су дошли аутори су приказали јасно, прегледно, систематизовано, уз коришћење табеларних и графичких показатеља.

Кључне речи: малолетнички затвор, третман, ресоцијализација, образовање, радно ангажовање.

* Правни факултет за привреду и правосуђе у Новом Саду.

** Правни факултет за привреду и правосуђе у Новом Саду.

Уводна разматрања

Извршење казне малолетничког затвора једно је од најважнијих питања примене права државе (*ius puniendi*) да казни учиниоце кривичних дела одређене старосне доби (малолетници) и за одређена (тежа) кривична дела. Као и свака друга кривична санкција, која се може изрећи малолетницима, малолетнички затвор задире у читав комплекс права и обавеза на релацији казнено-поправна установа – малолетни осуђеник. У склопу тих односа важно место заузима организовање правилног ресоцијативног третмана у установи у којој се казна извршава. Организовању и примени затворског третмана претходи предузимање читавог низа радњи и мера којима се малолетни осуђеник припрема за фазу извршења казне. Поред тога, неопходно је указати на важност успешно организованог постпеналног третмана након издржане казне.

Полазећи од присутних специфичности казне малолетничког затвора, аутори су предмет истраживања усмерили на казнено-поправни завод за малолетнике у Ваљевоу, као специјализовану установу за извршење малолетничког затвора у Србији. Приликом прикупљања материјала аутори су посетили КПЗ Ваљево како би се непосредно упознали са током извршења казне малолетничког затвора у овом заводу. Истраживање је циљано спровођено над читавим процесом извршења, почев од пријема малолетног осуђеника, разврставања у васпитне групе, одређивања и праћења третмана па све до разматрања могућности њиховог условног отпуштања. У раду су апострофиране како потребе малолетних осуђеника, тако и могућности Завода за организовањем посебно устројеног система образовања и радног ангажовања малолетних осуђеника.

С обзиром на то да је рад фокусиран на истраживање утицаја образовања и радног ангажовања малолетних осуђеника, као и на процес њихове не/успешне ресоцијализације и касније реадaptације на услове живота на слободи, аутори су осетили потребу да о томе кажу нешто више, водећи рачуна о планираном обиму рада и потреби да се одређени аспекти извршења казне малолетничког затвора обраде, најпре са теоријског, а онда и практичног аспекта.

Теоријскоправни приступ извршењу казне малолетничког затвора

Правни режим извршења казне малолетничког затвора заснован је на важећим међународним и европским инструментима, који су уграђени у норме позитивног малолетничког и општег права о извршењу кривичних санкција. Тако је на међународном плану у примени велики број инструмената којима се регулише област извршења кривичних санкција, а у склопу тога и казна малолетничког затвора. При томе, када је у питању опште нормативно регулисање извршења казне малолетничког затвора, можемо издвојити само оне који остварују најјачи ефекат:

1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године – ступила на снагу 3. 9. 1953. године,¹
2. Конвенција УН о правима детета из 1989. године,²
3. Минимална стандардна правила УН за администрацију правосудног система за малолетне преступнике – Пекиншка правила из 1985. године,³
4. Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције – Ријадске смернице из 1990. године,⁴
5. Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману – Токијска правила из 1990. године,⁵
6. Правила УН о заштити малолетника лишених слободe – Хаванска правила из 1990. године,⁶

¹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), www.echr.coe.int/NR/.../ENG_CONV.pdf. У одредби члана 5 Конвенције дате су гаранције у вези са произвољним лишењем слободe. У пракси Европског суда за људска права утврђени су критеријуми за разграничење појма лишења слободe од ограничења права на слободу кретања. Видети: Илић, Г. (2006). „Стандарди лишења слободe у светлу Европске конвенције о људским правима“. *Безбедност*, бр. 4, МУП Србије, Београд, стр. 529–531.

² UN Convention on Rights of a Child (1989.), www.unicef.org/crc/.

³ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), G.A. res. 40/33, annex, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) at 207, U.N. Doc. A/40/53 (1985.), www1.umn.edu/humanrts/instree/j3unsmr.htm.

⁴ United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines), Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/112 of 14 December (1990.), www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp47.htm.

⁵ United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), Adopted by General Assembly resolution 45/110 of 14 December (1990.), www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp46.htm.

⁶ United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (The Havana Rules), Adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December (1990.), www2.ohchr.org/english/law/pdf/res45_113.pdf.

7. Европска затворска правила СЕ из 2006. године.⁷

У Србији се примењује велики број прописа којима се регулише област извршења кривичних санкција према малолетницима, а у оквиру којих је засебна целина посвећена извршењу казне малолетничког затвора. Полазећи од општег ка посебном нивоу регулисаности, можемо издвојити следеће законске и подзаконске акте:

1. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,⁸
2. Закон о извршењу кривичних санкција,⁹
3. Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора,¹⁰
4. Правилник о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење заводских санкција,¹¹
5. Правилник о надзору над радом завода у управи за извршење кривичних санкција¹²
6. Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица,¹³
7. Правилник о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике.¹⁴

Да бисмо уопште могли говорити о процедури извршења казне малолетничког затвора, неопходно је испунити одговарајуће материјалне и формалне (процесне) законске услове да би се могло приступити њеном извршењу. Најпре, потребно је да је пресуда којом је малолетни учини-

⁷ Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Adopted by the Committee of Ministers on 11 January (2006) at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747>.

⁸ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Србије („Службени гласник РС“, бр. 85/05).

⁹ Закон о извршењу кривичних санкција Србије („Службени гласник РС“, бр. 85/05, 72/09 и 31/11).

¹⁰ Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора Србије („Службени гласник РС“, бр. 72/10).

¹¹ Правилник о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење заводских санкција Србије („Службени гласник РС“, бр. 105/06).

¹² Правилник о надзору над радом завода у управи за извршење кривичних санкција Србије („Службени гласник РС“, бр. 49/11).

¹³ Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица Србије („Службени гласник РС“, бр. 72/10).

¹⁴ Правилник о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике Србије („Службени гласник РС“, бр. 71/06).

лац кривичног дела осуђен, односно у којој му је изречена казна малолетничког затвора, постала правоснажна и да нема законских сметњи да се приступи њеном извршењу. У изузетним случајевима, може се приступити извршењу казне малолетничког затвора пре него што је постала правоснажна одлука којом је она изречена. У погледу временског трајања малолетничког затвора у Србији уочљив је тренд изрицања краткотрајних казни.¹⁵

Приликом пријема малолетника у Завод врши се његова персонална идентификација на основу правоснажне судске одлуке, налога за издржавање казне, личних (идентификационих) исправа. Следи претрес и преглед тела малолетника, као и одузимање личних ствари, о чему се издаје потврда у којој је таксативно наведено шта је све одузето малолетнику. У оквиру пријемне процедуре садржан је лекарски преглед малолетника, где се истовремено отвара посебан (здравствени) картон осуђеника који се редовно ажурира све време издржавања казне. Интересантно је напоменути да се у члану 13 Правилника о кућном реду КПЗ налази веома либерална одредба која прописује да „малолетник који према личним документима има дугу косу, бркове и браду, носи наочаре, односно контактна сочива, има право да их задржи током издржавања казне“. Наша искуства, приликом посете у КПЗ Ваљево, управо потврђују примену цитиране одредбе јер смо тамо затекли малолетне осуђенике који су били одевени, носили фризуру, наочаре, краћу браду и сл. искључиво по свом нахођењу.

Законодавац је предвидео ограничење у погледу старосне границе до које малолетни осуђеник може издржавати казну у заводу за малолетнике. Тако, малолетни осуђеник може у КПЗ за малолетнике остати најдуже до навршене 23 године живота, а након тога се лице премешта у КПЗ за пунолетна лица, односно наставља са издржавањем казне затвора као пунолетни осуђеник. Међутим, у изузетним случајевима, малолетни осуђеник на казну малолетничког затвора може остати у заводу за малолетнике и после овог периода, али највише до навршене 25 године, уколико је то потребно ради окончања започетог школовања или стручног оспособљавања, односно уколико остатак неиздржане казне није дужи од шест месеци.

¹⁵ Бановић, Б. et al. (2012). *Политика изрицања кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела у Републици Србији*, у: Зборник радова „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене), Источно Сарајево, стр. 232.

Након процедуре, у оквиру које малолетни осуђеник треба да добије примерак акта о кућном реду, следи поступак његовог пријема. Најпре, малолетни осуђеник се упућује у посебно (пријемно) одељење завода у коме може боравити најдуже до 30 дана. У овом одељењу се испитује личност малолетника са психолошког, педагошког, социјалног, криминолошког, здравственог и безбедносног аспекта у циљу утврђивања појединачног програма поступања. Дакле, у формирању опште слике о личности малолетног осуђеника учествују стручњаци различитих профила, односно стално формирано стручни тим пријемног одељења који чине: психолог, специјални педагог – педагог, социјални радник – социолог. Поред сталних чланова, у стручни тим се може укључити одређени број чланова других професија, попут: лекара, наставника практичне наставе, представника службе за обезбеђење и др. Посебно наглашену потребу за уважавањем свих специфичности малолетничке (осуђеничке) популације, током издржавања казне малолетничког затвора, можемо уочити у одредби 27 (потправило 2) Пекиншких правила којом се прописује следеће: „Улагаће се напори да се у највећој могућој мери примене одговарајући принципи постављени Стандардним минималним правилима за поступање са затвореницима, како би се одговорило разноликим потребама малолетника у складу са њиховим узрастом, полом и личним карактеристикама“.

Предлог појединачног поступања одређује се на основу потпуног сагледавања зрелости, узраста, нивоа образовања, ранијег живота малолетника и понашања у социјалној средини, облика поремећаја понашања, врсте кривичног дела и околности под којима је учињено, његовог односа према делу и последици дела. Предлогом појединачног програма поступања посебно се утврђује ниво зрелости малолетника и друга својства његове личности, планира могућност укључивања у процес образовања и радног оспособљавања, коришћења и организовања слободног времена, рад са родитељима, усвојиоцем или стараоцем малолетника и другим члановима његове породице, као и други облици психосоцијалног, педагошког и психолошког утицаја на малолетника (члан 15 став 4 и 5 Правилника о кућном реду КПЗ). На сачињени предлог појединачног програма поступања са малолетним осуђеником коначну оцену даје управник завода. Уколико поднети предлог буде позитивно оцењен (утврђен) од стране управника, исти се прослеђује ради даље примене, уз истовремено упознавање малолетног осуђеника са његовим садржајем. Међутим, управник завода, на предлог службе за

преваспитавање, преиспитује појединачни програм поступања најмање једном у три месеца.¹⁶

У склопу права која припадају малолетној осуђеничкој популацији посебно место припада обезбеђивању права на здравствену заштиту као једном од основних људских права. У заводу мора постојати посебна просторија за обављање здравствених прегледа, као и посебна болесничка соба. Важан искорак у правцу обезбеђивања потребног минимума здравствене заштите осуђеника, а посебно менталног здравља, начињен је у Европским затворским правилима СЕ из 2006. године, којима се препоручује унапређивање општег нивоа здравствене заштите осуђеничке популације, како у односу на конкретне облике повреде њиховог здравља, тако и у смислу превенирања потенцијалних извора угрожавања здравља услед необезбеђивања адекватних смештајних капацитета и потребног нивоа здравствене заштите.

Здравствену заштиту малолетних осуђеника, као и осталих старосних категорија осуђеника, неопходно је третирати у склопу опште бриге о здрављу становништва услед чињенице да се затвореници, након издржане казне затвора, враћају у друштвену средину из које потичу. Стога су потребе и могућности за здравственом заштитом малолетних осуђеника део укупних напора државе и друштва да очувају неопходан ниво јавног здравља.¹⁷

Полазећи од наведених специфичности, како у односу на казну затвора за пунолетне учиниоце кривичних дела, тако и у односу на васпитне мере институционалног карактера, навешћемо материјалне, процесне и извршне особености малолетничког затвора:¹⁸

¹⁶ Проблематика сачињавања адекватног програма појединачног поступања са малолетним осуђеницима, као и изградња механизма за његову успешну примену, предмет је великог броја судских одлука у САД. Поред тога, одређене сегменте примене појединачног програма везане за задовољење посебних потреба малолетних осуђеника можемо уочити у пресуди у случају (Alexander S. v. Boyd), у којој је суд утврдио уставно право на обезбеђивање минималног нивоа програмирања пројектованог да подучава малолетног осуђеника принципима који су од суштинског значаја за његово исправно понашање. Видети: Austin, J., Dedel Johnson, K. and Gregoriou, M. (2000). *Juveniles in Adult Prisons and Jails A National Assessment*, Bureau of Justice Assistance USA, p. 19.

¹⁷ Интересантан је податак да је у Хрватској, у 2005. години, обављено укупно 118.925 лекарских прегледа свих категорија затвореника, од којих је 71.056 прегледа извршено према затвореницима на издржавању казне затвора. Исте године, изван казних установа и затвора, у установама јавног здравља обављена су додатна 9.182 лекарска прегледа затвореника. Видети: Babić, V., Josipović, M., Tomašević, G. (2006). „Hrvatski zatvorski sustav i zaštita ljudskih prava zatvorenika“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2, Zagreb, str. 708.

¹⁸ Бановић, Б., Јоксић, И. (2012). *Малолетнички затвор у законодавству и пракси*, Факултет за безбедност, Београд, стр. 25–26.

1. малолетнички затвор је најмлађа у систему кривичних санкција према малолетницима (уведен је у наше законодавство 1959. године),
2. то је најтежа врста кривичне санкције која се може изрећи малолетницима (казна),
3. малолетничким затвором се остварују како специјално-превентивни, тако и генерално-превентивни циљеви (за разлику од васпитних мера којима се постижу специјално-превентивни ефекти),
4. малолетнички затвор је казна институционалног карактера (извршава се у КПЗ Ваљево и посебном одељку КПЗ Пожаревац),
5. може се, али и не мора изрећи малолетницима (не постоји обавеза изрицања ове казне),
6. изриче се према одређеној старосној категорији малолетника (старији малолетници),
7. може се изрећи само за тежа кривична дела (запрећена казном затвора преко пет година),
8. малолетнички затвор се изриче под посебним условима прописаним у Закону о малолетницима (кривично дело и висок степен кривице учиниоца),
9. малолетнички затвор се, за разлику од казне затвора, не прописује за конкретна кривична дела. Напротив, предвиђен је општи минимум (шест месеци) и општи максимум (пет година) трајања. Изузетно, Закон о малолетницима предвиђа могућност изрицања малолетничког затвора изнад општег максимума у два случаја: за кривично дело за које је прописана казна затвора од 20 година или тежа казна, или у случају стицаја најмање два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од 10 година,
10. одмерава се по посебним правилима међу којима посебан значај имају субјективне околности везане за личност учиниоца и објективне околности везане за природу и тежину учињеног кривичног дела,
11. примењују се посебна правила одмеравања за кривична дела у стицају,

12. прописани су посебни критеријуми за примену условног отпуста (трећина издржане казне и постигнути успех у извршењу),
13. прописани су посебни рокови у погледу застарелости извршења изречене казне,
14. предвиђена су посебна правила у односу на давање података из казнене евиденције о осуди на казну малолетничког затвора,
15. изрицање, односно почетак издржавања малолетничког затвора повлачи престанак извршења васпитне мере,
16. малолетнички затвор не повлачи правне последице које се састоје у забрани стицања одређених права,
17. евиденцију о изреченој казни малолетничког затвора води првостепени суд.

Образовање као важна карика у ресоцијализацији малолетних осуђеника

Значајан сегмент у примени општих принципа и стандарда, како међународних тако и унутрашњих, припада организовању процеса образовања у институцијама у којима малолетници издржавају заводске васпитне мере и казну малолетничког затвора. Следствено томе, интенција је законодавца да се обезбеде адекватни, правни и фактички услови у циљу пружања квалитетног образовања малолетним осуђеницима. Поред тога, образовна функција у извршењу казне малолетничког затвора представља важну карику у процесу ресоцијализације малолетних осуђеника.

У међународним инструментима једно од темељних права малолетника, како на слободи, а посебно за време издржавања казне малолетничког затвора, односно заводских васпитних мера, представља право на образовање. У том смислу, у оквиру петог дела Пекиншких правила (26. Циљеви поступка у институцијама), посебно се подвлачи: „Циљ обуке и третмана малолетника који су смештени у институцијама јесте да се обезбеде брига, заштита, образовање и стручна оспособљеност, како би им се помогло у преузимању конструктивне и продуктивне улоге у друштву“ (потправило 1). Малолетницима ће се у институцијама пружати брига, заштита и сва неопходна помоћ – социјална, радна, психолошка, медицинска и физичка – у складу са њиховим узрастом, полом и

личним карактеристикама, а у интересу њиховог свеобухватног развоја (потправило 2)“.

Образовање малолетних осуђеника, на нивоу КПЗ Ваљево, потпуно је у складу са интенцијама присутним у релевантним међународним инструментима и важећим Правилником у кућном реду КПЗ (чл. 75–77). Завод организује наставу за малолетне осуђенике у циљу стицања основног и средњег образовања. При томе, основно образовање се спроводи кроз редовне облике наставе у школи унутар Завода, а за средње образовање Завод организује припремну наставу. Уколико малолетни осуђеник показује потребан ниво сарадње и личног ангажовања у настави, њему се може одобрити ванредно и дописно школовање у другим образовним институцијама изван Завода, уколико је то корисно за његов појединачни програм поступања. С обзиром на то да трошкове ванредног и дописног школовања сноси сам малолетни осуђеник, односно његови родитељи или старатељи, примену ове могућности могу приуштити само малолетни осуђеници са бољим имовинским стањем. Полазећи од функције и важности у организовању образовног процеса за време извршења казне малолетничког затвора поједини аутори сматрају да се на тај начин малолетнички затвор постепено приближава васпитним мерама.

Најшире посматрано, процес васпитања малолетних осуђеника укључује у себе и њихово образовање, саобразно условима и могућности присутним у Заводу. Поред тога, образовање, у току извршења казне малолетничког затвора, представља саставни део третмана малолетних осуђеника, са циљем да као агенс социјализације личности поспешу и њену ресоцијализацију. Најзад, значај школе као агенса социјализације огледа се у њеној обавези да катализира неуспехе и пропусти у деловању других агенаса, што додатно омогућава ресоцијализацију преступника.

Образовање малолетних осуђеника у КПЗ Ваљево организовано је кроз систем похађања наставе у основном и средњошколском образовању. Основно образовање се одвија преко основне школе (ШОО) Обреновац. При томе, настава се одржава два пута недељно са око, у просеку, 20 малолетних осуђеника. Са завршетком основне школе малолетни осуђеници полажу „малу матуру“. Особље Завода у свему примењује важеће прописе о образовању у свему као и за осталу школску популацију у Републици Србији. У полуотвореном одељењу Завода предвиђено је професионално образовање малолетних осуђеника кроз похађање наставе у средњим школама у граду, с тим што се они се у њима уписују као ванредни ученици (техничка и економска школа).

Малолетни осуђеници имају право и на стручно оспособљавање у складу са њиховим афинитетима и могућностима Завода. Стручно оспособљавање садржи теоријску припрему и практичну обуку у радионицама Завода. Овај вид оспособљавања и усавршавања малолетних осуђеника организован је кроз одговарајуће програме. При томе, надлежност за доношење одлука, на поднети предлог службе за преваспитање и службе за обуку и упошљавање, припада управнику Завода.

Радно ангажовање малолетних осуђеника

У читавој лепези социјалних и економских, односно људских права сваког грађанина, зајемчених Уставом, значајно место припада праву на рад (члан 60 Устава). Право на рад грађана има другачију функцију, циљ и сврху у односу на право на рад, односно на радно ангажовање осуђеничке популације. Међутим, законодавац је испољио посебну обазривост када је прописао могућност радног ангажовања малолетних осуђеника. Наиме, према одредби члана 141 Закона о малолетницима, радно време осуђеног на казну малолетничког затвора одређује се тако да му се омогућава школовање и стручно оспособљавање, као и да има довољно времена за телесно васпитање, културно-уметничку активност, вршење верских обреда и разоноду.

Посебан начин или облик примене права на радно ангажовање малолетних осуђеника представља производни рад. При томе, ова врста радног ангажовања у складу је са схватањима који рад третирају као облик преваспитања малолетних осуђеника. Но, код појединих теоретичара хуманистичке оријентације појављује се отпор према термину обавезан рад.¹⁹ Мишљења смо да радно ангажовање малолетних осуђеника не утиче појачано на принудни карактер казне малолетничког затвора коју карактерише присуство бројних ограничења. Предности које рад пружа, како Заводу, тако и малолетном осуђеницима, превазилазе његове економске ефекте.

Европска затворска правила препоручују рад као позитиван елемент у третману, обучавању и у управљању установом. С тим у вези, у одредби правила 72 наводи се да организација и методе рада у установи морају бити што сличније онима у заједници изван установе, како би

¹⁹ Николић, З. (2005). *Пенолошка андрагогија са методиком преваспитања*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, стр. 204.

се затвореници прилагодили уобичајеним радним условима. Стога, рад затвореника мора да одговара савременим стандардима и техникама, да буде у складу са модерним системима руковођења и производним процесима. Мада финансијска добит коју остварује производња у установи може бити важна за побољшање стандарда и унапређење квалитета и важности оспособљавања, интереси затвореника и њиховог третмана не смеју да буду томе подређени.

Минимална правила о поступању са затвореницима предвиђају обавезу подвргавања раду свих осуђеника, уз вођење рачуна о њиховим душевним и физичким способностима које ће утврдити лекар (правило 71 потправило 2). Истовремено се, у правилу 72 потправило 1, наводи да: организација и методи рада у казним заводима треба да буду што приближнији организацији и методама које важе за сличан рад изван завода, како би се затвореници припремили за нормалне услове рада на слободи.

Поред међународних инструмената, ЗИКС (чл. 86–100) и Правилник о кућном реду КПЗ (члан 79), прописује да радно способан малолетни осуђеник има право и обавезу да ради. Сврха рада је малолетни осуђеник стекне, одржи и повећа своје радне способности, радне навике и стручно знање. Накнада за рад износи најмање 20% од најниже цене рада на нивоу Републике Србије, с тим да се за рад дужи од пуног радног времена увећава за 50%. Поред прописа којима се регулише поступак извршења казне малолетничког затвора, односно казне затвора уопште, малолетни осуђеници уживају права по основу рада регулисана општим прописима која припадају посебном (радном) законодавству.

Ценећи препоруке и правила у вези са радним ангажовањем осуђеничке популације, у КПЗ Ваљево је организован производни рад прилагођен расположивим капацитетима. У складу са цитираним прописима, посебно се води рачуна да рад малолетних осуђеника испуњава све постављене критеријуме у циљу остваривања терапеутских ефеката. Као накнаду за обављени рад затвореници добијају 20% минималне зараде, с тим што 70% морају трошити у затворској кантини, а остатак новца се оставља на штедњу коју добијају приликом изласка из казнено-поправног завода. Осим тога, приликом избора конкретне врсте радног ангажовања узимају се у обзир испољене склоности и интересовања малолетних осуђеника у Заводу.²⁰

²⁰ Локсић, И. (2010). „Малолетнички затвор као *ultima ratio* у санкционисању малолетничке делинквенције“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 9, Нови Сад, стр. 392.

Посебан систем односа међу малолетним осуђеницима (затвореничка поткултура)

Познато је да осуђеници, као антипод формалном систему који је изграђен и функционише на основу унапред познатих (формалних) законских и подзаконских правила, функционишу по сопствено успостављеном (неформалном) систему. Заједнички режим извршења казне малолетничког затвора у Заводу, који садржи бројна ограничења, утиче на формирање посебног културног система, односно подсистема или поткултуре међу малолетним осуђеницима. Сходно томе, код малолетних осуђеника се формирају посебни вредносни ставови оличени у „кодексу понашања“ којима се регулишу њихови међусобни односи у Заводу. На тој основи се јављају међу осуђеницима посебне мање групе, са својим системом вредности и стандардима понашања, који служе за одржавање њихове међусобне привржености и групне хомогености у остваривању заједничких интереса. Тако се у затворским установама стварају односи, са посебним елементима, који условљавају њихово одржавање и идентификацију, као посебног система односа међу осуђеницима.²¹

Осуђеничка поткултура се развија и опстаје кроз цео период извршења казне малолетничког затвора. Садржајно посматрано, поткултура се састоји из различитих, односно паралелних вредносних ставова, понашања, односа према формалној структури Завода, изграђених у међусобној интеракцији на релацији: формални и неформални систем. Разматрајући садржај комуникације између припадника неформалног (затвореници) и формалног (особље) у Заводу, оличену кроз типове прилагођавања личности осуђеника, др Златко Николић указује на неколико фаза: конформизам, критизерство, иновација, манипулација, бекства, побуне, самоповређивање, самоубиства.²²

Структурисање осуђеника у затворској установи последица је присуства бројних различитости међу њима које, у условима заједничког издржавања казне, утичу на формирање тзв. неформалних група. При томе, структурисање у установи се врши на основу више критеријума, као што су: статусни положаји међу осуђеницима, постојање и функционисање улога у оквиру неформалног система, правци усме-

²¹ Милутиновић, М. (1992). *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, стр. 231–232.

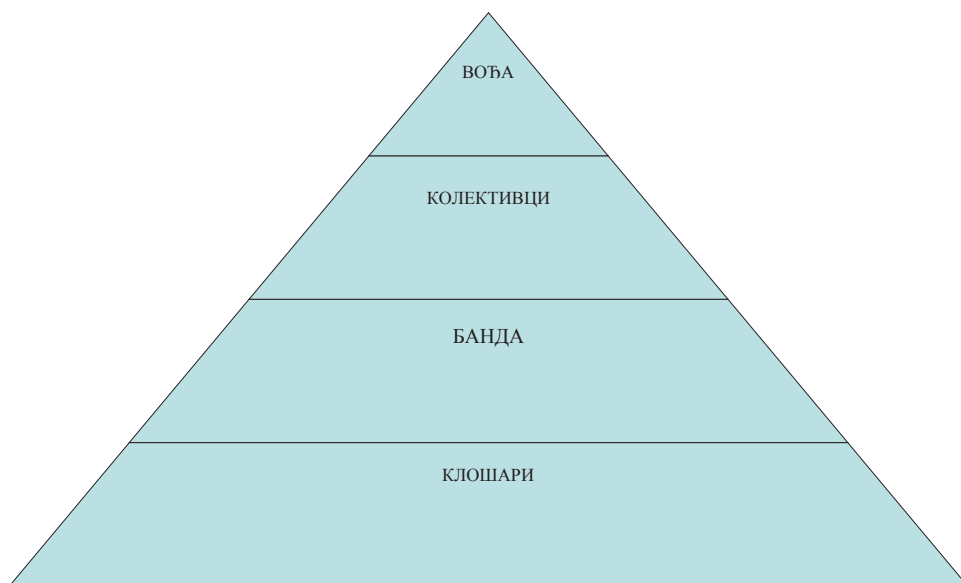
²² Шире о томе: Николић, З., Крон, Ј. (2011). *Тоталне установе и депривације – књига о човеку у невољи*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, стр. 99–125.

рености тих улога – према формалном и неформалном систему, према социјалној, религијској, етичкој и другим појединостима, према интелектуалним, психосоцијалним и културним својствима итд.

Под утицајем услова који владају у затворским установама, посебно ограничењима, немогућности да се врши одабир припадника групе као на слободи, флукуацији осуђеника (једни одлазе а други пристижу), неформалне групе карактеришу одређене специфичности само њима својствене. Присутна је строга подела улога, заснована на хијерархији њених припадника, стварању осећања заштићености чланова на основу припадности у групи, што све скупа утиче на процес социјализације и адаптације у оквирима осуђеничке поткултуре. При томе, осуђеничке групе можемо најједноставније класификовати на позитивне и негативне, у зависности од садржине усвојених вредносних оријентација, криминалне прошлости њених припадника, нарочито високо хијерархизованих, бројности итд. Међутим, нису ретки случајеви међусобног обрачунавања осуђеника на пољу наметања, односно добијања статуса вође у неформалној групи.²³

Формирање и функционисање неформалних група међу малолетним осуђеницима можемо приказати на примеру КПЗ Ваљево. Критеријуми поделе малолетних осуђеника у неформалне групе су бројни али доминирају неколико основних, као што су: територијална припадност, тежина и врста учињеног кривичног дела, место извршења кривичног дела, припадност различитим групама (бандама) пре доласка у Завод, контакти са спољним светом итд. Целокупна осуђеничка популација (малолетна и пунолетна лица) је подељена у две групе, односно два колектива: Београђани и сељаци. Сваки од ових колектива је пирамидално структуриран и почива на расподели моћи и утицаја одозго надоле. На челу колектива се налази неприкосновени вођа, оличен у једном лицу, затим долазе колективци, банда и клошари. Сви новопритошли осуђеници пролазе кроз фазе у колективу почев од најниже лествице нагоре. У којој мери је подела између два колектива у Заводу изражена најречитије говори пример да они међусобно комуницирају искључиво „формалним“ путем, као и чињеница да постоје посебне клупе, у спољном делу Завода (дворишту), на којима седе припадници једног или другог колектива без међусобног мешања.

²³ Истраживање које је спровео Београдски центар за људска права управо потврђује наведену констатацију. Наиме, у КПЗ за малолетнике у Ваљеву су у одељење појачаног надзора склоњени осуђеници који трајно показују намеру да се наметну као вође неформалног система и због тога улазе у физичке сукобе. Цитирано према: *Забрана злостављања и права лица лишених слободе у Србији – Извештај II* (2011). Београдски центар за људска права, Београд, стр. 41.



Слика 1. Структура неформалних група у казнено-поправном заводу

Литература

Austin, J., Dedel Johnson, K. & Gregoriou, M. (2000). *Juveniles in Adult Prisons and Jails A National Assessment*, USA: Bureau of Justice Assistance.

Babić, V., Josipović, M. i Tomašević, G. (2006). „Hrvatski zatvorski sustav i zaštita ljudskih prava zatvorenika“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2, Zagreb.

Бановић, Б., Јоксић, И. (2012). *Малолетнички затвор у законодавству и пракси*, Београд: Факултет за безбедност.

Бановић, Б., и сар. (2012). *Политика изрицања кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела у Републици Србији*, у: Зборник радова „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)“, Источно Сарајево.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). Council of Europe, Rome, 4. November

Convention on Rights of the Child (1989). United Nations, 20 November

- Илић, Г. (2006). „Стандарди лишења слободе у светлу Европске конвенције о људским правима“, *Безбедност*, бр. 4, МУП Србије, Београд.
- Јоксић, И. (2010). „Малолетнички затвор као *ultima ratio* у санкционисању малолетничке делинквенције“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 9, Нови Сад.
- Милутиновић, М. (1992). *Пенологија*, Београд: Савремена администрација.
- Николић, З. (2005). *Пенолошка андрагогија са методиком превапитања*, Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.
- Николић, З. и Крон, Л. (2011). *Тоталне установе и депривације – књига о човеку у невољи*, Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.
- Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора Србије* (2010). Службени гласник Републике Србије, бр. 72/10.
- Правилник о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење заводских санкција Србије* (2006). Службени гласник Републике Србије, бр. 105/06.
- Правилник о надзору над радом завода у управи за извршење кривичних санкција Србије* (2011). Службени гласник Републике Србије, бр. 49/11.
- Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица Србије* (2010). Службени гласник Републике Србије, бр. 72/10.
- Правилник о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике Србије* (2006). Службени гласник Републике Србије, бр. 71/06.
- Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules* (2006). Council of Europe, 11 January
- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – “The Beijing Rules”* (1985). General Assembly United Nations A/RES/40/33, 29 November
- United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency – “The Riyadh Guideline”* (1990). General Assembly United Nations A/RES/45/112, 14 December

United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures – “The Tokyo Rules” (1990). General Assembly United Nations A/RES/45/110, 14 December

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty – „The Havana Rules“ (1990). General Assembly United Nations A/RES/45/113, 14 December

Забрана злостављања и права лица лишених слободe у Србији – Извештај II. (2011). Београд: Београдски центар за људска права.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Србије (2005). Службени гласник Републике Србије, бр. 85/05.

Закон о извршењу кривичних санкција Србије (2005). Службени гласник Републике Србије, бр. 85/05, 72/09 и 31/11.

Ivan Joksić, PhD, Professor

Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad

Jelena Matijašević-Obradović, PhD, Professor

Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad

EDUCATION AND WORKING ENGAGEMENT OF JUVENILE CONVICTS AS A CONTRIBUTION TO THEIR SUCCESSFUL RE- SOCIALISATION

Instead of conclusion

Staying at the institution for the execution of criminal sanctions of any kind, causes negative effects in the form of resistance to the formal structure of the penitentiary correctional institution. The sentence of juvenile imprisonment as the only punishment which, exceptionally, can be pronounced to the category of older minors, also causes the presence of negative tendencies in the behavior of juvenile convicts. Although there is a possibility of education and

work engagement in the penitentiary correctional institution, it is necessary to expand the range of activities that need to be implemented by juvenile convicts. In this regard, the staff at the Valjevo Penitentiary Institute enabled us to become acquainted with the content of „other activities“ available to juvenile convicts. There is a literary section where juvenile convicts take part. They write papers and send them to evaluate the commission that selects the best work and rewards their authors.

In this way, it additionally contributes to the positive influence on the behavior of juvenile prisoners, as part of the process of applying education and work engagement in the framework of their non(successful) resocialization and later readaptation to the conditions of life at liberty.

Key words: *juvenile detention centre, treatment, re-socialisation, education, working engagement.*

POACHING'S INCLUSION IN THE CRIMINAL CODE OF HUNGARY

Elek Balázs*
Hati Csilla**

One of the most important additions to the new Criminal Code that went into force on 1 July 2013 was the separate chapter devoted to crimes against the environment and nature.¹ The chapter contains a wide variety of legal definitions; however, there are enough similarities between them to allow them to be laid out in a single chapter. These similarities include protection of the environment, nature and their component parts (see impairment to the environment, impairment to nature). This is closely linked to the protection of the living world that plays a role in environmental impairment as well as the protection of animals and plants that play a role in natural impairment. This same factor made it necessary to create the new definitions for illegal hunting and fishing.

In the new Criminal Code, lawmakers created a new definition entitled “poaching” that previously did not exist. The prior practice of classifying illegal hunting as a misdemeanor or as theft was not suitable for efficiently combating poaching.²

Until the new Criminal Code put into force on 1st July, 2012, poaching was not considered as a standalone crime in Hungary. The reasons for this are partly social, and partly historical. However, the legislator realized that

* Associate professor, Debrecen University Department of Criminal Procedural Department, Criminal judge, Chief of Criminal Department, High Appeal Court of Debrecen

** Lawyer, PhD student, Debrecen University

¹ Polt, Péter, ed. (2013), “Új Btk. kommentár 5. kötet, különös rész” (“Commentary on the New Criminal Code, Booklet 5, Special Section”), Chapter 23. Nemzeti Közzolgálati és Tankönyvkiadó, Budapest.

² Bárándy, Gergely (2010), “Állatkínzás jelene és jövője” (“The Present and Future of Animal Torture”), 7/2: 1-7. Debreceni Jogi Műhely.

the dangers of poaching go far beyond the damage caused by the stealing of game killed in any way. Poaching in Hungary does not threaten primarily the survival of certain endangered species.

Hungarian Criminal Code §245.

A person commits poaching when

- a) he conducts activities aimed at killing or capturing game on hunting grounds without a hunting license or carries out such activities as a hunter on land where he does not have permission to hunt;
- b) he kills or captures an animal belonging to a species of game defined in a separate law during a period of time when the hunting of said species is legally prohibited;
- c) he conducts activities aimed at killing or capturing animals using prohibited hunting equipment or prohibited hunting methods; conducts such activities on a game preserve where hunting is prohibited; or conducts such activities in relation to vertebrates that are either specially protected or protected. The crime of poaching is punishable by a prison sentence of up to three years.

The most significant addition is that hunting without a permit is punishable. Hence poachers can be caught out when they simply step onto hunting grounds with the goal of felling an animal without a permit. Given the changing nature of modern technology, the previous regulations were inappropriate because it was basically impossible to catch out perpetrators when they actually killed an animal. Without catching the perpetrators in the act of killing an animal, it was hardly possible to prove that the crime of theft had been committed.

Poaching is a collective term for a series of actions opposing law and morals, and these amalgamate into a specific, standalone notion. Poaching means more than the simple stealing and destruction of game. Poaching is a dangerous activity, and by its nature it always implements the possibility of the realization of other, more serious crimes, or other dangerous crimes can connect to it, for example, misuse of firearms, homicide and assault, violence against public officials.

Poaching violates rights of ownership, violates the right of those entitled to wildlife management and hunting, endangers the stock of game, the in-

terests regarding wildlife management and its hunting order, and at the same time, violates public safety.³

Poaching as a global phenomenon

Poaching is such a global phenomenon that cannot be managed and interpreted in an isolated way. The notion of transnational crime refers to such crimes, the prevention, exploration and direct or indirect effect of which affects many countries. This scope includes, besides international drug and art treasure trafficking, terrorism and the market focusing on endangered wildlife.⁴

In special literature, it is already considered as a fact that poaching generates such a vast income that is desired by organized crime groups as well. The price of rhino horn per kilo is higher than that of gold or platinum. Poaching provides a huge income with a relatively small risk.

Circles of organized crime have already attacked European museums in order to acquire rhino horns. According to the Metropolitan police, 20 thefts have taken place across Europe in the past six months – in Portugal, France, Germany, the Czech Republic, Belgium and Sweden as well as the UK. Scotland Yard and Europol are now advising galleries and collectors to consider locking up their rhino horn collections or keeping them away from public view. Several museums have removed their displays or replaced horns with replicas.⁵ The global danger of the problem is shown by the fact that the thefts are attributed to an organized gang, allegedly active in Europe, Asia and North and South America.⁶

According to an estimation from 1993, the value of the black market focusing on the endangered wildlife is 6 billion USD. According to some estimations, wildlife trafficking is the second largest form of black market commerce, behind drug smuggling.⁷

³ Zoltán, Ödön: Az orrvadászatról és büntetéséről. Magyar Jog, 1995, október, 607-613.p.

⁴ Elek Balázs: From poaching to financing terrorism. Thoughts on poaching endangering society. Journal of Eastern-European Criminal Law, 2016/1. 190-200

⁵ Esther Addley: Epidemic of UK rhino horn thefts linked to one criminal gang. the guardian, Monday 8 August, 2011 <http://www.theguardian.com/environment/2011/aug/08/rhino-horn-thefts-chinese-medicine>

⁶ Dr. Raneé Khooshie Lal Panjabi: For Trinkets, Tonics, and Terrorism: International wildlife poaching in the twenty-first century. Georgia Journal of International and Comparative Law, Volume 43, 2014, number 1, 1-92 pp.

⁷ Greg L. Warchol, Linda L. Zupan, Willie Clack: Transnational criminality: an analysis of the illegal wildlife market in Southern Africa. International Criminal Justice Review, Volume 13, 2003, 1-27 p.

Traffic International, which monitors wildlife trafficking for the UN, has claimed that it may have become the world's third-largest illegal trade after drugs and arms, with an annual turnover of \$5 billion to \$10 billion.⁸ According to estimations, wildlife trafficking has become the fourth most lucrative illegal activity after drugs, counterfeiting, and human trafficking.⁹ Statistics differ of course regarding the amount of income from poaching, but there is an agreement that at least part of this income is used to finance terrorist organizations.

The dangers of poaching and the trading of endangered species goes far beyond the environmental damage regarding certain endangered species. Those who are involved in the illegal wildlife trade also traffic in other illegal commodities, including drugs and weapons. A very lucrative form of transnational crime is the large scale theft of natural resources including wildlife. Participants in this form of crime include poachers, traffickers and guerrilla insurgency groups, military units, and organized criminal syndicates.¹⁰ The potential financial gain from poaching, „coupled with low risk of detection and often inadequate penalties,” attracts known terrorist groups. These groups use such violent and aggressive hunting methods that park rangers cannot protect the elephants or, in some cases, themselves. As a result, poached ivory has earned the name „blood ivory”.¹¹

This form of crime is so widespread that it presently threatens the political and economic stability of several developing African nations.¹² A lot of African countries suffer at the same time from terrorism, poverty and crime, including poaching, and the trafficking of elephant tusks and rhino horns associated with it. Special literature considers the poaching of certain symbolic species as an attack against a whole nation. The rhino, for example, embodies the rich natural heritage of South Africa. An attack against this ani-

⁸ Uli Schmetzer, Tribune Staff Writer: Old Chinese Cures Endangering Wildlife. Chicago Tribune, September 26, 1993 http://articles.chicagotribune.com/1993-09-26/news/9310010039_1_endangered-species-rhino-horn-white-rhinos

⁹ How to Stop the Illegal Wildlife Trade From Funding Terrorist Groups. Scientific American, December 01, 2013 <http://www.scientificamerican.com/article/how-to-stop-the-illegal-wildlife-trade-from-funding-terrorist-groups/>

¹⁰ Venter, C. (2003): Organized crime: A perspective from South Africa. In J. Albanese, D. Das, & A. Verma (Eds.): Organised crime: World perspectives (pp. 379-391) Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall

¹¹ Manley, Morgan V.: The (Inter)National Strategy: An Ivory Trade Ban in the United States and China. Fordham International Law Journal, Vol. 38, Issue 5 (August 2015), pp. 1511-1586

¹² Greg L. Warchol, Linda L. Zupan, Willie Clack: Transnational criminality: an analysis of the illegal wildlife market in Southern Africa. International Criminal Justice Review, Volume 13, 2003, 1-27 p.

mal „becomes an attack on the nation itself, economically, ecologically, and symbolically”.¹³

Poaching has existed since time immemorial and probably will always exist in some measure, along with other forms of crime. It is incumbent upon us to determine whether this measure remains within acceptable boundaries or whether its magnitude alone endangers the wildlife stock.

In order to successfully combat poaching, it will be necessary to eliminate the reasons behind poaching, or at least reduce their impact. It is also important to be familiar with the reasons for poaching because different motivations require different responses from authorities.

Criminological research on poaching in Hungary highlighted the need to change the rules in the Criminal Code in tandem with the changes in the reasons, equipment and methods of poaching, along with changes in the types of people who commit the crime.

I essentially agree with the criminological argument that it is not necessary to stiffen the penalties for poaching, but to increase the likelihood that the poachers will get caught. It is also necessary to raise the inevitability of punishment in order to create an effective deterrent.

In addition to amending the law, it is also important to intensify efforts to expose poaching and to shed light on a greater number of cases. The new Criminal Code that went into force a few years ago in Hungary has already succeeded in raising the number of criminal cases. Previously, a great number of criminal proceedings had to be dismissed due to lack of proof, because it was not possible to prove that the perpetrators had committed theft or attempted theft; however, it was clear that they had been hunting without a permit.

The satisfactory protection of animal species under the shield of game- and nature-protection laws and the redress of poaching can only become realistic goals if there is cooperation between the relevant and affected authorities. The inclusion of various professional and civil-society organizations must build upon this as well.

In Africa, conservationists who worked to protect gorillas realized it was not enough to fight poachers – it was also necessary to teach the locals to value and respect the gorilla.¹⁴ Similarly, Hungary needs to reach the point

¹³ Elizabeth Lunstrum: Green Militarization: Anti-Poaching Efforts and the Spatial Contours of Kruger National Park. *Annals of the Association of American Geographers*. Published online: 04 Jun 2014, <http://www.tandfonline.com/loi/raag20>

¹⁴ De la Bedoyere, Camilla, and Campbell, Bob (2005), *No One Loved Gorillas More*: Dian Fossey,

where people living in villages and farms protect the wildlife stock. This effort can succeed if the proper incentives are provided.

In certain regions of Hungary, hunting and eco-tourism are the only sources of employment. During the low season, providing quality accommodation and activities for well-to-do foreign guest hunters means profit, and not just for those who organize hunting trips. Around the Hortobágy Plains, a UNESCO World Heritage Site, crane flocks that arrive every year inflict damage on agriculture, but at the same time they bring income from the tourists who come to see them.

Positive public opinion is also essential for the protection of large predators. In order for this to come about, it will be necessary to eliminate the falsehoods and superstitions that exist in the public mind and to teach people about these animals. The broader community needs facts about the true extent of damage caused by predators and the reasons behind it, as well as methods that can be used on a local level to effectively prevent damage. It will be necessary to develop a system for measuring the damage caused by protected animals along with a method of compensating people for damages incurred.

It is clear that there is no single solution to poaching. Many times, it is not a simple question of protecting wildlife and nature; the problems are much more complex, comprising numerous societal, sociological and economic quandaries. It appears we have no truly efficacious tool to use against those who make their living from poaching. It is unlikely that we will be able to successfully keep the problem at bay so long as part of our society lives in poverty.

Amending the law to provide stiffer punishments was just the first step in the struggle against poaching. There is much to be done to improve prevention methods, but it is also important to better educate the police, professional hunters, environmental-protection authorities, prosecutors, and lastly, judges. At present, criminological research demonstrates that the people who handle criminal proceedings lack even the most basic knowledge in relation to crimes against nature. Changing this will increase the number of cases that are successfully brought to light and provide a suitably efficient criminal-law response so that we can preserve the natural world for our descendants to enjoy.

Letters from the Mist (Dian Fossey harca a gorillákért): 1-191. National Geographic, Geographia Kiadó, Budapest.

УДК: 341.231.14(439)

doi 10.7251/PR5217361L

Izlaganje sa naučnog skupa

SHORT OVERVIEW OF THE CURRENT SITUATION OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM IN HUNGARY¹

Prof. dr István László Gál*
dr Ferenc David**

***Introduction:** Today in our globalized world problems and security challenges will not stop before our borders and that is why Hungary realized that security does not start at our national borders. These security challenges and risks and a wide variety of danger including terrorism and other crimes connected with each other and weakening our law and order requires prompt response from many fields of the state and law enforcement. From this global and European perspective could be understood that terrorism is a priority challenge for Hungary as long as remains a significant global threat of our age threatening both our alliances – see here primarily Europe and the European Union and the North Atlantic region and the NATO – and core values. Even if the overall threat of terrorism is low (or quite close to the zero) in Hungary at the same time we need to stay awake, ready and focused against above mentioned interstate threats of foreign origin and to threats to its interest above. Hungary realized that counter-terrorism activities need a whole government and mostly law enforcement response at the national level, including: further capacity and institution-building measures, synchronization of authorities, horizontal coordination, as well as the harmonization of threat assessment, reporting, and crisis management procedures.² In their study the authors will outline the legal and structural pillars of Hungarian fight against terrorism including some cases actually interesting in Hungary.*

* full professor, head of Department of Criminal Law, University of Pécs, Faculty of Law

** research fellow, University of Pécs, Faculty of Law

¹ This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

² 1035/2012. (II. 21.) Government Decree on Hungary's National Security Strategy; see Point 29

Approaching terrorism from theoretical and legal perspectives

Terrorist acts are one of the most dangerous criminal offenses. Their protected legal interest is the public interest with regard to the forceless and uninterrupted operation of states, governmental agencies, furthermore the population's uninterrupted, calm way of life that is free of fear.³

The basic motivation behind terrorism at the end of the past century were anarchism and nationalism; although this is the past for today's terrorism, many components of their ideals are to be seen in the justification of terrorist acts in following eras and are the motivating power behind those acts. Their set of instruments differed as well (daggers, poison, bombs), they committed a sequence of attacks against Heads of States and monarchs – from the French president Carnot at the top of the list down to Queen Elisabeth.⁴ Nevertheless, it can be stated that terrorism is distinctly a phenomenon of the 20th century and has developed into a severe problem after World War II and in three main geographic regions: Western Europe, the Middle East and Latin America.

Following Hungarian scholars idea and definition “*Terrorism is the systematic use of force or threats to use force drawing upon different ideologies, abiding by a specific logic and taking on different forms. Its aim is to achieve political endeavors by developing opportunism amongst victims, the audience, within the state and the society. The declared objective usually is of political, ideological, religious, ethnic etc. nature enforcing a radical change; a sequence of acts applied in order to achieve the objective. However, the tool used for the achievement is a common and violent criminal offense.*”⁵ The most crucial challenges to be faced in the future are nuclear terrorism, ecoterrorism, biological terrorism, cyber terrorism as well as the acts of radical religious terrorist groups, which have to be seen as an increasingly serious problem. Studies addressing terrorism agree that it is mainly a political phenomenon based on both structural and psychological factors. It is considered that modernization, democracy and tension undealt with may lead to conditions resulting in terrorism.

³ Belovics, E. – Molnár, G. M. – Sinku, P.: Büntetőjog II. a 2012. évi C törvény alapján [*Criminal Law II in accordance with Act C of 2012*] HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2012 471.

⁴ SZÖVÉNYI, Gy.: A terrorizmus jellegzetességei az ezredfordulón. [*The characteristics of terrorism at the turn of the millennium*] Európai Tükör, 1998/3. 92.

⁵ KORINEK, L.: A terrorizmus. [*Terrorism.*] In: Kriminológia – Szakkriminológia [*Criminology*]: Eds: Gönczöl, K. – Kerecsi, K. – Korinek, L. – Lévay, M. CompLex Kiadó, Budapest, 2006 447.

The danger in terrorist acts lie in their unpredictability and in their fast and mobile striking effect. The change between the terrorism of previous eras and today's terrorism is based on quality but the main differences developed through history.⁶ 9/11 can be considered as a main turning point in the history of terrorism (and potentially in the history of mankind). The structure and the method of financing terrorist organizations have changed.

In the past 50 years, when this phenomenon started to become an unprecedented threat, many international conventions have been emerged in connection with terrorist acts, which were fully implemented into the Hungarian Criminal Code. Acts of terrorism was part of the last criminal law⁷ before the new code⁸ came into force in 2013. Before the new code came to force it distinguished different acts from classic terrorism⁹ to terroristic acts like seizure of an aircraft, of any means of railway, water or road transport or of any means of freight transport¹⁰ or typical preparation acts like illegal possession of explosives and destructive devices¹¹ and criminal misuse of firearms and ammunition¹² and terrorist financing.

The new Hungarian criminal code which came into force a couple of years ago on 1 July 2013 is quite more systematic and clear-out regarding to the above mentioned sections. Chapter XXX contains offenses against public security including acts of terrorism, failure to report a terrorist act,¹³ terrorist financing,¹⁴ unlawful seizure of a vehicle (which act is even more shorter in its name),¹⁵ breach of trade secrecy,¹⁶ failure to comply with the reporting obligation related to money laundering (and in connection with terrorist financing).¹⁷

Focusing on Acts of terrorism the new code penalizing the act when any person who commits a violent crime against referred persons¹⁸ or commits a criminal offense that endangers the public or involves the use of arms in or-

⁶ Gergely, A.: A terrorizmus természetrajza. [*The nature of terrorism.*] Kapu, 1994/10-11. 92.

⁷ Act IV of 1978 on the Criminal Code

⁸ See: Act C of 2012 on the Criminal Code

⁹ Act IV of 1978 Section 261

¹⁰ Act IV of 1978 Section 262

¹¹ Act IV of 1978 Section 263

¹² Act IV of 1978 Subsections (1)-(3) of Section 263/A

¹³ Act C of 2012 Sections 314-316

¹⁴ Act C of 2012 Section 318

¹⁵ Act C of 2012 Section 320

¹⁶ Act C of 2012 Section 413

¹⁷ Act C of 2012 Section 401

¹⁸ See: Act C of 2012 Subsection (4) of Section 314

der to: coerce a government agency, another State or an international body into doing, not doing or countenancing something or; intimidate the general public or; conspire to change or disrupt the constitutional, economic or social order of another State, or to disrupt the operation of an international organization is guilty of a felony punishable by imprisonment between ten to twenty years or life imprisonment. In a second composition of these act the legislator says that any person who seizes considerable assets or property for the purpose defined above and makes demands to government agencies or international organizations in exchange for refraining from harming or injuring said assets and property or for returning them shall be punishable as it was mentioned above.¹⁹ According to the law any person threatening to commit a terrorist act is guilty of a felony punishable by imprisonment between two to eight years as well and on the other side if any person who has positive knowledge concerning plans for a terrorist act and fails to promptly report that to the authorities is guilty of a felony punishable by imprisonment not exceeding three years.²⁰

Criminal cases and experiences

In the past 5 years an average of 3 terrorist acts took place in Hungary. However, these cannot be seen as terrorist acts in “classic” criminological terms, but as criminal offenses, which have been declared as terrorist acts by the increasingly spreading scope of criminal law. Pursuant to the Hungarian criminal law the common criminal offenses listed in the section “Acts of Terrorism” of the Criminal Code have been declared as terrorist acts, when e.g. the objective of the perpetrator is to intimidate the general public, coerce a government agency, another State into doing, not doing or countenancing something; or to disrupt e.g. the operation of an international organization.

One of the cases attracting huge interest in the press has been the criminal proceeding against Ahmed H. After declaring the state of emergency as a consequence of mass immigration hundreds of migrants assembled on the Serbian side of the road border crossing Röszke-Horgos on the 16th of September 2015. The peaceful minded groups of people with the aim to enter Hungary became aggressive over time, trying to tear down the fence, some of them throwing stones at the policemen on the Hungarian side. Many po-

¹⁹ See: Act C of 2012 Sections 314-315

²⁰ Act C of 2012 Subsection (4) of Sections 316-317

licemen were injured during the confrontation. According to the judgement of the Court of First Instance Ahmed H. threatened with breaking down the cordon and attacking the police. The suspect has addressed the mass several times with a megaphone, threw stones at the police three times himself and has illegally entered Hungary after opening the gate closing down the crossing point. Ahmed H. then returned to the Serbian side and could only be detained 3 days later.²¹ According to prosecution this act has to be considered a terrorist act because the suspect did use force against the representative of public authority in order to force the police to let him enter the country. Pursuant to Hungarian criminal law this act is a terrorist act. The perpetrator of Syrian nationality was convicted of a terrorist act and of the illegal crossing of the border at first instance by the General Court of Szeged. As a consequence, he was sentenced to imprisonment of 10 years in a high secured prison and has been expelled from Hungary. The Court of Appeal of Szeged repealed the decision. The proceeding is still ongoing.

Some important organizations of counter-terrorism

In Hungary, the detection and prevention of terrorist acts falls within the correspondence of the Counter Terrorism Centre²² since 2010, while the information gathering analyses capacity is centralized to the Counter-terrorism Information and Criminal Analysis Center²³ from 2016.²⁴ This state agency is specialized on prosecution and intelligence service. Pursuant to the relevant legislation its main tasks are as follows:²⁵ a) It analyses and evaluates the threat of terrorism on Hungary; b) organizes and coordinates the activity of state agencies for the prevention of and response on terrorist acts, performs preoperational, implementation and administrative tasks in connection with the Counter Terrorism Centre; c) contributes towards developing the national program on the protection of critical infrastructure, evaluating the level of threat and the elaboration of plans on security action plans, furthermore – ac-

²¹ Hecceg, M.: Polt Péter a Kúriához fordult, amiért hatályon kívül helyezték a terrorizmusról szóló ítéletet a röszkei zavargásokkal vádolt Ahmed H. ügyében. Link: <https://444.hu/2017/08/25/polt-peter-a-kuriahoz-fordult-amiert-hatalyon-kivul-helyeztek-a-terrorizmusrol-szolo-iteletet-a-roszkei-zavargas-miatt-vadolt-ahmed-h-ugyeben> (3 September 2017)

²² See in Hungarian: Terrorelhárítási Központ

²³ See in Hungarian: Terrorelhárítási Információs és Bűnügyi Elemző Központ

²⁴ CXXV Act of 1995 [on the National Security Services] Section 8/A

²⁵ 295/2010. (XII. 22.) Government Decree on Designation of Responsible Body and Detailed Rules of the Counter-terrorism Service

ording to a specific contract –, it is responsible for the protection of the critical infrastructure being important in terms of terrorist threats; and d) pursuant to the government decree on the protection of individuals and designated establishments it provides protection for the General Prosecutor and the Prime Minister, and fulfils other tasks regarding the protection of persons, which were temporarily or on case-by-case basis assigned to it by the Minister of Policing.

One reason for why no “traditional” terrorist attack took place in Hungary that needs to be highlighted is the effective operation of the Counter Terrorism Centre. This agency is subject to the responsibility of intervention before the commitment of a terrorist act and in this case misuse of firearms will be registered within the criminal statistics, as the perpetrator has been detained before he/she could commit a criminal offense with his/her illegally obtained firearm.

Bibliography

Act C of 2012 on the Criminal Code;

Act IV of 1978 on the Criminal Code;

Act CXXV of 1995 on the National Security Services;

1035/2012. (II. 21.) Government Decree on Hungary’s National Security Strategy;

295/2010. (XII. 22.) Government Decree on Designation of Responsible Body and Detailed Rules of the Counter-terrorism Service;

BELOVICS, E. – MOLNÁR, G. M. – SINKU, P.: Büntetőjog II. a 2012. évi C törvény alapján [*Criminal Law II in accordance with Act 2012 C*] HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2012;

GERGELY, A.: A terrorizmus természetrajza. [*The nature of terrorism.*] Kapu, 1994/10-11.;

HERCEG, M.: Polt Péter a Kúriához fordult, amiért hatályon kívül helyezték a terrorizmusról szóló ítéletet a röszkei zavargásokkal vádolt Ahmed H. ügyében. Link: <https://444.hu/2017/08/25/polt-peter-a-kuriahoz-fordult-amiert-hatalyon-kivul-helyeztek-a-terrorizmusrol-szolo-iteletet-a-roszkei-zavargas-miatt-vadolt-ahmed-h-ugyeben> (3 September 2017);

KORINEK, L.: A terrorizmus. [*Terrorism.*] In: Kriminológia – Szakkriminológia [*Criminology*]: Eds: Gönczöl, K. – Kerezi, K. – Korinek, L. – Lévay, M. CompLex Kiadó, Budapest, 2006;

SZÖVÉNYI, Gy.: A terrorizmus jellegzetességei az ezredfordulón. [*The characteristics of terrorism at the turn of the millennium*] Európai Tükör, 1998/3.;

Prof. Dr. István László GÁL

**full professor, head of Department of Criminal Law, University of Pécs,
Faculty of Law**

Dr. Ferenc DAVID

research fellow , University of Pécs, Faculty of Law

SHORT OVERVIEW OF THE CURRENT SITUATION OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM IN HUNGARY

Summary

Hungary is on the way to a coherent integrated approach to counter-terrorism including both a developed legal system and law enforcement authorities. From one side Hungary reformed its Criminal Code in 2013 to meet the above mentioned requirements. This legal regulation improved the law enforcement structure and amended the domestic and international framework. Following the modification of the old Criminal Code and adopting the new one in 2012 establishes an effective base of counter-terrorism. Even without numerous and classic criminal cases and offenses the legal and structural frame of fighting against terrorism is appropriate to the European level.

ИНКРИМИНАЦИЈЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Миле Шикман*

***Апстракт:** Организовани криминалитет је прије свега криминолошки проблем истраживања, али је и предмет кривичноправне регулативе. Управо због тога и јесте изазов за кривично право на који начин инкриминисати ионако широк обим понашања која конституишу организовани криминалитет. Чини се да постоји сагласност (посебно међународноправних субјеката) да, независно од конкретних облика испољавања прописаних посебним дијелом кривичног закона, криминална организација би требало да буде централни појам којим се инкриминише организовани криминалитет. Ова криминална политика може се превести или у кривично дјело удруживања ради вршења кривичних дјела, што је типично за земље континенталног права или криминализацију завјере, а што је типично за земље англосаксонске правне традиције. Наведено је и учињено новим Кривичним закоником у Републици Српској (Службени гласник 64/17), и то дефинисањем организоване криминалне групе (чл. 123 ст. 10) и прописивањем кривичних дјела Договор за извршење кривичног дјела (чл. 364), Удруживање ради вршења кривичних дјела (чл. 365) и Извршавање кривичног дјела у саставу криминалног удружења (чл. 366). Уочљиво је да је на овај начин законодавац замијенио кривична дјела Злочиначко удружење (чл. 383) и Организовани криминал (чл. 383а) која су била прописана ранијим Кривичним законом Републике Српске (Службени гласник 49/03 и 70/06). Предмет овога рада јесте анализа нових кривичноправних одредаба о организованом криминалитету, њихова усаглашеност са међународноправним стандардима, као и одредбама у упоредним кривичним законима (Србија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Македонија).*

* Правни факултет и Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци.

Кључне ријечи: *организовани криминалитет, кривично право, кривично дјело, саучесништво.*

Увод

Инкриминације о организованом криминалитету под посебном су пажњом било да се ради о материјалном (општем и посебном), било процесном кривичном праву¹. И у ранијем периоду често су били предмет дискусије научне и стручне јавности, а чини се да и данас постоје опречна мишљења у погледу начина кривичноправног реаговања на овај облик криминалитета. Оно што је заједничко јесте имплементација одредаба Конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета (2000) у погледу инкриминације чланства у криминалној организацији, с једне стране, и вршења кривичних дјела од стране криминалне организације, с друге стране. Дакле, организовани криминалитет представља не једно кривично дјело, већ скуп двије врсте кривичних дјела: кривичног дјела самог организовања криминалног удружења и кривична дјела која чине припадници организованог криминалитета (чланови криминалне организације), а која се заснивају на циљевима, ради чијег је оснивања удружење основано и због чега оно и даље постоји, те настоји да у дужем периоду обезбиједи своју егзистенцију, тј. та кривична дјела директно или индиректно произлазе из тих циљева криминалне организације². Због тога се, у теорији, сматра да је неприхватљиво и са становишта правне сигурности, противуставно унијети појам организованог криминалитета у кривични законик³, јер би то захтијевало и његово прецизно одређење, што би у смислу материјалног кривичног права било практично немогуће⁴. По-

¹ Овome треба додати и кривично извршно право, јер поступак, начин и услови извршења кривичних санкција према осуђеним лицима за кривична дјела организованог криминалитета представљају важан сегмент кривичноправног реаговања на ову врсту криминалитета.

² Игњатовић, Ђ., Шкулић, М. (2012). *Организовани криминалитет*, Београд: Правни факултет, стр. 160

³ Стојановић, З., Коларић, Д. (2014). *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, Београд: Правни факултет, стр. 106

⁴ Наиме, како наводи професор Стојановић: “Таква одредба би морала бити изузетно широко постављена, да би обухватила велики број понашања која би се могла подвести под тај појам, што би било у директној супротности са начелом легалитета и његовим сегментом лех церта који истиче да кривичним законом мора бити у што већој мјери прецизно одређено понашање које представља кривично дјело и казна за њега”. Стојановић, З., Коларић, Д. (2014). *оп. цит.*, стр. 106.

ред тога, при разматрању кривичноправних аспеката организованог криминалитета нужно је и сагледавање његовог односа са саучесништвом, као и конкретне инкриминације које су типичне за организовани криминалитет⁵. Наиме, кривична дјела која својим збиром чини организовани криминалитет представљају његову основну криминалну садржину, док облици саучесништва у којима се манифестује извршење појединих кривичних дјела организованог криминалитета представљају кривичноправне манифестације испољавања, односно непосредне реализације тих садржаја⁶. Овом односу треба додати и кривичну санкцију за учиноце кривичних дјела организованог криминалитета, као одговарајућу друштвену реакцију на учињена кривична дјела која имају обиљежја организованог криминалитета⁷.

Сигурно се и законодавац суочавао са неким од наведених изазова када је нормирао одредбе о организованом криминалитету у новом Кривичном закону Републике Српске⁸. Одмах се уочавају одређени позитивни помаци, будући да је новим Законом прецизно дефинисана “организована криминална група” и направљена јасна разлика у односу на “групу”⁹. Наведено је дјелимично у складу са Конвенцијом Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета (2000), мада остаје нејасно због чега није извршено потпуно усклађивање са наведеним одредбама. У посебном дијелу Закона извршена је својеврсна реформа инкриминација организованог криминалитета, будући да се ради о суштинским измјенама досадашњих одредаба. Тако су изостављена два досадашња кривична дјела – Злочиначко удружење (чл. 383) и Организовани криминал (чл. 383а), а уведена су два нова, и то: Удруживање ради вршења кривичних дјела (чл. 365) и Извршавање кривичног дјела у саставу криминалног удружења (чл. 366). Јасно је да је на овај начин законодавац желио да направи дистинкцију између радњи организовања и приступања криминалној групи (група

⁵ Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Београд: Службени гласник, стр. 224

⁶ Шкулић, М. (2015). *оп. цит.*, стр. 236.

⁷ Шикман, М. (2011). *Организовани криминалитет*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, стр. 211.

⁸ Кривични законик Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, број 64/17.

⁹ Ранијим Кривичним законом Републике Српске (Службени гласник 49/03) владала је поприлична конфузија у општем дијелу, с обзиром на то да је била дефинисана “организована криминална група”, која је одговарала појму “организоване групе”, а “злочиначка организација” је конституисала организовани криминалитет јер представља највиши степен криминалног удруживања и одговарала је појму “организоване криминалне групе” према Палермо конвенцији.

или организована криминална група) и извршавању кривичног дјела у њеном саставу, али остају одређене недоумице у погледу конкретних инкриминација, о чему ће бити виши ријечи у раду.

Међународноправни стандарди инкриминисања организованог криминалитета

Уједињене нације и Европска унија још од 90-их година прошлог вијека третирају област сузбијања организованог криминалитета. Њихови напори су углавном били усмјерени на доношење међународних аката (конвенције, декларације, препоруке, смјернице, акциони планови, заједничке акције, итд.) који заправо представљају стандарде у овој области. Као најзначајнији међународноправни акт за спречавање и сузбијање организованог криминалитета може се навести Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета из 2000. године и Оквирна одлука Европске уније о борби против организованог криминала из 2008. године.

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета¹⁰ (Палермо конвенција) и три додатна протокола: 1) Протокол против кријумчарења миграната копненим, морским и ваздушним путем¹¹, 2) Протокол за сузбијање, заустављање и кажњавање трговине људима, нарочито женама и дјецом¹², и 3) Протокол против недозвољене производње и трговине ватреним оружјем, његовим дијеловима, компонентама и муницијом¹³, представљају најзначајније документе Уједињених нација у сузбијању организованог криминалитета. Наведени оквир представља обиман захват у регулисању супротстављања транснационалном организованом криминалитету,

¹⁰ United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 November 2000 (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf)

¹¹ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 15 November 2000) (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf)

¹² Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 15 November 2000) (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf)

¹³ Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 31 May 2001) (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/255e.pdf)

на начин који је прихватљив највећем броју земаља. Ова конвенција је посебно значајна јер садржи низ радњи, средстава и мјера које треба да нађу мјесто у националним законодавствима и које државе потписнице треба да примјењују, тим прије што се ради о једном савременијем приступу у коришћењу нових метода чија примјена би се одразила на већи степен ефикасности у сузбијању свих видова организоване криминалне дјелатности¹⁴. Ова конвенција обавезује све државе потписнице да у својим националним законима уведу четири кривична дјела: учешће у групама за организовани криминал, праће добити стечене кроз криминал, корупцију и ометање правде. Тако је за сврху ове конвенције чл. 2 ст. а. дефинисана “организована криминална група” која означава организовану групу од три или више лица, која постоји у извјесном временском периоду и која дјелује споразумно у циљу чињења једног или више тешких кривичних дјела утврђених у складу са овом конвенцијом, ради задобијања, посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи. Истим чланом ставом б. дефинисан је “тежак злочин” који означава радњу која представља кривично дјело кажњиво максималном казном лишења слободe у трајању од најмање четири године или неком тежом казном, као и ставом ц. “структурисана група” која означава групу која није случајно формирана ради непосредног извршења кривичног дјела, и која не мора да има формално дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру. Јасно је да прва два појма представљају конститутивне елементе организованог криминалитета, док трећи појам не мора то да буде. Чланом 5 од држава потписница се тражи кажњавање учешћа у организованим криминалним групама, тако што свака држава потписница треба да усвоји законодавне и друге мјере које су потребне да би се установила као кривична дјела, када су учињене са намјером: а) једно или оба доље наведена кривична дјела која се разликују од кривичног дјела у покушају или свршеног кривичног дјела: (i) договарање са једним или више лица ради извршења тешког злочина са циљем који се посредно или непосредно односи на прибављање финансијске или друге материјалне користи које, гдје је тако предвиђено домаћим законом, укључује радње предузете од стране једног од учесника у реализацији договора или учешће групе за организовани криминал; (ii) радње лица које, са сазнањем о циљу и општој криминалној активности групе за организовани криминал, или о њеним намјерама да почини поменути кривична дјела, узима активног учешћа у: а. криминалним активностима организоване криминалне гру-

¹⁴ Бошковић, М. (2004). *Организовани криминалитет и корупција*. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, стр. 235.

пе; б. осталим активностима организоване криминалне групе са знањем да ће његово учешће допринијети остварењу горе наведеног криминалног циља; б) организовање, давање налога, помагање, подстицање, омогућавање или давање савјета у вези са чињењем тешких кривичних дјела у којима учествује организована криминална група. Државе потписнице чији закони захтијевају умијешаност организоване криминалне групе како би се кривично дјело окарактерисало у складу са ставом 1 (а) (i) овог члана морају осигурати да њихови домаћи закони обухватају све тешке злочине у које су укључене организоване криминалне групе.

Европска унија Оквирном одлуком о борби против организованог криминала из 2008. године¹⁵ даје кривичноправни оквир реаговања на организовани криминалитет, тако што је инкриминација чланства у криминалној организацији централни елемент кривичноправног третирања проблематике организованог криминалитета¹⁶. У смислу ове оквирне одлуке чланом 1 дефинисана је „криминална организација” као структурисано удружење више од два лица, успостављено у одређеном временском периоду, који заједнички дјелују с намјером да почине кривична дјела која су кажњива одузимањем слободе или за која се одређује притвор у најдужем трајању од најмање четири године или тежа казна, како би, директно или индиректно, оствариле финансијску или другу материјалну корист. Поред ове дефиниције, ставом 2 дефинисано је „структурисано удружење” које значи удружење које није случајно успостављено за непосредно вршење кажњивог дјела, нити треба имати формално дефинисане улоге за своје чланове, непрекидност чланства или развијену структуру. Као што је уочљиво, дефиниција “криминалне организације” идентична је дефиницији “организоване криминалне групе”, док “структурисано удружења” одговара појму “организоване групе” према Палермо конвенцији из 2000. године. Због тога се све критике које се тичу приступа Уједињених нација дефинисању организоване групе и организоване криминалне групе (крајњи циљ криминалне организације, прописивање минималног лимита кажњавања, негативно одређивање организоване групе, итд.) могу навести и у овом случају.¹⁷

Поред тога, одлуком су дефинисана кривична дјела у вези са учествовањем у криминалној организацији (чл. 2), при чему свака држава

¹⁵ Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:EN:PDF>, 15. Novembar 2014.

¹⁶ Шикман, М. (2015). „Правни оквир Европске уније против организованог криминала и усклађеност норми кривичног права“. Зборник радова *Суђење у разумном року и други инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (484–504). Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр. 485.

¹⁷ Mitsilegas, V. (2009). *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, p. 94

чланица предузима потребне мјере којима гарантује да се слједећи тип или оба типа поступања везана уз криминалну организацију сматрају кривичним дјелима: (а) поступање било којег лица које намјерно или познавајући циљ или општу активност криминалне организације или њену намјеру да почини дотична кривична дјела, активно учествује у криминалним активностима организације, укључујући и пружање информација или материјалних средстава, регрутовању нових чланова и све облике финансирања њених активности, знајући да ће такво учествовање помоћи остваривању криминалних активности организације; и (б) поступање било којег лица које обухвата договор с једним или више лица о предузимању активности која, ако се изврши, може довести до чињења кривичних дјела из чл. 1 чак и ако конкретно лице не учествује у самом извршењу активности. Истом одлуком прописана је затворска казна од минимум двије до пет година (чл. 3), што се може сматрати новином у инкриминацији, као и могућност смањења или ослобађања од казне усљед посебних околности (чл. 4). Такође, предвиђено је да правна лица треба да сносе одговорност за кривична дјела почињена у њихово име, од стране лица које је дјелујући лично или као дио тијела правног лица, те која је на водећем положају унутар правног лица (чл. 5). На основу наведеног евидентно је да одлука покушава да помири два наизглед различита циља¹⁸: увођења посебног дјела учествовање у криминалној организацији, које је различито од других дјела удруживања/чланства у домаћим кривичним законима; а истовремено настојећи дати не превише круту и уску дефиницију организованог криминала, узимајући у обзир мишљење да криминалне организација не морају увијек бити организоване по хијерархијској структури. Резултат тих напора је наизглед контрадикторна дефиниција криминалне организације која има потенцијал да изврши криминализацију и других активности (нпр. пружање информација, регрутовање нових чланова, финансијска подршка), које су типичне за њене организаторе¹⁹. Ипак, овакав приступ прилично је критикован, управо из разлога прешироких инкриминација, што омогућава различито тумачење, али и могућност претјеране криминализације појединих понашања²⁰.

¹⁸ Calderoni, F. (2010). *Organized Crime Legislation in the European Union*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, London, p. 21–46.

¹⁹ Види шире: Mitsilegas, V. (2011). *The Council Framework Decision on the Fight Against Organised Crime: What can be done to strengthen EU legislation in the field?*. Brussels: European Parliament, p. 8–24; Calderoni, F. (2010). *Organized Crime Legislation in the European Union*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, London, 21–46.

²⁰ Mitsilegas, V. (2011), *op. cit.* p. 8–24.

Упоредноправни приказ инкриминација организованог криминалитета

Инкриминације организованог криминалитета могуће је посматрати и упоредно, тј. са становишта одредаба којима су прописана ова кривична дјела у различитим државама. Јасно је да су начини прописивања ових одредаба у домаћем законодавству различити и прије свега зависе од кривичноправног система земље. Ипак, оно на чему земље раде јесте инкриминација чланства у криминалној организацији, при чему се ова криминална политика може превести или у кривично дјело удруживања ради вршења кривичних дјела, што је типично за земље континенталног права или криминализацији завјере, а што је типично за земље англосаксонске правне традиције²¹. Поред тога, многе државе усвајају флексибилни концепт криминалне организације, који задовољава критеријуме дефинисане појмом “организована криминална група”, док се друге фокусирају на врло ограничене типове криминалних организација. Тако се законодавци у Италији ограничавају на мафија тип криминалног организовања (Art. 416 of the Italian Penal Code), док у Француској проширују обим кажњавања према било којој групи лица (*bande organisée*) која је формирана или намјерavana да буде формирана ради вршења кривичних дјела (Law No. 2004-204)²². На другој страни земље англосаксонске правне традиције, прихватају концепт двоструке криминализације: завјера (*conspiracy*) плус криминална организација. Заправо у Сједињеним Америчким Државама су још 1970. године чувеним *RICO*²³ законом увели завјеру у правни систем, што многи сматрају да испуњава опис учешћа у организованом криминалним групама према чл. 5 Палермо конвенције²⁴. У раду ћемо се ограничити на упоредни приказ одредаба о организованом криминалитету у БиХ, Србији, Хрватској, Словенији, Црној Гори и Македонији.

На почетку треба нагласити да Кривични закон Босне и Херцеговине²⁵ одредбе о организованом криминалитету прописује како у општем,

²¹ United Nations Office On Drugs And Crime. (2012). *Digest Of Organized Crime Cases - A compilation of cases with commentaries and lessons learned*, New York: United Nations, p. 19–20.

²² Ibid.

²³ The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, Pub.L. 91–452, 84 Stat. 922, enacted October 15, 1970.

²⁴ United Nations Office On Drugs And Crime. (2012). *op.cit.* p. 23.

²⁵ Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, број 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15.

тако и у посебном дијелу закона. Тако у Глави II (основни појмови) чланом 1 дефинише појмове “организована група”²⁶ и “група за организовани криминал”²⁷. У посебном дијелу, законодавац је посветио посебну главу Кривичног закона, главу XXII – Договор, припремање, удруживање и организовани криминал, у којој су прописана кривична дјела Договор за учињење кривичних дјела (чл. 247), Припремање кривичног дјела (чл. 248), Удруживање ради чињења кривичних дјела (чл. 249) и Организовани криминал (чл. 250), чиме је наглашен висок степен опасности ових кривичних дјела који оправдава њихово инкриминисање²⁸. Кривичним дјелима из ове главе могу се формирати криминалне организације чији је циљ континуирано вршење кривичних дјела која имају обиљежја организованог криминалитета и која су предвиђена наведеним Кривичним законом²⁹. Уочава се да у овом Кривичном закону егзистира кривично дјело под називом Организовани криминал (чл. 250), што није уобичајено, с обзиром на то да се радња извршења овог дјела састоји у чињењу било којег кривичног дјела прописаног законом БиХ од стране лица које је припадник групе за организовани криминал (ст. 1), или кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора пет година или тежа казна (ст. 2), односно у организовању или било како руковођењу групом за организовани криминал (ст. 3) или ако постане припадник групе за организовани криминал (ст. 4) која заједничким деловањем учини или покуша кривично дело прописано законом БиХ, ако за поједино кривично дјело није прописана тежа казна³⁰.

У Србији је Кривичним закоником³¹ дефинисана “група” и “организована криминална група”, што је у принципу усклађивање са Конвенцијом Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета. Тако је “група” најмање три лица повезаних ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане уло-

²⁶ Организована група је група људи формирана ради непосредног извршења кривичног дјела, и која не мора имати формално дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (ст. 21).

²⁷ Група за организовани криминал је група од три или више лица која постоји у извјесном временском периоду и која дјелује споразумно с циљем извршења једног или више кривичних дјела за која се по закону може изрећи казна затвора преко три године или тежа казна, а ради стицања материјалне користи (ст. 22).

²⁸ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини. (2005). Сарајево: Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, стр. 794

²⁹ Шикман, М. (2011). *оп. цит.*, стр. 225.

³⁰ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини. (2005). *оп. цит.*, стр. 794

³¹ Кривични законик, Службени гласник РС, број 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

ге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (чл. 112 ст. 22), док је “организована криминална група” група од три или више лица, која постоји одређено вријеме и дјелује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дјела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи (чл. 112 ст. 35). Посебним дјелом истог законика, издвајају се кривична дјела којима се инкриминише само стварање криминалног удружења, као и приступање таквом удружењу. То су кривична дјела Договор за извршење кривичног дјела (чл. 345) и Удруживање ради вршења кривичних дјела (чл. 346)³², при чему биће ових кривичних дјела дефинише однос између њих, с обзиром на то да договор постоји за вршење тачно одређено кривичног дјела, док је удруживање трајнијег карактера у смислу да се организује ради вршења неодређеног броја кривичних дјела, што значи да извршењем појединих кривичних дјела потреба за његовим постојањем не престаје³³. Дакле, кривичноправни појам организованог криминалитета у Србији акценат ставља на одређивање појма организоване криминалне групе и круга кривичних дјела које врше њени припадници.

У Хрватској, Кривични закон³⁴ у општем дијелу не дефинише посебно појмове који се односе на организовани криминалитет, већ посебним дијелом прописује три кривична дјела која се могу сматрати за

³² (1) Ко организује групу која има за циљ вршење кривичних дела за које се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна, ако законом за такво организовање није предвиђена тежа казна, казниће се затвором од шест месеци до пет година. (2) Ко организује организовану криминалну групу, ако законом за такво организовање није предвиђена тежа казна, казниће се затвором од једне до осам година. (3) Припадник групе из става 1 овог члана, казниће се затвором од три месеца до три године. (4) Припадник организоване криминалне групе из става 2 овог члана, казниће се затвором од шест месеци до пет година. (5) Ако се дело из ст. 1 и 2 овог члана односи на групу или организовану криминалну групу, која има за циљ вршење кривичних дела за које се може изрећи казна затвора од двадесет година или затвор од тридесет до четрдесет година, организатор групе или организоване криминалне групе ће се казнити затвором најмање десет година или затвором од тридесет до четрдесет година, а припадник групе или организоване криминалне групе затвором од шест месеци до пет година. (6) Организатор групе или организоване криминалне групе из ст. 1, 2 и 5 овог члана који откривањем групе или организоване криминалне групе или на други начин спречи извршење кривичних дела ради чијег вршења је група или организована криминална група организована, казниће се затвором до три године, а може се и ослободити од казне. (7) Припадник групе или организоване криминалне групе из ст. 3 до 5 овог члана који открије групу или организовану криминалну групу пре него што је у њеном саставу или за њу учинио неко кривично дело, предвиђеним ст. 3 до 5 овог члана ради чијег вршења је група или организована криминална група организована, казниће се новчаном казном или затвором до једне године, а може се и ослободити од казне.

³³ Стојановић, З., Коларић, Д. (2014). *оп. цит.*, стр. 107.

³⁴ Kazneni zakon, Narodne novine, broj 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15.

дјела којима се остварује организовани криминалитет. То су Договор за почињење кривичног дјела³⁵, Злочиначко удружење и *Почињење кривичног дјела у саставу злочиначког удружења*. Злочиначко удружење (чл. 328) је централно кривично дјело организованог криминалитета и састоји се у организовању или вођењу злочиначког удружења (ст. 1) или учествовању у удружењу, а да није још починио ни једно кривично дјело за то удружење, или предузме неку радњу која није кривично дјело, али за коју зна да доприноси остварењу циља злочиначког удружења, или финансијски или на други начин подржава злочиначко удружење (ст. 2). *Истим кривичним дјелом прописано је ослобађање од казне за организатора или припадника злочиначког удружења* који правовременим откривањем злочиначког удружења спријечи чињење кривичних дјела (ст. 3). Поред тога, “злочиначко удружење” одређено је као удружење које чине најмање три особе које су се удружиле са заједничким циљем почињења једног или више кривичних дјела, за која се може изрећи казна затвора од три године или тежа, а које не укључује удружење које чине особе случајно повезане за непосредно почињење једног кривичног дјела (ст. 4). *Почињење кривичног дјела у саставу злочиначког удружења* (чл. 329) чини онај ко, знајући за циљ злочиначког удружења или његове криминалне активности, почини кривично дјело у саставу таквог удружења или подстакне другог на чињење кривичног дјела. Законом је прописано шест облика извршења овог кривичног дјела, која се разликују тежином кривичног дјела и висином прописане казне³⁶. Такође, прописано је блаже кажњавање када се ради о помагању (ст. 2) и откривању злочиначког удружења (ст. 3). Овдје је очигледно ријеч о усклађивању са Оквирном одлуком Европске уније о борби против организованог криминала из 2008. године, која од држава чланица тражи увођење наведене инкриминације у домаће законодавство.

³⁵ Договор за почињење кривичног дјела (чл. 327) чини онај ко се с другим договори да ће починити кривично дјело за које се по закону може изрећи казна затвора у трајању дужем од три године.

³⁶ Тако се за: кривично дјело за које је прописана горња граница казне три године може казнити казном затвора од шест мјесеци до пет година (ст. 1), кривично дјело за које је прописана горња граница казне пет година може казнити казном затвора од једне до десет година (ст. 2), казнено дјело за које је прописана горња граница казне осам година може казнити казном затвора од три до дванаест година (ст. 3), кривично дјело за које је прописана горња граница казне десет или дванаест година може казнити казном затвора од три до петнаест година (ст. 4), кривично дјело за које је прописана горња граница казне петнаест година може казнити казном затвора од пет до двадесет година (ст. 5), кривично дјело за које је прописана горња граница казне двадесет година може казнити казном затвора од најмање десет година или дуготрајним затвором (ст. 6).

Кривични законик Црне Горе³⁷, слично као и у Хрватској, не одређује општим дијелом појмове везане за организовани криминалитет, већ прописује три кривична дјела која га у суштини дефинишу: Договор за извршење кривичног дјела³⁸, Криминално удруживање и Стварање криминалне организација. Кривично дјело Криминално удруживање (чл. 401) има један основни и три тежа облика којима се организује група или друго удружење које има за циљ вршење кривичних дјела³⁹. Стварање криминалне организације (чл. 401а) основно је кривично дјело организованог криминалитета и састоји се у организовању криминалне организацију која за циљ има вршење кривичних дјела за која се по закону може изрећи казна затвора од четири године или тежа казна (ст. 1). Такође, прописано је и кажњавање за чланство у криминалној организација (ст. 2). Поред тога, прописана је могућност блажег кажњавања или ослобађања од казне организатора криминалне организације који откривањем криминалне организације или на други начин спријечи извршење кривичних дјела ради којих је организација створена (ст. 3) и припадника криминалне организације који открије криминалну организацију или допринесе њеном откривању (ст. 4). Ставом 5 прописано је да ће се организатор и припадник криминалне организације који учини кривично дјело у саставу криминалне организације, казнити и за то кривично дјело. На крају, “криминалном организацијом” сматра се организација коју чине три или више лица чији је циљ вршење кривичних дјела за која се по закону може изрећи казна затвора од четири године или тежа казна, ради стицања незаконите добити или моћи, уколико су испуњена најмање три од следећих

³⁷ Кривични законик Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006 и Службени лист ЦГ, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – други закон, 40/2013, 56/2013, 14/2015 42/2015 и 58/2015.

³⁸ Договор за извршење кривичног дјела (чл. 400) чини онај ко се са другим договори да изврши одређено кривично дјело за које се може изрећи пет година затвора или тежа казна.

³⁹ Основни облик састоји се у организовању групе или другог удружења која има за циљ вршење кривичних дјела за које се може изрећи казна затвора од једне године или тежа казна (ст. 1). Тежи облик постоји ако се дјело односи на удружење које има за циљ вршење кривичних дјела за која се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна (ст. 2), а још тежи ако се дјело односи на удружење које има за циљ вршење кривичних дјела за која се може изрећи казна затвора од петнаест година (ст. 3), док најтежи облик постоји ако се дјело односи на удружење које има за циљ вршење кривичних дјела за која се може изрећи казна затвора од двадесет година или казна затвора од четрдесет година (ст. 4). Прописана је могућност блажег кажњавања или ослобађања од казне организатора удружења који откривањем удружења или на други начин спријечи извршење кривичних дјела ради чијег вршења је удружење организовано (ст. 5), као и ослобађање од казне припадника удружења који открије удружење или допринесе његовом откривању (ст. 6).

услова: 1) да је сваки члан криминалне организације имао унапријед одређени или очигледно одредиви задатак или улогу; 2) да је дјеловање криминалне организације планирано на дуже вријеме или за неограничени временски период; 3) да се дјеловање криминалне организације заснива на примјени одређених правила унутрашње контроле и дисциплине чланова; 4) да се дјеловање криминалне организације планира и спроводи у међународним размјерама; 5) да се у дјеловању криминалне организације примјењује насиље или застрашивање или да постоји спремност за њихову примјену; 6) да се у дјеловању криминалне организације користе привредне или пословне структуре; 7) да се у дјеловању криминалне организације користи праће новца или незаконито стечене добити или 8) да постоји утицај криминалне организације или њеног дијела на политичку власт, средства јавног информисања, законодавну, извршну или судску власт или на друге важне друштвене или економске чиниоце (ст. 6).

У Словенији су Кривичним закоником⁴⁰ прописана два кривична дјела и то Злочиначко удруживање и Договор за извршење кривичног дјела. Злочиначко удруживање (чл. 294) чини онај ко учествује у криминалној организацији, која има за циљ да изврши кривично дело за које може бити кажњено са више од три године затвора или казном доживотни затвор (ст. 1), односно онај ко оснива или управља криминалном организацијом (ст. 2). Такође, прописана је могућност блажег кажњавања за она лица која спријече даље вршење ових кривичних дјела или дају информације које могу бити од значаја за истрагу и прикупљање доказа (ст. 3). Договор за вршење кривичних дјела (чл. 295) чини свако лице које се сложило да изврши кривично дјело за које се може изрећи казна пет година затвора или тежа казна.

Кривични законик Македоније⁴¹ дефинише да се под групом, бандом или другим злочиначким удружењем или организацијом подразумијева најмање три лица која су се удружила за вршење кривичних дјела, укључујући постојање организатора и припадника удружења (чл. 122 ст. 28). Договор за извршење кривичног дјела (чл. 393) чини онај ко се договори са другим да учине кривично дјело које може бити кажњиво затвором од три године или тежа (став 1), или онај ко се до-

⁴⁰ Kazenski zakonik, uradno prečišćeno besedilo (KZ-1-UPB2) Uradni list RS, št. 50/2012.

⁴¹ Кривичниот законик, Службен весник на Република Македонија број 37/96, Закон за изменување и дополнување на Кривичниот законик, Службен весник на Република Македонија бр. 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7 /08 , 139/08 , 114/09 година, 51/11, 135/11, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013.

говори са другим да изврши кривично дјело за које је прописана казна затвора од четири године или тежа (ст. 2). Злочиначко удруживање (чл. 394) има три облика: организовање групе или банде која има за циљ вршење кривичних дјела за која могу изрећи казна затвора од три године или тежа (ст. 1), чланство у групи или банди (ст. 2), могућност блажег кажњавања или ослобађања од казне за организатора и члана групе или банде (ст. 3).

Одредбе о организованом криминалитету у општем дијелу Кривичног законика

Кривични законик Републике Српске у општем дијелу Глава XI Значење израза прописује двије одредбе које се односе на организовани криминалитет: група и организована криминална група. Тако је чланом 123 ставом 9 дефинисан појам “групе” као најмање три лица која су повезана ради повремениог или трајног вршења кривичних дјела, која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру. Ставом 10 истог члана дефинисана је “организована криминална група” као удружење које се састоји од три или више лица која су се удружила ради вршења кривичних дјела за која је прописана казна затвора од три године или тежа казна. У наведени број чланова улази и организатор или руководилац удружења. У односу на претходно рјешење, наведено представља напредак, тим прије што су изостављени други појмови који се тичу учешћа више лица у извршењу кривичног дјела, (више лица, скупина, група људи, организована криминална група, злочиначка организација), што је стварало потешкоће код њиховог коришћења⁴². Очигледно је да је законодавац наведено учинио да би направио разлику између ова два облика криминалног удруживања, али није јасно због чега није у потпуности усклађено са одредбама Палермо конвенције.

Тако, законодавац користи израз “група” иако наведена конвенција користи израз “структурисана група” (*Structured group*), који би ипак био адекватнији јер је његов смисао да опише групу која није случајно формирана, али која не мора бити у функцији организованог криминалитета⁴³. Дакле, овај израз може водити погрешном закључку

⁴² Симиновић, М., Шикман, М. (2017). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*, Бања Лука: Правни факултет, стр. 256.

⁴³ Овде се мисли на удруживање више лица ради извршења кривичног дјела, које може да

да група није облик организованог вршења кривичних дјела⁴⁴, што не одговара садржају датог појма⁴⁵. С друге стране, иако је конструкција “повезана ради повремениог или трајног вршења кривичних дјела” адекватнија од “није случајно формирана ради непосредног извршења кривичног дјела”, јер описује нешто што јесте, а не што није, остаје нејасно због чега је законодавац користио бројчани критеријум (најмање три лица). Такође, и одредба којом се дефинише “организована криминална група” (чл. 123 ст. 10) није у потпуности усклађена са Палермо конвенцијом. Тако се законодавац одлучио на екстензивнији приступ наводећи као конститутивне елементе организоване криминалне групе: а) њен бројчани састав (од три или више лица) и б) криминални циљ (вршења кривичних дјела за која је прописана казна затвора од три године или тежа казна). Одсуство временског континуитета организоване криминалне групе (да постоји у извјесном временском периоду) и генералне сврхе криминалног дјеловања (ради задобијања, посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи) озбиљно доводи у питање конституцију организованог криминалитета. Упада у очи и то што се као критеријум одређивања тежине кривичног дјела чије вршење карактерише организовану криминалну групу узимају кривична дјела за која се може изрећи од три године или тежа казна. На овај начин се непотребно шири концепт организованог криминала, а треба имати у виду и одредбе Палермо конвенције у којој су као критеријум тежине кривичног дјела наведена кривична дјела за која се може изрећи казна од најмање четири године или тежа казна. Будући да у нашем правном систему не егзистирају оваква кривична дјела, а тежим кривичним дјелима сматрају се она дјела за која се по закону може изрећи казна од

буде различито у зависности од броја лица, њихових међусобних односа, степена и структуре организованости, као и других одлика таквог удружења. Ипак, оно што је кључно јесте да су се они удружили ради вршења кривичног дјела, а не заједнички дјеловали у условима када су у различитим околностима наши окупљени, па предузели заједничко извршење кривичног дјела. Види опширније: Ђорђевић, Ђ. (2011). Заједничко вршење кривичних дјела. *Супротстављање савременом организованом криминалу и тероризму*. Београд: Криминалистичко полицијска академија, стр. 235–237

⁴⁴ У овом контексту потребно је правити разлику између организованог вршења кривичних дјела или вршења кривичних дјела на организован начин и организованог криминалитета. У првом случају мисли се на заједничко дјеловање више лица, по претходном договору, уз подјелу задатака и слично, што никако не значи да је у питању организовани криминалитет, који је много сложенији феномен, како у организационом смислу, тако и по начину вршења кривичних дјела и профиту и моћи који се остварује овом врстом криминалитета.

⁴⁵ Види детаљније: Ђорђевић, Ђ. (2014). „Појмови групе и организоване криминалне групе у КЗ Србије и њихов кривично правни значај“. Зборник радова *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр. 610.

пет година затвора или тежа казна, логичније би било узети наведено као критеријум одређивања тежине кривичних дјела⁴⁶.

Поред наведеног, постоје и одређене термилошке неусклађености јер се код групе наводи да је то група од најмање три лица, док се код организоване криминалне групе прописује да је то група од три или више лица. Исто тако, код групе је прописано да су лица повезана ради извршења кривичних дјела, док су се код организоване криминалне групе удружила ради вршења кривичних дјела, што у принципу одговара синтагми “лица која су се удружила”⁴⁷. На крају треба поменути и чисто граматичке конструкције, јер у српском језику није уобичајено да два придјева, која се налазе један поред другог, описују именицу као што је сада случај у конструкцији “организована криминална група”. Иако наведени израз произлази из превода енглеске ријечи “*Organized criminal group*” који је наведен у Палермо конвенцији, као граматички исправнији израз може се сматрати “група за организовани криминал”, у којој егзистира један придјев “организовани” којим је описана именица криминал⁴⁸. Можда би чак најадекватнији израз био “криминална организација”, који одговара изразу “*Criminal organisation*” према Одлуци Европске уније против организованог криминалитета (2008), а чији је садржај у потпуности усклађен са Палермо конвенцијом.

Одредбе о организованом криминалитету у посебном дијелу Кривичног законика

Кривични закон Републике Српске је основне инкриминације које се односе на формирање криминалне организације предвидио у Глави XXVIII – Кривична дјела против јавног реда и мира⁴⁹. Заштитни објекат ове групе кривичних дјела јесте “јавни ред и мир” под којим се, према Закону о јавном реду и миру⁵⁰, могу сматрати усклађено стање међусобних односа грађана настало њиховим понашањем на

⁴⁶ Симовић, М., Шикман, М. (2017). *оп. цит.*, стр. 252.

⁴⁷ Ђорђевић, Ђ. (2011). *оп. цит.*, стр. 240

⁴⁸ У прилог наведеном би се могло навести да се данас умјесто традиционалног дословног приступа, инсистира и подстиче на функционални приступ у коришћењу стране правне терминологије и превођењу правних норми и текстова. У том смислу Сузан Шарчевић наводи да је „основна јединица правног превода текст, а не ријеч“. Види детаљније: Šarčević, S. (1997). *New Approach to Legal Translation*. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International.

⁴⁹ Симовић, М., Шикман, М. (2017). *оп. цит.*, стр. 255

⁵⁰ Закон о јавном реду и миру, Службени гласник Републике Српске, број 11/15.

јавном мјесту и дјеловањем органа и служби у јавном животу ради обезбјеђивања једнаких услова за остваривање права грађана на личну безбједност, мир и спокојство, приватни живот, слободу кретања, заштиту људског достојанства и права малолетника и других лица. Из овог произлази да свако кривично дјело на извјестан начин угрожава наведене вриједности. Међутим, за разлику од других кривичних дјела, којима су углавном угрожава лична безбједност одређеног лица, па тек посредно јавни ред и мир уопште, кривичним дјелима из ове групе првенствено се угрожава јавни ред и мир свих грађана уопште⁵¹. Ипак, ради се о хетерогеним кривичним дјелима, при чему се само неким од њих непосредно штити јавни ред и мир, док се другима обезбјеђује заштита одређеним сегментима јавног реда и мира као цјелине⁵². Када је ријеч о организованом криминалитету, посебно када је у питању стварање криминалног удружења, приступање таквом удружењу и извршавање кривичног дјела у његовом саставу, у овој групи кривичних дјела налазе се три кривична дјела: Договор за извршење кривичног дјела (чл. 364.), Удруживање ради вршења кривичних дјела (чл. 365) и Извршавање кривичног дјела у саставу криминалног удружења (чл. 366).

Међутим, у новом Кривичном законнику постоје и друга кривична дјела са елементом удруживања у групу или организовану криминалну групу, као што су: Удруживање ради вршења трговине људима и трговине дјецом (чл. 147), Стварање групе или организоване криминалне групе за вршење кривичних дјела против уставног уређења Републике Српске (чл. 296) и Стварање терористичких група или организација (чл. 301). Кривично дјело Удруживања ради вршења кривичних дјела из чл. 365 има супсидијарни карактер у односу на ова посебна кривична дјела. Поред ових кривичних дјела, у новом Кривичном законнику законодавац код једног броја кривичних дјела прописује квалификовани облик ако је дјело учињено у саставу групе и/или организоване криминалне групе, и то: Принуда (чл. 141 ст. 2)⁵³, Отмица (чл. 142 ст. 2), Трговина људима (чл. 145 ст. 3), Трговина дјецом (чл. 146 ст. 5), Угрожавање сигурности (чл. 150 ст. 2), Изнуда (чл. 232 ст. 3 и 4), Уцјена (чл. 233 ст. 3 и 4), Зеленаштво (чл. 235 ст. 3 и 4), Напад на судију и јавног тужиоца (чл. 339 ст. 3), Недозвољена производња и промет оружја и експлозив-

⁵¹ Бабић, М. (2008). *Кривично право – општи и посебни дио*, Бања Лука: Правни факултет, стр. 319

⁵² Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *Кривично право – посебни део*, Београд: Правни факултет, стр. 295

⁵³ У наведеном ставу користи се израз “злочиначке организације” што је очито техничка грешка, тј. није замијењен изразом “организована криминална група”.

них материјала (чл. 361 ст. 2), Насилничко понашање (чл. 362 ст. 2) и Насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу (чл. 363 ст. 2). Код формулације ових тежих облика запажа се недостатак законодавца у терминологији, тако што у садржински истим формулацијама некада користи израз да је дјело “извршено” (чл. 142, 145, 146, 232, 233, 235, 339, 361, 362, 363), а некада “учињено” (чл. 141, 150) у саставу групе или организоване криминалне групе, што не значи исто, јер се кривично дјело извршава вршењем радње извршења (или дјелатности која улази у састав радње извршења), док се кривично дјело може учинити како вршењем радње извршења, тако и вршењем радње саучесништва⁵⁴. Истовремено, код појединих кривичних дјела, која су типична за организовани криминалитет, није учињено нити једно, нити друго, као нпр. код кривичних дјела: Искориштавање дјеце за порнографију (чл. 175), Искориштавање компјутерске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дјела сексуалног злостављања или искориштавања дјетета (чл. 178), Неовлаштена производа и стављање у промет опојних дрога (чл. 207), Омогућавање уживања опојних дрога (чл. 208), Разбојништво (чл. 227)⁵⁵, Прање новца (чл. 236),⁵⁶ Спречавање доказивања (чл. 336), или код кривичних дјела против безбједности компјутерских података.

Као што је уочљиво, кривична дјела која имају обиљежја организованог криминалитета, било да се ради о кривичним дјелима којима се формира криминална организација, било о онима која врше њени припадници, класификована су у различитим групама кривичних дјела. То је, с једне стране, и логично рјешење јер се ради о кривичним дјелима са плуралитетом заштитног објекта (вишеобјектна кривична дјела). С друге стране, када се узме у обзир криминално политичко одређење у сузбијању организованог криминалитета, тежина ових кривичних дјела, запријећена казна, карактеристике извршиоца, нарочито организатора и други критеријуми, онда би се могло размишљати о увођењу посебне главе (Кривична дјела организованог криминалитета), као што је то

⁵⁴ Ђорђевић, Ђ. (2014). *оп. цит.*, стр. 618.

⁵⁵ Код овог кривичног дјела ставом 2 као тежи облик наведено је, поред осталог, ако је дјело учињено од стране више лица. Уколико се зна да су ова кривична дјела до сада врло често вршена од стране организованих криминалних група, чиме је прибављена знатна имовинска корист, остаје нејасно због чега законодавац није увео још тежи облик ако је дјело учињено у саставу групе и/или организоване криминалне групе.

⁵⁶ Квалификовани облик овог кривичног дјела одређен је ставом 4 и постоји ако је дјело извршено од стране више лица која су се удружила за вршење прања новца или је прање новца извршено у сврху финансирања тероризма.

урађено код кривичних дјела тероризма (Глава XXIII – Кривична дјела тероризма). Ипак, код овог питања треба бити нарочито опрезан, јер свака модификација и другачија систематизација, у одређеној мјери била би арбитрерна⁵⁷, што би водило стварању много група кривичних дјела, са малим бројем дјела, што је легислативно нецјелисходно⁵⁸.

Договор за извршење кривичног дјела (чл. 364) чини лице које се са другим договори да изврши кривично дјело за које се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна. Радња извршења огледа се у постизању споразума у виду сагласности воља са другим лицем да се изврши кривично дјело⁵⁹, при чему је важан критеријум тежине кривичног дјела, тј. дјела за које се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна. Очигледно да договор представља одређени вид удруживања и организовања, али код овог кривичног дјела то не мора бити у форми групе или организоване групе⁶⁰, при чему и ако дође до извршења дјела, по принципу супсидијаритета, извршиоци се кажњавају само за извршено дјело, а не и за претходно договарање,⁶¹ које је заправо конзумирано извршеним кривичним дјелом као припремна радња⁶². Због тога Договор за извршење кривичног дјела, као самостално кривично дјело, и нема посебан значај код кривичних дјела организованог криминалитета, јер ће споразум о заједничком вршењу кривичних дјела ионако бити обухваћен неким од кривичних дјела која имају обиљежја организованог криминалитета.

Удруживање ради вршења кривичних дјела (чл. 365) је централно кривично дјело организованог криминалитета. Овим кривичним дјелом замијењено је раније кривично дјело Злочиначко удруживање, којим је било инкриминисано организовање криминалног удружења или приступање том удружењу, ради вршења кривичних дјела, којим су остваривана обиљежја организованог криминалитета. Поред промијењеног назива⁶³, промијењен је и законски опис овог кривичног дјела. Тако ово

⁵⁷ Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *оп. цит.*, стр. 3

⁵⁸ Бабић, М. (2008). *оп. цит.*, стр. 231

⁵⁹ Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *оп. цит.*, стр. 304

⁶⁰ Ђорђевић, Ђ. (2014). *оп. цит.*, стр. 615

⁶¹ Стојановић, З., Коларић, Д. (2014). *оп. цит.*, стр. 107

⁶² Ђорђевић, Ђ. (2011). *оп. цит.*, стр. 236

⁶³ Иако постоје и супротна мишљења, тј. да није било потребе за промјеном назива јер је у пракси већ био уобичајен и прилично добро усаглашен са изразом организовани криминалитет, сматрамо нови назив адекватнији, јер наше кривично законодавство не користи израз “злочин”, који са друге стране асоцира на кривична дјела злочина против човјечности и других заштићених међународним правом. Упореди: Шкулић, М. (2015). *оп. цит.*, стр. 254.

кривично дјело има два основна облика у односу на који постоји по један лакши облик, те један тежи, односно најтежи облик, као и два посебно лакша облика⁶⁴. Први основни облик (ст. 1) састоји се у организовању⁶⁵ групе или руковођењу⁶⁶ групом која има за циљ вршење кривичних дјела за која је прописана казна затвора од три године или тежа казна, ако законом за такво организовање није прописана тежа казна⁶⁷. Лакши облик (ст. 3) у односу на овај први основни облик постоји када извршилац постаје припадник овакве групе. За први основни облик овог кривичног дјела прописана је казна затвора од шест мјесеци до пет година, а за његов лакши облик казна затвора до три године. Кључна особина ова два облика јесте да се ради о групи која не смије имати карактер организоване криминалне групе, јер би у том случају били остварени елементи другог основног облика. Други основни облик (ст. 2) састоји се у организовању или руковођењу организованом криминалном групом која има за циљ вршење кривичних дјела утврђених овим законом, ако законом за такво организовање није прописана тежа казна. Дакле, као и претходни, и овај облик кривичног дјела је супсидијарног карактера и постојаће само ако за такво организовање није предвиђена тежа казна⁶⁸. Лакши облик (ст. 3) у односу на организовање или руковођење организованом криминалном групом састоји се у припадању истој, тј. фактично приступање организованој криминалној групи и релативно континуирано дјеловање у складу са њеним интересима и циљевима⁶⁹. За други основни облик прописана је казна затвора од једне до осам година, а његов лакши облик казна затвора од једне до пет година. Тежи облик (ст. 4) постоји ако

⁶⁴ Упореди: Шкулић, М. (2015). *оп. цит.*, стр. 255.

⁶⁵ Под појмом организовања треба подразумевати све оне дјелатности којима се непосредно ствара удружење (које до тада није постојало) као и оне дјелатности којима се организационо учвршћује већ постојеће удружење како би могло да дјелује у правцу остваривања заједничког циља. У. Бабић, М. (2008). *оп. цит.*, стр. 319–320.

⁶⁶ Под појмом руковођења могу се сматрати дјелатности којима се остварују циљеви удружења, а које подразумевају доношење одлуке, планирање и подјела задатака припадницима удружења, са јасно дефинисаним правилима и одговорностима организатора у односу на припаднике удружења

⁶⁷ Као што се види, овај облик има три услова: *први*, организовање или руковођење групом треба да има за циљ вршење кривичних дјела уопште, *други*, да се за та кривична дјела може изрећи казна затвора од три године или тежа казна, и *трећи*, да овај облик постоји само ако законом за такво организовање није предвиђена тежа казна. Упореди: Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *оп. цит.*, стр. 305–306.

⁶⁸ Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *оп. цит.*, стр. 307.

⁶⁹ У овом свом облику кривично дјело удруживања ради вршења кривичних дјела представља трајно кривично дјело јер приступањем групи, односно организованој криминалној групи настаје непрекидно противправно стање које припадник својим поступањем континуирано продужава. У: Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *оп. цит.*, стр. 307.

се дјело из ст. 1 и 2 овог члана односи на групу или организовану криминалну групу која има за циљ вршење кривичних дјела за које се може изрећи казна затвора од двадесет година или казна дуготрајног затвора, организатор групе или организоване криминалне групе ће се казнити казном затвора најмање пет година, а припадник групе или организоване криминалне групе казном затвора од једне до десет година. Овај облик одређен је према критеријуму тежине кривичног дјела која су циљ криминалног удруживања, било да је ријеч о организовању групе или организоване криминалне групе, односно приступању таквом облику⁷⁰. Поред наведеног, а у вези са криминално-политичким одређењем за спречавање и сузбијање организованог криминалитета⁷¹ предвиђена је могућност блажег кажњавања или ослобађања од казне по основу института стварног кајања⁷². Тако је посебно лакши облик (ст. 5) прописан за организатора групе или организоване криминалне групе који право-времено пријави или открије групу или организоване криминалне групе, или који откривањем групе или организоване криминалне групе или на неки други начин спријечи извршење кривичног дјела ради чијег вршења је група или организована криминална група организована. Други лакши облик (ст. 6) предвиђен је за припаднике групе или организоване криминалне групе који открије групу или организовану криминалну групу прије него што је у њиховом саставу или за њих учинио неко кривично дјело ради чијег извршења је група или организована криминална група организована, или који открије водеће чланове групе или организоване криминалне групе. За први лакши облик прописана је могућност блажег кажњавања казном затвора до три године или ослобађања од казне, а за други новчана казна или казна затвора до једне године, а може се и ослободити од казне.

Извршавање кривичног дјела у саставу криминалног удружења (чл. 366) је “ново” кривично дјело, којим законодавац исказује криминално-политичко одређење за строжим кажњавањем учинилаца кри-

⁷⁰ Шкулић, М. (2015). *оп. цит.*, стр. 256.

⁷¹ Бабић, М. (2008). *оп. цит.*, стр. 320.

⁷² Институт стварног кајања, иако то у законском тексту није посебно наглашено, поред отклањања посљедице кривичног дјела и благовремености датог поступања (организатора – да група или организована криминална група још није извршила ни једно кривично дјело ради чијег вршења је организована, односно припадника – да у њеном саставу или за њу још није учинио кривично дјело ради чијег је вршења организована), претпоставља и добровољност, тј. да је одлука о томе била резултат слободног самоопредељења учиниоца, односно да њено доношење ије зависило искључиво од спољних околности. У: Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *оп. цит.*, стр. 308.

вичних дјела у саставу групе или организоване криминалне групе. Ово кривично дјело има неколико облика, укључујући и посебно лакши облик који предвиђа блаже кажњавање или чак ослобађање од казне. Основни облик (ст. 1) чини онај ко у саставу групе или организоване криминалне групе изврши кривично дјело утврђено овим законом, ако за поједино кривично дјело није прописана тежа казна. Овај облик је супсидијарног карактера и постојаће само онда ако за поједино дјело није прописана тежа казна. Дјело је довршено онда када се у саставу групе или организоване криминалне групе изврши неко друго кривично дјело. За овај облик прописана је казна затвора од једне до петнаест година. Тежи облик (ст. 2) постоји ако неко у саставу групе или организоване криминалне групе изврши кривично дјело утврђено овим законом за које је прописана казна затвора од три године или тежа казна, ако за поједино кривично дјело није прописана тежа казна. Као и претходни облик, и овај је супсидијарног карактера, при чему ће овај облик постојати ако је извршено дјело у саставу групе или организоване криминалне групе за које је запријеђена казна затвора од три године или тежа казна. За овај облик прописана је казна затвора најмање три године. Најтежи облик (ст. 3) односи се на организатора групе или организоване криминалне групе, која заједничким дјеловањем изврше кривично дјело прописано овим законом. За овај облик извршења прописана је казна затвора најмање осам година или дуготрајни затвор. У односу на овај облик (ст. 4) припадник групе или организоване криминалне групе која заједничким дјеловањем изврше кривично дјело прописано овим законом, ако за поједино кривично дјело није прописана тежа казна, казниће се казном затвора од једне до десет година. На крају, посебно лакши облик (ст. 5) предвиђен је за припадника групе или организоване криминалне групе, који правовремено пријави или открије групу или организовану криминалну групу или њихове водеће чланове прије него што је у њиховом саставу или за њих учинио неко кривично дјело ради чијег извршења је група или криминално удружење организовано. Овај облик је идентичан облику из става 6 кривичног дјела Удруживања ради вршења кривичних дјела (чл. 365), с тим што је прописана строжа казна (казна затвора до двије године) или могућност ослобађања од казне.

Закључак

На основу наведеног, можемо закључити да одредбе о организованом криминалитету законодавац није посебно наглашавао у односу на остале одредбе, већ је кроз дефинисање одређених израза (група и организована криминална група), те прописивање појединачних кривичних дјела (Удруживање ради вршења кривичних дјела, Извршавање кривичног дјела у саставу криминалног удружења) и квалификаторних околности код појединих кривичних дјела (наведена у раду) третирао овај криминални феномен. Поставља се питања да ли је наведена кривичноправна реакција на организовани криминалитет, на овај начин, довољна и адекватна. Ако пођемо од тога да у Републици Српској постоји јасно изражено криминално-политичко одређење у погледу сузбијања организованог криминалитета (нпр. специјализација унутар суда, тужилаштва и полиције, усвајање посебних закона о сузбијању организованог криминалитета, увођење посебних истражних радњи, итд.), те да су последице овог криминалног феномена и те како опасне и штетне, онда је јасно да кривичноправно третирање организованог криминалитета мора бити јасно одређено и недвосмислено постављено. То подразумева да дефинисани изрази морају бити усклађени са међународним стандардима у овој области, а сама норма што прецизнија и у складу са прихваћеним начелима кривичног права. С тим у вези, потребно је израз “група” замијенити изразом “структурисана” или “организована” група, а израз “организована криминална група” у потпуности ускладити са Палермо конвенцијом (2000). На наведени начин би се отклониле дилеме у погледу криминалног удруживања којим се конституише организовани криминалитет, а истовремено инкриминисали и они облици криминалног удруживања који то нису. С друге стране, одредбе о организованом криминалитету у посебном дијелу Кривичног законика требало би да буду предмет, прије свега, научног и стручног разматрања. У том смислу би требало дати одговоре на питање систематизације кривичних дјела која имају обиљежја организованог криминалитета, тј. могућност њиховог издвајања у посебну главу Законика. Наравно, у обзир би требало узети све ефекте (како позитивне, тако и негативне) на овај начин уређења ове области. Уколико би се пак овај приступ сматрао нецјелисходним, онда би минимално требало отклонити техничке недостатке (нпр. замијенити израз злочиначка организација у ст. 2 код кривичног дјела Принуде), недостатке у терминологији (изрази извршено и учињено), као и увести

квалификаторне околности ако је дјело извршено у саставу групе или организоване криминалне групе код појединих кривичних дјела која су типична за организовано криминалитет (нека од њих су наведена у тексту).

Литература

- Бабић, М. (2008). *Кривично право – општи и посебни дио*, Бања Лука: Правни факултет.
- Бошковић, М. (2004). *Организовани криминалитет и корупција*. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.
- Calderoni, F. (2010). *Organized Crime Legislation in the European Union*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, London.
- Ђорђевић, Ђ. (2014). „Појмови групе и организоване криминалне групе у КЗ Србије и њихов кривично правни значај“. Зборник радова *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (609–621).
- Ђорђевић, Ђ. (2011). „Заједничко вршење кривичних дјела“. *Супротстављање савременом организованом криминалу и тероризму*. Београд: Криминалистичко полицијска академија, (235–237).
- Закон о јавном реду и миру, Службени гласник Републике Српске, број 11/15.
- Игњатовић, Ђ., Шкулић, М. (2012). *Организовани криминалитет*, Београд: Правни факултет.
- Kazneni zakon, Narodne novine, broj 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15.
- Kazenski zakonik, uradno prečišćeno besedilo (KZ-1-UPB2) Uradni list RS, št. 50/2012.
- Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини. (2005). Сарајево: Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија.
- Кривични законик Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, број 64/17.
- Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, број 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15.

- Кривични законик, Службени гласник РС, број 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016
- Кривични законик Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006 и Службени лист ЦГ, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – други закон, 40/2013, 56/2013, 14/2015 42/2015 и 58/2015.
- Кривичниот законик, Службен весник на Република Македонија број 37/96, Закон за изменување и дополнување на Кривичниот законик, Службен весник на Република Македонија бр. 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7 /08, 139/08, 114/09 година, 51/11, 135/11, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013.
- Mitsilegas, V. (2011). *The Council Framework Decision on the Fight Against Organised Crime: What can be done to strengthen EU legislation in the field?*. Brussels: European Parliament
- Mitsilegas, V. (2009). *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford.
- The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, Pub.L. 91–452, 84 Stat. 922, enacted October 15, 1970.
- Симовић, М., Шикман, М. (2017). *Кривичноправно реагирање на тешке облике криминалитета*, Бања Лука: Правни факултет.
- Стојановић, З., Коларић, Д. (2014). *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, Београд: Правни факултет.
- Стојановић, З., Делић, Н. (2013). *Кривично право – посебни део*, Београд: Правни факултет.
- Šarčević, S. (1997). *New Approach to Legal Translation*. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International.
- Шикман, М. (2015). „Правни оквир Европске уније против организованог криминала и усклађеност норми кривичног права“. Зборник радова *Суђење у разумном року и други инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (484–504). Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- Шикман, М. (2011). *Организовани криминалитет*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.
- Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Београд: Службени гласник.

- United Nations Office On Drugs And Crime. (2012). *Digest Of Organized Crime Cases - A compilation of cases with commentaries and lessons learned*, New York: United Nations.
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 November 2000 (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf)
- Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 15 November 2000) (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf)
- Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 15 November 2000) (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf)
- Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 31 May 2001) (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/255e.pdf)
- Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:EN:PDF>, 15. Novembar 2014.

**Mile Šikman, LLD, assistant professor, Law Faculty
and Faculty of Security Science University of Banja Luka**

INCRIMINATIONS OF ORGANIZED CRIME IN THE NEW CRIMINAL CODE OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Organized crime is primarily a criminological problem of research, but it is also the subject of criminal law. This is precisely the reason why (in the criminal law) it is a challenge to decide how to criminalize already wide range of behavior that constitutes organized crime. It seems that there is an agreement (especially in international legal entities) that, regardless of the concrete forms of expression prescribed by a special part of the criminal law, a criminal organization should be a central notion that criminalizes organized crime. This criminal policy can be coped into the criminal offense of association for the commission of criminal offenses, which is typical for the continental law or the crime of conspiracy, and which is typical for the countries of the Anglo-Saxon legal tradition. It has been done by the new Criminal Code of the Republic of Srpska (The Official Gazette 64/17), by defining an organized criminal group (Article 123, paragraph 10) and by the prescribing of criminal offenses The agreement for the execution of a criminal offense (Article 364), Conspiracy to commit criminal offenses (Article 365) and Enforcement of a criminal offense within a criminal association (Article 366). It is noticeable that this has replaced criminal offenses Criminal association (Article 383) and Organized crime (Article 383a), that were prescribed by the previous Criminal Legal Code of the Republic of Srpska (The Official Gazette 49/03 and 70/06). The subject of this paper is the analysis of new criminal law provisions on organized crime, their compliance with international legal standards, as well as with the provisions in comparative criminal codes (Serbia, Croatia, Slovenia, Montenegro, Macedonia).

Keywords: *organized crime, criminal law, criminal offense, complicity.*

УДК: 323.22/.28:349.9.02(497.6РС)

doi 10.7251/PR5217397P

Излагање са научног скупа

КРИВИЧНА ДЈЕЛА ТЕРОРИЗМА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Др Гојко Павловић*

Апстракт: Предмет анализе у овом раду су питања која се тичу кривичноправног оквира као неизоставног инструмента у супротстављању тероризму у Републици Српској. С обзиром на чињеницу да кривично право Босне и Херцеговине данас чине четири засебна кривична закона, најприје је урађена анализа њихове међусобне усклађености у односу на инкриминисана кривична дјела која се односе на тероризам. Питање међусобне усклађености је важно из разлога што само уједначена кривичноправна регулатива омогућава ефикасно супротстављање тероризму. Посебна пажња у раду је посвећена новом Кривичном законнику Републике Српске, који доноси низ значајних новина у погледу прописивања кривичних дјела тероризма, а која су уведена у казнено законодавство, између осталог, као резултат усклађивања са међународним стандардима. Такође, у раду је приказана досадашња скромна пракса Суда БиХ у вези са кажњавањем за поједина кривична дјела тероризма. Став је аутора да благе кривичне санкције које се изричу не могу дјеловати превентивно на будуће учиниоце ових кривичних дјела.

Кључне ријечи: Република Српска, кривична дјела тероризма, процјене тероризма у БиХ.

* Инспектор у Одјелењу за међународну сарадњу Министарства унутрашњих послова Републике Српске.

Уводна разматрања

Тероризам је споран концепт, који је у савременим условима превазишао своје раније форме испољавања, те попримио карактер глобалне пријетње која је обухватила сва подручја свијета.¹ Због тога постоје тешкоће око одређивања елемената који би чинили вриједносно и политички неутрално одређење овог појма, као и потешкоће око саме дефиниције тероризма.

Данас постоји много националних и регионалних дефиниција, али још увијек не постоји једна универзална правна дефиниција тероризма која је прихваћена од стране Уједињених нација, иако такви покушаји постоје још од 1972. године. Ипак, посредне дефиниције међународног тероризма могу се наћи у многим међународним актима, посебно у одлукама различитих органа Уједињених нација. Пошто нису успјеле да се усагласе о изузецима из појма тероризма, државе су биле принуђене да приђу заобилазној стратегији суочавања са овим злочиним. Већина чланица УН закључивала је конвенције које забрањују поједине специфичне акте овог дјела. Тако се није приступило изради општеприхватљиве дефиниције већ се пошло обрнутим путем инкриминисањем појединих аката насиља као кривичних дјела тероризма.²

¹ Видјети: Ђуровски, М., Павловић, Г. (2012). *Суштине тероризма и познате терористичке организације*, Зборник радова „Организовани криминалитет изазов XXI века“. Нови Сад: Правни факултет за привреду и правосуђе, стр. 457–477.

² Конвенције о којима је ријеч односе се на отмице ваздухоплова, злочине против међународно заштићених лица (укључујући дипломатске агенте), узимање талаца, противправна дјела против безбједности поморске пловидбе, терористичко бомбардовање и финансирање тероризма. Видјети: Конвенција о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова, потписана у Хагу 16. децембра 1970; Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства, закључена у Монреалу 23. септембра 1971; Конвенција о спречавању и кажњавању кривичних дела против лица под међународном заштитом, укључујући и дипломатске агенте, усвојена у Њујорку 14. децембра 1973; Међународна конвенција против узимања талаца, усвојена у Њујорку 17. децембра 1979; Конвенција о физичкој заштити нуклеарног материјала, усвојена у Бечу 3. марта 1980; Протокол о сузбијању незаконитих аката насиља на аеродромима који служе међународном цивилном ваздухопловству, донета у Монреалу 24. фебруара 1988; Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности поморске пловидбе, сачињена у Риму 10. марта 1988; Протокол о сузбијању незаконитих аката против безбедности непокретних платформи које се налазе у епиконтиненталном појасу, сачињен у Риму 10. марта 1988; Међународна конвенција о спречавању терористичких напада бомбама, усвојена у Њујорку 15. децембра 1997; Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма, усвојена у Њујорку 9. децембра 1999; Конвенција УН о сузбијању аката нуклеарног тероризма од 13. априла 2005 и Глобална стратегија УН за борбу против тероризма од 20. септембра 2006.

У одсуству једне правне дефиниције академска заједница стално улаже напоре ради постизања сагласности у вези са појмовним одређењем³ и дефиницијом тероризма. Један од најпознатијих аутора у овом пољу, професор Алекс Шмит (*Alex P. Schmid*), након три круга консултација са другим академским радницима и стручњацима за питања тероризма, понудио је 12 елемената које би требало имати у виду приликом појмовног одређења и дефинисања тероризма. Ти елементи су сљедећи:

- „Тероризам се, с једне стране, односи на доктрину о претпостављеној ефективности посебног облика или тактике политичког насиља које генерише страх и, с друге стране, на конспираторну праксу срачунате, демонстративне, директне насилне акције без правних или моралних ограничења, која за циљ има углавном цивиле и неборце, а која се врши због својих пропагандних и психолошких ефеката на различиту публику и конфликтне стране;
- Тероризам као тактика се употребљава у три главна контекста: а) као илегална државна репресија, б) као пропагандна агитација недржавних актера у вријеме мира или изван зона конфликта и в) као незаконита тактика нерегуларног ратовања спроведена од стране државних и недржавних актера;
- Физичко насиље или опасност од терористичких актера укључује једнофазне акте смртоносног насиља (као што су бомбашки и оружани напади), двофазне инциденте који угрожавају живот (као што су киднаповања, отмице и други облици узимања талаца ради принудног преговарања), као и вишефазне акције (као што су нестанци који укључују киднаповање, тајно притварање, мучење и убиство);
- Јавна (спољна) терористичка виктимизација иницира комуникационе процесе засноване на пријетњама, с којима се с једне стране усвајају условни захтјеви за појединце, групе, владе, друштва или њихове дијелове, а с друге стране добија подршка специфичних дијелова терористичке организације (заснованих на везама етничке припадности, религије, политичке припадности и слично) коју траже терористи;

³ Савремена криминологија нуди типологију од чак шест различитих типова тероризма, а то су: националистички, религиозни, државно-спонзорисани, љевичарски, десничарски и анархијски тероризам. О сваком од ових типова тероризма видјети: Schmallegger, F. (2006). *Criminology today: an integrative introduction*. Fourth edition, New Jersey, pp. 346–347.

- У основама тероризма стоји терор, страх, паника или пуна анксиозност – који се шире међу онима који се идентификују, са непосредним жртвама, генерисаним помоћу неких од модалитета терористичких аката – његовом шокантном бруталношћу, или непоштивању правила ратовања и правила кажњавања;
- Главне директне жртве терористичких напада уопште нису оружане снаге, већ су обично цивили, неборци или друге невинне и беспомоћне особе које не сnose директну одговорност за сукоб који је изазвао терористички акт;
- Непосредне жртве нису крајњи циљ (као у класичном атентату гдје се жртва и циљ подударaju) него служе као генератори порука, мање или више несвјесно помажу масовним медијима да дођу до различитих врста публике и страна у сукобу, на основу којих се публика идентификује или са страдалим жртвама или са циљевима терориста;
- Извори терористичког насиља могу бити поједини починиоци, мале групе, дифузне транснационалне мреже, као и државни актери или од стране државе спонзорисани тајни агенти;
- Док постоје сличности са методама које користи организовани криминал, као и сличности са ратним злочинима, ипак терористичко насиље је преодминантно политичко – обично је то видљиво у мотивима, али скоро увијек у својим друштвеним реперкусијама;
- Непосредна намјера терористичких аката је да се терорише, застраши, антагонизира, дезоријентише, дестабилизује, присили, деморалише или провоцира циљана популација или страна у сукобу у нади да ће постојање несигурности довести до повољног исхода, нпр. добијање публицитета, изнуђивање новца за откуп, подношење захтјева терориста и/или мобилисање или имобилизација јавног сектора;
- Мотивација за ангажовање у тероризму обухвата широк спектар, укључујући личну освету, колективно кажњавање, револуцију, национално ослобађање и промоцију различитих идеолошких, политичких, друштвених, националних или вјерских узрока и циљева;
- Акти тероризма ријетко стоје сами, чешће представљају дио кампање насиља, која сама, због серијског карактера насиља

и пријетњи још већим насиљем, може створити преовлађујућу атмосферу страха која омогућава терористима да манипулишу политичким процесима⁴. Према Шмиту, ови елементи би се морали узети у обзир приликом дефинисања, односно одређења тероризма.

Такође, Савјет Европе и Европска унија су кроз своја два најважнија документа, Конвенцију Савјета Европе о спречавању тероризма⁵ и Директиву ЕУ о борби против тероризма⁶, успоставиле кривичноправни појам тероризма, тако да земље чланице, али и земље кандидати за пуноправно чланство, могу у својим националним системима поћи од заједничког кривичноправног одређења тероризма, као и од дефинисања појединих кривичних дјела тероризма.⁷ Приликом инкриминације кривичних дјела тероризма у новом Кривичном законнику Републике Српске законодавац се управо руководи овим одређењима и дефиницијама тероризма.

Процјене у вези са тероризмом у Босни и Херцеговини

Од завршетка рата до данас у БиХ је извршено неколико терористичких напада, као што су напад у Мостару 1997. године, напад на полицијску станицу у Бугојну 2010. године, напад на Америчку амбасаду у Сарајеву 2011. године, напад на полицијску станицу у Зворнику 2015. године, напад на војнике у Сарајеву 2015. године.⁸ Такође, процјена броја особа из БиХ које се доводе у везу с одласцима на страна ратишта, првенствено у Сирију и Ирак, стално варира.

⁴ Видјети: Schmid, A. (ed.) (2011). *Handbook of Terrorism Research*. London, pp. 86–87; Schmid, A. (2012). The Revised Academic Consensus Definition of Terrorism, *Perspectives on Terrorism*, Vol. 6, No. 2, pp. 158–159.

⁵ Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No. 196/2005.

⁶ Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA. Овом директивом утврђена су минимална правила у погледу дефиниције кривичних дјела и санкција у подручју кривичних дјела тероризма, кривичних дјела повезаних с терористичком групом и кривичних дјела повезаних с терористичким активностима, као и мјере заштите жртава тероризма те подршка и помоћ тим жртвама.

⁷ Видјети: Коларић, Д. (2011). „Кривично дело тероризма – упоредноправни аспекти“, *Наука – Безбедност – Полиција*, број 2, стр. 57–77.

⁸ Видјети: National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism (2016). *Global Terrorism Database - Data file Bosnia and Hercegovina*. START. Доступно на: <https://www.start.umd.edu/gtd>. Приступ септембар 2017. године.

Према посљедњим процјенама Канцеларије европске полиције – Европола⁹ конфликт у Сирији је имао велики утицај на земље Западног Балкана, у смислу да је око 800 страних терористичких бораца отпутовало у ту земљу како би се придружили оружаном сукобу. Поред тога, Босна и Херцеговина, регион Санцака, територије Србије и Бивше Југословенске Републике Македоније у којима се говори албанским језиком и Албанија до недавно су сматране главним жариштима за радикализацију, регрутовање и одлазак страних терористичких бораца у Сирију.

Према процјенама Државне агенције за истраге и заштиту БиХ (СИПА) из новембра 2015. године, од почетка избијања сукоба у Сирији и Ираку на ратиштима се налазило између 150 и 200 бх. држављана, док их је 80 учествовало у оружаним сукобима.¹⁰ С друге стране, према процјени Бироа за спречавање тероризма и превенцију насилног екстремизма Стејт департмента, која је објављена у јулу 2017. године, број грађана из БиХ који су путовали у Сирију и Ирак ради подршке ИСИЛ-у и другим терористичким групама процјењује се на 300 људи, од који се око 50 њих вратило.¹¹

Према посљедњим доступним истраживањима, која су рађена на основу увида у полицијске евиденције и отворене изворе, те у односу на могућност утврђивања појединачних идентитета, укупно је 188 мушкараца, 61 жена и 81 дијете који су (највјероватније) од краја 2012. до краја 2015. године путовали у Сирију и Ирак из Босне и Херцеговине и из дијаспоре. Исти извори процјењују да се до почетка 2016. године вратило 47 мушкараца, док их је 50 погинуло, а да је у Сирији и Ираку остао још 91 мушкарац. До почетка године вратило се и осам жена, једна је убијена, а 52 су још увијек уз тамошња ратишта. Највећи дио ових особа (94%) имао је раније регистрована пребивалишта у Федерацији Босне и Херцеговине, док их је око 4% живјело у Републици Српској и око 1% у Брчко дистрикту. Највише их је живјело у Тузланском, Зеничко-добојском и Сарајевском кантону. Што се тиче просторног распореда локација из којих се у Федерацији Босне и Херцеговине од 2012. до 2015. највише одлазило у Сирију и Ирак, процјењује се да се база из које

⁹ Видјети: EUROPOL (2017). *TE SAT – European union terrorism situation and trend report 2017*. The Hague, pp. 31–32.

¹⁰ Видјети: <http://www.sipa.gov.ba/assets/photos/press/1447660895-u-siriji-na-strani-is-a-poginulo-30-bhmladi%C4%87a.pdf>. Приступ мај 2017. године.

¹¹ Видјети: United States Department of State (2017). *Country Reports on Terrorism 2016*. Bureau of Counterterrorism and Countering Violent Extremism's, pp. 106–108.

се врбују страни ратници поступно, али све више, шири из већ традиционалних и изолованих селефијских енклава у Горњој Маочи, Ошвама, Дубници или Лијешници на веће градове Федерације БиХ. Више од пентине ове заједнице долази из босанскохерцеговачке дијаспоре, највише из Аустрије и Њемачке. Процес радикализације и врбовања обично се одвија у приватности домова и у алтернативним структурама у којима се обавља вјерска активност. Неке од ових “илегалних” или “паралелних” микрозаједница (“параџемата” или “парамесцида”) сматрају се центрима идеолошке радикализације и врбовања за исељења у Сирију и Ирак.¹²

С тим у вези се у посљедњем ТЕ САТ извјештају Европола, такође, упозорава да повратак ових бораца, са ратним искуствима, уз близину и укрштање етничких и националних граница може представљати значајну пријетњу за регион. У односу на Европолову подјелу терористичких организација, у извјештају се наводи да пријетње земљама Западног Балкана долазе управо од вјерски мотивисаног тероризма (примарна пријетња) и етнонационалистичког и сепаратистичког тероризма (секундарна пријетња).

Уколико овоме додамо и посљедње процјене Стејт департамента које говоре о slabим капацитетима БиХ за истраге и процесуирање случајева тероризма и страних терористичких бораца, посебно када су у истраге укључене комплексне финансијске истраге и регрутовање преко интернета, као и о томе да, иако већина оптужница доведе до осуђујуће пресуде¹³ те казне су ипак неадекватне¹⁴, онда свакако треба позитивно поздравити уношење појединих нових одредаба у кривично законодавство Републике Српске.

¹² Азиновић, В., Јусић, М. (2016). *Нови зов рата у Сирији и босанскохерцеговачки контингент страних бораца*. Сарајево, стр. 12–13.

¹³ Тако је, на примјер, Суд Босне и Херцеговине у предмету М.Е. и други осудио на укупно 12 година и пет мјесеци седам оптужених због учешћа у терористичким активностима на страни ИСИЛ-а у Сирији и Ираку. „Они су у другој половини 2013. године и током 2014. године напустили БиХ с циљем прикључења терористичким организацијама Исламска држава Ирака и Леванта (ИСИЛ) који дјелује на подручју Сирије и Ирака знајући да су исте од стране Савјета безбједности УН-а од 30. маја 2013. године проглашене као терористичке организације и групе, и то на начин да су са подручја Р. Турске илегално прелазили на територији Сирије те учествовали у терористичким активностима, пружали помоћ и борили се на страни снага ИСИЛ-а односно ових терористичких група у Сирији и Ираку“⁴. Видјети: Суд Босне и Херцеговине, Предмет број: С 1 2 К 018991 15 К, од 31. октобра 2016. године.

¹⁴ United States Department of State (2017). *Country Reports on Terrorism 2016*. Bureau of Counterterrorism and Countering Violent Extremism's, pp. 106–108.

Тероризам у Кривичном закону Републике Српске

Кривично право Босне и Херцеговине данас чине четири засебна кривична закона. То су: 1) Кривични закон Босне и Херцеговине (у даљем тексту: КЗ БиХ)¹⁵, Кривични законик Републике Српске¹⁶, Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине (у даљем тексту КЗ ФБиХ)¹⁷ и Кривични закон Брчко дистрикта Босне и Херцеговине (у даљем тексту: КЗ БДБиХ)¹⁸.

Управо из разлога што у међународном праву, углавном због политичке подијелености свијета, није могуће до данас дати јединствену и општеприхваћену дефиницију тероризма, у низу међународних докумената предвиђен је „каталог“ кривичних дјела тероризма. Слиједећи ове тенденције и прихватајући међународне обавезе преузете потписивањем и ратификовањем релевантних универзалних, а посебно регионалних (европских) докумената, у кривичном законодавству на нивоу БиХ је инкриминисано више кривичних дјела тероризма.

КЗ БиХ, у глави седамнаестој под називом „Кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом“, предвиђа сљедећа кривична дјела тероризма: (1) тероризам – члан 201, (2) финансирање терористичких активности – члан 202, (3) јавно подстицање на терористичке активности – члан 202а, (4) врбовање ради терористичких активности – члан 202б, (5) обука за извођење терористичких активности – члан 202ц и (6) организовање терористичке групе – члан 202д. Овим кривичним дјелима инкриминисане су не само поједине дјелатности извршења терористичких аката, већ и поједине припремне радње (организовање групе или финансирање тероризма) или саучесништво (јавно подстицање – подстрекавање на извршење неког од кривичних дјела тероризма).¹⁹

КЗ ФБиХ и КЗ БДБиХ у посебним главама (осамнаестим) под називом „Кривична дјела тероризма“, прописују сљедећа кривична дјела

¹⁵ Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015 и 40/2015.

¹⁶ Службени гласник Републике Српске, бр. 64/2017.

¹⁷ Службене новине Федерације Босне и Херцеговине, бр. 36/2003, 37/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014 и 46/2016.

¹⁸ Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, број 33/2013 – Пречишћени текст и 26/2016.

¹⁹ Видјети: Симовић, М., Јовашевић, Д. (2013). „Кривична дјела тероризма у праву Босне и Херцеговине и релевантни европски стандарди“, *ДИЈАЛОГ*, бр. 1-2, стр. 90–104.

која се односе на тероризам, а то су: (1) узимање талаца – члан 200 КЗ ФБиХ и члан 197 КЗ БДБиХ, (2) тероризам – члан 201 КЗ ФБиХ и члан 198 КЗ БДБиХ, (3) финансирање терористичких активности – члан 202 КЗ ФБиХ и члан 199 КЗ БДБиХ.²⁰ Видљиво је да ови кривични закони нису усклађени са међународним стандардима у овој области, као ни са кривичним законодавством на нивоу БиХ и у Републици Српској.

С друге стране, нови Кривични законик Републике Српске, у посебној глави (двадесет и трећој) под називом „Кривична дјела тероризма“ прописује неколико нових кривичних дјела тероризма, а то су: (1) тероризам – члан 299, (2) финансирање терористичких активности – члан 300, (3) стварање терористичких група или организација – члан 301, (4) јавно подстицање на терористичке активности – члан 302, (5) врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела – члан 303, (6) формирање и обучавање група ради придруживања страним терористичким организацијама – члан 304 и (7) узимање талаца – члан 305. Објект заштите ових кривичних дела јесу основне слободе и права човјека, уставно уређење, безбједност и најзначајнија друштвена добра која припадају Републици Српској, као и међународна безбједност.

Кривично законодавство Републике Српске се, попут већине националних кривичних законодавстава, не бави тероризмом као глобалном појавом већ само једним сегментом његове манифестације, а то је тероризмом као кривичним дјелом. Основно обиљежје таквог приступа је прописивање појединих инкриминација за које у међународној заједници постоји изражена сагласност да се ради о понашањима, односно поступцима којима се угрожавају темељне друштвене вриједности.²¹

Тероризам

Основно кривично дјело тероризма одређено је у члану 299 Кривичног законика Републике Српске, а састоји се у вршењу терористичког акта у циљу озбиљног застрашивања грађана или присиљавања органа власти Републике Српске да нешто изврше

²⁰ Видјети: Петровић, Б., Јовашевић, Д. (2005). *Кривично (казнено) право, Посебни дио*. Сарајево, стр. 68–71; Симовић, М. (2003). „Кривично дјело тероризма у кривичном законодавству Брчко Дистрикта БиХ“, *Криминалистичке теме*, бр. 1-2, стр. 95–122.

²¹ Упореди: Коларић, Д. (2013). „Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном законнику Републике Србије“, *CRIMEN*, год. IV, бр. 1, стр. 49–71.

или не изврше, или у циљу озбиљног нарушавања или уништавања основних уставних, политичких, економских или друштвених структура Републике Српске, са бројним, према таксативном моделу наведеним, облицима радње извршења којима учинилац настоји остварити циљеве терористичког дјеловања, а којима може нанијети озбиљну штету Републици Српској.

Објект заштите овог кривичног дјела јесте уставно уређење и безбједност Републике Српске, а објект напада јесу уређаји и постројења на која су непосредно усмјерене поједине радње у оквиру терористичког акта.²²

У осам тачака је прописан већи број радњи извршења кривичног дела тероризма из члана 299 став 1, а то су:

- 1) напад на живот лица који може проузроковати његову смрт,
- 2) напад на тјелесни интегритет неког лица,
- 3) противправно затварање лица, држање затвореног лица или на други начин одузимање или ограничавање слободе кретања другом лицу с циљем да се он или неко други присили да нешто учини, не учини или трпи, или узимање талаца,
- 4) наношење велике штете објектима Републике Српске или јавним објектима, саобраћајном систему, објектима инфраструктуре укључујући информатички систем, фиксној платформи која се налази у континенталном појасу, на јавном мјесту или у приватној имовини, и вјероватно је да ће та штета угрозити људски живот или довести до знатне материјалне штете,
- 5) отмицу ваздухоплова, брода или другог средства јавног саобраћаја или превоза робе,
- 6) производња, посједовање, стицање, превоз, снабдијевање, коришћење или оспособљавање за коришћење оружја, експлозива, нуклеарног, биолошког или хемијског оружја или радиоактивних материјала, те истраживање и развој биолошког, хемијског или радиоактивних материјала, као и посједовање или коришћење уређаја за активирање или емитовање радиоактивног или јонизирајућег зрачења, коришћење или оштећење нуклеарног објекта тако да би могло доћи до испуштања или опасности од испуштања радиоактивног материјала, или употребом

²² Видјети: Митровић, Љ., Грбић Павловић, Н. (2016). „Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине“, Зборник радова *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера*, Теслић, стр. 76–93.

- силе или пријетње, или захтијевање радиоактивног материјала, уређаја за активирање, распршивање или емитовање радиоактивног материјала или нуклеарног објекта,
- 7) испуштање опасних материја или изазивање пожара, експлозија или поплава с циљем угрожавања људских живота,
 - 8) ометање или заустављање снабдијевања водом, електричном енергијом или другим природним ресурсом с циљем угрожавања људских живота.

Неке од наведених радњи извршења имале би по својој природи карактер припремних радњи да нису проглашене радњом извршења (нпр. радње из става 1 тачке б), док друге, опет, представљају радњу извршења неких других кривичних дјела. Те доста хетерогене радње представљају радњу извршења кривичног дјела тероризма само ако су предузете у одређеном циљу.²³ За ово је дјело прописана казна затвора најмање пет година. Уз казну се учиниоцу обавезно изриче мјера одузимања објеката или друге непокретности које су коришћене за терористичке активности и предмета и средстава који су намијењени или коришћени за извршење дјела тероризма.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице поред умишљаја потребно је постојање посебне намјере (*dolus specialis*) која је усмјерена на остварење једног од прописаних циљева.

У ставу 2 члана 299 законодавац је прописао кажњавање лица које пријети извршењем или припрема кривично дјела тероризма из става 1. За ово дјело предвиђена је казна затвора у трајању од једне до осам година.

Такође, предвиђена су два тежа облика овог дјела. Први тежи облик овог дјела за који је прописана казна затвора у трајању од најмање десет година година или казна дуготрајног затвора постоји у оним ситуацијама када је усљед предузете радње извршења терористичког акта у било ком облику и виду испољавања наступило велико разарање или смрт једног или више лица. Други тежи облик овог кривичног дјела за који је прописана казна затвора од најмање петнаест година или казна дуготрајног затвора постоји у свим оним ситуацијама када је приликом извршења терористичког акта у било ком његовом облику учинилац неко лице са умишљајем лишио живота. Дакле, овдје је квалификаторна околност умишљајно лишење живота другог лица.²⁴

²³ Коларић, Д. (2013). „Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном законнику Републике Србије“, *op. cit.*, стр. 59.

²⁴ Видјети: Јовашевић, Д., Митровић, Ј., Икановић, В. (2017). *Кривично право Републике*

Финансирање терористичких активности

Ово кривично дјело састоји се у непосредном или посредном давању, обезбјеђењу на било који начин или прикупљању новца, имовине или других средстава у намјери да се користе или са знањем да ће се користити или употријебити у цијелости или дјелимично за извршење сљедећих кривичних дјела: а) тероризма, б) стварање терористичких група или организација, в) јавно подстицање на терористичке активности, г) врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела, д) формирање и обучавање групе ради придруживања страним терористичким организацијама, њ) узимање талаца, е) оштећење или уништење јавних уређаја, ж) оштећење брана и водопривредних објеката и з) другог кривичног дјела којим се може проузроковати смрт или тежа тјелесна повреда цивилног лица или лица које активно не учествује у непријатељствима у оружаном сукобу ако је такво дјело управљено на застрашивање грађана или присиљавање органа власти у Републици Српској да изврши или не изврши неку радњу, као и ако су тако прибављена средства намијењена за омогућавање припремања неког од наведених дјела или за коришћење од стране терориста или терористичке организације.²⁵ Овим се дјелом заправо инкриминишу припремне радње за извршење неког од терористичких кривичних дјела као самостално кривично дјело.²⁶ У основи ове инкриминације налази се Међународна конвенција о сузбијању и спречавању финансирања тероризма из 1999. године.²⁷ Објект заштите овог кривичног дјела јесте уставно уређење и безбједност Републике Српске.

Српске, Посебни дио. Бања Лука, стр. 221; Митровић, Љ., Грбић Павловић, Н. (2016). „Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине“, *op. cit.*, стр. 76–93.

²⁵ Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). „Кривично право Републике Српске, Посебни дио“, *op. cit.*, стр. 221.

²⁶ Видјети: Јовашевић, Д., Митровић, Љ. (2011). *Тероризам у међународном и кривичном праву неких земаља*, Зборник радова „Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива“, Козара, стр. 429-442.

²⁷ Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма усвојена је од Генералне скупштине Уједињених нација 9. децембра 1999. године (Службени гласник БиХ – Међународни уговори, број 3/2003). Овом конвенцијом, државе потписнице су се усагласиле да чини кривично дјело свако лице које на било који начин, непосредно или посредно, незаконито и својом вољом, обезбјеђује или прикупља фондове у намјери да се они користе или са знањем да ће бити коришћени, у цјелини или дјелимично, у циљу извршења: а) радње која представља кривично дјело у оквиру и како је дефинисано у неком од уговора наведених у листи у анексу или б) сваке друге радње која је намијењена да изазове смрт или тешко рањавање цивила или било којег другог лица које активно не учествује у непријатељствима у ситуацији оружаног сукоба, када је циљ те радње по својој природи или контексту да застраши становништво или да натјера владу или неку међународну организацију да учини или се уздржи од чињења било каквог акта. Видјети: Бабић, М., Филиповић, Љ., Марковић, И., Рајић, З. (2005). *Коментари кривичних/казних закона у Босни и Херцеговини*, Књига I. Сарајево.

Радња извршења овог кривичног дјела је алтернативно одређена: а) давање – предаја, односно уступање средстава у готовинском новцу (домаћем или страном), хартијама од вриједности или покретној или непокретној имовини, б) обезбјеђење – долажење у посјед, државину и в) прикупљање – прибављање средстава било којом дјелатношћу. Ради се, дакле, о радњама којима се помажу и омогућавају терористичке активности обезбјеђивањем средства за извођење терористичких активности, и то или на начин што се у наведене сврхе дају властита средства, односно средства са којима неко лице располаже по било ком основу или тако што се за те сврхе обезбјеђују, односно сакупљају средства из других извора, односно од других лица.²⁸

Радња извршења овог дјела може се учинити: 1) на одређени начин: а) директно (непосредно – у свим оним случајевима када се средства директно дају појединцима или терористичким групама за извршење терористичких активности), б) индиректно (посредно – када се средства за терористичке активности обезбјеђују, примјера ради, кроз организације које имају и хуманитарне, социјалне или културне активности или када се она обезбјеђују финансирањем других криминалних активности од којих се добит, у цјелини или дјелимично, користи за финансирање терористичких активности) и в) на било који други начин; 2) у односу на одређене предмете: домаћи или страни новац, покретну или непокретну имовину или друга средства²⁹; 3) у одређеној намјери која мора да постоји на страни учиниоца у вријеме предузимања радње, али не мора бити и остварена у конкретном случају – у циљу да се овако прикупљена средства употријебе или са знањем да ће се употријебити у цјелини или дјелимично за извршење, омогућавања припремања или извршења од стране терориста или терористичке организације у претходном пасусу наведених кривичних дјела којим се може проузроковати смрт или тежа

²⁸ Упореди: Бабић, М., Марковић, И. (2011). *Борба против тероризма – кривичноправни аспект*, Зборник радова „Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива“, Козара, стр. 173–188.

²⁹ Средства која су предметом овог кривичног дјела, односно која се дају или прикупљају са намјером финансирања терористичких активности могу бити било које врсте, с тим да могу да се састоје у стварима или правима, било материјална или нематеријална, покретна или непокретна. Дакле, може се радити о готовинским новчаним средствима, банковним чековима и другим вриједносним папирима (обвезнице, мјенице, дионице), кредитним средствима, покретној или непокретној имовини, документима или инструментима на основу којих се доказује власништво над имовином. Треба свакако истаћи да је за постојање овог кривичног дјела небитно да ли су дата или прикупљена средства у цјелини или дјелимично намијењена за извршење наведених кривичних дјела. Видјети: Бабић, М., Филиповић, Ј., Марковић, И., Рајић, З. (2005). *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини*, Књига I. Сарајево.

тјелесна повреда цивилног лица или лица које активно не учествује у непријатељствима у оружаном сукобу и 4) када је циљ таквог дјела по својој природи или околностима застрашивање грађана или присиљавање органа власти у Републици Српској да нешто учине или не учине.³⁰

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице могућ је умишљај или нехат. За ово дјело је прописана казна затвора најмање осам година. Уз казну се учиниоцу дјела обавезно изриче мјера одузимања новца, имовине или средстава који су намијењени за припремање или извршење кривичног дјела тероризма. Ако се као учинилац дјела јави правно лице, тада је прописана новчана казна и казна престанка правног лица. Такође, тежи облик дјела постоји: а) ако службено или одговорно лице у банци или другој финансијској институцији или лице које врши послове од јавног интереса (дакле, лице са посебним својством) које је овлашћено за предузимање мјера или радњи за спречавање финансирања тероризма свјесно пропусти да предузме законом прописане мјере и радње, чиме омогући извршење кривичног дјела финансирање терористичких активности и б) службено или одговорно лице које неовлашћено открије клијенту или непозваном лицу податке који се односе на поступак испитивања сумњивих трансакција или других мјера и радњи које се предузимају за спречавање финансирања тероризма. За умишљајно извршење дјела прописана је казна затвора најмање пет година, а за нехатно дјело казна затвора од једне до осам година.³¹ Новац, имовина и средства намијењена за припремање или извршење дјела из овог члана одузеће се.

Стварање терористичких група или организација

Ово кривично дјело састоји се у успостављању или организовању групе или терористичке организације или удруживања више лица на други начин, у постајању припадником групе или терористичке организације, у подстицању, подржавању или помагању на други начин стварања терористичке организације ради извршења кривичних дјела наведених у Глави XXIII овог законика, као и дјела оштећење или уништење јавних уређаја, те оштећење брана и водопривредних објеката и другог кривич-

³⁰ Видјети: Митровић, Љ., Грбић Павловић, Н. (2016). „Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине“, *op. cit.*, стр. 76–93.

³¹ Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). „Кривично право Републике Српске, Посебни дио“, *op. cit.*, стр. 223.

ног дјела којим се може проузроковати смрт или тежа тјелесна повреда цивилног лица или лица које активно не учествује у непријатељствима у оружаном сукобу, ако је такво дјело управљено на застрашивање грађана или присиљавање органа власти у Републици Српској да изврши или не изврши неку радњу. Овдје су припремне радње, као и радње саучесништва због високо испољеног степена тежине и опасности предвиђене као самостално кривично дјело.³² Објект заштите је уставно уређење и безбједност Републике Српске.

Радња извршења састоји се из више алтернативно предвиђених радњи, а то су: а) успостављање или организовање – дјелатност проналажења, анимирања, повезивања лица, руковођења или организовања у смислу стварања нове или искоришћавања постојеће групе преусмјеравањем њеног дозвољеног или недозвољеног дјеловања, б) удруживање више лица на други начин – повезивање више лица на бази заједничког злочиначког плана, в) постајање припадником групе – ступање у чланство изричито, усменом или писаном изјавом или фактичким предузимањем дјелатности групе, г) подстицање и подржавање – стварање нове или учвршћивање постојеће одлуке о ступању у чланство групе, и д) помагање у стварању групе – олакшавање, омогућавање, стварање услова и претпоставки да се група створи.³³ Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај.

За организатора групе, терористичке организације или другог удружења је прописана казна затвора најмање пет година, за припадника групе као и за радње подстрекавања и помагања казна затвора најмање три године. Уз казну се учиниоцу дјела обавезно изриче мјера одузимања објекта и друге непокретности које су коришћене за терористичке активности и предмета и средстава која су намијењена за припремање извршења терористичких дјела.

Кривични законик предвиђа и два лакша облика овог дјела. Тако, ако припадник групе или терористичке организације откривањем групе или организације или на други начин спријечи извршење планираних кривичних дјела, казниће се казном затвора до три године или ослободити од казне. У другом случају, ако припадник групе или терористичке организације открије групу или организацију прије него што је у њеном саставу или за њих извршио неко од планираних кривичних дјела, казниће се казном затвора до двије године или ослободити од казне.

³² *Ibidem.*

³³ *Ibid.*, стр. 224.

Јавно подстицање на терористичке активности

Ово кривично дјело састоји се у јавном изношењу или проношењу идеја којима се непосредно или посредно подстиче на вршење дјела наведених у Глави XXIII овог законика, као и других дјела која се предузимају у циљу застрашивања грађана или присиљавања органа власти у Републици Српској да нешто изврши или не изврши. Објект заштите је уставно уређење и безбједност Републике Српске. Радња извршења је алтернативно одређена као: а) изношење – саопштавање другом лицу одређене идеје као своје и б) проношење – саопштавање другом лицу идеја другог лица. За постојање дјела битно је да се радња извршења предузима: 1) на одређени начин – јавно, дакле, на начин који је доступан индивидуално неодређеном броју лица, и 2) у односу на одређене идеје – којима се непосредно или посредно подстиче на вршење наведених кривичних дјела. Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај. За ово дјело прописана је казна затвора најмање три године.

Кривично дјело јавно подстицање на терористичке активности подразумијева стављање на располагање јавности поруке која има за циљ подстицање другог на извршење кривичних дјела која су таксативно побројана у поменутом члану. Понашање које подразумијева упућивање „потикајних“ порука, без обзира на то да ли се таквим порукама директно заговарају терористичка дјела и активности, узрокују опасност од почињења једног или више терористичких кривичних дјела³⁴. Жалбени приговори којим се указује да кривично дјело није могло бити остварено, а да при томе није конкретизован терористички чин, као и да није конкретизована радња да је оптужени организовао групу или удружење за почињење терористичких активности, нису основани, те немају упориште у чињеничном утврђењу, нити у релевантним законским одредбама. Суд БиХ је у једном предмету заузео став према коме, да би постојало кривично дјело јавно подстицање на терористичке активности, чији су објективни и субјективни елементи описани у поменутој одредби, не мора доћи до почињења терористичких кривичних дјела, који су описани у законској формулацији овог дјела. Дакле, потребно је утврдити да је оптужени јавним изношењем порука *подстицао друге на извршење терористички кривичних дјела*, те да је његов субјективни

³⁴ Видјети: Члан 5 Конвенција Савјета Европе о сузбијању тероризма, Варшава, 16. мај 2005. године, у вези са јавним позивањем на почињење терористичког кривичног дјела.

однос према дјелу остварен управо кроз намјеру (*био свјестан својих радњи и поступака*) да врбује и подстиче друге да постану припадници терористичке групе ИСИЛ у тзв. Исламској држави и као припадници те групе учествују у активностима које та група организује, *те хтио наступање свих штетних последица*, које су остварене кроз погибију држављана БиХ који су присуствовали предавањима оптуженог Б. Х., а који су као припадници терористичке организације представљали опасност за БиХ на начин да се обучавају и припремају и за провођење терористичких радњи и по повратку у БиХ.³⁵

Врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела

Ово кривично дјело састоји се у врбовању другог лица да изврши, учествује или помаже у извршењу, у придруживању групи или удружењу, у договарању са другим или у позивању другог или у давању упутстава о изradi и коришћењу експлозива или експлозивних направа, ватреног или другог оружја, штетних или опасних материја или у обучавању другог, у давању средстава или у уступању просторија за обуку лица у намјери да се изврши неко од дјела наведених у Глави XXIII овог законика, као и других дјела која се предузимају у циљу застрашивања грађана или присиљавања органа власти у Републици Српској да нешто изврши или не изврше. Овдје су припремне радње, као и радње саучесништва у виду подстрекавања или помагања предвиђене као самостално кривично дјело због високо испољеног степена тежине и опасности. Објект заштите је уставно уређење и безбједност Републике Српске. Радња извршења је вишеструко алтернативно одређена као: 1) подстрекавање – психолошка дјелатност утицања на вољу других лица у смислу стварања нове или учвршћивања постојеће, недовољно чврсте и колебљиве одлуке која се јавља као: а) врбовање другог лица да изврши, учествује или помаже у извршењу кривичних дјела тероризма, б) придруживање групи или удружењу у смислу постајања припадником такве групе, в) договарање или позивање другог лица на извршење кривичних дјела тероризма и г) помагање – омогућавање, олакшавање, стварање услова и претпоставки за извршење кривичних дјела тероризма на сљедеће начине: 1) давањем упутстава о изradi и коришћењу експлозива или експлозивних направа, ватреног или другог оружја, штетних или опасних

³⁵ Суд Босне и Херцеговине, Предмет број: С1 2 К 017968 16 Кж 4, од 28. марта 2016. године.

материја, 2) обучавањем другог, 3) давањем средстава; и 4) уступањем на располагања просторија за обуку лица за вршење кривичних дјела тероризма. Битно је да се радња извршења предузима у одређеној намјери која постоји на страни учиниоца, али не мора бити остварена у конкретном случају. То је намјера да се радњом омогући извршење наведених кривичних дјела. Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је директан умишљај који квалификује наведена намјера.³⁶

За ово дјело прописана је казна затвора најмање три године. Уз казну се обавезно изриче мјера одузимања објекта и друге непокретности и предмета и средстава која су коришћена или су била намијењена за терористичку обуку, врбовање и вршење терористичких дјела.

Формирање и обучавање група ради придруживања страним терористичким организацијама

Кривично дјело из члана 304 КЗ РС састоји се у врбовању, позивању, обучавању, опремању, организовању или на неки други начин мобилизовању појединаца или групе лица са циљем придруживања страним паравојним или параполицијским формацијама које се баве терористичким активностима. Извршилац овог кривичног дјела ће се казнити казном затвора од најмање три године. Такође, казном затвора од најмање три године казниће се и лице које се придружи страним паравојним или параполицијским формацијама које се баве терористичким активностима. Тежи облик овога дјела постоји уколико је извршено од стране више лица која су се удружила за вршење овога дјела, те ће се такви извршиоци казнити казном затвора од најмање пет година.

Такође, ово дјело се састоји у прикупљању финансијских или неких других средстава, сачињавању планова или договора са другима или врбовања других или предузимању било којих других радњи којима се стварају непосредни услови за придруживање страним терористичким организацијама, док ће се извршилац казнити казном затвора у трајању од двије до петнаест година.

³⁶ Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). „Кривично право Републике Српске, Посебни дио“, *op. cit.*, стр. 226–227; Митровић, Љ., Грбић Павловић, Н. (2016). „Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине“, *op. cit.*, стр. 76–93.

У ставу 3 овог члана предвиђена је казна за извршиоца који јавно, путем средстава информисања или на било који други начин упути поруку јавности, с циљем подстицања неког другог на извршење дјела из става 1. Запријеђена казна јесте казна затвора у трајању од једне од десет година.

Кривични законик предвиђа и лакши облик овога дјела. Тако ће се извршилац дјела који открије групу или водеће чланове групе прије него што је дјело откривено или је на тај начин спријечено извршење дјела, казнити казном затвора од шест мјесеци до двије године, а може се и ослободити од казне.

Уз казну се обавезно изриче мјера одузимања објеката за обучавање, финансијских и свих других средстава која су коришћена или су била намијењена за извршење дјела из овог члана.

Узимање талаца

Ово кривично дјело састоји се у затварању, држању затвореним или одузимању или ограничењу слободе кретања другог лица на други начин или у држању таквог лица или у пријетњи да ће то лице бити убијено, повријеђено или и даље држано као талац с циљем да се примора Република Српска да нешто учини или не учини као изричити или прећутни услов за ослобађање таоца.³⁷ Објект заштите овог кривичног дјела јесте двојако одређен, и он се односи на: а) уставно уређење и безбједност Републике Српске и б) слободу кретања неког лица као једну од најважнијих основних људских слобода.

Радња извршења овог кривичног дјела вишеструко алтернативно је одређена, и то као: 1) затварање – одузимање слободе кретања онемогућавањем другог лица да се креће противно његовој слободној вољи, 2) држање затвореног – продужавање стања лишености слободе кретања у коме се друго лице већ налази, 3) одузимање или ограничење слободе кретања другог лица на други начин – потпуно онемогућавање или привремено, дјелимично или краткотрајно ометање, односно усложњавање другога да се слободно креће по својој вољи, 4) држање отетог лица – државинска власт, непосредно или посредно над другим лицем, и 5) пријетња отетом лицу – стављање у изглед, изјава воље (ус-

³⁷ Упореди: Јовашевић, Д. (2002). *Коментар Кривичног закона СР Југославије*. Београд, стр. 298–299.

мено, писано или на симболичан начин) да ће отето лице бити убијено, повријеђено или и даље држано као талац³⁸. За постојање овог кривичног дјела битно је да се радња извршења предузима у одређеном циљу, без обзира на то да ли је тај циљ у конкретном случају и остварен, дакле, у циљу да се примора Република Српска да нешто учини или не учини као изричити или прећутни услов за ослобађање таоца.³⁹

Извршилац овог кривичног дјела може да буде свако лице. У погледу кривице (субјективни супстрат), за постојање овог кривичног дјела потребан је директан умишљај који карактерише наведени циљ (намјера) учиниоца. За ово је дјело прописана казна затвора у трајању од једне до десет година. Такође, ово кривично дјело има два тежа облика. Први тежи облик дјела за који је предвиђена казна затвора у трајању од најмање пет година постоји у свим оним ситуацијама када је усљед предузете радње извршења основног дјела у било којем облику наступила смрт отетог лица. Дакле, овдје је тежа посљедица дјела, односно смрт отетог лица у узрочно-посљедичној вези са радњом извршења основног дјела. Тежа посљедица дјела, у сваком случају, мора бити резултат нехата учиниоца. Други тежи облик овог дјела постоји у случају када је приликом извршења основног дјела учинилац отето лице са умишљајем лишио живота. Овдје се тежа посљедица јавља у виду умишљајног убиства отетог лица.⁴⁰ За ово је кривично дјело прописана казна затвора у трајању од најмање десет година или казна дуготрајног затвора.

Закључна разматрања

Тероризам је проблем којим се мора владати, те је због тога неопходно усвајање добрих казних политика и стратегија којима би се умањили ризици и евентуална штета од терористичких напада. Чињеница да поједини нивои власти у Босни и Херцеговини, превасходно Федерација Босне и Херцеговини, нису до сада реализовали обавезе из своје надлежности, а које су предвиђене Стратегијом за превенцију и борбу против тероризма (2015–2020), говори о њиховом нивоу спремности на рјешавању ове безбједносне пријетње у БиХ.

³⁸ Видјети: Јовашевић, Д., Икановић, В. (2012). *Кривично право Републике Српске, Посебни део*. Бања Лука.

³⁹ Видјети: Кокољ, М., Јовашевић, Д. (2011). *Кривично право Републике Српске, Општи и посебни део*. Бијељина.

⁴⁰ Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). „Кривично право Републике Српске, Посебни део“, *op. cit.*, стр. 229.

Такође, уколико се узме у обзир процјена да је БиХ међу првих неколико земаља свијета по броју грађана који ратују на страни ИСИЛ-а, те да већина од повратника са ратишта у БиХ нису адекватно процесуирани или да су им изречене минималне казне, онда се оправдано може поставити питање ефикасности система кривичног правосуђа у БиХ.

Досадашња пракса Суда БиХ у вези са кажњавањем за поједина кривична дјела тероризма, тј. благе санкције које се изричу, не могу дјеловати превентивно на будуће учиниоце ових кривичних дјела. У прилог овој тези говори чињеница да је у предмету Е.М. и остали Суд БиХ осудио на укупно 12 година и пет мјесеци седам оптужених због учешћа у терористичким активностима на страни ИСИЛ-а у Сирији и Ираку. За очекивање је сада, када су увршћени на листу терористичких напада и од стране нове америчке администрације, да се за поједине нападе у БиХ, попут напада на Полицијску страницу у Зворнику којом приликом је погинуо један полицајац, а два су рањена, и напада у Рајловцу када су погинула два војника Оружаних снага БиХ, коначно изрекну адекватне санкције.

Ради превенције насилног радикализма и екстремизма, те ефикасног спречавања тероризма у БиХ, потребно је радити на подстицању укључивања цјелокупних заједница у рјешавању оних проблема који им погодују. Ово се може урадити отварањем неформалних канала комуникације, попут форума, који би требало да допринесу превенцији, а чији би циљ такође био успостављање неопходне сарадње и уважавања унутар БиХ. Посебна пажња треба да се посвети малољетницима и млађим пунољетницима који су привучени од стране насилних идеологија али још увијек нису предузели кораке да некога повриједе. Имајући у виду чињеницу да се поједини извршиоци кривичних дјела тероризма налазе у затворима, потребно је посебну пажњу посветити и радити на превенцији радикализације и ширењу терористичке идеологије у затворима.

Ефикасно спречавање савремених безбједносних пријетњи, а посебно тероризма, није могуће без укључивања свих субјеката друштва, односно без сарадње органа безбједности, грађана, организација цивилног друштва, вјерских заједница и академске заједнице. Тек се уз потпуну сарадњу и мобилисање свих грађана на супротстављању савременим безбједносним пријетњама, посебно тероризму, може допринијети да унутрашња безбједност буде на вишем нивоу и у интересу свих.

Литература

- Азиновић, В., Јусић, М. (2016). *Нови зов рата у Сирији и босанскохерцеговачки контингент страних бораца*. Сарајево.
- Бабић, М., Филиповић, Љ., Марковић, И., Рајић, З. (2005). *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, Књига I*. Сарајево.
- Јовашевић, Д. (2002). *Коментар Кривичног закона СР Југославије*. Београд.
- Јовашевић, Д., Икановић, В. (2012). *Кривично право Републике Српске, Посебни део*. Бања Лука.
- Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). *Кривично право Републике Српске, Посебни дио*. Бања Лука.
- Кокољ, М., Јовашевић, Д. (2011). *Кривично право Републике Српске, Општи и посебни део*. Бијељина.
- Петровић, Б., Јовашевић, Д. (2005). *Кривично (казнено) право, Посебни дио*. Сарајево.
- Schmallegger, F. (2006). *Criminology today: an integrative introduction*. Fourth edition, New Jersey.
- Schmid, A. (ed.) (2011). *Handbook of Terrorism Research*. London.
- Бабић, М., Марковић, И. (2011). *Борба против тероризма – кривично-правни аспект*, Зборник радова „Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива“, Козара, стр. 173–188.
- Ђуровски, М., Павловић, Г. (2012). *Суштине тероризма и познате терористичке организације*, Зборник радова „Организовани криминалитет изазов XXI века“. Нови Сад: Правни факултет за привреду и правосуђе, стр. 457–477.
- Јовашевић, Д., Митровић, Љ. (2011). *Тероризам у међународном и кривичном праву неких земаља*, Зборник радова „Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива“, Козара, стр. 429–442.
- Коларић, Д. (2011). „Кривично дело тероризма – упоредноправни аспекти“, *Наука – Безбедност – Полиција*, број 2, стр. 57–77.

- Коларић, Д. (2013). „Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном закону Републике Србије“, *CRIMEN*, год. IV, бр. 1, стр. 49–71.
- Митровић, Љ., Грбић Павловић, Н. (2016). *Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине*, Зборник радова „Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера“, Теслић, стр. 76–93.
- Симовић, М. (2003). „Кривично дјело тероризма у кривичном законодавству Брчко Дистрикта БиХ“, *Криминалистичке теме*, бр. 1-2, стр. 95–122.
- Симовић, М., Јовашевић, Д. (2013). „Кривична дјела тероризма у праву Босне и Херцеговине и релевантни европски стандарди“, *ДИЈАЛОГ*, бр. 1-2, стр. 90–104.
- Schmid, A. (2012). „The Revised Academic Consensus Definition of Terrorism“, *Perspectives on Terrorism*, Vol. 6, No. 2, pp. 158–159.
- EUROPOL (2017). *TE SAT - European union terrorism situation and trend report 2017*. The Hague.
- National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism (2016). *Global Terrorism Database - Data file Bosnia and Hercegovina*. START.
- United States Department of State (2017). *Country Reports on Terrorism 2016*. Bureau of Counterterrorism and Countering Violent Extremism's.
- Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма, усвојена је од Генералне скупштине Уједињених нација 9. децембра 1999. године („Службени гласник БиХ“ – Међународни уговори, број 3/2003).
- Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No. 196/2005.
- Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA.
- Кривични закон БиХ, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015 и 40/2015.

Кривични Законик Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 64/2017.

Кривични закон Федерације БиХ, Службене новине Федерације Босне и Херцеговине, бр. 36/2003, 37/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014 и 46/2016.

Кривични закон Брчко дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, број 33/2013 – Пречишћени текст и 26/2016.

Суд Босне и Херцеговине, Предмет број: С1 2 К 017968 16 Кж 4, од 28. марта 2016. године.

Суд Босне и Херцеговине, Предмет број: С 1 2 К 018991 15 К, од 31. октобра 2016. године.

<http://www.sipa.gov.ba/assets/photos/press/1447660895-u-siriji-na-strani-isa-poginulo-30-bhmladi%C4%87a.pdf>.

Gojko Pavlović, PhD

**Inspector at the Department for International Cooperation
of the Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska**

CRIMINAL ACTS OF TERRORISM IN CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The subject of analysis in this paper are the issues that concern the criminal justice framework as an essential instrument in the fight against terrorism in the Republic of Srpska. Considering the fact that the criminal law of Bosnia and Herzegovina today consists of four separate criminal codes, an analysis of their mutual compliance with the criminal offenses related to terrorism was first made. The issue of mutual coherence is important because only uniform criminal law allows effective counteraction to terrorism. Special attention in the work is dedicated to the new Criminal Code of the Republic of Serbian, which brings a number of significant novelties regarding the

prescription of criminal offenses of terrorism, which were introduced into criminal legislation, among other things, as a result of harmonization with international standards. Also, the paper presents the modest practice of the Court of BiH in relation to the punishment for certain crimes of terrorism. The author's point is that the mild penalties imposed can not act preventively on future perpetrators of these crimes.

Key words: *Republic of Srpska, criminal acts of terrorism, assessment of terrorism in BiH*

УДК: 343.8(497.6РС)(094.5)

doi 10.7251/PR5217423V

Излагање са научног скупа

ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА – НОВИ КРИВИЧНИ ЗАКОНИК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И МОГУЋНОСТ ПРИМЈЕНЕ САВРЕМЕНИХ ТЕОРИЈСКИХ СХВАТАЊА

Мр Драгана Васиљевић*

Апстракт: Кривични законик Републике Српске претрпио је одређене промјене када су у питању стадијуми остварења кривичног дјела. Законска формулација почетка извршења кривичног дјела није мијењана, тј. одређена је у духу формално-објективне теорије. За разлику од овога, законодавац је приступио измјенама када је у питању регулисање претходног стадијума остварења кривичног дјела, тако да је он регулисан у одредбама општег дијела, што до сада није био случај. Оваквим приступом законодавац је формалноправно нагласио шта то у ствари не представља почетак извршења кривичног дјела (припремне радње), а шта је то његов почетак (покушај кривичног дјела). Поменута законска рјешења у одређеним случајевима нужно остављају празнину гдје је упитно да ли одређене дјелатности представљају покушај кривичног дјела или некажњиве припремне радње. Рјешење се једним дијелом тражи у домену кривичноправне теорије. Аутор у чланку пажњу посвећује законском регулисању стадијума остварења кривичног дјела у новом кривичном законодавству Републике Српске, али се посебно апострофира почетак извршења кривичног дјела и могућа имплементација савремених кривичноправних схватања.

Кључне ријечи: Кривични законик, покушај кривичног дјела, припремне радње.

* Министарство унутрашњих послова Републике Српске.

Уводна разматрања

Одређивање почетка извршења кривичног дјела за савремена кривична законодавства представља једно од најзначајнијих криминално-политичких питања. Ова граница омогућава законодавцу да направи дистинкцију између кажњивог и некажњивог понашања. Приликом њеног одређења, као највећи задатак намеће се изналагање баланса између легитимних циљева а уједно ограничења за кривично право, оваплоћених, са једне стране, у виду заштите друштва од криминалитета и заштите основних слобода и права грађана, са друге стране.¹

Сходно наведеном, у расправу о одређивању почетка зоне кажњивости тешко се можемо упустити а да се прије тога не помену законске одредбе које се односе управо на основна начела. Када је у питању ново кривично законодавство у Републици Српској², на одређивање тачке почетка кривичноправне репресије утичу одредбе које се односе на основна права и слободе. Наиме, Кривичним закоником Републике Српске (чл. 1, ст. 2) штите се основна права и слободе човјека и других основних индивидуалних и општих вриједности које су установљене Уставом и међународним правом. Кривичноправна принуда која се налази у меритуму остварења те заштите нужно треба да буде ограничена само на она понашања која угрожавају или повређују заштићене вриједности на начин да се оне не могу заштитити другим, блажим, правним нормама (чл. 4)³. При томе нема дилеме да се као основ за њену примјену узима извршено кривично дјело са његовим обиљежјима предвиђеним у закону (чл. 3, ст. 1). Овдје управо долази до изражаја још једно начело – начело законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), које је од великог значаја за грађане у смислу да им омогућава да буду сигурни у то гдје се налази почетак извршења кривичног дјела.

¹ И једно и друго представљају фундаменталне циљеве чијим остварењима тежи правни поредак сваке земље, а, на концу, и норме међународног кривичног права. Ови концепти у савременој литератури још се означавају и као концепт „за јавну безбједност“ и концепт „за заштиту људских права и слобода“, вид. В. Камбовски, *Казнено право – опит дел*; Скопје 2006, 460; М. Stephen, *Criminal Attempts and the Subjectivism/Objectivism Debate*; Ratio Juris; 3/2004, p. 329;

² Кривични законик Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 64/17).

³ Начело ограничења кривичноправне принуде (чл. 4) подразумијева да се кривична дјела и кривичне санкције прописују само за она противправна дјела којима се права и слободе човјека и друге индивидуалне и опште вриједности друштва установљене уставом и међународним правом тако повређују или угрожавају да се њихова заштита не би могла остварити без кривичноправне принуде.

Кривични законик Републике Српске задржао је пријашње формално-објективно рјешење у погледу покушаја кривичног дјела оваплоћено у виду тзв. француске формуле почетка извршења кривичног дјела (*Commencement d'exécution*)⁴. Оно што Законик предвиђа као новину, а што је повезано са почетком извршења кривичног дјела, јесте регулисање стадијума припремних радњи. Сада је прецизирано шта представља, како се прописује и када се кажњава за припремање кривичног дјела што ће, без имало претјеривања, дати свој допринос у одређивању његовог почетка извршења.⁵ Одређена је горња граница начелно некажњивог стадијума и доња граница обавезно кажњивог; али треба бити свјестан и нужних недостатака: наиме, међупростор постоји/остаје превасходно код „других дјелатности“ којима се припремање реализује. Неспоран је став да у разграничењу стадијума формално-објективна теорија не пружа увијек задовољавајуће рјешење, а њен коректив – материјално-објективно схватање може бити употпуњено. Због тога је вриједно мало ближе анализирати и данас вјероватно преовлађујуће промишљање о покушају кривичног дјела које, како ће се видјети, може да пружи јасније критеријуме разграничења.

Одређивање почетка извршења кривичног дјела према Кривичном законнику Републике Српске

О покушају кривичног дјела

Кривични законик Републике Српске остао је на линији пријашњег законског рјешења када је у питању почетак извршења кривичног дјела.⁶ У питању је формално-објективно схватање покушаја кривичног дјела. Законодавац није у овој области правно одступања имплементирајући

⁴ Вид. чл. 20 ст. 1 Кривичног закона Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 и 67/13).

⁵ Проналазе се и мишљења да би ова одредба, у дијелу који се односи на дјелатности којима се стварају „услови за непосредно извршење кривичног дјела“, могла, како се истиче, „евентуално“ да помогне у разграничењу припремних радњи и покушаја кривичног дјела у оним случајевима када није могуће примјенити формално-објективну теорију, вид. И. Вуковић: *Покушај кривичног дела* (докторска дисертација), Правни факултет, Београд 2008, 89.

⁶ У питању је законско рјешење које је било заступљено у свим кривичним законима/цима у кривичним законодавствима са простора бивше Југославије. И данас сва кривична законодавства, осим хрватског законодавца, у својим одредбама прихватају формално-објективну теорију почетка извршења кривичног дјела.

другачија схватања као што је то, на примјер, случај са Казненим законом Хрватске⁷. С тим у вези, опстанак формално-објективне теорије у Законику опет се издефинисао као најприхватљивије рјешење. На средини двију крајности, субјективних и објективних промишљања, законодавац покушај кривичног дјела непосредног извршиоца одређује као *умишљајно започето, а недовршено кривично дјело* (чл. 22 ст. 1). При томе је непотребно доказивати да је у питању нешто друго од истовјетне формулације која се употребљава у свакодневном говору, која је на први поглед доста широка, штавише субјективна, чинећи извршилачком сваку дјелатност управљену на извршење кривичног дјела. Сасвим супротно, законодавац на овај начин почетком извршења кривичног дјела обухвата нешто ужу констелацију дјелатности које су кривичноправно релевантне, уједно искључујући из одредаба о покушају неке удаљеније радње⁸.

Код овако формулисаног почетка извршења кривичног дјела субјективни елемент је умишљај, који може егзистирати као директни или евентуални. Објективни елемент је одређен строго формално, као *започињање извршења кривичног дјела*. Покушај је везан за остварење бића кривичног дјела. Ријеч је о идеалном рјешењу превасходно идеалних случајева, оних у којима биће кривичног дјела јасно дефинише радњу извршења. Тада се може говорити о остварењу ове формуле у правом смислу ријечи. Ипак, с обзиром на то да биће кривичног дјела веома често не говори шта је то радња извршења кривичног дјела, примјена ове формуле у свом правом значењу је дискутабилна.

Изостанак прецизног одређења радње извршења намеће питање одређивања дјелатности која је досегла ниво друштвене опасности које је треба оквалификовати као извршилачку. Трагање за одговором препуштено је кривичноправној пракси која је, опет, утемељена на теоријским схватањима. Све ово потврђује да је генерализација и један апстрактан начин одређивања почетка извршења кривичног дјела тешко

⁷ Казнени закон Хрватске прихватио је индивидуално-објективну теорију комбиновану са конкретизујућом теоријом међуакта као почетак извршења кривичног дјела и у члану 34 је одредио да покушај чини онај ко „са намјером да почини казнено дјело подузме радњу која просторно и временски непосредно претходи остварењу бића казног дјела...“, вид. Казнени закон Хрватске („Народне новине РХ“, број 125/11 и 144/12).

⁸ С правом је Бачић истакао: „Почетак извршења’ је један ужи појам у односу на вањске акте које предузима човјек ради извршења кривичног дјела; он не обухвата већ прве радње управљене на извршење кривичног дјела већ тек одређену развојну фазу у тој дјелатности...“, F. Ваџић, *Početak izvršenja krivičnog djela i kažnjive pripreme radnje* (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Beograd 1954, 92.

остварив и, како је то своједобно истакао Бачић, „осуђен на пропаст“⁹. Потребно је у оваквим случајевима поћи од бића кривичног дјела, јер је то једини правилан начин одређивања његовог почетка извршења. Рекло би се да је на просторима бивше СФРЈ истицано да се у оваквим случајевима прибјегава примјени материјално-објективне теорије која подразумијева проширење стадијума извршења кривичног дјела и на оне дјелатности које непоредно претходе радњи извршења и које се налазе у јединству са овом радњом¹⁰. Тако се, према овоме промишљању, граница разграничења са формалног помјера на материјални елемент, али увијек у оквирима објективне теорије¹¹. Овај тренутак од кога се полази у одређивању почетка извршења кривичног дјела се у данашње вријеме, под утицајем савремених промишљања, ипак може, како ће се и видјети, још прецизније одредити.

Нови концепт припремних радњи у Кривичном закону Републике Српске

Почетак извршења кривичног дјела прописан у чл. 22 ст. 1 Кривичног законика наслања се на дјелатности из претходног стадијума. Ријеч је о припремним радњама које по правилу нису кажњиве.¹² Ово је

⁹ Вид. Ф. Бачић, *Početak izvršenja krivičnog djela i kažnjive pripremlne radnje* (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Beograd 1954, 110.

¹⁰ Овој теорији се упућују критике да је критеријум природног јединства преширок и оставља простора за субјективност, односно суд долази у ситуацију да „мјери по осјећају“, вид. С. Roxin, *Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2006, 373. I. Vukušić, „Теоријски аспект разграничења припремних радњи и покушаја према новом Kazненом закону“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, 676.

¹¹ I. Vukušić, „Теоријски аспект разграничења припремних радњи и покушаја према новом Kazненом закону“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, 676.

¹² Ријетка су савремена кривична законодавства која су стадијум припремања кривичног дјела учинила општекажњивим. Овдје ваља убројити нпр. Кривични закон Босне и Херцеговине са рјешењем према коме је кажњиво припремање кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна. Од њега је екстензивнији у својој кажњивости једино Кривични законик Украјине из 2001. године према коме се кривично гоњење неће предузети за припремање кривичних дјела за која је предвиђена казна затвора до двије године. Треба истаћи да сва кривична законодавства у Босни и Херцеговини, осим Кривичног законика Републике Српске, имају идентичан легислативно-технички начин регулисања стадијума припремања кривичног дјела. У питању је кривично дјело *припремање кривичног дјела* из чл. 248 Кривичног закона Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, бр. 03/03, 32/03, 37/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 08/10, 47/14, 22/15, 40/15), као и иста кривична дјела у кривичним законима Федерације Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине. Овакво рјешење накратко је познавало и кривично законодавство Републике Српске у чл. 361а Закона о измјенама

управо стадијум остварења кривичног дјела који је претрпио измјене у новом кривичном законодавству Републике Српске. Законодавац је на овај начин у одредбама општег дијела, што није био случај, децидирано регулисао припремне радње.

Трећа глава Кривичног законика Републике Српске садржи ново законско рјешење које се односи на стадијум припремања. Ријеч је о члану 21 који у суштини представља законско рјешење слично оном које је егзистирало у Кривичном закону СФРЈ¹³. Сада је припремање кривичног дјела кажњиво само онда када то Кривични законик изричито предвиђа (чл. 21, ст. 1) и то у виду самосталног кривичног дјела или у виду кажњавања за припремање одређеног кривичног дјела (чл. 21, ст. 2). Оваква формулација представља одредбу упућујућег карактера и односи се на посебни дио Кривичног законика. Дакле, припремне радње су кажњиве само у оним случајевима када то законодавац изричито предвиђа. За разлику од законског рјешења које је егзистирало у Кривичном закону СФРЈ, законодавац је изоставио материјални елемент који се испољава у виду друштвене опасности, те је само назначио да су у питању одговарајуће инкриминације. Међутим, иако то није наглашено, јасно је да се друштвена опасност налази у основи њихове кажњивости. Штавише, њихова опасност, односно невриједност једним дијелом представља и критеријум разграничавања правих припремних радњи од припремних радњи као самосталних кривичних дјела (означених као *delictum sui generis*). Тако, припремне радње у виду удруживања ради вршења кривичних дјела (чл. 365) садрже већи степен друштвене опасности у односу на нпр. инкриминацију договор за извршење кривичног дјела (чл. 364), што на крају потврђује и распон прописане казне.

За одређивање почетка извршења кривичног дјела од највећег значаја је ст. 3 чл. 21, у коме је прописано да када Законик предвиђа

и допунама Кривичног закона („Службени гласник РС“, бр. 73/10), а ова одредба је брисана Законом о измјенама и допунама Кривичног закона („Службени гласник РС“, бр. 67/13).

¹³ Законодавац је одредио да је умишљајно припремање кривичног дјела кажњиво само када то због посебне друштвене опасности самог припремања Закон изричито одређује, и тада се оно одређује као посебно кривично дјело или се Законом може прописати кажњавање за припремање одређеног кривичног дјела. Кривични закон је такође одредио да је припремање кривичног дјела садржано у набављању или оспособљавању средстава за извршење кривичног дјела, у отклањању препрека за извршење кривичног дјела, у договарању, планирању или организовању са другима извршења кривичног дјела, као и у другим радњама којима се стварају услови за непосредно извршење кривичног дјела а које не представљају радњу извршења, о стадијуму припремања кривичног дјела (чл. 18), вид. Ф. Бачић, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд 1978, 96–99.

кажњавање за припремање одређеног кривичног дјела, припремање се може састојати од набављања или оспособљавања средстава за извршење кривичног дјела, стварања услова и отклањања препрека за његово извршење, од договарања, планирања или организовања извршења кривичног дјела са другим лицима, као и других радњи којима се стварају услови за непосредно извршење кривичног дјела. Законодавац је на уобичајен начин таксативно набројао дјелатности из стадијума припремања. У питању су двије констелације могућих радњи, и то припремне радње, које су у суштини дјелатности физичког карактера (набављање или оспособљавање средстава за извршење кривичног дјела, стварање услова и отклањање препрека за његово извршење) и дјелатности чију природу чине радње тзв. организационог карактера (договарање, планирање или организовање извршења кривичног дјела са другим лицима). Исто тако, законодавац предвиђа и припремање кривичних дјела и предузимањем других радњи. У питању је *генерална клаузула* путем које је законодавац, свјестан чињенице да се припремне радње не могу таксативно набројати, настојао да у припремне радње уврсти и све могуће дјелатности којима се стварају услови за непосредно извршење кривичног дјела, при чему њихову физиономију употпуњава инкриминисањем нпр. провјеравања да ли је извршење кривичног дјела могуће, „вребања“ или „чекања“ жртве, прикупљања информација и сл. На овај начин се прибјегло *exempli causa* техници (разлог треба тражити у немогућности да се приликом инкриминисања дјелатности припремања кривичног дјела користити *numerus clausus* техника), уз коришћење генералне клаузуле,¹⁴ што је, с обзиром на могућности припремања кривичног дјела, и једино исправно рјешење.

Законодавац је рјешењем из ст. 3 чл. 21 учинио јаснијим разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела. Горња граница (начелно) некажњивог стадијума је јасна: то су наведене дјелатности припремања кривичног дјела. Недвосмислено предвиђене

¹⁴ Треба истаћи да је *генерална клаузула* као вид формулисања припремних радњи заступљена у свим законодавствима која регулишу припремање кривичног дјела као општи институт. Тако КЗ Русије, у члану 30 став 1 одређује да се припремањем кривичног дјела сматра и „...било које друго стварање услова“, КЗ Шведске (поглавље 23, секција 1, став 2) предвиђа формулацију „...или изврши било које друго плаћање...“ односно „...предузме било коју другу дјелатност...“, КЗ Бугарске у члану 17 став 1 користи формулацију „...стварање услова за извршење кривичног дјела...“, КЗ Македоније предвиђа да се припремање може састојати „...у другим активностима којима се стварају услови за непосредно извршење...“, док се у КЗ Украјине као припремање дефинише и „...на други начин намјерно стварање услова за кривично дјело“. Увиђа се да кривична законодавства на различит начин третирају овај „вид“ припремних радњи, негдје се користи термин „било која друга дјелатност“, а негдје „стварање услова“ и сл.

у одредбама општег дијела, оне су једноставно „супротстављене“¹⁵ радњама извршења кривичног дјела. Јасност и децидираност у овој одредби омогућила је да се у оним бројним констелацијама код којих се одређене дјелатности могу одређивати једном као припремне радње, а у другом као покушај кривичног дјела, законодавац одреди и дефинише их као припремне радње. И никаква злочиначка воља, тј. воља усмјерена на извршење конкретног кривичног дјела, без обзира на то колико она чврста или недвосмислена била, не може овим дјелатностима дати карактер покушајних дјелатности.¹⁶

И на крају, што се тиче начина прописивања кажњивих припремних радњи, законодавац истиче да се оне предвиђају или као самостална кривична дјела или као припремање кривичног дјела. Концепција ових инкриминација није се мијењала у односу на пријашње законодавство, барем када је ријеч о стандардним инкриминацијама из ове области. Основна кривична дјела са предзнаком припремних радњи и даље се налазе у области кривичних дјела против јавног реда и мира и то: договор за извршење кривичног дјела (чл. 364) и израђивање и набављање оружја и средстава за извршење кривичних дјела (чл. 360) (праве припремне радње – *delictum preparatum*), односно кривичног дјела удруживање ради вршења кривичних дјела (чл. 365) (припремне радње у виду самосталних кривичних дјела – *delictum sui generis*). Поред наведеног, и једна и друга група припремних радњи задржане су у појединим главама, гдје су везане за конкретна кривична дјела (нпр. припремање кривичних дјела против уставног уређења (чл. 297), или стварање групе или организовање криминалне групе за вршење кривичних дјела против уставног уређења (чл. 296)).

Могућност примјене савремених теоријских схватања у случајевима почетка извршења кривичног дјела

Претходна излагања (у којима је формално-објективна теорија окарактерисана као задовољавајуће законско рјешење) додирнула су још једно питање, а то је разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела. Имајући у виду очигледну интенцију зако-

¹⁵ F. Bačić, *Početak izvršenja krivičnog djela i kažnjive pripreme radnje* (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Beograd 1954, 91.

¹⁶ О овом схватању вид. шире F. Bačić, *Početak izvršenja krivičnog djela i kažnjive pripreme radnje* (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Beograd 1954, 92.

нодавца да што свеобухватније уреди стадијуме остварења кривичног дјела, вјерујемо да је од значаја и један кратак осврт на савремена схватања о почетку извршења кривичног дјела. У основи је тачно да формално-објективна и материјално-објективна теорија у савременом кривичном праву имају доста недостатака и не представљају пресудна промишљања у одређивању почетка извршења кривичног дјела. Критеријуми за заснивање покушаја код прве теорије су рестриктивно постављени, док су код друге прилично неодређени. Консеквенце њихове досљедне примјене су тешкоће одређења почетка извршења кривичног дјела тамо гдје радња није назначена (формално-објективна теорија) и широка арбитрерност суда (материјално-објективна теорија). Материјално-објективна теорија као својеврсна допуна ригидној формули „почетка извршења“ је у одређеној мјери прихватљива јер суд цијени све околности конкретног случаја, али, са друге стране – напредак кривичноправне теорије и разноврсност праксе нужно су наметнули потребу за још прецизнијим и јаснијим критеријумима на којима би почивао покушај кривичног дјела. Најприхватљивији критеријуми издиференцирани су у оквиру мјешовитих схватања, а понудила их је индивидуално-објективна теорија комбиновано са конкретизујућом теоријом међуакта.¹⁷ Премисе од којих (суд) треба поћи у разграничењу припремних радњи и покушаја су умишљај као субјективни елемент, док се на објективној страни узимају у обзир извршиочев план о дјелу, дјелатност која се предузима и временски и просторни захват у сферу жртве или сферу бића кривичног дјела.

Умишљај. – Постоји општа сагласност да субјективни елемент код покушаја кривичног дјела егзистира у облику умишљаја. То је први елемент који се испитује код одређивања покушаја кривичног дјела, поготово у констелацијама гдје се не предузима радња извршења. Наведено је предвидио и наш законодавац користећи се формулацијом „ко са умишљајем...“. При томе није од значаја да ли је у питању директни или евентуални умишљај (осим у оним случајевима када то произлази из бића кривичног дјела); извршилац је приликом предузимања радње

¹⁷ Индивидуално-објективна теорија данас представља најзаступљенију теорију у кривичноправној доктрини, заступају је између осталих Welzel, Jescheck/Weigend, Fricke/Alagson, као и Хорватић/Новоселац, све наведено према В. Камбовски, *Кривично право – опит дел*, Правни факултет Скопје 2006, 468; у англосаксонском кривичном праву може се рећи да овоме схватању одговара *equivocality test*. И поједина савремена кривична законодавства су прихватила ову формулу приликом одређења почетка извршења кривичног дјела. Поред већ поменутог Казненог закона Хрватске, такав је случај и у кривичном законодавству Њемачке и Аустрије, као и у Статуту Међународног кривичног суда.

извршења хтио да оствари сва законом прописана обиљежја бића кривичног дјела, или је остварио радњу чињења/нечињења пристајући на посљедицу. Важно је само да је усмјерен ка довршењу кривичног дјела.¹⁸ Иако он са једне стране даје радњи која је предузета квалитет покушајне дјелатности, треба нагласити да су и субјективне и објективне околности радње извршења кривичног дјела (објективни елемент) тијесно повезане са утврђивањем његовог садржаја.¹⁹ Значајно је и питање обима субјективног елемента. За исправно идентификовање покушајне дјелатности неопходно је утврдити да субјективни елемент обухвата довршење кривичног дјела, мада постоје и другачија схватања.²⁰ Одлука о довршењу кривичног дјела треба да буде дефинитивна, непоколебљива, што ће према преовлађујућем схватању постојати онда када су побуде да се изврши кривично дјело јаче од оних које извршиоца одвраћају од извршења.²¹

План о извршењу кривичног дјела. – Објективна страна почетка извршења кривичног дјела састоји се из два елемента, од којих се на првом мјесту узима у обзир и извршиочево схватање о дјелу, његов план о извршењу дјела²². То је и разлог што се ова теорија назива индивидуалном, она није, како се истиче, генерално објективна теорија код које би „мјеродаван био хипотетички посматрач који о починитељовом плану не зна ништа.“²³ Примјећује се да од извршиочевог плана зависи да ли ће постојати покушај кривичног дјела или ће се радити о припремним радњама, што имплицира да једна те иста радња може у одређеним случајевима представљати и радњу извршења и припремну радњу. План о извршењу кривичног дјела толико је комплексна саставница у одређењу почетка извршења да постоји опасност од његовог поистовјеђивања

¹⁸ P. Novoselec, *Kazneno pravo*, Pravni fakultet Zagreb 2009, 306.

¹⁹ Вид. I. Vukušić, „Теоријски аспект разграничења припремних радњи и покушаја према новом Казненом закону“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, 678.

²⁰ О овоме вид. С. Roxin, *Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2006, 351.

²¹ Вид. P. Novoselec, *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 724.

²² Треба напоменути да и остале индивидуалне мјешовите теорије као један од конститутивних елемената подразумевају извршиочев план; овако је код Рудолфија (*Rudolphy*) у Теорији делимичног акта, као и код Хиленкампа који заговара Модификовано учење о међуакту, вид. И. Вуковић, *Покушај кривичног дјела* (докторска дисертација), Правни факултет Београд 2008, 75–79.

²³ Ово је и разлог што се ова теорија назива индивидуалном, она није, како се истиче, генерално објективна теорија код које би „мјеродаван био хипотетички посматрач који о починитељовом плану не зна ништа“, вид. Welzel: *das Deutsche Strafrecht*; 11. Aufl.; Berlin 1969, 191, наведено према P. Novoselec, *razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 736.

са намјером. Због тога Хиленкамп (*Hillenkamp*) поставља питање разликовања намјере извршиоца кривичног дјела и његовог плана. Овде је, како аутор истиче, план као субјективни елемент непотребан, јер је он обухваћен безусловном одлуком да се изврши кривично дјело. Фоглер (*Vogler*) учи да план или представу о дјелу не треба изједначавати са намјером. Сасвим је исправна тврдња да план или представа извршиоца кривичног дјела не представља саставни дио намјере, већ је шири појам, односно начин њене реализације.²⁴ Он представља представу о начину извршења кривичног дјела која се оцјењује питањем: „Је ли извршилац планирао остварење свих обиљежја бића кривичног дјела?“ или „Ова одлука је претпоставка извршења кривичног дјела“²⁵. Без обзира на дилеме које се јављају у погледу његове природе, извршиочев план о кривичном дјелу је увијек посебно апострофиран. С тим у вези, овај елемент покушаја кривичног дјела био је и јесте присутан у кривичноправној догматици са простора бивше Југославије. Тако је још Бачић истицао да „оно вањско, оно учињено треба ставити у контекст починитељевог плана извршења кривичног дјела“.²⁶ Дакле, план о извршењу кривичног дјела, поред законског описа кривичног дјела и оцјене да ли постоји конкретно угрожавање заштићеног добра, представљао је критеријум за одређивање почетка кривичног дјела.²⁷

Радња извршења. – Истакли смо да план извршиоца кривичног дјела обухвата ток његовог остварења, гдје до изражаја долази радња извршења кривичног дјела. У овоме објективном елементу управо се очитује допринос у одређивању почетка извршења кривичног дјела. Уколико није предузета дјелатност која је у бићу кривичног дјела предвиђена као радња, онда је њен еквивалент она дјелатност која према плану извршиоца кривичног дјела непосредно предстоји радњи

²⁴ Овако Роксин и Хиленкамп, вид. С. Roxin, *Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2006, str. 333. Наведено се може илустровати примјером од Хиленкампа: ако се извршилац предомишља, нпр. уперео је пушку према жртви али још није одлучио да ли ће пуцати..., према овоме аутору у наведеном примјеру могуће је да је он у тренутку када је уперео пушку већ донио коначну одлуку да убије жртву, али не и да пуца одмах већ касније, када расправи нека питања са жртвом – па то неће бити покушај. Међутим, како се даље истиче, исто тако је могуће да је план готов, нпр. извршилац је пажљиво испланирао да ће усмртити жртву, али још није донио одлуку како да то учини.

²⁵ I. Vukušić, „Теоријски аспект разграничења припремних радњи и покушаја према новом *Kaznenom zakonu*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, 679.

²⁶ Вид. Ф. Ваћић, *Kazneno pravo, opšti dio*, Informator, Zagreb 1998, 287–288.

²⁷ Вид. Ф. Ваћић, *Kazneno pravo, opšti dio*, Informator, Zagreb 1998, 287–288. О покушају кривичног дјела у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини упор. М. Бабић et. al., *Коментар кривичних/казнених закона Босне и Херцеговине*, Савјет европе, Сарајево 2005, 153–156.

извршења и чијим остварењем се остварује захват у сферу бића кривичног дјела или сферу жртве²⁸. Испуњеност овога критеријума постоји уколико је остварена просторна и временска повезаност са непосредним извршењем кривичног дјела. Та просторна и временска повезаност није означена као „јединство“ са радњом извршења кривичног дјела као што је случај са материјално-објективним промишљањима, већ је одређена као дјелатност која „овдје и сада треба пријећи на радњу извршења, а није од радње извршења одвојена међурадњама станком мира и размишљања“.²⁹ Дакле, почетак извршења кривичног дјела ваља одредити као најнепосреднију предрадњу започињању остварења бића кривичног дјела. Значајна је непосредност. Због тога се у тумачењу овог услова треба позвати на учење о „међуакту“³⁰ које је у своме становишту прихватио и њемачки Савезни суд, констатујући да је остварење бића кривичног дјела започето када се изврше радње које „у неометаном току без међурадњи воде у остварење бића кривичног дјела“.³¹ То није било каква радња, она је посљедња у процесу који се састоји од одређеног броја радњи усмјерених ка остварењу циља означеног као извршење кривичног дјела. Овдје не треба одбацити ни чињеницу да се сама радња извршења коју предузима извршилац кривичног дјела може увијек подијелити на више одвојених дјелатности, те се не може са сигурношћу тврдити да ли је радња која не представља радњу бића кривичног дјела управо „последња“³² која претходи покушају, или се може појавити још

²⁸ Упор. К.Н. Gössel u R. Maurach, К.Н. Gössel, Н. Zipf, С. Laue, Ј. Renzikowski: *Strafrecht Allgemeiner Teil – Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, С.Ф. Müller 2014, 45.

²⁹ Овако I. Vukušić, „Теоријски аспекти разграничења припремних радњи и покушаја према новом Казненом закону“, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, vol. 19, број 2/2012, 682.

³⁰ Зачетник овога строго формалног схватања је Рудолфи. За разлику од њега, Хиленкамп овај међуакт везује за остварење дјелатности која представља радњу извршења кривичног дјела а не за било које обиљежје, вид. И. Вуковић, *Покушај кривичног дела* (докторска дисертација), Правни факултет Београд 2008, 77.

³¹ Р. Novoselec, *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 737. Гозел (Gössel) истиче да веза између акта који претходи и самог догађаја (означеног као биће кривичног дјела) представља јединство, вид. К.Н. Gössel u R. Maurach, К.Н. Gössel, Н. Zipf, С. Laue, Ј. Renzikowski, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, С.Ф. Müller 2014, 46.

³² Интересантно је напоменути да је у англосаксонском кривичном праву за разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела примјењиван и тзв. „Тест посљедње радње“ (*The Last Act Test*). Према њему, извршилац би се налазио у некажњивој зони све до тренутка када оствари радњу извршења до краја (нпр. извршилац купи ватрено оружје, набави муницију, „ушуња“ се у кућу лица које жели да убије, крије се у кући када то лице дође, сачека да заспи, уђе у собу и уперивши ватрено оружје у правцу лица повуче обарач, међутим, не дође до опаљења метка, о овоме упор. Ј. К. Arenson, *The Pitfalls in the Law of Attempt – A New Perspective*, *Journal of Criminal Law*; vol. 69, issue 2/2005, 157.

нека „дјелатност“ која би се могла окарактерисати као „међурадња“, самим тим чинећи претходно предузету активност припремном радњом а не покушајем кривичног дјела.

Управо ову дилему требало би да отклоне критеријуми временске и просторне повезаности, према којима покушајну дјелатност представља она међурадња која непосредно предстоји радњи којом се започиње остварење бића кривичног дјела.³³ Да би се лакше одговорило на питање које то „међурадње“ припадају неометаном току, појавила се теорија о дијеловима радње која представља својеврсни коректив индивидуално-објективне теорије, а која је опет на одређени начин „побољшана“ од стране Клауса Роксина (*5 Claus Roxin*) (конкретизујућа теорија дјелимичног акта)³⁴. Извршилац предузимањем радње „овдје и сада“ жели да изврши кривично дјело.³⁵ Да би се (у највећој могућој мјери) отклонила дилема око тога да ли би ова дјелатност могла представљати припремну радњу, неопходно је да се њеним предузимањем кумулативно испуне два услова: да је уско временски повезана са остварењем бића кривичног дјела и да представља захват у сферу жртве или сферу бића кривичног дјела.³⁶ Поред овога, од значаја за одређивање покушаја по овој теорији је и врста кривичног дјела. С тим у вези треба поменути једну одлуку Савезног суда Њемачке у случају када је извршилац покушао ући у кућу кроз подрумски прозор са намјером да изврши кривично дјело силовања а затим крађу, али није успио да уђе јер су се на прозору налазиле решетке. Суд је у овоме случају узео да уска временска повезаност постоји и у односу на крађу и у односу на силовање, међутим повреда „сфере жртве“ у овоме случају постоји само у односу на кривично дјело крађе, а не и на кривично дјело силовања (зато што извршилац још није довео у питање

³³ Вид. К.Н. Gössel u R. Maurach, К.Н. Gössel, Н. Zipf, С. Laue, Ј. Renzikowski: *Strafrecht Allgemeiner Teil – Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C.F. Müller 2014, 45.

³⁴ О конкретизујућој теорији међуакта и о критеријумима њиховог разграничења вид. С. Roxin, *Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2006, 374 и даље.

³⁵ Вид. I. Vukušić, „Теоријски аспект разграничења припремних радњи и покушаја према новом *Kaznenom zakonu*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, 686.

³⁶ На овај начин Роксин објашњава зашто нема покушаја у сљедећем примјеру из њемачке судске праксе: извршилац (хомосексуалац) зазвонио је на врата стана са намјером да са станаром најприје има хомосексуални однос, а да онда позове још два саизвршиоца са којима ће заједно извршити разбојништво, али му нико није отворио. Према Роксину, извршилац је овом радњом извршио захват у „сферу жртве“ али није остварио уску временску повезаност, па самим тим не постоји покушај кривичног дјела, а она би се остварила онда када би се појавили саизвршиоци, наведено Р. Novoselec, *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pranog fakulteta sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 739.

сексуалну слободу жртве).³⁷ Поводом овога, Роксин исправно увиђа да примјена ове „формуле“ „захват у сферу жртве“ може да буде оправдана само уколико се ради о кривичним дјелима против индивидуалних добара (живот и тијело, имовина...), док ће (према њему), може се истаћи сасвим оправдано, покушај изазивања експлозије постојати када се предузму радње усмјерене на изазивање експлозије.³⁸

Закључак

У закључку треба рећи да је увођењем новина када су у питању стадијуми остварења кривичног дјела законодавац успио да направи задовољавајућу демаркацију између некажњивих и кажњивих стадијума остварења кривичног дјела и у потпуности регулише ову област. Евидентно је да се оваквим приступом настојало избјећи евентуално кршење права појединца који се санкционише уколико не остварује кривично дјело већ га „само“ припрема. Са друге стране, знајући да се може догодити, уколико се у оправданим случајевима такво лице не санкционише, да органи криминалне политике излажу чланове заједнице ризику да постану жртве одређеног кривичног дјела, законодавац је прописао кажњиве припремне радње и квалификовао одређене дјелатности као покушај кривичног дјела.

Кривични законик Републике Српске задржао је пријашње рјешење у погледу покушаја кривичног дјела оваплоћено у виду тзв. француске формуле почетка извршења кривичног дјела (*Commencement d'exécution*), тј. остао је на линији формално-објективних схватања. Оно што Законик предвиђа као новину, а повезано је са почетком извршења кривичног дјела, јесте законско регулисање стадијума припремања кривичног дјела. Овдје је опет од значаја одредба којом се прописују припремне радње. Децидирано одређивање дјелатности из стадијума припремања доприноси јаснијем разграничењу од почетка извршења кривичног дјела. На овај начин онемогућава се арбитрерност која се може јавити у истим случајевима, што у крајњој линији резултира квалификовањем једне те исте дјелатности час као припремне радње, час као покушаја кривичног дјела.

³⁷ P. Novoselec, *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pranog fakulteta sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 739.

³⁸ P. Novoselec, *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pranog fakulteta sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 739.

Што се тиче разграничења припремних радњи и покушаја кривичног дјела у случајевима када биће кривичног дјела не говори шта је то радња, мишљења смо да се ипак треба направити један корак напријед и у највећој мјери преузети позитивна искуства која почивају на преовлађујућим савременим теоретским промишљањима. Јасно је да се у одређивању покушајне дјелатности судови нити могу, нити смију ослонити само на објективни елемент (радњу); због тога је мјеродаван и субјективни елемент означен као намјера а комбинован са планом извршења кривичног дјела. Овакав приступ засигурно постоји и у кривичном законодавству Републике Српске. Међутим, нису занемарљиви ни препоручени критеријуми просторне и временске удаљености, а судови би требало да обрате посебну пажњу и на чињеницу да је предузета радња уско временски повезана са остварењем бића кривичног дјела и да представља захват у сферу жртве или сферу бића кривичног дјела. Испуњење ових критеријума у случајевима када биће не прописује радњу извршења кривичног дјела, предузету, другу дјелатност, највише приближава остварењу конкретног кривичног дјела и самим тим квалификује је као покушај.

Литература

- В. Камбовски, *Казнено право – опит дел*, Скопје 2006.
- И. Вуковић, *Покушај кривичног дела* (докторска дисертација), Правни факултет, Београд 2008.
- И. Вукушић, „Теоријски аспект разграничења припремних радњи и покушаја према новом Казненом закону“, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, vol. 19, број 2/2012, 669–688.
- Ј. К. Arenson, *The Pitfalls in the Law of Attempt– A New Perspective*, *Journal of Criminal Law*; vol. 69, issue 2/2005, 146–167.
- К.Н. Gössel, R. Maurach, К.Н. Gössel, Н. Zipf, С. Laue, Ј. Renzikowski, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, С.Ф. Müller 2014.
- М. Бабић et. al., *Коментар кривичних/казнених закона Босне и Херцеговине*, Савјет Европе, Сарајево 2005.
- М. Stephen, *Criminal Attempts and the Subjectivism/Objectivism Debate*, *Ratio Juris*, 3/2004, 328–345.

- P. Novoselec, *Kazneno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb 2009.
- P. Novoselec, *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog djela*, Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, 2/2008, 721–759.
- Ф. Бачић, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд 1978.
- Ф. Ваčić, *Početak izvršenja krivičnog djela i kažnjive pripreme radnje* (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Beograd 1954.
- C. Roxin, *Allgemeiner Teil*, Band II, München 2006.
- Казнени закон Хрватске („Народне новине РХ“, број 125/11 и 144/12).
- Кривични законик Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 64/17).
- Кривични закон Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 и 67/13).
- Кривични закон Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, бр. 03/03, 32/03, 37/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 08/10, 47/14, 22/15, 40/15).
- www.legislationline.com.

Dragana Vasiljević, LLM
Ministry of Interior of Republic of Srpska

**THE COMMENCEMENT OF EXECUTION OF A CRIMINAL
OFFENCE - THE NEW CRIMINAL CODE OF THE REPUBLIC
OF SRPSKA AND POSSIBILITY OF THE MODERN THEORY
INSIGHTS APPLICATION**

Summary

The Criminal Code of the Republic of Srpska suffered a significant changes in the matter of the stages of commission a criminal offense. The legal formulation of the commencement of execution of a criminal offense has not been changed, i.e., it is determined in the spirit of a formal - objective theory. Unlike this, the legislator made changes in the field of regulation of the previous stage of the commission of a criminal offense in a way that it is regulated in the provisions of the general part, which has not been the case so far. By this approach, the legislator formally pointed out what does not really represent the beginning of commission of the criminal offense (preparatory actions), and what is its commencement (an attempt of a crime). The aforementioned legal solutions, which in principle do not add up, leave a gap where it is questionable whether certain activities constitute an attempt of a crime or impunity preparatory action. The solution is partly sought in the domain of criminal law theory. The author devotes attention to the legal regulation of the stages of commission of a criminal offense in the new criminal legislation of the Republika Srpska, but the commencement of the commission of the criminal offense and possible implementation of contemporary criminal-law insights are especially emphasized.

Key words: *Criminal Code, attempt of a crime, preparatory actions.*

Кривично процесно право

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА И АДЕКВАТНОСТ ФУНКЦИОНИСАЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА ДРЖАВЕ

Академик проф. др Станко Бејатовић*

Анстракт: Предмет анализе у раду су нека од питања казнене политике као доказа (не)адекватности функционисања правног система једне државе. Међу немалим бројем анализираних питања, посебна пажња је посвећена оним која се тичу: опитих напомена о казненој политици и факторима њене адекватности; законске норме као неизоставног предуслова нормативне компоненте жељеног степена адекватности казнене политике једне државе на пољу борбе против криминалитета а тиме и показатељу (не)адекватног функционисања правне државе – њеног правног система; предуслова адекватне примене позитивноправних норми као другог неизоставног сегмента не само адекватности казнене политике већ и адекватног функционисања правног система државе као целине. Посматрано са аспекта обима и актуелности обраде међу питањима која чине предмет анализе у раду, посебна пажња је посвећена појединим кривичнопроцесним институтима и другим инструментима као предусловима адекватности казнене политике.

Наведена, као и друга питања, разматрана су у раду 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 адекватности казнене политике уопште, а тиме и жељеном степену функционисања правног система државе као целине.

Кључне речи: казнена политика, адекватност, правна држава, кривично право, правна норма, суд, јавно тужилаштво, полиција, осумњичени, окривљени, кривично дело, једнакост грађана.

* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

1. Опште напомене

У анализи предметне проблематике, пре свега, треба поћи од појма казнене политике и њеног показатеља степена функционисања правног система конкретне државе. Оправданост оваквог приступа предметној проблематици лежи у више него неспорној чињеници да је само адекватна казнена политика, и то посматрано како са аспекта норме тако и аспекта њене практичне примене, један од кључних показатеља функционисања правног система на пољу борбе против криминалитета и уопште. Више је него непотребно посебно доказивати да је само адекватна казненоправна норма и њена адекватна примена не само кључни предуслов адекватности потребног степена борбе против криминалитета конкретне државе већ и показатељ функционисања њеног правног система уопште. У противном не само да тога нема већ то мора да буде и сигнал за предузимање потребних мера у циљу стварања претпоставки адекватности казнене политике конкретне државе.¹

Када је реч о појму казнена политика онда као прво треба констатовати чињеницу да, и поред тога што је термин који је означава споран и у немалом броју случајева, чини се не без разлога, и предмет критике, он је код нас, и не само код нас, и уобичајен и широко прихваћен. Као такав схвата се на различите начине. Нпр. по неким, он обухвата не само прописивање санкције од стране законодавца већ и зону кажњавања схваћену у њеном најширем смислу значења – зону кажњавања уопште². Уз то, прави се разлика између законске и судске казнене политике и сл. Но, не улазећи у расправу по овом питању, треба констатовати да се у контексту овог рада под појмом казнена политика подразумева политика прописивања кривичноправних мера и других инструмената за потребан степен супротстављања државе криминалним активностима сваке врсте и политика изрицања кривичних санкција и примене других кривичноправних мера према учиниоцима кривичних дела. Овакав приступ схватању појма казнене политике своју подлогу налази у чињеници да, и поред тога што судови приликом примењивања кри-

¹ Бејатовић, С., *Европски стандарди у области кривичног процесног законодавства и разлози неопходности њихове имплементације у национална кривичнопроцесна законодавства (стање у Србији)*, Збор. “Кривично законодавство између праксе и прописа и усклађивање са европским стандардима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Милићи, 2017, стр. 18.

² Види: Стојановић, З., *Кривично законодавство и тешки облици криминалитета*, Зборник “Тешки облици криминала”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 54.

вичноправних норми не треба да воде никакву политику већ само да исправно примењују закон, ипак они имају поприлично широк простор за слободно одлучивање, како у погледу избора врсте кривичне санкције тако и у погледу одмеравања казне. Такву слободу им омогућава немали бројни института општег дела КЗ као и широко прописани казни оквири у посебном делу.³ С обзиром на све ово, овде је реч о казненој политици у ширем смислу значења, о политици која у себи инкорпорира како политику законодавца тако и политику субјеката задужених за примену законских норми. Схваћена у овом смислу, казнена политика има изузетно велики значај. Он се огледа, пре свега, у њеном превентивном (генералном и специјалном) дејству. Казна као кључни инструменат казнене политике је, поред осталог, и средство којим се утиче на начин људског понашања. Ово превасходно због тога што је она по својој природи једна непријатност, нешто што сваки човек жели да избегне. Ако се овоме додају и све последице које за собом повлачи изречена казна, онда оваква једна констатација још више добија на свом значају. Односно, она је потврда неспорног става да највећи број учинилаца кривичних дела пре извршења кривичног дела сматра да неће бити откривен и процесуиран или да ће, на неки начин, у случају откривања избећи кажњавање као резултат извршеног кривичног дела. Посматрано у овом контексту више је него неспорно да је кажњавање не само неизоставно већ и најефикасније средство за сузбијање криминала и других негативних друштвених појава уопште. Уз ово, и бројна истраживања у области психологије такође говоре да су казна и кажњавање изузетно важни, ако не и незаменљив фактор васпитања и преваспитања људи уопште. Скоро и да се без претеривања може рећи да је казна, иако не једино, ипак доминантно средство понашања људи у једној држави. Уз то, кажњавање има и своју едукативно-етичку димензију. Оно доприноси јачању друштвеног морала у једном друштву – држави. Даље, посматрано са аспекта генералне превенције, изузетно је важна и чињеница “извесности кажњавања.”⁴ Важно је не толико какву ће казну судови изрећи већ и осећај степена вероватноће да се учинилац кривичног дела неће моћи извући од заслужене казне. И данас, више је него неспорно да казна има сврху одвраћања од вршења кривичних дела, сврху преваспитања оних

³ Игњатовић, Ђ., *Сузбијање најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности*, Зборник “Тешки облици криминала”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 21.

⁴ Бејатовић, С., *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије*, Збор. “Казнена политика као инструменат државне политике на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бања Лука, 2015, стр. 7–36.

који су починили кривично дело, као и сврху јачања општег морала у друштву. На овом становишту, сасвим исправно, стоји и српски законодавац прописујући сврху кажњавања. Наиме, у чл. 42 ст. 2 КЗ РС⁵ изричито је прописано да је у оквиру опште сврхе кривичних санкција (чл. 4 ст. 2 КЗ РС), сврха кажњавања: спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела; утицање на друге да не чине кривична дела; изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.

Посматрано у изнесеном контексту а имајући у виду такође неспорну чињеницу да казнена политика судова представља конкретизацију општих ставова, постулата и интенција законодавца законом прописана сврха казне и кажњавања је и сврха казнене политике судова. Ако је то тако, а јесте, онда је значај казнене политике судова више него јасан и неспоран. Он је нераздвојан сегмент казнене политике као целине. Судови својом казненом политиком у сваком кривичном случају, својим конкретним одлукама реализују у пракси казнену политику законодавца. Кроз своје одлуке судови оживотворују основне политичке смернице и интенције законодавца.

Уз изнесено, када је реч о судској казненој политици као неизоставном сегменту казнене политике уопште, онда је исту неопходно посматрати још у једном контексту, контексту који је такође и један од важнијих показатеља функционисања правне државе, у контексту њеног доприноса једнакости грађана у једној држави. Тј. у контексту њене уједначености односно неуједначености на територији једне државе. Уједначена казнена политика судова доприноси и једнакости људи на простору једне државе и на тај начин она је и у функцији идеје правне државе, у функцији владавине права чији је основни постулат једнакост свих грађана пред законом и судом у једној држави. Ако би, посматрано у овом контексту, за исто или слично кривично дело један извршилац био осуђен на блажу кривичну санкцију или му изречена кривична санкција у неупоредиво мањем износу од другог зато што је нпр. овај од њега био далеко сиромашнији, зато што живи на другом делу исте државе, зато што је друге вере, нижег нивоа образовања итд., онда би то само по себи указивало на својеврсну неједнакост грађана, својеврсну неправду а што би за своју последицу имало и додатно раслојавање, додатно продубљивање социјалних проблема и на крају се појавило и као додатни

⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 04/2013, 108/2014 и 94/2016).

криминогени фактор у таквом друштву. С обзиром на све ово, слободно се може констатовати да је судска казнена политика у функцији не само борбе против криминалитета већ и у функцији јачања морала кроз јачање осећања правичности и једнакости грађана у једном друштву – једној држави. И управо у овоме и лежи њен огroman значај. Једном речју, она је значајна како за борбу против криминалитета тако и за успостављање идеала правде у једној држави. Казнена политика конкретног времена датог друштва на извeстан начин говори и о самом друштву као целини, о његовом политичком и културном стању. У случајевима када је нпр. судска казнена политика у једној држави неуједначена, онда би се из тога могао извући и закључак о неједнакости њених грађана пред законом. Или, нпр. ако би се утврдило да је судска казнена политика блага, да је у немалом раскораку са казненом политиком законодавца, онда би то морао да буде сигнал законодавцу за преиспитивање своје казнене политике, сигнал да је потребно нешто мењати по том питању у самом закону.⁶ Једном речју, многи посредни а и непосредни закључци о једном друштву, о неким његовим вредностима могу се извући на основу анализе његове судске, односно казнене политике уопште. С обзиром на све ово, посебна пажња мора да буде посвећена казненој политици. Она с обзиром на њен такав значај мора бити предмет сталне анализе, што посебно треба да дође до изражаја у друштвима која карактерише активан рад на реформским захватима у сфери кривичног и не само кривичног законодавства већ и правног система уопште, што је тренутно случај са Србијом. Ово посебно након отварања поглавља 23 које, сасвим оправдано, посебну пажњу поклања управо овој проблематици полазећи од става да казнена политика представља огледало и друштвене стварности у једном друштву конкретног времена.

Имајући изнесени значај казнене политике, једно од незаобилазних питања у вези са истом јесте и питање фактора од којих зависи њена адекватност. Питање своју оправданост заснива не само на чињеници да је само адекватна казнена политика у функцији жељеног степена ефикасности борбе против криминалитета већ и да је она, посматрано са аспекта нормe и њене примене, и показатељ функционисања правне државе. Само у случајевима када једна држава располаже адекватним инструментима супротстављања, а то су адекватна норма и њена адекватна примена, може да рачуна на успех у борби против истог. У про-

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.

тивним не само да тога нема већ то може да буде и један од сигнала за све веће деловање главних актера ове врсте криминалних активности не само за наставак таквог њиховог понашања већ и за и ширење њихове криминалне активности.⁷

Фактори адекватности казнене политике су бројни, с тим да међу њима посебно место заузимају кривичноправни. Више је него кристално јасно да су кривичноправни инструменти не само изузетно значајан, већ и неизоставан фактор адекватности борбе против криминалитета без обзира на његову врсту. И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционална повезаност тако и чињеница да од степена адекватности кривичноправних инструмената зависи и степен ефикасности државе на пољу борбе против криминалитета уопште. Оваква каузална повезаност између кривичноправних инструмената и ефикасности борбе против криминалитета уопште посебно долази до изражаја код организованог и других тешких облика криминалитета који су нажалост особеност не само једне државе већ и глобални проблем⁸. 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 криминалитета уопште.⁹

С обзиром на изнесени значај кривичноправних инструмената на пољу борбе против криминалитета, свако друштво које хоће да се успешно супротстави овој рак-рани његовог битисања, а ту, нема сумње, спада и наше друштво, мора поставити а потом и дати одговор на три кључна питања. То су: Који су то фактори кривичноправне адекватности борбе против криминалитета? 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 пре свега бројност кривичноправних инструмената адекватности супротстављања криминалитету. Међу њима посебан значај имају: законска норма; адек-

⁷ Бејатовић, С., „Кривичнопроцесни инструменти ефикасности борбе против криминалитета (нормативни и практични аспект)“, *Правна ријеч*, 2015/ 44, стр. 57–84.

⁸ Види: Збор „Тероризам и друга кривична дела насилничког карактера и кривичноправни инструменти супротстављања“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Теслић, 2016.

⁹ 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.

ватност примене законске норме; ефикасност поступка откривања и доказивања извешених кривичних дела (ефикасност кривичног поступка); међусобни однос и сарадња субјеката откривања и доказивања; специјализација субјеката откривања и доказивања; ефикасно одузимање имовине стечене криминалитетом и степен злоупотребе правне норме. Само у својој узајамној повезаности свих ових фактора кривично законодавство даје допринос жељеном степену његовог дејства на пољу борбе против недозвољеног понашања уопште, а тиме и на пољу борбе против криминалитета као његовог најтежег облика.¹⁰ 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 постигнутих резултата 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. Поједини кривичноправни инструменти адекватности казнене политике

Као што је то већ констатовано, није мали број кривичноправних инструмената који су у функцији адекватне казнене политике. Они су бројни. Но, њихов значај и садржина су различити. Посматрано са аспекта друго и трећепостављеног питања, основне особености појединих од њих огледају се у следећем:

2.1. Кривичноправна норма као фактор адекватности казнене политике

Један од изузетно значајних ако не и кључних инструмената државне реакције на пољу борбе против криминалитета уопште јесте и кри-

¹⁰ Види: Стојановић, З., *Кривично законодавство и тешки облици криминалитета*, Зборник "Тешки облици криминала," Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 54; Игњатовић, Ђ., *Сузбијање најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности*, Зборник "Тешки облици криминала", Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 18–22; Ђурђић, В., *Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Збор. "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 9–16.

вично законодавство схваћено у ширем смислу значења. И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционална повезаност тако и чињеница да од квалитета законске норме, њене адекватне примене у пракси, степена злоупотребе права, као и од организације и функционисања правосудних институција које примењују ове норме, у немалом обиму, зависи и степен успеха државе на пољу борбе против криминалитета. Нема сумње, ако одређени законски текст одговара савременим захтевима борбе против криминалитета, ако његове норме налазе адекватну примену у пракси, ако се злоупотребе права свode на минималне случајеве или пак само на његове покушаје и ако је адекватна организација и функционисање полиције, суда и тужилаштва, онда је улога кривичног законодавства у борби против криминалитета не само већа већ и знатно 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 успешне борбе против криминалитета.¹¹

Када је реч о овом фактору адекватности државне реакције на криминалитет, треба, пре свега, имати у виду следеће: Прво, конкретни закони, да би били у функцији адекватне криминалне политике, морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминалитета, да буду усклађени са 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 изузетно ви-

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.

сока¹². Друго, општи циљ политике сузбијања криминалитета – заштита друштва од криминалитета, остварује се и преко примене кривичног законодавства која мора да буде адекватна и у складу са интенцијама законодавца, а не само да остане мртво слово на папиру. Треће, у практичној примени кривичноправних норми злоупотреба права мора бити спречена или сведена на најнижу могућу меру. Четврто, практична реализација 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 ова четири аспекта кривично законодавство је инкорпорирано како у политику сузбијања криминалитета тако и у практичну реализацију адекватности државне реакције на криминалитет. 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 адекватности државне реакције на криминалитет, 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 адекватне 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 адекватности државне реакције на криминалитет. Адекватност државне реакције на пољу борбе против криминалитета 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 скоро двадесет 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.¹⁴ У том циљу процес реформе је донео низ новина, што је пре свега карактеристика последњег законског текста – 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 много. Илустрације ради, наводимо само неке од њих.

2.2 Девалвација начела истине и минимизирање улоге суда у поступку доказивања

Основни циљ кривичног поступка је 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 поступка“ (чл. 1 ст. 1 Законика). Да би се постигао овај циљ, у кривичном поступку мора да се утврди истина о томе да ли је окривљени кривично одговоран за одређено кривично дело или не. Друштвени интерес, због кога се иначе и води кривични поступак, захтева да се утврди потпуна и неоспорна истина о чињеницама које чине основу кривичне одговорности окривљеног, јер кажњен сме бити само онај окривљени чија је кривична одговорност потпуно и неоспорно утврђена. На овом темељу засновано је и право државе на кажњавање – тзв. *ius puniendi*.

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. 123–148.

di. Своје право на кажњавање држава реализује само у случајевима када се са захтеваним степеном сигурности утврди одговорност конкретног лица за извршење кривичног дела које му се ставља на терет. Судска одлука као крајњи резултат кривичног поступка мора да почива на истини. У противном, она се претвара у своју супротност.

Неопходност утврђивања потпуније истине у кривичном поступку, више него у било ком другом поступку, јавља се из више разлога. Прво, у кривичном поступку се одлучује о примени кривичних санкција које претпостављају извршење кривичног дела и постојање кривце. Посматрано са аспекта друштвеног интереса, изрицање кривичних санкција без сигурног утврђивања извршења кривичног дела и кривце било би бесмислено, а посматрано са аспекта окривљеног, неоправдано и представљало би насиље. Други разлог лежи у карактеру последица кривичне пресуде. Казна је најтежа форма правних санкција, а уз то и санкција која се не може у неким случајевима поправити. Осим тога, чињеница проглашења једног лица кривично одговорним повлачи најтежи суд моралног неодобравања, умањује социјалну вредност осуђеног и изазива тешке последице које га прате и после издржане казне. С обзиром на све ово, утврђивање истине у кривичном поступку мора да буде приоритетан задатак органа поступка – пре свега суда. Међутим, и поред неопходности утврђивања истине у кривичном поступку, и поред тога што начело утврђивања истине у кривичном поступку представља једно од кључних – основних начела кривичног поступка европског континенталног правног система којем по свим објективним критеријумима треба да припада и наш кривичноправни систем, оно је, нажалост, најблаже речено, девалвирано ако не и протерано из кривичног поступка Законом из 2011. год. Девалвација, или протеривање начела истине из кривичног поступка представља једно од кључних обележја овог законског текста.¹⁵

Ослобађањем обавезе суда да прикупља и изводи доказе, ослобађањем 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 у кривични поступак Србије уводи се англосаксонски – адверзијални страначки поступак, а тиме и напушта начело истине

¹⁵ Ђурђић, В., *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на реформисаним начелима кривичног поступка*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 74–78.

као његово досадашње кључно обележје.¹⁶ Терет пружања доказа сада је на тужиоцу. На странкама је одговорност за прибављање и извођење доказа а суд је лишен обавезе да истражује истину о кривичној ствари и стављен је у положај да се само стара о законитости и континуитету главног претреса, па и читавог главног статистијума уз предвиђање немалог броја установа које треба да обезбеде брзо и ефикасно пресуђење кривичне свари схваћено у квантитативном смислу, што за свој резултат има укидање начела истине.¹⁷ 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). Са оваквим приступом, обавеза суда на утврђивање чињеница са степеном извесности не може се и не сме поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице суд заснива само на доказима које на главном претресу изводе једино странке (пошто их претходно предложи, по правилу на припремном рочишту) из чега даље произлази да суд може стећи уверење захтеваног степена извесности само ако странке изведу све потребне доказе. У противном – у случају да странке изведу недовољно доказа, суд није овлашћен да потребне доказе изведе по службеној дужности, а као резултат тога је нужност примене правила *in dubio pro geo*. Управо због овог што степен уверења судије зависи искључиво од страначких доказа, наметање обавезе суду да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање. Ограничено страначким доказима судијско уверење дели судбину намере странка и њихове способности да докажу истину. Ако се овом дода и чињеница да је извођење доказа *pro et contra* омеђено доказним предлозима и активношћу странака а да 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, проблем са истином постаје још деликатнији, односно њено искључење још извесније.¹⁸

¹⁶ Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Сл. гласник, Београд, 2016, стр. 107–111.

¹⁷ Ђурђић, В., *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 74–78.

¹⁸ Шкулић, М., *Докази и доказни поступак на главном претресу*, Збор. “Главни претрес и суђење

Не упуштајући се у даљњу анализу одредаба које потврђују изнесени став о протеривању истине из кривичног поступка Србије¹⁹ треба истаћи још две ствари: Прво, протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда од одговорности за прикупљање и извођење доказа, кривични поступак постаје сличан парничном поступку у којем странке имају право диспозиције и аналогно томе сnose и одговорност за утврђивање истине, што је у потпуној противречности са доминирајућим схватањем континенталноправне доктрине о природи и циљу кривичног поступка. Према истој, због јавноправног карактера кривичног поступка и јавног интереса да се гони учинилац кривичног дела у кривичном поступку мора да важи начело судског истраживања истине, и сходно томе у односу на разјашњење предмета поступка суд не може да буде везан активношћу странака већ он “истражује истину” извођењем доказа по службеној дужности који су од важности за судско одлучивање.²⁰ Сходно овом, нпр. у немачком StPO, као репрезентативном представнику континенталног кривичноправног система изричито је прописано да је у циљу утврђивања истине суд обавезан (по службеној дужности) да изводи доказе у погледу свих чињеница које су битне за доношење одлуке²¹. Друго, избацивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа па тиме и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања довело је и до немалог броја нелогичности других законских решења. 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? Сваки коментар на овако постављено питање, по ставу аутора и не само аутора, сувишан је.

у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 183–193.

¹⁹ Види: Шкулић, М., *Главни претрес у новим Законику о кривичном поступку Србије*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 88–124.

²⁰ Claus Roxin / B. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag “C.H. Beck”, Munchen, 2009, seit. 78.

²¹ Par. 244. StPO

2.3 Одсуство инструмената адекватне контроле употребе начела опортунитета кривичног гоњења и минимизирање улоге оштећеног лица

Једно од питања којем је у раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије била посвећена посебна пажња је, сасвим оправдано, и питање нормирања начела опортунитета кривичног гоњења и код пунолетних учинилаца кривичних дела. Није мали број питања о којима се у стручној јавности водила и још увек води расправа око начина њиховог решавања. Међу немалим бројем питања посебно се истичу она која се тичу могућег обима примене начела, контроле одлуке јавног тужиоца о примени начела, услова под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења, права оштећеног лица у примени начела сл. Међутим, и поред различитих приступа у решавању ових и не само ових питања везаних за начело опортунитета кривичног гоњења треба и овде подсетити да ни једна стручна расправа (а њих је било више) није доводила нити доводи под знак питања његову криминално-политичку оправданост. Напротив. За веома кратко време након озакоњења могућности његове примене и код пунолетних учинилаца кривичних дела 2001. год., начело је показало своју пуну криминално-политичку оправданост и све интервенције су ишле у правцу изналагања решења за његову што адекватнију примену уз предвиђање механизма контроле исправности његове примене у конкретним случајевима, што је за поздрављање. Но, када је реч о разради овог начела у важећем ЗКП онда поред решења која су за поздрављање присутна су и решења која је тешко помирити са његовом суштином – са криминално-политичким разлозима неопходности његовог озакоњења и његове практичне примене. Нпр. похвално је то што је дошло до ширења могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења тако што је сада дата могућност јавном тужиоцу да „одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година” (чл. 283 ст. 1), и то без контроле суда и неовисно од пристанка оштећеног²². Међутим, са друге стране, смањен је број могућих обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења, а садржина једне обавезе је промењена. Прецизније, брисана је раније могућа обавеза осумњиченог “да положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс”. Затим, уместо обавезе “да се

²² Киурски, Ј., *Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени*, Збор. “Нова решења у кривичном процесном законодавству – Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011, стр. 156–172.

подвргне психосоцијалној терапији” предвиђена је као могућа обавеза “подвргавање психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања (чл. 283 ст. 1).“ Смањење обавеза које јавни тужилац може наложити осумњиченом у примени овог вида начела опортунитета кривичног гоњења може се оправдано ставити под знак питања. Ово тим пре што је једна од карактеристика овог законског текста и ширење овлашћења јавног тужиоца и његово преузимање једног дела судске надлежности. Такође се може поставити и питање зашто се обавезивање осумњиченог да се подвргне психосоцијалном третману ограничава само на отклањање узрока насилничког понашања. Или, за примену одлагања кривичног гоњења сада се не тражи сагласност суда, што је оправдано, али је неопходна контрола одлуке јавног тужиоца у његовој примени и треба је обезбедити. Нпр. могућности преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег или највишег јавног тужиоца, што је иначе углавном и присутно решење у компаративном кривичном процесном законодавству. Да ли овакву или неку другу адекватну контролу одлуке јавног тужиоца о коришћењу овог вида начела опортунитета кривичног гоњења обезбеђује нови ЗКП? Засигурно не. Затим ту је и решење по којем се за одлагање кривичног гоњења више не тражи пристанак оштећеног, што је био случај раније. Управо у вези са овим његовим обележјем треба посебно указати на чињеницу погоршаног положаја оштећеног не само у случају коришћења начела опортунитета од стране јавног тужиоца већ и уопште, за што, чини се, нема оправдања. Када је реч о положају оштећеног у случају коришћења начела опортунитета његов положај треба регулисати тако да и у том случају он може да заштити своје интересе али без давања му могућности спречавања коришћења начела опортунитета од стране јавног тужиоца. Да ли тако нешто предвиђа нови ЗКП? Засигурно не.

3. Непредвиђање јасног концепта тужилачке истраге

Једно од најактуелнијих, ако не и најактуелније питање у раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије јесте питање концепта истраге. И теорија и пракса скоро да су сагласни да од начина решавања овог питања зависи, у немалом степену, питање ефикасности не само истраге већ и ефикасности кривичног поступка као целине, као једног од кључних циљева реформе уопште. Управо захваљујући таквом

приступу једна од круцијалнијих особености процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије јесте напуштање судског конца истраге у ЗКП из 2011. год. и озакоњење новог (по ставу законодавца) 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.²³ У оквиру ових, и не само ових питања, питање ефикасности истраге једно је од њених актуелнијих питања уопште из разлога што је добро познато и неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка као целине. Само у случајевима нормирања тужилачког концепта истраге на начелима својственим њему он је у функцији очекиваног. У противном, тога нема. С обзиром на ово, поставља се као кључно питање: Како нормативно разрадити тужилачки концепт истраге да би био у функцији остваривања циља који се очекује од њега, а то је ефикасност уз пуно поштовање међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других учесника истражног поступка? Постизање овако постављеног циља могуће је под условом да је тужилачки концепт истраге нормативно разрађен уз пуно поштовање следећих принципа. То су: јавни тужилац као једини

²³ 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.

овлашћени субјекат покретања истражног поступка; основана сумња као материјални услов покретања истраге; прецизирање услова под којима полиција може да се појави у својству активног субјекта истраге, као и врсте истражних радњи које она може предузети у таквом својству; предвиђање конкретних механизма који обезбеђују адекватну сарадњу јавног тужиоца и полиције у истрази; тачно и прецизно прописивање услова под којим и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави суд; предвиђање инструмената за законито и ефикасно спровођење истраге као и начина поступања јавног тужиоца након окончања истраге и последица непридржавања тако предвиђених норми; заштита основних права оштећеног лица која произлазе из кривичног дела за које се спроводи истрага; предвиђање механизма обезбеђења прикупљања доказа како на штету тако и у корист лица против којег се спроводи истрага.

С обзиром на изнесено, као кључно поставља се питање: Да ли је нови концепт истраге у ЗКП РС из 2011. год. разрађен у складу са жељеним степеном његове нормативне разраде, односно у складу са залагањем већинског дела стручне јавности Србија а и шире? Иоле озбиљнија анализа одредаба Законика о новом концепту истраге говори да не. Говори да је Србија ЗКП из 2011. год. добила не тужилачки концепт истраге већ концепт паралелне истраге. Илустрације ради, наводимо само неколико примера. Прво могућност покретања истраге дозвољена је и против непознатог учиниоца; Друго, за покретање истраге довољан је најнижи степен сумње – основ сумње, тј. исти онај степен сумње који се тражи и за поступање полиције у предистражном поступку; Треће, једно од најдискутабилнијих решења ове фазе поступка у новом ЗКП је његов чл. 301 ст. 1, по којем осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. Четврто, иако је истрага у начелу тужилачка, може да дође до укључивања полиције у предузимању појединих доказних радњи, под условом да јој то јавни тужилац повери (чл. 299 ст. 4 ЗКП); Пето, поред полиције у истрагу може да се укључи и судија за претходни поступак уколико јавни тужилац одбије предлог осумњиченог и његовог браниоца за предузимање доказне радње или ако о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога. У том случају осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак и ако предлог усвоји, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу у корист одбране и одређује му рок

за то (чл. 302 ЗКП); Шесто, предвиђена је могућност да се у одређеним случајевима за предузимање одређених доказних радњи укључи и суд у смислу што он сам не предузима доказну радњу, него налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу (чл. 302 ст. 1–3 ЗКП). Сходно оваквом решењу може се закључити да јавном тужиоцу као руководиоцу не само предистражног поступка, него и истраге, неко други (суд) налаже да предузме доказну радњу и то у корист одбране. Решење више него дискутабилно. Ова и не само ова решења новог концепта истраге предмет су, чини се сасвим оправдане, немале критике стручне јавности Србије и као таква могу оправдано довести у питање функционисање новог концепта истраге и складу са очекиваним. Међу њима посебан значај има следеће:

Прво, један од општеприхваћених ставова како теорије тако и праксе када је реч о покретању кривичног поступка, јесте и став да он мора бити условљен испуњењем материјалног услова конкретизованог у постојању чињеница и околности конкретног кривичног догађаја које основано упућују на закључак, указују на то да је одређено-конкретно лице извршилац кривичног дела које му се ставља на терет – тј. постојањем основане, а не само основа сумње. Покретање и вођење кривичног поступка не може се заснивати на претпоставкама. Мора бити засновано на стварним – конкретним подацима. Питање је: Да ли је само на основу основа сумње (као што је то случај сада) или и само на основу индиција могуће покретање кривичног поступка с обзиром на све његове импликације? Наше је, и не само наше, мишљење да не²⁴. Ако се овом дода и чињеница да се у смислу одредбе члана 7 тачка 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 малим 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

²⁴ Види: Тужилачка истрага (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014.

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 години 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 – не;

Четврто, у тужилачком концепту истраге основна – главна функција судије за истрагу (судије за претходни поступак) мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободу и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великим тешкоћама, а уз то неопходно ја да је она битна (неопходна) за правилно решење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој. Једном речју, радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Не би смеле да буду у функцији доношења одлуке јавног тужиоца о подизању оптужнице или обустави поступка, што је случај у конкретном;

Пето, једна од неизоставних особености тужилачког концепта истраге треба да буде и такав положај оштећеног који ће му омогућити

реализацију његових основних права која се јављају као последица кривичног дела поводом којег се води истрага. Иоле озбиљнија анализа релевантних одредаба Законика по овом питању показује да ова особеност тужилачког концепта истраге није испоштована. Чл. 297 ст. 3 Законика као једина одредба по овом питању далеко је од жељеног. Он само обавезује јавног тужиоца да обавести оштећеног о покретању истраге и да му да поуку о правима која му припадају у смислу чл. 50 ст. 1 Законика и ништа више.

4. Неадекватности и нелогичности у нормативној разради споразума о признању кривичног дела као кључној форми поједностављеног поступања

Озакоњење института споразума о признању кривице једна је од важнијих особености које је донео процес реформе кривичног процесног законодавства Србије. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривљеног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка у Србији Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. долази до његовог озакоњења као једне од доминантних форми поступања у кривичним стварима уопште. За релативно кратко време споразум је показао своју потпуну оправданост и стално је присутан тренд ширења његове примене²⁵.

Посматрано с аспекта ЗКП РС из 2011. год. више је новина у вези са споразумом. Међу њима су најзначајније следеће: Прво, уместо нормативно ограничене могућности примене предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела;²⁶ Друго, одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тога прописано је само “да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим

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, стр. 33–68.

²⁶ Упореди чл. 282а претходног ЗКП и чл. 313 ст. 1 новог ЗКП РС.

законом;” (чл. 317 ст. 1 тач. 4). Треће, када је реч о санкцији обавезан елеменат споразума јесте и “споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције”; Четврто, против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Наиме, сходно чл. 319 ст. 3 Законика против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања пресуде изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак обуставља по испитивању оптужнице у смислу чл. 338 ст. 1.²⁷, као и у случају да се пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела.

Не упуштајући се у приказ других одредаба Законика о споразуму, чини се да се наведене, и не само наведене, одредбе којима је нормативно разрађен споразум у ЗКП РС из 2011. год. озбиљно могу ставити под знак питања. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, у потребној мери, узети у обзир преовлађујући ставови наше, и не само наше, стручне јавности, као и релевантни стандарди у вези са истим. Подсећања ради, треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште. Став аутора јесте пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела. Међутим, оправдано се може ставити под знак питања већи број решења његове нормативне разраде у тексту новог ЗКП. Наводимо само најдискутабилнија:

Прво, иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, стандард да споразум треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и са другим формама поједностављеног поступања у кривичним стварима. У складу са изнесеним европским стандардима поједностављене форме поступања у кривичним стварима намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности, што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим, а посебно најтежим кривичним

²⁷ Реч је о следећим разлозима: да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; да је кривично гоњење застарело, или да је обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио конкретно кривично дело.

делима. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјеката представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. С обзиром на ово, чини се да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању.

Друго, решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела такође озбиљно може да се доведе у питање. Поред изнесених аргумената који говоре у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања, треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага, зашто не рећи и најблажа, кривична санкција, што је могуће претпоставити а што би било у складу са чл. 321 ст. 1 тач. 3 Законика? Став је аутора да коментар није потребан.

Треће, уз изнесено, мора се поставити и питање адекватност и заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај чак и погоршан у односу на претходни ЗКП. Примера ради, наводимо само две чињенице. Прво, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. Друго, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, Законик не даје инструменте путем којих оштећено лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела.

Четврто, обавезан елеменат текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције (чл. 314 ст. 1 тач. 3). С обзиром на овакву формулацију може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр. казна од три до пет годи-

на 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, мишљења аутора јесте да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења²⁸ 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.

Пето, једно од решења новог ЗКП, када је реч о споразуму о признавању кривичног дела, које се озбиљно може ставити под знак питања, јесте и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог једног решења. Међу њима посебан значај имају три. Прво, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат своје примене има ефикаснији кривични поступак. Да ли се оваквим једним решењем то постиже? Сигурно не. Насупрот, доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. Друго, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање, већ могу и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у

²⁸ Случај пре свега са САД (Види: Бркић, С., *Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Сад, 2003, бр. 1-2; Дамашка, М., „Судбина англоамеричких процесних идеја у Италији“, *Хрватски њетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол. 13, 2006, бр. 1.

вези са овим мора се поставити питање: Да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично дело, да је наступила застарелост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324 Законика? Или, да ли се сме и замислити да тужилац са окривљеним понуди текст споразума а да не зна да ли се ради о кривичном делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе на околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту а зна у тако кратком интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових, ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању споразума.

Шесто, један од елемената текста споразума о признању кривичног дела може да буде и изјава окривљеног о прихватању испуњења обавезе под којом јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду. И у вези са овим, иначе начелно посматрано сасвим оправданим елементом, мора се поставити питање: Које су последице неиспуњења преузетих обавеза од стране окривљеног? Овако постављено питање резултат је става законодавца да је за прихватање текста споразума од стране суда довољно да окривљени до подношења споразума о признању кривичног дела започне са испуњавањем обавезе – обавеза. Ако се овоме дода и чињеница да у споразуму о признању кривичног дела чији је саставни део и овај елемент, не мора да буде прецизиран ни крајњи рок извршења преузете обавезе – обавеза – што је иначе обавеза у случају одлагања кривичног гоњења као кључног вида начела опортунитета, онда постављено питање још више добија на својој актуелности.

5. Припремно рочиште и (не)ефикасност главног претреса

Једна од немалог броја новина уређења главног претреса према важећем тексту ЗКП је 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 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 је обавезно код кривичних дела са прописаном казном затвора од дванаест година и више а код блажих кривичних дела (кривична дела за које је прописана казна затвора до дванаест година) до његовог изостанка долази у случају да председник већа сматра да, с обзиром на прикупљене доказе, спорна чињенична и правна питања или сложеност предмета одржавање припремног рочишта није потребно (факултативност одржавања). Иначе, у циљу ефикасности главног претреса као целине одређено је и време за одређивање рочишта. Сходно чл. 346 ЗКП, председник већа је у обавези да одреди припремно рочиште најкасније у року од 30 дана ако је оптужени у притвору, односно у року од 60 дана ако је оптужени на слободи, рачунајући од дана пријема потврђене оптужнице у суд. У случају да не поступи на овакав начин,

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)“, 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.

обавезан је да обавести о томе председника суда који ће предузети мере да се припремно рочиште одмах одреди. У случају да су јавни тужилац, оптужени и његов бранилац постигли споразум о признању кривичног дела у односу на одређене тачке оптужнице, председник већа ће одредити припремно рочиште за део оптужнице који није обухваћен споразумом. Иначе, четири су основна правила његовог одржавања. Прво, на 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 признању кривичног дела, о притвору и о обустави кривичног поступка, као и о другим питањима за која суд оцени да су од значаја за одржавање главног претреса. Друго, припремно рочиште се одржава пред председником већа, без присуства јавности. Треће, у позиву за припремно рочиште председник већа ће упозорити странке и оштећеног да се на 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.

6. Систем правних лекова и (не)ефикасност решења кривичне ствари

Процес реформе кривичног процесног законодавства донео је низ новина и код система правних лекова. Одређени број новина је у

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.

функцији 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 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

6.1 Начин примене законске норме као показатељ адекватности казнене политике

Као што је то већ истакнуто, адекватна кривичноправна норма један је од кључних предуслова адекватности супротстављања криминалиту, али не безусловно. Неопходна је и адекватна примена такве норме.

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-а у Србији, Београд, 2016, стр. 117–146.

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-а у Србији, Београд, 2016, стр. 9–30.

Само у ситуацијама када имамо адекватну законску норму и њену адекватну примену можемо говорити о створеним предусловима адекватне државне реакције на криминалитет уопште. 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 превенције не само криминалитета већ и сваког другог недозвољеног понашања. 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.

6.2 Ефикасност откривања и доказивања извршених кривичних дела и адекватност казнене политике

Један од неизоставних фактора адекватности државне реакције на криминалитет је и ефикасност његовог откривања и доказивања. 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.³⁵ Захтев за ефикасношћу кривичног поступка је, слободно се може рећи, постао и један од важнијих особености савремене науке кривичног процесног права а тиме и савременог кривичног процесног законодавства чија решења прате тенденције науке.³⁶ Он је, сасвим оправдано, један

³⁵ 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.

³⁶ Види: Ђурђић, В., *Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Збор. "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 9–39; Бејатовић, С., *Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року*, Збор. "Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)", Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2015, стр. 9–33.

од кључни међународних правних стандарда из ове области као целине.³⁷ Разлози давања оваквог значаја ефикасности кривичног поступка су бројни. Међу њима посебан значај имају два. Први лежи у неспорној чињеници да је само ефикасан кривични поступак један од инструмената успешне борбе против криминалитета и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције.³⁸ 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.³⁹ Из ових, и не само ових разлога, обавеза је сваког друштва да створи нормативне као и све друге предуслове за што успешнију борбу против криминалитета, за што успешније остваривање циљева криминалне политике уопште, за што ефикаснији кривични поступак, за што ефикасније функционисање кривичног правосуђа уопште. Друго, законит кривични поступак не значи само такав поступак који “осигурава да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка него и такав поступак који то омогућава у најкраћем могућем трајању.”⁴⁰

Полазећи од изнесеног значаја ефикасности кривичног поступка уопште, сасвим је исправан и став нашег, и не само нашег, законодавца по питању циљева процеса реформе кривичног процесног законодавства који траје већ скоро пуне две деценије, Наиме, први од два кључна циља реформе је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, с тим да то не иде на уштрб националним законодавством и релевантним међународним актима загарантованих слобода и права човека и грађанина уопште.

³⁷ Бејатовић. С., *Споразум о признању кривице: Нови ЗКП Србије и регионална компаративна анализа*, Збор. “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 102–119.

³⁸ 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.

³⁹ Види: Радуловић. Д., *Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета*, Зборник “Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета”, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 187.

⁴⁰ 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.

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.⁴¹

6.3 Одузимање незаконито стечене имовинске користи и адекватност казнене политике

Један од не само изузетно важних већ и неизоставних фактора адекватности казнене политике на пољу борбе против криминалитета а тиме и показатеља функционисања правне државе јесте ефикасно одузимање незаконито стечене имовинске користи. Бројни су криминално-политичким 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 јесте одузимање имовине стечене криминалним активностима пре њене инфилтрације у легалне финансијске токове. Друго, смањење могућности каснијег улагања у даљње криминалне активности. Једна од особености функционисања криминалних група уопште а посебно оних чији је циљ стицање имовинске користи је 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

⁴¹ Бејатовић. С., Исто.

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 јесте изузетно 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 јесте управо одузимање имовинске користи стечене криминалним активностима, и то посебно у случајевима када је оно благовремено и потпуно. Четврто, превентивна функција кривичног права посматрано уопште знатно добија на свом интензитету и тиме се даје значајан допринос смањењу криминалних активности уопште⁴².

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, дали 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 ове: адекватна законска норма; искључење злоупотребе законске норме или пак њено свођење на најминималнију могућу меру; адекватна и ефикасна примена законске норме овог карактера схваћена у њеном квалитативном и квантитативном смислу значења. Посматрано у овом контексту а 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 дела⁴³ у Републици Србији створена доста добра нормативна основа за жељени

⁴² О овоме опширније 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. 34–48.

⁴³ “Сл. гласник РС”, бр. 32/13 и 94/16.

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 области.⁴⁴ Досадашњи резултати примене овог закона су позитивни али још увек не на нивоу жељеног.

* * *

Извршена анализа питања која чине садржину рада показује три ствари. Прво, казнена политика је један од изузетно важних показатеља адекватности или неадекватности функционисања правног система конкретне државе. Из ових, и не само ових разлога, њој се мора посветити посебна пажња. Друго, само је адекватна казнена политика доказ жељеног степена функционисања правне државе. С обзиром на ово, мора се поставити питање који су то предуслови адекватности казнене политике, да ли су они испуњени на простору конкретне државе (у нашем случају Републике Србије) и, ако не, шта би требало предузети у циљу достизања потребног степена њене адекватности. Треће, извршена анализа неких од решења позитивног кривичног процесног законодавства Србије говори да је његов немали број решења, начелно посматрано, у складу са жељеним степеном норме као предуслова адекватности казнене политике. Међутим, њихова појединачна разрада даје сасвим другачији закључак. Говори о њиховом не малом раскораку. Одређени број начелно оправданих института и других решења у позитивном кривичном процесном законодавству Србије није нормиран на начин који их ставља у функцију потребног степена адекватности казнене политике. Случај нпр. са неким решењима везаним за поједностављене форме поступања, тужилачки концепт истраге, начелом истине и улогом суда у његовој реализацији сл. Из ових разлога, а у циљу стварања нормативне основе за жељени степен адекватности казнене политике неопходно

⁴⁴ 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. 58–74.

је наставити рад на реформи нашег кривичног процесног законодавства и у том раду обратити посебну пажњу управо отклањању ових недостатака и њиховом нормирању у складу са општеприхваћеним стандардима у овој области, што тренутно није случај. Свакако уз прилагођавање нашим специфичностима.

Литература

- Бркић, С., *Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији*, Збор. “Законодавни поступак и казнено законодавство”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- Бејатовић, С., *Европски стандарди у области кривичног процесног законодавства и разлози неопходности њихове имплементације у национална кривичнопроцесна законодавства (стање у Србији)*, Збор. “Кривично законодавство између праксе и прописа и усклађивање са европским стандардима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Милићи, 2017.
- Бејатовић, С., „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и међународни правни стандарди“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 2-3/2016.
- Бејатовић, С., *Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Бејатовић, С., *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.
- 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.

- 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-а у Србији, Београд, 2016.
- 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.
- 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.
- Бејатовић, С., ”Кривичнопроцесни инструменти ефикасности борбе против криминалитета (нормативни и практични аспект)”, *Правна ријеч*, 2015, год. 12, бр. 44.
- 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-а у Србији, Београд, 2016.
- Claus Roxin, V. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag “C.H. Beck”, Munchen, 2009.
- 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-а у Србији, Београд, 2016.
- Игњатовић, Ђ., *Сузбијање најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности*, Зборник “Тешки облици криминала”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004.
- 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-а у Србији, Београд, 2016
- Sieber, U., *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009.

- Стојановић, З., *Кривично законодавство и тешки облици криминалитета*, Зборник “Тешки облици криминала”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004.
- 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-а у Србији, Београд, 2016.
- 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.
- 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-а у Србији, Београд, 2016.
- 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-а у Србији, Београд, 2016.
- Шкулић, М., *Нови Законик о кривичном поступку – Очекивања од примене*, Збор. “Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013
- Шкулић, М., *Однос начела истине и поједностављених форми кривичног поступка*, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.
- Шкулић, М., *Главни претрес у новим Законик у кривичном поступку Србије*, Збор. “Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
- 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.

**Stanko Bejatović, PhD, Professor, Academic
Faculty of Law of the University in Kragujevac**

PENAL POLICY AND ADEQUATE FUNCTIONING OF A STATE LEGAL SYSTEM

Summary

Subjects analysed in this paper are some of the penal policy issues that serve as evidence of (in)adequate functioning of a country's legal system. Among significant number of analysed issues a special attention was given to the ones referring to the following: General remarks on penal policy and factors of its adequacy; Legal norm as a mandatory prerequisite of a normative component of the country's desired degree of adequacy of penal policy in domain of fight against crime, and at the same time indicator of an (in)adequate functioning of the constitutional state – its legal system; Prerequisites of adequate application of legal norms as a secondary mandatory segment not only for the penal policy adequacy but for an adequate functioning of a country as a whole. Looking from perspective of the scope and actuality of the examination among the issues that are subject of the analysis in this paper a special attention was given to certain crime processing institutions and other instruments as preconditions for penal policy adequacy.

*The above mentioned and other issues analysed in the paper were seen from three different perspectives (theoretical, criminal and political reasons for legalisation of certain institutions, and practical). Besides that, the paper gives overview of significant suggestions *de lege ferenda*, which, according to the author, should contribute to the desired level of adequacy of penal policy in general and by that also desired level of functioning of the state legal system as a whole.*

Key words: *Penal policy, adequacy, legal state, criminal law, legal norm, court, public prosecutors office, police, suspects, crime, equality amongst citizens*

УДК: 343.11(497.16)(4-672EY)

doi 10.7251/PR5217479R

Излагање са научног скупа

REFORMA KRIVIČNOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA CRNE GORE I EVROPSKE INTEGRACIJE

Dr Drago Radulović*

***Apstrakt:** Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Crnoj Gori započela je i prije njenog osamostaljenja, još u okviru Državne Zajednice Srbije i Crne Gore, donošenjem Zakonika o krivičnom postupku decembra mjeseca 2003. godine, kojim je u cijelosti regulisana krivičnoprocesna materija. Ubrzo nakon toga donesen je Zakon o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku. Reforma nije tu stala jer je uslijedila obimnija reforma 2009. godine donošenjem Zakonika o krivičnom postupku, koji u odnosu na prethodni unosi dosta novih rješenja. Proces reformi se dalje nastavlja 2015. godine donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku. Iz ovog pregleda reformi vidljivo je da su one bile česte, što nije svojstveno ovoj grani zakonodavstva, koja spada u stabilniju granu zakonodavstva. U radu se konstatuje da su se zakoni pisali na brzinu, često bez prethodno sprovedenih istraživanja, kojima bi se utvrdilo koji su problemi u praktičnoj primjeni važećeg zakona, pa su se ta "istraživanja" uglavnom svodila na lične utiske članova radne grupe koja je pripremala Zakon.*

U reformi, odnosno pisanju zakona polazilo se od nekoliko najznačajnijih pitanja. Prvo, nastojalo se da naše krivično procesno zakonodavstvo bude usklađeno sa određenim međunarodnim aktima, odnosno sa evropskim standardima sadržanim prevashodno u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i promovisanih odlukama Evropskog suda za ljudska prava. To ne znači da i naše prethodno krivično procesno zakonodavstvo, čiju tradiciju nastavljamo, nije bilo u skladu sa tada ratifikovanim međunarodnim aktima.

Drugo, krivično procesno zakonodavstvo trebalo je uskladiti i sa Ustavom, koji sadrži dosta odredaba koje se odnose na krivičnoprocesnu materiju.

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, Podgorica.

Treće, u Zakonik su unesena i neka rješenja na koja je ukazivala naša krivičnoprocesna nauka, odnosno na koju je praksa upućivala, kao i rješenja iz uporednog zakonodavstva za koja je ocijenjeno da su primjenjiva u našoj praksi.

Po sadržini i glavnim ciljevima naglašena su dva pravca reforme – stvoriti normativnu osnovu za efikasan krivični postupak i drugo, u što većoj mjeri zaštititi slobode i prava čovjeka.

U radu se, idući sistematikom Zakonika, daje osvrt na osnovna pitanja, počev od načela krivičnog postupka, subjekata postupka i njihove izmijenjene uloge u postupku u pogledu preduzimanja određenih radnji, pa do uvođenja novih instituta koje naše dosadašnje zakonodavstvo nije poznavalo. Sva ova pitanja sagledavaju se ne samo sa normativnog i teorijskog aspekta, nego i sa aspekta usaglašenosti sa evropskim standardima, što je i jedna od pretpostavki za evropske integracije.

Ključne riječi: *krivično procesno zakonodavstvo, reforma, evropski standardi, evropske integracije.*

Uvodne napomene

1. Drugu polovinu prošlog i početak ovog vijeka obilježila je i značajna reforma krivičnog procesnog zakonodavstva na evropskom prostoru i to ne samo u zemljama bivšeg realsocijalizma i zemljama jugoistočne Evrope, gdje su duboke promjene na društveno-ekonomskom planu determinisale i legislativne promjene, nego i u zemljama stabilnijeg pravnog poretka. Takav razvoj je, s jedne strane, posljedica nastojanja da se pronade izlaz iz poteškoća u koje je zapalo krivično pravosuđe većine zemalja kontinentalne Evrope, a s druge strane on je izraz integracionih procesa koji pod uticajem različitih činilaca dolaze sve više do izražaja.¹ Negdje su te reforme bile parcijalne, a negdje šire i sveobuhvatnije. Kao primjer temeljne reforme na kontinentalnoevropskom prostoru navodi se Italija, koja je, nakon skoro šest decenija primjene, svoj stari ZKP iz 1930. godine, kojim je bio predviđen mješoviti sistem krivičnog postupka, zamijenila procesnim zakonom kojim je uveden model angloameričkog krivičnog postupka. Inače, pomenute reforme zadnjih decenija pokazuju da nisu isključivo rezultat razvoja nacionalnog zakonodavstva zasnovanog na sopstvenoj pravnoj tradiciji. U stvari, za reglementaciju krivič-

¹ Dr Goran P. Ilić, *Krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije i Standardi Evropske unije*, Zbornik „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije, Zlatibor, 2010, str. 34.

ne procedure, njenih ustanova, a osobito procesnih principa posljednjih decenija karakterističan je, ako ne i dominirajući uticaj naddržavnih organizacija koje propisuju pravila krivičnog postupka, stvaraju modele uređenja odnosa u ovoj oblasti i uspostavljaju pravne standarde s kojima se harmonizuju nacionalni pravni sistemi.²

Ovo je doprinijelo sve izraženijoj univerzalnosti nauke krivičnog procesnog prava i njenog sve većeg uticaja na zakonodavna rešenja u nacionalnim zakonodavstvima bez obzira na nacionalne specifičnosti. Danas se sve više smanjuju razlike u krivičnoprocesnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, odnosno, danas pojedini krivičnoprocesni instituti, bez obzira na to iz kojih sistema potiču, dobijaju sve više karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj krivičnoprocesnih zakonodavstava.³ Tako i one države koje imaju kontinentalnoevropski tip krivičnog postupka postepeno uvode neke institute koji su do sada bili tipični za adverzijalne krivične postupke, tako da se savremeno krivično procesno pravo sve više karakteriše izvjesnom konvergencijom elemenata dvaju pravnih sistema. Osnovni ili jedan od osnovnih razloga takvog trenda jeste činjenica što savremeni kriminalitet, posebno neki njegovi pojavni oblici, više nije samo ili isključivo nacionalni problem, nego međunarodni, pa je neminovno preduzimanje zajedničkih mjera u borbi protiv kriminaliteta na širem planu.

2. Kako smo naglasili, u savremenom zakonodavstvu sve više dolaze do izražaja tzv. opšteprihvaćeni pravni standardi. Ovaj termin sa prefiksom međunarodni, negdje evropski standard, često se koristi u literaturi, pa se može postaviti pitanje njegovog pojmovnog određenja, pogotovo što se nekad ne pravi razlika između pojmova standard i trend, pa se nešto što predstavlja trend imenuje kao standard, što je pogrešno. Međunarodni pravni standard označava ono što se stabilizovalo u svojoj elementarnoj pravnoj formi, bilo kao ideja, bilo kao pravna činjenica, što jeste, ili bi moglo predstavljati univerzalni minimum nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je sastavni dio pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava⁴, ili drugačije rečeno međunarodni pravni standard jeste pravni pojam, rezultat sublimacije pravnog iskustva i znanja, napredovanja norme do načela.⁵

² Dr Vojislav Đurđić, *Komparativna rešenja o prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u srpsko krivično procesno zakonodavstvo*, Zbornik „Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo“, Beograd, 2009, str. 137.

³ Dr Stanko Bejatović, *Opšteprihvaćeni pravni standardi i predlog Zakonika o krivičnom postupku*, RKK, broj 2, 2006, str. 44.

⁴ Dr Nikola Matovski, *Međunarodni pravni standardi u kaznenom (krivičnom) postupku*, RKK br. 3, 2009, str. 285.

⁵ Slobodan Beljanski, *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001, str. 10.

Oni koji se više bave međunarodnim pravom međunarodne pravne standarde tretiraju kao dio međunarodnog prava utvrđen međunarodnim dokumentima, a koji su prihvaćeni kao dokaz o svjetskom važenju kriterijuma za procjenjivanje pravnog sistema svake države i kao ovlaštenje za sve druge države i međunarodne organizacije da se miješaju u tuđe unutrašnje odnose, a da im se pri tome ne može suprotstaviti argument suvereniteta.⁶ Pravni standard je najčešće formulisan u vidu opšte pravne norme koja jasno određuje cilj da modelira pravo prema određenim pravnim idealima i postavi pravac po kome treba da se kreće zakonodavac u stvaranju, a i sud u primjeni prava.⁷

Pored pojma međunarodni pravni standardi danas se sve više koristi termin evropski standard, što je u neposrednoj vezi sa zahtjevom koji se od strane EU postavlja pred države kandidate za članstvo u EU u pogledu usklađenosti nacionalnog zakonodavstva sa pravom EU, što neće zaobići ni krivično zakonodavstvo. Pri tome, kad se govori o evropskim standardima prisutna su dva aspekta – jedan uži, a drugi širi. Prvi aspekt korišćenja pojma „evropski standard“ odnosi se na Evropsku uniju, odnosno članice EU, jer na nivou EU nemamo jedinstvenog krivičnog prava koje simbolizuje državu, kao što je slučaj sa nacionalnim zakonodavstvima, čega su svjesni i tvorci „evropskog zakonodavstva“.⁸ Uz to valja napomenuti da postoje značajne razlike u krivičnom procesnom zakonodavstvu između zemalja EU.

Drugi aspekt korišćenja pojma „evropski standard“ je znatno širi i on se, kada je riječ o pravnim standardima u odnosu na ljudska prava, odnosi na cijeli prostor država koje pripadaju Savjetu Evrope, potpisnica Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Prema tome, evropski standardi u krivičnom postupku zasnivaju se na:

1. nekim odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama,
2. praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu,
3. određenim tzv. mekim izvorima prava, kao što su preporuke Komiteta ministara i neki slični akti EU i SE „instruktivnog“ karaktera.⁹

⁶ Dr Vojin Dimitrijević i drugi, *Ljudska prava*, Beograd, 1997, str. 69.

⁷ Dr Vlado Kambovski, *Pravda i vnatrešni raboti na Evropskata Unija*, Praven fakultet, „Justinijan Prvi“, Skoplje, 2005, str. 311.

⁸ Dr Dragana Kolarić, *Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije*, Zbornik „Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo“ (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije), Zlatibor, 2016, str. 11.

⁹ Dr Milan Škulić, *Stepen (ne)usaglašenosti krivičnog postupka Srbije sa Evropskim standardima*, Zbornik „Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo“ (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije), Zlatibor, 2016, str. 47.

3. Od momenta prijema u Savjet Evrope za našu državu je postala značajna Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (kao i praksa Evropskog suda) za unapređenje krivičnoprocesnog zakonodavstva, kojom su propisani minimalni standardi ispod kojih nacionalna zakonodavstva ne mogu da idu u reglementaciji pojedinih instituta, pogotovo kad je riječ o osnovnim slobodama i pravima čovjeka. Koliki je značaj ove konvencije i prakse Evropskog suda najbolje govori to što se u literaturi ističe da se na njima izgrađuje evropski koncept krivičnog postupka zasnovan na modelu pravičnog procesa, čiji je stožer pravo na pravično suđenje, koje predstavlja sudski izraz vladavine prava.¹⁰

Prilikom pripremanja i izrade krivičnoprocesnog zakonodavstva osnovno pitanje jeste od kojih osnovnih koncepcijskih osnova poći i radi čega se pristupa izradi novog krivičnoprocesnog zakonodavstva. Pri tome treba imati u vidu da se, poslije Ustava, radi o najznačajnijem pravnom aktu i da je prije samog pristupa pisanju zakona potrebno riješiti mnoga pitanja, koja nisu samo pravna, nego i ekonomska, socijalna, politička, kulturna i slično, kakav uticaj ima na druge zakone (da li njih treba mijenjati), kakav uspjeh je postignut u zemljama čije je zakonodavstvo uzeto kao uzor, mogućnost države da primijeni ova zakonska rešenja i slično. Posebno naglašavamo primjenljivost novog zakona, jer se prilikom izrade zakona moramo osloboditi „normativnog romantizma“ jer nam trebaju primjenljivi zakoni, ne treba nam „pravna poezija“ koju praktičari ne bi mogli da pretvore u „svakodnevnu prozu“.

4. Krivično procesno zakonodavstvo u Crnoj Gori karakteriše dinamičan i brz razvoj, što je posljedica dubokih društvenih, ekonomskih, kulturnih i političkih promjena koje su se desile u zadnjoj deceniji. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Crnoj Gori počela je još u okviru Državne Zajednice Srbije i Crne Gore, gdje je, shodno Ustavnoj povelji te zajednice, Crna Gora krajem 2003. godine donijela Zakonik o krivičnom postupku¹¹, koji je u potpunosti regulisao krivičnoprocesnu materiju. Nedugo zatim uslijedile su izmjene i dopune tog zakona donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku¹². Ubrzo nakon toga započeo je rad na pripremanju novog ZKP što je ishodovalo donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku 2009¹³, koji se znatno razlikuje od svog prethodnika i u naše zakonodavstvo unosi neke institute iz adverzijalnog sistema krivičnog postupka. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva nije tu stala i nastav-

¹⁰ Dr Goran P. Ilić, op. cit., str. 35.

¹¹ Službeni list RCG, broj 71/03.

¹² Službeni list RCG, broj 47/2006.

¹³ Službeni list RCG, broj 57/2009.

ljena je donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku 2015.¹⁴

5. Svakako da je teško u ovim našim uslovima tranzicije i brzih društvenih promjena donijeti ZKP za koji bismo mogli reći da se za duže vrijeme neće mijenjati, ali ipak se mora postaviti pitanje da li su nam tako česte izmjenе krivičnog процесног права nužne¹⁵. Skoro da se i ne „naviknemo“ na novi ZKP, a on se mijenja, što sve stvara probleme u praktičnoj primjeni.

Ako bismo u nekoliko rečenica prikazali osnovne karakteristike krivičnopроcesног законодавства Crne Gore mogli bismo konstatovati da je ZKP, poput većine evropskih zakonodavstava, zadržao mješoviti akuzatorsko-inkvizitorski sistem krivičnog postupka. To je u saglasju sa težnjama naše zemlje ka evropskim integracijama. Uzгred rečeno, težnja ka određenoj unifikaciji krivičnog права uopšte datira odavno, počev od škole prirodnog права, jer, kako se ističe u literaturi, u kontekstu takvog razvoja ove grane права može se raditi na stvaranju jedinstvenog ekonomskog простора i standardizaciji i zaštiti ljudskih права i sloboda čovjeka.¹⁶

U reformi, odnosno u pripremanju i pisanju zakona polazilo se od nekoliko najznačajnijih pitanja. Prvo, nastojalo se da naše krivičnopроcesно законодавство bude usklađeno sa određenim međunarodnim aktima, odnosno sa evropskim standardima sadržanim prevashodno u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih права i osnovnih sloboda i promovisanih odlukama Evropskog suda za ljudska права. To svakako ne znači da i naše prethodno krivičnopроcesно законодавство, čiju tradiciju nastavljamo, nije bilo u skladu sa tada ratifikovanim međunarodnim aktima. Osim toga, u krivičnopроcesно законодавство unesena su i neka rešenja na koja je ukazivala našа krivičnopравna nauka, odnosno na koja je praksa upućivala, kao i rešenja iz uporednog zakonodavstva za koja je ocijenjeno da su primjenljiva u našim uslovima. Po sadržini i glavnim ciljevima naglašena su dva pravca reforme – stvoriti normativnu osnovu za efikasan krivični postupak i drugo, u što većoj mjeri zaštititi slobode i права čovjeka.

¹⁴ Službeni list RCG, broj 35/2015.

¹⁵ O tome šire dr Drago Radulović, „Da li su nam potrebne tako česte izmjene krivičnopроcesног zakonodavstva“, *Pravna riječ*, br. 23, 2010.

¹⁶ Dr Vlado Kambovski, *Kaznenopravnata reforma pred izvicite na XXI vek*, Skopje 2002, str. 15.

Normativna osnova za efikasan krivični postupak

1. Pitanje efikasnosti krivičnog postupka jeste pitanje koje je oduvijek, a naročito zadnju deceniju privlačilo pažnju ne samo naučne i stručne javnosti, nego javnosti uopšte. Može se slobodno reći da je zahtjev za efikasnošću krivičnog postupka jedan od važnijih osobenosti krivičnoprocesnog zakonodavstva¹⁷ i jedan od ključnih međunarodnih pravnih standarda neizostavnih uslova zatvaranja poglavlja 23 u pristupnim pregovorima za članstvo u EU¹⁸. Efikasnost krivičnog postupka višestruko je značajna. Efikasan krivični postupak je značajno sredstvo uspješne borbe protiv narastajućeg kriminaliteta i kao takav u službi je ne samo specijalne prevencije nego i generalne prevencije¹⁹. Zakonit i pravičan krivični postupak ne znači samo takav postupak kojim se obezbeđuje da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog djela izrekne krivična sankcija pod uslovima propisanim krivičnim zakonom i na osnovu zakonito provedenog krivičnog postupka, nego i takav postupak koji to omogućuje u najkraćem mogućem roku.

Međutim, ne smijemo ispustiti iz vida da efikasnost krivičnog postupka ne smije da ide na uštrb zakonitosti rešavanja krivične stvari i ugrožavanja zagarantovanih sloboda i prava čovjeka u krivičnom postupku. U tom smislu u teoriji krivičnog procesnog prava već odavno je prisutno stanovište da je krivični postupak zasnovan na dvije tendencije – tendencije da krivični postupak bude efikasan i tendencije da se u najvećoj mjeri zaštite sloboda i prava građana²⁰, i najbolje je da se uspostavi balans između tih dvaju tendencija, kako na normativnom planu, tako i u praktičnoj primjeni norme. Ako se primat daje što većoj efikasnosti krivičnog postupka, a na štetu sloboda i prava građana, postoji opasnost da dobijemo nedemokratsko i autoritarno pravo i obrnuto, ako primat dajemo zaštiti sloboda i prava okrivljenog, onda se to može negativno odraziti na poziciju lica koja su oštećena krivičnim djelom, kao i na zaštitu društva od kriminaliteta.

¹⁷ Vidjeti: dr Vojislav Đurđić, *Krivičnoprocesno zakonodavstvo kao normativna pretpostavka efikasnosti postupanja u krivičnim stvarima*, Zbornik „Krivičnoprocesno zakonodavstvo, organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima“, Zlatibor, 2008, str. 9–39.

¹⁸ Dr Stanko Bejatović, *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard (poglavlje 23 i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije – norma, praksa i mere unapređenja)*, Zbornik „Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)“, Zlatibor 2016, str. 327.

¹⁹ Dr Stanko Bejatović, *Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i efikasnost krivičnog pravosuđa*, Zbornik „Reforma pravosuđa“ Pravni fakultet u Nišu, 2010, str. 4.

²⁰ Tako dr Tihomir Vasiljević, *Sredstva za ubrzanje krivičnog postupka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1966; dr Vladimir Bajer, *Krivično procesno pravo*, Zagreb, 1980; dr Peter Kobe, „Mere za ubrzanje i efikasnost krivičnog postupka“, *Arhiv*, br. 4, 1972; dr Stanko Bejatović, *Zakonik o krivičnom postupku i opšteprihvaćeni pravni standardi*, RKK, br. 2, 2006..

2. Za sagledavanje efikasnosti krivičnog postupka, odnosno postupanja, potrebno je sagledati kako se na taj fenomen odražava postupanje u svakoj fazi postupka, pa i postupanje određenih organa i lica prije krivičnog postupka jer je i to značajno za izvršenje ukupnog zadatka krivičnog postupka. Uz to, specifičnost krivičnog postupka ogleda se i u tome što je vršenje djelatnosti distribuirano na više institucija sa različitom tehnologijom rada i organizacijom, što u njemu značajno učešće imaju i lica koja nisu u sastavu institucija (svjedoci, branilac, okrivljeni i slično). Zbog toga efikasnost krivičnog postupka ne zavisi samo od stanja u institucijama koje ga vrše, već i od njihovih međusobnih odnosa, kao i od ponašanja lica koja učestvuju u ovoj djelatnosti, a koja nisu uključena u institucije koje vrše ovu djelatnost.²¹

U teoriji ne postoji saglasnost šta se podrazumijeva pod efikasnošću krivičnog postupka. Bez sumnje značajnu komponentu efikasnosti, ali ne i jedinu, čini brzina, odnosno vremenski razmak od pokretanja krivičnog postupka, pa do donošenja pravosnažne presude. Brz postupak je u interesu ne samo okrivljenog, kad se to sagleda sa stanovišta mogućih pravnih posljedica koje su povezane sa krivičnim postupkom, nego i u interesu oštećenog, pogotovo ako je sudska odluka osnov za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva. Međutim, efikasnost krivičnog postupka ne smije se svesti samo na brzinu postupka. Razlozi kriminalne politike opravdavaju brzinu postupka samo do one mjere dok ne utiče na zakonitost vođenja krivičnog postupka i donošenja pravilne i zakonite sudske odluke. Efikasnost krivičnog postupka ne može se vrednovati izvan granica zakonitosti – postupak može da bude efikasan samo ako je zakonito pokrenut, vođen i okončan pravilnom i zakonitom sudskom odlukom. Dakle, efikasan krivični postupak ima dvije komponente – kvantitativnu (dužinu trajanja) i kvalitativnu (donošenje zakonite i pravilne odluke).

Međusobni odnosi krivičnoprocesnih subjekata, naročito na relaciji sud – državni tužilac – odbrana, u znatnoj mjeri determinišu efikasnost krivičnog postupka. Ne treba zanemariti ni djelatnost policijskih organa koji nastupaju u izviđaju, izuzetno i u prethodnom postupku, jer kad ovi organi u poslovima koji im pripadaju po zakonu ili u povjerenim poslovima propuste da ih uspješno završe, najčešće se ti propusti u daljem toku postupka ne mogu valjano konvalidirati od strane drugih organa. Aktivni međusobni odnos i saradnja krivičnoprocesnih subjekata treba da bude obilježje cijelog toka krivičnog postupka, s tim što konkretan vid odnosa i saradnje zavisi od faze krivičnog postupka. Uz naprijed navedene faktore i zloupotreba prava²² je faktor koji ima uticaja na efikasnost krivičnog postupka, posebno na njegovu kvantita-

²¹ Vidjeti: dr Jovan Pavlica, *Efikasnost krivičnog postupka*, JRKK br. 4, 1985, str. 56.

²² O tome šire vidjeti dr Vojislav Đurđić, *Zloupotreba vlasti organa krivičnog gonjenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996, Tematski broj, „Zloupotreba prava“.

tivnu komponentu. Zloupotreba prava od strane krivičnoprocesnih subjekata može da se izvrši nečinjenjem i kad je riječ o državnim organima, to je vezano, na primjer za instruktivne rokove (nepodizanje optužnice u zakonskom roku ili propuštanje da se u zakonskom roku pismeno izradi presuda) ili, kad je u pitanju okrivljeni, izbjegavanje prijema poziva i slično. Kad je u pitanju činjenje onda to može da bude, na primjer, predlaganje izvođenja dokaza iako to neće imati nikakav značaj.

Na efikasnost krivičnog postupka utiču i tzv. normativni faktori, dakle oni što neposredno izvire iz normi ZKP. U tom smislu cilj reformi, između ostalog, bio je i poboljšanje efikasnosti krivičnog postupka.

I Načela krivičnog postupka i efikasnost krivičnog postupka

Da li načela krivičnog postupka mogu da imaju uticaja na efikasnost krivičnog postupka, teško je sa sigurnošću reći, jer nemamo egzaktnih podataka za bilo kakvu tvrdnju. Istina, u literaturi se može naći mišljenje da načela kojima se obezbeđuje povoljniji položaj okrivljenog u krivičnom postupku, protivreče efikasnosti krivičnog postupka²³ što se ne može prihvatiti, jer je u interesu okrivljenog da krivični postupak bude efikasan. Načelo zakonitosti, koje zahtijeva da sve radnje i odluke u krivičnom postupku budu u skladu sa pravilima utvrđenim ZKP-om i da se krivične sankcije izriču pod uslovima koje predviđa krivični Zakon i na osnovu zakonito sprovedenog krivičnog postupka, ne protivrječi zahtjevu da krivični postupak bude efikasan, ako se efikasnost posmatra sa aspekta ukupnog zadatka krivičnog postupka, a ne samo sa aspekta izricanja krivične sankcije.

Zadatak krivičnog postupka jeste utvrđivanje istine, pa ako smo efikasnost krivičnog postupka definisali ne samo sa aspekta brzine postupka, nego i sa aspekta zakonitog vođenja postupka i donošenja pravilne i zakonite presude, onda se načelo utvrđivanja istine i efikasnost krivičnog postupka ne isključuju, nego dopunjuju.

Načelo usmenosti i neposrednosti zahtijeva učešće stranaka i drugih lica na glavnom pretresu, pa njihov nedolazak često uzrokuje odlaganje glavnog pretresa, te se na taj način postupak odugovlači. Međutim, treba naglasiti da tu nije problem u ovim načelima, nego u mjerama za obezbeđenje prisustva ovih lica na glavnom pretresu.

²³ Dr Mirjan Damaška, *Prilog u publikaciji „Problemi prethodnog krivičnog postupka“*, Beograd, 1971, izd. Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, str. 213.

II Uprošćene procesne forme i efikasnost krivičnog postupka

Jedan od instituta za unapređenje efikasnosti krivičnog postupka jeste i uprošćavanje tradicionalnih procesnih formi, odnosno diferencijacija procesnih formi (postupaka), tj. paralelno egzistiranje jedne opšte forme krivičnog postupka (redovni krivični postupak) i određenog broja posebnih formi postupaka, čiji je osnovni smisao da se preko tih posebnih formi doprinese efikasnosti krivičnog postupka. Savremena zakonodavstva sve manje preferiraju opštu procesnu formu, jer je ona neekonomična i u odnosu na sredstva i u odnosu na vrijeme i sve više pribjegavaju uprošćenim procesnim formama. Zahtjev ka pojednostavljenju procesne forme počiva na načelu srazmjernosti između procesne forme i predmeta suđenja (jednostavnom predmetu suđenja prilagoditi isto tako jednostavnu procesnu formu)²⁴, pri čemu ne treba izgubiti iz vida da osnovna prava okrivljenog predstavljaju graničnu liniju ispod koje se ne bi moglo ići na pojednostavljenje procesne forme.

Posebne procesne forme karakterišu se posebnim osnovom i posebnom strukturom. Posebnost osnova pojednostavljenih procesnih formi nalazi se u osobenostima procesnih objekata (predmet) ili u ponašanju (držanju) procesnih subjekata. Kad je riječ o procesnom objektu kao osnovu za reglamentaciju pojednostavljenih formi postupka od značaja mogu da budu kako materijalnopravne, tako i procesnopravne implikacije procesnih objekata. Sa materijalnopravnog aspekta od značaja je: a) značaj i težina krivičnog djela; b) vrsta i priroda krivičnog djela. Sa procesnopravnog aspekta najznačajnija je činjenična građa i stanje dokaza.

U savremenom zakonodavstvu pored osobenosti procesnog objekta kao osnova pojednostavljenju procesne forme, osnov za uprošćavanje može da se nađe i u osobenostima procesnih subjekata, odnosno posebnostima njihovog držanja u krivičnom postupku. Te osobenosti subjekata mogu da fungiraju kao samostalni osnov uprošćavanja procesnih formi. Između tih osobenosti procesnih subjekata relevantnih za uprošćavanje procesne forme u zakonodavstvu se, uglavnom, izdvajaju priznanje okrivljenog, sporazum o priznanju krivice, kao i saglasnost subjekata u izboru procesne forme.

Odstupanje od opšte forme u legislativnom pogledu može da bude izraženo na različite načine. Jedan od mogućih načina jeste da se u potpunosti reglementira posebna forma za pojedina krivična djela ili za učinioce. Drugi

²⁴ Vidjeti: dr Snežana Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004, str. 166; dr Vojislav Đurđić, *Uprošćene procesne forme kao instrument racionalizacije krivičnog postupka*, Zbornik „Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta, Bijeljina, 2010, str. 63–93.

način jeste da se u ZKP reguliše samo odstupanje od opšte forme krivičnog postupka, što znači da se opšta forma krivičnog postupka primjenjuje u dijelu koji nije regulisan posebnim odredbama.

a) Skraćeni krivični postupak

Kada je riječ o pojednostavljenju forme postupanja rešenja u zakonodavstvu Crne Gore u dobroj mjeri prate evropske standarde, pa ćemo se u nastavku ukratko osvrnuti na te pojednostavljene forme postupanja. Što se tiče pojednostavljenih procesnih formi, one u svjetlu odredaba ZKP najviše dolaze do izražaja u skraćenom krivičnom postupku koji se vodi za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina. Skraćeni krivični postupak u odnosu na redovni ima niz osobenosti počev od same strukture postupka, pojednostavljenja ili izostanka pojedinih teza krivičnog postupka, modifikovanja pojedinih instituta iz opšteg postupka i slično. On nije vezan za vrstu sudova, kao što je ranije bilo, gdje se skraćeni postupak mogao voditi samo u sudovima koji sude u prvom stepenu, nego samo za težinu djela izraženu vrstom i visinom zapriječene kazne.

b) Izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa

Kao što je učinjeno u zakonodavstvima nekih zemalja²⁵, u naše zakonodavstvo je uvedena još jedna procesna forma zasnovana na izostanku glavnog pretresa koja se vodi kada su u pitanju krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili zatvor do tri godine, pod uslovom da državni tužilac stavi predlog za izricanje krivične sankcije bez glavnog pretresa, da okrivljeni na to pristane i da je prethodno saslušan. Ako imamo u vidu da kaznenu politiku naših sudova karakteriše dominantan broj uslovnih osuda, novčanih kazni i kratkih kazni zatvora²⁶, to je dovoljan motiv zakonodavcu da ovaj institut uvede u naše zakonodavstvo. Ova vrsta postupka je po svojoj formi najbliža mandatnoj formi postupka kao skraćenom načinu utvrđivanja činjenica i okolnosti vezanih za donošenje odluke. Zakonik kaže da državni tužilac stavlja predlog „kada ocijeni da održavanje pretresa nije potrebno“ čime on na sebe preuzima odgovornost da procjenjuje da li je činjenično stanje dovoljno razjašnjeno i prije glavnog pretresa, pa je bespotrebno da se on održava. U svakom slu-

²⁵ O tome šire: dr Danilo Nikolić, *Postupci za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa*, Zbornik „Krivično zakonodavstvo Državne zajednice Srbije i Crne Gore“, Beograd, 2003, str. 261–297.

²⁶ O tome šire: dr Darko Radulović, *Alternative kazni zatvora*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2009.

čaju nužno je postojanje konkretnih činjenica koje, uz podatke dobijene od okrivljenog njegovim prethodnim saslušanjem, omogućuju sudu odlučivanje o konkretnoj krivičnoj stvari. Državni tužilac mora da pođe od uloge glavnog pretresa u zasnivanju sudske odluke. Ako se odlučivanje zasniva na primjeni prava na konkretne činjenice koje su rezultat dokazivanja, onda procjenu o nepotrebnosti glavnog pretresa treba dati sa stanovišta da su i raspoloživi dokazi o relevantnim činjenicama od kojih zavisi ocjena o osnovanosti optužnog zahtjeva takvi da eliminišu potrebu održavanja glavnog pretresa.

Iako je ovaj postupak proširen i na krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine, opet sud ne može izreći zatvorsku kaznu nego samo novčanu kaznu, kaznu rada u javnom interesu, uslovnu osudu i sudsku opomenu, što predstavlja određenu pogodnost za okrivljenog. No, bez obzira na to što je ovaj institut zamišljen kao pogodan model za poboljšanje efikasnosti krivičnog postupka, pa iako u našem zakonodavstvu postoji od 2003, on se još ne primjenjuje u praksi.

c) Oportunitet krivičnog gonjenja i efikasnost krivičnog postupka

Naše zakonodavstvo je usvojilo načelo legaliteta kao osnovno načelo propisujući (čl. 19) „da je državni tužilac dužan da preduzme krivično gonjenje kad postoje osnovi sumnje da je određeno lice učinilo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, ako ZKP-om nije drugačije određeno“. Iz ovog zakonskog određenja načela legaliteta krivičnog gonjenja može se zaključiti da je zakonodavcu ostavljeno da propiše u kojim slučajevima se može odstupiti od ovog načela, što je naš zakonodavac učinio propisujući dva vida oportuniteta krivičnog gonjenja – odloženo krivično gonjenje ili tzv. diverzija krivičnog postupka (čl. 272) i odbačaj krivične prijave iz razloga pravičnosti (čl. 273). I ovaj institut u naše zakonodavstvo, kao i u uporedna zakonodavstva, uveden je radi pojednostavljenja krivičnog postupka. Osnov za reglementaciju ovog instituta nalazi se u Preporuci br. P(87)18 Savjeta ministara u vezi sa pojednostavljenjem krivičnog pravosuđa²⁷, te u Preporuci Rac(2000)19 u vezi sa ulogom državnog tužioca u krivičnopravnom sistemu²⁸. U ovim preporukama precizira se cilj ovog načela, uslovi u okviru kojih bi trebalo da se primjenjuje, kriteriji koji mogu poslužiti kao referenca prilikom odlučivanja u pojedinačnim slučajevima kako bi se ostvarila zaštita od proizvoljnog donošenja odluka kod primjenjivanja načela diskrecionog gonjenja²⁹.

²⁷ Usvojena od strane Savjeta ministara na 410. sjednici 17. 9. 1987.

²⁸ Usvojena od strane Savjeta ministara na 724. sjednici 6. 10. 2000.

²⁹ O tome šire: mr Jasmina Kiurski, *Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj*

Načelo oportuniteta ne daje ovlaštenje državnom tužiocu da proizvoljno rješava o gonjenju ili negonjenju učinioca krivičnog djela nego to mora da cijeni sa stanovišta javnog interesa³⁰. U tom smislu se ovo načelo u teoriji i definiše kao obaveza organa krivičnog gonjenja da vrši funkciju krivičnog gonjenja ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi i ako je to u konkretnom slučaju svrsishodno s obzirom na javni interes³¹. Ovdje se nećemo šire baviti ovim značajnim institutom, samo da navedemo da je on u naše zakonodavstvo uveden 2003. godine, te da je u početku malo primjenjivan u praksi, ali je odskora u široj primjeni. Kad je riječ o obavezama koje se određuju kod odloženog krivičnog gonjenja najčešća je plaćanje određenog novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove. Mišljenja smo da i druge mjere predviđene u članu 272 mogu da ostvare, možda i u većoj mjeri, svrhu oportuniteta. Tu na prvom mjestu mislimo na obavezu izmirenja dopjele obaveze izdržavanja, imajući u vidu da je osnovni smisao načela oportuniteta restorativna pravda.

d) Sporazum o priznanju krivice i efikasnost krivičnog postupka

Novim ZKP-om u naše krivično procesno zakonodavstvo uveden je još jedan institut tipičan za američko zakonodavstvo kojim se željelo doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka, a to je sporazum o priznanju krivice. Prostor nam ne dozvoljava da se šire bavimo ovim pitanjem³², pa ćemo se osvrnuti samo na neka pitanja i ukazati na moguće probleme u praksi. Ovaj institut je prvobitno zamišljen samo za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili zatvor do deset godina, da bi izmjenama i dopunama ZKP-a iz 2015. godine pravni okvir primjene ovog instituta bio proširen na sva krivična djela osim krivičnog djela ratnog zločina i terorizma. Takođe do novele ZKP-a iz

primjeni, Zbornik „Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu – teorijski i praktični aspekt“, Zlatibor, 2011, str. 180.

³⁰ Dr Vojislav Đurđić, *Načelo krivičnog gonjenja i njihov doprinos efikasnosti krivičnog postupka*, Zbornik „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Zlatibor, 2009, str. 91; dr Stanko Bejatović, *Oportunitet krivičnog gonjenja i novi ZKP RS*, Zbornik „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva – normativni i praktični aspekt“, Zlatibor, 2012, str. 130.

³¹ Snežana Cigler, *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja*, Novi Sad, 1995, str. 23.

³² Šire o tome: dr Danilo Nikolić, *Stranački sporazum o krivici*, Službeni glasnik, Beograd, 2009; dr Vojislav Đurđić, *Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku*, RKK, br. 3, 2009; dr Stanko Bejatović, *Sporazum o priznanju krivice i druge pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije kao normativni instrumenti efikasnosti krivičnog postupka*, Zbornik „Pravni sistem Srbije i standardi EU i SE“, knjiga 4, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2009; dr Milan Škulić, „Stranački sporazumi u krivičnom postupku – ‘nužno zlo’ racionalna sumorno krivičnoprocesna forma“, *Pravna riječ*, br. 48, 2016; dr Vanja Bajović, *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009.

2015. sporazum je bio vezan samo za optužnicu i subjekt pregovaranja je bio državni tužilac i okrivljeni, da bi pomenutim izmjenama ovaj institut bio proširen na sve optužne akte (optužnicu, optužni predlog i privatnu službu)³³ i na osumnjičenog, odnosno okrivljenog (što znači da se o priznanju krivice može pregovarati i u izviđaju). Izmjena je učinjena time što je sada jasno naznačeno da ako je sporazum zaključen prije podizanja optužnice odnosno podnošenja optužnog predloga, državni tužilac će zajedno sa sporazumom sudu dostaviti i ove optužne akte. Nesumnjivo da je stranačka nagodba pogodno sredstvo u slučajevima kada državni tužilac očekuje da će imati teškoća da obezbijedi dokaze za osuđujuću presudu³⁴, pa nagodbom „primorava“ okrivljenog da prihvati manju kaznu od one koja mu prijete kad se stvar presudi u redovnom krivičnom postupku³⁵. Predlog za zaključenje sporazuma može da potekne od državnog tužioca, a može od osumnjičenog, okrivljenog i branioca. Pri tome se ne određuje forma tog predloga, kao što je to uređeno kad je riječ o sporazumu. Mislimo da predlog treba da bude u pismenoj formi i u pravnom smislu u vidu ponude. Strankama se ostavlja potpuna sloboda prilikom pregovaranja o uslovima pod kojima se može zaključiti sporazum, a sud nema nikakva prava ni u pogledu inicijative, ni u pogledu procesa pregovaranja i zaključivanja sporazuma. Iako se može pregovarati u svim fazama krivičnog postupka, pa i u izviđaju, zaključno sa prvim ročištem za glavni pretres, ima mišljenja da zaključenje sporazuma ima smisla samo ako tužilac podizanjem optužnog akta zahtijeva da se okrivljeni izvede na glavni pretres³⁶, odnosno poslije potvrđivanja optužnice³⁷. To što se ne traži da je optužnica potvrđena, bar teorijski, u praksi može da stvori određene probleme. Naime, moglo bi se doći u situaciju da se od predsjednika vijeća traži da razmatra sporazum o priznanju krivice, a to isto vijeće prethodno nije potvrdilo optužnicu. Zato smo mišljenja da do pregovaranja može da dođe u svim fazama krivičnog postupka, pa i u izviđaju, a procesna radnja razmatranja sporazuma o priznanju krivice je moguća nakon potvrđivanja optužnice.

Odlučujući o sporazumu o priznanju krivice sud će donijeti odluku koja odgovara sadržini sporazuma i ako su ispunjeni uslovi iz člana 302 ZKP-a. Jedan od bitnih uslova jeste i da je sporazum u skladu sa interesima pravič-

³³ Nije nam jasno otkud se u čl. 300 ZKP pominje i privatna tužba kada je u st. 1 čl. 300 izričito rečeno da se sporazum o priznanju krivice isključivo odnosi na krivična djela za koja se goni po službenoj dužnosti.

³⁴ Dr Vojislav Đurđić, *Stranački sporazum...* str. 86.

³⁵ Dr Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo*, II, Banja Luka, 2006, str. 82.

³⁶ Dr Vojislav Đurđić, *Stranački sporazum....* str. 87.

³⁷ Dr Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2009, str. 356; dr Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo*, Banja Luka, 2009, str. 338.

nosti i da sankcija odgovara svrsi izricanja krivičnih sankcija. Na šta se misli kada se kaže da je sporazum u skladu sa interesima pravičnosti, odnosno na koga se to odnosi? Pošto je okrivljeni sudionik pregovaranja i sporazumijevanja, on će pristati na ono što je za njega pravično. Na drugoj strani pošto se pri zaključenju sporazuma pazi da njime nisu povređena prava oštećenog, onda se naprijed pominjani „interesi pravičnosti“ ne odnose ni na oštećenog. Zaključak bi bio da se „interesi pravičnosti“ odnose na opšte (društvene) interese koje zastupa držani tužilac ne kao stranka, nego kao državni organ i ti „interesi pravičnosti“ mu ograničavaju manevarski prostor prilikom pregovaranja i ograničavaju njegovu arbitrarnost, jer je ovdje državni tužilac faktički u ulozi suda budući da ono što tu dogovori sud samo potvrđuje. U tom smislu, ako je slobodno sudijsko uvjerenje ograničeno tzv. razumnim sudijskim uvjerenjem, tako je sloboda državnog tužioca prilikom pregovaranja ograničena opštim interesima pravičnosti (jednom vrstom razumnog uvjerenja). Kao predstavnik države, on se mora pridržavati svih pravila materijalnog prava u odmjeravanju kazne, i granicama o ublažavanju kazne, te izricanju drugih krivičnih sankcija.

e) Tužilačka istraga i efikasnost krivičnog postupka

Centralno pitanje prilikom donošenja novog ZKP-a bilo je pitanje modela istrage, da li da se i dalje zadrži sudski koncept istrage ili preći na tužilačku istragu, to tim prije što ni u teoriji nisu jedinstvena mišljenja po tom pitanju, tako da i danas imamo pristalica i jednog i drugog modela istrage³⁸ Imajući u vidu da je tužilačka istraga trend (ali ne i standard jer pored tužilačke u savremenom zakonodavstvu postoje i drugi modeli istrage) u savremenom kontinentalnom evropskom pravu, čak i u onim zemljama koje se smatraju rodonačelnicima sudske istrage, novi ZKP se opredijelio na tužilački koncept istrage. Bilo je razmišljanja da se ovaj korak napravi i prilikom donošenja ZKP-a 2003. godine, ali je tada ocijenjeno da još nisu sazreli uslovi za takvu jednu promjenu, počev od (ne)spremnosti državnotužilačke organizacije da preuzme ovako težak zadatak, pa do toga da je sudska istraga već garant za-

³⁸ Vidjeti dr Stanko Bejatović, *Tužilačko-policijski koncept istrage*, Zbornik „Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni, Zlatibor, 2009; dr Vojislav Đurđić, *Koncepcijska dosljednost tužilačke istrage i novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije*, RKK br. 1, 2007; dr Momčilo Grubač, *Kritika predloga novog Zakonika o krivičnom postupku*, Zbornik „Novo krivično zakonodavstvo“, Beograd, 2006; dr Đorđe Lazin, *Sudska istraga – dileme i problemi*, Zbornik „Novo krivično zakonodavstvo“, Beograd, 2005; dr Drago Radulović, *Koncepcija istrage u krivičnom postupku u svijetlu novog krivičnog procesnog zakonodavstva*, Zbornik „Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnog procesna zakonodavstva“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2012.

štite ljudskih prava i sloboda. Međutim, ovaj poslednji razlog danas više ne postoji, između ostalog, zato što su ljudska prava internacionalizovana tako da im više ne prijete opasnost od bilo kog organa kojem je istraga povjerena. Jer, u uslovima eksterne kontrole svi će domaći organi vlasti biti obazrivi i pažljivi prema građanima i njihovim ljudskim pravima³⁹. Pored toga, tamo gdje se u istrazi ograničavaju prava i slobode okrivljenog (kao što je pritvor, pretresanje stana i slično) odluku donosi sudija za istragu.

Da li tužilačka istraga može doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka? Prevladava mišljenje da će prelazak sa sudske na tužilačku istragu doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka i većoj ažurnosti sudova⁴⁰. Međutim, još nije utvrđeno na bazi nekih istraživanja da li će promjena koncepta istrage doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka, pa se može postaviti pitanje na osnovu kojih pokazatelja se može govoriti o neefikasnosti sudske istrage. Pitanje je da li i tuđa iskustva u pogledu trajanja istrage u zemljama nakon prelaska na tužilačko-policijski model istrage⁴¹ (gdje je zabilježeno poboljšanje efikasnosti postupka istrage) pa čak i u zemljama iz našeg neposrednog okruženja⁴², nama, sama po sebi, ne mogu da posluže kao indikator promjena.

Bez obzira na promjenu koncepta istrage ona je, u najvećem dijelu, uređena kao i sudska po pitanjima svrhe istrage, otvorenosti istrage, prekida i obustave i slično. Promjena koncepta istrage trebalo bi da se odrazi i na procesna načela istine, pravičnosti a posebno načela neposrednosti i kontradiktornosti. Zapravo, sa stanovišta prirode istrage i pravnih standarda neprihvatljivo je da dokazi izvedeni od strane državnog tužioca imaju istu snagu kao da je te dokaze izveo sud. Zato bi svi dokazi koji su u istrazi izvedeni od nesudskih organa morali da se ponovo izvedu na glavnom pretresu. Dok je istraga bila sudska sud je mogao da presudu zasniva na dokazima iz istrage, bez njihovog ponovnog izvođenja na glavnom pretresu jer su oni izvedeni od strane suda (istražnog sudije). Dakle, u novom konceptu istrage izuzeci od načela neposrednosti trebalo bi da budu još više reducirani. Da li je naš zakonodavac tako postupio? Ako bismo pogledali neke odredbe ZKP-a o izvođenju dokaza u izviđaju i u istrazi, onda bismo mogli zaključiti da različitu dokaznu snagu imaju dokazi izvedeni od strane državnog tužioca i sudije za istragu.

³⁹ Dr Momčilo Grubač, *Kritika novog Zakonika o krivičnom postupku*, RKK, br. 2, 2006, str. 29.

⁴⁰ Dr Stanko Bejatović, *Opšteprihvaćeni pravni standardi i Predlog Zakonika o krivičnom postupku*, RKK, br. 2, 2006, str. 47.

⁴¹ Vidjeti Lowe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Graskomentar, 23. Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1988, str. 160–169.

⁴² Vidjeti dr Miodrag Simović, *O nekim iskustvima u funkcionisanju novog krivičnog procesnog zakonodavstva BiH*, Zbornik „Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo“, Zlatibor, 2005, str. 611–639.

Tako je u članu 269 st. 1 i u članu 276 st. 2 predviđeno sudsko obezbjeđenje dokaza u izviđaju i istrazi. Ako u toku izviđaja državni tužilac ocijeni da postoji opasnost da se lice usljed starosti, bolesti ili drugih važnih razloga neće moći saslušati na glavnom pretresu, predložiće sudiji za istragu da sasluša to lice kao svjedoka u skladu sa pravilima o saslušanju svjedoka, čime je tom saslušanju zakonodavac dao veću dokaznu snagu, jer ako bi se to saslušanje moglo ponoviti i na glavnom pretresu, onda ne bi bilo potrebe da tu radnju obavlja sudija za istragu. Dakle, ratio legis se zasniva upravo na tome da dokaz izveden od strane suda može da na glavnom pretresu bude posredno korišćen (čitanjem zapisnika). Nešto drugačije shvatanje ratio legisa po ovom pitanju možemo naći u literaturi gdje se ističe da iskazi dati državnom tužiocu u izviđaju, odnosno u istrazi, mogu ostvariti dokaznu vrijednost na glavnom pretresu s tim što dokazi koje je izveo sud imaju nešto viši stepen dokaznog kredibiliteta⁴³.

Ako pogledamo odredbu člana 356 koja govori o izuzecima od načela neposrednosti, onda možemo zapaziti da se tu skoro ništa nije promijenilo, pa se kao i ranije umjesto neposrednog saslušanja određenih lica na glavnom pretresu mogu pročitati zapisnici o njihovom saslušanju u istrazi bez obzira na to ko je tu radnju u istrazi, pa i u izviđaju obavio. To nije u skladu sa tužilačkim konceptom istrage.

Pitanje svrhe istrage uređeno je kao i u sudskom konceptu istrage. U tom smislu u istrazi se izvode dokazi za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano. U praksi se to, uglavnom, svodi na saslušanje svjedoka, pa se postavlja pitanje ko će obaviti tu dokaznu radnju. Bez obzira na to što se to izričito ne pominje mislimo da bi, shodno načelu neposrednosti, to trebalo da izvrši sudija za istragu jer je riječ o potrebi sudskog obezbeđenja dokaza za glavni pretres.

f) Kontrola optužnice i efikasnost krivičnog postupka

Uvođenje tužilačke istrage u naše krivičnoprocesno zakonodavstvo neminovno je uzrokovalo promjenu modela kontrole optužbe. Pošto se u ovom konceptu istrage tek podizanjem optužnice sud uključuje u krivični postupak (krivičnoprocesni odnos), onda je nužno bilo predvidjeti da svaka optužnica ide na kontrolu sudu. Prvobitno je to bilo uređeno da svaka optužnica ide na kontrolu vijeću iz člana 24 st. 7, ali je novelom ZKP iz 2015. godine učinjena izmjena pa kontrolu optužnice za krivična djela za koja je propisana kazna

⁴³ Dr Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009, str. 785.

zatvora do deset godina vrši predsjednik vijeća, a za teža djela vijeće, za šta smo se i ranije zalagali⁴⁴. Okrivljeni se upoznao sa optužnicom tek nakon što bude potvrđena i nakon toga dostavljena. To je ocijenjeno kao nepravično, pa je novelom unesena odredba kojom je predviđeno obavezno zakazivanje ročišta odmah po prijemu optužnice na koje ročište se poziva tužilac, okrivljeni i branilac i u pozivu se upoznaju da će se ročište održati i u njihovom odsustvu ukoliko se na uredan poziv ne odazovu. Predsjednik vijeća upoznaje prisutne sa optužnicom koja je sudu dostavljena radi kontrole i potvrđivanja. Tužilac iznosi dokaze na kojima se optužnica zasniva, a okrivljeni i branilac mogu da ukažu na propuste u istrazi ili na nezakonite dokaze ili da nema dovoljno dokaza za osnovanu sumnju da je okrivljeni izvršio krivično djelo koje je predmet optužbe, kao i da ukaže na dokaze koji idu u korist okrivljenog. Vršeci kontrolu optužnice sud nije ovlašćen da cijeni da li činjenice i okolnosti iznesene u optužnici pružaju pouzdan dokaz da je okrivljeni učinio krivično djelo, niti da li je to dovoljno da optuženi bude oglašen krivim, jer to za optužnicu nije potrebno. Za potvrđivanje optužnice je dovoljno da se iz izvedenih dokaza može zaključiti da je okrivljeni osnovano sumnjiv da je učinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.

Normativna osnova za zaštitu sloboda i prava čovjeka

1. Savremena zakonodavstva nastoje da obezbijede normativnu osnovu za efikasan krivični postupak, ali, s druge strane, nastoje da se to ne odrazi negativno na drugu tendenciju na kojoj počiva svaki krivični postupak, a to je zaštita prava i sloboda. Kada se govori o slobodama i pravima čovjeka u krivičnom postupku, obično se misli na okrivljenog, pri tome zaboravljajući da u krivičnom postupku postoje i drugi subjekti o čijim pravima takođe treba voditi računa, a to je oštećeni i svjedok. Oštećeni u krivičnom postupku ima ne samo imovinski interes izražen u imovinskopравnom zahtjevu, nego ima i javno-pravni interes (interes za kažnjavanjem) koji je ugrađen u opšti interes za kažnjavanjem i posebno se ne izdvaja sve dotle dok državni tužilac ne odustane od gonjenja ili ga i ne preduzme. Odustankom državnog tužioca od gonjenja oživljava oštećenikov javnopravni interes pa on, u svojstvu supsidijarnog tužioca nastupa kao korektiv eventualnog nezakonitog rada državnog tužioca.

⁴⁴ O tome šire: dr Drago Radulović, *Sudska kontrola optužnice u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Crne Gore*, Zbornik „Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet“, Zlatibor, 2014, str. 243–253.

2. Mjere procesne i vanprocesne zaštite svjedoka koje su uvedene u naše zakonodavstvo, kao i sva savremena zakonodavstva, predstavljaju svojevrsan zaokret i u zakonodavstvu i u teoriji gdje se naglasak stavlja i na prava svjedoka, za razliku od dosadašnjeg tradicionalnog apostrofiranja njegovih dužnosti⁴⁵. Razlozi za reglementaciju zaštite svjedoka su višestruki. Prvo, i pored sve izraženijeg korišćenja dostignuća ostvarenim u drugim naukama – tehničkim, biološkim, medicinskim i slično, iskaz svjedoka je i dalje ostao kao glavno dokazno sredstvo. Da bi svjedok dao maksimalan doprinos rasvjetljavanju i rješenju krivičnog djela, nužno je omogućiti maksimalnu zaštitu svjedoku i u krivičnom postupku i van krivičnog postupka.

Drugi razlog obavezivanja države na zaštitu svjedoka u krivičnom postupku nalazi se u sferi ljudskih prava, što odudara od uobičajenog vezivanja ljudskih prava za položaj okrivljenog u krivičnom postupku, kada se nerijetko demokratičnost jednog društva cijenila i po tome na koji način i u kojoj mjeri su zaštićena prava okrivljenog. Mislimo da se demokratičnost i humanost jednog društva može cijiniti i po tome kakav je položaj oštećenog (žrtve) i svjedoka u krivičnom postupku. Ako davanjem iskaza svjedok može da bude izložen opasnosti da njegovo pravo na život, slobodu, integritet, dostojanstvo, privatnost i slično, kao osnovno ljudsko pravo može biti ugroženo, onda je logično da zaštita svjedoka nije samo obaveza države, nego i pravo svjedoka⁴⁶. I Evropski sud za ljudska prava je u više navrata obavezivao države da preduzimaju mjere za osiguranje prava iz Evropske konvencije, a ne samo da se uzdrže od njihovog narušavanja. To zapravo znači da država svojim zakonima mora obezbijediti adekvatnu zaštitu tih prava ne samo od nosilaca državne vlasti, nego i od strane privatnih lica⁴⁷.

3. Što se pak tiče okrivljenog i njegovih prava i sloboda u krivičnom postupku, mislimo da naš ZKP ni u tom pogledu ne zaostaje za savremenim evropskim zakonodavstvom, pa po mnogim pitanjima prevazilazi one minimalne standarde koji su pred nacionalna zakonodavstva postavili opšteobave-

⁴⁵ O tome šire: dr Drago Radulović, „Mjere procesne zaštite svjedoka u krivičnom postupku u svjetlu novog krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije, Crne Gore i Republike Srpske“, *Pravna riječ*, br. 7, 2006, str. 235–251; dr Drago Radulović, *Mjere zaštite svjedoka i drugih učesnika u krivičnom postupku*, Zbornik „Novo krivično zakonodavstvo – dileme i problemi u teoriji i praksi“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2006, str. 369–379.

⁴⁶ O tome šire u obimnoj studiji dr Snežane Brkić, *Zaštita svjedoka u krivičnom postupku*, Novi Sad, 2005.

⁴⁷ Dr Ivana Simović-Hiber, *Pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti u svjetlu Evropske konvencije za zaštitu prava i osnovnih sloboda i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije i Crne Gore*, Zbornik „Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore“, Zlatibor, 2004, str. 362.

zujući međunarodni akti. To se na prvom mjestu odnosi na pravo na odbranu koje je znatno unapređeno u odnosu na pređašnje krivičnoprocesno zakonodavstvo, počev od proširenja prava na branioca i na osumnjičenog, pa do toga da se okrivljeni sa svojim braniocem može da dogovara, takoreći, o svemu (da li će iznositi odbranu ili neće odgovarati na pitanja i slično), jedino ne o tome da li će odgovarati na već postavljeno pitanje i kako će odgovoriti. Pravo na odbranu je Ustavom proklamovano kao značajno ljudsko pravo, a ZKP-om su granice prava na odbranu postavljene dovoljno široko i omogućuju efikasnu odbranu u svakom pravcu. Okrivljeni je slobodan u izboru načina odbrane, o čemu se može dogovarati sa svojim braniocem, može poricati izvršenje krivičnog djela, iznositi neistinite činjenice, koristiti se iskazima svedoka koji su neistiniti, a da mu se to ne uzme kao otežavajuća okolnost i slično.

4. Pravo na pravično i fer suđenje takođe je jedno od značajnih prava okrivljenog promovisano članom 6 EK, pa se u teoriji tretira kao vrhovno (stožerno) načelo krivičnog postupka⁴⁸, u čijoj biti je postupanje prema pojedincu u skladu sa autoritativnim pravnim standardima koje odgovara normativnim očekivanjima⁴⁹. Pravični krivični postupak bio bi postupak koji pronalazi ravnotežu između potrebe za zaštitom društva od kriminaliteta, s jedne strane, i potreba zaštite ljudskih prava i sloboda s druge strane. Iako načelo pravičnosti sve više potiskuje načelo istine, to nije učinjeno u našem ZKP-u, nego je u članu 16 ZKP-a već postojeće načelo istine „pojačano“ načelom pravičnosti, pri čemu treba imati u vidu da pravičnost krivičnog postupka nije vezana samo za njegov ishod (kako će se on okončati), nego subjektima, prvenstveno strankama, mora osigurati jednake mogućnosti uticanja na taj ishod. Načelo pravičnosti obavezuje i zakonodavca i sud, odnosno one koji primjenjuju zakon. Zakonodavca obavezuje na tzv. „samoograničenje“, tj. da donoseći krivičnoprocesne zakone dovede u ravnotežu pravo kažnjavanja sa pravima i slobodama građana, a sud, odnosno državne organe da primjenom zakona tu ravnotežu ne poremeti. Ovo načelo promovisano je i međunarodnim dokumentima (čl. 6 st. 1 EK i čl. 14 st. 1 MPGPP) kao i u ustavima savremenih država. U tom smislu u članu 32 Ustava Crne Gore je propisano da svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim, nepristrasnim i zakonom ustanovljenim sudom. Pravičnost krivičnog postupka često je bila predmet odlučivanja Evropskog suda za ljudska prava, pa je taj sud izdiferencirao dvije grupe kriterijuma na osnovu kojih se ci-

⁴⁸ Vidjeti dr Nikola Matovski, *Kazneno procesno pravo*, Skoplje, 2003, str. 98; dr Milan Škulić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, 2006, str. 103; dr Davor Kropac, *Kazneno procesno pravo*, Zagreb, 2000, str. 83.

⁴⁹ Dr Vojislav Đurđić, *Načelo pravičnosti postupka*, RKK, br. 3, 2006, str. 68.

jeni pravičnost krivičnog postupka: opšte, koji važe za stranke u krivičnom postupku i posebne, koji se odnose na okrivljenog. Opšti su: a) pravo stranaka da prisustvuju preduzimanju krivičnoprocesnih radnji, b) pravo stranke da preduzima sve što i protivna stranka, tzv. „jednakost oružja“, c) sudske odluke se ne smiju zasnivati na nezakonitim dokazima, i d) sudske odluke moraju biti obrazložene. Posebni elementi pravičnog postupka koje traži praksa Evropskog suda su vezani za okrivljenog, a odnose se na pretpostavku nevinosti i posebno jemstvo odbrane okrivljenog.

5. Pretpostavka nevinosti veoma je važna garancija prava okrivljenog u krivičnom postupku i kao jedan od uslova ravnopravnosti okrivljenog sa suprotnom strankom⁵⁰. Ona je sadržana i u međunarodnim dokumentima (čl. 6 st. 2 EK, i čl. 11 st. 1 Opšte deklaracije o pravima čovjeka OUN, čl. 14 st. 2 MPGPP) i u ustavima savremenih država i u krivičnoprocesnom zakonodavstvu. U istorijskom razvoju našeg krivičnoprocesnog zakonodavstva ona je bila različito formulisana u ZKP-u. Sve do donošenja ZKP-a iz 2003. ona je u zakonodavstvu bila propisana kao pretpostavka nekrivice („ne smatra se krivim“), da bi u ZKP-u od 2003. i u novom ZKP-u bila propisana u skladu sa međunarodnim dokumentima – „smatra se nevinim“. Međutim, bez obzira na nomotehničko određenje za pretpostavku nevinosti najznačajnije je (što je prihvaćeno i u praksi Evropskog suda): a) da se okrivljenom prilazi bez predrasuda i predubjeđenja, b) da teret dokazivanja nije na njemu i c) da se u slučaju sumnje u pogledu utvrđivanja činjenica postupa po pravilu in dubio pro reo.

6. Kao posljedica pretpostavke nevinosti jeste i način odlučivanja suda kada nakon dokaznog postupka nije dokazano da je okrivljeni kriv, što ishoduje oslobađajućom presudom. Ovo pravilo je u teoriji odavno poznato kao pravilo in dubio pro reo i korišćeno je u sudskoj praksi. Novo procesno zakonodavstvo Crne Gore je ovo pravilo „ozakonilo“, a to je jedno od ustavnih načela, s tim što postoje određene razlike u ustavnom i zakonskom određenju. U članu 3 st. 3 ZKP-a je propisano „ako i nakon pribavljanja svih raspoloživih dokaza i njihovog izvođenja u krivičnom postupku ostane sumnja u odnosu na postojanje nekog bitnog obilježja krivičnog djela ili u pogledu činjenica od kojih zavisi primjena neke odredbe KZ ili ZKP, sud će donijeti odluku koja je u korist okrivljenog.“ U članu 35 st. 2 Ustava propisano je da

⁵⁰ Vidjeti dr Momčilo Grubač, *Prezumpcija nevinosti kao element prava na pravično suđenje*, RKK br. 1, 2007.; dr Drago Radulović, *Pretpostavka nevinosti okrivljenog*, Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, broj 37, 2008; dr Zagorka Simić-Jekić, *Pretpostavka nevinosti*, JRKK, br. 4, 1977; dr Đorđe Lazin, *Sadržina i pravna priroda pretpostavke nevinosti*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5-6, 1981.

je „sumnju u pogledu krivice sud u obavezi da tumači u korist okrivljenog“⁵¹. Iz naprijed citiranih odredaba vidljivo je da je ustavno određenje znatno uže jer primjenu pravila in dubio pro reo veže samo za sumnju u pogledu krivice, a znamo da je krivica po novoj koncepciji pojma krivičnog djela, jedan od elemenata bića krivičnog djela.

7. Značaj međunarodnog standarda ima i načelo ne bis in idem (ne dva puta o istom) koji poznaju savremena zakonodavstva i međunarodni akti. U članu 6 st. 1 ZKP-a propisano je „da nikome ne može biti ponovo suđeno za krivično djelo za koje je pravosnažnom odlukom osuđen ili oslobođen optužbe“. Ovo načelo isključuje mogućnost da se krivičnoprocesni subjekt dva ili više puta istovremeno ili sukcesivno pojavi u istoj krivičnoj stvari i, drugo, da se po istom predmetu i sa istim strankama vodi više postupaka paralelno. Opravdava se razlozima pravičnosti i pravne sigurnosti građana i u savremene ustave i zakone uvode ga kao jedno od osnovnih ljudskih prava⁵¹, koje služi zaštiti okrivljenog od prekomjernog zadiranja državne vlasti u njegova prava i slobode, kao i da materijalna pravosnažnost predstavlja svojevrsnu sankciju za nepotpuno i nemarno istraživanje krivičnih djela od strane državne vlasti⁵².

8. U borbi protiv težih oblika kriminaliteta savremena zakonodavstva uvode nove mjere, odnosno radnje otkrivanja i dokazivanja tih djela, a to su specijalne istražne radnje, ili kako ih ZKP Crne Gore naziva – mjere tajnog nadzora, a osnov njihovog „ozakonjenja“ nalazi se i u međunarodnim pravnim aktima (čl. 8 st. 2 EK) i u Ustavu (čl. 42 st. 2). Prilikom reglamentacije ovih mjera vodilo se računa da se ne ugrozi ravnoteža između zahtjeva za efikasnošću krivičnog postupka i potrebe za zaštitom osnovnih prava građana, te su se u tom pogledu izdiferencirala neka najvažnija pitanja⁵³ kao što su: kad se pribjegava ovim mjerama, koji stepen sumnje treba da se ispuni da bi se mjere mogle odrediti, katalog krivičnih djela za koje se mjere mogu odrediti, organ koji određuje mjere, njihovo trajanje, pitanje dokaznog značaja slučajnog nalaza u odnosu na drugo krivično djelo i drugo lice i slično.

9. Imajući u vidu ograničeni prostor, ukratko smo se osvrnuli na neka zakonska rješenja iz novog ZKP-a i uporedili ih sa opšteobaveznim međunarodnim, odnosno evropskim standardima. Mislimo da je naše krivičnoprocesno zakonodavstvo, u dobroj mjeri, usaglašeno sa tim standardima, pa da je u

⁵¹ Dr Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Tok krivičnog postupka, Službeni glasnik, 2004, str. 146.

⁵² Claus Roxin, *Strafverfahrenrecht*, 22 Auflage, München, 1991, str. 411.

⁵³ Vidjeti dr Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica 2009.

nekim rešenjima otišlo i dalje od tih minimalnih standarda. To ne znači da ne treba i dalje nastaviti sa unapređenjem i osavremenjivanjem našeg zakonodavstva. Ali, čini nam se da je isto tako važno autoritet zakona podići na veći nivo. Isto tako, zakone, bez obzira na to koliko ih radili pod uticajem stranog zakonodavstva i sugestija stranih eksperata, treba usklađivati sa našom stvarnošću, te da budu primjenljivi i relaksirani od „normativnog romantizma“.

Ne treba previše insistirati ni na represivnosti krivičnog zakonodavstva, jer je davno rečeno da preventivna funkcija nije toliko u strogosti kazne, odnosno krivične sankcije, već u neminovnosti njene primjene na svakog učinioca krivičnog djela za kojeg se utvrdi da je kriv.

Professor dr. Drago Radulovic
Faculty of Law, University of Montenegro
Podgorica

REFORM OF CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION OF MONTENEGRO AND EUROPEAN INTEGRATION

Summary

The reform of criminal procedural legislation in Montenegro began even before its independence, back in the State Union of Serbia and Montenegro, with the adoption of the Criminal Procedure Code of December 2003, which fully regulated the criminal procedure matters. Shortly thereafter, the Law on Amendments to the Criminal Procedure Code was passed. The reform did not stop there and was followed by more extensive reform of 2009, when the Criminal Procedure Code was passed, introducing many new solutions compared to the previous one. The reform process continued in 2015, with the adoption of the Law on Amendments to the Criminal Procedure Code. This overview of reform shows that they were frequent, and it is not characteristic for this branch of law, which is among the stable legislative branches. The paper notes that laws used to be drafted in a hurry, often without previously conducted studies to determine the issues in the practical application of the current law, so the “studies” mainly boiled down to personal impressions of the working group that drafted the Law.

The reforms, or legislation drafting, started from several major issues. Firstly, the attempt was to make the national criminal procedural legislation compatible with the relevant international laws, and with European standards contained primarily in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and promoted by the decisions of the European Court of Human Rights. This does not mean that the previous national criminal procedural legislation, whose tradition continues, was not in accordance with the then ratified international laws.

Secondly, the criminal procedural legislation also had to be harmonized with the Constitution, which contained many provisions relating to criminal procedural matter.

Thirdly, the Code was also amended to include some solutions indicated by the national criminal procedure doctrine, or indicated by the practice, in addition to solutions from comparative legislation that were assessed as applicable to the national practice.

In terms of contents and the main objectives, two directions of the reform were emphasized - to create a normative basis for effective criminal proceedings and, secondly, to protect human freedom and rights to the greatest possible extent.

The paper, following the systematics of the Code, provides an overview of basic issues, starting from the principles of criminal procedure, subjects of the procedure and their changing role in the process in terms of taking certain actions, until the introduction of new legal concepts that were not known by the current national legislation. All these issues are perceived not only from the normative and theoretical aspect, but also in terms of compliance with European standards, which is one of the preconditions for European integration.

Keywords: *criminal procedural legislation, reform, European standards, European integration.*

УДК: 343.121:341.231.14

doi 10.7251/PR5217503T

Излагање са научног скупа

SLOBODA KAO VREDNOST I PRAVO NA LIČNU SLOBODU U KRIVIČNOM POSTUPKU

Dr Marko Trajković*

Dr Vojislav Đurđić**

***Apstrakt:** Sloboda predstavlja aksiološku kategoriju koja je kao takva probni kamen napretka ili spoticanja pravne države. Koliko je nesporna kao vrednost, toliko se isto pojavljuje sporenje oko njenih granica, što čini stvar komplikovanom, jer ni sa jednom drugom vrednošću nemamo takav „problem“. Niko ne želi da ograniči pravdu ili istinu, ali će se mnogi, opravdano ili ne, pitati šta sa apsolutnom slobodom. Tako će se sukobiti individualističko i nadindividualističko shvatanje, te će od rezultata tog sukoba i zavisiti odgovor na pitanje da li je sloboda vrednost ili puki termin koji se samo koristi u opštoj i krivičnopravnoj teoriji? Kada se sloboda kao vrednost potcrta u krivičnopravnoj i krivičnoprocesnoj teoriji, pitanje njenog, uslovno rečeno, ograničenja dobija svoju „ozbiljno“ praktičnu dimenziju, jer se otvara pitanje koliko slobode valja „dati“ čoveku. Iz ovog razloga sloboda kao vrednost stalno „izmiče“ krajnjem sudu o njenom „zahvatu“ u širini, dužini i dubini. Od ugovornih teorija pa do danas ostaje pitanje zašto smo i kome dali svoju slobodu. Obrazloženja su bila različita kroz vekove, a danas kada mislimo da sve „znamo“ izgleda da na pitanje može li se sloboda „izmeriti“ nismo dali valjan odgovor.*

***Ključne reči:** sloboda, vrednost, pravo, ograničenje lične slobode, evropski standardi.*

* Vanredni profesor Pravnog fakulteta u Nišu.

** Redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu.

Uvod

Sloboda jeste vrednost i ne samo to, već je i „od svih stvari najpreča“¹ ali se isuviše olako izgovara i koristi te je donekle počela da se shvata kao termin u „prigodnoj“ upotrebi. Dakle, umesto da se shvati kao „znak uzvišenog dostojanstva svake ljudske ličnosti“² ona je postala za pozitiviste „zgodan“ termin. Naravno da se sloboda ne može shvatiti niti svoditi na „samovoljno i nekontrolisano uživanje lične autonomije“.³ I baš ovde nastaje problem zahvata slobode, odnosno kako da ona ostane lično i neodvojivo svojstvo čoveka, koje neće prerasti u samovolju. Ovo zato što samovolja i sama predstavlja „razaranje slobode“.⁴

Kao moralna vrednost sloboda predstavlja „sposobnost odbijanja onoga što je moralno negativno, u kom god obliku da se javlja“.⁵ Ovo zapravo i određuje suštinu „odgovorne“ slobode, koja podrazumeva slobodu u kojoj biće nije „prisiljeno ispuniti“ nešto već „zadržava moć da se založi za njih ili protiv njih“.⁶ Iz tog razloga ona i jeste „pozitivna moć vlastitog određenja osobe“⁷ bez kojeg i nema čoveka. Čak i u perspektivi svetske pravne istorije sloboda će predstavljati „uzdizanje inicijative iznad slijepog svjetskog događanja“.⁸ Dok će njen antipod, nesloboda u pravu, predstavljati „ropstvo čoveka pod općim tijekom događanja“.⁹ Ono o čemu pravo mora da vodi računa je opasnost odricanja slobode, u ime ili za račun nekoga ili nečega, što će izazvati „moralnu niskost“¹⁰ kod čoveka.

Zato je moralna ravnoteža u pravu ista potrebi za slobodom. Zapravo, moralna ravnoteža jeste pretpostavka slobode. Ovo će posebno doći do izražaja u krivičnopravnoj teoriji i praksi, kako praksi formulisanja i donošenja propisa iz ove oblasti tako i u primeni tih propisa.

¹ Zapravo, izvorno stoji: *LIBERTATIS OMNIBUS REBUS FAVORABILIOR EST* („Sloboda je od svih stvari najpreča“), DIG, 50, 17; 122 (Navedeno prema: V. Kamps, *Javne vrline*, Filip Višnjić, Beograd, 2007, poledina knjige).

² Papsko veće za pravdu i mir, *Osnove socijalnog učenja Katoličke crkve*, Beograd, 2006, 106.

³ Ibid.

⁴ Racerger – Benedikt XVI, *Evropa, njeni temelji danas i sutra*, Beograd, 2010, 66.

⁵ Papsko veće za pravdu i mir, *Osnove socijalnog učenja Katoličke crkve*, 106.

⁶ N. Hartmann, *Etika*, Naklada „Ljevak“, Zagreb, 2003, 348.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., 349.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., 350.

1. Sloboda kao vrednosno svojstvo prava

Nije pitanje da li je sloboda „ontološka mogućnost“¹¹ jer ona to jeste. Postavlja se drugo pitanje – „kako je ona moguća?“¹² Dakle, opet smo ne na ontološkoj ravni, već na nivou implementacije vrednosti, odnosno na ravni „upotrebe slobode“.¹³ Problem sa vrednostima i uslovno rečeno njihovom raznovrsnošću direktno je vezan za njihovu primenu. Kod slobode je ovaj problem najpre ontološke prirode jer ona daje ontološko obrazloženje stvorenog bića. Ovde je veoma važno naglasiti da se kod određenja slobode nikako ne može raditi o pravnim uslovima za njeno ostvarenje kao o prvim uslovima. Prvi uslovi se nalaze u čitavom „lancu ontoloških uvjeta“¹⁴ pod kojima dolazi do ostvarenja slobode.

Posebno će za nas pravnike biti interesantna ontološko-aksiološka postavka slobode iznad ili ispod procesa determinacije koji dovodi do relacijskog odnosa „sloboda pod zakonom“ – „sloboda iznad zakona“.¹⁵ Dakle, uloga čoveka u realizaciji vrednosti slobode je nezamenljiva jer je to stvar „osobne inicijative“ te „ozbiljenje“ vrednosti „ne dolazi od samih vrednosti nego samo od osobe“.¹⁶ Utoliko se osoba u pravu i mora „istaći“ kao nosilac aktivnosti oko implementacije slobode.

Sloboda je izražena u pravu i prostoru njenog delovanja, u kojem vođa dela sama od sebe i nije „diktirana“. Međutim, tu i nastaje problem, jer se može desiti da se izbriše crta između „odgovorne“ slobode i čistog voluntarizma. Relacijska veza u vrednosti slobode koja će dovesti do njenog punog ostvarenja biće postavljena na razini „objektivno idealan“ i „subjektivno realan“¹⁷ što je posebno važno za pravo. Slobodu vezujemo za delanje, dok je u pravu je posebno značajno „institucionalno“ delanje. Ali se kao prepravno pitanje slobode delanja može reći da: „Gotovo sve slobode djelovanja mogu se ocijeniti kao pozitivne u izvanmoralnom smislu“.¹⁸ Možemo kao posebne još pomenuti i slobodu odlučivanja koju možemo označiti kao „moć čovjeka da sam po sebi odredi najviše mjerilo svakog svog praktičnog prosuđivanja

¹¹ N. Hartmann, *Etika*, 746.

¹² Ibid.

¹³ J. Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, Clio, Beograd, 2008, 39.

¹⁴ N. Hartmann, *Etika*, 746–747.

¹⁵ Ibid., 749.

¹⁶ Ibid., 754.

¹⁷ N. Hartmann, *Etika*, 758.

¹⁸ *Leksikon temeljnih religijskih pojmova: židovstvo, kršćanstvo, islam*, priredio A. Th. Khoury, Prometej, Zagreb, 2005, 440.

i postupanja...¹⁹ te slobodu postojanosti koja je odlučujuća za napredak jer podrazumeva čovekovu slobodu, ali i obavezu na neki način da se „pridržava svoje odluke za ćudoredno dobro“.²⁰ Sve ovo slobodu vezuje za odgovornost jer je ona „povezana sa slobodom ili autonomijom pojedinca kao i sa njegovom sposobnošću da obeća nešto sebi, i naročito, drugima sve do tačke odgovornosti za svoja dela“.²¹

Sloboda shvaćena na ovaj način delanja, odlučivanja i postojanosti ukazuje na potrebu da se ona kao vrednost mora shvatiti na širi način. U ovom relacijskom nizu delatnost – odlučivanje – postojanost nalazi se svako „simboličko izražavanje“²² koje mi kao ljudi preduzimamo. Da je ovaj relacijski niz veoma važan za koncipiranje vrednosti slobode potvrđuje nam postavka o slobodi izražavanja kao o javnom dobru i to ne „za svoga nosioca, već za javnost u celini“.²³ Iz tog razloga se i pravo može „odrediti kao mogućnost povezivanja opće uzajamne prisile sa svaćijom slobodom“.²⁴ Zapravo, radi se o uspostavljanju demokratskog sklada između monopola fizičkog nasilja kojim raspolaže država i slobode kojom mi raspolažemo. Čak je takođe moguće pitati da li je to uopšte moguće. Da li nam je država nužna u ostvarenju relacijskog odnosa između „opće slobode“ i „svaćije slobode“?²⁵ Ovim se potvrđuje da čovekova sloboda nije samo u „čovjekovoj duši, već jednako tako, ali i nužno, i u konkretnim životnim prilikama“.²⁶ Što znači da je vrednost slobode holistička jer „slobodan može biti samo cjelovit individualni i univerzalni čovjekov život“.²⁷

Taj odnos između monopola fizičkog nasilja i slobode može se početi da razrešava ako se shvati da: „Slobodan pojedinac mora napokon doći do toga da vidi samoga sebe kao nositelja općeg razuma. A kad država dođe do potpunog razvitka same sebe kao utjelovljenja toga razuma, oni su međusobno pomireni. Uistinu se slobodni pojedinac ne može ostvarivati kao slobodan izvan države“.²⁸

¹⁹ Ibid., 441–442.

²⁰ Ibid., 442.

²¹ V. Kamps, *Javne vrline*, 51.

²² Dž. Raz, *Etika u javnom domenu*, CID, Podgorica, 2005, 163.

²³ Ibid., 170.

²⁴ I. Kant, *Metafizika ćudoređa*, Matica hrvatska, Zagreb, 1999, 28.

²⁵ Ibid., 29.

²⁶ A. Stres, *Sloboda i pravednost*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 2001, 232.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ch. Taylor, *Hegel and Modern Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, 51. Navedeno prema: A. Stres, *Sloboda i pravednost*, 234.

Tako se može reći da se vrednosno „hodaње“ slobodnog čoveka može ostvariti samo u državi koja bude uskladila svoj monopol nasilja sa svačijom slobodom. Dakle, unutar monopola nasilja neophodno je načiniti „prolaz za slobodu“.²⁹ Iz tog razloga i možemo reći da sloboda „nema svoje mesto tamo gde se o radnjama i dužnostima reflektuje, već samo tamo gde se radnje izvršavaju a savesti na to reaguju odvracanjem i kažnjavanjem – samo u svetu moralnih reakcija, a ne u svetu etičkih refleksija“.³⁰ U svetu te moralne reakcije nalazi se čovek koji se i može razumeti samo kao „doživljaj slobode“³¹ koji se može ostvariti jedino u „slobodarskoj državi“.³² Zato se i postavilo pitanje koliko je moguće da se ostvari ta slobodarska država ako ona sama „ne može da garantuje“ ono na čemu počiva.³³

Ono što zavisi od nas u ovom realicijskom odnosu je kako koristimo slobodu, jer do opasnosti tokom korišćenja slobode dolazi kada se u tom momentu apstrahuje dimenzija „moralnog dobra i zla“.³⁴ Odmah se ističu te pretpostavke koje država ne može da garantuje, jer kada se danas kaže sloboda, to odmah podrazumeva jedini kriterijum, a to nije „časno dobro“ već su to „korist i zadovoljstvo“.³⁵ Iz ovog mora da proizide da sloboda nije stvar utilitarizma u čovekovom životu već je ona „etička kategorija“.³⁶ Na ovaj način ona je povezana sa drugim vrednostima, posebno sa istinom, jer tamo gde je sloboda ostvarena putem istine o vrednosti, ona je ono što jeste u ontološkom smislu; suprotno, ona je zloupotrebljena, a posledice te zloupotrebe su nemerljive.³⁷ Ona shvaćena kao vrednost teško se može zloupotrebiti, dok se shvaćena kao termin može veoma lako zloupotrebiti. Iz tog razloga je veoma važno načiniti razliku između slobode kao vrednosti i termina koji se veoma često nalazi u nepreciznoj i neodgovornoj kolokvijalnoj upotrebi.

Iz tog razloga je posebno potrebno naglasiti da je nemoguće shvatiti slobodu kao proizvod borbe za vladavinu prava, ako ona nije povezana sa svojom ontološkom suštinom. Ovo se međutim dešava od strane onih površnih duhova koji slobodu doživljavaju kao termin ispisan na stranicama konvencija i deklaracija. Dakle, „građanska, ili društvena sloboda: priroda i gra-

²⁹ V. Živković, *Politika bez morala*, Školska knjiga, Zagreb, 1996, 46.

³⁰ G. Radbruh, *Pravni i drugi aforizmi*, Dosije, Beograd, 2007, 36.

³¹ *Ibid.*, 35.

³² F. Šuler, *Predgovor* u: J. Habermas, J. Rasinger, *Dijalektika sekularizacije*, Dosije, Beograd, 2006, 11.

³³ J. Habermas, J. Rasinger, *Dijalektika sekularizacije*, 15.

³⁴ J. Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, 39.

³⁵ J. Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, 40.

³⁶ *Ibid.*, 45.

³⁷ *Ibid.*, 49.

nica vlasti koju društvo može legitimno da ima nad pojedincem³⁸ može da se pravilno shvati i ostvari samo ako se poveže sa svojom ontološko-aksiološkom suštinom.

Dalje, ako je sloboda vrednost, onda je ona autoritet, tada se zapravo ne može govoriti o borbi između nje i „autoriteta“,³⁹ možemo jedino govoriti o borbi između autoriteta kakva je sloboda i spoljnih „nameta“ kakva je državna vlast. Ali, pojam autoriteta mora da proiđe iz njegovog vrednosnog značenja, a ne iz monopola fizičkog nasilja, jer nasilje nije vrednosni autoritet.

Čak i ako bismo prihvatili da smo se udružili i nekome dali svoja prava i deo slobode, jer smo želeli da sprečimo da „slabiji članovi zajednice postanu plen bezbrojnih grabljivica“ pa smo se saglasili da postoji „jedna grabljivica, jača od ostalih, čija je uloga da ih drži u pokornosti“⁴⁰ sigurno smo pogrešili u izboru „autoriteta“ jer taj raspolaže „kljunom i kandžama“⁴¹ i time se potvrđuje – „Sama moć je nelegitimna“.⁴²

Ako je sloboda samo tehnička brana ili „granica za legitimno mešanje kolektivnog mišljenja u oblast individualne nezavisnosti“⁴³ onda će ona veoma brzo nestati, ali ako je ona ontološko-aksiološka suština čoveka putem koje on ostvaruje svoju ljudskost ona će postojati i duže od njegovog telesnog života. Jer, despotizam vlasti dolazi od despotizma u našim međuljudskim odnosima, te iz tog razloga sloboda nije građanska pretpostavka, već ljudska, koja se reflektuje u našim svakodnevnim odnosima. Zato nje i nema tamo gde postoji „prećutna poslušnost“.⁴⁴ Takva se poslušnost mora odbaciti jer „apsolutni vladari ili drugi ljudi koji su navikli na безусловnu pokornost, obično su savršeno sigurni u svoje mišljenje o gotovo svim pitanjima“.⁴⁵

Iz tog razloga se i slažemo da se sloboda volje može „najbolje objasniti upućivanjem na fizičku prirodu“ jer je sloboda „isto tako temeljno određenje volje kao što je težina temeljno određenje tijela“.⁴⁶ Dakle, mi smo određeni slobodom, jer „materija nije ništa bez težine“, zapravo je „težina sama“.⁴⁷ Mi se možemo složiti da je integracija slobode i prava neophodna jer „svaki stu-

³⁸ Dž. S. Mil, *O slobodi*, Plato, Beograd, 1998, 35.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., 36.

⁴¹ Dž. S. Mil, *O slobodi*, 36.

⁴² Ibid., 48.

⁴³ Ibid., 38.

⁴⁴ Ibid., 43.

⁴⁵ Ibid., 49.

⁴⁶ G. W. F. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša – Svjetlost, Sarajevo, 1989, 35.

⁴⁷ Ibid.

panj razvoja ideje slobode ima svoje vlastito pravo, jer je on opstojanje slobode u jednom njenom vlastitom određenju⁴⁸.

Zato ljudskost i započinje razvojem slobode, te se može reći da „personalnost (Persönlichkeit) sadržava uopće pravnu sposobnost pa predstavlja pojam i sam apstraktni temelj apstraktnog i stoga formalnog prava. Stoga je pravna zapovijed: *budi osoba* (Person) i *poštuj druge kao osobe*“⁴⁹. Time je sloboda prestala da bude termin u kolokvijalnoj upotrebi „površnih“ pravnih duhova i vratila sebi osnovno ontološko-aksiološko značenje. Zato nam nije potrebna „patrimonijalna sudijska vlast“ jer „pojedinaac je sebe zaštitio“⁵⁰ svojom slobodom i dostojanstvom, dakle celinom svoje moralne strane jer „moralitet, prikazuje stoga u cjelini realnu stranu pojma slobode...“⁵¹.

Tako našu celinu bića, ne samo ono što smo dobili rođenjem već i kasnije tokom života, određuje sloboda jer njeno htenje „nije više nagon koji zahtijeva svoje zadovoljenje, nego karakter – duhovna svijest koja je postala nenagonskim *bitkom*. – No, ta sloboda, koja ima sadržaj i svrhu slobode, i sama je, prije svega, samo pojam, princip duha i srca pa je određena da se razvije u predmetnost, u pravnu, ćudorednu i religioznu, kao i u znanstvenu zbilju“⁵². Dakle, sloboda nije više nagon, već „jedinstvo teorijskog i praktičkog duha...“⁵³ u kome se pojedinac može ostvariti u celini svoje ljudskosti, te se iz tog razloga mi ne možemo baviti „filozofijom moći“⁵⁴ već filozofijom slobode.

Nije sloboda sama po sebi unela antinomije, to smo učinili mi, isto onako kako možemo reći da „logika ne dozvoljava nikakav kompromis“, dok je suština politike „kompromis“⁵⁵. Dakle, sloboda nije termin koji dozvoljava kompromis, te se kao takva ne može uključiti u opštu terminološku zbrku „improvizovanih, proizvoljnih dekreta“⁵⁶. Iz tog razloga možemo reći da je sloboda „vrlina ili dobrota“ koja je „dragocenija od života“ u kojem se čovek pokorava zakonu koji je „sam stvorio“⁵⁷. U striktno pravnom smislu reći ovo znači da „samo zakonodavstvo, a ne potčinjavanje zakonu, mora da potiče

⁴⁸ Ibid., 71.

⁴⁹ Ibid., 84.

⁵⁰ G. W. F. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, 145.

⁵¹ Ibid., 190.

⁵² G. W. F. Hegel, *Enciklopedija filozofijskih znanosti*, Veselin Masleša – Svjetlost, Sarajevo, 1987, 411.

⁵³ Ibid., 409.

⁵⁴ L. Štraus, *Prirodno pravo i istorija*, Plato, Beograd, 1997, 146.

⁵⁵ Ibid., 155.

⁵⁶ Ibid., 175.

⁵⁷ Ibid., 207.

od čoveka“.⁵⁸ Ovo i jeste pravi izraz demokratski shvaćene slobode, kao izraza kolektivnog duha. To znači da je ontološko-aksiološka postavka slobode pretpostavka za slobodu u jednom građanskom, demokratskom društvu, jer ona nije proizvod društva kao celine, već pojedinca kao individue. Te će već hrišćanstvo uneti u domen slobode odsustvo „slepe strasti“⁵⁹ i uneti poredak vrednosti koji proizlazi iz srca.

2. Pravo na ličnu slobodu

Pravno poimanje lične slobode

Lična sloboda se smatra osnovnim pravom čoveka, koja po svojoj suštini predstavlja čovekovu sigurnost u odnosu na državnu vlast, naročito u odnosu na policijsku i sudsku vlast. Počev od *Habeas Corpus Acta*, donetog 1679. godine u Engleskoj, garancije lične slobode postaju nezaobilazni činilac kataloga ljudskih prava u konstitucijama savremenih država i međunarodnim dokumentima o slobodama i pravima čoveka.⁶⁰ Garancije od samovoljnog lišenja slobode mnogostruke su, a u međunarodnim dokumentima i ustavima zemalja date su u vidu principa, čija se razrada prepušta nacionalnim zakonodavstvima. Zato se često navodi da je krivični postupak „seizmograf“ demokracije svake države.

Čovekova sigurnost, kao srž osnovnog prava na slobodu ličnosti, od samog nastanka ovog prava pa i danas, shvata se „kao zabrana vlastima da samovoljno oduzimaju slobodu“⁶¹. Kao princip proklamovana je u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima: „Niko ne može biti predmet samovoljnog hapšenja ili pritvaranja“, niti „lišen slobode izuzev iz razloga i u skladu sa postupkom u zakonu predviđenom“.⁶² Iz formulacije ovog i drugih proklamovanih principa proizlaze brojne garancije: a) lišenje slobode u

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid., 209.

⁶⁰ Vidi: član 3 i 9 Univerzalne deklaracije o pravima čoveka OUN, član 9 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, član 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dr.

⁶¹ Dr Dragan M. Stojanović, *Osnovna prava čoveka – Ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*, Niš, 1989, str. 102.

⁶² Član 9 st. 1 Međunarodnog pakta. Slične formulacije ove zabrane sadrže i drugi međunarodni dokumenti. Vidi: član 9 Univerzalne deklaracije, član 7 st. 3 Američke konvencije o ljudskim pravima i član 6 Afričke povelje o pravima čoveka i naroda.

krivičnom ili bilo kom drugom postupku mora biti propisano zakonom; b) razlozi za lišenje slobode takođe moraju biti određeni zakonom, na način koji sprečava zloupotrebu i arbitrnost, samovolju i proizvoljnost, što podrazumeva njihove precizne i jasne formulacije; v) pritvaranje se mora sprovesti po zakonitom postupku – od organa nadležnog za pritvaranje određenog zakonom, uz garancije prilikom hapšenja i garancije zakonitosti odluke o pritvoru (*habeas corpus*); g) pritvor ne sme biti opšte pravilo, već mera koja se u krivičnom postupku samo izuzetno primenjuje; d) vreme na koje se neko lišava slobode mora biti ograničeno, tako da traje “razumno dugo”. Na taj način određena je donja granica ispod koje ne mogu ići nacionalna zakonodavstva kod reglamentacije zaštite lične slobode.⁶³

Evropska konvencija o ljudskim pravima takođe jemči da „*svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti*“ (čl. 5 st. 1), uz dalje garancije od arbitrnog i samovoljnog lišenja slobode. Ovako uopštena definicija prava na slobodu nametnula je potrebu da Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava, prilikom njene interpretacije odrede sadržinu upotrebljenih pojmova, što je od značaja za razumevanje i njenu implementaciju u nacionalna zakonodavstva.

S obzirom na to da pojam „sloboda“ može imati različita značenja, počev od fizičke slobode pa sve do slobode mišljenja ili slobode udruživanja, Evropski sud, razmatrajući sadržaj i značenje pojma „sloboda“ iz čl. 5 Konvencije, stao je na stanovište da se on odnosi na *fizičku slobodu*. Ipak, pojam slobode najeksplicitnije je izražen u odlukama Evropskog suda u kojima se navodi da lična sloboda iz čl. 5 st. 1 Konvencije znači *slobodu od hapšenja i pritvaranja* suprotno limitima navedenim u samom članu 5 Konvencije. Međutim, ima slučajeva u kojima je Evropski sud smatrao da i ograničenje slobode kretanja i nastanjivanja može biti takvog karaktera da predstavlja povredu čl. 5 Konvencije⁶⁴, iako se redovno smatra povredom IV protokola. Ne treba gubiti iz vida ni tumačenje da *kratkotrajno lišenje slobode od policije*, za razliku od ranijih teorijskih gledišta, ne treba posmatrati kao izuzetak od čl. 6 st. 1 već u odnosu na stroge odredbe čl. 5 Konvencije, što je posebno značajno za propisivanje i primenu tzv. *policijskog zadržavanja*.

Osnovna odlika ovako shvaćene lične slobode jeste njena *neotuđivost*, te pravo na slobodu niko ne može uskratiti niti se tog prava pojedinac može odreći (pravo na zaštitu pojedinac ne gubi i kad bi se sam predao da bi bio

⁶³ V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Niš, 2014, str. 382.

⁶⁴ U predmetu *Guzzardi v. Italy* (presuda od 6. 11. 1980, Serija A br. 39, zahtev br. 7367/76) Evropski sud je tumačio da je prisilno određivanje boravišta na Sardiniji licu okrivljenom za otmicu, nakon isteka roka pritvora, suprotno čl. 5 Konvencije.

odveden u pritvor, a pritvor može biti suprotan čl. 5 Konvencije i kad se lice prema kome je određen pritvor s tim saglasi)⁶⁵.

U pogledu zaštite lične slobode, u praksi Evropskog suda uočljiva je distinkcija između *narušavanja slobode* (deprivation of liberty) i *ograničenja slobode* (limitations of liberty). Kad se radi o ograničenjima kojima sloboda jeste umanjena ali tako da lice *normalno socijalno funkcioniše*, time se ne narušava proklamovana zaštita, dok u suprotnom, kad je ograničenje takvo da narušava njegov normalni civilni život, ono predstavlja povredu člana 5 Konvencije.⁶⁶ Ocena da li se radi o narušavanju slobode ili o ograničenju slobode zavisi od činjeničnog supstrata u svakom pojedinom slučaju i od društvenih okolnosti u kojima je taj supstrat nastao.⁶⁷

Evropski sud se bavio i tumačenjem sadržine prava na *ličnu sigurnost*, i to s razlogom, budući da bi se moglo posmatrati kao pravo na fizičku sigurnost, u kontekstu prava na fizičku slobodu, ali i kao samostalno, šire pravo vezano za bezbednost ličnosti uopšte, što bi iziskivalo posebne mehanizme pravne zaštite. *Lična sigurnost i sloboda* poimaju se kao lice i naličje iste pojave. Tako posmatrano, objekt zaštite iz čl. 5 Evropske konvencije jedinstven je – pravo čoveka na zaštitu fizičke slobode od arbitrarnog i nezakonitog hapšenja ili pritvaranja, a garancija sigurnosti, kao pravni uslov te slobode, svodi se na obavezu države da sama ne preduzima i da sprečava lišenje slobode koje bi bilo suprotno načelima ove konvencije.⁶⁸ Otuda i dominira gledište da je posebna zaštitna funkcija navedenih odredaba da definisanjem slučajeva u kojima je dopušteno lišenje slobode spreči arbitrnost i da licima lišenim slobode garantuje prava i nužan stepen pravne sigurnosti i zaštite.⁶⁹

Garancije zaštite lične slobode⁷⁰

Zakonitost ograničenja lične slobode. Evropska konvencija predviđa, istina veoma restriktivno, i dopuštene oblike ograničenja lične slobode za potrebe krivičnog postupka. U odnosu na sva ta dozvoljena lišenja slobode ustanovljen je princip *legaliteta*, koji se rasprostire u polju dveju formalnih pret-

⁶⁵ Slučaj *Engel and others v. Netherland* (presuda od 8. 6. 1976, Serija A br. 22, zahtev br. 5100/71, 5101/71, 5102/71) i slične odluke u predmetima *Winterwerp, De Weert i De Wild*.

⁶⁶ Vidi slučaj *Engel* (1976) i slučaj *Guzzardi* (1980).

⁶⁷ U veoma sličnom činjeničnom supstratu nekada je Sud uzimao da postoji povreda čl. 5 Konvencije (*Cyprus v. Turkey*), a nekad da ne postoji (*Greece case*).

⁶⁸ Slučaj *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. 01. 1978, Serija A br. 25, zahtev br. 5310/71.

⁶⁹ Dr. sc. Ivo Josipović, *Uhićenje i pritvor*, „Targa”, Zagreb, 1998, str. 42.

⁷⁰ Opširnije o procesnopравnim garancijama zaštite slobode vidi: V. Đurđić, *Zaštita lične slobode u krivičnom postupku*, u: „Evropski sistem zaštite ljudskih prava: iskustva i novi izazovi“, Niš, 2005.

postavki. Prva je pretpostavka da se lišenje slobode preduzima u „postupku predviđenom zakonom“ (čl. 5 st. 1 *in fine*), a druga, da samo *hapšenje i pritvaranje moraju biti zakoniti*, i to u svim slučajevima koji su po odredbama Evropske konvenciji dopušteni (čl. 5 st. 1 tač. b–f).

Pitanje *zakonitosti postupka* bilo kog vida lišenja slobode nije stvaralo nikakve teškoće u praksi Evropskog suda, koji stoji na stanovištu da je, uprkos nespornoj obavezi država potpisnica da proceduru hapšenja i pritvaranja propisuju zakonom, dopušteno i korišćenje pravnih standarda ali u meri koja ne omogućuje arbitrnost u postupanju.⁷¹

Zakonitost, pak, samog *hapšenja* ili *prитвора* znači da razlozi hapšenja ili pritvaranja, trajanje pritvora, kao i drugi konstitutivni elementi i limiti prava na ličnu slobodu, moraju biti propisani zakonom države potpisnice, pri čemu nacionalno pravo ne sme biti protivrečno odredbama Evropske konvencije. Isto tako, u svakom konkretnom slučaju lišenja slobode primena svih tih varijabli mora biti saglasna zakonu. I u ovom domenu dejstva principa zakonitosti, dopuštena je primena pravnih standarda. Za ostvarivanje zaštite prava na slobodu pred Evropskim sudom značajno je mišljenje izraženo u praksi tog suda da on, po pravilu, *nije ovlašćen da ulazi u ocenu interpretacije unutrašnjeg prava*, izuzev u slučaju ako su državni organi zemlje potpisnice *zlonamerno* tumačili i primenjivali pravo, kada pritvor ne bi bio „zakonit“ u smislu čl. 5 st. 1 c. Konvencije.⁷²

Evropskom konvencijom predviđen je jedan opšti uslov i više posebnih razloga za hapšenje i određivanje pritvora.

Treba tumačiti da se u svim dopuštenim slučajevima hapšenja i pritvaranja, kao opšti uslov javlja postojanje *opravdane sumnje* da je lice izvršilo krivično delo, a ne samo u slučaju kad se te radnje prinude preduzimaju “u cilju privođenja nadležnoj sudskoj vlasti”, kako bi se moglo zaključiti iz stilizacije teksta člana 5 st. 1 c, isključivo na osnovu jezičkog tumačenja. Prema shvatanju Evropskog suda, postojanje “opravdane sumnje” pretpostavlja postojanje činjenica ili obaveštenja pomoću kojih bi objektivni posmatrač mogao da formira stav da je određeno lice izvršilo krivično delo.⁷³

U vezi sa osnovanom sumnjom, koja je i u procesnom zakonodavstvu Srbije predviđena kao opšti uslov za određivanje pritvora, značajno je nekoliko stavova Evropskog suda: (1) Hapšenje i pritvor potencijalnog izvršio-

⁷¹ Dec. Adm. Com. Sp. 6852/74, od 05. 12. 1979, citirano prema DIGEST, str. 311.

⁷² Dec. Adm. Com. Ap. 2621, od 01. 04. 1966, *ibidem*, Ap. 3049/67, od 15. 7. 1968.

⁷³ Slučaj *Fox, Campbell & Hartley v. United Kingdom*, presuda od 30. 8. 1990, Serija A br. 182, str. 16, stav 32, zahtev br. 12244/86, 12245/86 i 12383/86.

ca krivičnog dela koji svojim pripremnim radnjama nije zašao u kriminalnu zonu, nije u skladu s odredbama Evropske konvencije o zaštiti lične slobode.⁷⁴ (2) Ne postoji povreda Konvencije ako je nepravilnost ili nezakonitost hapšenja, odnosno pritvaranja otklonjena pred sudom države potpisnice primenom internih pravnih mehanizama. (3) Postojanje sumnje procenjuje se *na osnovu činjenica koje su postojale u trenutku hapšenja ili određivanja pritvora*, a ne prema činjenicama koje su nastale ili bile utvrđene nakon hapšenja, odnosno pritvaranja.⁷⁵ Praktično uzev, nema povrede Evropske konvencije ako je u momentu hapšenja ili pritvaranja postojala osnovana sumnja i neki od posebnih razloga za pritvor, a u kasnijem postupku se sudskom odlukom utvrdi da okrivljeni nije izvršio krivično delo koje mu se stavlja na teret. (4) Za zaštitu pred Evropskim sudom posebno je značajno načelno stanovište tog suda da se *ne upušta u ispitivanje činjenica*, tj. da nije njegov zadatak da se stavi u ulogu organa koji je odredio hapšenje ili pritvor pa da nanovo utvrđuje činjenice i ocenjuju dokaze, već da postojanje osnovane sumnje ceni na bazi materijala prikupljenog od države članice. Takvu ulogu on bi izuzetno mogao imati ako su greške pri utvrđivanju činjenica *prima facie* očite.

Posebni uslovi, ili razlozi za određivanje pritvora dvojako su određeni u Evropskoj konvenciji. Jednu grupu čine eksplicitni osnovi navedeni u čl. 5 st. 1 c, a drugu skrivene *causae arresti*, sadržane u ostalim odredbama člana 5 Evropske konvencije.

Za eksplicite propisane osnove, tj. razloge za pritvor, kako se *dā* zaključiti iz prakse Evropskog suda, ne treba smatrati da su *numerus klausus*. Prema Evropskoj konvenciji, zakonito hapšenje ili pritvaranje izričito je dopušteno: (1) u cilju privođenja nadležnoj sudskoj vlasti lica za koje postoji opravdana sumnja da je izvršilo krivično delo, (2) kad je opravdano potrebno da se predupredi izvršenje krivičnog dela i (3) kad je to opravdano potrebno da se spreči bekstvo posle izvršenog krivičnog dela.

Lišenje slobode po bilo kom od ovih osnova u skladu je sa Konvencijom samo ako hapšenje ili pritvaranje zaista ima za cilj izvođenje uhapšenog pred sudsku vlast.⁷⁶

Kad je reč o težini zaprećene kazne, Evropski sud smatra da je to jedan od važnih motiva za bekstvo, ali ne sme biti jedini kriterijum za ocenu postoji li opasnost od bekstva, te treba vrednovati i druge okolnosti, kao što su *karakterne osobine okrivljenog, porodične prilike, zaposlenost, imovno stanje* i sl.⁷⁷

⁷⁴ Slučaj *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. 01. 1978, Serija A br. 25, zahtev br. 5310/71.

⁷⁵ Slučaj *Nilsen v. Denmark*, presuda od 28. 11. 1988, Serija A br. 144, zahtev br. 10929/84.

⁷⁶ Slučaj *Ciulla v. Italia*, presuda od 22. februara 1989, Serija A br. 148, str. 18, zahtev br. 11152/84.

⁷⁷ Vidi presude u slučajevima *Neumiester* (1968), *Matznetter* (1979) i *Letellier v France* (1991).

Skriveni razlozi za lišenje slobode statuirani su u ostalim odredbama člana 5 stava 1 Evropske konvencije van tačke (c), u kojoj su predviđeni eksplicitni osnovi. Upravo ti osnovi koji se direktno ne odnose na krivični postupak, kao i oni koji se u praksi Evropskog suda prećutno tolerišu, označeni su kao skriveni pritvorski razlozi.⁷⁸

Prvi od tih osnova tiče se *izvršenja izrečene krivične sankcije*. Lišenje slobode dopušteno je radi „zakonitog zatvaranja posle osude od strane nadležnog suda“ (čl. 5 st. 1 tač. a).

Kao drugi skriveni pritvorski osnov može se označiti *nepovinovanje sudskim nalogima i neispunjenje zakonskih obaveza*. Očigledno je da se ovlašćenje izdavanja „zakonitog naloga“ iz čl. 5 st. 1 tač. b) EK odnosi i na krivični sud, a da obaveza može biti propisana krivičnoprocesnim zakonom, te se mogu tumačiti kao „skriveni“ mogućnosti za hapšenje ili određivanje pritvora u krivičnom postupku. Kao karakteristični sudski nalozi i obaveze koje može naložiti krivični sud na temelju citirane odredbe Evropske konvencije, mogu se navesti zabrana napuštanja boravišta⁷⁹ ili neispunjenje obaveza koje proističu iz jemstva⁸⁰, koje poznaje i krivično procesno pravo Srbije.⁸¹ Nedopustiv je pritvor radi prevencije neispunjenja obaveze, te propuštanje izvršenja obaveze mora postojati u trenutku pritvaranja.⁸²

Opasnost od zatamnjivanja istine i koluzionarna opasnost nisu predviđeni u Evropskoj konvenciji kao pravni osnovi za hapšenje i pritvaranje, ali kao nesporni u pravnim sistemima i pravosudnoj praksi svih zemalja potpisnica, prihvaćeni su i od Evropskog suda. Opasnost od uništenja materijalnih dokaza i opasnost od uticaja na učesnike postupka⁸³ smatrane su uobičajenim pritvorskim razlozima. Vezano za koluzionarnu opasnost, Evropski sud je postavio veoma važan standard u pogledu trajanja pritvora: ako su svedoci ispitani ili

⁷⁸ Vidi: Ivo Josipović, *op. cit.*, str. 54–58.

⁷⁹ Dec. Adm. Com. Ap. 8916/80.

⁸⁰ Cf. P. van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001, str. 330–331.

⁸¹ Kao mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u postupku čije nepoštovanje povlači određivanje pritvora, Zakonik o krivičnom postupku Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014), predviđa zabranu napuštanja boravišta (čl. 209 st. 3) i jemstvo (čl. 207 st. 1).

⁸² Slučaj *Winterwerp v. Netherlands*, presuda od 24. 10. 1979, Serija A br. 33, zahtev br. 6301/73.

⁸³ O stavovima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o osnovanoj sumnji za određivanje pritvora i koluzionarnu opasnost kao razlogu za pritvor, vidi: dr Miodrag Simović, dr Marina Simović i dr Vladimir Simović, *Najnovija praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u krivičnim predmetima – novi izazovi i stari problemi*, u: „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“, Banja Luka, 2014, str. 39–41.

je pritvor dovoljno dugo trajao da se to moglo i moralo učiniti, pritvor se po ovom osnovu ne može produžavati.⁸⁴

Pravo pritvorenog na suđenje u razumnom roku. Budući da se suđenje u razumnom roku javlja kao jedan od konstitutivnih elemenata prava na pravično suđenje iz čl. 6 st. 1 EK, potrebno je razlikovati kriterijum „razumnog“ roka u ova dva slučaja. Prilikom tumačenja kriterijuma „razumnog vremena“ proklamovanog u čl. 5 st. 3, mora se imati u vidu da je lice lišeno slobode i da je cilj ove odredbe ograničenje trajanja pritvora a ne promovisanje brzog suđenja, te je dozvoljeno vreme suđenja pritvorenom licu kraće od onog koje, prema čl. 6 st. 1, važi za svaki drugi krivični postupak.⁸⁵ Otuda se suđenje u razumnom roku svodi na pravo pritvorenog lica na brz postupak, koji se sprovodi posebno ekspeditivno, i na prioritet suđenja u odnosu na druge predmete.⁸⁶

Kao period relevantan za utvrđivanje da li je suđenje sprovedeno u razumnom vremenu, uzima se *period od trenutka hapšenja do izricanja prvostepene presude*.⁸⁷ Ovaj se pravni standard, dakle, ne vezuje striktno za formalni, sudski krivični postupak, jer iz samostalnog značenja koje se daje pojmu „optužba za krivično delo“, proizlazi da se odredba čl. 5 st. 3 EK u određenoj meri primenjuje na predistražni postupak.⁸⁸ Za samu ocenu da li je pritvor trajao razumno dugo, odnosno da li je suđeno u razumnom roku, bitno je: (a) da li su razlozi koje je krivični sud uzeo u obzir „relevantni i dovoljni“ da opravdaju produženi pritvor i (b) da li su nacionalni sudski organi pokazali „naročitu revnost“ u sprovođenju postupka protiv pritvorenog lica.⁸⁹ Povodom drugog pitanja vezanog za specijalnu brzinu u sprovođenju sudskog postupka, kao kriterijumi na osnovu kojih se procenjuje razumnost roka za suđenje uzimaju se tri ključna faktora: *složenost predmeta, ponašanje pritvorenika i ponašanje sudske vlasti*. Proizlazi da razumnost roka za suđenje ne može biti cenjena *in abstracto*, već da se navedeni pravni standard ima tumačiti s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja.

⁸⁴ Slučaj *Letellier v. France*, presuda od 26. 06. 1991, Serija A br. 207, zahtev br 12369/86.

⁸⁵ O tumačenju veze između odredaba čl. 5 st. 3 i čl. 6 st. 1 vidi presude od 10. novembra 1969, u predmetu *Stögmüller*, Serija A br. 9, str. 34–35.

⁸⁶ Slučaj *Wemhoff v. Germany*, presuda od 27. juna 1968, Serija A br. 7, str. 26, zahtev br. 2122/64.

⁸⁷ Vidi presude u slučajevima *Wemhoff i B. v. Austria*, presuda od 28. marta 1990, Serija A br. 175, str. 14–16, zahtev br. 11968/86.

⁸⁸ Vidi presudu u slučaju *Imbrioscia v. Switzerland*, od 24. januara 1993, Serija A br. 275, str. 13, stav 36, zahtev br. 13972/88.

⁸⁹ P. van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001, str. 353.

Pravo uhapšenog ili pritvorenog da bude pušten na slobodu do suđenja. Licu lišenom slobode i privedenom sudskoj vlasti nije garantovano apsolutno pravo da bude pušten na slobodu uz kauciju. Smisao je ove garancije u nametanju obaveze sudskim vlastima da procene može li se oslobađanjem uz kauciju postići isti cilj kao merom pritvora, pa ako je tako, ta mogućnost mora biti ponuđena. To znači, *a contrario*, ako za puštanje na slobodu uz kauciju ima dovoljno indicija a ne bude ponuđeno, pritvor gubi svoje razloge na kojima počiva i zakoniti karakter, osobito u slučaju ako je određen po osnovu opasnosti od bekstva.

Garancije koje se mogu tražiti za puštanje na slobodu treba da predstavljaju razumno opterećenje za pritvorenog ili lice koje za njega pruža jemstvo. S obzirom na osnov određivanja pritvora, prilikom određivanja jemstva moraju se uzeti u obzir finansijske prilike pritvorenog ili jemca i odnos pritvorenog sa jemcem.⁹⁰ Produženje pritvora ne bi bilo razumno u slučaju ako previsoko određeno jemstvo pritvoreni uopšte nije u mogućnosti da plati a njegovo se prisustvo u postupku moglo obezbediti i manjim iznosom jemstva.

Pravo uhapšenog ili pritvorenog na pravno sredstvo. Evropska konvencija garantuje licu koje je lišeno slobode, bilo hapšenjem ili pritvaranjem, i *pravo na pravno sredstvo* za pokretanje postupka sudske kontrole lišenja slobode, tj. *pravo na sudsku reviziju zakonitosti pritvora*, kako se u pravnoj literaturi još naziva. Statuirano je odredbom čl. 5 st. 4: Ovo pravo je potpuno samostalno pravo i nije uslovljeno postojanjem povrede bilo koje odredbe Evropske konvencije o zaštiti lične slobode iz člana 5 st. 1–3.

Prema praksi Evropskog suda, pravo na pravno sredstvo priznaje se u svakom slučaju kad nema „automatske periodične revizije sudskog karaktera“⁹¹, a prema dikciji odredbe čl. 5 st. 4, to pravo postoji i kad takav sistem ne poznaje nacionalno zakonodavstvo. Pritvor nalaže da periodi periodičnog preispitivanja njegove zakonitosti budu kratki. Sudska kontrola zakonitosti pritvora ne vezuje se, dakle, samo za momenat njegovog određivanja, već se rasprostire na čitavo vreme trajanja pritvora.

Postupak po pravnom sredstvu za sudsku reviziju zakonitosti pritvora, mora se sprovesti ažurno, ali ta ažurnost je manja od one koju zahteva pojam „bez odlaganja“ iz člana 5 st. 3. Za ocenu brzine kao faktori se uzimaju isti oni kao i kod prava na pošteno suđenje (čl. 6. st. 1) i suđenja u razumnom roku po čl. 5 st. 3 (ponašanje podnosioca pravnog sredstva i revnost u postupanju suda).

⁹⁰ Slučaj *Neumeister v. Austria*, presuda od 27. juna 1968, Serija A br. 8, str. 40–41, zahtev br. 1936/63.

⁹¹ Presuda u slučaju *X v. the United Kingdom*, od 5. 11. 1981, Serija A br. 46, str. 23.

Zaključak

Za nas je važnija sloboda mišljenja i preispitivanja od slobode kretanja, jer ako se ona ukine odmah će nestati i sloboda kretanja, i sloboda će postati termin neslobodnih, koji su ovim terminom zarobljeni. Ovo drugo je potpuno suprotno čovekovom izvornom shvatanju sebe, po kome se on shvata slobodnim. Tako shvaćena sloboda nikada ne može da preraste u termin, uprkos nastojanjima totalitarizma. A da mi ne bismo bili ponovo izgubljeni, moramo da steknemo svest o slobodi uporedo sa sticanjem „svesti o pravednosti“.⁹² Sticanjem i uzdizanjem svesti i filozofije slobode moguće je sprečiti „zločin iz ravnodušnosti“,⁹³ koji će nastati ako se sloboda kao vrednost „preformuliše“ u vrednosno neutralan termin za koji odmah smatramo da spada u univerzalnu obavezu staranja Tvorca, a ne nas samih čija je i sloboda.

Čovekova sigurnost, kao srž osnovnog prava na slobodu ličnosti, od samog nastanka ovog prava pa i danas, shvata se kao zabrana vlastima da samovoljno oduzimaju slobodu. Kao princip proklamovana je u svim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima i konstitucijama savremenih pravnih država. Principe ustavnopravne zaštite od samovoljnog lišenja slobode, koji se prevashodno i u najvećem obimu tiču krivičnog postupka, preuzima i razrađuje krivično procesno pravo, a protivpravno lišenje slobode je u materijalnom krivičnom pravu predviđeno kao krivično delo,⁹⁴ koje mogu izvršiti građani ali i službena lica organa krivičnog postupka. Procesnopravne garancije zaštite od samovoljnog lišenja slobode prilagođene su međunarodnim standardima i solidan su temelj zakonitosti ograničenja lične slobode. Ipak, najveći garant zakonitosti je savest sudije, a protiv zloupotreba drugih, njegova stručnost, inventivnost i pronicljivost.

Literatura

- Đurđić, V. (2005). *Zaštita lične slobode u krivičnom postupku*, u: „Evropski sistem zaštite ljudskih prava: iskustva i novi izazovi“, Niš;
- Đurđić, V. (2014). *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta;

⁹² H. Broh, *Pisma o Nemačkoj: 1945-1949*, Svetovi, Novi Sad, 1994, 41.

⁹³ Ibid., 52.

⁹⁴ Vidi član 132. KZ Srbije („Sl. glasnik RS“ br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016).

- Habermas, J. Rancier, J. (2006). *Dijalektika sekularizacije*, Beograd: Dosi-je;
- Hartmann, N. (2003). *Etika*, Zagreb: Naklada „Ljevak“;
- Hegel, G. Nj. F. (1987). *Enciklopedija filozofijskih znanosti*, Sarajevo: Vese-
lin Masleša – Svjetlost;
- Hegel, G. Nj. F. (1989). *Osnovne crte filozofije prava*, Sarajevo: Veselin Ma-
sleša – Svjetlost;
- Josipović, I. (1998). *Uhićenje i pritvor*, Zagreb: Targa;
- Kamps, V. (2007). *Javne vrline*, Beograd: Filip Višnjić;
- Kant, I. (1999). *Metafizika čudoređa*, Zagreb: Matica hrvatska;
- Leksikon temeljnih religijskih pojmova: židovstvo, kršćanstvo, islam*, (2005),
priredio: A. Th. Khouřđ, Zagreb: Prometej;
- Mil, Dž. S. (1998). *O slobodi*, Beograd: Plato;
- Papsko veće za pravdu i mir, (2006) *Osnove socijalnog učenja Katoličke cr-
kve*, Beograd;
- Pavle Drugi, J. (2008). *Sećanje i identitet*, Beograd: Clio;
- Rancier – Benedikt XVI, (2010). *Evropa, njeni temelji danas i sutra*, Beo-
grad;
- Radbruh, G. (2007). *Pravni i drugi aforizmi*, Beograd: Dosi-je;
- Raz, Dž. (2005). *Etika u javnom domenu*, Podgorica: CID;
- Simović, M., Simović M Simović, V. (2014). *Najnovija praksa Ustavnog
suda Bosne i Hercegovine u krivičnim predmetima – novi izazovi i stari
problemi*, u: „Kaznena politika kao instrument državne politike na kri-
minalitet“, Banja Luka;
- Stojanović, D. (1989). *Osnovna prava čoveka – Ljudska prava i slobode u
ustavima evropskih država*, Niš;
- Stres, A. (2001). *Sloboda i pravednost*, Zagreb: Kršćanska sadašnjost;
- Štraus, L. (1997). *Prirodno pravo i istorija*, Beograd: Plato;
- Šuler, F. (2006). *Predgovor* u: J. Habermas, J. Rancier, *Dijalektika sekulari-
zacije*, Beograd: Dosi-je;
- Taylor, Ch. (1992). *Hegel and Modern Society*, Cambridge: Cambridge Uni-
versity Press;
- Van Dijk P. – Van Hoof, G.J. H. (2001). *Teorija i praksa Evropske konvencije
o ljudskim pravima*, Sarajevo;
- Živković, V. (1996). *Politika bez morala*, Zagreb: Školska knjiga;

Dr Marko Trajković

Associate professor at the University of Niš Faculty of Law

Dr Vojislav Đurđić

Full professor at the University of Niš Faculty of Law

FREEDOM AS A VALUE AND THE RIGHT TO PERSONAL FREEDOM IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

For us, the freedom of thought and consideration is more important than the freedom of movement, since if the former is abolished the latter will instantaneously perish, and freedom will become the term of the unfree, who are imprisoned by this term. This is entirely opposite to the men's rudimentary understanding of himself, by which he considers himself free. Freedom understood in such manner cannot grow into a term, despite the efforts of totalitarianism. And in order to avoid being lost again, we have to gain consciousness of freedom, alongside gaining the consciousness of justice. By gaining and rising consciousness and philosophical freedom, it is possible to prevent the "crime of indifference", which will emerge if the freedom as a values gets rephrased into the value-wise neutral term, for which we immediately deem that belongs to the realm of the Creator's universal obligation of caring, and not that of our own, to whom the freedom belongs.

The men's security, as the essence of the fundamental right to personal freedom, from its creation to the present days, is understood as a prevention to the authorities to take the freedom away. As a principle, it is declared in all international documents on human rights, as well as in all the constitutions of modern legal states. The principles of constitutional protection against the arbitrary deprivation of freedom, which primarily refer to the criminal proceeding, are taken over and further developed by the criminal procedural law, and illegal deprivation of freedom, in the substantive criminal law, is sanctioned as a crime, which can be committed by the citizens and the officials of the criminal proceedings. Procedural warranties against the arbitrary deprivation of freedom are adapted to the international standards and represent a solid ground for the legality of limitations to personal freedom.

However, the main pillar of legality is morality of judges, and his competence, inventiveness and intelligence serve as the strongest barriers against abuses.

Key words: *freedom, value, rights, limits of individual freedom, European standards.*

FORMALNI KRIVIČNI POSTUPCI U SAD

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović*
Prof. dr Vladimir M. Simović**

Apstrakt: U radu se analiziraju različiti aspekti sistema formalnog krivičnog postupka protiv optuženog u SAD. U obzir dolaze:

– postupak pred velikom porotom (učinioci koji su optuženi za federalna krivična djela i neki optuženi pred državnim sudom, imaju pravo na optužnicu velike porote);

– otpuštanje prije suđenja (Deveti amandman propisuje postavke „previsokog“ jemstva. Optuženim nije dato pravo na jemstvo, ali ako je jemstvo određeno, ne smije biti pretjerano visoko);

– pogađanje tužioca i branioca o optužbi (većina slučajeva je riješena pogađanjem tužioca i branioca o optužbi. Ovo pogađanje mora odobriti sudija, i to samo ako se optuženi ponaša dobrovoljno i kompetentno. Dogovor o odbrani je generalno primjenjiv, na primjer, kada je izjava prihvaćena, a optuženi ne može obično promijeniti mišljenje i izaći na suđenje);

– pravo na brzi postupak (Šesti amandman garantuje pravo na brzi postupak. Međutim, ne postoji tačno propisano pravilo o tome koliko brzo mora biti suđenje);

– uzajamna obaveza stranaka da se obavještavaju o rezultatima svojih dokaznih postupaka (tužilaštvo mora upoznati odbranu o oslobađajućim dokazima koji su u posjedu tužilaštva);

– suđenje (optuženi ima nekoliko bitnih prava koja se odnose na to kako se suđenje odvija, uključujući pravo na javno suđenje, pravo da se suprotstavi svjedoku koji svjedoči protiv njega i pravo da ne svjedoči);

* Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti.

** Tužilac Tužilaštva BiH i vanredni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci.

– *ne bis in idem* (Peti amandman nalaže da niko neće „biti subjekt istog krivičnog djela i dva puta biti doveden u opasnost za život ili tijelo“. To je zabrana dvostrukog suđenja);

– *oslobađajuća presuda* (ukoliko je optuženi oslobođen, pravilo dvostrukog ugrožavanja nalaže da isti postupak ne može biti ponavljen);

– *sudska greška ili ukidanje presude* (uobičajeno, pravilo dvostrukog ugrožavanja ne sprečava ponavljanje postupka poslije sudijske greške ili uvjerenja da će osuda biti žalbom ukinuta).

Ključne riječi: velika porota, pogađanje tužioca i branioca o optužbi, suđenje, ne dva puta o istom, oslobađajuća presuda.

Uvodne napomene

Krivični postupak u SAD jeste skup pravila kojima se uređuje niz postupaka kojim nadležni organi provode materijalno krivično pravo (*criminal law*). Gradovi (*municipalities*), savezne države i savezna vlada imaju svoje vlastite krivične zakone koji definišu vrste ponašanja koja čine krivična djela. Član 18¹ Zbirke važećih zakona Sjedinjenih Država (*the U.S. Code*²) sadrži *savezna krivična djela* (*federal crimes*³). Obično, savezna krivična djela obuhvataju aktivnosti koje se prostiru van granica saveznih država ili direktno utiču na federalne interese.

¹ * Akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti.
^{**} Prof. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva BiH i vanredni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci.

Krivična djela i krivični postupak (*crimes and criminal procedure*): dio I – krivična djela (*crimes*, §§ 1–2725); dio II – krivični postupak (*criminal procedure*, §§ 3001–3772); dio III – zatvor i zatvorenici (*prisons and prisoners*, §§ 4001–4353); dio IV – suzbijanje maloljetničkog prestupništva (*correction of youthful offenders*, §§ 5001–5042) i dio V – imunitet svjedoka (*immunity of witnesses*, §§ 6001–6005).

² U.S. Code: Table of Contents, dostupno na <https://www.law.cornell.edu/>.

³ Zbirka je kodifikacija predmetu opšteg i trajnog prava u SAD. Podijeljena je širokim temama na 53 naslova, a objavio ju je *Office of the Law Revision Counsel of the U.S. House of Representatives*. Zbirka je prvi put objavljena 1926. godine. Sljedeće glavno izdanje objavljeno je 1934. godine, a kasnija glavna izdanja objavljuvana su svakih šest godina (od 1934. godine). Između izdanja, objavljuju se godišnje kumulativne dopune – kako bi se predstavile najnovije informacije.

Od 53 naslova, sljedeći naslovi su na snazi kao pozitivno (zakonsko) pravo (*positive statutory law*): 1, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 23, 28, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 46, 49, 51 i 54. Naslovi koji nisu uneseni u pozitivno pravo, samo su *prima facie* dokaz zakona. U tom slučaju, „slobodni zakoni“ (*the Statutes at Large*) i dalje važe. Na primjer, naslov 52 je stvoren urednički, a naslov 53 je trenutno rezervisan. Za trenutni popis naslova – vidi <http://uscode.house.gov>.

Federalni sudski postupci slijede Federalna pravila o krivičnom postupku (*Federal Rules of Criminal Procedure*⁴), poznata kao kao Fed. R. Crim. P., koje je pripremio Vrhovni sud SAD⁵ (*U.S. Supreme Court*), a usvojio američki Kongres (*the United States Congress*). Federalna pravila (*Federal Rules*) objašnjavaju postupak za vođenje federalnog krivičnog suđenja. Ova pravila uključuju i sadrže sve garancije iz Ustava SAD (*the Constitution of the United States*) o Američkoj povelji prava (*the U.S. Constitution's Bill of Rights*⁶), kao što su procesne garancije (*due process*) i jednak tretman (*equal protection*), pravo na advokata (*the right to legal counsel*), pravo na suočenje svjedoka (*the right to confront witnesses*), pravo na malu porotu (*the right to a jury trial*) i pravo da se ne svjedoči protiv sebe (*the right to not testify against oneself*).

Gonjenja na saveznom nivou slijede postupke pojedinih država. Iako svaka država ima svoj krivični postupak, mnoge države su izabrale da oponašaju federalna pravila. Državna procesna pravila mogu ponuditi veću zaštitu optuženih u krivičnom postupku nego Ustav SAD ili federalna pravila, ali ne mogu ponuditi manju zaštitu nego što jemči Ustav SAD.

Postupak pred velikom porotom

Učinioci koji su optuženi za federalna krivična djela i neki optuženi pred državnim sudom navode se u optužnici velike porote, tj. neće biti optuženi dok ih velika porota ne optuži.

Peti amandman na Ustav SAD nalaže da „niko neće biti zadržan da odgovara za ‘teško krivično djelo’⁷ ili drugo ‘nečuveno djelo’⁸, osim na prijedlog ili optužbu velike porote“. Ova odredba je interpretirana sa značenjem da se bilo kome optuženom za federalna krivična djela (kažnjiva kaznom zatvora više od jedne godine) – može suditi samo na osnovu optužnice velike porote.

Pravo Petog amandmana na Ustav SAD na veliku porotu jedno je od dvije garancije Američke povelje prava koje utvrđuje da ne postoji obaveza

⁴ Federal Rules of Criminal Procedure (As amended to December 1, 2016). Dostupno na <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>.

⁵ U daljem tekstu: Vrhovni sud.

⁶ Prvih deset amandmana na Ustav SAD.

⁷ *Capital crime*.

⁸ *Infamous crime*.

država u skladu sa Četvrtim amandmanom na *Due Process Clause* (Klauzula o zakonitosti postupanja)⁹. Na taj način je na pojedinim državama da zahtijevaju optužbu velike porote¹⁰.

1. Priroda postupka pred velikom porotom

Panel iz koga se bira velika porota koncipiran je iz iste grupe privatnih građana, kao i „mala porota“ (*petit jury*). Tradicionalno, velika porota se sastoji od 23 člana, sa većinom za podizanje optužnice. Danas, većina država nema velike porote sa manje članova i zahtijevaju jednoglasnost u glasanju (zastupljeno je i dvotrećinsko i tročetvrtinsko glasanje, prije nego „obična većina“¹¹).

Funkcija velike porote je da utvrdi da li postoji „dovoljno dokaza“ (*sufficient evidence*) da opravdaju suđenje. Velika porota uvažava samo dokaze koje je podnio tužilac. Postupci se izvode u tajnosti, uz prisustvo tužioca, niza svjedoka i sudija porotnika.

Optuženi u istrazi velike porote nema pravo da prisustvuje toku postupka. U stvari, u federalnom sistemu i u većini država optuženi čak nema ni legalno primjenjivo pravo da se pojavi pred velikom porotom da svjedoči. Međutim, nekoliko država, uključujući Njujork, daju pravo optužnom da se pojavi pred porotom.

U pretežnom dijelu slučajeva velika porota glasa za optužbu. Ako velika porota odbije da optuži, postupak mora biti obustavljen.

2. Korišćenje dokaza

Velika porota sluša svjedoke koje je pozvao tužilac i pregleda dokumentaciju i druge „materijalne dokaze“ (*tangible evidence*). Ima pravo da pozove svjedoke sa „pozivom pod prijetnjom kazne“¹² (*subpoena*), i to preko naloga za pojavljivanje pred sudom radi svjedočenja¹³ (*subpoena ad testificandum*) i pregleda materijalne dokaze (preko naloga svjedoku da predoči dokumentaciju – *subpoena duces tecum*). Svjedok koji se ne pridržava bilo kojeg tipa poziva može biti optužen za nepoštovanje suda.

⁹ Amandmani 5 i 14 na Ustav SAD, Klauzula o procesnim garancijama.

¹⁰ Oko 19 američkih država zahtijeva optužnicu velike porote za sva krivična djela.

¹¹ Eng. *bare majority*.

¹² Obavezujući nalog.

¹³ Pod prijetnjom kazne.

Velika porota može čuti i koristiti nelegalno pribavljene dokaze. Drugim riječima, ne postoji pred ovom porotom „pravilo isključenja nezakonito pribavljenih dokaza“ (*exclusionary rule*). Tako „plodovi“ priznanja pribavljeni kršenjem *Mirande*¹⁴ ili *pretrage provedene kršenjem Četvrtog amandmana na Ustav SAD, mogu biti predstavljeni i korišćeni od strane velike porote*¹⁵. Velika porota može takođe da sluša i oslanja se nedopustiv rekla–kazala (*hearsay*).

3. Privilegija protiv samooptuživanja i imunitet

Privilegija Petog amandmana protiv samooptuživanja (*privilege against self-incrimination*) često će navesti svjedoka kojeg je pozvala velika porota da odbije svjedočenje. Međutim, ovo odbijanje može biti prevaziđeno davanjem imuniteta.

Peti amandman obezbjeđuje da niko „neće biti primoran u bilo kom krivičnom slučaju da bude svjedok protiv sebe...“. Ova privilegija se primjenjuje i u postupcima velike porote – ako svjedok vjeruje da ga svjedočenje koje se od njega traži može inkriminisati u tekućem slučaju (bilo u jurisdikciji koja vodi istragu velike porote ili druge jurisdikcije), može odbiti da svjedoči na osnovu Petog amandmana¹⁶.

Peti amandman garantuje da optuženi čak ne mora da se pojavi pred sudom. Ali, primjenjuje se drukčije pravilo u postupku velike porote: federalni sudovi i većina država su zaključili da Peti amandman ne dopušta svjedoku da odbije da se uopšte pojavi – svjedok se mora pojaviti kao odgovor na poziv i izjasniti na sadržinu zahtjeva iz Petog amandmana.

Ako bi svaki svjedok koji se pojavi pred velikom porotom mogao jednostavno navesti Peti amandman i bio oslobođen svjedočenja, onda bi mogućnosti istrage velike porote bila ograničena. Ovo se ipak ne dešava, jer velika porota (djelujući na osnovu uputa tužioca) ima moćno oružje da se izbori sa ovim problemom: porota može dati imunitet svjedoku. Samo zato što dati imunitet znači da svjedok ne mora da brine da će njegovo svjedočenje biti upotrijebljeno protiv njega tokom daljeg krivičnog slučaja, osnova za odbijanje Petog amandmana je eliminisana i od svjedoka može biti zatraženo da svjedoči.

Postoje dvije vrste imuniteta koji se mogu dodijeliti svjedoku: transakcijski imunitet (*transactional immunity*) i pozivanje na imunitet (*use*

¹⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁵ Vidi *U.S. v. Calandra*, 414 U.S., 350 U.S. 359 (1956).

¹⁶ *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

immunity). Transakcijski imunitet štiti svjedoka od svih postupaka o stvarima o kojima je svjedočio. Pozivanje na imunitet, kao kontrast, mnogo je uže – štiti samo od direktnog i indirektnog korišćenja svjedočenja u kasnijem postupku.

Godinama se mislilo da bi lična privilegija Petog amandmana bila poništena samo u slučaju transakcijskog, a ne i pozivanja na imunitet. Ali, u *Kastigar v. U.S.*¹⁷ Vrhovni sud je smatrao da je i pozivanja na imunitet dovoljno da poništi privilegiju svjedočenja iz Petog amandmana.

Međutim, svjedok stvarno mora biti zaštićen i od indirektnog korišćenja njegovog svjedočenja. Teret dokazivanja jeste da nije bilo korišćenja ovog svjedočenja od strane tužioca tokom kasnijeg postupka. Tužilac mora dokazati da nije koristio svjedočenje u slučaju: (1) dolaženja u posjed informacija i svjedoka, (2) fokusiranja na kasniju istragu, (3) izvođenja nezavisno izvedenih dokaza, (4) planiranja unakrsnog ispitivanja ili bilo koju drugu vrstu upotrebe svjedočenja.

4. Pravo svjedoka na branioca

Da li svjedok koji je pozvan pred veliku porotu ima pravo na branioca? Vrhovni sud nikada nije jednoznačno presudio ovu dilemu. Većina sudija ovog suda je smatrala da je odgovor „ne“¹⁸, te da svjedok nema ustavno pravo na savjetnika pred velikom porotom. Ipak, neke savezne države dozvoljavaju svjedoku da ima savjetnika pred velikom porotom. Države koje to ne dozvoljavaju, obično daju pravo svjedoku da ima advokata u predsoblju, iako ograničavaju koliko često svjedok može napustiti prostoriju porotnog suda da se posavjetuje sa advokatom.

Jemstvo i preventivni pritvor

Kada je osumnjičeni uhapšen, vlada ima interes da se uvjeri da će se on pojaviti na suđenju i da neće počinuti novo krivično djelo prije suđenja. U isto vrijeme, međutim, osumnjičeni još nije optužen ni za jedno krivično djelo i ima interes da ostane na slobodi do suđenja. Ova dva interesa su u suprotnosti. Postupak davanja jemstva (*bail*), razne forme puštanja na slobodu koje ne uključuju jemstvo i preventivni pritvor (*preventive detention*) –načini su kojima su sudovi i legislativa pokušali da izjednače ove interese.

¹⁷ 406 U.S. 441 (1972).

¹⁸ Vidi *U.S. v. Mandujano*, 425 U.S. 564 (1976).

1. Јемство

Tradicionalno, jemstvo je bio način na koji su sudovi djelovali sa problemom da se optuženi pojavi na suđenju. Prema sistemu jemstva, optuženi je obavezan da ostavi „dokument o davanju jemčevine“ (*bail bond*). Ovaj dokument je obaveza za iznos novca položen sudu koji optuženi gubi ako se ne pojavi na suđenju. U teoriji je jemstvo novac koji potpuno pripada optuženom ili njegovoj porodici, ali u praksi optuženi i njegova porodica dostižu samo dio (obično 10 odsto) iznosa, a jemac kaucije obezbjeđuje ostatak, vjerovatno osiguran porodičnom imovinom.

Upotreba kaucije je bila tako važna tokom istorije da je bila prepoznata i u Američkoj povelji prava. Osmi amandman (koji se primjenjuje na savezne države kroz Klauzulu o zakonitosti postupanja prema Četrnaestom amandmanu) obezbjeđuje da se „pretjerana kaucija neće zahtijevati“. Međutim, Klauzula o kauciji (*Bail Clause*) se ne interpretira tako da daje optuženom pravo na kauciju koju sebi može priuštiti u svim situacijama.

Ono što Klauzula o kauciji daje optuženom jeste pravo, kako tekst Klauzule sam govori, da kaucija ne bude „pretjerana“. Ovo znači da, kad sud odredi kauciju, ne smije da odredi neopravdano visok iznos. Šta predstavlja „neopravdano visok“ iznos određuju neki faktori, uključujući „prirodu i okolnosti djela za koji se optužuje, težinu dokaza protiv [optuženog], finansijske mogućnosti optuženog za davanje kaucije i karakter optuženog“¹⁹.

Garancija protiv pretjerane kaucije znači da sudija prilikom njenog određivanja mora uzeti u obzir pojedinačne okolnosti optuženog. Sud ne mora razmatrati ozbiljnost djela kao jedini kriterijum. S druge strane, činjenica da optuženi ne može priuštiti postavljenu kauciju u određenom slučaju ne čini automatski kauciju „pretjeranom“ u kršenju Osmog amandmana. Finansijski izvori optuženog su jedan faktor koji treba da se razmatra, ali ne i jedini.

2. Preventivni pritvor

Osmi amandman ne zahtijeva od sudije da postavi kauciju u svim slučajevima. U skorije vrijeme Vrhovni sud je odobrio koncept „preventivnog pritvora“, i to bar u nekim okolnostima. Trend je bio udaljen od upotrebe kaucije i išao je u drugom smjeru. S jedne strane, sudovi će mnogo lakše pustiti optuženog na slobodu na osnovu njegove pisane obaveze ili dajući ga u pritvor privatnog pojedinca (npr. roditelja). S druge strane, sudovi su postali

¹⁹ *Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951).

mnogo voljniji da naredе preventivni pritvor gdje se за optuženog misli da је opasan. Тако се smanjio број ситуација који се баве постављањем кауције.

Najdetaljnija šema preventivnog pritvora је она коју даје федерални систем. Федерални Закон о реформи кауције (*Bail Reform Act*) из 1984. године²⁰ омогућава „sigurnost bilo које особе или заједнице“ у одређивању кауције. Посебно „sasлушање за pritvor“ одржава се у случају да случај укључује djelo nasilja, djelo за који је запријечена смртна казна или доживотни затвор (*life imprisonment*), одређени озбиљан преступи у вези с дрогом или било које djelo које је извршио неко ко је два пута био осуђен за било које од претходно наведених djela. Ако судија или магистратски судија (*magistrate judge*)²¹ увиди да никакви услови за ослобађање неће елиминисати ризик да ће optuženi побјећи или угрозити друге, онда особа треба да се притвори прије суђења²².

Vажност коју је Vrhovni sud из случаја *Salerno* додао процесним гаранцијама у федералном Закону о реформи кауције говори да неће сваки акт о preventivnom pritvoru проћи уставну прозивку. Svaka šema preventivnog pritvora мора садржавати прилику за sasлушање на којем могу бити разматране индивидуалне околности optuženog. Pored toga, одлука из случаја *Salerno* utvrђује да се опасност optuženog мође разматрати у одређивању висине кауције, не само да ли би кауција уопште требало да се дозволи.

Pogaђање tužioca i branioca o optužbi

Većina krivičnih slučajeva која води до осуђивања riješeni су pogaђањем tužioca i branioca o optužbi (*plea bargaining*), а не суђењем. Ovaj sistem је prednost за tužioca, jer му треба мање напора да се nagodba postigne него у случају да се изведе потпуно суђење. Да би се optuženom dao подстицај да се „riješi“ случај, а не да се insistira на суђењу, tužilac обично predлаже blažu kaznu од one коју би optuženi добио да је осуђен на суђењу.

Postoje три uobičajena tipa pogaђања tužioca i branioca o optužbi:

a) Blaža optužba: optuženom се мође дозволити да prizna krivicu за мање озбиљну optužbu него ону коју подржавају dokazi.

²⁰ Ovaj zakon је zamijenio Закон о реформи jemstva из 1964. године. Закон из 1964. године nije dopuštao судијама да у nekapitalnim предметима razmotre опасност коју optuženi predstavlja за друштво.

²¹ Sудија који pomaže okružnom судији (*district judges*) у pripremi predmeta или donosi presudu kad се obje strane slože.

²² Ova федерална šema је proglašena ustavnom у случају *U.S. v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

b) Kazna: alternativno, optuženi može priznati krivicu za isto djelo za koje bi bio optužen i za koji bi mu se sudilo, ali se tužilac može složiti da preporuči (ili barem da se ne protivi) blažu kaznu nego što bi je obično izrekao sudija. U dogovoru oko „blaže kazne“ tužilac obično nema autoritet da garantuje da će ta kazna biti i izrečena: međutim, sudije se obično slažu sa preporukom tužioca, tako da ima malo praktičnog rizika za optuženog ako sklopi takvu nagodbu.

c) Odbacivanje drugih optužbi: na kraju, optuženi može priznati krivicu za jednu optužbu, u zamjenu da tužilac obeća da odbaci druge optužbe koje bi se mogle iznijeti.

Nagodba se primjenjuje uopšteno. Tužilac nema obaveze da se nagodi. Čak i ako tužilac rutinski ponudi nagodbu, u drugim, sličnim okolnostima on ima pravo da odluči da ide na suđenje – bez da ponudi nagodbu²³.

1. Obećanja tužioca

Tužilac ima široku slobodu odlučivanja u tome kako da se ponaša tokom pregovora o nagodbi. Tako, tužilac može da optuži za jedno djelo, a onda da kaže optuženom „ako ne priznaš krivicu za ovaj zločin, dodaću još težu optužnicu“. „Nema ... elemenata kažnjavanja ili osвете sve dok optuženi ima slobodu da prihvati ili odbije ponudu tužioca“²⁴. Rezultat izgleda da je isti ako tužilac prijete da će voditi slučaj strože nego što bi inače. Ako, s druge strane, tužilac pokuša da „izazove“ optuženog da prizna krivicu nudeći blagost trećoj osobi (ili, nasuprot tome, prijete da će goniti treću osobu ako optuženi ne prizna krivicu), sudovi će vjerovatno osporiti priznanje krivice na osnovama prinude. Ovo je posebno značajno ako je treća osoba supružnik, brat ili sestra ili dijete optuženog – zbog veće opasnosti od prinude u takvoj situaciji.

Nagodba je u osnovi ugovor i generalno se primjenjuju pravila ugovornog prava (*contract law*). Stoga, ako tužilac ne uspije da ispoštuje svoj dio nagodbe, optuženi obično može ili „raskinuti ugovor“ – *terminate the contract* (i izabrati da ide na suđenje) ili da traži „specifično izvršenje“ – *specific performance*²⁵ (*npr. da insistira da se prvobitni uslovi o kojima su se dogovorili – izvrše*).

Vrhovni sud je presudio da postoji kršenje Ustava SAD ako se optuženi zatvori na osnovu priznanja krivice (guilty plea), gdje tužilac nije ispunio

²³ Vidi *Weatherford v. Burse*, 429 U.S. 545 (1977).

²⁴ *Bordenkirsher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

²⁵ Izvršenje (ugovora) u naturi.

svoja obećanja²⁶. Sud je presudio da su ovdje ustavna prava optužene osobe prekršena, jer je ona imala ustavna očekivanja dobijanja povlastica svoje nagodbe.

Optuženi ima samo pravo da dobije što je tužilac obećao i ništa više. Ako se tužilac drži svog dijela dogovora, ali sudija nametne ozbiljniju kaznu, ustavna prava optuženog nisu prekršena²⁷. Takođe, ako optuženi prizna krivicu za manji prestup ili ako prizna jednu optužbu, a ostale odbaci, sudija koji sudi može uzeti u obzir odbačene optužbe u odlučivanju za kažnjavanje za optužbe koje je optuženi priznao.

Ako optuženi može dokazati da su obećanja u nagodbi prekršena od strane tužioca, sud će obično narediti „specifično izvršenje“. Tj. narediće da se dogovor održi (a ne da se samo optuženom da pravo da ide na suđenje).

Što važi za jednu stranu, važi i za drugu: ako optuženi ne uspije da ispuni nagodbu, onda tužilac ima pravo da izabere da raskine pristanak (*terminate the agreement*) i da se optuženi osudi za prvobitne optužbe. Problem će nastati kada se optuženi složi da svjedoči protiv saučesnika u zamjenu za blažu optužbu ili manju kaznu, a onda se toga ne drži²⁸.

2. Pravo na advokata prema Šestom amandmanu

Pravo iz Šestog amandmana na pomoć advokata se primjenjuje i tokom postupka nagodbe. Tako, siromašni optuženi ima pravo da mu se dodijeli advokat za ove pregovore (*negotiations*).

3. Dobijanje priznanja

Sudija neće „prihvatiti“ (*receive*) priznanje sve dok se ne uvjeri da su ispunjeni određeni uslovi, koji štite optuženog, a u skladu sa sljedećim činjenicama:

- (1) Kompetencija: sudija mora biti siguran da je optuženi kompetentan da uđe u proces priznanja i da je priznanje istinski voljno.
- (2) Razumijevanje optužbe: sudija mora utvrditi da li optuženi razumije optužbu. Sudija upozorava optuženog da ima pravo na suđenje i da odustaje od tog prava ako prizna krivicu. Onda će obično objasniti

²⁶ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

²⁷ Mnoge savezne država i federalni sistem, iako ustavno nisu obavezni tako da urade, dozvolile bi optuženom da povuče svoje priznanje krivice u tom trenutku i da ide na suđenje.

²⁸ Vidi *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1 (1987).

optuženom prirodu optužbi i koji elemente bi tužilac trebalo da dokaže ako bi slučaj išao na suđenje.

- (3) Razumijevanje posljedica: sudija će se takođe pobrinuti da optuženi razumije posljedice priznanja krivice. To obično znači da će sudija objasniti optuženom najveću moguću i najnižu kaznu koja se može nametnuti u odgovoru na priznanje.
- (4) Činjenična osnova (*factual basis*): najkontroverznije je što neke savezne države i federalni sistem zahtijevaju da sudija neće prihvatiti priznanje krivice, osim ako je uvjeren da postoji činjenična osnova za priznanje. Obično, sudija neće prihvatiti priznanje krivice izuzev ako optuženi efektno kaže „počinio sam djela za koja sam optužen“.

Kada optuženi želi da prizna krivicu, ali nastavlja da insistira na svojoj stvarnoj nevinosti (*innocence*), ustavno je da sudija odbije da prihvati priznanje krivice. Kako je Vrhovni sud istakao, „optuženi nema apsolutno pravo prema Ustavu da njegovo priznanje krivice prihvati sud...“²⁹.

4. Povlačenje priznanja krivice od strane optuženog

U nekim okolnostima, optuženi može imati pravo da povuče (*withdraw*) svoje priznanje krivice. To se postiže „prijedlogom za povlačenje“ (*motion for withdraw*) priznanja.

- (1) Prije izrečene kazne: prije nego što se izrekne kazna, većina jurisdikcija daje optuženom relativno široko pravo da povuče priznanje. Na primjer, u federalnom sistemu, može da se povuče priznanje prije suđenja zbog „bilo kojeg fer i opravdanog razloga“.
- (2) Poslije izrečene kazne: nakon izrečene kazne mnogo je teže za optuženog da povuče priznanje. Međutim, ako je dogovor da će tužilac preporučiti određenu kaznu i sudija ignoriše preporuku i osudi optuženog gore, mnoge jurisdikcije će dozvoliti optuženom da povuče priznanje i ide na suđenje (iako naizgled nije kršenje ustavnih prava optuženog ako mu se ne dozvoli da povuče priznanje u ovim okolnostima)³⁰.

²⁹ *Nort Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

³⁰ *Vidi U.S. v. Savage*, 561 F.2d 554 (4th Cir. 1977).

5. Prava koja se izuzimaju priznanjem

Обично се за оптуженог који уђе у процес признавања кривике и буде му изрећена казна сматра да се одрекао било којих права, укључујући и уставна, на која се могао позвати на суђењу. Стога, он обично не може да се жали на пресуду због признања или на изрећену казну.

Онај који призна крivicу у другачијем је положају од оног коме се суди. Дозвољаванје да се признање кривике поново отвара на основу каснијих одлука које се тичу прихватљивости доказа – погоршало би државни интерес за „одржавање коначности осуда преко признавања кривике које су биле исправне по уставним стандардима који су се примјенивали у то вријеме“³¹.

Изузетак за „неизлјечиве“ недостатке (*non-curable defects*): постоји веома ограничѐн изузетак општем правилу да онај који призна крivicу – не може касније искористити предности нових уставних или других правила. Другим ријечима, признање кривике може функционисати као одузимање свих права одбрана, осим оних које, кад се једном искористе, не могу да се „излијеће“.

Pravo на убрзани судски поступак

Шести амандман омогућава да „ће у свим кривичним гонјенјима оптужени уживати право на убрзани ... судски поступак“. Ово право се примјенjuje директно на федерална гонјенја, али такође и на државна гонјенја – посредством клаузула о законитости поступања (према Четрнаестом амандману).

Врховни суд није смислио никаква јасна правила о томе колико брзо мора бити суђење. Умјесто тога, Суд је усвојио нешто безличније „испитивања уравнотежења“ (*balancing test*), у којем се понашање и тужиоца и оптуженог „вага“³². *Barker* показује четри фактора која судови треба да разматрају када одлучују да ли је суђење неразумно одгођено:

- a) Дужина одлагања: прихватљива дужина зависи од природе оптужбе. Судови су одлучивали која ће одлагања бити типично штетна, па је одлучено да одлагања мања од пет мјесеци нису штетна, а одлагања од осам мјесеци или дуђе јесу.
- b) Разлог за одлагање: уколико одбрана установи да је намјерно одлагање од стране државе имало за циљ да наштети оптуженом, чак

³¹ *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970).

³² Види *Barker v. Wingo*, 407 397 U.S. 514 (1972).

- i kratko odlaganje smatraće se štetnim. Odlaganja usljed velike opterećenosti suda su manje štetna.
- c) Tvrdnje optuženog o pravu: da li je optuženi tražio pravo na ubrzani sudski postupak i kada? Ukoliko je optuženi izjavio da je spreman na suđenje i tražio da suđenje počne odmah, njegove kasnije tvrdnje da je suđenje počelo prekasno neće imati neku veliku težinu.
- d) Unaprijed stvoreno mišljenje – „predrasuda“ (*prejudice*): da je optuženi pretrpio štetu zbog odlaganja. Tri su tipa štete zbog odlaganja koje može pretrpjeti optuženi: (1) neosnovano zatvaranje prije suđenja; (2) briga i pretrpljeni strah dok čeka suđenje; (3) slabljenje odbrane. Slučajeve pod (1) i (2) sud ne uzima za ozbiljno. Treći tip predrasude je najozbiljniji.

U federalnim tužilaštvima Klauzula brzog postupka (*Speedy Trial Clause*) nalazi se u Zakonu o brzom suđenju (*Speedy Trial Act*³³). Ovaj zakon postavlja dva vremenska perioda. Prvi je od vremena hapšenja do optužbe, a drugi je od optužbe do suđenja.

Uobičajeno vrijeme između hapšenja i podizanja optužnice ne smije biti duže od 30 dana. Uz to, vrijeme između podizanja optužnice i početka suđenja ne smije biti duže od 70 dana. Ipak, postoje odlaganja koja se ne računaju. Neka su prilično elastična.

Ukoliko optužnica nije podignuta u roku od 30 dana ili suđenje ne počne u roku od 70 dana od podizanja optužnice, sud je primoran da odbaci sve optužnice. Naravno, odbacivanje ne mora nužno biti sa “predrasudom”, na sudu je da donese odluku baziranu na činjenicama kao što su okolnosti koje se tiču odlaganja. Odbacivanje sa “predrasudom” znači da tužilac može podići novu optužnicu i pokrenuti proces iznova.

Prijedlog za izuzimanje dokaza prije suđenja

Kada optuženi tvrdi da su određeni dokazi, koji treba da se iznesu, nezakonito pribavljeni, koristi se specijalna procedura o ovim dokazima, prije nego suđenje uopšte i počne. U tipičnim neustavnim situacijama prigovor se mora razmatrati odmah u trenutku prijema. Ali, prigovori na dokaze za koje se tvrdi da su pribavljeni kršenjem ustavnih prava su drugačiji. U većini država o tim dokazima se odlučuje prije nego suđenje uopšte i počne.

³³ Iz 1974. godine (88 Stat. 2080, izmijenjen 2. avgusta 1979. godine, 93 Stat. 328, 18 U.S.C. § 3161–3174), uspostavlja rokove za dovršenje različitih faza u slučaju saveznog krivičnog gonjenja.

Uopšteno, ovaj prijedlog mora biti dat u pisanoj formi. Sud tada održava saslušanje o prijedlogu, gdje svjedoci mogu da svjedoče. Sudija prilikom saslušanja za odbacivanje dokaza donosi odgovarajuću odluku i ne ostavlja nikakav prostor za porotu o ovom pitanju.

Većina saveznih država, pa i federalni sistem, slijede ista pravila o pitanju priznanja. Analizira se da li je došlo do kršenja Miranda pravila. Znatno broj država ipak prati određen pristup u dva koraka, zvani „pravilo Masačusetsa“ (*Massachusetts rule*) u ocjeni tvrdnje optuženog da priznanje nije dato dobrovoljno. Kod „pravila Masačusetsa“ sudija prvo razmatra problem dobrovoljnosti priznanja. Ako utvrdi da ono nije bilo dobrovoljno, priznanje se odbacuje kao nedopustivo i smatra se da je stvar završena. Ali, ako sudija utvrdi da je priznanje dato dobrovoljno, ono se iznosi pred porotu, ali sa uputstvom porotnicima da moraju nezavisno utvrditi da je priznanje dobrovoljno ili ga u suprotnom odbaciti³⁴.

Pravila o dokazima koji se ne koriste: saslušanje se sprovodi bez obzira na pravila o dokazima.

Predraspravno predočavanje dokaza³⁵

1. Predočavanje za odbranu

Odbrana ima pravo da traži da se unaprijed objave (*disclosure*) određeni dokazi ili drugi materijal tužioca bitan za slučaj. U nekim slučajevima objavljivanje unaprijed od strane tužilaštva zapravo je ustavna obaveza vezana za Klauzulu o zakonitosti postupanja.

Nema generalne ustavne odredbe o obavezi tužiočevog objavljivanja materijalnih dokaza odbrani. Jedini dio u kome Ustav SAD igra značajnu ulogu jeste kod objavljivanja određenih dokaza u posjedu tužioca koji mogu optuženog osloboditi krivice. Ova dužnost je izvedena iz famoznog slučaja *Brady v. Maryland*³⁶. *Zapravo, zahtjev odbrane za dokazima koji mogu optuženog osloboditi krivice naziva se “zahtjev za Brady materijal”.* „Brady doktrina“ koja podrazumijeva da se oslobađajući dokazi tužioca koji idu u korist optuženog moraju objelodaniti nalazi se u Klauzuli o zakonitosti postupanja.

³⁴ Odredbe iz „pravila Masačusetsa“ su ustavno dozvoljene.

³⁵ *Pre-trial discovery evidence*.

³⁶ 373. U.S. 83 (1963).

„Savjesnost“ (*good faith*) je nevažna. Iako neobjavljivanje dokaza nije podstaknuto nekim tužiočevim interesima da naudi postupku, već su npr. rezultat nemara ili čak nekih okolnosti izvan tužiočeve kontrole – nema razlike među njima.

Šta se dešava ako tužilaštvo ne objavi određene dokaze, a to se utvrdi tek nakon završetka suđenja? Optuženi tada dobija novo suđenje ali jedino ako su dokazi koji nisu objavljeni značajni. Dokazi će se smatrati značajnim ako postoji razumna mogućnost da ukoliko bi se oni objavili – rezultat suđenja bi bio drugačiji³⁷. Kada sud odlučuje da li je neobjavljivanje dokaza bilo “značajno”, radi to tako što razmatra sve neobjavljene dokumente kumulativno.

Brady doktrina ne zahtijeva da objavljivanje dokaza bude izvršeno prije početka suđenja. Traži se da se objavljivanje izvrši u roku koji će dati optuženom dovoljno vremena da iskoristi dokaze. Međutim, i objavljivanje nakon što je suđenje počelo ostavlja dovoljno vremena odbrani da se pripremi koristeći nove dokaze.

Ukoliko su dokazi koji mogu pomoći optuženom uništeni ili izgubljeni, optuženi nema pravo na poništenje suđenja ili novo suđenje. Izuzetak je ako optuženi može dokazati nasavjesnost na strani policije, nemogućnost da se sačuvaju potencijalno korisni dokazi negira Klauzulu o zakonitosti postupanja³⁸.

Polazeći od ustavnih zahtjeva, većina saveznih država i federalni sistem donijeli su zakone o objavljivanju dokaza prije početka suđenja. Neke od vrsta objavljivanja ovih dokaza prihvaćeni od strane saveznih država i federalnog sistema su:

- (1) Izjave optuženog: sve države i federalni sistem nalažu da tužilaštvo po zahtjevu optuženog dostavi odbrani kopije prvobitnih izjava optuženog (*Federal Rules of Criminal Procedure*, 16(a)(1)(A). Takođe, nalažu da tužilaštvo dostavi sve izjave saučesnika, ukoliko oni postoje.
- (2) Naučni izvještaji (*scientific reports*): federalni sistem i većina država nalažu da odbrana ima pravo da dobije sve kopije medicinskih i sistematskih ljekarskih izvještaja (*physical*) pripremljenih za tužilaštvo.
- (3) Dokumenti i materijalni predmeti (*tangible objects*): većina država optuženom takođe daje pravo da dobije sve informacije o

³⁷ *U.S. v. Bagley*, 473. U.S. 667 (1985).

³⁸ *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1989).

dokumentima i materijalnim predmetima koji će biti korišćeni od strane tužilaštva u procesu.

- (4) Lista svjedoka: većina sudova nalaže tužilaštvu davanje odbrani liste svjedoka koji će biti pozvani na suđenje. Takođe, nalaže se tužilaštvu da dostavi odbrani sve izjave koje su dali svjedoci koji će se pojaviti na suđenju.
- (5) Policijske prijave (*police reports*): većina sudova ne dozvoljavaju odbrani da dođe u posjed policijskih prijava. Oni tretiraju policijske prijave kao produkt rada tužilaštva i zato su one privilegovane.

Većina jurisdikcija, isto tako, ne daje pravo odbrani da uzima izjave pod zakletvom (*take depositions*) od svjedoka. S druge strane, ukoliko odbrana ponudi dokaze da postoji određeni svjedok koji je spriječen da dođe na suđenje, onda će sud obično izdati naređenje kojim dopušta da izjava pod zakletvom bude uzeta.

2. Predočavanje za tužioca

Tužilaštvo nema ustavno pravo da dođe do informacija sa kojima raspolaže odbrana. Ipak, postoje određena prava koja zakon ili sud daju tužilaštvu. Ona su i te kako uža od onih datih odbrani.

- (1) Otkrivanje alibija (*alibi disclosure*): većina država i federalni sistem daje pravo optuženom da objavi obavještenje o namjeri davanja odbrane zasnovane na alibiju. Ove odredbe su opravdane razlozima da odbrana može u posljednjem trenutku da izmisli lažni alibi koji će za tužilaštvo biti veoma težak da se obori. Odredbe zahtijevaju da objavljivanje alibija odbrane prije suđenja ne smije narušavati procesnu Klauzulu o zakonitosti postupanja³⁹.
- (2) Neuračunljivost (*insanity*): većina država i federalni sistem zahtijevaju od optuženog da unaprijed da obavještenje da želi da se brani neuračunljivošću ili da predstavi izvještaj eksperta koji pokazuje da nije bio uračunljiv u vrijeme izvršenja krivičnog djela.
- (3) Reciprocitet (*reciprocity*): većina država daju tužilaštvu prilično široko pravo predočavanja dokaza, ali to uslovljavaju pravom optuženog da objavi određene činjenice. Prema ovim odredbama, ukoliko optuženi ne traži predočavanje, ni tužilaštvo nema pravo da to traži (osim u specijalnim slučajevima pokrivenim drugim zakonskim odredbama, kao što su alibi i neuračunljivost).

³⁹ *Williams v. Florida*, 399. U.S. 78 (1970).

- (4) Lista svjedoka i izjave: neke države zahtijevaju od odbrane da objavi imena i adrese svjedoka koje namjerava da pozove na suđenje, kao i izjave date od strane tih svjedoka.

Suđenje

Procedura kod krivičnih suđenja je detaljna. Ovdje razmatramo neke od glavnih problema.

- (1) Pravo na javno suđenje (*right to a „public“ trial*): Šesti amandman utvrđuje da „u svim krivičnim suđenjima optuženi ima pravo na ... javno suđenje“. Ovo ipak ne znači da se suđenje mora održati na nekom javnom mjestu velikom dovoljno da bi mu svako ko želi mogao prisustvovati. Ali, znači da mora biti javno za pojedine osobe. Bilo bi kršenje prava optuženog ukoliko bi se suđenje održalo u zatvorenim sudskim prostorijama ili u zatvoru.

Nema prava koje nameće zatvoreno suđenje: optuženi se može odreći prava na javno suđenje u smislu da je izgubio pravo na žalbu. Ali, ovo ne znači da optuženi ima pravo da insistira na zatvorenom suđenju. Ipak, pravo optuženog na javno suđenje može biti nadmašeno određenim državnim interesom.

- (2) Uvodna riječ (*opening statement*): svi sudovi dozvoljavaju strankama da daju uvodnu riječ prije nego što dokazi budu predstavljeni. Tužilaštvo govori prvo. Neka zakonodavstva nalažu da uvodnu riječ daje odbrana odmah nakon tužilaštva. Druge države daju odbrani opciju odlaganja uvodne riječi – sve dok svoj slučaj ne završi tužilac.
- (3) Saslušanje svjedoka (*presentation of witnesses*): nakon uvodne riječi tužilaštvo iznosi direktno svoj slučaj. Tužilaštvo mora ustanoviti svaki element krivičnog djela izvan razumne sumnje (*beyond a reasonable doubt*). Odbrana ima pravo unakrsnog ispitivanja (*cross-examine*) svakog svjedoka tužilaštva. Po završetku izlaganja tužilaštva, odbrana izvodi svoje svjedoke.
- (4) Prijedlog za donošenje izreke presude ili rješenja koja sadrži sudsku odluku (*direct verdict*): u skoro svim državama sudija može uzeti slučaj od porote vodeći se razlozima da su dokazi nedovoljni za osudu. Tipično, ovo se radi kao odgovor na prijedlog odbrane za odbacivanje optužbe.

- (5) Završni argumenti (*closing arguments*): nakon što su obje stranke predstavile dokaze, svaka od njih može dati završnu riječ. U svim državama i federalnom sistemu završnu riječ daje prvo tužilaštvo, odbrana može dati onda odgovor (*reply*) i tužilac pobijati odgovor odbrane (*rebuttal*).

Klauzulu o zakonitosti postupanja stavlja određenu granicu na to šta tužilac može reći ili uraditi prilikom izlaganja završnih argumenata. Ovdje su neke od stvari koje su tužiocu zabranjene:

- a) Referenca na nedopuštene dokaze (*unadmitted evidence*): tužilac se ne smije oslanjati na određene dokaze koji nisu predstavljeni na suđenju ili su odbačeni od strane suda.
- b) Lična uvjerenja: tužilac ne smije izraziti svoje lično mišljenje o bilo kojem svjedočenju ili krivici optuženog.
- c) Posljedice oslobađajuće ili osuđujuće presude. Tužilac ne smije reći da ukoliko se optuženi oslobodi – da će u budućnosti činiti nova krivična djela.
- d) Raspirivanje strasti (*inflaming the passions*): tužilac ne smije predstaviti dokaze tako da utiče na mišljenje porote. Komentarisanje rasnih, religioznih ili klasnih predubjeđenja nije pravedno.

Argumenti odbrane optuženog: postoji nekoliko ograničenja o pitanju izlaganja odbrane optuženog. Sudija može prekinuti suđenje ukoliko odbrana ignoriše upozorenja o tome šta ne smije govoriti. Ukoliko je izrečena oslobađajuća presuda, tužilaštvo se može žaliti.

1. Pravo optuženog da prisustvuje suđenju

Optuženi ima ustavno pravo da bude prisutan na suđenju. Ovo pravo proizlazi iz Šestog amandmana koji utvrđuje i da optuženi ima pravo da se „konfrontira (suoči) sa svjedocima koji svjedoče protiv njega“. Ono može biti izgubljeno usljed neprimjerenog ponašanja optuženog. Ukoliko optuženi više, ne sjedi i psuje, sud ga prvo upozorava, ali ukoliko nastavi da se tako ponaša – sud može narediti da ga izbace iz sudnice⁴⁰.

2. Prava optuženog prilikom suočenja (konfrontacije)

Šesti amandman daje pravo svakom optuženom da se suoči (*confronted*) sa svjedokom koji svjedoči protiv njega. Ovo se naziva klauzula konfrontiranja (*confrontation clause*). Nalazi se u Četrnaestom amandmanu. Kla-

⁴⁰ *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970).

uzula ima dvije važne komponente: pravo na obavezno pristupanje svjedoka sudu (*compulsory process*) i pravo na unakrsno ispitivanje protivničkih svjedoka.

Pravo na obavezno pristupanje svjedoka sudu podrazumijeva da je svaki svjedok dužan da svjedoči na poziv suda ukoliko posjeduje informacije koje će biti od određene koristi za odbranu. Ovo podrazumijeva da u nekim slučajevima tužilaštvo mora pomoći odbrani u pronalaženju određenih svjedoka. Ukoliko tužilaštvo zna prebivalište ili identitet određenih svjedoka, nužno je da tu informaciju podijeli sa odbranom⁴¹.

Klauzula konfrontiranja daje pravo optuženom da pribavi određena svjedočenja svjedoka. Ova klauzula ne sprečava države da prepoznaju zajednička ovlašćenja od strane svjedoka kao što je privilegija protiv samooptuživanja.

Klauzula konfrontiranja daje i određena ograničenja prilikom unakrsnog ispitivanja svjedoka. Na primjer, pravilo sprečava optuženog na unakrsno ispitivanje maloljetnih svjedoka na temelju spisa maloljetničkog suda. Slično, ova klauzula stavlja neka ograničenja na pravo države da iskoristi svjedočenje po čuvenju (*hearsay evidence*) protiv optuženog. Vrhovni sud je u *Ohio v. Roberts*⁴² ustanovio da postoje dva važna ograničenja prilikom korišćenja svjedočenja po čuvenju protiv optuženog: (1) tužilaštvo može da ne prizna vansudske izjave protiv optuženog ukoliko ne pokaže onoga ko je dao izjavu ili dokaže njegovu nedostupnost; (2) prijašnja svjedočenja moraju biti pribavljena pod okolnostima koja obezbjeđuju razumne "indicije pouzdanosti" (*indicia of reliability*).

Klauzula konfrontiranja zabranjuje u nekim slučajevima korišćenje vansudske izjave jednog lica protiv drugog⁴³:

- (1) Odvojena suđenja ili odvojene porote: ukoliko tužilaštvo odluči da koristi izjavu jednog lica protiv drugog, tada tužilaštvo ima izbor da se složi ili ne složi sa odvojenim suđenjima ili sa odvojenim porotama.
- (2) Svjedočio je ispovjednik (*confessor*): *Bruton* princip primjenjuje se samo u slučajevima kada optuženi koji je navodno priznao, odbije da svjedoči. Ukoliko je ispovjednik svjedočio i pritom porekne da je dao priznanje – tada uglavnom ne dolazi do narušavanja Klauzule konfrontiranja⁴⁴.

⁴¹ *Roviano v. U.S.*, 353 U.S. 53 (1957).

⁴² 448 U.S. 56 (1987).

⁴³ Vidi *Bruton v. U.S.*, 391 U.S. 123 (1968).

⁴⁴ Vidi *Nelson v. O'Neil*, 402 U.S. 622 (1971).

(3) Izbrisana istovjetnost: u slučaju *Bruton* dio priznanja prvooptužene osobe koja upliće drugooptuženog je pročitao poroti riječ po riječ, ostavljajući porotu van sumnje o tome da li se radi o uplitanju. U pokušaju da izbjegne *Bruton* problem, tužilac je mogao ispraviti priznanje prvooptuženog – da se drugooptuženi ne spominje. Ova tehnika tužioca može, a i ne mora da uspije, u zavisnosti od toga da li bi razumna porota zaključila da je originalno (neispravljeno) priznanje uplelo drugooptuženu osobu.

3. Pravo na šutnju optuženog⁴⁵

Peti amandman omogućava da se nijedna osoba „neće prisiliti u krivičnom slučaju da svjedoči protiv sebe“. Ova privilegija se primjenjuje na savezne države preko Klauzule o zakonitosti postupanja iz Četrnaestog amandmana. Privilegija samooptuživanja (*self-incrimination privilege*) se primjenjuje u mnogo različitih okolnosti, ali smo mi ovdje zainteresovani na njene efekte na samo suđenje.

(1) Pravo ne naći se pred sudom – ne svjedočiti (*take the stand*): privilegija ne znači samo da optuženi može da odbije da odgovori na pitanja koje ga tužilac pita. Umjesto toga, znači da optuženi ima pravo da ne zauzme poziciju svjedoka. Zaista, u mnogo, ako ne i većini suđenja, optuženi nikad ne uzima poziciju svjedoka.

Privilegija protiv samooptuživanja se može odbaciti⁴⁶. Ova privilegija stavlja granice na pravo tužioca da komentariše šutnju optuženog. Opšte pravilo je da tužilac ne može komentarisati činjenicu da je optuženi odbio da zauzme poziciju svjedoka⁴⁷.

Optuženi ima pravo da predloži sudiji davanje uputa (*instruct*) poroti da: (1) optuženi ima ustavno pravo da ne svjedoči (2) ne može da zaključuje o krivici optuženog – ako on iskoristi ovo pravo⁴⁸.

⁴⁵ *Defendant's right to remain silent.*

⁴⁶ Vidi Federal Rules of Evidence (2017 Edition Paperback – October 23, 2016, by Michigan Legal Publishing Ltd), 609(a).

⁴⁷ *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).

⁴⁸ *Carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288 (1981).

Ne dva puta o istom

Peti amandman obezbjeđuje da nijedna osoba neće biti „izložena da za isto djelo dva puta bude stavljena u rizik za život ili tijelo“ (*put in jeopardy of life or limb*). Ovo je garancija protiv „dvostrukog rizika“ (*ne bis in idem, double jeopardy*). Najčešća primjena ove doktrine jeste da se spriječi da se optuženom ponovo sudi nakon što ga je porota oslobodila. Garancija dvostrukog rizika se primjenjuje u državnim i saveznim suđenjima⁴⁹.

1. Postupci na koje se garancija odnosi

Garancija dvostrukog rizika utvrđuje da osoba ne može dva puta biti „stavljena u rizik za život ili tijelo“. Za koje vrsta postupaka se smatra da stavljaju osobu u „rizik za život ili tijelo“? Očito, dolazi u obzir bilo koje gonjenje za krivično djelo. Tako, osoba ne može da se podvrgne dvjema optužbama za isto djelo (osim izuzetno). Ali, garancija se takođe primjenjuje na barem neke postupke koji nisu krivično djelo.

Uopšteno, koncept je da se postupak čija je namjena da kazni optuženog, prekriva ovom garancijom. Ali, postupak koji ima značajnu „građansku“ (nekaznenu) dimenziju – neće biti pokriven. Tako se garancija primjenjuje na sva krivična gonjenja, čak i na prekršaje (*misdemeanors*). S druge strane, postupak koji je samo „građanski“ (*civil*) – neće generalno izazvati garanciju, čak i ako postoji krivični aspekt. U tom kontekstu, ako se od optuženog zahtijeva da plati ono što zakonodavstvo naziva „novčana kazna u građanskom postupku“ (*civil fine*), ovo obično neće spriječiti kasnije gonjenje za isto djelo⁵⁰.

Isto pitanje se pojavljuje u vezi sa postupcima izvršenja (*forfeiture*). Federalni i državni zakoni obično omogućavaju da gdje je jedna stvar korišćena kao dio postupka izvršenja krivičnog djela (*commission*), tu stvar može zaplijeniti (oduzeti) vlada. Ovdje je pitanje da li je izvršenje „krivično“ (u kom slučaju ne može da prethodi ili slijedi krivično gonjenje za isto djelo) ili je „nekrivično“ (u kom slučaju može). Vrhovni sud je presudio da bi izvršenja normalno trebalo da se posmatraju kao nekrivična⁵¹.

⁴⁹ *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

⁵⁰ Vidi *U.S. v. Halper*, U.S. 490 435 (1989).

⁵¹ Vidi *U.S. v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996). U ovom slučaju Vrhovni sud je zaključio da su zakoni koji obezbjeđuju izvršenje u vezi sa pranjem novca ili ilegalnim drogama „građanski“ i nekrivični, tako da izvršenje može ili slijediti ili prethoditi krivičnom gonjenju za krivično djelo.

Zaštita protiv dvostrukog rizika ne primjenjuje se dok se rizik ne „pripoji“ (*attached*). U slučaju da sudi porota, za rizik se smatra da se „dodaje“ kada se porota sazove i položi zakletvu, tj. kada je cijela porota izabrana i položi zakletvu. Ovo pravilo je i ustavni zahtjev⁵². U slučajevima kada treba sudija da sudi sam bez porote, za rizik se smatra da se „dodaje“ kada prvi svjedok položi zakletvu. U slučajevima koji se završe priznanjem krivice, rizik se „dodaje“ kada sud prihvati priznanje optuženog, i to bezuslovno.

2. Ponovno optuženje nakon „ništavog sudskog postupka“

Pretpostavimo da suđenje počne i onda se prekine zbog „ništavog sudskog postupka“ (*mistrial*). Tužiocu tada nije zabranjeno da ponovo optuži optuženog.

- (1) Sa pristankom optuženog: ako je „ništav sudski postupak“ nastao iz zahtjeva ili sa pristankom optuženog, ponovna optužba je uvijek dozvoljena. Ovo je slučaj i ako je podsticaj optuženog za „ništav sudski postupak“ nastao zbog propusta tužioca, čak i ako je takvo ponašanje namjerno⁵³.
- (2) Bez pristanka optuženog: čak i kada optuženi ne pristane, „ništav sudski postupak“ neće često zabraniti ponovnu optužbu. Tako, ako sud zaključi da je „ništav sudski postupak“ nastao kao „očita nužnost“ (*manifest necessity*), ponovna optužba će biti dozvoljena. Ova fraza je nejasna, ali sudovi gledaju na nju veoma spremno. Isto tako, svi sudovi su saglasni da ako „porota nije mogla donijeti jednoglasnu odluku“ (*hung jury*), sudija može proglasiti „ništav sudski postupak“ i tužilac može ponovo da izvede optuženog pred sud⁵⁴. Slično, ponovno suđenje će obično biti dozvoljeno kada je „ništav sudski postupak“ posljedica premalog broja porotnika u panelu, zbog činjenice da je porotnik diskvalifikovan jer je znao jednu od stranaka ili zbog drugih razloga koji nisu direktno pripisani tužilačkom lošem ponašanju. Uopšteno, što je prvostepeni sud detaljnije izvagao alternative prije odlučivanja da je „ništav sudski postupak“ jedina opcija, vjerovatnije je da će se ponovno suđenje dozvoliti.

Čak i u slučaju gdje bi se moglo misliti da postoji „očita nužnost“ za „ništav sudski postupak“ – ponovno suđenje neće biti dozvoljeno ako je cijela

⁵² *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28 (1978).

⁵³ *Vidi U.S. v. Dinitz*, 424 U.S. 600 (1976).

⁵⁴ *Vidi U.S. v. Perez*, 22 U.S. 579 (1824).

epizoda dovela do „tužilačke nepoštene konkurencije“ (*prosecutorial overreaching*). Ali, veoma je teško da optuženi ovo uspostavi: ako može dokazati da se vlada ponašala tako da „podstiče“ (*goadng*) da se proglasi „ništav sudski postupak“⁵⁵.

3. Ponovno gonjenje nakon oslobađajuće presude

Ova klasična primjena Klauzule dvostrukog rizika treba da spriječi ponovnu tužbu ako je optuženi oslobođen (odlukom suda) – *acquitted*.

- (1) Oslobođenje (*acquittal*) odlukom porote: u slučajevima kada odlučuje porota i ona donese odluku da optuženi „nije kriv“ (*not guilty*), jasno je da Klauzula dvostrukog rizika sprečava da se optuženom ponovo sudi⁵⁶. Ovo je tačno čak i ako je oslobođenje izazvano priznavanjem onoga što je trebalo da bude nedozvoljeni dokazi i nečim za šta se kasnije može dokazati da je bilo „lažno svjedočenje“ (*perjured testimony*) koju je dala odbrana. Zbog ovog razloga, tužiocu nikad nije dozvoljeno da se žali na oslobađajuću odluku porote.
- (2) Oslobođenje odlukom sudije: u osnovi, isto pravilo se primjenjuje na oslobođenje odlukom sudije – sve dok sudija ne kaže da jedan ili više elemenata krivičnog djela tužilac nije dokazao, tužilac se ne može žaliti (čak i ako je jasno da je presuda sudije zasnovana na greški u primjeni zakona). Ali, ako je porota prva proglasila optuženog krivim i onda je sudija odbacio „odluku porote“ (*verdict*) zbog težine dokaza, žalba koju prati ponovno suđenje će biti dozvoljena.

4. Ponovno gonjenje nakon osude

Pod nekim okolnostima, činjenica da je optuženi osuđen (*conviction*), može zabraniti kasnije ponovno gonjenje.

- (1) Presuda izdvojena po žalbi: ako je optuženi proglašen krivim na suđenju i onda „odluku porote“ izdvoji po žalbi, pravilo dvostrukog rizika ne zabranjuje ponovno suđenje⁵⁷. Postoji međutim jedan važan izuzetak od ovog pravila: ako žalbeni sud preinači osnov tako da su dokazi na suđenju bili nedovoljni (*insufficient*) da podrže osudu – onda ponovna optužba nije dozvoljena. Ali, ako je presuda ukinuta

⁵⁵ *Oregon v. Kennedy*, 456 U.S. 667 (1982).

⁵⁶ *U.S. v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896).

⁵⁷ *Ibid.*

- jer su neki dokazi pribavljeni nezakonito, a preostali nisu dovoljni da podrži osudu, onda dvostruki rizik ne zabranjuje ponovno suđenje⁵⁸.
- (2) Osuda za jedno djelo koja implicira oslobađajuću presudu za drugo djelo: ako činjenica da je neko lice osuđeno za jedno djelo logično upućuje da je oslobođen za drugo, onda ponovno suđenje za ovo drugo nije dozvoljeno⁵⁹.
- (3) Ponovno kažnjavanje: kada je neko lice osuđeno, žali se i dobije novo suđenje, garancija dvostrukog rizika stavlja neka ograničenja na kaznu koja se može nametnuti u novoj osudi.
- a) Uračunavanje izdržane kazne: Ustav SAD zahtijeva da se optuženom uračuna vrijeme iz kazne po prvoj optužbi prije nego što se presuda ukinuta⁶⁰.
- b) Duža kazna: s druge strane, sudija na drugom suđenju nema zabranu da optuženom izrekne dužu kaznu od one koja je bila nametnuta u prvoj osudi. Međutim, ako je u pitanju „teško krivično djelo“ i na prvom suđenju porota preporučila da se ne izrekne smrtna kazna, Klauzula dvostrukog rizika obično zabranjuje sudu da osudi optuženog na smrt ako je prva osuda ukinuta i osoba osuđena na ponovnom suđenju⁶¹.

5. Ponovna optužba od strane različite vlasti

Prema doktrini „dvojne suverenosti“ (*dual sovereignty*), osuda ili oslobađajuća presuda od strane jedne nadležnosti – zabranjuje ponovnu optužbu od strane druge. Tako, oslobađajuća presuda ili osuda prema federalnoj optužnici – ne zabranjuju državi da kasnije podigne optužbu koja proističe iz suštinski istih činjenica. Isto tako, državnu osudu može pratiti federalna optužba. Na kraju, jedna država može ponovo da optuži tamo gdje je druga država već osudila ili donijela oslobađajuću presudu. Obrazloženje je da svaka nadležnost posjeduje svoju vlast.

Međutim, mnoge države imaju ustavne ili zakonske odredbe koje štite optuženog protiv ponovnog suđenja nakon osude od strane druge nadležnosti. Slično tome, direktive ministra pravosuđa (*Attorney General*⁶²) SAD zabra-

⁵⁸ *Lockhart v. Nelson*, 488 U.S. 33 (1988.)

⁵⁹ Vidi *Green v. U.S.*, 355 U.S. 184 (1957).

⁶⁰ *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969).

⁶¹ Vidi *Bullington v. Missouri*, 451 U.S. 430 (1981).

⁶² *The United States Attorney General* (A.G.) je rukovodilac (ministar) Ministarstva pravosuđa SAD

njuju federalno suđenje „tamo gdje je već bila državna osuda za suštinski isti akt ili akte“, osim ako je zamjenik ministra odobrio ponovno suđenje.

6. Krivična djela koja se preklapaju

Pretpostavimo da jedan set činjenica može dokazati dva različita krivična djela. Ako tužilac optuži za jedno djelo, osuda ili oslobođanje od ovog prvog djela će onda zabraniti suđenje za drugo djelo. U ovoj situaciji, za ova dva djela se kaže da su „ista“ zbog namjere dvostrukog rizika.

- (1) Nema dokaza da su potrebne dodatne činjenice: pravilo „djela koja se preklapaju“ je veoma usko – primjenjuje se samo gdje nema potrebe za dodatnim činjenicama da se dokaže drugo djelo (van onih koje su bile potrebne da se dokaže prvo djelo). Glavna važnost ovog pravila jeste da ako je na prvom suđenju izrečena oslobađajuća presuda ili osuda za lakše djelo koje je uključeno, ne može slijediti optuženje za teže djelo⁶³.
- (2) Optužba za lakše djelo: Klauzula dvostrukog rizika sprečava optužbu za lakše uključeno djelo nakon osude za teže djelo⁶⁴.
- (3) Nemogućnost suđenja za dva djela u isto vrijeme: pravilo zabrane kasnijeg suđenja za uključeno djelo ne primjenjuje se ako tužilaštvo nije u mogućnosti da goni za oba slučaja istovremeno, i to zbog razloga koji nisu vladina greška. Na primjer, ako činjenice koje su potrebne za dokazivanje drugog djela nisu pronađene za vrijeme prvog suđenja, uprkos marljivom radu tužilaštva – drugo suđenje neće biti zabranjeno. Slično tome, ako se u vrijeme suđenja za prvi slučaj događaji koji su potrebi za drugo suđenje još nisu desili, dvostruki rizik se ne primjenjuje.

koje se bavi pravnim pitanjima i glavni je čuvar pravde (*chief law enforcement officer*) i glavni advokat američke vlade (*chief lawyer of the United States government*). Ministra pravosuđa imenuje predsjednik SAD i preuzima dužnost nakon potvrde (*confirmation*) od strane Senata SAD. Može biti razriješen (*dismissal*) od strane predsjednika SAD i opozvan (*impeachment*) od strane Kongresa SAD.

⁶³ *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161 (1977).

⁶⁴ *Harris v. Oklahoma*, 433 U.S. 682 (1977).

7. Upotreba prethodnih osuda po zakonima koji važe za „učinioca iz navike“⁶⁵

Mnoge države su donijele zakone o „učiniocima iz navike“. Ovi zakoni povećavaju kaznu za trenutno djelo ako je optuženi ranije bio osuđen za druga djela. Na primjer, zakon o „tri kriminalna događaja“ (*three strikes*) Kalifornije omogućava da će optuženi koji je imao dvije prethodne osude za „teška krivična djela“ (*serious felonies*⁶⁶), dobiti najmanje kaznu od 25 godina zatvora za svoju treću osudu. Optuženi su se nekad žalili da njihova kazna za trenutno djelo koja je veća na osnovu prošlih osuda – krši dvostruki rizik, jer se osoba kažnjava drugi put za ranije djelo. Ali, Vrhovni sud se ne slaže sa takvim stavom, presuđujući da takav zakon na učinioce iz navike ne krši dvostruki rizik. „Povećana kazna koja je nametnuta učiniocima iz navike ... ne treba da se gleda kao novi rizik ili dodatna kazna za ranije djelo, nego kao čvrsta kazna za zadnje djelo, za koji se smatra da je pogoršano jer se ponavlja“⁶⁷.

Umjesto zaključka

Krivični postupak u SAD dio je ustavnog prava sa zakonskim odredbama (*the rules of law*) koje regulišu postupke kojima vlasti istražuju, gone i sude za krivična djela. Posebne odredbe Ustava SAD ograničavaju policiju. Osim toga, državne ustavne odredbe, federalni i državni zakoni, sudske odluke i administrativna pravila propisuju kako policija prikuplja informacije i bavi se osumnjičenim. Tvorcima američkog Ustava nastojali su uravnotežiti interes vlade u suzbijanje kriminala sa privatnošću i pravom na slobodu nevinih, optuženih i osuđenih lica. Dvije odredbe Ustava SAD primjenjuju se upravo na balansiranje policijskih ovlašćenja i prava građana – Četvrti i Peti amandman.

⁶⁵ *Persistent offender*.

⁶⁶ Kazna u rasponu od godine dana do smrtne kazne.

⁶⁷ *Monge v. California*, 524 U.S. 721 (1998).

Literatura

- Akhil, A. (1992). *The Bill of Rights and the Constitution*. Yale Law Journal. New Haven: The Yale Law Journal Company.
- Calabresi, G. (2003). *The Exclusionary Rule*. Harvard Journal of Law and Public Policy, 26.
- Dale, E. (2011). *Criminal Justice in the United States*. Cambridge University Press.
- Ehrhardt, C. W., Young, S.J. *Using Leading Questions During Direct Examination*. At the Wayback, M. (1996). Florida State University Law Review.
- Eiben, V. L. (1987). *The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: The New Federalism and a Texas Proposal*. St. Mary's Law Journal, 18.
- Emanuel, S. E. (2017). *Law Outlines: Criminal Procedure, 31st ed.* New York: Wolters Kluwer.
- Friedman, L. M. (1993). *Crime and Punishment in American History*. New York: Basic Books.
- Glasser, L. (2003). *The American Exclusionary Rule Debate*. George Washington International Law Review, 35.
- Hanes, R. C., Sharon M. H. (2005). *Crime and Punishment in America*. Volume 1. Thomas Gale. Farmington Hills, MI.
- Israel, J. H., Yale, K., Wayne R. LaFave (1993). *Criminal Procedure and the Constitution*. St. Paul, Minn.: West.
- Jeffrey. S. (2001). *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*. Greenwood.
- Kamisar, Y. (2003). *In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule*. Harvard Journal of Law and Public Policy 26.
- Mahoney, K. J (2008). *Relentless Criminal Cross-Examination*. Costa Mesa, California: James Publishing.
- Nicholaidis, N. (1989). *Sixth Amendment Right to a Speedy and Public Trial*. American Criminal Law Review, 26, (4),
- North Carolina Wesleyan College (November 11, 2000). *Self-incrimination: right or privilege?* ncwc.edu.
- O'Toole, T. (PhD), Schmid, J. (PhD). (2010). *Tsongas Litigation Consulting. Effective Opening Statements and Closing Arguments*. King County Bar Bulletin. Dec.

- Shestokas, J. D. *Sixth Amendment's Speedy Trial Right: Ancient, Worthy and Elusive*. www.shestokas.com.
- Strauss, P. (2013). *Due process*. Legal Information Institute. Retrieved 8 March.
- United States District Court: *Petit Jury*. *flsd.uscourts.gov*. Retrieved 2016-04-19.
- Walker, S. (1980). *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, Inc.
- White, G. E. (2000). *The Constitution and the New Deal*. Cambridge: MA: Harvard University Press.

Academician Miodrag N. Simović, Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Sciences and Arts

Vladimir M. Simović, Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka and Faculty of Law University „Apeiron“ Banja Luka

FORMAL CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE UNITED STATES

Summary

The paper analyses the different aspects of the system of formal criminal proceedings against the accused in the United States. They come into consideration:

- grand jury proceedings (defendants accused of federal felonies, and some state court defendants, are entitled to a grand jury indictment);*
- pretrial release (the Eight Amendment proscribes the setting of „excessive“ bail. Defendants are not entitled to bail, but when bail is set, it may not be excessively high);*

– *play bargaining* (most cases are resolved by play bargaining. A play bargaining arrangement must be approved by the judge, and will only be approved if the defendant acts in a voluntary and competent way. Plea agreements are generally enforceable; for instance, once the plea is accepted, the defendant usually cannot change his mind and go to trial);

– *right to a speedy trial* (the Sixth Amendment guarantees the right to a speedy trial. However, there is no bright-line rule about how speedy a trial must be);

– *discovery* (the prosecution must disclose to the defense exculpatory evidence within prosecution's possession);

– *trial* (the defendant has several important rights relating to how the trial is conducted, including: the right to a public trial, the right to confront the witnesses against him, and the right not to testify);

– *double jeopardy* (the Fifth Amendment provides that no person shall „be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb“. This is the Double Jeopardy clause);

– *acquittal* (if the defendant is acquitted, the double jeopardy rule means that he cannot be retried);

– *mistrial or reversal of conviction* (usually, the double jeopardy rule does not prevent reprosecution after a mistrial, or after a conviction that is reversed on appeal).

Key words: *grand jury, play bargaining, trial, double jeopardy, acquittal.*

САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ РЕГУЛИСАЊА ОДБРАНЕ СИРОМАШНОГ У УПОРЕДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Др Саша Кнежевић*
Др Нихад Укић**

Апстракт: Ради остваривања права на правично суђење физичком лицу, које према свом имовинском стању није у могућности да оствари право на судску заштиту без штете по нужно издржавање себе и своје породице, у упоредном законодавству присутна је тенденција конституисања права на бесплатну правну помоћ у облику бесплатног заступања у кривичном поступку од стране стручног браниоца, чији трошкови (награда и нужни издаци) падају на терет државног буџета. Гаранције права на одбрану сиромашног, уређеног кривичним процесним законодавством, нису довољне за реализацију права на одбрану сиромашног и не пружају пун систем бесплатне правне помоћи. Из тих разлога, уочена је потреба за доношењем посебног законског текста (нпр. закон о бесплатној правној помоћи), који би надоместио недостатке института одбране сиромашног садржаног у кривичном процесном законодавству, и тако побољшао приступ правди окривљеном лошег имовинског стања. У раду се анализирају одредбе законских текстова земаља са простора бивше Југославије и чланица Европске уније, како би се утврдили извори права који регулишу одбрану сиромашног и да ли уређено право на бесплатно заступање сиромашног испуњава услове да буде практично и ефикасно.

Кључне речи: одбрана сиромашног, имовинско стање, интерес правичности, правна помоћ.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу.

** Секретар Основне школе „Јошаница“, Нови Пазар.

Увод

Настанак и развој одбране сиромашних се у правној теорији везује за прихватање и примену социјалних и хуманистичких идеја у кривично процесно право, што је имало утицаја и на изградњу стајалишта да имовинске прилике не треба да буду препрека или фактор ограничења у остваривању одбране окривљеног у кривичном поступку.¹ Лош положај лица у кривичном поступку утицао је на реакцију јавности са краја 19. века, да иницира идеју о одбрани сиромашних. То је учињено и поред мишљења које је било доминантно, да конституисани кривични поступак обезбеђује поштовање личности окривљених, који су располагали са довољно новца и били су образовани. Стога су били у могућности да користе своја права током самог поступка. Међутим, окривљени који су имали могућност да се успешно бране током поступка су били у мањини, с обзиром на то да је број оптужених који су били сиромашни, беспомоћни и необразовани био далеко већи. Бројне злоупотребе током кривичног поступка, у односу на оптужене који нису имали могућности да себи обезбеде квалитетну и стручну одбрану, али и све већи утицај јавног мњења да се положај оптужених поправи, утицали су на одлуку енглеског парламента да донесе Закон о одбрани сиромашних из 1903. године. Иако је више пута мењан и допуњаван, није дао резултате који су се очекивали његовом применом. Све до Другог светског рата, мали број окривљених је користио право на бесплатну одбрану, па велики број осуђених лица није имао одбрану коју би реализовао уз помоћ постављеног стручног браниоца у кривичном поступку, тако да закон није остварио сврху и циљ којим се тежило његовим доношењем и применом.

Одбрана сиромашног добија на значају усвајањем и проглашавањем, односно ступањем на снагу међународних докумената људских права у окриљу Организације уједињених нација и Савета Европе, који окривљеном гарантују да су му у току поступка „обезбеђене све гаранције потребне за његову одбрану“²; да буде присутан на суђењу и да се брани сам или уз помоћ правног заступника по свом избору, ако нема правног заступника, да буде упознат о свом праву да га има и, кад год то интерес правде захтева, да му се постави бранилац по званичној дужности,

¹ Н. Укић, *Одбрана сиромашних у кривичном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, одбрањена дана 17. 3. 2017, стр. 42.

² Универзална декларација о људским правима човека од 10. децембра 1948. године (члан 11 став 1).

без плаћања трошкова ако нема довољно средстава да га плати³; право на бесплатну правну помоћ у случају да нема довољно средстава да плати правну помоћ, а интереси правде налажу да му се та помоћ пружи⁴.

Међународни документи о људским правима су имали и још увек имају пресудан значај на развој и уређење одбране сиромашног на националном нивоу, односно на развој упоредног законодавства, које ће бити предмет анализе у раду, по питању одбране сиромашног.

Одбрана сиромашног у земљама са простора бивше Југославије

1. Црна Гора

Законик о кривичном поступку Републике Црне Горе (у даљем тексту: ЗКПЦГ) уређује институт одбране сиромашног у кривичном поступку под насловом–називом члана „Постављање браниоца због слабог имовног стања“ (члан 70 ЗКПЦГ).⁵

Заснивање одбране сиромашног окривљеног у кривичном поступку, према одредбама ЗКПЦГ, захтева испуњење следећих услова, и то: а) да не постоје услови за обавезну стручну одбрану; б) да постављање браниоца окривљеном због слабог имовног стања захтевају интереси правичности; в) да постоји захтев окривљеног; г) да окривљени према свом имовном стању не може сносити трошкове одбране (члан 70 став 1 ЗКПЦГ). О захтеву за постављање браниоца окривљеном због слабог имовног стања одлучује у извиђају и истрази надлежни државни тужилац, а након подигнуте оптужбе председник суда, по редоследу са списка Адвокатске коморе (члан 70 став 2 ЗКПЦГ).

Из наведеног произлази да се захтеву окривљеног може удовољити ако су испуњени формални и материјални услови. Формални услови су: да не постоје услови за обавезну стручну одбрану; да постоји зах-

³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен у Генералној скупштини УН 1966. године, а ступио је на снагу 1976. године (члан 14), цитирано према: *Универзални документи о људским правима*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 35.

⁴ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода од 4. новембра 1950. године (члан 6 став 3 тачка ц), цитирано према: *Инструменти Савета Европе*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 13.

⁵ Законик о кривичном поступку („Службени лист ЦГ“, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/15), преузето са: <http://www.pravda.gov.me/biblioteka/zakoni?pagerIndex=2>, приступ: 14. 4. 2017.

тев окривљеног. Материјални услови: да окривљени према свом имовном стању не може сносити трошкове одбране; да постављање браниоца окривљеном због слабог имовног стања захтевају интереси правичности.

С циљем остваривања права на правично суђење физичком лицу и изградње нормативног оквира права на одбрану сиромашног окривљеног у кривичном поступку, Скупштина Црне Горе донела је Закон о бесплатној правној помоћи 15. априла 2011. године (у даљем тексту: ЗБППЦГ)⁶, који се примењује од 1. јануара 2012. године.

Бесплатна правна помоћ, уређена ЗБППЦГ, подразумева обезбеђивање потребних средстава за потпуно или делимично покривање трошкова правног саветовања, састављања писмена, заступања у поступку пред судом, Државним тужилаштвом и Уставним судом Црне Горе и у поступку за вансудско решавање спорова и поступку пред јавним извршитељем⁷, као и ослобађање од плаћања трошкова судског поступка (члан 2 ЗБППЦГ). Из наведене законске формулације произлази да физичко лице може остварити право на бесплатно заступање у поступку пред судом, односно у кривичном судском поступку, ако је: а) држављанин Црне Горе; б) лице без држављанства (апатрид) које законито борави у Црној Гори и лице које тражи азил у Црној Гори; в) странац са сталним настањем, односно сталним боравком или одобреним привременим боравком и друго лице које законито борави у Црној Гори; г) друго лице у складу са потврђеним и објављеним међународним уговором. Наведено лице има право на бесплатно заступање у кривичном поступку, ако је: корисник материјалног обезбеђења породице у складу са законом којим се уређује социјална и дејча заштита, дете без родитељског старања, лице са инвалидитетом, жртва кривичног дела насиље у породици или у породичној заједници и трговине људима, као и жртва насиља у породици у складу са законом којим се уређује заштита од насиља у породици и лице слабог имовног стања⁸ (члан 13 ЗБППЦГ).

⁶ Закон о бесплатној правној помоћи („Службени лист ЦГ“, бр. 20/2011 и 20/15), преузето са: <http://www.pravda.gov.me/biblioteka/zakoni?pagerIndex=2>, приступ: 21. 4. 2017.

⁷ Облици бесплатне правне помоћи.

⁸ Лицем слабог имовног стања сматра се лице које нема имовину, а његов месечни приход и укупан месечни приход чланова породице не прелази износ 30% просечне зараде у Црној Гори у месецу који претходи месецу у којем је поднет захтев за одобравање бесплатне правне помоћи, према подацима органа управе надлежног за послове статистике за једног члана и по 15% просечне зараде за сваког наредног члана (члан 14 став 1 ЗБППЦГ).

Бесплатна правна помоћ, у односу на кривични поступак, обухвата правни савет и заступање у поступку пред судовима у првом и другом степену и у вези са ванредним правним лековима. Под правним саветом се подразумева детаљно обавештење о начину и могућностима решавања одређеног правног питања у конкретној правној ствари, док заступање подразумева предузимање процесних радњи пред судом.

Председник основног суда или судија кога он овласти, на чијем подручју подносилац захтева има пребивалиште или боравиште, надлежни је орган који одобрава бесплатну правну помоћ⁹, коју пружају адвокати или службе за бесплатну правну помоћ (правно саветовање)¹⁰. Трошкови заступања падају на терет државног буџета.

2. Босна и Херцеговина

Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине (у даљем тексту: ЗКПБХ) утврђују се правила кривичног поступка по којима је дужан поступати Суд Босне и Херцеговине, главни тужилац Босне и Херцеговине и други учесници у кривичном поступку предвиђени овим законом, када поступају у кривичним стварима (члан 1 ЗКПБХ).¹¹

Одбрана сиромашног окривљеног у кривичном поступку уређена је ЗКПБХ под називом члана „Постављање бранитеља због слабог имовног стања“ (истоветно називу садржаном у ЗКПЦГ). Осумњиченом, односно оптуженом ће се поставити бранилац ако буду испуњени следећи услови. Ти услови су: а) да не постоје услови за обавезну одбрану; б) да се поступак води за кривично дело за које се може изрећи казна затвора три године или тежа казна или када то захтевају интереси правичности без обзира на прописану казну; в) да постоји захтев осумњиченог, односно оптуженог; г) да осумњичени, односно окривљени према свом имовном стању не може сносити трошкове одбране¹².

У току целог кривичног поступка, браниоца на захтев осумњиченог, односно оптуженог, поставља судија за претходни поступак, судија за претходно саслушање, судија, односно председник већа, након што је

⁹ Члан 27 ЗБПШЦГ.

¹⁰ Члан 30 ЗБПШЦГ.

¹¹ Закон о кривичном поступку („Службени гласник Босне и Херцеговине“, 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, 72/13), преузето са: <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?opcija=sadrzaj&kat=4&id=40&jezik=b>, приступ: 10. 5. 2017.

¹² Члан 46 став 1 ЗКПБХ.

осумњиченом, односно оптуженом прво пружена прилика да са предочене листе изабере браниоца. На основу утврђеног имовинског стања осумњиченог, односно оптуженог, суд доноси одлуку о захтеву без одлагања (члан 46 став 2 и 3 ЗКПБХ).

Одбрана сиромашног окривљеног у кривичном поступку остварује се и путем пружања бесплатне правне помоћи, која је уређена Законом о пружању бесплатне правне помоћи Босне и Херцеговине (ЗПБППБХ)¹³. Бесплатна правна помоћ је конституисана с циљем да се свакој физичкој особи осигура делотворан и једнак приступ правди у поступку пред органима и институцијама Босне и Херцеговине пред којима се остварују или штите појединачна права, обавезе и интереси¹⁴.

Одбрана сиромашног, у складу са одредбама ЗПБППБХ, остварује се у кривичном поступку као право на бесплатно заступање пред кривичним судом, у складу са закоником о кривичном поступку.

Право на бесплатно заступање у кривичном поступку може остварити: а) држављанин Босне и Херцеговине и друго физичко лице које има боравиште на територију Босне и Херцеговине; б) физичко лице које се налази на територији Босне и Херцеговине под међународном заштитом у складу с међународним стандардом, а нарочито тражиоци азила, избеглице, особа под супсидијарном или привременом заштитом, особа у поступку протеривања, апатриди, жртве трговине људима, у складу с обавезама које Босна и Херцеговина има према међународним конвенцијама; в) особа чија су права заштићена одредбама Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Конвенције о остваривању алиментацијских захтева у иностранству, Конвенције о грађанском и судском поступку и Конвенције о олакшању приступа судовима (члан 13 ЗПБППБХ).

Лица наведена у члану 13 ЗПБППБХ, наведени као корисници бесплатне правне помоћи могу остварити бесплатну правну помоћ под следећим условима, на основу статуса, и то: а) особа која прима социјалну помоћ; б) дете у складу с Конвенцијом о правима детета; в) особа којој је одузета пословна способност и душевно оболела особа; г) уживалац мировине која је нижа од просечне плате остварене на нивоу Босне и Херцеговине; д) особа која је незапослена и нема других редовних примања и прихода; њ) жртва насиља у породици или насиља на ос-

¹³ Закон о пружању бесплатне правне помоћи („Службени гласник БиХ“, 83/2016), примењиваће се након 12 месеци од дана ступања на снагу.

¹⁴ Члан 2 ЗПБППБХ.

нову пола; е) тражилац азила, особа под супсидијарном или привременом заштитом, особа у поступку протеривања, апатрид и жртва трговине људима.

Право на бесплатну правну помоћ остварује и особа лошег имовинског стања када то утврди надлежни орган за пружање бесплатне правне помоћи¹⁵.

Остваривање права на бесплатну стручну одбрану сиромашног окривљеног у кривичном поступку (у облику бесплатног заступања) остварује се подношењем захтева Канцеларији Министарства правде Босне и Херцеговине, који одлучује о захтеву. У случају усвајања захтева Канцеларија издаје подносиоцу захтева решење о одобреној правној помоћи. Када је у питању бесплатно заступање сиромашног окривљеног у кривичном поступку, право заступања имају само чланови адвокатских комора у Босни и Херцеговини који су на листи пружаоца бесплатне правне помоћи. Правно заступање се реализује у складу са одредбама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине¹⁶. Трошкови заступања падају на терет институција Босне и Херцеговине.

Поступак постављања браниоца због лошег имовног стања је различито уређен ЗКПБХ и ЗПБППБХ. Наиме, Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине прописано је да о захтеву за признавање права на одбрану сиромашног осумњиченог, односно оптуженог одлучује суд (судија за претходни поступак, судија за претходно саслушање, судија, односно председник већа) на основу утврђеног имовинског стања и то без одлагања. Законом о пружању бесплатне правне помоћи, захтев за остваривање бесплатне правне помоћи (бесплатно заступање пред судом) подноси се Канцеларији Министарства правде Босне и Херцеговине, који одлучује о захтеву, издаје решење о одобреној правној помоћи и издаје налог којим се одређује облик правне помоћи (заступање пред судом) и наводи се име адвоката који ће пружати правну помоћ (заступати корисника у поступку пред судом).

Између ова два законска текста постоји неслагање о начину и поступку постављања бесплатног браниоца у кривичном поступку по основу имовинског стања осумњиченог, односно оптуженог. Осумњичени, односно оптужени у кривичном поступку ће бити у недоумици ком над-

¹⁵ „Особом лошег имовног стања сматра се особа чија укупна мјесечна редовита примања и приходи по члану кућанства не прелазе износ од 40% просјечне мјесечне нето плаће исплаћене у претходној фискалној години на разини Босне и Херцеговине“ (члан 17 став 1 ЗПБППБХ).

¹⁶ Члан 25 став 2 и 5 ЗПБППБХ.

лежном органу да се обрати за постављање браниоца по основу имовинског стања, кривичном суду или Канцеларији. Ако се обрати Канцеларији, шта ће бити са током кривичног поступка, док Канцеларија не донесе своју одлуку. Такође, није решено ни питање да ли се лице може обратити суду и Канцеларији за постављање браниоца, и какав је међусобни однос одлука суда и Канцеларије по овом питању. Наравно, то су све питања која ће надлежни у Босни и Херцеговини морати решити да би се осигурала потпуна примена оба наведена законска текста или ће примена једног искључити примену другог.

3. Хрватска

Закон о казненом поступку Републике Хрватске (у даљем тексту: ЗКПХ)¹⁷ уређује одбрану сиромашног окривљеног у кривичном поступку. Услови за именовање браниоца окривљеном по основу имовинског стању су: а) да одбрана није обавезна; б) да постоји захтев окривљеног за именовање браниоца на терет буџетских средстава, након пријема решења о спровођењу истраге односно подизања оптужнице за кривична дела за која се истрага не спроводи или када истрага није спроведена, до правоснажног окончања кривичног поступка; в) да према свом имовинском стању не може подмирити трошкове одбране без угрожавања сопственог издржавања и издржавања своје породице или лица које је по закону дужан издржавати, а сложеност, тежина или посебне околности предмета то оправдавају (члан 72 став 1 ЗКПХ).

Образложени захтев за именовање браниоца на терет буџетских средства окривљени подноси јавном тужиоцу (државни тужилац) до подизања оптужнице, односно суду након подизања оптужнице. Уз захтев, окривљени је дужан доставити доказе о свом имовинском стању, стању своје породице или лица које је по закону дужан издржавати односно лица које су по закону дужне издржавати окривљеног. Из доказа о имовинском стању морају бити видљиви укупни приходи током године дана, подаци и стање о рачунима у банкарским и другим финансијским институцијама, власништво над некретнинама, покретним стварима и правима, на којима темељи основаност захтева (члан 72 став 2 ЗКПХ).

Браниоца решењем именује председник суда. Жалба против тог решења није дозвољена (члан 72 став 6 ЗКПХ).

¹⁷ Закон о казненом поступку („Народне новине“, број 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 – Одлука и решење УСРХ, 143/12, 56/13, 145/13 и 152/14), преузето са: <http://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>, приступ: 12. 3. 2017.

У ситуацији када окривљени постави захтев за именовање браниоца на терет буџетских средстава орган који води поступак није овлашћен да предузме радњу у којој окривљени има право да учествује нити одлучи о поднесеном правном леку или средству, пре него одлучи о основаности захтева окривљеног за именовање браниоца на терет буџетских средстава односно пре именовања браниоца на терет буџетских средстава, осим ако се не ради о радњама које не трпе одлагање. Орган поступка дужан је именованом браниоцу на терет буџетских средстава обезбедити примерено време за припрему одбране (члан 72 став 2 ЗКПХ).

С циљем остваривања једнакости свих грађана пред законом, као и делотворно остварење правне заштите те приступа суду и другим јавноправним телима под једнаким условима, Република Хрватска је приступила доношењу Закона о бесплатној правној помоћи 2008. године¹⁸, који је престао да важи доношењем новог Закона о бесплатној правној помоћи из 2013. године (ЗБППХ)¹⁹.

ЗБППХ уређује правну помоћ (сврху, кориснике и врсте бесплатне правне помоћи), пружаоачеве правне помоћи, услове, поступак за остваривање правне помоћи, финансирање правне помоћи и друго (члан 1 ЗБППХ). Бесплатно заступање у судским поступцима предвиђено је чланом 12 став 1 тачка д), у форми пружања секундарне правне помоћи. Међутим, ова врста правне помоћи се може одобрити: ако се ради о сложенијем поступку одређеном у члану 13 став 2 ЗБППХ; ако се подносилац захтева нема способности сам заступати; ако су материјалне прилике подносиоца захтева такве да би плаћање потребне стручне правне помоћи могло угрозити издржавање подносиоца захтева и чланова домаћинства, у складу са посебним претпоставкама одређеним у члану 14 ЗБППХ; ако се не ради о обијесном парницењу; ако у последњих шест месеци од дана подношења захтева није одбијен захтев подносиоца због намерног давања нетачних података и ако подносиоцу захтева правна помоћ није осигурана на основу посебних прописа.

Када је у питању врста поступка, секундарна правна помоћ из члана 12 став 1 се може одобрити у следећим поступцима: у вези са стварним правима, осим земљишнокњижних поступака; из радних односа; из породичних односа, осим у поступцима споразумног развода брака у којима брачни другови немају малолетну заједничку или усвојену децу или децу над којом остварују родитељску бригу након пунолетства; ов-

¹⁸ „Народне новине“, бр. 62/08, 44/11 и 81/11.

¹⁹ „Народне новине“, бр. 143/13, ступио на снагу 1. јануара 2014.

ршним поступцима и поступцима осигурања када је реч о присилном остварењу или осигурању потраживања која произлази из поступка за који се према одредбама овог закона може одобрити правна помоћ; мирног решења спора; изузетно, у свим осталим управним и грађанским судским поступцима када таква потреба произлази из конкретних животних околности подносиоца захтева и чланова домаћинства, а у складу са основном сврхом ЗБППХ. Из садржине наведених одредаба ЗБППХ може се закључити да одбрана сиромашног окривљеног у кривичном поступку није предвиђена овим законом, као врста правне помоћи. У прилог наведеном закључку стоји и одредба из члана 1 став 2 ЗБППХ, која гласи: „Овај закон се не примењује ако је правна помоћ осигурана на темељу посебних прописа“. С обзиром на то да је Закоником о кривичном поступку Хрватске уређено питање одбране сиромашног у кривичном поступку (члан 72 став 1 ЗКПХ), то није могућа примена ЗБППХ на судски кривични поступак, односно дуалитет у примени оба законска текста у односу на институт одбране сиромашног у кривичном поступку. Сиромашни окривљени може захтевати бесплатну стручну одбрану само на основу члана 72 став 1 ЗКПХ.

Одбрана сиромашног у земљама Европске уније

2. 1. Енглеска

У енглеском правном систему правна помоћ је уређена Законом о приступу правди из 1999. године.²⁰ У члану 7 Закона о приступу правди прописано је да правна помоћ припада само појединцу чији су финансијски извори такви да су она лица која могу бити финансирана²¹. Наглашавањем „лица која могу бити финансирана“ у наведеној одредби закона, правна помоћ добија карактер тзв. сиромашког права и постаје њен основни принцип. Од овог принципа постоји један изузетак у кривичним поступцима где је бесплатна правна помоћ доступна свим лицима која се налазе на испитивању у полицијским станицама за све озбиљније случајеве и без тестирања њихове финансијске подобности.

²⁰ Access to Justice Act 1999, преузето са: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/22/contents>, приступ: 29. 5. 2017.

²¹ Р. Сепи, *Правна помоћ у земљама Западне Европе*, Правна помоћ, Центар за унапређење правних студија, Београд, 2007, стр. 108.

С друге стране, у поступцима пред вишим кривичним судовима постоји тест финансијске подобности²².

Право на бесплатно заступање у кривичној материји имају лица за која постоји непосредна опасност од губитка живота или слободе, где постоји интерес неког другог лица да прималац правне помоћи буде заступан, или где заинтересовано лице није способно да разуме свој случај и правну ситуацију.²³ Бесплатно заступање лице може остварити у следећим поступцима (кривична материја), и то: пред судом, надлежним за појединце оптужене за прекршај; поступцима пред било којим судом који се односе на појединце који су оглашени кривим (укључујући и осуђујуће пресуде); поступцима који се спроводе према појединцима на основу одредаба Закона о екстрадицији; апелационим поступцима; било којим другим поступцима пред неким другим или сличним органом²⁴.

Заснивање обавезне одбране сиромашних (*legal aid*) у енглеском праву (ван случајева када се окривљени терети за извршење кривичног дела убиства, када постоји апсолутна обавезност одбране) зависи од дискреционе процене суда о потреби издавања сертификата о постављењу браниоца по службеној дужности. *Legal aid* је могуће конституисати ако су, поред сиромаштва, у садејству, присутни следећи услови, и то: а) оптужба је тешка, па је оптужени у опасности од губитка живота, слободе или трпљења штете по своју репутацију; б) оптужба се заснива на суштинским питањима права; в) окривљени није у стању да прати поступак и стање свог случаја, због непознавања енглеског језика, моменталне болести и других телесних и менталних дисфункција; г) природа одбране укључује испитивање сведока и унакрсно испитивање вештака; д) одбрана је у интересу неких других лица, а не само окривљеног. Наведени услови су предвиђени „Вихеријевим критеријумима“.²⁵

2. 2. Немачка

Кривични поступак у Немачкој регулисан је Законом о кривичном поступку²⁶, који датира још из 1877. године, с тим да је закон више

²² *Ibid*, op. cit., стр. 110.

²³ Члан 5 Плана 3 за примену Закона о приступу правди (Section 5 Schedule 3 Access to Justice Act 1999), цитирано према: Р. Сепи, *Правна помоћ у земљама Западне Европе*, op. cit., стр. 125.

²⁴ Члан 12 Закона о приступу правди (Section 12 Access to Justice Act 1999), цитирано према: Р. Сепи, *Правна помоћ у земљама Западне Европе*, op. cit., стр. 125.

²⁵ С. Кнежевић, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Правни факултет, Центар за публикације, Ниш, 2007, стр. 66.

²⁶ Strafprozeßordnung (StPO).

пута новелиран, односно имао је више од 180 законских измена, које су обухватале измене више параграфа, па чак и читаве одељке. Последња верзија Закона објављена је 7. априла 1987. године под називом “Закон о кривичном поступку (Савезни службени гласник I стр. 1074, 1319)²⁷”.

Закон о кривичном поступку Немачке прописује случајеве обавезне стручне одбране, и то у следећим случајевима: ако се главни претрес у првостепеном поступку води пред вишим покрајинским судом или на покрајинском суду; ако се осумњиченом на терет ставља тешко кривично дело; ако поступак може довести до забране вршења позива; када се над осумњиченим извршава притвор према члану 112, 112а или привремено задржавање према члану 126а или 275а става 6; ако је осумњичени боравио најмање три месеца у установи на основу наредбе судије или уз сагласност судије и није отпуштен најмање две седмице пре почетка главног претреса; ако у обзир долази вештачење о психичком стању осумњиченог ради смештаја у установу према члану 81; ако се спроводи поступак за меру безбедности; ако је претходни бранилац одлуком искључен из поступка; ако је оштећеном одређен бранилац сходно члану 397а и 406г став 3 и 4 Закона о кривичном поступку (§ 140. StPO).²⁸

Осим прописивања случајева обавезне стручне одбране, прописани су и случајеви именовања браниоца од стране председника већа, на основу захтева или по службеној дужности, и то: ако се због тежине кривичног дела или сложености случаја или правне ситуације препоручује учешће браниоца или ако је очигледно да се осумњичени не може бранити сам, јер је оштећеном одређен бранилац. Захтев осумњиченог који је глув или нем мора се уважити.²⁹

У немачком правном систему разликују се два облика правне помоћи: саветодавна правна помоћ и правна помоћ у трошковима поступка. У кривичноправној материји, правна помоћ постоји само у облику савета, не и заступања и изван судског поступка. Правна помоћ у трошковима поступка не додељује се оптуженима у кривичном поступку, због тога што у немачком праву не постоји систем правне помоћи који би се односио само на сиромашне. У овом случају, одредбе о правној

²⁷ Strafprozeßordnung (StPO), In der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S 1319), Zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 21.12.2015 I 2525, преузето са: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>, приступ: 2. 5. 2017.

²⁸ Н. Укић, *Одбрана сиромашних у кривичном поступку*, оп. cit., стр. 199–200.

²⁹ *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke* / [prevod s njemačkog jezika Emina Avdić]. – Sarajevo: University Press: Magistrat, 2011. – XXIV, стр. 80, преузето са: <http://www.harmonius.org/wp-content/uploads/2014/10/IRZ-ZKP-Njemacki-Prijevod.pdf>, приступ: 7. 5. 2017.

помоћи садржане су у одредбама којима се регулише кривични поступак, односно у правилима о обавезној одбрани и изабраном браниоцу.³⁰

2. 3. Бугарска

У Републици Бугарској, вођење кривичног поступка, односно његов ток, регулисан је Закоником о кривичном поступку (Наказателно-процесуален кодекс³¹), с циљем да се обезбеди откривање злочина, кажњавање извршилаца кривичних дела и правилна примена закона (статия 1 Наказателно-процесуален кодекс).

Одбрана сиромашног окривљеног у кривичном поступку уређена је чланом 94 Законика о кривичном поступку, у делу који регулише обавезну стручну одбрану, тако што је предвиђена могућност заснивања одбране сиромашног окривљеног у кривичном поступку, под следећим условима, и то: да окривљени не може да плати адвоката; да жели да има адвоката; и да интереси правде то захтевају.

Бугарска припада групи држава која је одбрану сиромашних регулисала и посебним Законом о правној помоћи (Закон за правната помош³²). Закон о правној помоћи Бугарске не садржи дефиницију правне помоћи али је њена сврха да обезбеди једнак приступ правди обезбеђивањем ефикасне правне заштите (члан 1 став 3). Своју примену налази у грађанском, кривичном и управном поступку и у односу на све судске инстанце (члан 1 Закона о правној помоћи).

Правна помоћ по одредбама члана 21 Закона о правној помоћи обухвата: консултације са циљем постизања поравнања пре покретања парничног или кривичног поступка, заступање у судским поступцима и припремање документације за покретање поступка и заступање лица у притвору сходно члану 71 став 1 Закона о унутрашњим пословима и члана 16а Царинског закона.

У кривичним предметима, ако оптужени или окривљени нема средстава да плати трошкове поступка, надлежни орган доноси одлуку о таквој могућности, односно немогућности плаћања трошкова поступка, на основу имовинског статуса лица и околности из члана 23 став 3 тачака 1, 3, 4, 5, 6 и 7 Закона о правној помоћи.

³⁰ Н. Укић, *Одбрана сиромашних у кривичном поступку*, *op. cit.*, стр. 217.

³¹ Наказателно-процесуален кодекс (Обн., ДВ, бр. 86 от 28.10.2005., изм. и доп., бр. 74 от 26.09.2015), преузето са: http://pencho.my.contact.bg/start/nu/vks_p04_03.htm, приступ: 1. 6. 2017.

³² Закон за правната помош, Обн. ДВ. бр.79 от 4 Октомври 2005г. ..., изм. и доп. ДВ. бр. 13 от 7 Февруари 2017, преузето са: <http://www.lex.bg/laws/ldoc/2135511185>, приступ: 5. 6. 2017.

По решењу из Закона о правној помоћи, правну помоћ у Бугарској могу пружати само адвокати.

Закључак

Сагледавајући анализирани изворе права који уређују одбрану сиромашног у упоредном законодавству преовлађују она решења која одбрану сиромашног уређују законом/закоником о кривичном поступку и законом који уређује бесплатну правну помоћ.

Кривичним процесним законодавством зајамчено је право на одбрану сиромашног али без конкретизације круга лица која могу бити корисници права на одбрану сиромашног и без прецизно уређеног поступка утврђивања имовинских прилика окривљеног. Законом о бесплатној правној помоћи прецизирани су корисници бесплатне правне помоћи, видови и облици правне помоћи, посебно секундарне правне помоћи, која обухвата бесплатно заступање у судском кривичном поступку, затим ко може пружати бесплатну правну помоћ и питање њеног финансирања али са различито уређеним питањима органа и поступка одлучивања о захтеву за постављање браниоца сиромашном окривљеном у односу на кривично законодавство.

Услови за заснивање одбране сиромашног уједначенији су у упоредном кривичном процесном законодавству него што је то случај у законодавству које уређује бесплатну/правну помоћ, где влада неуједначеност у погледу услова који морају бити испуњени да би се добила правна помоћ у виду бесплатног заступања у судском кривичном поступку.

По питању практичности и ефикасности установљене бесплатне правне помоћи постоје извесне недоумице из разлога дуалитета у примени кривичног процесног законодавства, као посебног, у односу на закон о бесплатној правној помоћи, као општег закона који регулише питање правне помоћи не само у кривичном поступку већ и у другим врстама судских поступака и поступака пред другим државним органима. Не постоји усаглашеност у погледу органа који одлучује о захтеву за постављање браниоца, поступка остваривања права на бесплатну правну помоћ у виду бесплатног заступања, као ни утврђени међусобни однос законских текстова, што може умањити обим примене и њихову ефикасност.

Saša Knežević, LL.D., full professor at the Faculty of Law of the University of Niš

Nihad Ukić, LL.D., secretary of the Elementary School „Jošanica“, Novi Pazar

CONTEMPORARY TENDENCIES OF THE REGULATION OF THE DEFENSE OF POOR IN COMPARATIVE LAW

Summary

By examining the analyzed sources of rights which regulate the defense of the poor in comparative legislation, those solutions that govern the defense of the poor are mostly regulated by the law / code of criminal procedure and the law governing free legal aid.

Criminal procedural legislation guarantees the right to defend the poor, but without specifying the circle of persons who may be beneficiaries of the right to defend the poor and without a precisely regulated procedure for determining the defendant's property. The Law on Free Legal Assistance specifies users of free legal aid, types and forms of legal assistance, especially secondary legal aid. Secondary legal aid includes free representation in court criminal proceedings, in addition who can provide free legal aid and the issue of its financing, but with differently regulated issues of the body and the decision-making process on the requirement to appoint a defense counsel to the poor defendant in relation to criminal legislation.

The conditions for establishing the defense of the poor are even more uniform in comparative criminal procedural legislation than in the legislation regulating free legal aid, where there is a lack of uniformity regarding the conditions that must be met in order to obtain legal assistance in the form of free representation in the judicial criminal procedure.

Regarding the practicality and efficiency of the established free legal aid, there are certain doubts about the duality in the application of criminal procedural legislation, as special, in relation to the law on free legal aid, as general laws regulating the issue of legal aid not only in the criminal procedure, but also in other types of court proceedings and proceedings before other state bodies. There is no compliance with the authority deciding

on the request for the appointment of a defense attorney, the procedure for exercising the right to free legal aid in the form of free representation, as well as the mutual relationship between legal texts, which can reduce the scope of application and their effectiveness.

Keywords: *defending the poor, property condition, interest of justice, legal aid*

УДК: 343.121:343.98

doi 10.7251/PR5217569M

Излагање са научног скупа

KOMPARATIVNA ANALIZA ISTRAŽNO-DOKAZNIH RADNJI NA MJESTU ZLOČINA

Prof. dr Mile Matijević*

Mladen Vuković, msr prava**

Aleksandar Miladinović, msr prava***

***Apstrakt:** Mjesto krivičnog djela predstavlja nepresušni izbor dokaza, koje je neophodno metodama i sredstvima moderne istrage pronaći, fiksirati, preuzeti i kriminalističko-forenzički dokazno obraditi. U proteklom vremenu tradicionalne istražne radnje su prevaziđene i zahtijevaju uvođenje savremenih kompjuterizovanih metoda, koje mogu efikasnije i kvalitetnije situirati pronađene činjenice, ali i okolnosti, te iste plodotvornije ponuditi u daljem procesu istrage, dokazivanje krivičnog djela, učinioca.*

U radu će se prezentirati u komparativnom ambijentu radnje koje se provode na mjestu kriminalnog događaja, kroz teorijsko analiziranje i simulaciono (virtuelno) prezentiranje. Na taj način se želi ukazati na mogućnost unapređenja metoda i sredstava istrage uvođenjem novih metoda i sredstava (istražni eksperiment, 3D rekonstrukcije), čime bi se svi raspoloživi dokazni materijali, činjenice, okolnosti kvalitetnije mogli koristiti u procesu otkrivanja, razjašnjavanja, dokazivanja.

U simulacionom dijelu prezentacije rada uradiće se virtuelna/filmska obrada krivičnog događaja u svim istražnim – dokaznim radnjama, u cilju komparacije bitnih sadržaja sa dokaznog aspekta (doprinosa u daljoj istrazi, dokazivanju), što će rad učiniti veoma dinamičnim, primjenljivim za konkretnu istražnu, dokaznu praksu.

***Ključne riječi:** uviđaj, rekonstrukcija događaja, istražni eksperiment, vještačenje, 3D vještačenje, otkrivanje, dokazivanje.*

* Fakultet pravnih nauka Univerziteta za poslovne studije, Banja Luka.

** Uprava za policijsku obuku, MUP RS Banja Luka.

*** Uprava za policijsku obuku MUP, RS Banja Luka.

Uviđaj predstavlja dokazno sredstvo u krivičnom postupku. Uviđaj je radnja dokazivanja koja se sastoji od neposrednog opažanja¹ promjena na licu mjesta krivičnog događaja koje preduzima ovlašćeni organ. Uviđaj je sistem intelektualnih, realnih i instrumentalnih djelatnosti koje se primjenjuju na osnovu odredaba Zakona o krivičnom postupku² uz primjenu kriminalističko-forenzičkih metoda i sredstava koji su usmjereni na pronalaženje, obezbjeđivanje od uništenja i fiksiranje kriminalističkih i pravno relevantnih materijalnih informacija (predmeta, tragova krivičnog dela, situacije nastale krivičnim događajem). U ovom radu posebno će se analizirati uloga i značaj uviđaja, kao prve hitne istražne radnje, u kontekstu komparacije uviđaja i pojedinih faza uviđaja sa drugim istražnih i dokaznim radnjama³, u cilju utvrđivanja njihovih otkrivačkih, dokaznih kompetencija u procesu kriminalističke obrade – istrage, kao i cjelokupnog dokaznog postupka. Ističući da je definisanje uviđaja jedno od spornih pitanja, kojem se ponekad i olako prilazi, dodaje kriminalistike prof. dr V. Vodinelić smatra da prihvatljiv pojam mora sadržavati četiri elementa, i to:

1. čulno opažanje subjekta uviđaja, uz istovremenost misaono-logičkih operacija kao jedinstva čulnog i racionalnog;
2. neposredno ispitivanje i proučavanje materijalnih objekata kao predmeta uviđaja;
3. istovremenost kriminalističkog i krivičnoprocesnog sadržaja rada; stvaranje verzija.

Što je najznačajnije od svega, autor se nije zadržao samo na određivanju elemenata koje bi morao sadržavati savremeni uviđaj već je i na osnovu toga odredio sam pojam, koji glasi: „Uviđaj je procesno regulisan sistem kriminalističko-taktičkih i tehničkih mjera i radnji, pri čijem obavljanju se čulnim zapažanjem uz pomoć stvorenih verzija događaja i metoda naučnog i praktičnog istraživanja (indukcije, dedukcije, generalizirajuće apstrakcije, komparacije analize i sinteze) planiraju i provjeravaju paralelno s hodom uvi-

¹ Čulno opažanje organa, da bi bilo uviđaj, mora biti preduzeto u postupku i na način propisan zakonom. Međutim, uviđaj predstavlja veoma složenu djelatnost, jer se problematika neposrednog opažanja kombinuje sa kriminalističkim metodama. Neposredno opažanje dopunjuje se primenom metoda mjerenja i brojanja, upoređivanja i eksperimentisanja, fiksiranja, zatim pronalaženja, obezbjeđivanja i snimanja pronađenih tragova, sačinjavanja skica i dr.

² Krivičnoprocesna definicija uviđaja je veoma štura, dok kriminalistika uviđaj situira mnogo opširnije, i daje mu veliki značaj u istražnom postupku.

³ Suštinski interes predmetne analize jeste da se evidentiraju, komentarišu, problematizuju pojedinih kvalitativne sadržine kod istražno-dokaznih radnji na mjestu kriminalnog događaja, sa željom da se time podstakne primjerenija upotreba nekih, zapostavljenih radnji, metoda u interesu još kvalitetnije i plodotvornije istrage i dokaznog postupka.

đaja, vrši fiksiranje cjelokupne situacije na licu mjesta kao materijalno-idealnog sistema (stanja, obilježja, svojstva i međusobnih veza i odnosa". Ovom definicijom uviđaj je konačno dobio neophodno kriminalističko „ruho”, iz kojeg jasno proizlazi djelatnost uviđajnog organa na mjestu krivičnog djela bez obzira na to da li to tužilac ili ovlaštena službena lica žele⁴.

Uviđaj je najpouzdaniji način utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, jer organ koji ga sprovodi utvrđuje činjenice vlastitim opažanjem. Stara latinska sentenca “*Nulla est maior probatio, quam evidentia rei*” (“Nema boljeg dokaza od uviđaja”) i danas je aktuelna⁵. Drugi način utvrđivanja činjenica (pomoću dokaza) manje je pouzdan, jer tu organ krivičnog postupka ne saznaje činjenice direktnim opažanjem (svojim čulima), nego posredno, tako što mu neko drugi (osumnjicheni, odnosno optuženi, svjedok, vještak) saopštavaju svoja opažanja tih činjenica ili čitanjem isprava i upotrebom tehničkih snimaka registrovanih činjenica. Dokazni kredibilitet uviđaja proizlazi iz njegovog heurističkog karaktera,⁶ tj. iz mogućnosti otkrivanja na licu mjesta činjenica, prije svega materijalnih, koje su nastale izvršenjem krivičnog djela.

Međutim, i rezultati uviđaja mogu imati nedostatke kao i svako drugo posredno dokazno sredstvo. Najveću dokaznu vrijednost ima uviđaj koji sud sprovodi na glavnom pretresu, neposredno opažajući relevantne činjenice. Treba posebno istaknuti da je savremena tehnika optičkog registrovanja činjenica omogućila da se činjenice utvrđene uviđajem mogu i tehnički (ne samo zapisnički) registrovati⁷. Na taj način reprodukcija tehničkog snimka pred raspravnim sudom daje gotovo vjernu sliku predmeta uviđaja, kao da je sam taj sud sproveo uviđaj. U svakom slučaju, stvarna dokazna vrijednost uviđaja je diskutabilna bez dodatnih kriminalističko-forenzičkih radnji, koje treba da uzročno-posljedično povežu činjenice i okolnosti registrovane na mjestu zločina⁸ bez obzira na to da li je sproveden prije ili na glavnom pretresu, i zavisi od slobodne ocjene dokaza od strane suda.

⁴ Takav naučni stav je u cijelosti prihvatio i prof. dr D. Modly, koji se pored dr V. Vodinića najviše bavio ovom problematikom. U svojim razmatranjima pojam uviđaja prihvata kako ga je izvorno odredio Vodinić, naglašavajući da se radi o metodi, tj. o sistemu načina otkrivanja i prikupljanja dokaza i informacija, koji je procesno normiran. Autoritet kriminalistike dr Modly D. takođe se slaže sa ovim stavom, čime se negira isključivost „neposrednog čulnog opažanja na uviđaju“.

⁵ Prof. dr Ž. Aleksić običavao je govoriti: “Nema savršenog zločina, ima samo nesavršenih istraga”.

⁶ Modly D., Korajlić N., *Kriminalistički rječnik*, Centar za kulturu i obrazovanje, Tešanj, 2002.

⁷ Tehnologizacija i kompjuterizacija uviđajnih aktivnosti, a posebno usavršavanje tzv. virtuelnih metoda dinamizacije kriminalnog događaja, neizostavna je i perspektivna nova dimenzija istražno-dokazne djelatnosti.

⁸ Sam pronalazak nekog traga, predmeta koji ima veze sa osumnjichenim, ne znači automatski i njegovo učešće u izvršenju krivičnog djela, bez dovođenja u uzročno-posljedičnu vezu nastanka traga na mjestu zločina.

U okviru komparativne analize dokazne vrijednosti uviđaja prema drugim istražnim, dokaznim radnjama na mjestu kriminalnog događaja, sveukupne analize, istraživanja pokazuju da uviđaj ima veliki dokazni značaj. Prije svega, uviđaj je prva istražna radnja, koja fiksira početno stanje zatečeno na mjestu zločina. U tom smislu sva fakta, činjenice, okolnosti na mjestu krivičnog djela rezultat su uviđaja, koji daje takve dokazne, a i operativne informacije. Međutim, u velikom dokaznom kvalitetu uviđaja moramo konstatovati da veliki broj uviđaja ne doprinosi značajnije daljoj otkrivačkoj, istražnoj djelatnosti. Posebno se to odnosi na krivična djela gdje su učinioci „opreznije” radili na mjestu događaja, koristeći zaštitna sredstva, opremu, sklanjajući tragove, predmete, a posebno „podmećući” lažne dokaze. Zbog toga je potrebno zaključiti da se sa svim uvažavanjem uviđaja mora imati u vidu potreba afirmacije i drugih istražnih, dokaznih radnji, radi kompletnijeg proučavanja, zaključivanja, odlučivanja povodom operativnih i dokaznih informacija sa lica mjesta.

Rekonstrukcija događaja

Rekonstrukcija⁹ krivičnog događaja je istražna radnja, predviđena ZKP-om, koja se sastoji u ponavljanju radnji ili situacija u uslovima pod kojima se prema izvedenim dokazima događaj odigrao, u cilju provjeravanja izvedenih dokaza ili pronalaska novih dokaza. Rekonstrukcija¹⁰ se sastoji u provjeravanju izvedenih dokaza ili utvrđivanju činjenica koje su od značaja za razjašnjenje stvari koja se vrši tako što će se ponoviti radnje ili situacije u uslovima pod kojima se prema izvedenim dokazima događaj odigrao. Rekonstrukcija se, po pravilu, vrši na mjestu gdje se događaj zbio, a obavlja se tako da se, po mogućnosti, izvede cijeli događaj onako kako slijedi iz saslušanja osumnjičenog, odnosno optuženog, iskaza svjedoka i vještaka i drugih dokaza (uviđajne dokumentacije, skica i fotografija), kao i činjenica koje je organ utvrdio vlastitim opažanjem. Pri tome se upotrebljavaju ista ili (ako je to nemoguće) slična materijalna sredstva koja su upotrebljena kod stvarnog događaja i obezbjeđuje učešće subjekata koji su opazili krivični događaj ili učestvovali u njemu.

⁹ Rekonstrukcija krivičnog događaja je istražna radnja, predviđena ZKP-om, koja se sastoji u ponavljanju radnji ili situacija u uslovima pod kojima se prema izvedenim dokazima događaj odigrao, u cilju provjeravanja izvedenih dokaza ili pronalaska novih dokaza.

¹⁰ Naziv rekonstrukcija je tzv. kompozit, odnosno složenica koja se sastoji iz prefiksa „re“ i reči „konstrukcija“. Riječ konstrukcija potiče od latinske riječi „construction“ i označava građenje, oblikovanje, izgradnju, sastavljanje, uspostavljanje i slično. Prefiks „re“ označava ponovo. Dakle, rekonstrukcija se može shvatiti kao ponovno građenje, ponovno sastavljanje, ponovno uspostavljanje.

Sama po sebi, rekonstrukcija nije dokazno sredstvo¹¹, već metod provjere dokaza koji se vrše preko uviđaja. Ona zbog toga ima više veze sa ocjenom dokaza nego sa pitanjem dokaznih sredstava. Za izvođenje rekonstrukcije važe pravila propisana za vršenje uviđaja.

Međutim, rekonstrukcija se ne smije vršiti na način kojim se vrijeđa javni red i moral ili se dovodi u opasnost život ili zdravlje ljudi. Prilikom obavljanja rekonstrukcije događaja moraju se poštovati ljudska prava i voditi računa o eventualnoj materijalnoj šteti. Takođe, u okviru rekonstrukcije mogu se, po potrebi, ponovo izvesti pojedini dokazi pri čemu važe odredbe zavisno od faze postupka. Uviđaj i rekonstrukcija događaja razlikuju se po tome što se, za razliku od zapisnika o uviđaju, u zapisnik o rekonstrukciji mogu unositi izjave svjedoka ili dokazna vrijednost rekonstrukcije i kriminalističkog eksperimenta: „Načelno, može se prihvatiti dokazna vrijednost dobijenih rezultata ako je: a) ustanovljeno da su uslovi u kojima je obavljena rekonstrukcija ili su sprovedeni eksperimenti, međusobno slični sa uslovima u kojima se ispitivani događaj odigrao¹²; b) pri ponavljanju rekonstrukcije i eksperimenta dobijen je jednoznačni rezultat; c) isključena mogućnost slučajnog postizanja dobijenih rezultata.

Pored navedenog, rekonstrukcija krivičnog događaja može se pojmiti i kao postupak predmetnog oblikovanja idealnih saznanja, operativnih podataka o tome šta se zaista dogodilo. To je postupak reprodukovanja te teorije u stvarnost ponavljanjem elemenata krivičnog događaja u uslovima po kojima se prema postojećim saznanjima događaj odigrao. Na jednoj strani imamo autore koji smatraju da rekonstrukcija događaja nije nezavisno dokazno sredstvo, već posebna vrsta uviđaja, pri čemu se takvi zaključci suda u procesnom smislu uobličavaju u okviru odluke kojom se na zakonski regulisan način rješava predmet krivičnog postupka. „Može se smatrati posebnim slučajem uviđaja.¹³“ Rekonstrukcija krivičnog događaja u krivičnom procesnom pravu Republike Srpske metod je provjeravanja vjerodostojnosti već izvedenih dokaza, ili je pak poistovećuju sa istražnim eksperimentom. Na drugoj strani imamo one koji smatraju da je rekonstrukcija krivičnog događaja posebno

¹¹ Sporna su shvatanja o suštini i karakteru rekonstrukcije u pogledu njenog dokaznog legitimiteta, kapaciteta. Njena samostalnost je upitna, iako je više shvatanja o potrebi osamostaljenja rekonstrukcije kao posebne dokazne radnje, posebno u situacijama kada je uviđaj dao nedovoljne početne operativne i dokazne informacije.

¹² Za uspješno sprovođenje rekonstrukcije neophodno je da stanje na licu mjesta odgovara stanju u vrijeme događaja, „[...] sa svim stvarima koji su se tamo nalazili u momentu izvršenja, sa corpora delicti i tragovima, onako kako je sve bilo u momentu izvršenja krivičnog djela.

¹³ Roksić, R., *Komentar zakonika o krivičnom postupku sa obrascima, sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd, 2014, str. 127.

dokazno sredstvo, odnosno posebna dokazna radnja. Kako u pogledu svih naprijed navedenih teorijskih shvatanja postoje argumenti i prigovori, može se postaviti pitanje – koje shvatanje je najprihvatljivije.

Naime, iako je rekonstrukcija krivičnog događaja sadržinski slična uviđaju, budući da se sa metodološkog stanovišta sprovode na sličan način primjenom istih kriminalističkih taktičkih i tehničkih metoda, ne može se prihvatiti stav da je rekonstrukcija posebna vrsta uviđaja, jer ciljevi ove dvije dokazne radnje nisu istovjetni. Cilj uviđaja je da se prikupe tragovi materijalne prirode nastali izvršenjem krivičnog djela, dok se kod rekonstrukcije uočavaju i analiziraju kako pojave materijalnog karaktera tako i pojave i okolnosti nematerijalne prirode. Po pravilu, uviđaj prethodi rekonstrukciji, međutim to ne znači da je nužan uslov za njeno sprovođenje. Donekle se može uvažiti stav da se rekonstrukcijom krivičnog događaja provjerava vjerodostojnost već izvedenih dokaza, o čemu i govore i odredbe ZKP-a. S tim da treba naglasiti da „i samo provjeravanje izvedenih dokaza predstavlja izvor saznanja, tj. dokazno sredstva (instrumentum) pomoću kojeg organ postupka utvrđuje činjenice u postupku.”

U zavisnosti od organa postupka koji određuje i/ili vrši ovu dokaznu radnju, može se izvršiti podjela na rekonstrukciju krivičnog događaja koju vrše službena lica organa unutrašnjih poslova, javni tužilac i sud. Posebnu vrstu rekonstrukcije predstavlja tzv. operativna rekonstrukcija¹⁴, koju sprovodi policija, u predistražnom postupku, čiji je cilj pretežno otkrivačko-dokazni. Prema sveukupnim shvatanjima takve radnje, prije bi se moglo raditi o kriminalističko-istražnom eksperimentu, kao tzv. „pokusnoj radnji” koja nema procesni legitimitet u ZKP-u Srbije, Bosne i Hercegovine. Međutim, ista ima heuristički značaj kroz mogućnost tzv. variranja, simuliranja određenih činjenica i okolnosti radi dobijanja određenih zaključaka, koji mogu koristiti u daljoj istrazi. U odnosu na opseg rekonstrukcije, u teoriji ne postoji jedinstven stav. Sporno je da li se rekonstrukcijom krivičnog događaja obnavljaju samo pojedini element ili/i faze krivičnog događaja koji se istražuje ili se pak obnavlja krivični događaj u svom totalitetu.

Iako je neosporno da se krivični događaj sastoji od mnoštva subjektivnih i objektivnih elemenata, odnosno spoljašnjih i unutrašnjih činjenica, da se spoljašnje činjenice manifestuju u spoljnom svijetu i mogu se podvrći neposrednom ispitivanju za razliku od unutrašnjih koje se po pravilu ne manifestuju, rekonstrukcija je samo imitacija događaja, pa se po pravilu ne teži ob-

¹⁴ Dokazni legitimitet tzv. operativne rekonstrukcije je sasvim diskutabilan, jer je izvode policijski organi, samostalno bez učešća neophodnih drugih učesnika (tužioca, osumnjičenog, svjedoka, vještaka).

navljanju subjektivnih okolnosti, te ni subjektivni elementi ne predstavljaju smetnju da se izvrši potpuna rekonstrukcija krivičnog događaja. Naročitu vrstu rekonstrukcije predstavlja tzv. misaona rekonstrukcija.

„Dakle, riječ je o misaonoj aktivnosti u okviru koje se u mislima rekonstruiše čitav tok krivičnog djela ili pojedini njegovi stadijumi radi pronalaženja tragova i predmeta krivičnog djela, utvrđivanja mehanizma njihovog nastanka i okolnosti koje su do njih dovele, kao i izvođenje zaključka o svim relevantnim okolnostima (kao skupu uslova) počinjenog krivičnog djela.¹⁵“ Ovaj vid rekonstrukcije predstavlja redovnu aktivnost organa unutrašnjih poslova prilikom obezbjeđivanja lica mjesta ili vršenja uviđaja, te je ne treba poistovjećivati sa rekonstrukcijom kao dokaznom radnjom.

Poseban oblik rekonstrukcije je tzv. *misaona rekonstrukcija*. Provodi se najčešće neposredno prije uviđaja, i tokom uviđaja¹⁶. Tijelo postupka i učesnici u postupku, polazeći od posljedica djela, idu prema njegovim uzrocima, u mislima rekonstruišu što se moglo dogoditi. Taj proces je kognitivan, ali i emocionalan. U njegovom tijeku pokušava se dokazati tok kriminalnih događanja, koji se mogao dogoditi.

Pravilno izvedena misaona rekonstrukcija toka počinjenja krivičnog djela, puta dolaska i odlaska počinitelja, njegovog kretanja po mjestu počinjenja kaznenog djela, njegove djelatnosti na tom mjestu događaja, upotrebljenih sredstava ili predmeta počinjenja (*instrumenta sceleris*) igra važnu ulogu i kod kasnijeg provođenja realne rekonstrukcije. Na osnovu misaone rekonstrukcije izvode se zaključci o smjeru djelovanja uzročnika tragova, položaja, držanja i međusobnog položaja počinioca i napadnutog objekta u vrijeme počinjenja krivičnog djela, razmaku među njima itd.

Riječ je o različitim psihološkim konstrukcijama koje djeluju na mišljenje i ponašanje učesnika u postupku i utiču na uspjeh istraživanja. Tu spadaju i misaone prepreke koje onemogućavaju rješenja zadataka, jer je subjekt naviknut na ustaljeni način mišljenja i psihološki se teško od njega može odvojiti. Predrasude, lični stavovi, motivi, osobitosti i intelektualna svojstva, racionalizacija, sugestija, asimilacija i različiti podsvjesni obrambeni mehanizmi nezaobilazni su otežavajući faktori za uspješno misaono rješavanje istraživačkih zadataka. Zaključivanje tijela postupka i učesnika u postupku polazi od utvrđenog činjeničnog stanja koji se kroz retrospektivan proces pokušava objasniti logikom koja je naučno, kriminalistički i psihološki utemeljena. Pri

¹⁵ D., Modly, M., Šuperina, *Kriminalistički sadržaj rekonstrukcije*, Polic. sigur., Zagreb, 2008, str. 131.

¹⁶ Ovdje je posebno bitna primjena kriminalističkog razmišljanja i poštivanja principa „od stvari ka misli, ili od misli ka stvari“

tome treba polaziti od kriminalističke krilatice: “Ako je nešto tehnički izvedivo, to ne znači da mora biti i psihološki uvjerljivo, a što je psihološki neuvjerljivo može biti patološki istinito¹⁷“. Kriminalističko rasuđivanje o rezultatima rekonstrukcije jeste složena misaona i radna djelatnost učesnika u rekonstrukciji. Polazi se od opšteg pravila uzročnosti u smislu da isti uzroci u pravilu izazivaju iste posljedice. Sve što se dogodilo u jednom slučaju pod istim okolnostima trebalo bi se dogoditi i u drugom ili drugim slučajevima, pod pretpostavkom da se radi o stvarnoj jednakosti. Riječ je o zaključivanju po analogiji. Brojni termini traže tačno definisanje za potpuno razumijevanje rekonstrukcije. To su npr.: indukcija, dedukcija, abdukcija, tipologija (klasifikacijski i taksonomski aspekt), sinteza, analiza, hipoteze, sposobnost otkrivanja itd. Ulogu igraju obrasci (serije sličnosti), šabloni koji indiciraju na određeni modus operandi.

Taktički je zahtjev da se rekonstrukcija krivičnog događaja obavi u uslovima po kojima se prema izvedenim dokazima događaj odigrao, tzv. istinskim uslovima (meteorološki, prostorno-ambijentalni, operativno-tehnički i dr.), uz učestvovanje aktera krivičnog događaja koji se obnavlja. Vještački stvoreni uslovi u kojima se izvodi rekonstrukcija krivičnog događaja treba u što većoj mjeri da odgovaraju istinskim uslovima, ukoliko je to moguće i da idu do identičnosti. Odnosno, neophodno je „obnoviti u što većoj mjeri one uslove i stanje na licu mjesta koji su postojali u momentu nastanka krivičnog događaja i koji su od dokaznog značaja u konkretnom slučaju“. Problem u vještačkom obnavljanju uslova mogu predstavljati prirodni uslovi. Ukoliko je nemoguće da svi ili pojedini učesnici krivičnog događaja prisustvuju rekonstrukciji, njih mogu zamijeniti druga lica¹⁸. Postoji mogućnost da žrtvu krivičnog djela (npr. ubijenog) zamijeni lutka koja se postavlja u položaj koji odgovara položaju žrtve, prema podacima iz spisa.

Procesno zakonodavstvo ne propisuje posebna pravila za ocjenu dokazne vrijednosti rezultata sprovođenja rekonstrukcije krivičnog događaja, već važe opšta pravila za ocjenu dokaza. Sljedstveno tome, rezultate sprovođenja rekonstrukcije krivičnog događaja sud cijeni po slobodnom sudijskom uvjerenju, dovodeći ih u vezu sa drugim dokazima. Znači, sud prevashodno cijeni dokaznu vrijednost rekonstrukcije, da bi potom rezultate rekonstrukcije cijenio u vezi sa drugim dokazima, na osnovu čega izvodi zaključak o izvjesnosti ili neizvjesnosti činjenice/a. Prilikom ocjene dokazne vrijednosti rezultata re-

¹⁷ Modly, Šuperina, *Kriminalistički sadržaji rekonstrukcije*, Polic. sigur. (Zagreb), godina 17 (2008), broj 3-4, str. 125–151.

¹⁸ U ovakvim situacijama ipak se gubi autentičnost rekonstrukcije, što može osporiti validnost dokazne vrijednosti.

konstrukcije od značaja su i neka pravila kojim nas uči kriminalistika, te tako ne treba se poći samo od rezultata rekonstrukcije, već se moraju uzeti u razmatranje i pripremne radnje, identičnosti uslova, upotrebljeni metodi kao preduslovi od kojih zavisi validnost rezultata rekonstrukcije. „Načelo posmatrano, može se prihvatiti dokazna vrijednost dobijenih rezultata ako je: a) ustanovljeno da su uslovi u kojima je obavljena rekonstrukcija međusobno veoma slični sa uslovima u kojima se ispitivani događaj odigrao. Treba ukazati i na dokazno značenje negativnog i pozitivnog suda o mogućnosti nastupanja sporne okolnosti. Tako, ukoliko rezultat rekonstrukcije dovodi do pozitivnog zaključka o mogućnosti, takav rezultat dopušta samo vjerovatan zaključak u pogledu mogućnosti nastupanja sporne okolnosti. Suprotno, negativan zaključak dozvoljava da se donese kategoričan sud o nemogućnosti nastupanja sporne okolnosti, te se takav sud vrednuje kao siguran dokaz. Rezultat rekonstrukcije treba kritički prihvatiti kao dokaz, jer je on rezultat situacije stvarne modeliranjem.”

Kriminalističko-istražni eksperiment

O tome da rekonstrukcija krivičnog događaja nije istražni eksperiment suviše je i govoriti, s obzirom na to da organ postupka kod eksperimenta u činjenični sklop unosi nove, provjerene, neprovjerene i druge okolnosti. Rukovodilac rekonstrukcije ne unosi nikakve nove okolnosti u činjenični sklop i jedino želi da ostvari što vjerniju „imitaciju” krivičnog događaja u vještački stvorenim uslovima. Rekonstrukcija se temelji na primjeni metode realnog modelovanja. Prilikom sprovođenja kriminalističkog eksperimenta, u činjenični sklop događaja unose se nove okolnosti¹⁹ za koje se zna da nisu ranije postojale, vrši se njihovo variranje i obavljaju različite probe. Ovdje se primjenjuju metode eksperimentisanja²⁰.

Istina, rekonstrukcija krivičnog događaja čest je preduslov za obavljanje eksperimenta, ali ima i situacija gdje rekonstrukcija ne prethodi istražnom eksperimentu. Smatramo da je ovo poistovjećivanje rekonstrukcije sa eksperimentom posljedica štire zakonske regulative, jer za razliku od zakonodavca Republike Hrvatske koji je zakonom regulisao istražni eksperiment, zakonodavac Republike Srbije i Srpske to nije učinio. Iako u svim naprijed navede-

¹⁹ Koje će se nove okolnosti, činjenice unijeti u dinamiku eksperimenta isključivo zavisi od modela „misaone rekonstrukcije“ operativnih, istražnih radnika, koji nisu potvrđeni klasičnim radnjama (uviđajem, rekonstrukcijom, vještačenjem).

²⁰ B., Simonović, op. cit., 2004, str. 326.

nim shvatanjima ima po malo osnovanosti, rekonstrukcija krivičnog događaja se jedino može kvalifikovati kao dokazno sredstvo. Rekonstrukcija događaja („sudski eksperiment”), nije nikakvo posebno dokazno sredstvo već metod provjere već izvedenih dokaza putem uviđaja²¹.

Kriminalistički eksperiment predstavlja svjesno, plansko i i višekratno variranje novih okolnosti prilikom njihovog uviđaja u sporni činjenični sklop ispitivanog krivičnog događaja kako bi se utvrdili uslovi, uzroci i mehanizam razvoja krivičnog događaja kao i zakonomjernosti nastanka posljedica i tragova s ciljem provjere postojećih i pribavljanja novih dokaza. Iskustva pokazuju da se policijski organi veoma rijetko odlučuju na realizaciju kriminalističkog eksperimenta, koji se može kombinovati sa tzv. operativnom rekonstrukcijom, što umanjuje istraživački i operativni karakter radnji još u raznim fazama predistražnog postupka²².

Vještačenje

Po pravilu, rekonstrukciji krivičnog događaja prisustvuje vještak odgovarajuće struke, s obzirom na to da organ postupka retko raspolaže potrebnim stručnim znanjima za utvrđivanje ili ocjenu neke činjenice u postupku. Uporedo sa vještakom, okrivljeni i njegov branilac mogu angažovati stručnog savjetnika ili podnijeti zahtjev za postavljanje stručnog savjetnika organu postupka. Stručni savjetnik je lice koje raspolaže stručnim znanjem iz oblasti u kojoj je određeno vještačenje i njegova osnovna funkcija je u obavljanju odgovarajuće kontrole u odnosu na vještačenje koje sprovodi lice koje je odlukom organa postupka određeno kao vještak. Kako se stručni savjetnik ne može samostalno i neuslovljeno pojaviti u krivičnom postupku, ukoliko rekonstrukciji krivičnog događaja prisustvuje vještak, a ukoliko je angažovan ili određen, istoj prisustvuje i stručni savjetnik.

Vještak na prvom mjestu pomaže organu postupka da sprovede rekonstrukciju, pružajući potrebna znanja, a potom utvrđuje činjenice koje su od značaja za istragu. Kako vještak dobija sasvim konkretne zadatke određene naredbom o vještačenju, on nije dužan, niti može ići u tzv. istraživačku di-

²¹ Grubač i T., Vasiljević, *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, str. 284.); S. Bejatović, M., Škulić, G., Ilić, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, 2013, str. 110; G. P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, str. 345.

²² Svakako da obavljanjem ovih neformalnih istražnih radnji postoji opasnost od uništenja tragova, izmjene lica mjesta prije zvaničnih radnji, što se ne smije događati.

menziju uzroka, načina manifesta zločina, a posebno zaključivanja o mogućem učiniocu.

Stoga vještačenje, i pored svoje velike važnosti u procesu dokazivanja, ima ograničen istražni kapacitet. Međutim, vještačenja u kombinaciji sa drugim istražnim dokaznim radnjama mogu postati mnogo plodotvornija, kvalitetnija, upotrebljivija. Posebno se to odnosi na tzv. rekonstruktivna vještačenja, koja su veoma bliska rekonstrukciji događaja, kriminalističko-istražnom eksperimentu, i 3D rekonstrukciji. U tom kontekstu je neophodno razvijati cjelokupnu lepezu jačanja svih istražnih i dokaznih radnji, kako u fazi istrage, tako i u fazi dokaznog postupka.

3D vještačenje – rekonstrukcija

U toku devedesetih godina prošlog veka sa razvojem kompjuterskih tehnologija i digitalne fotografije počelo se raditi na konceptu 3D, tj., trodimenzionalne fotografije. Kompjuteri su omogućili 3D animacije koje su se najpre počele primjenjivati i razrađivati u video igricama. Veoma brzo sa terena zabave, 3D tehnike pravljenja fotografija i video animacija prešle su u daleko ozbiljnije oblasti i počele su se primjenjivati u medicini, urbanom planiranju i kartografiji, inženjerskoj fotogrametriji, laboratorijskim istraživanjima, kriminalistici, itd. Sredinom devedesetih godina prošlog vijeka počeli su da se vrše eksperimenti sa primjenom 3D fotografija u kriminalistici. Među prvima je kriminalistička policija Velike Britanije²³ počela 1995. godine da radi na razvoju 3D fotografije za potrebe policije i kriminalističke službe. U okviru kompjuterskog odsjeka policije počeo je rad na projektu koji je imao za cilj ispitivanje potencijalnih mogućnosti korišćenja virtuelne analize lica mjesta krivičnih djela za potrebe kriminalističke rekonstrukcije lica mjesta.²⁴ Razvoj 3D fotografije za potrebe kriminalističke službe i kriminalističkih vještačenja posebno je uznapredovao u posljednjoj dekadi, tako da su postignuti značajni rezultati u praktičnoj primjeni, od kojih će neki biti pomenuti u ovom radu.

Na osnovu 3D fotografije sačinjavaju se i vizuelne 3D animacije tako da se može na kompjuteru simulirati kretanje u okviru objekta i prostora koji

²³ Computer Examinations Unit of the Greater Manchester Police.

²⁴ Murta, A.D., Gibson, S., Howard, T. L. J. , Hubbold, R. J. , West, A. J., *Modelling and Rendering for Scene of Crime Reconstruction: A Case Study*, <http://www.cs.man.ac.uk/~toby/papers/spie.pdf>, pristupljeno 20. 3. 2017.

je snimljen u 3D tehnici. Virtuelna animacija predstavlja preciznu i vjernu rekonstrukciju snimljenog objekta ili prostora sa svim detaljima koji se na njemu nalaze.²⁵ Korišćenje digitalne fotografije ili laserskog skenera omogućava višestruka uvećanja svih detalja i precizno utvrđivanje svih distanci i mjera jednostavnim pozicioniranjem kompjuterskog miša između tačaka čije se mjere žele utvrditi²⁶.

Primjena 3D fotografije pri vršenju uviđaja

Trodimenzionalna fotografija lica mjesta načinjena u toku uviđaja omogućava detaljniju i kvalitetniju analizu činjeničnog stanja nego što se može postići korišćenjem klasične uviđajne dokumentacije²⁷. Lice mjesta se 3D tehnikama snima sa više lokacija u toku vršenja uviđaja (panoramska fotografija, fotografija cijelog lica mjesta, fotografija iz više uglova). Na kompjuteru se 3D fotografije uklapaju u jedinstvenu cjelinu i dobija se 3D prikaz lica mjesta. Na osnovu njega se vrše detaljne naknadne analize koje nije moguće sprovesti na osnovu tradicionalne uviđajne dokumentacije, imajući u vidu uklopljenost u prostor i međusobne odnose između raznih dijelova prostora, tragova i predmeta krivičnih djela. Posmatranje predmeta, prevoznih sredstava, tragova iz više uglova, sa više strana, iz više projekcija sa mogućnošću uvećanja svakog detalja, i korišćenje raznih svjetlosnih filtera, pruža velike mogućnosti analize. Na primjer, posebno se ističe vrijednost analiza pri ispitivanju položaja i rasporeda tragova krvi, koji se mogu višestruko uvećavati, mjeriti dimenzije i razdaljine.

²⁵ U arheologiji i savremenim muzejima koriste se 3D vizuelne animacije koje posjetiocima omogućavaju virtuelnu šetnju kroz značajne istorijske objekte koji se u posljednje vrijeme snimaju u 3D tehnici i animiraju, što umnogome podsjeća na bioskopske 3D filmove. Posjetioci muzeja mogu da se šetaju istorijskim objektima imajući osjećaj da se nalaze u njima. Na primjer, Tutankamonova grobnica u Egiptu je skenirana 3D fotografijom i postavljena na internet. Poslije nekoliko dana od postavljanja snimka na internet, jedan poznati arheolog, koji živi na drugom kraju svijeta, na detaljnim snimcima grobnice primijetio je golom oku nevidljive linije koje su nagovještavale postojanje zazidanih vrata ka dotad neotkrivenim odajama grobnice. Stručnjaci smatraju da bi u tim skrivenim odajama mogla da se nalazi čak i mumija kraljice Nefertiti.

²⁶ Simonović B., Internacionalni centar za kriminalistička i kriminološka istraživanja, Banja Luka (Primjena 3D tehnika smatra se revolucionarnim napretkom u okviru kriminalističke fotografije. Nova tehnologija suštinski unapređuje uviđajnu fotografiju, kriminalističku rekonstrukciju i razne vrste vještačenja).

²⁷ Simonović B., Internacionalni centar za kriminalistička i kriminološka istraživanja, Primjena 3D fotografije u kriminalistici, Banja Luka, 2017.

Analiza kretanja učinioca po licu mjesta i utvrđivanje relacije između tragova kretanja i ostalih tragova jednostavnije se sprovodi korišćenjem 3D fotografija nego sa klasične uvidajne dokumentacije, jer se postiže realniji uvid u lice mjesta i osjećaj prostora.²⁸ Prilikom analiza 3D snimaka veoma su korisne razne opcije koje softveri omogućavaju. Na primjer, promjene osvjetljenja snimka, variranje jačine svjetlosnog snopa, ugla osvjetljenja i pri tom se koriste različiti svjetlosni filteri. To omogućava da se na digitalnom snimku izazovu različiti kontrasti i uoče tragovi koji se nisu mogli opaziti prilikom vršenja uviđaja.

Klasične tehnike vršenja uviđaja, fotografska obrada lica mjesta i tragova imaju neke nedostatke, koje korišćenje 3D tehnika prevazilazi. Kao prvo, prilikom vršenja uviđaja značajno se vrijeme troši na razna mjerenja koja se vrše na licu mjesta (mjerenje lica mjesta, tragova, odnosa između tragova itd.). I pored izvršenih mjerenja na licu mjesta, poneki put se na sudu postavi pitanje nekih mjera koje nisu fiksirane, jer se u momentu vršenja uviđaja nisu smatrale za bitne, a naknadna mjerenja nije moguće sprovesti, jer lice mjesta više ne postoji. Prilikom korišćenja milimetarske trake i prilikom zapisivanja izmjerenih veličina dešavaju se i greške. Mnoge mjere nije moguće precizno utvrditi u toku vršenja uviđaja usljed pomjeranja objekata u toku mehanizma nastanka krivičnog događaja kojih se te mjere tiču (na primjer, u slučajevima vještačenja saobraćajnih nezgoda, balističkih vještačenja itd.).

Korišćenjem pokretnog laserskog skenera potpuno se eliminiše proces mjerenja, čime se skraćuje vrijeme vršenja uviđaja²⁹, jer laserski zraci utvrđuju (automatski) prilikom snimanja sve distance i mjere neuporedivo tačnije nego što to može da se učini klasičnim načinima. Na fotografiji načinjenoj laserskim skenerom svaka se željena distanca i veličina pokazuje jednostavnom komandom i pozicioniranjem kompjuterskog miša između tačaka čije se razdaljine žele utvrditi³⁰. Pravljenje skica sa licu mjesta je još jedna zahtjevana djelatnost koja oduzima vrijeme i najčešće se vrši u kriminalističkoj laboratoriji nakon obavljenog uviđaja na osnovu rukom sačinjenih skica i utvrđenih mjera. Međutim, 3D fotografija podržana kompjuterskim programima omogućava automatsko sačinjavanje skice na osnovu 3D fotografije u okviru istog programa za sačinjavanje 3D fotografija. Ove skice su daleko preciznije, pri čemu se mogu birati razne opcije koje lice mjesta prikazuju u različitim projekcijama.

²⁸ Howard, T.L.J., Murta, A.D., Gibson, S., *Virtual Environments for Scene of Crime Reconstruction and Analysis*, <http://www.cs.man.ac.uk/~toby/papers/spie.pdf>, pristupljeno 20. 3. 2017.

²⁹ Sa adrese: <http://www.advancedlaserimaging.com/policing.php>, preuzeto 15. 3. 2017.

³⁰ U vezi sa korišćenjem laserskog skenera kao načina za eliminisanje klasičnih metoda mjerenja na licu mjesta vidjeti, na primjer, video-prezentaciju: https://www.youtube.com/watch?v=00CMPT_Uko4

2D fotografija omogućava utvrđivanje distance samo u dvije projekcije (širina i dužina) između identifikacionih obilježja. Za razliku od nje, 3D fotografija omogućava utvrđivanje i dubine traga, tj. fiksiranje obilježja traga u tri dimenzije (na primjer, mjere dubine pneumatika ili gazeće površine obuće na mekom tlu, ili dubinu traga na metalu načinjenog provaljivanjem). Nema sumnje da 3D fotografija uvodi značajne novine u postupak dokumentovanja (fiksiranja) činjeničnog stanja na licu mjesta krivičnih djela. Između ostalih prednosti, ističe se da veoma pojednostavljuje procese mjerenja na licu mjesta i znatno se ubrzava i povećava kvalitet vršenja uviđaja.³¹ Nova tehnika zahtijeva i sasvim drugačiji koncept sačinjavanja zapisnika o uviđaju. Pisani zapisnik sa uviđaja, u sadašnjem obliku, nesumnjivo odlazi u istoriju kriminalistike³².

Primjena 3D fotografije pri vršenju rekonstrukcije krivičnog događaja

3D fotografije, odnosno snimci sa lica mjesta obrađeni u kompjuterskim programima olakšavaju rekonstrukciju krivičnog događaja³³, pojednostavljaju analizu činjeničnog stanja i provjeru različitih verzija odvijanja događaja. 3D fotografija predstavlja sama po sebi vjernu virtuelnu³⁴ rekonstrukciju lica mjesta, koja je trodimenzionalna i omogućava virtuelno kretanje po licu mjesta i nakon obavljenog uviđaja. U virtuelnom snimku sa licu mjesta krivičnog djela može se kretati, isto kao i u video-igrici po dubini prostora i iz raznih pravaca i uočavati se predmeti iz raznih uglova i projekcija. Kao što se u muzeju može kretati po virtuelnom 3D snimku drevnog grada Palmire (koju su teroristi u međuvremenu uništili) iz jednog dijela u drugi, iz jedne prostorije u drugu, tako se isto može virtuelno kretati po trodimenzionalnom snimku lica mjesta krivičnog djela. Pojedini bitni detalji se mogu uvećavati, isticati, pojedinačno analizirati i u relaciji sa drugim detaljima. Detalji koji su nebitni za konkretnu analizu mogu se privremeno isključiti iz prikaza³⁵. Primjena 3D tehnologija omogućava prilikom sprovođenja analize i pomjeranje predmeta

³¹ Ursula Buck, Silvio Naether, Beat Räss, Christian Jackowski, Michael Thali, (2013). *Accident or homicide – Virtual crime scene reconstruction using 3D methods*, Forensic Science International 225, str. 81.

³² Stereotipni zapisnici o uviđaju često su puki popis nađenih predmeta, tragova na mjestu događaja.

³³ Sa adrese: <http://www.advancedlaserimaging.com/policing.php>, preuzeto 15. 3. 2017.

³⁴ Virtuelizacija kriminalnog događaja predstavlja sasvim novu kompjutersku animaciju, koja se ne može ostvariti klasičnim radnjama (uviđaj, rekonstrukcija, eksperiment), zbog čega je definitivno u apsolutnoj perspektivnosti kvalitativnog unapređenja istražnog i dokaznog postupka.

³⁵ Vidjeti na primjer video-prezentaciju: <https://www.youtube.com/watch?v=ZhJNjXcT7XM>

na interaktivnom snimku da bi se utvrdio način na koji su isti pomjereni ili korišćeni u toku izvršenja krivičnog djela. Na taj način se mogu provjeravati različite verzije kretanja učinioca, načina izvršenja krivičnog djela. Na primjer, mogu se pomjerati uglovi i putanje projektila u odnosu na realne pozicije lica i tragova kako bi se riješila sporna pitanja putanje projektila i položaja izvršioca.³⁶

Kriminalistički istražioci i tužioci, u okviru virtuelnog pregleda 3D snimka (fotografije) mogu steći vjerni utisak o licu mjesta, položaju tragova i njihovom odnosu i dugo vremena nakon obavljenog uviđaja kada više realno lice mjesta ne postoji. Prednost 3D fotografije snimljene digitalnim tehnikom je i u tome što se svaki detalj na 3D fotografiji može mnogo puta uvećati (u zavisnosti od broja piksela digitalne kamere ili podešenosti laserskog skenera) tako da se pri pregledu snimka sačinjenog u toku uviđaja mogu uočavati i analizirati tragovi koji su nevidljivi golim okom na običnoj 2D fotografiji snimljenoj analognim aparatom. Odnosno, mogu se uočiti tragovi koji nisu bili opaženi prilikom vršenja uviđaja. Uvećani tragovi se mogu i precizno izmjeriti i komparirati sa drugim tragovima, što omogućava razne vrste analiza koje ranije nisu bile moguće. 3D fotografija isključuje potrebu realnog modeliranja lica mjesta i modeliranja tragova i predmeta krivičnog djela. U okviru virtuelnog pregleda uviđajnih 3D snimaka stiče se vjerni utisak (kao za vrijeme boravka na licu mjesta koji je postojao u momentu vršenja uviđaja). Samim pregledanjem 3D snimka ostvaruje se virtuelna rekonstrukcija zatečenog stanja stvari koje je postojalo u momentu vršenja uviđaja.

U kriminalistici je opštepoznato da ukoliko je uviđaj urađen loše i ukoliko je uviđajna dokumentacija neprecizna i nepotpuna, tada ni rekonstrukciju krivičnog djela nije moguće uraditi kvalitetno. "Dobra rekonstrukcija" ne može zamijeniti, nadomjestiti, dopuniti loše obavljen uviđaj. Međutim, 3D kompjuterska fotografija omogućava revolucionarni pristup rekonstrukciji lica mjesta (pod uslovom da nije došlo do promjena na licu mjesta u intervalu od izvršenja krivičnog djela pa do vršenja uviđaja). 3D uviđajna fotografija snimljena za vrijeme vršenja uviđaja idealno je podobna polazna tačka za rekonstrukcije i obavljanje analiza u kojima se pokušava utvrditi mehanizam nastanka krivičnog djela i sprovesti provjera različitih verzija. 3D fotografija olakšava provjeru raznih kriminalističkih verzija u vezi sa mehanizmom odvijanja krivičnih događaja. Neki put se provjera verzija može izvršiti u toku analize 3D snimka sprovođenjem radnje kriminalističke rekonstrukci-

³⁶ Howard, T.L.J., Murta, A.D., Gibson, S. (1995). *Virtual Environments for Scene of Crime Reconstruction and Analysis*, <http://www.cs.man.ac.uk/~toby/papers/spie.pdf>

je, a neki put je neophodno sprovesti vještačenja i eksperimente, angažovati eksperte. Tada osnovu za analizu, provjeru i eksperimentisanje predstavlja upravo 3D snimak sa uviđaja

Rekonstrukcija krivičnog događaja zasnovana na 3D snimcima omogućava jednostavnu provjeru iskaza svjedoka u vezi sa spornim pitanjima: “Da li su nešto mogli da vide sa mjesta na kome su se nalazili ili to nisu mogli da vide?”³⁷ Nije potreban izlazak na lice mjesta, sačinjavanje realne rekonstrukcije, već je samo potrebno definisanje tačke na virtuelnoj fotografiji na kojoj se svjedok nalazio u momentu (navodnog) opažanja krivičnog djela i njen odnos sa pozicijom (tačkom) dešavanja spornog događaja. (Na primjer, detalje koje je mogao da opazi svjedok sa prozora na kome se nalazio u momentu odvijanja događaja.) U procesu rekonstrukcije krivičnog djela primjenom 3D fotografija, koriste se i izjave svjedoka, skice i raspoložive fotografije. Na primjer, postojeća infrastruktura na licu mjesta se fotografiše (saobraćajni znaci, put, ili unutrašnjost prostora) i potom se u snimak ubacuju detalji (namještaj, vozila, predmeti itd.) na osnovu iskaza svjedoka u cilju rekonstrukcije, analize i provjere različitih verzija.³⁸ 3D tehnologije se pokazuju korisne i prilikom dobijanja iskaza od svjedoka u situacijama kada je potrebno osvježiti njegovo sjećanje.³⁹ U upotrebi 3D fotografije u provjeri iskaza svjedoka vidjeti video na adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=kpYnf4AjpKA>

Primjena 3D fotografije pri vršenju kriminalističkih vještačenja

Primjena 3D tehnika koristi se za vršenje raznih vrsta forenzičkih vještačenja u kojima se provjeravaju različite verzije kako bi se utvrdilo koja od njih odgovara istini. Polaznu tačku za provjeru verzija predstavlja utvrđeno činjenično stanje, odnosno položaj, lokacija, međusobni odnos tragova utvrđenih u toku uviđaja. Na osnovu postojećih tragova simuliraju se različiti kompjuterski modeli odvijanja događaja u cilju provjere verzija, kako bi se utvrdilo koji je mehanizam odvijanja događaja najbliži istini, odnosno koji model daje ishod koji je najbliži postojećoj lokaciji tragova.

Da bi se provjerile verzije (modeli) u vezi sa mehanizmom odvijanja krivičnog događaja, ili drugim spornim činjenicama, angažuju se eksperti i

³⁷ Sa adrese: <http://www.advancedlaserimaging.com/policing.php>, preuzeto 15. 3. 2017.

³⁸ Sa adrese: <http://www.advancedlaserimaging.com/policing.php>, preuzeto 15. 3. 2017.

³⁹ Howard, T.L.J., Murta, A.D., Gibson, S., *Virtual Environments for Scene of Crime Reconstruction and Analysis*, <http://www.cs.man.ac.uk/~toby/papers/spie.pdf>, Rad dostupan 20. 3. 2017.

vještaci različitih specijalnosti. Pored stručnjaka za kompjutersku obradu 3D fotografije, za vještake se angažuju i eksperti koji su specijalizovani za pitanja na koja se traži odgovor u datom slučaju (vještaci za balistička, autosaoobraćajna, sudskomedicinska vještačenja⁴⁰, itd.). 3D tehnike se uspješno koriste prilikom vještačenja utvrđivanja pravca ispaljenog projektila. Na primjer, u spornom slučaju sin je, svađajući se sa ocem, pucao u njega iz blizine. Optužnica ga je teretila za umišljajno ubistvo. On se branio da nije u pitanju umišljajno ubistvo, već slučaj. U toku svađe, dok je on držao pištolj u ruci, otac ga je gurnuo. Dok je padao leđima okrenut ka krevetu, slučajno je došlo do opaljenja iz pištolja. Jedna i druga verzija provjerene su kompjuterskim modeliranjem u 3D tehnici pri čemu su za na osnovu uzeti položaj čaure u sobi, putanja metka kroz tijelo (pravac ulazne i izlazne rane), visina jednog i drugog, međusobna udaljenost, položaj pištolja u ruci, udaljenost okrivljenog od kreveta na koji je navodno padao u momentu opaljenja. Izvještaj vještaka (da je okrivljeni bio u uspravnom položaju u momentu pucanja) sud je prihvatio prilikom donošenja konačne odluke.⁴¹

3D tehnike se primjenjuju pri vještačenju saobraćajnih nezgoda u SAD još od kraja devedesetih godina prošlog vijeka za šta je bilo specijalizovano nekoliko instituta na kojima su sačinjeni specijalizovani softveri za saobraćajna i trasološka vještačenja⁴² (procjena brzine, procjena putanje vozila, analiza i poređenje kolizionih oštećenja, nalijetanje na pješake).⁴³ 3D tehnologije olakšavaju i vršenje kompleksnih vještačenja (saobraćajnih, trasoloških i sudskomedicinskih⁴⁴) u kojima se vrši poređenje, sučeljavanje povreda na tijelu udarenog pješaka ili putnika u automobilu sa oštećenjima na vozilu (utvrđivanje mehanizma povređivanja, utvrđivanje mjesta na kome su sjedili pojedini putnici u momentu nastanka saobraćajne nezgode itd.). O primjeni 3D tehnologije u rekonstrukciji saobraćajnih nezgoda videti video-prezenta-

⁴⁰ O saradnji balističara i sudskomedicinskih vještaka u korišćenju 3D fotografije za vještačenje u slučajevima ubistva vatrenim oružjem vidjeti rad: Colard, T., Delannoy, Y., Bresson, F., Marechal, C., Raul, J.S. Hedouin, V., (2013). „3D-MSCT imaging of bullet trajectory in 3D crime scene reconstruction: Two case reports“, *Legal Medicine*, <http://dx.doi.org/10.1016/j.legalmed.2013.07.002>. Rad dostupan 20.3. 2017.

⁴¹ Ursula Buck, Silvio Naether, Beat Räss, Christian Jackowski, Michael Thali, (2013). „Accident or homicide – Virtual crime scene reconstruction using 3D methods“, *Forensic Science International* 225, 75–84.

⁴² O korišćenju 3D laserskog skenera pri vještačenju putanje projektila vidjeti video-prezentaciju na adresi: https://www.youtube.com/watch?v=fOnPIMgrN_M

⁴³ Sa adrese: <http://www.advancedlaserimaging.com/policing.php>, preuzeto 15. 3. 2017.

⁴⁴ Ursula Buck, Silvio Naether, Beat Räss, Christian Jackowski, Michael Thali, (2013). „Accident or homicide – Virtual crime scene reconstruction using 3D methods“, *Forensic Science International* 225, 75–84.

cije na adresama⁴⁵. 3D tehnike vještačenja dale su nov doprinos u sprovođenju trasoloških vještačenja jer su otvorila mogućnosti identifikacionih vještačenja tragova u tri dimenzije, za razliku od standardnih dvodimenzionalnih vještačenja. Njihovom primjenom sprovodi se identifikaciono vještačenje koje u obzir uzima i dubinu i oblik udubljenja traga (npr. dubina i oblik udubljenja utiska udarne igle na čauri, utisci kod tragova oruđa, itd.). Prezentiranja vještačenja na sudu uz primjenu 3D tehnologije olakšava rad sudskog vijeća, koje može da stekne realan utisak o činjeničnom stanju, baš kao i da se nalazi na njemu u toku vršenja uviđaja.⁴⁶ Sudovi u Velikoj Britaniji prihvataju dokaze fiksirane u 3D tehnologiji.⁴⁷

Rekonstrukcija krivičnog događaja, kao dokazna radnja u praksi nailazi na mnoge prepreke, prvenstveno zbog toga što od momenta izvršenja krivičnog djela pa do određivanja rekonstrukcije po pravilu prođe dosta vremena, te dolazi do promjene mjesta krivičnog događaja. Usljed zatrpanosti predmetima, nedovoljnosti resursa, organ postupka ne može sprovesti kvalitetnu rekonstrukciju krivičnog događaja, te je i primjetno da se u praksi sudova rijetko određuje izvršenje ove dokazne radnje, za razliku od uviđaja koji se gotovo uvijek sprovodi.

Ovaj problem u praksi može biti prevaziđen upotrebom moderne tehnologije – trodimenzionalne simulacije. 3D simulacija je moderna vizuelna tehnologija kojom se pomoću računarske trodimenzionalne tehnologije ostvaruje rekonstrukcija konkretnog krivičnog djela. Trodimenzionalna rekonstrukcija događaja omogućava pregledanje lica mjesta na osnovu skice lokacije, materijalnih tragova, izjava svedoka i drugih dokumenata, sačinjenih prilikom uviđaja nakon krivičnog djela. Iako je ideja i preporuka da se u praksi ova trodimenzionalna računarska tehnologija primjenjuje kod svih vrsta krivičnih djela, na našim prostorima se zasad primjenjuje kod simulacije saobraćajnih nezgoda i krivičnih djela kod kojih je došlo do upotrebe vatrenog oružja. Ovako izvršena rekonstrukcija trenutno ne predstavlja samostalnu dokaznu radnju, već svojevrsnu dopunu vještačenja, odnosno alat koji svakom vještaku omogućava lakši rad. Trodimenzionalna rekonstrukcija krivičnog događaja nije zamjena za klasičnu rekonstrukciju, međutim ima određenih prednosti u odnosu na nju, koje se ogledaju u mogućnosti prevazilaženja pre-

⁴⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=lbvxzMITWyg><https://www.youtube.com/watch?v=eA4Zn08UbKU><https://www.youtube.com/watch?v=HyS5bEOK7CU><https://www.youtube.com/watch?v=aQsJPKJypGg>

⁴⁶ Howard, T.L.J., Murta, A.D., Gibson, S. (1995). *Virtual Environments for Scene of Crime Reconstruction and Analysis*, <http://www.cs.man.ac.uk/~toby/papers/spie.pdf>

⁴⁷ Sa adrese: <http://www.advancedlaserimaging.com/policing.php>, preuzeto 15. 3. 2017.

preke nesaradnje okrivljenog u toku istrage, glavnog pretresa⁴⁸. U slučaju izmijenjenosti mjesta krivičnog događaja, moguće je na osnovu podataka iz spisa rekonstruisati mjesto događaja, u pogledu vremenskih i meteoroloških uslova postoji mogućnost simulacije različitih uslova osvjetljenosti i vidljivosti i dr. Osnovu trodimenzionalne rekonstrukcije predstavljaju materijalni tragovi uzeti sa lica mjesta. Ovi materijalni tragovi zajedno sa izjavama aktera krivičnog događaja i odgovarajućim procjenama predstavljaju ulazne podatke za ovaj softver. Upotreba trodimenzionalne simulacije zahtijeva vrhunsko vladanje određenim tehnologijama, među kojima su geodetske, kartografske, nelinearna montaža videa, 3D modelovanje, forenzičko-balističko ispitivanje, GSR analiza, kombinovana sudskomedicinska i balistička ispitivanja i dr.

Zaključak

Na osnovu sveukupnih kraćih prezentacija klasičnih i savremenih metoda i sredstava istrage, dokazivanja, sa isticanjem njihovih kvaliteta, ali i nedostataka, vidljivo je da se proces modernizacije može vršiti u kontekstu afirmacije kompjuterskih metoda u istrazi i cjelokupnom krivičnom postupku.

Tradicionalne istražne radnje na mjestu zločina i dalje imaju svoj neosporan značaj i mjesto, međutim, isto tako je neophodno dalje unapređivati prevaziđene segmente tzv. jedno dimenzionalnih, dvodimenzionalnih radnji, uz afirmaciju svih kompjuterskih animacija dinamičkog scenarija kriminalnog događaja.

Ova situacija se može najbolje analizirati kroz obradu jednog kriminalnog slučaja u primjeni radnji i sredstava istrage, koje su prezentovane u radu (uviđaj, rekonstrukcija događaja, kriminalističko-istražni eksperiment, vještačenje, 3D rekonstrukcija).

Poseban interes savremene istrage smatramo da ima afirmacija 3D fotografija koje polako postaju standardna tehnologija u policijskom radu, odnosno već se definiše kao "zlatni standard". Ona nije samo od značaja za kriminalističku policiju, već i druge policijske službe (zaštita i obezbjeđenje, kontrola saobraćaja, prevencija, treninzi, edukacija, policijsko školstvo).

Uvođenje 3D tehnologije u rad kriminalističke službe podrazumijeva nekoliko neophodnih koraka. Informisanost policijskog menadžmenta o savremenim tendencijama i mogućnostima nove tehnologije je prva faza cjelo-

⁴⁸ B., Simonović, op. cit., str. 329.

kupnog procesa modernizacije kriminalističkog postupanja u jačanju kapaciteta i kvaliteta prikupljenih dokaza i drugih činjenica u vezi sa zločinom.

U kontekstu navedenog neophodna je nabavka savremene tehnologije, prvenstveno laserskog skenera. U prvoj fazi primjene novih tehnologija mogu se obučiti nekoliko uviđajnih ekipa za primjenu, poslije čega bi se vršila periodična analiza doprinosa u kvalitetu istrage i dokazivanja krivičnih djela, učinilaca. Obuka kompjuterskih operatera/stručnjaka za korišćenje kompjuterskih programa u kojima se radi sa 3D fotografijama kod uviđajnih ekipa i operatera za rad sa 3D fotografijama moguće je realizovati preko međunarodne policijske saradnje, kao i samih proizvođača.

Literatura

- Aleksić, Ž., Škulić M., Žarković M., *Leksikon kriminalistike*, Beograd, 2004.
- Bevel, T. (1991). „Crime Scene Reconstruction“. *Journal of Forensic Identification*: 41(4).
- Bejatović, S., (2010). *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik Srbije.
- Bejatović, S., Škulić, M., Ilić, G., *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, 2013.
- Craig M. C. (2005). *Crime Scene Reconstruction*. <http://www.law-forensic.com/behavioral-evidence-analysis.htm>.
- Garrison, D. H. (1996). *Why Crime Scene Reconstruction does not Answer the why question?* www.crimesandclues.com
- Lee, H. (2001). *Crime Scene Handbook*. San Diego: Academic Press
- Krivokapić, V., *Kriminalistička taktika III*, Policijska akademija, Beograd, 1997.
- Lepir, M., *Značaj uviđaja kao kriminalističke radnje u krivičnoprocesnom pravu*, Pravni fakultet u Banjoj Luci.
- Matijević M,(2011). *Kriminalistički eksperiment – zaboravljena kriminalističko istražna radnja*, Naučnostručna konferencija, Zbornik radova, Dani Arčibalda Rajsa, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.
- Matijević M, (2011). *Rekonstrukcijom događaja se otkrivaju novi i provjeravaju postojeći dokazi*, Zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

- Marković, T. (1977). *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela – Kriminalistika*. Zagreb: Narodne novine
- Modly, D., Šuperina, M. (2008), „Kriminalistički sadržaj rekonstrukcije“, *Policija, sigurnost*. Zagreb
- Modly, D. (1990). *Organi unutarnjih poslova i primjena člana 154. ZKP-a*. Zagreb: MUP RH.
- Modly, D. (1999). *Metodika uviđaja*, Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka.
- Modly, D., Korajlić, N. (2002). *Kriminalistički rječnik*. Tešanj, Centar za kulturu i obrazovanje.
- Pavišić, B., Modly D., Veić P.(2006), *Kriminalistika*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb
- Pavišić, B. (2003). *Komentar zakona o kaznenom postupku*. IV izdanje. Rijeka
- Pavišić, B., Modly, D. i Veić, P. (2006). *Kriminalistika*. Knjiga 1. Zagreb: Golden marketing – Tehnička knjiga
- Radosavljević, Milinković A., „Rekonstrukcija krivičnog događaja u krivičnom procesnom pravu Republike Srbije“, *Pravne teme*, god. 3, Broj 6
- Roksić, R. (2014), *Komentar zakonika o krivičnom postupku sa obrascima, sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd
- Rynearson, J. (1998). *Evidence and Crime Scene Reconstruction*. 5. izdanje. National Crime Investigation and Training
- Simović M, (2011), *Krivično procesno pravo*, Internacionalna asocijacija kriminalista, Banja Luka.
- Simonović, B.(2004), *Kriminalistika*, Pravni fakultet, Kragujevac.
- Clemens, D. W. (1998). *The Art and Science Reconstruction for the Criminal Profiler*.
- Chisum, J. (1994). *Crime Scene Reconstruction: A Holistic View*. Oklahoma City: Annual ACSR Conference.
- Chisum, J. (1997). *The History of Crime Scene Reconstruction*. California: California, Association and Criminalistics Workshop.
- Saferstein, R. (1998). *Criminalistics. An Introduction to Forensic Science*. 6. izdanje. New Jersey: Prentice Hall.
- Vodinić, V. (1985). *Kriminalistika – otkrivanje i dokazivanje*. Teoretski i praktični kriminalistički i dokazni problemi. Tom I i II, Univerzitet Kiril i Metodije, Skopje

Šuperina, M. (2001). *Kaznenopravni položaj policijskih službenika tijela unutarnjih poslova u hrvatskom materijalnom kaznenom pravu*. Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu i MUP RH.

<https://www.youtube.com/watch?v=JTN5tKAqi1s>

<https://www.youtube.com/watch?v=TJgdmFs0NKg>

<https://www.youtube.com/watch?v=u7IQfuJPN-Y>

<https://www.youtube.com/watch?v=jHSIHpWTNKK>

<https://www.youtube.com/watch?v=3sBPTt1DZ0w>

<https://www.youtube.com/watch?v=ZhJNjXcT7XM>

<https://www.youtube.com/watch?v=Sav72l4qX7M>

<https://www.youtube.com/watch?v=Xc9VZkCr3v>

**Prof. Mile Matijević, PhD, Faculty of Law,
University of Business Studies, Banja Luka
Mladen Vuković, MA in Law,
Police Training Directorate of the Ministry of Interior, Banja Luka
Miladinovic Aleksandar, MA in Law,
Police Training Directorate of the Ministry of Interior Banja Luka**

A COMPARATIVE ANALYSIS OF CRIME SCENE INVESTIGATION

Summary

The crime scene is an inexhaustible choice of evidence which is necessary to find, fix, take over and process by using the methods and means of modern investigation. In the course of time, traditional investigative actions have been overcome and they now require the introduction of modern computerized methods that can more efficiently find both the facts and the circumstances, along with offering more fruitful prospects in the further investigation process, proving the criminal offense and the perpetrator. This paper presents actions that take place at the site of a criminal event, through theoretical analysis, and simulation (virtual) presentation. In this way, this paper

aims to point out the possibility of improving methods and means of investigation by introducing new methods and sequences (investigative experiment, 3D reconstructions), making all available evidence, facts and circumstances to be better used in the process of detection, clarification and proofing. In the simulation presentation of the paper, virtual / film processing of a criminal event will be performed in all investigative and evidencing activities, in order to compare the essential content from the evidence aspect (contributions to further investigation, proofing). This will contribute to a more dynamic, applicable and concrete investigative practice.

Keywords: *examination of the crime scene, reconstruction of events, investigative experiment, expertise, 3d expertise, detection, proving*

КОНТРОЛА ЗАХТЈЕВА ЗА ИЗДАВАЊЕ КАЗНЕНОГ НАЛОГА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОНИТОСТ

Др Раденко Јанковић*

Апстракт: Почетком XXI вијека радикално је измијењено наше кривичнопроцесно законодавство. Једна од најзначајних новина је увођење новог посебног кривичног поступка, поступка за издавање казненог налога. Њега су посљедњих деценија прихватила многа законодавства, између осталих законодавства свих држава насталих распадом бивше СФР Југославије. Иако се ради о релативно новом поступку, масовно се примјењује. Отприлике у половини оптужница јавни тужилац ставља захтјев за издавање казненог налога. Без икакве дилеме, ради се о изузетно ефикасном поступку који нам је донио бројне предности. Међутим, потпуно је јасно да он има и одређене недостатке. У којој мјери ће се показати лоше стране овог поступка највише зависи од тога на који начин ће судови вршити контролу тужилачког захтјева за издавање казненог налога. Судови су обавезни да контролишу његову уредност, законитост и оправданост. Овај рад покушава да одговори на питање како се у нашој пракси обавља та контрола, посебно како се контролише његова законитост, што би требало да буде релативно једноставно. Рад се заснива на ауторовом истраживању 5.208 захтјева за издавање казненог налога стављеним у оптужницама Окружног јавног тужилаштва у Бањој Луци у периоду од 2011. до 2016. године.

Кључне ријечи: захтјев за издавање казненог налога, неприхватање захтјева за издавање казненог налога, одбацивање захтјева за издавање казненог налога, контрола законитости захтјева за издавање казненог налога.

* Доктор кривичноправних наука, окружни јавни тужилац у Бањој Луци.

1. Увод

Сложени савремени друштвени односи произвели су најразличитије облике криминалног понашања, чиме се изашло из оквира тзв. „класичних деликата“. Свјedoци смо експанзије многих кривичних дјела нпр. против безбједности саобраћаја, привреде, кривичних дјела везаних за злоупотребе опојних дрога, појаве тзв. „компјутерског“ криминала. Пораст, али и усложњавање криминала за последицу неминовно има и квантитативно и квалитативно преоптерећење, како органа кривичног гоњења, тако и судова. Повећање „правосудног особља“ као контрамјера веома је ограниченог домета. Енормно повећање материјалних средстава за правосуђе, које је у таквим условима неопходно, за привреду било које земље је скоро неподношљиво. У Босни и Херцеговини (у даљем тексту БиХ), тиме и у Републици Српској (у даљем тексту РС) оно не само што није повећано, већ је смањено. Посљедњом реформом организације судова није смањен само број судова, већ је значајно смањен и број судија, посебно у првостепеним судовима.¹

Чини се да је једини одговор на повећање, али и усложњавање криминала увођење нових поједностављених кривичнопроцесних форми. Институти који омогућавају скраћење или брз завршетак кривичног поступка се „нападно шире”.² Међу њима је један од најважнијих казни налог. Њега су у посљедње вријеме прихватиле многе европске, али и ваневропске државе, тако да у одређеној мјери и за њега вриједи оно што се истиче за споразум о признању кривице, да је просто “преплавио” кривичнопроцесна законодавства и да се може говорити о “plea bargaining infection”. Између осталих, прихватиле су га и све државе настале распадом бивше СФР Југославије.

Нови кривичнопроцесни закони у БиХ донијели су више крупних новина, од којих је, без икаквог претјеривања, једна од најзначајних

¹ Independent Judicial Commission, *Коначни извјештај Независне правосудне комисије* (Сарајево, 2004), 102. наводи да је у БиХ у првостепеним судовима број судија смањен за 28%, а у РС за 35%. Као примјер може да послужи Основни суд у Бањој Луци, гдје је прије реформе у кривичном одјељењу радило 15 судија, након реформе 7–8 судија, а тренутно седам.

² Мирјан Дамашка, „О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, број 1/1997 (Загреб, 1997), 4; Страхинја Давидов, „Могућност ширења скраћеног кривичног поступка“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* број 1/2011, (Нови Сад, 2011), 4, наводи да експанзија поједностављених кривичнопроцесних форми представља актуелни тренд; Владо Сиротић, „Примјена начела сврховитости из чланка 175. Закона о казненом поступку“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* број 1/2006 (Загреб, 2006), 17, говори о „замаху“ консензуалних форми у кривичном поступку.

поступак за издавање казног налога. Он је на овим просторима први пут нормиран Законом о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ (у даљем тексту ЗКП БДБиХ) који је усвојен 23. 10. 2000. године.³ Дана 24. 1. 2003. године је усвојен нови Закон о кривичном поступку БиХ (у даљем тексту ЗКП БиХ).⁴ Нови Закон о кривичном поступку РС (у даљем тексту ЗКП РС) ступио је на снагу 1. 7. 2003. године⁵, а нови Закон о кривичном поступку Федерације БиХ (у даљем тексту ЗКП ФБиХ) 1. 8. 2003. године.⁶ Сви ови закони су у кривични поступак увели поступак за издавање казног налога који је у њима, осим мањих разлика, нормиран на исти начин.⁷ Када се ради о судској контроли захтјева за издавање казног налога, између њих нема никаквих разлика.

У нашој стручној јавности преовладава схватање да је увођење поступка за издавање казног налога било потпуно оправдано. Иако се он примјењује релативно кратко вријеме, наилазимо на схватања да је “положио испит” и да је његово увођење било оправдано, да је до сада дао добре резултате, да без обзира на мане преовладавају његове предности, да представља “правно освјежење у односу на раније неефикасно и бескрајно дуго процесуирање појединих кривичних предмета”, да у кривичним поступцима који су завршени издавањем казног налога нису уочене повреде права кривичнопроцесних субјеката, прије свега оптужених.⁸ Постоји и опрезнији приступ овом питању који полази од кратког временског периода његове примјене.⁹ Посебно је пракса објеручке

³ „Службени гласник БДБиХ“ бр. 7/2000. Пречишћени текст важећег ЗКП-а БДБиХ („Службени гласник БДБиХ” бр. 33/13 и 27/14).

⁴ Донесен је одлуком високог представника у БиХ бр. 100/03 којом је утврђена обавеза ентитета и БДБиХ да са њим ускладе своје законе. Објављен у “Службеном гласнику БиХ” бр. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09 и 72/13.

⁵ „Службени гласник РС“ бр. 50/03. Пречишћени текст важећег ЗКП-а РС (“Службени гласник РС“ бр. 53/12).

⁶ “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.

⁷ О разликама у поступку за издавање казног налога између појединих кривичнопроцесних закона који важе на територији БиХ видјети Раденко Јанковић, *Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине* (докторска дисертација), Бања Лука: Правни факултет, 2016, 113.

⁸ Дамјан Кауриновић, „Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању кривице и казни налог“, у зборнику *Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (Неум: Удружење судија у ФБиХ, 2004), 9.

⁹ Хајрија Сијерчић-Чолић, „Првих пет година Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине“, у зборнику *Decennium Mozartianense*, (Ријека: Правни факултет, 2008), 244 и 253, истиче да је у кратким временским оквирима непожељно, а и несигурно, упуштати се у

прихватила овај поступак. Наравно, треба се чувати неодмјерених хвалоспјева.

Основне предности поступка за издавање казног налога су економичност и ефикасност.¹⁰ Процесна економичност не подразумејева само минимум трошкова, већ и максимално остваривање циљева кривичног поступка са минимумом трошкова. Економичност кривичног поступка не смије бити само у функцији растерећења и појефтињења правосуђа и убрзања рада суда и тужилаштва, а при том на уштрб циља кривичног поступка, правилне примјене права. Принцип економичности кривичног поступка остварен је само под условом да је и при смањеним трошковима кривичног поступка донесена правилна и законита судска одлука.¹¹

Исто то важи и за ефикасност. Поједини аутори сматрају да је убрзање кривичног поступка његова основна сврха.¹² Брзину завршетка кривичног поступка треба посматрати као временски размак од његовог покретања до доношења правоснажне пресуде. Дужина трајања кривичног поступка постала је један од најважнијих критеријума за оцјену успјешности рада правосудних органа.¹³ Захтјев да окривљеном мора бити суђено у најкраћем могућем времену потиче још из времена просвјетитеља. Њега је касније преузело савремено право и сврстало у једно од основних права грађана.¹⁴ Спор и неефикасан кривични поступак у одређеној мјери охрабрује потенцијалне извршиоце кривичних дјела. Сазнање да ће вријеме “учинити своје” код неких, посебно недовољно формираних личности, може да буде одлучујуће на путу

расправе о оцјени вриједности нових законских рјешења које могу бити уопштене и кретати се у распону од констатације да су у одређеним сегментима постигнути задовољавајући резултати до закључка да је још много потребно учинити да би се унаприједила пракса.

¹⁰ Детаљније о предностима овог поступка видјети Раденко Јанковић, „Предности поступка за издавање казног налога“, у зборнику *Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске уније – стање у Босни и Херцеговини* (Бања Лука: Истраживачки центар, 2017), 209–234.

¹¹ Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме* (Нови Сад: Правни факултет, 2004), 73.

¹² Азра Милетић, *Основна начела главног претреса и методологија израде првостепене пресуде у кривичном поступку – Модул IV* (Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет, 2007), 68.

¹³ Драгомир Вукоје, „Нова законска рјешења која доприносе ефикасности кривичног поступка“, у зборнику *Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (Неум: Удружење судија у ФБиХ, 2004), 4, истиче да у последње вријеме правосуђе трпи велике критике изношењем теза о „спором правосуђу“, „предугом чекању на правду“ или у максими омиљеној код британских адвоката – „одгођена правда је укинута правда“.

¹⁴ Станко Бејатовић, „Радна верзија новог ЗКП Републике Србије и ефикасност поступања у кривичним стварима“, *Правна ријеч* бр. 29/2011 (Бања Лука, 2011), 487.

њихове криминалне дјелатности.¹⁵ Ефикасност кривичног поступка има двије компоненте: квантитативну, која означава временски размак од покретања до завршетка кривичног поступка, и квалитативну, која означава законитост кривичног поступка и правилност и законитост судске одлуке. Кривични поступак не смије бити спутан компликованим процесним формама када то није неопходно. Он се мора убрзавати, рационализовати и упрошћавати, али само под једним условом, да се не доведе у питање квалитет судске одлуке.¹⁶ Ефикасан је само онај кривични поступак у коме је у реално кратком временском интервалу у законито спроведеном кривичном поступку донесена правилна и законита судска одлука.¹⁷ Наравно, брз завршетак кривичног поступка и правилну и закониту судску одлуку није увијек лако ускладити.

Да би се и у поступку за издавање казненог налога дошло до правилне и законите пресуде, неопходна је квалитетна судска контрола захтјева за издавање казненог налога. Суд је обавезан да контролише овај захтјев, између осталог, и његову законитост. То је општеприхваћено у упоредном законодавству. То вриједи и за остале консензуалне кривичнопроцесне форме. Он на сличан начин контролише и споразум о признању кривице (чл. 246 ЗКП-а РС).

Један од приговора који се упућује поступку за издавање казненог налога је тај да је судска контрола приједлога за издавање казненог налога само формална.¹⁸ Истиче се да није довољно то што суд формално има задњу ријеч и одлучује да ли ће га или неће прихватити. Овај приговор доводи у питање спремност суда да врши стварну контролу приједлога за издавање казненог налога и њену дјелотворност.

¹⁵ Станко Бејатовић, „Јавни тужилац као субјекат ефикасности поступања у кривичним стварима“, у зборнику *Улога јавног тужиоца у правном систему са посебним освртом на проблематику ефикасности кривичног поступка и малољетничку делинквенцију* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2010), 191.

¹⁶ Младенка Говедарица, „Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске“, *Правна ријеч* бр. 15/2008 (Бања Лука, 2008), 193; Драгомир Вукоје, „Нова законска рјешења која доприносе ефикасности кривичног поступка“, у зборнику *Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (Неум: Удружење судија у ФБиХ, 2004), 3, истиче да разлози криминалне политике оправдавају брз завршетак кривичног поступка као „квантитативне компоненте ефикасности“ само под условом да то не утиче на доношење правилне и законите судске одлуке која се означава као „квалитативна компонента ефикасности“.

¹⁷ Станко Бејатовић, „Нови Законик о кривичном поступку Србије и успешност борбе против криминалитета“, *Правна ријеч* бр. 12/2007 (Бања Лука, 2007), 44.

¹⁸ Thaman Stephen, „Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases“, *Netherlands Comparative Law Association, Elektronic Journal of Comparative Law* vol. 11.3 (2007), 18, наводи да код казненог налога потпуно изостаје судска контрола или је она минимална.

Примјећује се да у пракси казнени налог постаје свакодневни институт који судије прихватају без већег провјеравања. Аутоматизам и рутина у прихватању предложене кривичне санкције доводе у питање независност суда.¹⁹ Таквом праксом се суд маргинализује.²⁰ Присталице консензуалних форми у кривичном поступку сматрају да суд ипак има довољно механизма за њихову контролу и да не треба унапријед претпостављати да ће они остати неискоришћени због тога што он није спреман да самом себи отежава посао. Истиче се да овакви приговори представљају одраз неповјерења у судски кадар на чије се људске и стручне квалитете данас мора све више рачунати.²¹ Истраживање је потврдило да су наведени приговори у великој мјери основани.

2. Контрола оптужнице

У нашем законодавству захтјев за издавање казног налога се ставља у оптужници (чл. 357 ст. 1 ЗКП-а РС). На рјешење по којем је он саставни дио оптужног акта наилазимо и у упоредном законодавству, нпр. хрватском, словеначком. Постоје и законодавства у којима се он не ставља у оптужном акту, мада и тада, иако представља самосталан поднесак, има карактер јавне оптужбе, нпр. њемачко, швајцарско, италијанско. Боље и практичније рјешење би било да он буде самосталан поднесак изван оптужнице и да се суду уз њу доставља. Када га суд или оптужени не прихвате, главни претрес води други судија који не треба да зна да је он и постојао због сличних разлога због којих не треба да зна да је постојао неприхваћени споразум о признању кривице. Према садашњем рјешењу, судија је упознат са неприхваћеним захтјевом јер је он саставни дио оптужнице. У нашој пракси утицај неприхваћеног захтјева је огроман, што је потпуно погрешно. Према истраживању у ОЈТ у Бањој Луци у више

¹⁹ Heinz Wofgang, „Der Schöne Scheindes Strafrechts“, Im Rahmendes Interdisziplinären Seminars „WasheitsozialeGerechtigkeit“? (Rumunija: Univerzitet u Konstanci, 2010), 19, наводи да пресуда у овом поступку представља само потврђивање санкције коју је предложио тужилац и да сва истраживања показују веома ниску стопу одбијања захтјева тужиоца за издавање казног налога од стране судије.

²⁰ Бранко Бркић, „Пресуда на захтјев странака у истрази“, *Хрватска правна ревија* број 1/2004 (Загреб, 2004), 3; Милојко Вучковић, „Нека питања везана за примјену казног налога“, у зборнику са стручног скупа казног одјела (Хрватска, Валбандон: Државно одвјетништво Републике Хрватске, 2006), 57, истиче да не жели доводити у питање предности казног налога, али да пракса упозорава на опасност од његове рутинске примјене.

²¹ Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме* (Нови Сад: Правни факултет, 2004), 218.

од 1/3 случајева неприхватања захтјева за издавање казног налога оптуженом се након завршеног главног претреса изриче потпуно иста кривична санкција која је била предложена, а није прихваћена.²²

У поступку за издавање казног налога судија одлучује о двије различите ствари о којима доноси двије посебне одлуке: 1. о постојању услова за потврђивање оптужнице; и 2. о постојању услова за прихватање захтјева за издавање казног налога. Непотврђивање оптужнице аутоматски значи и неприхватање захтјева јер је оптужница његов “темељ”. Међутим, неприхватање захтјева не значи непотврђивање оптужнице, јер судија може да потврди оптужницу, а да не прихвати захтјев. Логично је да он прво одлучује да ли су испуњени услови за потврђивање оптужнице. Ако нису, отпада потреба да одлучује о захтјеву. Судија одлучује да ли ће прихватити овај захтјев само онда када је већ потврдио оптужницу. Због тога није исправно, а ни логично рјешење по коме судија „након што се сагласи са захтјевом за издавање казног налога потврђује оптужницу“ (чл. 360 ст. 1 ЗКП-а РС). Временски слијед ових радњи управо је обрнут. У нашој пракси наилазимо на примјере из којих произлази да поједине судије не разликују одлуку о потврђивању или непотврђивању оптужнице од оне о прихватању или неприхватању захтјева за издавање казног налога.²³ Захтјев за издавање казног налога не мора дијелити судбину оптужнице. Да је овај захтјев самосталан поднесак произлази и из неких судских одлука у којима је исправно заузет став да се кривичне санкције и мјере морају предлагати искључиво у захтјеву за издавање казног налога, а не у образложењу оптужнице.²⁴

Захтјев за издавање казног налога везан је за оптужницу и његова судбина зависи и од њене судбине. Прије било какве контроле захтјева суд контролише оптужницу. Због тога је неопходно претходно се поза-

²² Истраживање аутора за период од 2011. до 2016. године, по коме је од 1.045 оптужених којима је изречена осуђујућа пресуда након неприхватања захтјева за издавање казног налога 377 оптужених (36,08%) изречена управо предложена кривична санкција. Подаци се односе на захтјеве за издавање казног налога стављене у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци, осим подручних канцеларија у Приједору и Мркоњић Граду.

²³ Нпр. рјешењем судије Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 132117 11 К од 23. 12. 2011. године одбијено је потврђивање оптужнице због тога што „она не пружа довољно основа за издавање казног налога“, што је разлог за неприхватање захтјева за издавање казног налога.

²⁴ Пресудом Окружног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 209349 16 Кж од 26. 1. 2017. године одбијена је жалба јавног тужиоца изјављена због тога што пресудом Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 209349 15 Кпс од 18. 5. 2015. године којом је издан казни налог није одузета имовинска корист прибављена извршењем кривичног дјела са образложењем да у захтјеву за издавање казног налога није предложено изрицање ове мјере, већ је то незаконито и супротно чл. 358. ст. 2. ЗКП-а РС предложено у образложењу оптужнице у дијелу „резултати истраге“.

бавити и контролом оптужнице. Обавезна судска контрола оптужнице је посљедица увођења јавнотужилачке истраге у кривични поступак.²⁵ И у упоредном законодавству постоји тенденција да се контрола оптужнице не препусти искључивој диспозицији странака. Обавезна судска контрола оптужнице треба додатно да заштити грађане од тешких посљедица које са собом носи вођење кривичног поступка.²⁶ Њену суштину чини испитивање оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес.²⁷ Она је истовремено и у функцији економичности и уштеда, пошто треба да онемогући неоправдане главне претресе који су у правилу дуготрајни и скупи.²⁸ Адекватна контрола оптужног акта омогућава консензуалне и поједностављене кривичне поступке, односно отвара могућност окончања кривичног поступка без вођења главног претреса.²⁹

Контрола оптужнице се у нашем законодавству не може сврстати ни у фазу истраге, ни у фазу главног претреса. Она се ни временски, ни функционално у њих не уклапа. Њу врши посебан судија, судија за претходно саслушање и треба је третирати као међуфазу кривичног поступка, као нпр. у њемачком или хрватском законодавству.³⁰ Концепцији „међуфазе“ упућују се одређени приговори. Један од најчешћих је да испитивањем основаности оптужног акта суд у суштини одлучује о „вјероватној кривици“ окривљеног прије него што је главни претрес и почео. Чињеница да је оптужни акт потврђен може у наредним фазама поступка у одређеној мјери проузроковати „поистовјећивање“ суда са оптужним актом. Овај приговор се може неутралисати аргументом да судија који одлучује о оптужном акту у истом предмету у правилу не учествује на главном претресу, чиме се осигурава његова неутралност.

²⁵ Милан Шкулић, *Критичка анализа неких одредби новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године – Нови законик о кривичном поступку Србије – Како је пропала реформа – Шта да се ради?* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2012), 67; Елизабета Ивичевић Карас и Дамир Кос, „Судска контрола оптужнице“, *Љетопис за казнено право и праксу* бр. 2/2011 (Загреб, 2011), 467.

²⁶ Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10/2009 (Београд, 2009), 346.

²⁷ Војислав Ђурђић, „Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије“, *Правни живот* бр. 9/2012 (Београд, 2012), 785 и 786.

²⁸ Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10 (Београд, 2009), стр. 345.

²⁹ *Ibid*; 346.

³⁰ Тадија Бубаловић, „Скраћени казнени поступци у хрватском казненом законодавству“, у зборнику *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима* (Београд, Мисија ОЕБС, 2013), 426.

Оптужница је поднесак и мора као и сви други поднесци да буде разумљива и да садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати. Због тога суд прво испитује њену уредност. Ако је неразумљива или не садржи све што је потребно, суд ће позвати јавног тужиоца да је у одређеном року исправи или допуни са упозорењем да ће је одбаци-ти ако тако не поступи. Како се овдје ради о судској одлуци, исправно и законито је да се то чини рјешењем.³¹ У нашој пракси се оптужница на исправак углавном враћа рјешењем,³² мада постоје и примјери у којима је то урађено дописом.³³ Постоји више примјера у којима је оптужница са захтјевом за издавање казног налога одбачена због тога што није исправљена или допуњена по захтјеву суда.³⁴ Одмах по пријему оптужнице судија испитује³⁵ да ли је суд надлежан,³⁶ да ли је дјело обухваћено амнестијом или помиловањем, да ли је наступила застарјелост кривичног гоњења и да ли постоје друге сметње које искључују кривично гоњење (чл. 243 ст. 1 ЗКП-а РС).

Приликом потврђивања оптужнице (чл. 243 ЗКП-а РС) судија проучава сваку њену тачку и доказе које је доставио јавни тужилац да би утврдио постојање основане сумње.³⁷ Раније се као спорно јавило питање да ли суд по службеној дужности цијени да ли су достављени докази прибављени на законит начин. По једном схватању, које је преовладало,

³¹ Марин Задрић, „Претходно саслушање – овлаштење и улога суда у поступку потврђивања оптужнице“, *Право и правда* бр. 1/2012 (Сарајево, 2012), 187.

³² Оптужнице са захтјевом за издавање казног налога су враћене на исправак нпр. рјешењем Основног суда у Приједору бр. 77 0 К 034614 11 К од 13. 10. 2011. године, Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 141470 12 Кпс од 17. 7. 2012. године, Основног суда у Прњавору бр. 78 0 К 023260 15 Кпс од 10. 3. 2016. године.

³³ Нпр. судија за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци је дописом бр. 71 0 К 078912 10 К од 7. 4. 2010. године вратио оптужницу на исправак.

³⁴ Нпр. рјешењем Основног суда у Приједору бр. 77 0 К 060791 14 Кпс од 24. 7. 2014. године оптужница је одбачена због тога што по захтјеву судије за претходно саслушање није допуњена у одређеном року навођењем бланкетне диспозиције која је у конкретном случају била обавезна, нити су достављени докази наведени у оптужници. У конкретном примјеру остављени рок од три дана је био изузетно кратак.

³⁵ Миодраг Симовић, *Практични коментар закона о кривичном поступку Републике Српске* (Бања Лука, 2005), 331, ову контролу оптужнице назива формалноправном.

³⁶ И у упоредном законодавству наилазимо на примјере изричитог прописивања обавезе суда да прије одлучивања о приједлогу за издавање казног налога провјери своју надлежност, па и тамо гдје се тај приједлог не ставља у оптужном акту нпр. у чл. 253 ст. 1 *Kriminaalmenetluse seadustik* (ЗКП-а Естоније).

³⁷ Симовић, *Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске*, 331, ову контролу оптужнице назива чињеничном; Борица Митић, „Подизање оптужнице (материјални услов и рок подизања), у зборнику *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитете* (Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), 188, овај услов за подизање оптужнице назива материјалним.

обавезно се водило рачуна о законитости доказа.³⁸ По другом, које је напуштено, законитост доказа се цијенила само по приговору оптуженог или браниоца, а никако по службеној дужности. И у већини других законодавстава прихваћено је рјешење по коме суд по службеној дужности води рачуна о законитости доказа приликом потврђивања оптужног акта, нпр. у хрватском. Одлука о потврђивању оптужнице доноси се ван рочишта, без присуства странака. Поједини аутори сматрају да је овакав начин судске контроле оптужнице неадекватан. Ту нема контрадикторности и о оптужници се одлучује само на основу доказа јавног тужиоца. То контролу чини рутинском и доводи до тога да се она скоро увијек потврђује.³⁹

Ако нису испуњени услови за потврђивање оптужнице, судија ће одбити све или поједине њене тачке рјешењем против кога јавни тужилац може поднијети жалбу. Поједини аутори сматрају да је овдје јавни тужилац непотребно двоструко фаворизован, јер поред права на жалбу има и право да подигне нову или измијењену оптужницу. Оно полази од тога да је он специјализовани државни орган који се професионално бави гоњењем учинилаца кривичних дјела, због чега му није потребна двострука законска заштита у случају погрешке у овој фази поступка. По њему, довољно је само право на подношење нове или измијењене оптужнице, а важеће рјешење успорава поступак.⁴⁰ Након одбијања свих или појединих тачака у оптужници, јавни тужилац може поднијети нову или измијењену оптужницу засновану на новим доказима. Иако је овдје употребљен израз “може”, сматра се да нова или измијењена оптужница “мора” бити заснована на новим доказима, јер је претходна и одбијена због тога што није утврђено постојање основане сумње.⁴¹

Форма потврђивања оптужнице није изричито одређена. О њој постоје три схватања. По првом, најједноставнијем и најпрактичнијем, оптужница се потврђује стављањем судског печата у њен горњи десни угао. Оно је доминирало у почетном периоду важења нових кривичнопро-

³⁸ Марин Задрић, „Одлучивање о оптужници“, *Правна ријеч* бр. 7/2006 (Бања Лука, 2006), 557; Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10/2009 (Београд, 2009) 353.

³⁹ Милан Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen* (IV) 2/2013 (Београд, 2013), 67.

⁴⁰ Дамјан Кауриновић, „Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривци као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини“, у зборнику *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима* (Београд, Мисија ОЕБС, 2013), 199.

⁴¹ Хајрија Сијерчић-Чолић, Малик Хациомерагић, Маринко Јурчевић, Дамјан Кауриновић и Миодраг Симовић, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини* (Сарајево: Вијеће Европе / Европска комисија, 2005), 616.

цесних закона у БиХ.⁴² Његовим прихватањем настаје проблем у случају када оптужница садржи више тачака, а не потврде се све. У том случају се предлаже да се оптужница потврди рјешењем.⁴³ По другом, оптужница се потврђује рјешењем. Оно полази од одредбе по којој се рјешењем одбија потврђивање оптужнице. Аналогijом се закључује да је то онда и форма за потврђивање оптужнице.⁴⁴ Његова варијанта су и примјери у којима је оптужница потврђена „одлуком“, при чему се не наводи о којој њеној врсти се ради.⁴⁵ У пракси наилазимо и на треће схватање по коме се о потврђивању оптужнице странке само обавјештавају посебним дописом уз поуку о праву на подношење претходних приговора.⁴⁶ Потврђивање оптужнице је судска одлука, због чега је једино исправно схватање оно по коме се то чини рјешењем.⁴⁷

Често се критикује начин на који се у нашој пракси потврђују оптужнице. Њихова контрола је компромитована јер судија за претходно саслушање изузетно ријетко одбија њено потврђивање. Због тога је настао израз “мухурање” или “штамбиљање” оптужнице. Сматра се да је узрок компромитације и чињеница да о претходним приговорима одлучује исти судија који је потврдио оптужницу.⁴⁸ Поједини аутори сматрају да би примјеренији модел контроле било контрадикторно рочиште за њено испитивање коме би присуствовале странке и бранилац.⁴⁹

⁴² Ово схватање заступају нпр. ОСЦЕ мисија у БиХ, „Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичном поступку који се примјењују у Босни и Херцеговини“, *Право и правда* бр. 17/2005 (Сарајево, 2005), 105; Дамјан Кауриновић, „Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривци као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини“, у зборнику *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима* (Београд, Мисија ОЕБС, 2013), 200.

⁴³ Сијерчић-Чолић, Хациомерагић, Јурчевић, Кауриновић и Симовић, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, 615; Дамјан Кауриновић, „Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривци као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини“, у зборнику *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима* (Београд, Мисија ОЕБС, 2013), 200.

⁴⁴ Ово схватање заступа нпр. Марин Задрић, „Одлучивање о оптужници“, *Правна ријеч* бр. 7/2006 (Бања Лука, 2006), 557; Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10/2009 (Београд, 2009) стр. 558.

⁴⁵ Нпр. на овакву праксу наилазимо код судије за претходно саслушање у Основном суду у Приједору који наводи да је на основу члана 243. ЗКП-а РС „одлучио да потврди оптужницу“.

⁴⁶ Нпр. ово схватање налазимо у пракси судије за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци.

⁴⁷ Детаљније о форми потврђивања оптужнице видјети: Раденко Јанковић, *Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине*, докторска дисертација, Бања Лука: Правни факултет, 2016, 171–174.

⁴⁸ Сеад Хоџић, „Нека актуелна питања кривично-процесног законодавства у Босни и Херцеговини“, *Право и правда* бр. 1/2010 (Сарајево, 2010), 226.

⁴⁹ Војислав Ђурђић, „Дисхармонија контроле оптужбе и јавнотужилачке истраге у кривичном поступку Србије“, *Правна ријеч* бр. 44/2015 (Бања Лука, 2015), 549, наводи да овакво рочиште не

Оптужница се обавезно потврђује и у поступку за издавање казног налога. У неким другим законодавствима је управо овај поступак изузетак од правила обавезне судске контроле оптужнице и она се спроводи само ако окривљени изјави приговор.⁵⁰ У традиционалном „мандатном“ кривичном поступку у правилу изостаје формална судска одлука којом се потврђује основаност превођења окривљеног у главни стадијум.⁵¹

У нашем законодавству постоји двострука контрола оптужнице. Поред потврђивања оптужнице, предвиђена је и могућност да оптужени и његов бранилац поднесу претходне приговоре против потврђене оптужнице (чл. 248 ЗКП-а РС). Овакво рјешење је занимљиво и са упоредног стајалишта.⁵² Овдје се ради о факултативној контроли оптужнице која се назива и страначком.⁵³ Поједини аутори критикују рјешење по коме се претходни приговори подносе против потврђене оптужнице истичући да је “нелогично“ и да је овдје „обрнут редослијед ствари“. Они сматрају да би било логично да се они подносе прије потврђивања оптужнице.⁵⁴ Таксативно је прописано шта се може истицати у претходним приговорима (чл. 248 ст. 1 ЗКП-а РС). Њима се: а) оспорава надлежност суда; б) истиче постојање околности које искључују кривично гоњење; в) указује на формалне недостатке у оптужници; г) оспорава законитост доказа; д) захтијева спајање или раздвајање кривичног поступка; и њ) оспорава одлука о одбијању захтјева за постављање браниоца због слабог имовног стања.

И површна анализа разлога због којих се претходни приговори могу поднијети указује на то да њима оптужени не може у потпуности ефикасно и дјелотворно нападати потврђивање оптужнице. Они се не могу поднијети из свих оних разлога због којих би се суштински могло нападати потврђивање оптужнице нпр. због тога што не постоји основана сумња да је оптужени учинио кривично дјело, што постоје осно-

би одуговлачило поступак, а да би било сигурнија основа за одлуку о оправданости и законитости оптужнице.

⁵⁰ Нпр. по чл. 524 ст. 4 ЗКП-а Хрватске у овом поступку се не потврђује оптужница.

⁵¹ С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, 371.

⁵² Драган Новосел и Матко Пајчић, „Државни одвјетник као господар новог претходног казног поступка“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 2/2009 (Загреб, 2009), 463.

⁵³ Марин Задрић, „Одлучивање о оптужници“, *Правна ријеч* бр. 7/2006 (Бања Лука, 2006), 559.

⁵⁴ Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10/2009 (Београд, 2009), 357 и 358; Тадија Бубаловић, „Новела Закона о казном поступку Босне и Херцеговине од 17. 6. 2008. године – позитивна рјешења и изневјерена очекивања“, *Право и правда* бр. 1/2009 (Сарајево, 2009) 436.

ви који искључују кривично дјело или кривицу.⁵⁵ Претходни приговори представљају веома рестриктивно и ограничено правно средство којим се напада одлука о потврђивању оптужнице. Они се по свом утицају никако не могу изједначити са евентуалним правом на жалбу против одлуке о потврђивању оптужнице. Због тога се у пракси релативно ријетко подносе.⁵⁶ Постоји схватање које иде још даље у критици начина на који су регулисани претходни приговори, по коме је цјелокупно њихово питање “несрећно” ријешено.⁵⁷ Разлоге због којих се могу изјавити претходни приговори свакако би требало проширити и омогућити да се њима оспоравају закључци о постојању основане сумње да је оптужени учинио кривично дјело које му је оптужницом стављено на терет и постојању кривичног дјела и кривице.

О претходним приговорима одлучује судија за претходно саслушање. Овдје се оправдано поставља питање његове непристрасности јер је управо он потврдио оптужницу. У теорији се критикује овакво рјешење са закључком да директно доводи у питање њихову дјелотворност.⁵⁸ Постоји и приједлог да се оно измијени и предвиди да о њима одлучује ванпретресно вијеће, чиме се би отклонила „противзаконитост“ постојећег рјешења.⁵⁹ Они се у пракси скоро никада не усвајају, због чега је право на њихово подношење потпуно обезвријеђено. Један од разлога таквог стања је чињеница да су одредбе које регулишу претходне приговоре непотпуне и непрецизне.

И у поступку за издавање казненог налога могу се поднијети претходни приговори. То значи да не постоји било каква разлика између одлучивања о оптужници у редовном кривичном поступку и у поступку за издавање казненог налога. Није нам познато ни једно друго законодавство које ту не прави разлике. Овакво рјешење није природно поступку за издавање казненог налога, који се одликује ефикасношћу

⁵⁵ Љиљана Филиповић, *Поступак оптужења и главни претрес – Модул II* (Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет, 2006), 80.

⁵⁶ Марин Задрић, „Претходно саслушање – овлаштење и улога суда у поступку потврђивања оптужнице“, *Право и правда* бр. 1/2012 (Сарајево, 2012), 247.

⁵⁷ Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10/2009 (Београд, 2009), 356 и 357.

⁵⁸ Дамјан Кауриновић, „Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривици као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини“, у зборнику *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима* (Београд, Мисија ОЕБС, 2013), 201; Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Правни живот* бр. 10/2009 (Београд, 2009), 358.

⁵⁹ Сеад Хоџић, „Нека актуелна питања кривично-процесног законодавства у Босни и Херцеговини“, *Право и правда* бр. 1/2010 (Сарајево, 2010), 227.

и економичношћу. Могућност претходних приговора сама по себи продужава овај поступак. Они су се у пракси показали неефикасним, јер се изузетно ријетко усвајају. Већину онога што може у њима да истакне оптужени може истаћи и у другим фазама кривичног поступка нпр. оспорити стварну надлежност суда, истицати околности које доводе до обустављања кривичног поступка, оспорити законитост доказа, предлагати спајање или раздвајање поступка. И поред тога, овакво рјешење није било предмет анализе теоретичара, нити је питање његове оправданости постављано од стране практичара. Претходни приговори не одговарају природи поступка за издавање казног налога и њих би из њега требало искључити.

3. Облици контроле захтјева за издавање казног налога

Након што суд обави контролу оптужнице и потврди је, прелази на контролу самог захтјева за издавање казног налога. Суд га обавезно контролише. Можемо разликовати контролу његове уредности, законитости и оправданости.

Прво се контролише уредност захтјева за издавање казног налога. Нема спора да је он поднесак. Због тога мора бити разумљив и садржавати све што је потребно да би се о њему могло одлучити. Уколико то није случај, суд ће јавног тужиоца позвати да га исправи или допуни. Јавни тужилац се обавјештава у чему се састоје недостаци и упозорава на посљедице пропуштања исправке или допуне. Уколико захтјев не буде исправљен или допуњен у року који је одређен, постоји претпоставка да је повучен и суд ће га рјешењем против кога је дозвољена жалба одбацити. Међутим, ако се недостатак не исправи на начин како је то суд тражио или се појави неки нови, захтјев се не може одбацити, већ се јавни тужилац поново поучава да га отклони.⁶⁰ Захтјев за издавање казног налога у пракси би требало скоро увијек да буде разумљив и да садржи све што је потребно да би се о њему могло одлучити јер га ставља јавни тужилац.

Суд не мора прихватити захтјев за издавање казног налога. Неприхватање захтјева (чл. 359 ЗКП-а РС) представља негативан став

⁶⁰ Одлука Врховног суда БиХ бр. Кж-219/84, наведена по Сијерчић-Чолић, Хадиомерагић, Јурчевић, Кауриновић и Симовић, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, 473.

суда о њему.⁶¹ Он се мора разликовати од “негативног става” према поднесеној оптужници јер не повлачи за собом одбацивање оптужнице. У овом случају “недостаци” се налазе у захтјеву, а не у оптужници.⁶² Када судија одлучи да не прихвати захтјев за издавање казненог налога са оптужницом поступа као да је поднесена на потврђивање, односно прелази се на редовни кривични поступак. У том случају су испуњени услови за потврђивање оптужнице, али нису за прихватање захтјева.

Законодавац употребљава два термина: “неприхватање” и “одбацивање” захтјева за издавање казненог налога. Поставља се питање да ли се ту ради о терминима са истим или различитим значењем и каква је њихов међусобни однос. Оно у нашој теорији није разматрано. Уколико се ради о терминима са истим значењем, никада их није добро употребљавати у истој одредби јер увијек постоји могућност одређених дилема код оних који примјењују закон. Уколико се ради о терминима са различитим значењем неопходно је одговорити на питање у чему се разликују. Захтјев се “одбацује” када: 1. постоји основ за спајање поступка; 2. ради се о кривичном дјелу за који се не може ставити; и 3. јавни тужилац затражи изрицање кривичне санкције или мјере која по закону није допуштена. Осим случајева у којима се захтјев „одбацује“ постоје још два случаја „неприхватања“ захтјева: 1. ако подаци у оптужници не пружају довољно основа за издавање казненог налога; и 2. ако се према подацима из оптужнице може очекивати изрицање неке друге кривичне санкције или мјере. Ако анализирамо разлоге који доводе до неприхватања захтјева, уочавамо да се термин “одбацивати” употребљава у оним случајевима у којима га судија не прихвата због формалних недостатака. За оне случајеве у којима се захтјев не прихвата из суштинских, мериторних разлога, није употријебљен термин “одбацивати”. Овдје термин “неприхватање” има шире значење од термина “одбацивање” и обухвата како случајеве у којима се захтјев одбацује из формалних разлога, тако и оне случајеве у којима се “не прихвата” због суштинских, мериторних разлога. Будућим измјенама и допунама ЗКП-а РС требало би за ове друге случајеве неприхватања захтјева употријебити термин “одбија”. Дакле, случајеви неприхватања захтјева за издавање казненог налога дијеле се на оне у којима се захтјев “одбацује” и оне у којима се “одбија”. Сматрамо да је законодавац имао у виду управо овакву подјелу.

⁶¹ Миодраг Симоновић, *Кривично процесно право – посебни дио* (Бања Лука: Comesgrafika, 2006), 246

⁶² Хајрија Сијерчић-Чолић, *Кривично процесно право. Књига II – Ток редовног кривичног поступка и посебни поступци* (друго измијењено и допуњено издање) (Сарајево, 2008), 166.

У случајевима у којима захтјев „одбацује“ суд утврђује његову „незаконитост“, а у онима у којима га „одбија“ „неоправданост“.

Једно од најважнијих питања у поступку за издавање казненог налога је како суд у пракси контролише захтјев за издавање казненог налога. Аутор је у ОЈТ у Бањој Луци спровео обимно истраживање, чији је један од циљева био да се установи како суд ту своју обавезу испуњава, односно да се утврди колико често суд не прихвата захтјев за издавање казненог налога и због којих разлога.

Одлуке суда о захтјевима за издавање казненог налога у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци⁶³

Година	Број лица према којима је стављен захтјев за издавање казненог налога	Број и проценат лица против којих је суд прихватио захтјев	Број и проценат лица против којих суд није прихватио захтјев
2011.	847	837 – 98,82%	10 – 1,18%
2012.	1.139	1.136 – 99,74%	3 – 0,26%
2013.	725	720 – 99,31%	5 – 0,69%
2014.	807	805 – 99,75%	2 – 0,25%
2015.	906	904 – 99,78%	2 – 0,22%
2016.	784	783 – 99,87%	1 – 0,13%
Укупно	5.208	5.185 – 99,56%	23 – 0,44%

Прије одлучивања о захтјеву за издавање казненог налога судија одлучује да ли ће или неће потврдити оптужницу у којој се он налази. У случају непотврђивања оптужнице, аутоматски се не прихвата ни захтјев за издавање казненог налога. Због тога је изузетно важно правити разлику између случајева у којима захтјев није прихваћен само због тога што је одбијено потврђивање оптужнице и оних у којима је оптужница потврђена, али сам захтјев није прихваћен. О правом неприхватању захтјева можемо говорити само у овој другој ситуацији. У пракси је она знатно рјеђа. Истраживање је показало да судови не прихватају мање од 1% захтјева за издавање казненог налога. Како непотврђивање оптужнице истовремено значи да није прихваћен ни захтјев за издавање казненог налога, у ове случајеве улазе и они у којима је судија одбио да потврди оптужницу. Они у ствари представљају огромну већину тих случајева. Случајеви у којима је суд потврдио оптужницу, а није прихва-

⁶³ Подаци се односе на захтјеве за издавање казненог налога стављене у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци, осим подручних канцеларија у Приједору и Мркоњић Граду, а добијени су истраживањем аутора непосредним увидом у предмете.

тио захтјев за издавање казног налога, представљају прави раритет. То се у предметима који су обухваћени истраживањем десило само у два од 23 случаја, насупрот 21 случаја у коме је захтјев није прихваћен због тога што оптужница није потврђена.

У оба та случаја суд је „одбио“ захтјев сматрајући да је предложена кривична санкција неадекватна, односно због тога што у тим случајевима захтјев није био „оправдан“. Ако је суд у само два случаја од 5.208 утврдио „неоправданост“ захтјева за издавање казног налога, потпуно је јасно да у пракси контрола његове „оправданости“ скоро да и не постоји. Како се рад првенствено бави питањем контроле „законитости“ овог захтјева, овдје се неће детаљније разматрати контрола његове „оправданости“.

4. Контрола законитости захтјева за издавање казног налога

Изричито су предвиђена три случаја у којима судија „одбацује“ захтјев за издавање казног налога. Он ће то учинити ако: 1. постоји основ за спајање поступка; 2. ради се о кривичном дјелу за које се таква захтјев не може поставити; и 3. јавни тужилац затражи изрицање кривичне санкције или мјере која по закону није допуштена. У свим овим случајевима суд утврђује да је захтјев незаконит. Истраживање је показало да ни у једном од 5.208 случајева обухваћених њиме суд није рјешењем „одбацио“ захтјев за издавање казног налога, односно ни у једном случају није утврдио његову незаконитост. Из оваквих података произлази да у пракси незаконити захтјеви за издавање казног налога практично и не постоје. Међутим, основано се може поставити питање да ли је то баш тако.

Одредба која предвиђа „одбацивање“ захтјева за издавање казног налога због постојања основа за спајање поступка позива се на читав члан који регулише спајање поступка. Утврђујући да ли постоји основ за спајање поступка као разлог за одбацивање захтјева суд испитује његову формалну исправност.⁶⁴ Спајање поступка регулисано је већим бројем одредаба (чл. 30 ЗКП-а РС). Оно долази у обзир у следећим случајевима: 1. ако је исто лице учинило више кривичних дјела; 2. ако је оштећени истовремено учинио кривично дјело према оптуженом; 3. ако је кривично

⁶⁴ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – посебни дио* (Бања Лука: Comesgrafika, 2006), 246.

дјело извршило више саизвршилаца; 4. ако поред извршиоца кривичног дјела постоји саучесник, прикривач, лице која је помогло учиниоцу послуже извршења кривичног дјела, као и лице које није пријавило припремање или извршење кривичног дјела или учиниоца;⁶⁵ Осим тога, суд може одлучити да се спроведе јединствен поступак и у случају када је више лица оптужено за више кривичних дјела, ако између њих постоји међусобна веза. У случају субјективног и објективног конекситета, по правилу се спроводи јединствен поступак и доноси једна пресуда. У случају мјешовитог конекситета јединствени поступак је само могућ и није обавезан. Он чак тада није ни правило, због тога што је непотребно спајање кривичних дјела у један поступак штетно. Ни у једном случају спајање није обавезно. Исто тако, суд може одлучити и да се спојени поступци раздвоје из важних разлога или разлога цјелисходности у односу на поједина кривична дјела или против појединих оптужених (чл. 31 ЗКП-а РС).

Спајање поступка као разлог за одбацивање захтјева за издавање казног налога веома је мало и површно разматрано у нашој теорији. Углавном се уопштено истиче да ће суд одбацивати захтјев за издавање казног налога ако постоји основ за спајање поступка, при чему се дубље не улази у ову проблематику. Рјешење по коме судија увијек одбацује овај захтјев ако постоји било који од основа за спајање поступка јесте најблаже речено проблематично. Постоји више случајева у којима је предвиђено спајање поступка и они су веома различити. Осим тога, спајање никада није обавезно и зависи од тога да ли је у конкретном случају цјелисходно. На то указује и могућност да се спојени поступци поново раздвоје. Због тога је неопходно анализирати различите случајеве у којима се предвиђа спајање поступка и одговорити на питање да ли је у сваком од њих оправдано одбацивати захтјев за издавање казног налога.⁶⁶

Треба истаћи да у нашој пракси судови прихватају захтјев за издавање казног налога када је оптуженом оптужницом стављено на терет више кривичних дјела извршених у стицају.⁶⁷ Сматрамо да је

⁶⁵ У свим напријед наведеним случајевима се у правилу спроводи јединствени поступак и доноси једна пресуда.

⁶⁶ Детаљније видјети, Раденко Јанковић, *Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине* (докторска дисертација), 183–185.

⁶⁷ Нпр. пресудом Основног суда у Бањој Луци бр. 071-0-К-07-000 581 од 4. 9. 2007. године издан је казни налог којим је изречена условна осуда у којој је утврђена јединствена казна затвора од седам мјесеци са роком провјеравања од једне године и шест мјесеци, пошто је претходно за кривично дјело фалсификовање исправе из чл. 377 ст. 2 КЗ РС утврђена казна затвора од шест

оваква пракса исправна. Овдје се ради о ситуацији у којој су поступци претходно већ спојени. Одредбе о спајању поступка имају у виду само случајеве у којима се воде одвојени поступци које треба спојити.

Одбацивање захтјева за издавање казненог налога по аутоматизму, поготово у неким ситуацијама у којима се предвиђа спајање поступка, може се показати неоправданим и супротним циљу и природи овог поступка. Циљ је да јавни тужилац захтијева издавање казненог налога увијек када су за то испуњени законски услови и када је то оправдано јер је редовни кривични поступак тада непотребан. Сматрамо да би будућим измјенама и допунама ЗКП-а РС овај разлог за одбацивање захтјева за издавање казненог налога требало избацити. Треба имати у виду да јавни тужилац није никада обавезан да стави захтјев за издавање казненог налога, па ни онда када су за њега испуњени сви услови. Он одлучује да ли је стављање захтјева оправдано или није. Коначну одлуку о његовом прихватању доноси судија. У ситуацијама у којима је предвиђено спајање поступка треба препустити оцјени јавног тужиоца, а затим и судије да ли је издавање казненог налога оправдано и сврсисходно. Посебно треба истаћи да овај разлог за одбацивање захтјева за издавање казненог налога не налазимо у упоредном законодавству.

Истраживање је показало да постоје примјери у којима је суд спојио поступак вођен по оптужници у којој је стављен захтјев за издавање казненог налога. Међутим, ни у једном од тих примјера суд рјешењем није одбацио захтјев за издавање казненог налога због спајања поступка, иако је изричито прописано да се то у том случају чини. У свим тим предметима је након спајања поступка заказан главни претрес без доношења рјешења о одбацивању захтјева за издавање казненог налога, али и без претходног изјашњавања оптуженог о њему.⁶⁸

Други разлог за одбацивање захтјева за издавање казненог налога постоји онда када је он стављен за кривично дјело за које се не може ставити. У том случају није испуњен један од основних, таксативно предвиђених услова за стављање захтјева по коме јавни тужилац може у

мјесеци, а за навођење на овјеравање неистинитог садржаја из чл. 381 ст. 1 КЗ РС казна затвора од два мјесеца, пресудом Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 121714 11 К од 23. 8. 2011. године је издан казнени налог којим је изречена условна осуда у којој је утврђена јединствена казна затвора од осам мјесеци са роком провјеравања од двије године, пошто је претходно за кривично дјело фалсификовање исправе из чл. 377 ст. 1 КЗ РС утврђена казна затвора од три мјесеца, а за проневијеру из чл. 348 ст. 1 КЗ РС казна затвора од шест мјесеци.

⁶⁸ Нпр. у предметима Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 122663 11 К и бр. 71 0 К 121387 11 К донесено је рјешење о спајању поступка, али не и рјешење о одбацивању захтјева за издавање казненог налога.

оптужници затражити од суда да изда казнени налог само за „кривично дјело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна као главна казна“. Испитујући постојање овог услова за издавање казног налога, суд испитује формалну исправност захтјева.⁶⁹ Одбацивање захтјева је у овом случају логично јер није испуњен један од основних, изричито прописаних услова за његово издавање. Сличан услов за прихватање захтјева за издавање казног налога познају и друга законодавства. Судија ће одбацили захтјев ако је стављен за кривично дјело за које је прописана казна затвора која прелази пет година. Поједини аутори заступају схватање да судија треба одбацили захтјев за издавање казног налога и ако утврди да је за кривично дјело за које је стављен прописана само казна затвора, а да истовремено за њега није прописана и новчана казна.⁷⁰ Оно заснива на помало неспретној законској формулацији по којој се захтјев може ставити само за кривично дјело за које је „прописана казна затвора до пет година или новчана казна као главна казна“. Ово схватање није прихватљиво, а није прихваћено ни у нашој судској пракси. У постојећој формулацији треба избацити ријечи „као главна казна“ као потпуно непотребне.

Провјера услова по коме се захтјев за издавање казног налога може ставити само за кривична дјела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна је једноставна и не би се смјело дешавати да судија прихвати захтјев који не испуњава овај услов. Међутим, истраживање је показало да у нашој пракси постоји више примјера у којима су судови прихватили и захтјеве који су стављени за кривично дјело за које је прописана казна затвора преко пет година. Такве захтјеве судови нису смјели прихватити и морали су их рјешењем као незаконите одбацили.⁷¹

⁶⁹ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – посебни дио* (Бања Лука: Comesgrafika, 2006), 246.

⁷⁰ Сијерчић-Чолић, Хациомерагић, Јурчевић, Кауриновић и Симовић, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, 833; Миодраг Бајић, *Скраћени кривични поступци – Модул IV* (Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет, 2006), 57.

⁷¹ Нпр. захтјеви за издавање казног налога ОЈТ у Бањој Луци стављени за кривично дјело тешка крађа из чл. 232 КЗ РС за које је прописана казна затвора од 1 до 8 година бр. Т13 0 КТ 0020043 14 од 22. 5. 2014. године који је судија у предмету Основног суда у Градишци бр. 72 0 К 043127 14 Кпс прихватио, али га касније није прихватио оптужени, бр. Т13 0 КТ 0029765 16 од 29. 2. 2016. године који је исти судија прихватио и донио пресуду којом је издан казнени налог бр. 72 0 К 056502 16 Кпс од 18. 5. 2016. године, бр. Т13 0 КТ 0022858 14 од 11. 9. 2014. године који је прихватио судија за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци у предмету бр. 71 0 К 199672 14 Кпс, али га није прихватио оптужени.

Приликом разматрања захтјева за издавање казненог налога судија мора обратити пажњу не само на правну квалификацију кривичног дјела, већ и на његов чињенични опис. Уколико из чињеничног описа кривичног дјела из оптужнице произлази друга правна квалификација по којој је за то кривично дјело прописана казна затвора тежа од пет година, судија треба и такав захтјев одбацити. Истраживање је показало да у пракси постоји више примјера у којима захтјев за издавање казненог налога прихваћен, иако је правна квалификација била погрешна, а по правилној се радило о кривичном дјелу за које се он не може ставити.⁷² И овакви захтјеви за издавање казненог налога се морају као незаконити одбацити.

Слични су и примјери у којима су судије захтјеве прихватале, умјесто да их одбаце због тога што се радило о тежем облику кривичног дјела, а не оном које је оптужено, за који се због прописане казне није могао ни ставити захтјев за издавање казненог налога нпр. прихваћено је више захтјева за издавање казненог налога стављених за кривично дјело недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја из чл. 399 ст. 1 КЗ-а РС, иако се радило о дјелу из ст. 2 за које је прописана казна затвора од 1 до 10 година, које постоји ако се ради о оружју, експлозивним материјама или муницији у већој количини или о оружју велике разорне моћи.⁷³ И овакви захтјеви за издавање казненог налога треба као незаконити да се одбаце.

⁷² Нпр. оптужницом ОЈТ у Бањалуци бр. Т13 0 КТ 0032635 16 од 19. 10. 2016. године оптуженом је стављено на терет да је „уз помоћ физичке снаге откинуо металну шипку за коју је био везан бицикл“ што је квалификовано као кривично дјело крађа из чл. 231 ст. 1 КЗ-а РС, иако се по правилној квалификацији ради о кривичном дјелу тешка крађа из чл. 232 ст. 1 тач. 1. КЗ-а РС за које је прописана казна затвора од 1 до 8 година. Судија за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци је у предмету бр. 71 0 К 247568 16 Кпс прихватио овај захтјев за издавање казненог налога; Оптужницом ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0009979 12 од 18. 8. 2015. године оптуженом је стављено на терет да је на бензинској пумпи узео робу у вриједности од око 100 КМ одбијајући да је плати, коју је ставио у своје возило паркирано испред пумпе, након чега се „физички сукобио“ са радником пумпе, што је погрешно квалификовано као кривично дјело „ситна“ крађа из чл. 231 ст. 2 КЗ-а РС, умјесто као тешка крађа из чл. 232 ст. 1 тач. 2 КЗ-а РС извршена на „дрзак начин“ или чак као разбојничка крађа из чл. 234 ст. 1 КЗ-а РС јер је оптужени затечен у крађи у намјери да украдене ствари задржи употребио силу против неког лица, за која кривична дјела је прописана казна затвора преко пет година. Захтјев је прихваћен, умјесто да буде одбачен и пресудом Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 213651 15 Кпс од 11.02. 2016. године издат је казнени налог.

⁷³ Нпр. по оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0029004 15 од 23. 12. 2015. године Основни суд у Прњавору је донио пресуду којом је издат казнени налог бр. 78 0 К 023526 16 Кпс од 4. 4. 2016. године, иако се радило о 1.000 метака различитог калибра, неколико различитих војничких пушака, неколико различитих бомби, експлозивној гранати, специјалном спорогорећем штапину, оптичком нишану и још много дијелова оружја.

Трећи разлог за одбацивање захтјева за издавање казног налога постоји онда када је јавни тужилац затражио изрицање кривичне санкције или мјере која по закону „није допуштена“, односно оне која се у овом поступку не може изрећи. И овај разлог за одбацивање захтјева постоји онда када није испуњен један од таксативно предвиђених услова за његово стављање по коме јавни тужилац може затражити од суда да изда казнени налог којим ће се оптуженом изрећи само изричито предвиђене кривичне санкције или мјера. Захтјевом за издавање казног налога јавни тужилац може тражити изрицање само сљедећих кривичних санкција: новчане казне која није већа од 50.000 КМ, условне осуде, мјере безбједности забрана вршења позива, дјелатности или дужности, мјере безбједности забрана управљања моторним возилом,⁷⁴ мјере безбједности одузимање предмета и мјере одузимање имовинске користи. Ниједна друга кривична санкција или мјера се не може изрећи казним налогом. Испитујући постојање овог услова за издавање казног налога судија испитује формалну исправност захтјева.⁷⁵

Израз кривична санкција или мјера „која по закону није допуштена“ није најпрецизнији. Овдје се може поставити питање да ли се под њим у смислу разлога за одбацивање захтјева за издавање казног налога подразумијевају само случајеви у којима је затражено изрицање кривичне санкције или мјере која се уопште не може изрећи у поступку за издавање казног налога нпр. казне затвора, судске опомене, новчане казне преко 50.000 КМ или долази у обзир шире схватање по коме се захтјев одбацује и онда када је затражено изрицање кривичне санкције или мјере која се начелно може изрећи у овом поступку, али су захтјевом повријеђене материјалноправне одредбе нпр. захтијевана је условна осуда у којој је утврђена казна затвора преко двије године или новчана казна, новчана казна која се не може изрећи ни примјеном одредби о ублажавању казне. У нашој теорији се заступа ово шире схватање, што је и исправно.⁷⁶ И контрола овог услова за прихватање захтјева за издавање казног налога је прилично једноставна, тако да у пракси не би требало да наилазимо на примјере у којима су прихваћени такви незаконити захтјеви.

⁷⁴ Ова мјера безбједности може се тражити захтјевом за издавање казног налога само по ЗКП-у РС и ЗКП-у БДБиХ.

⁷⁵ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – посебни дио* (Бања Лука: Comesgrafika, 2006), 246.

⁷⁶ Ово схватање заступа нпр. Бајић, *Скраћени кривични поступци – Модул IV*, 57. који у овај разлог за одбацивање захтјева за издавање казног налога убраја и случај када је затражено изрицање условне осуде са утврђеном казном затвора преко двије године или са роком провјеравања који је мањи од једне или већи од пет година.

Међутим, истраживање је показало да у пракси постоји више примјера у којима је у захтјеву за издавање казненог налога предложено изрицање кривичне санкције која се у овом поступку не може изрећи, а који су, умјесто да буду одбачени као незаконити, прихваћени. Постоје чак и примјери у којима је овим захтјевом предложена казна затвора, иако би требало бити општепознато да је она непримјерена поступку за издавање казненог налога.⁷⁷ То се односи и на судску опомену чије се изрицање не може тражити захтјевом за издавање казненог налога.⁷⁸ У неким примјерима, умјесто да се овакав захтјев рјешењем као незаконит одбаци, враћен је на исправак.⁷⁹ У поступку за издавање казненог налога могу се изрећи само три изричито предвиђене мјере безбједности. Остале у њему не долазе у обзир. Уколико се у захтјеву за издавање казненог налога предложи нека од осталих мјера безбједности, јасно је да га суд мора рјешењем као незаконит одбаци. Међутим, истраживање је показало да у пракси постоји више примјера у којима је захтјевом била предложена мјера безбједности која се не може изрећи казним налогом, а у којима су судови и такве незаконите захтјеве прихватили.⁸⁰

⁷⁷ Нпр. у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТПО 0015835 13 од 3. 7. 2013. године стављен је захтјев за издавање казненог налога у коме је предложено да се оптуженом изрекне уз новчану казну и казна затвора од три мјесеца. Судија за претходно саслушање Основног суда у Приједору је у предмету бр. 77 0 051313 13 Кпс дана 10. 7. 2013. године прихватио овакав захтјев и заказао рочиште за изјашњење о њему, иако га је морао одбаци, али га оптужени на рочишту није прихватио.

⁷⁸ Нпр. у оптужници ОЈТ у Бањој Луци – Канцеларија Приједор бр. Т13 0 КТ 0008166 16 од 1. 7. 2016. године стављен је захтјев за издавање казненог налога у коме је предложено изрицање судске опомене. Умјесто да овакав захтјев као незаконит одбаци, судија за претходно саслушање Основног суда у Приједору га је прихватио у предмету бр. 77 0 К 077409 16 Кпс дана 27. 7. 2016. године, али га на рочишту није прихватио оптужени, па само због тога није донесена пресуда којом се издаје казни налог.

⁷⁹ Нпр. у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0032420 16 од 10. 11. 2016. године стављен је захтјев за издавање казненог налога у коме је предложено изрицање јединствене казне затвора у трајању од пет мјесеци, пошто су претходно утврђене казне затвора за поједина кривична дјела. Судија за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци у предмету бр. 71 0 К 248731 16 Кпс, умјесто да овакав захтјев рјешењем одбаци, дописом је затражио од јавног тужиоца његову исправку наводећи које се све кривичне санкције могу тражити захтјевом за издавање казненог налога.

⁸⁰ Нпр. у захтјеву за издавање казненог налога стављеним у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0010604 12 од 28. 5. 2012. године предложена је мјера безбједности обавезно лијечење од зависности, бр. Т13 0 КТ 0015205 15 од 3. 6. 2015. године предложена је мјера безбједности обавезно психијатријско лијечење, бр. Т13 0 КТ 0027578 15 од 22. 9. 2015. године предложена је мјера безбједности забрана приближавања и комуникације са одређеним лицем. Умјесто да ове захтјеве као незаконите одбаци, судови су их прихватили. У прва два случаја Основни суд у Бањој Луци је пресудама бр. 71 0 К 144036 12 К од 13. 9. 2012. године и бр. 71 0 К 209114 15 Кпс од 12. 11. 2016. године издао казни налог којим је уз условну осуду изрекао предложене мјере безбједности. У трећем је судија за претходно саслушање Основног суда у Градишци у предмету

Контрола законитости захтјева за издавање казног налога обухвата и провјеру да ли су приликом предлагања кривичне санкције или мјере поштоване одредбе КЗ-а РС којима су оне прописане. Истраживање је показало да у пракси постоје десетине захтјева за издавање казног налога који су повриједиле те материјалне одредбе, а које су, умјесто да их одбаце као незаконите, судови прихватили.

Након измјена КЗ-а РС из 2013. године⁸¹ у условној осуди је могуће утврдити само казну затвора до двије године, али више не и новчану казну. Иако је од ове измјене протекао релативно дуг временски период, помало зачуђује да велики број јавних тужилаца и судија са њом није био упознат, поготово што о захтјевима за издавање казног налога углавном одлучују предсједници судова и шефови кривичних одјељења. Тај пропуст је проузроковао више десетина незаконитих захтјева за издавање казног налога којима је предложена условна осуда у којој је утврђена новчана казна, али и више десетина незаконитих пресуда којима је издан казнени налог и таква условна осуда изречена.⁸² Осим тога, истраживање је показало да постоје и десетине примјера у којима је таква незаконита условна осуда изречена у редовном кривичном поступку по завршетку главног претреса након неприхватања захтјева за издавање казног налога. Скоро је невјероватно да истраживањем није пронађен ни један примјер у коме је суд одбацио такав незаконит захтјев за издавање казног налога, па чак ни да га је као неуредан вратио на исправак јер по њему није могао поступити.

Суд мора одбацити и захтјев за издавање казног налога уколико су њиме повријеђене одредбе које регулишу изрицање јединствене казне за кривична дјела извршена у стицају. Истраживање је показало да у пракси постоје и примјери у којима тако није поступљено, већ је суд прихватио незаконите захтјеве.⁸³

бр. 72 0 К 053056 15 Кпс дана 23. 10. 2015. године прихватио захтјев, а није дошло до пресуде којом се издаје казнени налог само због тога што га није прихватио оптужени.

⁸¹ Чл. 12 Закона о измјенама и допунама Кривичног закона РС („Службени гласник РС“ бр. 67/13).

⁸² У 2015. години стављено је 37 таквих незаконитих захтјева за издавање казног налога, а у 2016. години 24.

⁸³ Нпр. у захтјеву за издавање казног налога стављеног у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0026624 15 од 9. 6. 2015. године предложено је изрицање јединствене новчане казне у износу од 300 КМ, иако су за оба кривична дјела извршена у стицају утврђене управо новчане казне од 300 КМ. Судија за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци је овакав, очигледно незаконит, захтјев прихватио дана 14. 9. 2015. године у предмету бр. 71 0 К 217244 15 Кпс и казао је рочиште за изјашњење оптуженог.

Истраживање је показало да у пракси постоје и примјери захтјева за издавање казног налога у којима је неизвршење утврђене казне у условној осуди условљено извршавањем посебних обавеза које нису предвиђене одредбама КЗ-а РС. Наиме, неизвршење казне утврђене у условној осуди може се условити само враћањем имовинске користи прибављене извршењем кривичног дјела, накнадом штете која је проузрокована извршењем кривичног дјела или неком посебном обавезом која је изричито предвиђена код неких кривичних дјела (чл. 46 ст. 2 КЗ-а РС). У оваквим случајевима суд је требало, умјесто да га прихвати, захтјев за издавање казног налога да одбаци као незаконит.⁸⁴

Правном лицу се може изрећи новчана казна која не може бити мања од 5.000 КМ, нити већа од 5.000.000 КМ.⁸⁵ У поступку за издавање казног налога новчана казна не може бити већа од 50.000 КМ. Дакле, казним налогом се правном лицу не може изрећи новчана казна која је мања од 5.000 КМ, нити она већа од 50.000 КМ. Уколико се захтјевом за издавање казног налога предложи правном лицу новчана казна изван овог оквира, суд га мора рјешењем одбацити као незаконит. Истраживањем је пронађен примјер у коме тако није поступљено.⁸⁶

Није спорно да се кривичне санкције могу изрицати само оптуженом, а не и трећем лицу. И поред тога што је то сасвим јасно истраживање је показало да постоје и примјери у којима је захтјевом за издавање казног налога предложено изрицање кривичне санкције, не само оптуженом, већ и лицу које није оптужено (свједоку). Овакав, очито незаконит захтјев, суд мора одбацити. Међутим, у пракси наилазимо и на примјере у којима то није учињено.⁸⁷

⁸⁴ Нпр. у захтјеву за издавање казног налога у оптужници ОЈТ Бања Лука бр. Т13 0 КТ 0017120 13 од 28. 10. 2013. године неизвршење утврђене казне у условној осуди условљено је извршењем обавезе оптуженог да у року од једног мјесеца преда концесионару у посјед некретнине, иако код кривичног дјела противправно заузимање земљишта из чл. 248 КЗ-а РС таква обавеза није предвиђена, бр. Т13 0 КТ 0023486 14 од 26. 1. 2015. године обавезом оптуженог да омогући нормално снабдијевање водом домаћинство оштећеног, иако код кривичних дјела самовлашће из чл. 397 КЗ-а РС и оштећење туђе ствари из чл. 249 КЗ-а РС таква обавеза није изричито предвиђена. Ови незаконити захтјеви су прихваћени пресудама Основног суда у Градишци бр. 72 0 К 037340 13 Кпс од 16. 12. 2013. године и Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 209442 15 Кпс од 29. 4. 2015. године, којима је издан казни налог и условљено неизвршење утврђене казне у условној осуди испуњавањем наведених обавеза.

⁸⁵ Чл. 135 ст. 1 КЗ-а РС.

⁸⁶ Захтјевом за издавање казног налога стављеним у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 00062219 12 од 26. 12. 2012. године предложено је правном лицу изрицање новчане казне у износу од 1.500 КМ. У предмету Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 160092 13 Кпс дана 11. 3. 2013. године судија за претходно саслушање је прихватио овај захтјев, при чему чак правно лице оптужницом није било ни оптужено.

⁸⁷ Захтјевом за издавање казног налога стављеним у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0

5. Рјешење о одбацивању незаконитог захтјева за издавање казног налога

Захтјев за издавање казног налога се у свим случајевима у којима је то предвиђено, а у којима је незаконит, одбацује рјешењем као формалном судском одлуком (чл. 359 ст. 2 ЗКП-а РС). Међутим, и поред недвосмислене одредбе у нашој пракси наилазимо на примјере у којима то није учињено рјешењем.⁸⁸ Рјешење о одбацивању захтјева мора бити писмено израђено и образложено, јер против њега јавни тужилац може поднијети жалбу. Постоји још један битан разлог због кога оно треба да буде образложено. Јавни тужилац има могућност да повуче оптужницу и да поднесе нови захтјев за издавање казног налога отклањајући разлоге због којих је дошло до одбацивања ранијег. Због тога он треба да зна због чега је његов захтјев одбачен.

Изричито је прописано да против рјешења о одбацивању захтјева за издавање казног налога жалбу може поднијети само јавни тужилац. Овдје се може поставити питање шта је са жалбом оптуженог и његовог браниоца, али и оштећеног. Оптужени и оштећени могу имати правни интерес за таквом жалбом. Њихов интерес може да буде да се оптуженом изрекне она кривична санкција или мјера коју је јавни тужилац тражио, односно да захтјев за издавање казног налога буде прихваћен. Правило је да против рјешења суда донесеног у првом степену странке, бранилац, али и лица чија су права повријеђена могу изјавити жалбу увијек када није изричито одређено да жалба није дозвољена (чл. 333 ст. 1 ЗКП-а РС). Воља законодавца је да против рјешења о одбацивању захтјева за издавање казног налога право на жалбу има само јавни тужилац. Међутим, он ово право изричито није искључио оптуженом,

КТ 0017385 13 од 21. 10. 2013. године предложено је изрицање мјере безбједности одузимање предмета (пушке) оптуженом, али и лицу које није оптужено у складу са чл. 62 ст. 2 КЗ-а РС. То је погрешно, јер ова одредба не прописује одузимање предмета од трећих лица, већ од оптуженог ако нису његова својина. Захтјев је прихваћен, умјесто да буде одбачен као незаконит и пресудом Основног суда у Котор Вароши бр. 73 0 К 017911 13 Кпс од 24. 12. 2013. године издат је казни налог којим је изречена ова мјера безбједности оптуженом, али и лицу које није оптужено (свједуку); и у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТПО 0015835 13 од 3. 7. 2013. године стављен је захтјев за издавање казног налога којим је предложено да се мјера безбједности одузимање предмета (таблета) изрекне оптуженом, али и свједуку. Судија за претходно саслушање Основног суда у Приједору је у предмету бр. 77 0 К 051313 13 Кпс дана 10. 7. 2013. године прихватио овакав незаконит захтјев, али га на рочишту није прихватио оптужени.

⁸⁸ Судија за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци је у предмету бр. 71 0 К 144099 12 Кпс одбацио захтјев за издавање казног налога стављен у оптужници ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0009873 12 од 31. 5. 2012. године, а да није донио било какво рјешење.

браниоцу и лицима којима су повријеђена нека права. Ако се оно жели дати само јавном тужиоцу, онда се мора осталим кривичнопроцесним субјектима изричито искључити. Само се на тај начин отклањају све дилеме и само је такво рјешење у складу са наведеном општом одредбом која регулише право на жалбу против било ког рјешења.

О жалби против рјешења о одбацивању захтјева за издавање казненог налога по изричитој одредби одлучује ванпретресно вијеће првостепеног суда⁸⁹ у року од 48 часова. Ово законско рјешење полази од тога да захтјев рјешењем одбацује судија за претходно саслушање. Међутим, ако се пође од тога да овај поступак по важећем законском рјешењу води „судећи“ судија, онда рјешење по коме о тој жалби одлучује ванпретресно вијеће првостепеног суда није у складу са општом одредбом по којој о жалби против његових рјешења одлучује другостепени суд (чл. 337 ЗКП-а РС). О овоме би свакако требало водити рачуна приликом будућих измјена и допуна ЗКП-а РС. Узгред, непотребно је и прописивати ко одлучује о жалби против рјешења о одбацивању захтјева за издавање казненог налога јер је општим одредбама о жалби против рјешења то питање ријешено. Рок за одлучивање о жалби против таквог рјешења од 48 часова је сувише кратак. Није спорно да поступак за издавање казненог налога треба завршити што брже, али за овако кратак рок не постоје оправдани разлози. У пракси је у овом року често веома тешко донијети одлуку.

6. Закључци

Суд је обавезан да контролише захтјев за издавање казненог налога, на сличан начин на који контролише и споразум о признању кривице. Та контрола обухвата провјеру његове уредности, законитости и оправданости. Овај рад трага за одговором на питање како наши судови испуњавају ову обавезу, посебно како контролишу законитост овог захтјева. Да би одговорио на њега, аутор је обавио истраживање у Окружном јавном тужилаштву у Бањој Луци, које је обухватило 5.208 захтјева за издавање казненог налога стављених у периоду од 2011. до 2016. године. Оно је показало да судови контролу законитости захтјева за издавање казненог налога, која је прилично једноставна, врше на та-

⁸⁹ По ЗКП-у БДБиХ о жалби против таквог рјешења одлучује Апелациони (другостепени) суд БДБиХ.

кав начин да је могуће закључити да она практично скоро и не постоји. Посљедица занемаривања ове обавезе, која је изричито прописана, јесте прихватање десетине незаконитих захтјева, који су морали бити одбачени. То је даље проузроковало десетине незаконитих пресуда којима је издан казни налог. Не треба посебно истицати шта за правосуђе значи тако велики број незаконитих пресуда које се више не могу исправити. Оваква пракса је у тој мјери забрињавајућа да представља знак за узбуну, посебно што ништа боља ситуација није ни код контроле оправданости захтјева за издавање казног налога. Проблем је још већи када се зна да о овом захтјеву углавном одлучују предсједници судова и шефови кривичних одјељења, судије које би морале да се истичу знањем и искуством. Резултати истраживања показују да је квалитет тужилачких и судских одлука на прилично ниском нивоу. Они показују и да је инсистирање на квалитету у нашем правосуђу остало само на ријечима, а да му у ствари никада није поклоњена права пажња. Нема дилема да нам је потребно ефикасно правосуђе, али оно истовремено мора бити и квалитетно. У супротном, његов ауторитет је значајно угрожен. Резултати овог истраживања могу да укажу и на нека друга питања која треба отворити. То је нпр. питање напредовања јавних тужилаца и судија јер су бројне незаконите тужилачке и судске одлуке управо дјело оних који су у међувремену отишли на више правосудне позиције, при чему неке чак указују и на непознавање основних института кривичног права. Оно неминовно доводи и до питања стручног усавршавања јавних тужилаца и судија. Потрошени су велики материјални и људски ресурси на формирање Центра за едукацију судија и јавних тужилаца, па се неминовно намеће питање његових резултата и начина рада. Овај рад открива евидентан проблем, а надлежним тијелима остаје обавеза хитног предузимања одговарајућих мјера за његово рјешење.

Литература

Књиге и чланци

- Бајић, Миодраг. *Скраћени кривични поступци – Модул IV*, Сарајево. Високи судски и тужилачки савјет БиХ 2006.
- Бејатовић, Станко. „Нови Законик о кривичном поступку Србије и успешност борбе против криминалитета“, *Правна ријеч* бр. 12/2007. Бањалука 2007.

- Бејатовић, Станко. *Јавни тужилац као субјекат ефикасности поступања у кривичним стварима*, у зборнику „Улога јавног тужиоца у правном систему са посебним освртом на проблематику ефикасности кривичног поступка и малољетничку делинквенцију“, Београд. Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије 2010.
- Бејатовић, Станко. „Радна верзија новог ЗКП Републике Србије и ефикасност поступања у кривичним стварима“а. *Правна ријеч* бр. 29/2011. Бањалука 2011.
- Бркић, Бранко. „Пресуда на захтјев странака у истрази“. *Хрватска правна ревија* бр. 1/2004. Загреб 2004.
- Бркић, Снежана. *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*. Нови Сад. Правни факултет 2004.
- Бубаловић, Тадија. „Новела Закона о казненом поступку Босне и Херцеговине од 17. 06. 2008. године – позитивна рјешења и изневјерена очекивања“. *Право и правда* бр. 1/2009, Сарајево 2009.
- Бубаловић, Тадија. *Скраћени казнени поступци у хрватском казненом законодавству*, у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд. Мисија ОЕБС 2013.
- Вукоје, Драгомир. *Нова законска рјешења која доприносе ефикасности кривичног поступка*, у зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“. Неум. Удружење судија у ФБиХ 2004.
- Вучковић, Милојко. *Нека питања везана за примјену казног налога*, у зборнику са стручног скупа казног одјела. Валбандон. Државно одвјетништво Републике Хрватске 2006.
- Говедарица, Младенка. „Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске“. *Правна ријеч* бр. 15/2008. Бањалука 2008.
- Давидов, Страхиња. „Могућност ширења скраћеног кривичног поступка“. *Гласник Адвокатске коморе Војводине* бр. 1/2011. Нови Сад 2011.
- Дамашка, Мирјан. „О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми“. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/97. Загреб 1997.

- Ђурђић, Војислав. „Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије“. *Правни живот* бр. 9/2012. Београд 2012.
- Ђурђић, Војислав. „Дисхармонија контроле оптужбе и јавнотужилачке истраге у кривичном поступку Србије“. *Правна ријеч* бр. 44/2015. Бањалука 2015.
- Задрић, Марин. „Претходно саслушање – овлаштење и улога суда у поступку потврђивања оптужнице“. *Право и правда* бр. 1/2012. Сарајево 2012.
- Задрић, Марин. „Одлучивање о оптужници“, *Правна ријеч* бр. 7/2006. Бањалука 2006.
- Ивичевић Карас, Елизабета. и Кос, Дамир. „Судска контрола оптужнице“. *Летопис за казнено право и праксу* бр. 2/2011. Загреб 2011.
- Јанковић, Раденко. *Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине (докторска дисертација)*. Бања Лука. Правни факултет 2016.
- Јанковић, Раденко. *Предности поступка за издавање казног налога, у зборнику „Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске Уније – стање у Босни и Херцеговини“*. Бања Лука. Истраживачки центар 2017.
- Кауриновић, Дамјан. *Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казнене налог, у зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“*. Неум, Удружење судија у ФБиХ 2004.
- Кауриновић, Дамјан. *Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривици као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини, у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“*. Београд. Мисија ОЕБС 2013.
- Мартинковић, Александра. „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“. *Правни живот* бр. 10/2009. Београд 2009.
- Милетић, Азра. *Основна начела главног претреса и методологија израде првостепене пресуде у кривичном поступку – Модул IV*. Сарајево. Високи судски и тужилачки савјет БиХ 2007.
- Митић, Борица. *Подизање оптужнице (материјални услов и рок подизања), у зборнику „Оптужење и други кривичноправни*

- инструменти државне реакције на криминалитете“. Златибор. Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу 2014.
- Новосел, Драган. и Пајчић, Матко. „Државни одвјетник као господар новог претходног казненог поступка“. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 2/2009. Загреб 2009.
- ОСЦЕ Мисија у БиХ. „Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичном поступку који се примјењују у Босни и Херцеговини“. *Право и правда* бр. 1/2005. Сарајево 2005.
- Сијерчић-Чолић, Хајрија. *Кривично процесно право, Књига II – Ток редовног кривичног поступка и посебни поступци* (друго измијењено и допуњено издање). Сарајево 2008.
- Сијерчић-Чолић, Хајрија. *Првих пет година Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине*, у зборнику „Decennium Moztanicensense“. Ријека. Правни факултет 2008.
- Сијерчић_Чолић, Хајрија. Хациомерагић, Малик. Јурчевић, Маринко. Кауриновић, Дамјан. и Симовић, Миодраг. *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*. Сарајево. Вијеће Европе/Европска комисија 2005.
- Симовић, Миодраг. *Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске*. Бања Лука 2005.
- Симовић, Миодраг. *Кривично процесно право – посебни дио*. Бањалука. Comesgrafika 2006.
- Сиротић, Владо. „Примјена начела сврховитости из чланка 175. Закона о казненом поступку“. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2006. Загреб 2006.
- Thaman, Stephen. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*. Netherlands Comparative Law Association, *Elektronic Journal of Comparative Law* vol.11.3. 2007.
- Филиповић, Љиљана. *Поступак оптужења и главни претрес – Модул II*. Сарајево. Високи судски и тужилачки савјет БиХ. 2006.
- Heinz, Wolfgang. *Der Schöne Scheindes Strafrechts, Im Rahmen des Interdisziplinären Seminars Washeitsoziale Gerechtigkeit?* Румунија. Univerzitet u Konstanci 2010.
- Хоџић, Сеад. „Нека актуелна питања кривично-процесног законодавства у Босни и Херцеговини“. *Право и правда* бр. 1/2010. Сарајево 2010.

Шкулић, Милан. *Критичка анализа неких одредби новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године – Нови законик о кривичном поступку Србије – Како је пропала реформа – Шта да се ради?* Београд. Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије 2012.

Шкулић, Милан. „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“. *Crimen* (IV) 2/2013. Београд 2013.

Прописи

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“ бр. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09 и 72/13).

Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“ бр. 53/12).

Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине („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).

Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник БДБиХ“ бр. 33/13 и 27/14).

Законик о кривичном поступку Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14).

Закон о казном поступку Хрватске (“Народне новине Републике Хрватске“ бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12 и 143/12, 56/13, 145/13 и 152/14).

Закон о kazenskem postopku Slovenije- пречишћени текст (“Урадни лист Републике Словеније“ бр. 32/12, 47/13 и 87/14).

Кривични закон Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“ бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15 и 40/15).

Кривични закон Републике Српске („Службени гласник РС“ бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13).

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“ бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 76/14).

Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине – пречишћени текст („Службени гласник БДБиХ“ бр. 33/13).

Kriminallmenetluseadustik – ЗКП Естоније, доступно на <http://www.riigiteataja.ee/akt/>.

Strafprozessordnung (StPO) – ЗКП Њемачке, доступно на <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt>.

Strafprozessordnung(StPO) – ЗКП Швајцарске из 2007. године, доступно на <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/>.

Codicediprocedurapenale – ЗКП Италије из 1988. године („Службени лист Италије“ бр. 250/88).

Radenko Jankovic, LLM

District Attorney at the District Attorneys Office Banjaluka

CONTROL OF REQUESTS FOR ISSUING A CRIMINAL ORDER WITH A SPECIAL EMPHASIS ON LEGALITY

Summary

At the beginning of the 21st century, our criminal procedural legislation was radically changed. One of the most important newspapers is the introduction of a new special criminal procedure, a procedure for issuing a criminal order. Over the decades, he has adopted many laws of all the rusts created by the disintegration of the former SFR Yugoslavia. Although this is a relatively new procedure, it is widely applied. In approximately half of the indictments, the prosecutor files a request for a criminal charge. Without any dilemma, this is an extremely effective procedure that has brought us many advantages. However, it is quite clear that he also has some disadvantages. The extent to which the bad faith of this procedure will indicate the most depends on the defendant how the courts will control the prosecution's request for the issuance of a criminal order. Courts are obliged to control its regularity, legality and justification. This paper attempts to answer the question of how to control our eu in our practice, especially as its legality

is controlled, which should be relatively simple. Ad is based on the author's research of 5208 requests for the issuance of a criminal order placed in the Sundays of the District Public Prosecutor's Office in Banja Luka in the period from 2011 to 2016.

Key words: *request for issuing a criminal charge, dismissal of a request for issuing a criminal order, control of the legality of the application for the issuance of a criminal charge. Procedure for issuing warrant.*

УДК: 343.163(497.6)

doi 10.7251/PR5217627B

Излагање са научног скупа

ODNOS TUŽIOCA I OSL POLICIJSKIH AGENCIJA U FAZI PROVOĐENJA ISTRAGE PREMA ZKP-U BIH

Dr Milorad Barašin*
Dr Aleksandar Faladžić**

***Apstrakt:** Važan segment krivičnopravnog reagovanja na sve vidove i oblike kriminaliteta svakako je odnos tužioca i ovlašćenih službenih lica (OSL) policijskih agencija u fazi otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela tj. zajednički rad i uspostavljanje što efikasnije saradnje. Kao zaštitnik javnog interesa javno tužilaštvo je vijekovima bilo i ostalo stub stabilnosti društva sa osnovnim zadatkom očuvanja javnog reda i mira, bezbjednosti i otkrivanja i procesuiranja osoba koje vrše zakonom zabranjene radnje, pred nadležnim sudovima. U realizaciji svoje misije javno tužilaštvo se oslanja na državne organe prinude, prije svega na policiju. Nesumnjivo je da saradnja policije i tužilaštva u najvećem stepenu do izražaja dolazi u fazi krivičnog postupka čiji je zadatak prikupljanje činjenica i dokaza kako bi one mogle biti prezentovane sudu, tj. u istrazi. Upravo pitanje uloge tužioca i policije u prethodnom postupku jedno je od osnovnih tema reformi savremenih krivičnih postupaka.*

Reformama krivičnih postupaka koje su sprovedene u državama kontinentalnog prava javni tužilac postao je „gospodar“ prethodnog postupka. Posebno je važno definisanje odnosa policije i tužilaštva u krivičnom zakonodavstvu BiH iz razloga njene strukture, broja tužilaštava i policijske organizacije, kao i nejedinstva krivičnog zakonodavstva, odnosno nepostojanja hijerarhijske subordinacije između institucija čiji je cilj primjena i postupanje prema krivičnom zakonodavstvu. Cilj nam je da izložimo probleme koji se u okviru ove djelatnosti javljaju kao i mogući način i modalitet njegovog prevazilaženja.

***Ključne riječi:** Zakon o krivičnom postupku, istraga, dokazivanje, krivično djelo, tužilac, OSL, policijske agencije, odnos, saradnja.*

*Tužilac Tužilaštva BiH.

**Šef Odjela za istrage i podršku svjedocima, Tužilaštvo BiH.

Uvod

Važan segment krivičnog pravnog reagovanja na sve vidove i oblike kriminaliteta svakako je odnos tužioca i ovlašćenih službenih lica (OSL) policijskih agencija u fazi otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela tj. zajednički rad i uspostavljanje što efikasnije saradnje. Svaka uređena društvena zajednica kao prioritetan zadatak mora imati razvoj ovih tijela krivičnog pravnog reagovanja kao i stvaranje uslova za njihovu uspješnu saradnju. Nastojanja usmjerena u ovom pravcu u posljednje vrijeme su veoma vidljiva kako sa strane pravne nauke tako i na polju djelovanja samih predstavnika policije i tužilaštva. Potrebu za usavršavanjem međusobne saradnje ovih tijela svakako nameću i sve složeniji vidovi manifestovanja kriminalnih aktivnosti.

Zajednički rad i koordinacija aktivnosti policije i tužilaštva postali su ključno i gotovo jedino sredstvo u pružanju otpora kriminalnim aktivnostima. O ovoj činjenici govori i jedan prost uvid u krivičnog procesne zakone u kojima se jasno može uočiti kolika je uloga ovih organa ponaosob kao i u međusobnoj saradnji. Jasno je vidljivo da niti tužilaštvo može bez policije niti policija može bez tužilaštva, odnosno da oni čine jedan jedinstven sistem djelovanja u suprotstavljanju kriminalitetu.

Kako bi se kvalitetno prikazala osnovna tema ovog rada, potrebno je analitički izvršiti prikaz procesnog položaja i struktura zadataka ova dva organa krivičnog gonjenja ponaosob i njihovu sinergiju, sa posebnim osvrtom na nadzor tužioca nad radom OSL policijskih agencija. Nesumnjivo je da saradnja policije i tužilaštva najviše do izražaja dolazi u fazi krivičnog postupka, čiji je primarni zadatak prikupljanje činjenica i dokaza kako bi one mogle biti prezentovane sudu, tj. u fazi istrage. Ovaj odnos u fazi istrage zavisi od nekoliko činilaca i faktora, a naročito od položaja i uloge suda i tužilaštva u istrazi, što se gotovo direktno odražava i na položaj policije u fazi istrage.

Posebno je važno definisanje odnosa policije i tužilaštva u krivičnom zakonodavstvu BiH zbog njene specifične organizacije tj. iz razloga njene strukture, broja tužilaštava i policijskih organizacija, kao i nejedinstva krivičnog zakonodavstva, odnosno nepostojanja hijerarhijske subordinacije između institucija čiji je cilj primjena i postupanje prema krivičnom zakonodavstvu. Krivičnog procesnim zakonima u BiH (ZKP BiH, ZKP RS, ZKP FBiH i ZKP BD) od 2003. godine uvedena su nova zakonska rješenja i postavljeni novi pravni instituti u cilju (ili sa namjerom) potrebe za unapređenjem efikasnosti krivičnog postupka na jednoj strani i zaštite univerzalno priznatih prava i slo-

boda čovjeka na drugoj strani. U odnosu na raniji krivični postupak najznačajnije promjene su učinjene upravo u izmijenjenoj ulozi subjekata krivičnog postupka.

Nužnost saradnje tužioca i OSL u istrazi proizlazi iz koncepta samih odredaba krivičnoprocesnih zakona, kao i stvarne potrebe za ovom saradnjom, jer bez njihove saradnje nije moguće efikasno realizovati istragu. Kod razmatranja pitanja koordinacije aktivnosti policije i tužilaštava, potrebno je istaći osnovni princip da je policija samostalni organ sa sopstvenom funkcionalnom organizacijom koji pripada izvršnoj vlasti u odnosu na tužilaštvo koje kao samostalan organ pripada pravosudnoj vlasti sa samostalnom funkcionalnom organizacijom, slijedom čega se procesni odnosi ovlašćenih subjekata ovih organa zasnivaju na njihovim pravima i obavezama određenim u krivičnoprocesnom zakonu BiH. Statusna pitanja ovih organa definisana su odgovarajućim zakonima o tužilaštvima na entitetskom i nivou zajedničkih institucija BiH, odnosno Zakonom o unutrašnjim poslovima na entitetskom nivou te Zakonom o Državnoj agenciji za istragu i zaštitu na nivou zajedničkih institucija BiH i sl.

Optužni model krivičnog postupka i načelo legaliteta kao osnov organizacije tužilačke funkcije

Od vremena kada je nastalo pa do danas, *javno tužilaštvo* predstavlja jednu od najvažnijih institucija od javnog interesa. Njegova uloga u društvu se mijenjala, poprimala različite forme i sadržinu ali su njegove bitne osobnosti sačuvane bez obzira na vrijeme ili prostor o kojem govorimo. Kao zaštitnik javnog interesa javno tužilaštvo je vijekovima bilo i ostalo stub stabilnosti društva sa osnovnim zadatkom očuvanja javnog reda i mira, bezbjednosti i otkrivanja i procesuiranja osoba koje vrše zakonom zabranjene radnje, pred nadležnim sudovima. U realizaciji svoje misije javno tužilaštvo se oslanja na državne organe prinude, prije svega na policiju. Javno tužilaštvo i policija, kao organ prinude u društvu, nosioci su takvih ovlašćenja čija primjena, bolje rečeno način primjene veoma često najbolje odslikava opšte stanje društva, naročito stepena njegove civilizovanosti i demokratičnosti.

Pojam modela krivičnog postupka u sistemu krivičnog zakonodavstva ima veliki značaj zbog činjenice da od njega, odnosno vrste modela koji se primjenjuje, zavisi veliki broj rješenja u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu. Najveći značaj ogleda se u položaju procesnih subjekata u krivičnom

procesnom pravu i njihova uloga u pojedinim fazama krivičnog postupka. Akuzatorski ili optužni model krivičnog postupka predstavlja najstariji oblik krivičnog postupka čiji prvi začeci se javljaju još u orijentalnom pravu. Ovaj vid postupka svoj najsavršeniji izraz dobio je u Engleskoj i drugim državama angloameričke tradicije, odakle je u XIX vijeku preuzet od većine država kontinentalne Evrope, gdje je uz određene promjene postao sastavni dio novog, mješovitog krivičnog postupka. Akuzatorski tip krivičnog postupka oblikovan je kao spor između dvije ravnopravne stranke pred sudom. Ovaj tip krivičnog postupka povezuje se sa načelom *nemo iudex sine actore* (nema postupka bez tužioca), odnosno pravilom da spor pred sudom pokreće tužilac (Sijerčić Čolić, 2005:19).

Krivični postupak je spor koji vode dvije potpuno ravnopravne stranke pred sudom od kojeg se traži da, na kraju, presudi koja je u pravu. Tužilac koji je u čisto optužnom postupku, po pravilu oštećeni, iznosi spor pred sud, određujući predmet i obim raspravljanja. Postupka bez tužioca nikako ne može biti, ne samo prilikom pokretanja, već i u cijelom njegovom toku. Tužilac snosi teret dokazivanja. Ako tužilac ne dokaže osnovanost svoje tužbe, sud će okrivljenog osloboditi optužbe (*actore non probante reus absolvitu*).

U različitim istorijskim periodima ulogu ovlašćenog tužioca obavljale su različite osobe. Transformacijama koje su se odvijale u akuzatorskom krivičnom postupku pojavljuje se poseban javni organ koji nastupa u ulozi tužioca.

Načelo legaliteta ustanovljava dužnost javnog tužioca da u slučajevima krivičnih djela za koja se goni po službenoj dužnosti preduzme krivično gonjenje tj. da ga započne i dalje održava u toku čim se za to ispune u zakonu predviđeni uslovi. Načelo legaliteta krivičnog procesnog prava treba dobro razlikovati od načela legaliteta ustavnog prava i istoimenog načela krivičnog materijalnog prava (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), koji imaju sasvim druga značenja (više: Grubač, 2008). Kao što prema načelu oficijelnosti pokretanje krivičnog postupka ne zavisi od volje oštećenog, tako prema načelu legaliteta krivičnog postupka, pokretanje krivičnog postupka ne zavisi od volje tužioca, tj. kad su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom, pokretanje postupka nije za tužioca samo mogućnost nego i dužnost (Vasiljević & Grubač, 2008). Princip zakonitosti ili legaliteta je vrhunsko, rukovodno, neprikosnoveno ili jednostavno – najvažnije načelo krivičnog zakonodavstva sa aspekta zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda (Čejović, 2005:80). Prema pozitivnom procesnom zakonodavstvu u BiH, tužilac je dužan preduzeti krivično gonjenje ako su ispunjeni zakonski uslovi, osim ako zakonom nije drugačije propisano.

Dakle, u zakonu propisanim slučajevima, tužilac nije dužan preduzeti krivično gonjenje (iako postoje dokazi da je izvršeno krivično djelo za koje se goni *ex officio* i ne postoje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje) jer ga zakon na to ovlašćuje (Sijerčić Čolić, 2005:21).

Postojanje osnova sumnje kao osnov aktivnosti tužioca u krivičnom postupku

Osnovnim propisima kojima se uređuje postupanje policijskih agencija u BiH, kao što su zakoni o unutrašnjim poslovima, Zakon o Državnoj agenciji za istrage i zaštitu – SIPA, kao jedna od osnovnih funkcija ovih agencija propisana je obaveza otkrivanja i sprečavanja vršenja krivičnih djela. U nadležnosti policije su poslovi javnog reda i mira, lična i imovinska sigurnost građana, kriminalitet, zaštita javnog poretka, kontrola državne granice, kontrola kretanja i boravak stranaca, itd. Kriminalistička policija otkriva krivična djela i njihove izvršioce, vodi istrage protiv počinitelja određenih krivičnih djela pod rukovodstvom tužilaštva. Pri tom, kriminalistička policija se koristi naučnim i tehničkim metodama i postupcima radi otkrivanja krivičnih djela i dokazivanja krivice izvršioca. Kriminalistička policija operativno istražuje kriminalne djelatnosti koje su izvršene, ali i sprečava izvršenje budućih planiranih i neplaniranih krivičnih djela.

U evropskom kodeksu policijske etike iz 2001. godine u članu 1 navedeno je da je osnovna svrha policije u demokratskom društvu vođenom vladavinom prava: održavanje javnog reda i mira, zaštita i poštovanje osnovnih ličnih prava i sloboda, posebno onih sadržanih u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, sprečavanje i borba protiv kriminala, otkrivanje kriminala i obezbjeđenje pomoći i servisnih funkcija građanstvu (Evropski kodeks policijske etike).

Policija ima veoma značajan zadatak u prevenciji najtežih oblika kriminala, jer svojim radom može da utiče na smanjivanje i/ili sprečavanje organizovanog kriminala. Uloga policije i tužilaštva je da kroz vršenje svojih ustavnih i zakonskih ovlašćenja razotkriju izvršioce krivičnog djela organizovanog kriminala.

Zakonita uloga policije u krivičnom postupku važna je iz dva razloga, prvo jer se na taj način povećava efikasnost rada u domenu preventivnog i represivnog djelovanja na polju suzbijanja kriminaliteta, a drugo jer se na

taj način sprečava zloupotreba službenog položaja i ovlašćenja od strane pripadnika policijskih struktura, te je stoga veoma značajno definisati sve oblike kontrole rada policijskih službenika, što je svakako i nadzor tužioca nad njihovim radom u fazi istrage.

Tužilac nema nikakvu funkciju u odnosu na postupanje policije i drugih agencija za sprovođenje zakona na otkrivanju krivičnih djela i suzbijanju kriminala do trenutka ustanovljavanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo. Do tog nivoa sumnje, odnosno izvjesnosti da je počinjeno krivično djelo, ne postoji obaveza obavještavanja tužioca od strane policijskih organa. Tužilac preduzima potrebne mjere na otkrivanju krivičnog djela isključivo na osnovu postojanja osnova sumnje da je krivično djelo izvršeno, o čemu ga najčešće obavještava policija (VSTS – Pravna, institucionalna i organizaciona analiza saradnje policije i tužilaca u krivičnim istragama, 2007).

U tom smislu osnovana sumnja je viši stepen sumnje zasnovan na prikupljenim dokazima koji upućuju na zaključak da je izvršeno krivično djelo. Dakle, postoje različiti stepeni sumnje u krivičnom postupku. Prema kriminalističkom iskustvu, sumnja u krivičnom postupku označava mogućnost da je izvršeno krivično djelo. U pravilu se naprijed navedeni nivoi sumnje ne mogu precizno definisati. Međutim, njihovo iskustveno određivanje od značaja je za subjekte i organe koji učestvuju u krivičnom postupku. S obzirom na to da sumnja o postojanju krivičnog djela predstavlja polaznu tačku krivičnog postupka, postoji i različiti stepeni sumnje u krivičnom postupku. Polaznu tačku predstavljaju osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo. U literaturi se osnovi sumnje označavaju kao oblik vjerovatnosti, koji se zasniva na određenim okolnostima, koje opet ukazuju na određene mogućnosti, postojanja krivičnog djela i neke osobe kao mogućeg izvršioca. Teorija osnovanu sumnju određuje kao viši stepen sumnje, koji se bazira na prikupljenim podacima i dokazima. Često se za ovaj oblik sumnje koriste nazivi: „sasvim dovoljna sumnja“, „ozbiljna sumnja“, „razumna sumnja“. Sadržaji naprijed navedenog oblika sumnji grade se iskustvom čovjeka i njegovom praksom. U pogledu navedenih sumnji postojanje osnova sumnje ocjenjuje tužilac koji naređuje sprovođenje istrage ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo i OSL koje preduzimaju potrebne mjere i radnje u slučaju saznanja o krivičnom djelu.

Odnos policije i tužilaštva u otkrivanju i dokazivanju krivičnih djela prema Zakonu o krivičnom postupku u BiH

Krivični postupak u BiH može se pokrenuti i provesti samo po zahtjevu nadležnog tužioca (princip akuzatornosti). Na taj način je nadležnost za provođenje istražnog postupka u cjelini data tužiocu, a on neka od tih ovlašćenja može prenijeti na OSL, koji postupaju pod njegovim rukovođenjem i nadzorom. Na taj način je tužilac od početka, od samog otkrivanja krivičnog djela, u situaciji da usmjerava istražni postupak i obezbijedi zakonitost pribavljanja dokaza, što mu opet omogućava efikasno podizanje optužnice i zastupanje na glavnom pretresu. Izmjenom uloge tužioca u odnosu na predreformski period krivičnog procesnog zakonodavstva u BiH, izmijenila su se i ovlašćenja OSL u istražnom postupku u pogledu validnosti dokaza koje pribave, naravno ako su pribavljeni na zakonit način, čime je značajno ojačan njihov položaj u istražnom postupku. Novi krivični postupak je sublimirao raniji pretkrivični postupak i prethodni krivični postupak u jednu jedinstvenu istragu, koju sprovodi, rukovodi i nadzire tužilac, kao izvorni nosilac istražnih ovlašćenja. S tim u vezi, ovakvo sublimiranje ranijeg pretkrivičnog i prethodnog krivičnog postupka omogućava tužiocu da od samog početka istrage obezbijedi zakonitost pribavljanja dokaza, odnosno njihovu formalnu ispravnost.

Opšta definicija ili pojam istrage prema krivičnoprocesnim zakonima u BiH, glase: “istraga obuhvata aktivnosti poduzete od strane tužioca ili OSL u skladu sa ovim zakonom, uključujući prikupljanje i čuvanje izjava i dokaza“ (ZKP BiH, član 20). Definisana je i uloga tužioca te njegova prava i obaveze u pogledu pokretanja i vođenja istrage „tužilac ima pravo i dužnost da, odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo, preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otkrivanja i provođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima OSL vezanih za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza“... te da „tužilac ima pravo da provede istragu u skladu sa ovim zakonom“ (ZKP BiH, član 35). Tužilac će uvijek donijeti odluku – naredbu o pokretanju istrage kad postoje osnovi sumnje da je krivično djelo učinjeno. Postojanje osnova sumnje bazni je preduslov za sprovođenje istrage. Donošenje naredbe o provođenju istrage ima izuzetno veliku važnost. Ova naredba sa jedne strane predstavlja odluku tužioca o postojanju osnova sumnje, dok sa druge strane predstavlja svojevršno planiranje istrage u njenoj početnoj fazi, te razradu istražne strategije i taktike koja će obezbijediti efikasno krivično gonjenje. O provođenju istrage donosi se naredba, koja sadr-

ži: podatke o učiniocu krivičnog djela ukoliko su poznati, opis djela iz kojeg proizlaze zakonska obilježja krivičnog djela, zakonski naziv krivičnog djela, okolnosti koje potvrđuju osnove sumnje za sprovođenje istrage i postojeće dokaze. U naredbi, tužilac će navesti koje okolnosti treba istražiti i koje istražne radnje treba preduzeti. Iz sadržaja naredbe o provođenju istrage jasno je vidljivo da je naredba o provođenju istrage usmjerena ka uspješnom i efikasnom vođenju istrage, pri čemu faktički sadrži dva dijela.

Prvi dio sadržaja naredbe o provođenju istrage odnosi se na osnov i predmet istrage i to izražen kao: “podatke o učiniocu krivičnog djela (ukoliko su poznati), opis djela iz kojeg proizlaze zakonska obilježja krivičnog djela, zakonski naziv krivičnog djela, okolnosti koje potvrđuju osnove sumnje za sprovođenje istrage i postojeće dokaze...” dok je drugi dio sadržaja usmjeren na planiranje i rukovođenje istragom izražen kao: „...u naredbi tužilac će navesti koje okolnosti treba istražiti i koje istražne radnje treba preduzeti.”

Prema tome, sadržaj naredbe o provođenju istrage ukazuje da tom naredbom tužilac istovremeno odlučuje o postojanju osnova za istragu, odlučuje o predmetu istrage, te odlučuje o načinu vođenja istrage (istražna strategija i taktika).

Prema važećim procesnim zakonima, propisano je da tužilac sam ocjenjuje da li je stanje stvari u istrazi dovoljno razjašnjeno da se može podići optužnica. To podrazumijeva razjašnjenje o kom se krivičnom djelu radi, ko je osumnjičeni za izvršenje krivičnog djela, te sa kojim dokazima se raspolaze. Ako zaključi da je stanje stvari dovoljno razjašnjeno, tužilac će podignuti optužnicu, naravno, ako za to postoji dovoljno dokaza.

Ukoliko utvrdi, nakon donošenja naredbe o provođenju istrage, da su provedene sve radnje dokazivanja, a da nema dovoljno dokaza da je osumnjičeni počinio krivično djelo, donijet će naredbu o obustavi istrage. Ukoliko nije donijeta naredba o provođenju istrage, a provedene su sve potrebne i moguće radnje dokazivanja, nakon podnošenja izvještaja od strane OSL donijet će naredbu o neprovođenju istrage. Nadalje, što je bitno napomenuti, optužnica se ne može podići ako osumnjičeni nije bio ispitan u postupku istrage.

Planiranje istrage važan je segment istražnog postupka od kojeg zavisi efikasnost istrage, i predstavlja neophodan korak za efikasno i uspješno sprovođenje istrage u skladu sa naredbom o sprovođenju istrage. Planiranje istrage moglo bi podrazumijevati postojanje nekoliko faza, koje bi mogle biti definisane npr. na sljedeći način:

- konstatovanje već poznatih činjenica i okolnosti, te poznatih neposrednih ili posrednih dokaza vezanih za eventualno krivično djelo i učinioša;
- postavljanje hipoteza – uspostavljanje teorije slučaja;
- procjena potrebe za primjenom eventualnih mjera za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog u postupku i uspješno vođenje krivičnog postupka (lišavanje slobode, određivanje pritvora i dr.);
- analiza i procjena činjenica i okolnosti koje je potrebno utvrditi u toku istrage;
- procjena i utvrđivanje radnji dokazivanja, tj. istražnih radnji kojima će se utvrđivati pojedine činjenice i okolnosti važne za krivično gonjenje;
- utvrđivanje radnji dokazivanja tj. istražnih radnji koje treba preduzeti, te da li je za neku od radnji potrebno tražiti sudsko odobrenje;
- određivanje konkretnih nosilaca pojedinih planiranih istražnih radnji;
- utvrđivanje redoslijeda izvođenja istražnih radnji;
- planiranje i postavljanje vremenskog okvira – rokova za svaku radnju dokazivanja – istražnu radnju pojedinačno i za sve istražne radnje zajedno;
- određivanje perioda i načina komunikacije subjekata koji učestvuju u istrazi.

Planiranje istrage potrebno je provesti u saradnji sa OSL koja su planirana kao nosioci istražnih radnji, te nakon obavljanja svake istražne radnje, tužilac kao svojevrсни koordinator i menadžer istrage od strane OSL mora biti obaviješten o njihovom provođenju i rezultatu, radi koordinacije, eventualnog dodatnog planiranja ili izmjena postojećeg plana u pojedinim ili svim njegovim segmentima. Pojedine složene istrage naročito krivičnih djela iz oblasti korupcije i privrednog kriminala, organizovanog kriminala, u pravilu treba da uključuju više subjekata OSL (policije, inspektora poreske uprave, budžetskih inspekcija te drugih eksperata iz pojedinih oblasti – vještaka itd.), jer samo na ovakav način istraga će ići u dobrom smjeru, te će se omogućiti pravovremeno fokusiranje na ključne elemente istrage. Pri tome je potrebno već tokom planiranja iskoristiti stručna znanja navedenih lica kako bi se sačinio plan istrage koji je fokusiran na ključne činjenice koje treba istražiti.

U tom cilju je poželjno već u samom planiranju izvršiti „podjelu rada“ i redoslijed izvođenja pojedinih istražnih radnji, kako bi svaka naredna istražna radnja kao podlogu imala već dobijeni rezultat prethodno provedenom istražnom radnjom. Izuzetno je važno odrediti vremensku dinamiku provođenja istrage, način komunikacije subjekata koji učestvuju u istrazi kako bi svi subjekti istrage pravovremeno raspolagali saznanjima do kojih se došlo u istrazi, te kako bi im ta saznanja poslužila radi uspješnijeg ostvarivanja njihovih zadataka.

U toku vođenja istrage neophodno je izvršiti analizu i procjenu rizika od uništavanja, sakrivanja dokaza ili ometanja istrage na drugi način, jer se u pojedinim istragama po pravilu radi o svojevrsnom konspirativnom i po istragu destruktivnom ponašanju izvršilaca i eventualnih saučesnika krivičnih djela, koja se čine u tajnosti, zbog čega je, koliko je to god moguće, potrebno izbjegavanje preranog preduzimanja istražnih radnji i mjera koje zahtijevaju sudsko odobrenje (izuzev u slučaju kada postoji ozbiljan rizik da će nepreduzimanje tih mjera dovesti do uništavanja ili sakrivanja dokaza). Stoga se u fazi planiranja prilikom utvrđivanja redoslijeda preduzimanja pojedinih istražnih mjera i radnji treba voditi računa o rizicima nestanka ili uništavanja dokaza ili izbjegavanja kompromitacije istražnog postupka i na druge načine.

Rukovođenje i nadzor nad istragom u nadležnosti je tužioca. Rukovođenje i nadzor nad istragom traje već od samog planiranja istrage pa do njenog okončanja, te predstavlja svojevrsni kontinuitet planiranja koje se ostvaruje kroz rukovođenje i nadzor tužioca. Rukovođenje podrazumijeva aktivnu ulogu tužioca u istrazi već od postojanja osnova sumnje da je učinjeno krivično djelo. Rukovođenje podrazumijeva aktivan odnos tužioca uz njegovo neposredno i aktivno učešće u planiranju i preuzimanju određenih istražnih radnji, analiziranje, sumiranje itd. Nadzor predstavlja pasivniji angažman tužioca u istrazi, u kojem tužilac inicijativu i dinamiku istrage prepušta OSL, nadzirući pri tom njihov rad u smislu njegove zakonitosti i efikasnosti i pomažući im u istom.

Rukovođenje istragom u prvom redu ima za cilj osmišljavanje i prilagođavanje istražne strategije i taktike, prilikom čega tužilac može odlučiti da određene istražne radnje obavi neposredno, a pojedine povjeri OSL. Redoslijed izvođenja istražnih radnji, kako je već rečeno, potrebno je odrediti već na samom početku istrage. Međutim, u toku same istrage, u zavisnosti od novonastalih momenata i saznanja, moguće je da će biti potrebno promijeniti taj redoslijed izvođenja istražnih mjera i radnji.

Rukovođenje, takođe, podrazumijeva održavanje redovnih i vanrednih

kontakata sa svim subjektima koji učestvuju u istrazi, pri čemu je korisno ustanoviti redovne sastanke sa svim subjektima istrage, na kojima će se iznositi rezultati provedenih istražnih radnji, problemi na koje se tokom istrage naišlo, te će se vršiti procjena dotadašnjeg stanja u istrazi i donositi odluke o daljim pravcima istrage i eventualnim novim istražnim mjerama i radnjama koje nisu bile planirane na početku istrage, a kojima bi bili prevaziđeni problemi nastali tokom istrage odnosno kojima bi istraga dobila na dinamičnosti i efikasnosti. Rukovođenje podrazumijeva i brigu o toku istrage, odnosno o vremenskim okvirima za provođenje pojedinih istražnih mjera i radnji, jer će samo na taj način istraga biti efikasna i uspješna, dok će njeni troškovi biti smanjeni, a materijalni i ljudski resursi biti najoptimalnije iskorišteni.

Rukovođenje i nadzor nad istragom ne treba shvatiti kao sputavanje kreativnosti OSL koja učestvuju u istrazi, nego upravo suprotno, OSL koja učestvuju u istrazi pod rukovođenjem i nadzorom tužioca moraju iskazati maksimalan stepen kreativnosti prilikom provođenja zadataka datih od tužioca. To je upravo razlog zbog kojeg ih i treba uključiti u osmišljavanje istražne strategije i taktike već od samog planiranja istrage pa do okončanja istrage.

Nadzor nad radom OSL se realizuje kroz razne procesne i druge aktivnosti kao što su:

- davanje stručne podrške kroz tumačenje krivičnih odredaba, kako materijalnog tako i procesnog krivičnog prava, te brizi o primjeni i zaštiti ljudskih prava građana u postupcima, a sve u cilju da se obezbijedi zakonitost cijelog toka istražnog postupka;
- tužilac izdaje potrebne naredbe i uputstva OSL u toku istrage, u smislu prikupljanja informacija i dokaza na zakonom dopušten način, kako bi isti bili pravno valjani u postupku pred sudom;
- tužilac učestvuje u potrebnim procesnim radnjama i drugim postupanjima u toku istrage, a koja se odnose na angažman OSL. Na primjer, nastupanje tužioca prema sudu temeljem zahtjeva OSL za preduzimanje određene mjere i radnje i slično. Isto tako, primjena posebnih istražnih radnji u smislu člana 116 ZKP BiH mora biti pod direktnim nadzorom i usmjeravana od strane tužioca.

Kako je navedeno, rad OSL, na bazi postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo, odvija se pod rukovođenjem ili nadzorom tužioca u kojim slučajevima te radnje imaju status istražnih radnji i mjera, a izjave i dokazi koje OSL pribave u toku takve istrage, pod uslovima koje propisuju zakoni o krivičnim postupcima u BiH, predstavljaju zakonit dokazni karakter. Objedinjavanjem prekrivičnog i prethodnog krivičnog postupka u jednu

jedinstvenu istragu, pod rukovođenjem ili nadzorom tužioca, uloga OSЛ u istražnom postupku je proširena sa inicijatora – podnosioca krivične prijave (po ranijem zakonu o krivičnom postupku) na aktivnog istražnog subjekta.

Međutim, uloga OSЛ u istražnom postupku ima određene specifičnosti koje proizlaze iz činjenice da OSЛ djeluju ne samo u istražnom postupku, na bazi postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo, nego je njihov redovan rad uglavnom regulisan i drugim propisima, odnosno njihove djelatnosti nisu isključivo istražnog nego su i operativnog karaktera. Aktivnosti OSЛ operativnog karaktera predstavljaju njihove redovne djelatnosti u okviru redovnih službenih dužnosti, prevencije, kontrole, obavještavanja, prikupljanja informacija itd.

U okviru tog svog operativnog rada OSЛ mogu prikupljati informacije od građana, ustanova i dr. i o tome sačinjavati službene zabilješke, operativne izvještaje, obavještajne izvještaje, podnositi prekršajne prijave, te provoditi određene upravne postupke.

Prema tome, ni u kom slučaju ne može se zanemariti važnost tzv. operativnog rada OSЛ koji u odnosu na istražni postupak ima karakter svojevrsnog pretkrivičnog postupka. Međutim, taj operativni rad OSЛ može rezultirati saznanjima o postojanju osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo, od kog momenta Zakon o krivičnom postupku BiH određuje njihove dalje postupke, mjere i radnje.

Одредбамa ЗКП BiH одређен је основ поступања OSЛ, те начин и рокови обавјештења тужоца. Тако је установљена разлика у поступању OSЛ у зависности од прописана казне за кривично дјело за које постоје основи сумње да је извршено. Наиме, регулисана је ситуација у случају постојања основа сумње да је извршено кривично дјело с прописаном казном затвора преко пет година, те је у тим случајевима одређена обавеза OSЛ да одмах по sazнанju за постојање основа сумње да је извршено кривично дјело обавјести тужоца и под његовим надзором предузме потребне мјере да се пронађе учинилац кривичног дјела, да се спријечи скривање или бјекство оsumнјиченог или саучесника, да се открију или сачувају трагови кривичног дјела и предмети који могу послужити као докази, те да се прикупе све информације које могу бити корисне у кривичном поступку.

Izuzetak od ovakve obaveze obavještavanja tužioca određen je u slučaju opasnosti od odlaganja kad OSЛ treba предузети све neophodne radnje radi izvršenja задатака те уједно поступати у цијелости у складу са законом о кривичном поступку, како би те radnje, предузете прије обавјештавања тужоца, имале validnu доказну снагу.

Takođe, ZKP BiH uređuje se način i osnov postupanja OSL u slučaju postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo za koje je zakonom propisana kazna zatvora do pet godina, u kom slučaju je OSL dužno da obavijesti tužioca o svim raspoloživim informacijama, radnjama i mjerama koje je preduzelo najkasnije sedam dana (ZKP BiH, ZKP BD i ZKP FBiH), odnosno tri dana (ZKP RS) od dana saznanja o postojanju osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo.

Shodno navedenom, proizlazi da OSL u slučaju spoznaje o osnovama sumnje da je izvršeno krivično djelo, nije dužno čekati naredbu tužioca o provođenju istrage, nego je dužno preduzeti sve gore navedene radnje u cilju otkrivanja i rasvjetljavanja krivičnog djela i njegovog počinioca, s tim da te radnje mora preduzimati pod nadzorom tužioca, koje mora početi odmah po saznanju da je izvršeno krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora do pet godina, odnosno sedam dana (tri dana prema ZKP RS) od dana saznanja za postojanje osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo. Shodno ovakvom zakonskom rješenju postavlja se pitanje izvornih istražnih ovlašćenja u krivičnom postupku, odnosno postavlja se pitanje da li se ovdje radi o izvornom ovlašćenju OSL za provođenje istrage. U odgovoru na ovo pitanje u svakom slučaju ne smije se zanemariti nadzorna uloga tužioca i u ovakvim situacijama. Razlike u ciljevima tužilaštva i policije očituju se i u tome što tužilac želi da dobije kvalitetan izvještaj kako bi na osnovu njega mogao donijeti tužilačku odluku. Sa druge strane, cilj policije je otkrivanje krivičnog djela i učinioaca, te sakupljanje podataka koji daju osnova za podnošenje prijave.

Policija sakuplja podatke kako bi sakupila dovoljno osnova za podnošenje krivične prijave, dok tužilac suprotno tome ocjenjuje sadržaj krivične prijave, sa analizom da li je dokumentacija koja je dostavljena uz krivičnu prijavu dovoljna za pokretanje postupka. Veoma često se osnovni oblik ispoljavanja neslaganja između policije i tužilaštva javlja baš u ovom dijelu krivičnog postupka. Osnovna specifičnost je ta da tužilac i policija do trenutka podnošenja krivične prijave rade zajedno, ali od tog trenutka tužilac je sam, on je odgovoran za uspjeh postupka. Pomenuto jasno ukazuje na značaj koji u određenom dijelu krivičnog postupka dobija tužilac iz razloga preuzimanja odgovornosti za ishod krivičnog postupka (VSTV – Pravna, institucionalna i organizaciona analiza saradnje policije i tužilaca u krivičnim istragama, 2007).

Sastavljanje izvještaja predstavlja aktivnost u kojoj bi trebalo da postoji intenzivna saradnja između policije i tužioca. Ta saradnja podrazumijeva za-

jedničku ocjenu svih činjeničnih okolnosti neophodnih za utvrđivanje tačne pravne kvalifikacije krivičnog djela, ali i zajedničku ocenu prikupljenih dokaza. Uključivanje tužioca u sastavljanje izvještaja o počinjenju krivičnog djela protiv poznatog izvršioca omogućava tužiocu brže donošenje tužilačke odluke, s obzirom na to da je učestvovao u njenom nastanku i time imao mogućnost da se upozna sa konkretnim slučajem.

Saradnja tužilaštva i policije povodom konkretnog krivičnog djela ne bi trebalo da se okonča u trenutku podnošenja izvještaja, već bi ta saradnja trebalo da postoji i u toku trajanja cjelokupnog krivičnog postupka, a radi blagovremenog reagovanja tužioca na izmjenu postojeće situacije na glavnom pretresu. Kvalitet sadržaja izvještaja OSL upravo zavisi od kvaliteta provedene kriminalističke obrade. Ona je usko vezana i uz količinu i kvalitet dobijenih odgovora – dokaznih informacija na zlatna pitanja kriminalistike. Potpuniji odgovori na ova pitanja obezbjeđuju kvalitetniji sadržaj izvještaja. Naime, sadržaj izvještaja OSL mora biti takav da nadležni tužilac na osnovu njega može donijeti neku od sljedećih odluka:

- odbacivanje izvještaja,
- vraćanje izvještaja na dopunu,
- donošenje naredbe o provođenju istrage, ili
- podizanje optužnice.

U pripremanju strategije istrage jasni parametri se moraju utvrditi i dogovoriti između tužioca i policijskog rukovodioca istražnog tima koji postupaju po predmetu. Mora postojati veliki stepen povjerenja i profesionalnog ophođenja između tužioca i OSL. Ovo omogućava da istraga brzo napreduje i to sa velikom efikasnošću i u duhu zakona.

Odnos tužioca i policije i nadzor tužioca u kriminalističkim istragama nije odnos vlasti podređenosti već je tužilac dužan po zakonu da svojim formalnim radnjama omogući OSL zakonito vođenje istrage odnosno da tužilac svojim intervencijama spriječi nezakonite radnje u istrazi.

Tok istrage po važećim zakonima o krivičnom postupku u BiH

Koordinaciju policije i tužilaštva u istragama krivičnih djela za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina možemo definisati u tri procesne situacije, i to:

1. početak toka istrage u kojoj je prijava krivičnog djela podnesena policiji;

2. početak toka istrage u kojoj je prijava krivičnog djela podnesena tužilaštvu; i
3. tok istrage krivičnog djela kod nepoznatog počinioca.

I – Procesna situacija početka toka istrage u kojoj je prijava KD podnesena policiji

Po važećem krivičnoprocesnom modelu, policija koja kriminalistički obrađuje predmet i utvrđuje osnov sumnje da je počinjeno krivično djelo, nije obavezna sačiniti i dostaviti krivičnu prijavu tužiocu kao po ranijem sistemu, već kad utvrdi postojanje osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo u svim njegovim bitnim elementima, obavezna je službeno obavijestiti tužioca.

U procesnoj situaciji kada policija primi prijavu krivičnog djela od strane građanina, dužna je u neformalnom postupku, radi obavještavanja tužioca o osnovama sumnje, provesti odmah postupak prikupljanja obavještenja i o prijavi građanina sa službenim zabilješkama i utvrđenim osnovama sumnje obavijestiti tužioca, bez da je prethodno „golu“ prijavu dostavljala tužiocu. Policija radi izvršenja zadataka iz svoje nadležnosti ima pravo i dužnost da prikupi potrebna obavještenja radi obavještavanja tužioca o osnovama sumnje o postojanju krivičnog djela i u situaciji u kojoj službena i odgovorna lica u organima vlasti, javnim preduzećima i ustanovama izvršavajući svoju obavezu prijavljivanja krivičnog djela, obavijeste o krivičnom djelu policiju a ne tužilaštvo. Policija će takođe bez prethodnog prosljeđivanja ovakve prijave tužilaštvu, odmah prikupiti informacije i obavještenja ukoliko ocijeni da je to potrebno radi utvrđivanja osnova sumnje da postoji krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora od pet godina radi obavještavanja tužioca o osnovama sumnje i otvaranja službene istrage krivičnog djela od strane tužioca.

Bez utvrđenja osnova sumnje da postoji krivično djelo, nema dakle obaveze službenog obavještavanja a time u principu ni službenog kontakta policajca i tužioca po zakonu, tj. policajac po zakonu nije obavezan niti ovlašćen da obavještava tužioca dok faktički nije utvrdio činjenični i pravni osnov tj. osnov sumnje da postoje elementi bića krivičnog djela, mjesto, vrijeme, radnja izvršenja, način i sredstvo izvršenja, posljedica i sl.

Ako se tužilac nakon obavještavanja o postojanju krivičnog djela složi sa policajcem, naređuje sprovođenje istrage a potom donosi i procesnopravni akt u vidu naredbe za sprovođenje istrage jer je obavezan da odmah po sa-

znanju za osnov sumnje da je izvršeno krivično djelo preduzme mjere radi sprovođenja istrage i upravljanja aktivnostima policije koji prikupljaju izjave i dokaze.

Donošenje procesnopravnog akta mu je izričita i zakonska obaveza koja određuje tzv. legalitet krivičnog gonjenja, tj. dužnost tužioca da preduzme procesne radnje gonjenja ako postoje dokazi u krivičnom postupku (Nenad Vranješ, *Organizacija i tok istrage po važećem ZKP. Praktični aspekt krivičnih istraga u BiH*, materijal sa konferencije u organizaciji projekta „EU podrška provedbi zakona“ 2012:10)

Osnovna zakonska obaveza tužioca je da u slučaju postojanja činjeničnih i pravnih uslova za otvaranje istrage (postojanje osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo), prije svega, preduzme procesnopravne mjere radi sprovođenja istrage i upravljanja aktivnostima policije u istrazi, slijedom čega su i mjere rukovođenja i nadzora u stvari procesnopravne mjere i radnje pravnog nadzora tužioca nad istragom krivičnog djela zbog potreba krivičnog gonjenja, a ne mjere rukovođenja nad policijom koja ima sopstvenu rukovodnu funkcionalnu organizaciju.

Na opisani način su oba procesna subjekta postupala po službenoj dužnosti i ispunila svoje zakonske obaveze – policajac zakonsku obavezu obavještavanja o postojanju osnova sumnja da je izvršeno krivično djelo, a tužilac, nakon što se složio sa takvom ocjenom policajca, svoju obavezu donošenja procesnog akta u obliku naredbe za sprovođenje istrage tog krivičnog djela. Da bi tužilac ispunio svoju službenu zakonsku obavezu i sačinio naredbu o sprovođenju istrage, koja treba da sadrži sljedeće elemente: 1. podaci o osumnjičenom ukoliko su poznati, 2. činjenični opis krivičnog djela, 3. pravni naziv krivičnog djela, 4. okolnosti iz kojih proizlazi osnov sumnje, 5. koje radnje u istrazi treba provesti i 6. koje činjenice treba utvrditi u istrazi krivičnog djela, mora te podatke dobiti od policije u kratkom roku, iz čega proizlazi obaveza da OSL dostavi pismeni akt obavještavanja (izvještaj o počinjenom krivičnom djelu) sa svim elementima koji se odnose na pretpostavke za službeno otvaranje istrage krivičnog djela. Ovim se u osnovi potvrđuje načelo koje proizlazi iz pravilne primjene krivičnoprocesnih zakona BiH po kome policija istražuje a tužilac procesuiru, jer za kriminalističke istrage policija ima sve potrebne resurse, a tužilac procesnim radnjama obezbjeđuje zakonitost tih istražnih aktivnosti.

Tužilac je obavezan jedan primjerak naredbe za sprovođenje istrage dostaviti OSL, nakon što je od njega obaviješten o postojanju osnova sumnje da

je izvršeno krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina s obzirom na to da se izričito propisuje da tužilac ima pravo i obavezu da odmah po saznanju da postoji osnov sumnje da je izvršeno krivično djelo preduzme mjere radi sprovođenja istrage, rukovođenja i nadzora nad istragom te procesne mjere upravljanja aktivnostima OSL, koji pronalaze osumnjičenog i prikupljaju dokaze. Analogno, OSL je obavezan pod nadzorom tužioca po zakonu i službenoj dužnosti preduzimati daljnje radnje koje se odnose na dokazivanje činjenica u krivičnom postupku i u tom smislu je ovlašćen da preduzima istražne i potražne radnje koje imaju dokaznu snagu.

Na osnovu naredbe tužioca, OSL može sada, u tako službeno otvorenoj istrazi, osumnjičenog upozoravati u skladu sa ZKP-om, koje mu osnove sumnje tužilac kao organ gonjenja stavlja na teret svojim procesnopравnim aktom kojim je otvorio formalni dio kriminalističke istrage, svjedoke i vještake u formalnom dijelu istrage može upoznavati sa predmetom svjedočenja i vještačenja, tako da se u skladu sa zakonom njihovi iskazi pravno utemeljuju, od tužioca dobija posebnu naredbu za vještačenja jer tužilac kao ovlašćeni subjekt gonjenja u krivičnoprocesnom smislu utvrđuje svrhu ove radnje dokazivanja i sl.

Tužilac, naime, u otvorenoj istrazi, nakon što je utvrđeno postojanje osnovna sumnje da je izvršeno krivično djelo, ima pravo i dužnost da preduzima procesnopravne mjere radi otkrivanja krivičnog djela i počinioca kako bi procesnopravno obezbijedio prije svega zakonitost istrage krivičnog djela, zakonitost mjera i radnji u otkrivanju počinioca koje provodi OSL, kao što su npr. procesnopravne radnje i mjere radi pribavljanja odobrenja za posebne istražne radnje kojim se otkrivaju i dokazuju da je osumnjičeni izvršilac krivičnog djela, odobrenja – naredbe sudije za prethodni postupak za istražne radnje dokazivanja kao što su pretres stana i lica, privremeno oduzimanje imovine ili zaključenje sporazuma o uslovima za priznanje krivnje radi otkrivanja i dokazivanja krivičnog djela i počinioca i sl.

Kada su u pitanju odobrenja suda za određene istražne radnje, i OSL se takođe može obratiti sudiji za prethodni postupak, ali samo izuzetno kad postoje razlozi hitnosti i uz usmeno odobrenje tužioca, što je sasvim razumljivo jer prvenstveno tužilac ima pravo i obavezu da sudu tokom istrage pravno obrazloži potrebu za preduzimanjem onih istražnih radnji kojima se zadire u ličnu sferu – sferu slobode građana zaštićene konvencijama o ljudskim pravima.

II – Procesna situacija početka toka istrage u kojoj je prijava KD podnesena tužilaštvu

U slučaju da je prijava krivičnog djela za koje je zakonom propisana kazna zatvora preko pet godine od oštećenog ili trećeg, pravnog ili fizičkog lica neposredno podnesena tužilaštvu ili je tužilac neposredno došao do saznanja o događajima koji upućuju na takvo krivično djelo, potrebno je napomenuti da u većini slučajeva u pogledu pravnih i činjeničnih pitanja ne postoje pretpostavke za donošenje naredbe za sprovođenje istrage u pogledu postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo, budući da takve prijave obično nisu dokumentovane dokazima.

Zaprimljena prijava krivičnog djela sa priložima se dostavlja OSЛ uz zahtjev za provjeru i prikupljanje informacija, podataka i obavještenja radi utvrđenja osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina zatvora a što je zakonska pretpostavka za otvaranje službenog dijela istrage krivičnog djela. Policija u ovom dijelu postupka informacije, podatke i obavještenja prikuplja u neformalnom obliku a o preduzetim mjerama i radnjama može da sačini službene zabilješke kao i neformalne službene zabilješke o uzimanju izjava građana. Radi izvršenja zadataka obavještanja tužioca o osnovama sumnje da je izvršeno krivično djelo, policija ima zakonsko ovlašćenje da prije službene istrage na osnovu prikupljanja informacija i podataka i izjava građana u neformalnim službenim zabilješkama provjeri navode prijave krivičnog djela po dostavljenom zahtjevu tužioca i tako utvrdi da postoji osnov sumnje da je izvršeno krivično djelo. S tim u vezi, policija ima i zakonsku obavezu da odmah obavijesti tužioca sa svim elementima kako bi tužilac mogao ispuniti svoju zakonsku obavezu da odmah po saznanju za osnov sumnje da je izvršeno krivično djelo preduzme mjere radi upravljanja aktivnostima istražitelja koji prikupljaju dokaze i izjave donošenjem naredbe za sprovođenje istragu sa svrhom da OSЛ na osnovu tog procesnog akta tužioca provede službeni dio istrage predmetnog krivičnog djela u skladu sa zakonom.

Na opisani način ovakva procesna situacija ima isti pravni status kao i prvobitno analizirana situacija u kojoj je prijava krivičnog djela i cjelokupna procedura pošla od policije.

Ukoliko bi istražiocі policije prilikom prikupljanja potrebnih obavještenja u provjeri prijave krivičnog djela po zahtjevu tužioca utvrdili da ne postoji osnov sumnje da je izvršeno krivično djelo, dostavlja se izvještaj sa ocjenom

činjeničnog stanja, a tužilac donosi odluku da nema mjesta istrazi prijavljenog krivičnog djela.

Ako je prijava krivičnog djela podnesena tužilaštvu takve prirode da iz same prijave i dostavljenog dokaznog materijala proizlazi osnov sumnje da je izvršeno krivično djelo pa je tužilac u mogućnosti da ispuni svoju zakonsku obavezu donošenjem procesnopravnog akta naredbe za sprovođenje istrage, ista se sa pripadajućim dokaznim materijalom dostavlja policiji jer su OSL obavezna pod pravnim nadzorom tužioca preduzeti istražne mjere i radnje i obezbjediti dokaze u odnosu na krivično djelo i počinioca, a nakon provedenih istražnih aktivnosti tužiocu podnijeti izvještaj (Nenad Vranješ, *Organizacija i tok istrage po važećem ZKP. Praktični aspekt krivičnih istraga u BiH*, materijal sa konferencije u organizaciji projekta „EU podrška provedbi zakona“ 2012:21)

III – Procesna situacija toka istrage KD nepoznatog počinioca

Kad je u pitanju prijava krivičnog djela protiv N.N. počinioca, na osnovu dokaznog materijala i dostavljenih obavještenja policije o osnovama sumnje da je po N.N. izvršiocu počinjeno krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina, tužilac će donijeti naredbu za sprovođenje istrage protiv N.N. lica sa svim elementima i naredbu kao pravnoprocesni akt sa materijalom dostaviti policiji.

Tužilac je obavezan da u tako otvorenoj istrazi krivičnog djela N.N. počinioca na prijedlog OSL preduzima mjere radi otkrivanja počinioca, kako bi mu obezbijedio zakonitost dokaza u otkrivanju izvršioca krivičnog djela, npr. da se pravno i činjenično obrazloženim prijedlozima obraća sudu radi pribavljanja odobrenja koja su potrebna istražiocu za posebne istražne radnje, istražne radnje pretresa stana prostorija i lica, privremeno oduzimanje predmeta ili zapljena imovine, izdavanjem naredbi za vještačenjima za koja se ukaže potreba i sl.

Nakon otkrivanja počinioca, OSL na osnovu pravnog akta tužioca – naredbe za sprovođenje istrage, može ispitati osumnjičenog, saslušati svjedoke, vještake i sl., i dostaviti izvještaj tužiocu sa zapisnicima i dokazima koje je proveo u toj istrazi.

Zaključna razmatranja

Da li se u BiH postiže cilj reforme pravosudnog sistema u cjelini umnogome zavisi od odgovora na pitanje da li tužilaštva funkcionišu u potpunosti shodno reformiranoj poziciji. Unapređenje profesionalnog rada tužilaca, saradnja i usklađenost funkcionisanja sa policijskim strukturama, predstavlja ključan faktor ostvarenja cilja krivičnog gonjenja, to jest zadovoljenja pravde u svakom krivičnopravnom slučaju i uspostavljanje vladavine prava po najvišim demokratskim standardima. Brzo i efikasno vođenje krivične istrage jedan je od ključnih faktora za ostvarivanje tog cilja.

Prema važećem krivičnoprocesnom sistemu, istraga predstavlja kriminalističku istragu koja se vodi shodno važećem principu da policija istražuje a tužilac procesuiru, uz odobrenja sudije za prethodni postupak za one istražne radnje dokazivanja kojim se ugrožava lična sfera građana, radi zaštite njihovih osnovnih prava u skladu sa evropskom konvencijom. Drugim riječima, tužilac procesnim radnjama obezbjeđuje zakonitost istražnih aktivnosti policije. Jedan od najvažnijih ciljeva reforme je, dakle, prenošenje istrage u nadležnost tužioca i eliminacija pretkrivičnog postupka, kako bi se postupak istrage učinio bržim i efikasnijim.

Stoga je, shodno prednjim konstatacijama, preko potrebno taj dio procesnih rješenja usavršavati kako bi se sačuvala pozicija i integritet istrage kao faze postupka u duhu zamišljene reforme, a čiji je cilj, upravo, brzina i efikasnost.

U skladu sa gore navedenim, zaključujemo da su zakoni o krivičnim postupcima u BiH usklađeni zakoni sa novijom krivičnoprocesnom praksom u Evropi i svijetu, koji daju vrlo dobru osnovu za saradnju između OSL odnosno policijskih istražilaca i tužilaca u postupku istraživanja krivičnih djela, da zakonska rješenja omogućavaju vođenje brže i efikasnije istrage.

Na bazi dosadašnjih iskustava i prakse u provođenju zakona, može se zaključiti da u procesnim zakonima saradnja između nadležnih organa (subjekata istražnog postupka) nije razrađena i propisana detaljno te stoga postoji potreba da se na odgovarajući način posebnim propisom uredi. Tim podzakonskim aktom bilo bi potrebno detaljnije formulisati načine saradnje kao što su obavještanje, usmjeravanje, međusobna konsultacija naročito kod posebnih istražnih radnji, zajednička obuka u smislu izmjene dobrih i loših iskustava, u svrhu bolje operativne saradnje formirati istražne timove i uspo-

staviti saradnju između nadležnih organa radi razmjene podataka preko elektronskog poslovanja u smislu smanjenja administrativnog poslovanja.

Kako bi istraga imala jasno usmjerenje, policija i tužilac moraju u potpunosti saradivati u njenom planiranju i sprovođenju. Ne može se dozvoliti da istraga dobije nekontrolisani zamah ili da se prosto ostavi da otpadne zbog bespotrebne birokratije ili nedostatka napretka ili interesa za odnosni predmet.

Kad tužilac ima čvrst nadzor nad istragom, policija je ograničena u pitanju inicijative koju može preduzeti u svojim istragama, što može imati štetne posljedice. Obrnuto, jasno je da se ne može očekivati od tužioca da sam obavi istragu, te da mora dozvoliti vođi policijskog istražnog tima da ima određenu slobodu u operativnim pitanjima u vezi sa istragom i načinom korišćenja resursa.

U pripremama strategije istrage jasni parametri se moraju utvrditi i dogovoriti između tužioca i vođe policijskog istražnog tima kojem je dodijeljen predmet. Mora postojati veliki stepen povjerenja i profesionalnog ophođenja između tužioca i vođe istražnog tima. Ovo omogućava da istraga brzo napreduje i to sa velikom efikasnošću i u duhu zakona.

Literatura

- Grubač, Momčilo. 2009. *Krivično procesno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Sijerčić Čolić, Hajrija. 2005. *Krivično procesno pravo*. Sarajevo.
- Faladžić, Aleksandar. 2010. *Krivičnopravni okviri za borbu protiv organizovanog kriminala u Bosni i Hercegovini i Republici Srbiji*. U zborniku objavljenom na konferenciji Internacionalne asocijacije kriminalista, Sarajevo.
- Faladžić, Aleksandar i Janjić, Miroslav. 2014. *Saradnja tužioca i OSL policijskih agencija sa aspekta efikasnosti otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela prema Zakonu o krivičnom postupku BiH*, Međunarodna konferencija „Razmjena teorijskih znanja i praktičnih iskustava vezanih za rad po modelu tužilačke istrage i konceptu adverzalnog krivičnog postupka“, Novi Pazar.
- Čejović, Boro. 2005. *Osnovni principi krivičnog zakonodavstva Srbije i Crne Gore*. VIII seminar prava, Budva.

Praktični aspekt krivičnih istraga u BiH, materijal sa konferencije u organizaciji projekta „EU podrška provedbi zakona“.

Komentar ZKP BiH – grupa autora 2005.

VSTS – Pravna, institucionalna i organizaciona analiza saradnje policije i tužilaca u krivičnim istragama. Sarajevo 2007.

Milorad Barašin, PhD

Prosecutor, Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina

Aleksandar Faladžić, PhD

**Chief of Department for Investigations and Victim Support,
Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina**

RELATIONS BETWEEN A PROSECUTOR AND AUTHORISED OFFICIALS FROM LAW ENFORCEMENT AGENCIES AT THE INVESTIGATION STAGE UNDER THE CRIMINAL PROCEEDINGS CODE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Final considerations

The answer as to whether the goal of reforming the judicial system as a whole is being achieved in Bosnia and Herzegovina largely depends on the answer to the question as to whether Prosecutors’ Offices function fully in accordance with their reformed position. The improvement of the professional work of prosecutors, cooperation and the adjustment of their functioning with police structures is a key factor in achieving the purpose of criminal prosecution, namely to uphold justice in every criminal case and establish the rule of law according to the highest democratic standards. The rapid and efficient conduct of criminal investigations is one of the key factors for achieving this goal.

According to the current criminal procedure system, investigation is a criminal investigation conducted in accordance with the current principle

that the police investigate and the prosecutor prosecutes with the approval of a preliminary proceedings judge for those investigative actions of proving which endanger the personal sphere of citizens, for the purpose of protecting their fundamental rights in accordance with the European Convention. In other words, through procedural actions, the prosecutor ensures that police investigative actions are lawful. One of the most important goals of the reform is therefore to transfer investigation to the prosecutor and eliminate pre-trial procedures in order to make the investigation process quicker and more efficient.

Therefore, according to the foregoing observations, it is essential that this part of procedural solutions be improved in order to preserve the position and integrity of the investigation as a stage in the procedure, in the spirit of the conceived reform the objective of which is exactly the speed and efficiency.

In accordance with the foregoing, we infer that the Criminal Proceedings Codes in Bosnia and Herzegovina are the codes that are harmonised with the recent criminal practices in Europe and the world and that they provide a very good basis for cooperation between authorised officials, i.e. police investigators, and prosecutors in the procedure of investigating criminal offences and that legal solutions facilitate the conducting of a quick and efficient investigation.

Based on past experiences and practices in law enforcement, it can be concluded that in procedural laws cooperation among relevant authorities (parties in the investigation procedure) is not elaborated and prescribed in detail and, therefore, there is a need that it be appropriately regulated by a special regulation. This bylaw would require more detailed formulation of ways of cooperation such as informing, routing, mutual consultations especially in special investigative actions, joint training in terms of exchanges of good and bad experiences, for the purpose of better operational cooperation - forming of investigative teams and establishment of cooperation between relevant authorities for the purpose of data exchange through electronic means in the sense of reducing administrative activities.

In order for the investigation to have a clear orientation, the police and prosecutor have to cooperate fully when planning and implementing it. It cannot be allowed that an investigation gets an uncontrolled swing or that it be simply abandoned because of unnecessary bureaucracy or lack of progress or interest in the case concerned.

When the prosecutor has a firm control over the investigation, the police are limited in respect of their initiative they can undertake in their investigations, which can have adverse consequences. If opposite, it is clear that one cannot expect the prosecutor to conduct the investigation alone and that they have to allow the leader of a police investigative team to have a certain freedom in operational issues regarding the investigation and use of resources.

In preparations of the investigation strategy, clear parameters must be set and agreed between the prosecutor and the leader of the police investigative team assigned to the case. There must be a great degree of trust and professional approach between the prosecutor and the investigative team leader. This allows the investigation to proceed rapidly, with great efficiency and in the spirit of law.

Key words: *Criminal Procedure Code, investigation, evidence procedure, crime, prosecutor, law enforcement officer, police agencies, relationship, cooperation.*

ОСНОВНА ЈЕМСТВА ПРОТИВ ЗЛОСТАВЉАЊА ПРИТВОРЕНИКА¹

Дарко Димовски*
Ана Прокић**
Иван Илић***

Апстракт: Иако лишење слободe не доводи до аутоматског губљења осталих људских права, оно ствара ситуацију у којој лако може доћи до злоупотребе моћи, која неретко достиже и праг мучења, нечовечног или понижавајућег поступања. На избор предмета рада значајно је утицала чињеница да се управо лица лишена слободe сматрају нарочито ризичном категоријом, а да су први сати и дани лишења слободe, чак и у најуређенијим државама – ситуације када постоји највећа вероватноћа да ће се приближити мучењу и сличним поступцима. Како би се осигурало поштовање људских права лица под њиховом контролом, полицијски службеници су дужни да се придржавају како националних, тако и међународних стандарда полицијског поступања. Поред права на обавештавање трећег лица, права на браниоца и права на лекарски преглед, аутори анализирају и друге значајне мере за обезбеђивање делотворности забране злостављања, и указују на потребу да се фундаментална јемства против злостављања лица лишених слободe морају поштовати од самог почетка лишења слободe. При испитивању лица лишених слободe, циљ мора бити искључиво прибављање тачних и поузданих информација, а не добијање признања од некога кога службена лица унапред сматрају кривим. Правилно обучено полицијско особље, способно да своје дужности обавља уз поштовање људских права лица

¹ Истраживање је реализовано у оквиру пројеката бр. 179066 које финансира Министарство образовања, науке и технолошког развоја Републике Србије.

* Доцент, Универзитет у Нишу, Правни факултет.

** Мастер права.

*** Асистент, Универзитет у Нишу, Правни факултет.

лишених слободе, такође представља битан фактор у спречавању злостављања, те службеним лицима треба редовно, и на одговарајући начин, стављати до знања да је сваки облик злостављања, укључујући и вербално злостављање лица лишеног слободе, неприхватљив и да ће бити санкционисан.

Практичан значај овог рада огледа се у настојањима аутора да, кроз анализу извештаја Европског комитета (СРТ), укажу на најзначајније кораке који морају бити предузети, како би се могућност да до злостављања дође, свела на минимум. На овај начин се омогућава сагледавање забране злостављања у светлу реалних услова, и доприноси се њеном бољем разумевању и имплементацији у пракси.

Кључне речи: притвор, лица лишена слободе, Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања (СРТ), људска права.

Увод

Са аспекта подложности злостављању, лица лишена слободе сматрају се једном од најугроженијих категорија у друштву. Након хапшења, за њих почиње живот иза решетака, уређен посебним правилима, који је потпуно другачији од њиховог дотадашњег живота. Лице лишено слободе више није у стању да се само побрине за сопствене потребе, као што су обезбеђивање хране, воде, лекова, тоалета, туша, места за спавање или минимума приватности. Након лишења слободе, лице постаје у потпуности зависно од других у смислу испуњења најосновнијих животних потреба. Оваква промена у начину живота често изазива негативне последице које се могу манифестовати у виду депресије, очаја или чак менталних и физичких болести лица лишених слободе, који сматрају да су заборављени од стране друштва. Ако држава није у могућности, или не жели, да се кроз свеобухватан приступ и издвајање довољно финансијских средстава, побрине за поштовање људских права и потреба затвореника, живот иза решетака може лако постати пакао. Стога је битно да држава ради на усвајању и спровођењу међународних стандарда у погледу поштовања људских права лица лишених слободе, како би им омогућила услове којима се не вређа њихово достојанство и заштитила их од злостављања.

Предуслов за одрживу и ефикасну стратегију против злостављања је остваривање напретка на пољу демократизације и владавине права. Међутим, чак и у развијеним демократијама, поштовање апсолутне забране мучења показало се као изазов, у ситуацијама када постоји опасност по националну безбедност. Борба против мучења, нечовечног и понижавајућег поступања лица лишених слободе захтева свеобухватан приступ који обухвата превенцију, али и ефикасно поступање онда када је до кршења забране злостављања дошло, у смислу откривања и кажњавања починилаца. Од држава се очекује да приступе релевантним међународним документима, као и да примењују препоруке међународних тела, попут Европског комитета за спречавање мучења и нехуманог и понижавајућег поступања и Комитета УН за борбу против мучења. Лобирање и ратификација међународних докумената у овој области представља само полазну тачку, која мора бити праћена и обуком органа надлежних за примену закона, као и успостављањем одговарајућих механизма контроле. Ови механизми могу да обухватају, на пример, редовне и ненајављене праћење места заточења од стране независних органа. Ефикасна и свеобухватна стратегија се може сликовито објаснити на примеру куће, где правни оквир чини темељ, имплементација чини зидове, а контролни механизам представља кров.²

Ипак, не може се рећи да ово представља униформну стратегију за све државе, нарочито имајући у виду да постоје земље које нису спремне да признају постојање праксе злостављања. Очекивати предузимање наведених мера од стране тих држава је нереално. У таквим околностима често постоје бројни проблеми ширих размера који спречавају посвећивање пажње третману лица лишених слободе – у највећем броју случајева то је недостатак јаког правног оквира, мањак демократских правних институција, мали број ефикасних НВО са одговарајућом експертизом и међународних организација које су присутне на терену. Очито је да се, у таквим условима, мора развити другачија стратегија. Управо државе са таквом праксом заслужују већу пажњу међународне заједнице и помоћ при превазилажењу праксе непоштовања људских права.

Дакле, свеобухватан приступ у борби против злостављања лица лишених слободе подразумева низ значајних корака, почев од усвајања међународних стандарда и криминализације мучења, нечо-

² OHCHR, APT and APF, *Preventing Torture - An Operational Guide for National Human Rights Institutions*, Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, Sydney, 2001.

вечног и понижавајућег поступања – па све до кажњавања одговорних и обезбеђивања репарације жртвама, водећи притом рачуна о општем стању у држави и прилагођавајући кораке постигнутом напретку. Притом, основне гаранције против злостављања морају бити поштоване од самог тренутка лишења слободе.

1. Злостављање од стране полиције

Према Конвенцији против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, један од елемената злостављања је да жртва буде под контролом службеног лица, те у погледу заштите од злостављања – чин лишења слободе представља граничну ситуацију. По дефиницији, то је процес који започиње у тренутку када лице није под контролом органа, а завршава се тренутком у коме је та контрола успостављена. Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања је у својим извештајима нагласио да сила коју полицијски службеници употребљавају при хапшењу не сме бити већа него што је неопходно, и да након што лице буде под њиховом контролом, не постоји оправдање за примену силе.

Поред самог чина лишења слободе, највећа опасност од злостављања постоји у првим сатима и данима након хапшења, док се ухапшени налази под контролом полиције. До мучења или других облика забрањеног поступања може доћи уколико полицијски службеници силом и претњама покушају да изнуде признање или другу информацију од ухапшеног лица. Мимо примене силе, и услови у којима бораве лица лишена слободе у полицијској станици и начин на који се према њима поступа могу бити нечовечни и понижавајући. Службеним лицима треба редовно, и на одговарајући начин, стављати до знања да је сваки облик злостављања, укључујући и вербално злостављање лица лишеног слободе, неприхватљив и да ће бити санкционисан. Како би се осигурало поштовање људских права лица под њиховом контролом, полицијски службеници су дужни да се придржавају како националних, тако и међународних стандарда полицијског поступања.

СРТ придаје посебан значај трима правима особа притвореним од стране полиције – праву особе да о свом притварању обавести треће лице по свом избору (члана породице, пријатеља, конзулат), праву на услуге адвоката и праву на медицински преглед од стране лекара по из-

бору дате особе (поред медицинског прегледа извршеног од стране лекара којег су позвале полицијске власти). Према мишљењу Комитета са којим се саглашава и Европски суд за људска права, то су три основне гаранције против злостављања притворених особа, које би требало примењивати од самог почетка лишења слободе, без обзира на то којим је терминима то лишавање слободе одређено од стране правног система у питању (притвор, задржавање итд.).³

Речима Европског суда, који се позива и на Други генерални извештај СРТ: „Лекарски преглед, као и право на браниоца и право да треће лице буде обавештено о лишењу слободе, сачињавају фундаментална јемства против злостављања лица лишених слободе и морају се поштовати од самог почетка лишења слободе, без обзира како се оно зове у поједином правном систему (хватање, хапшење, итд.)”.

Повреда права на обавештавање, адвоката и лекара, сама по себи, не представља злостављање, али овакво ускраћивање контакта са лицима споља представља *incommunicado* притвор, који може утрти пут злостављању. *Incommunicado* притвор подразумева да притворено лице не може да комуницира ни са ким, осим са лицима која су га притворила, и евентуално са осталим притвореницима. Другим речима, *incommunicado* притворенику није дозвољен контакт са спољним светом, изван места у којем је притворен. Како би се овакве ситуације предупредиле, Комитет против мучења, као и Комитет за људска права, препоручују потпуно укидање *incommunicado* притвора.⁴ Имајући у виду значај који имају у спречавању злостављања од стране полицијских службеника, у наставку рада су детаљније образложена три наведена јемства, као и друге значајне мере за обезбеђивање делотворности забране злостављања.

1.1. Обавештавање о правима

Да би лице лишено слободе могло да користи наведена и друга своја права, оно мора знати за њих. Никако се не сме поћи од претпо-

³ Стандарди СРТ-а – „Најбитнији“ одељци општих извештаја СРТ-а, Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања (СРТ), СРТ/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2015, преузето 3. 11. 2016. године <http://www.cpt.coe.int/lang/srp/srp-standards.pdf>.

⁴ Report of the Committee against Torture: 24/06/93, A/48/44. (Sessional/Annual Report of Committee), Forty-eighth Session, Supplement No. 44 (A/48/44), para. 456, p. 72; Concluding observations of the Human Rights Committee: Spain: Spain. 03/04/96, CCPR/C/79/Add.61, para.18; Report of the Committee against Torture, 16/09/98, A/53/44, (Sessional/Annual Report of Committee) Fifty-third session, Supplement No. 44 (A/53/44), paras.131 and 135; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Spain, 5 January 2009, UN Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, para. 14.

ставке да свако ко је лишен слободе зна своја права, и да, уколико их не тражи, не мора ни да их добије. Напротив, мора важити претпоставка да људи који се нађу у полицијској станици не знају ништа о својим правима. На полицији је обавеза да о њима одмах обавести свако лице лишено слободе. Најпре, право је лица да у тренутку лишења слободе буде обавештено о разлозима хапшења, као и да се у најкраћем року обавести писменим путем о свакој оптужби која је подигнута против њега. Препорука Комитета против тортуре јесте да свако ко је лишен слободе буде обавештен о праву да обавести лице по свом избору, праву на браниоца, као и праву на приступ лекару по свом избору. Такође, лицу лишеном слободе непосредно након хапшења треба дати писмено обавештење у којем су садржана сва његова права. Ово обавештење би требало бити доступно на више језика. Након тога, лице лишено слободе треба да потпише изјаву којом потврђује да је обавештен о својим правима.⁵

1.2. Право на обавештавање блиског лица

Колико год да је фундаментално, право на обавештавање блиског лица може, али само изузетно, бити ограничено или суспендовано у интересу истраге. Међутим, те изузетке би требало унапред регулисати и максимално их ограничити – на пример, СРТ предлаже да се у сваком таквом случају о одлагању сачини писмена белешка уз навођење разлога, а да одлагање мора одобрити виши полицијски службеник који није повезан с конкретном истрагом или јавни тужилац.⁶

Обавештавање се може вршити једино на захтев, тј. уз сагласност лица лишеног слободе. Лице лишено слободе може имати различите разлоге (стид, страх, посебне околности) да крије чињеницу да је приведено и да се налази у полицијској станици. Та његова одлука се мора поштовати. Међутим, то никако не значи да, ако само задржано лице то не захтева, никога не треба обавештавати. Многи људи и не знају да имају такво право. Зато је службено лице увек дужно да свакога ко буде доведен у станицу и задржан изричито пита да ли и кога хоће о томе да обавести. Комитет за спречавање тортуре је такође приметио да обавештавање углавном врши полиција, уместо самог лица директно, што доводи да поједина лица да сумњају у то да ли су њихова блиска лица заиста обавештена. Препорука је да се предузму мере којима ће

⁵ Extract from the 12th General Report, [CPT/Inf (2002) 15], The CPT standards - „Substantive“ sections of the CPT’s General Reports, p. 13, para. 44

⁶ Извештај СРТ – Немачка, 2005. године, пара. 22

се осигурати да притворена лица добију повратне информације о томе да ли је било могуће информисати блиског сродника или треће лице о њиховом притвору.⁷

1.3. Право на браниоца

Право лица лишеног слободе да адвокат присуствује његовом испитивању у полицијској станици не служи само да заштити то лице, него штити и полицију од неоснованог сумњичења и оптужби. „Присуство адвоката у фази задржавања лица у полицији умногоме ће олакшати оповргавање неоснованих оптужби за злостављање”.⁸ Дакле, у интересу полиције је да приведенем и задржаном лицу обезбеди контакт с адвокатом и да омогући да адвокат присуствује испитивању. С друге стране, присуство адвоката делује превентивно на оне полицијске службенике који би могли бити склони злостављању лица лишеног слободе, а ако до злостављања ипак дође, адвокат најбоље зна шта треба предузети.⁹

Европски суд за људска права изразио је забринутост да ускраћивање права на браниоца током продуженог притвора може представљати повреду права на правично суђење. Такође је наведено да ово право представља “основну гаранцију против злоупотреба” током периода дуготрајног притвора, а да би непостојање таквих заштитних мера оставило притворено лице “потпуно на милост и немилост оних који су га притворили”.¹⁰

Особе које су осумњичене за нарочито озбиљне прекршаје могу бити изложене највећем ризику да буду злостављане, те стога имају највећу потребу за приступ адвокату. Међутим, ово право припада свим лицима лишеним слободе, без обзира на то колико је „озбиљан” прекршај за који је притворена особа осумњичена. СРТ схвата да у изузетним случајевима може бити нужно да се, на извршан временски период, притвореној особи одложи приступ одређеном адвокату. Ипак, ово не би смело довести до ускраћивања права на приступ адвокату у потпуности током тог периода. У таквим случајевима, требало би омогућити приступ неком другом независном адвокату, у којег се може имати поверење да неће угрозити легитимне интересе истраге. Потпуно је изводљиво унапред организовати одговарајуће аранжмане за овакве

⁷ Извештај СРТ – Србија, 2011. године, пара. 20.

⁸ Извештај СРТ – Турска, 2003. године, пара. 22.

⁹ Извештај СРТ – Андора, 1998. године, пара. 19.

¹⁰ *Aksoy v. Turkey*, ECHR (21987/93), 1996, § 83

ситуације, у сарадњи са локалном адвокатском комором или удружењем правника. Због тога, СРТ се супротставља мерама које предвиђају систематско ускраћивање приступа адвокату особама које су осумњичене за одређена кривична дела (нпр. кривична дела предвиђена антитерористичким законодавством). Оправданост ускраћивања приступа адвокату за одређени временски период може се ценити само на основу околности појединачног случаја и не сме бити предвиђена на основу категорије или озбиљности кривичног дела.

Право на приступ адвокату током полицијског задржавања мора да подразумева и право на поверљив разговор са адвокатом. Од суштинске је важности да адвокат буде у непосредном, физичком присуству лица лишеног слободе, с обзиром на то да се то сматра механизмом заштите од злостављања. За разлику остваривања овог права с циљем обезбеђивања правичног суђења, у погледу заштите од злостављања – физички контакт једини је начин да се изврши тачна процена физичког и психичког стања дотичне особе. Исто тако, ако разговор са адвокатом није поверљив, притворено лице се можда неће осећати слободно да открије како се с њим поступа.

Један значајан проблем који се јавља у вези са националним прописима, и који прети да угрози улогу коју право на браниоца има са аспекта заштите од злостављања, јесте да се право на браниоца уско везује за кривични поступак, а самим тим ограничава само на осумњиченог. Како би се остварила делотворна заштита и превенција тортуре и других облика злостављања, право на браниоца мора бити омогућено свим лицима која су лишена слободе, укључујуће сведоке и друге особе које су предмет интересовања власти.

1.4. Лекарски преглед

Особе у полицијском притвору треба да имају званично признато право на услуге лекара. Другим речима, лекар треба бити позван без одлагања уколико особа захтева лекарски преглед, и припадници полиције не треба да разматрају да ли да допусте или не допусте такве захтеве. Уз то, право на услуге лекара треба да подразумева право лица у притвору да га прегледа, уколико то жели, лекар по његовом избору. Овај преглед мора бити дозвољен неvezано за било који лекарски преглед који изврши лекар позван од стране полиције, с тим што трошкове прегледа изабраног лекара сноси лице лишено слободе. Сви лекарски

прегледи особа у полицијском притвору, без обзира на то који лекар их врши, морају се обављати тако да припадници полиције не могу да чују и, осим уколико то лекар који врши преглед не затражи другачије у додичном случају, изван видокруга тих полицајаца.¹¹ Лекар је дужан да резултате прегледа, као и релевантне изјаве лица лишеног слободе и свој налаз, писмено забележи, а та белешка се мора дати на увид прегледаном лицу и његовом браниоцу. У одговарајући регистар који се води у полицијској станици мора се унети белешка да је лице лишено слободе користило своје право да захтева лекарски преглед.

1.5. Habeas corpus

Habeas Corpus односи се на вековима стар концепт, који се данас сматра темељем демократског уређења и међународног права људских права, и подразумева право лица лишеног слободе да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу, уколико притвор није законит. Овакав механизам контроле лишења слободе, уколико ефикасно функционише, представља важну заштитну меру не само у односу на проверу законитости лишења слободе, већ и ефикасну меру против сваког облика злостављања. Међутим, у пракси судова различитих држава често се дешава да судије приликом доношења одлуке по жалби на притвор воде рачуна само о томе да ли је притвор законит, без посебног разматрања да ли су услови у притвору у складу са законом.

Чини се да се она овај начин занемарује сама идеја *Habeas Corpus* акта, који је међу првима поставио читав систем гаранција за очување личне слободе и заштиту лица које лишено слободе од злостављања и изнуђивања исказа. Приликом сваког појављивања притвореног лица пред судом, судија мора с посебном пажњом да процени у каквом се стању то лице налази. Судија треба, када оцени да је то потребно, лично да изврши рутински преглед лица ради утврђивања присуства знакова повреда, а уколико оцени да је потребно, и да нареди да лице прегледа лекар. У случају да само притворено лице укаже на повреде, преглед од стране лекара је неопходан. Потребно је такође с пажњом размотрити физичко и психичко стање притвореног лица, његов општи изглед и понашање, поставити одговарајућа питања, у случају било какве сумње да је било злостављања. Тако се шаље јасна порука да ће се предузети

¹¹ Извод из 12. општег извештаја [CPT/Inf (2002) 15], пара. 42.

све потребне мере заштите жртве или потенцијалне жртве злостављања. Уколико постоји било каква сумња да је лице претрпело било који облик злостављања, потребно је обезбедити издвајање лица из средине где се сумња да је дошло до злостављања и предузети све мере да се злостављање пријави и истражи.

Поставке из *Habeas Corpus* акта разрађиване су до данашњих дана, кроз Универзалну декларацију о људским правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Европску конвенцију о заштити људских права, Конвенцију против мучења и других свирепих или понижавајућих казни и поступака. Европски суд за људска права је такође заузео став да је омогућавање благовременог приступа суду фундаментална мера заштите од мучења и злостављања, чак и за време ванредног стања.

1.6. Заштита при саслушању

Испитивање осумњичених је стручан посао који захтева одређену обуку да би се извршио на задовољавајући начин. Пре свега, сам циљ таквог испитивања мора бити кристално јасан – прибављање тачних и поузданих информација ради утврђивања истине о питањима која су под истрагом, а не добијање признања од некога кога службена лица унапред сматрају кривим.¹²

У погледу процеса саслушања, СРТ сматра да морају постојати јасна правила у погледу начина на који се врши полицијско испитивање. Правила треба, између осталог, да садрже следеће: обавештавање притвореника о идентитету (имену и/или броју) особа присутних током саслушања; дозвољеној дужини трајања саслушања; периодима одмора између саслушања и паузама током саслушања; местима на којима се саслушања могу одвијати; о томе да ли се од притвореника може захтевати да стоји током испитивања; о саслушању особа које су под утицајем лекова, алкохола, итд. Такође би требало да постоји обавеза систематског евидентирања времена кад саслушање почиње и завршава, сваког захтева истакнутог од стране притворене особе током саслушања и особа које су присутне током сваког саслушања.¹³

Електронско, аудио или видео снимање полицијских саслушања представља додатну корисну гаранцију против злостављања притворе-

¹² *Ibid.* пара. 33.

¹³ Извод из 2. општег извештаја [СРТ/Inf (92) 3], пара. 39.

ника, а поред тога пружа и значајне погодности полицији. На овај начин обезбеђују се аутентичан запис о саслушању, и тиме у великој мери олакшава истрага о тврдњама о злостављању. Ово је у интересу особа које су заиста злостављане од стране полиције, али и припадника полиције суочених са неоснованим тврдњама да су примењивали физичко злостављање или психолошке притиске.

У погледу просторија предвиђених за саслушање, Комитет је у више наврата, у различитим државама, открио собе за испитивање које су деловале застрашујуће: на пример, просторије комплетно офарбане у црно са рефлектором усмереним на место где седи особа која се испитује. Оваква пракса је недопустива. Собе за испитивање не само да треба да имају одговарајуће осветљење, грејање и вентилацију, већ и да су опремљене тако да сви учесници у разговору имају сличне столице по стилу и удобности. Уз то, просторија треба да буде окречена у неутралне нијансе.

СРТ се сусрео у неким земљама са праксом стављања повеза преко очију особама у полицијском притвору, а посебно током испитивања. Из података који су сакупљени, сматра се да у многим, ако не и у већини случајева, особама ставља повез преко очију да не би могла да идентификују припаднике полиције који их злостављају. Чак и у случајевима када није дошло до физичког злостављања, само стављање повеза преко очију особи у притвору, а посебно некеме који је под испитивањем, јесте врста окрутног понашања и представља психолошко злостављање. СРТ препоручује да се стављање повеза преко очију особама у полицијском притвору изричито забрани.¹⁴

Из просторија за саслушање треба уклонити све необележене, не-стандардне предмете попут дрвених палица и гвоздених шипки, а сав доказни материјал који се односи на предмете у истрази обавезно мора бити на одговарајући начин обележен, евидентиран и одлаган и чуван у засебном складишном простору.¹⁵

Иако присилно убризгавање такозваних „серума истине”, односно раствора попут натријум-тиопентала, натријум-амитала и скополамина, не проузрокује бол, њихова употреба ради добијања информација је забрањена међународним правом. Human Rights Watch сматра да се овиме у најмању руку крши забрана нечовечног и понижавајућег поступања. Сама забрана злостављања темељи се на поштовању људског

¹⁴ Извод из 12. општег извештаја [СРТ/Inf (2002) 15] пара. 37, 38, 39.

¹⁵ Извештај СРТ – Србија, 2011. године, пара. 15.

достојанства и личног интегритета, и присилити особу да говори, убризгавањем наркотика, исто је толико повреда људског достојанства колико је и примена физичке силе. Такође, прибављањем информација применом ове методе крши се право лица да сам себе не инкриминише.¹⁶

1.7. Забрана употребе доказа добијених злостављањем

Још око 200. год. н.е, велики римски правник Улпијан је приметио да се информацијама добијеним мучењем не може веровати, јер су поједини људи толико осетљиви на бол да ће пре казати било коју лаж, него трпети болове. До данас, људска природа се није много променила, и као један у низу аргумената против тортуре ради добијања информација и признања, наводи се и несигурност у истинитост добијених података. Ипак, у највећем броју случајева се мучење и други облици злостављања спроводе управо у ове сврхе, и може се рећи да добијање признања или информација представља циљ, али и корен праксе злостављања.

Употреба доказа, добијених мучењем, у супротности је са међународним правом, и у све већем броју држава – и са националним правом. Конвенција УН против мучења изричито предвиђа да се све изјаве добијене као резултат мучења морају одбацити као неприхватљиве.

Како би се уклонио сам корен и главни разлог због којег долази до злостављања лица лишених слободе, потребно је у потпуности искључити употребу доказа добијених на овај начин, чак и у оним ситуацијама када су такве информације и изјаве истините. Уколико би се суд ослањао на овакве доказе, створило би се погодно тло за развијање праксе злостављања и додатан подстицај за државне службенике да изнуде признање или информације. Неприхватљивост изјава и признања добијених мучењем мора се односити на све поступке пред судовима, осим поступака који се воде против лица окривљених за злостављање. Тада се изјаве могу користити као доказ да је услед подвргавања тортури особа дала информације свом мучитељу, а не у циљу њихове употребе против особе која их је саопштила.

Очигледно је да кривичноправни системи који се у великој мери ослањају на признање као доказ, стварају стимуланс да службена лица која истражују кривично дело, примене физичку или психолошку присилу. Ово може бити проузроковано бројним разлозима, од тога да су

¹⁶ Human Rights Watch, *The Legal Prohibition Against Torture*, преузето 6. 11. 2016. <https://www.hrw.org/news/2003/03/11/legal-prohibition-against-torture#serums>.

под притиском да покажу резултате, а не могу на други начин остварити помак у истрази, па све до личног доказивања и напредовања. Чак и у оним законодавствима која предвиђају да пресуда не може бити донета на основу исказа као јединог доказа, и даље постоји обавеза уношења јасних одредаба којима се изричито забрањује употреба признања добијеног злостављањем, као неприхватљива. Важно је развити методе истраге злочина који омогућавају да се смањи ослањање на признање, а да се доношење евентуалне осуђујуће пресуде темељи на другим доказима. С правом се сматра да, уколико полиција употребљава физичко злостављање, то указује на изостанак правог оперативног рада, где се прибегава изнуђивању признања, уместо прикупљања материјалних доказа.

1.8. Обука полицијских службеника

У борби против злостављања лица лишених слободe, посебна пажња се придаје обуци особља надлежног за спровођење закона. Нема боље гаранције да се од забране злостављања неће одступити, него што је то правилно обучено полицијско особље, способно да своје дужности обавља уз поштовање људских права притвореника и затвореника. Приликом избора кандидата за полицијске послове који захтевају сталан или чест контакт с лицима лишеним слободe, треба поклонити посебну пажњу њиховим склоностима и спретности у опхођењу према људима уопште. Кандидати који су пргави, груби и који не умеју да избегну или изгледе сукобе не би требало да се нађу у улози чувара лица лишених слободe. Наравно, вештине опхођења и комуницирања могу се и научити, али ће те вештине увек боље савладати они који имају природну склоност за складне међуљудске односе.

СРТ сматра да би, при регрутовању особља за спровођење закона, главни фактор требало да буде способност за међуљудску комуникацију, а да би и током обуке посебан акценат требало да се стави на развој међуљудске комуникације, засноване на поштовању људског достојанства. Поседовање таквих умећа омогућава полицијском или затворском службенику да смири ситуацију која би се могла изродити у насилну, односно уопштено гледано, доводи до смањења напетости и подизања квалитета живота у полицијским и затворским установама, у корист свих заинтересованих.¹⁷ Поред тога, полицијска обу-

¹⁷ Извод из 2. општег извештаја [СРТ/Inf (92) 3], пара. 60

ка мора чврсто да успостави принцип да истрага не сме да се креће од осумњиченог према доказима него од доказа према осумњиченом и да материјални докази, прибављени савременим форензичким методима, имају неупоредиво већу вредност него признања изнуђена силом.¹⁸

Закључак

Историјски посматрано, у нормативном погледу учињен је велики напредак на пољу забране злостављања лица лишених слободе. Данас је забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања прокламована на светском и регионалном нивоу, кроз правно обавезујуће конвенције и протоколе, али и кроз препоруке, начела и стандарде. Ово, међутим, представља тек почетак борбе ка спречавању и искорењавању злостављања лица лишених слободе, које се иза затворених врата данас и даље спроводи. Како би се премостио јаз између напретка учињеног у нормативном погледу и дешавања у пракси, важно је да држава на одговарајући начин спроводи усвојене међународне стандарде, како би лицима лишеним слободе омогућила услове којима се не вређа њихово достојанство и заштитила их од злостављања. Закључак који проистиче из анализе Извештаја Европског комитета за спречавање мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, јесте да у праксама бројних држава постоје озбиљни недостаци који стварају ситуације у којима лако долази до злоупотребе моћи службених лица. Кривичноправни системи који се у великој мери ослањају на признање као доказ, стварају стимуланс да службена лица која истражују кривично дело примене физичку или психолошку присилу, а неадекватно обучено полицијско особље је такође један од фактора који угрожава делотворност забране злостављања. Повреда права на обавештавање, адвоката и лекара, сама по себи, не представља злостављање, али овакво ускраћивање контакта са лицима споља представља *incommunicado* притвор, који може утрти пут злостављању. Стога, полазна тачка у спречавању и искорењавању злостављања притвореника мора бити поштовање основних гаранција против злостављања притворених особа, које би требало примењивати од самог момента лишења слободе.

¹⁸ Извештај СРТ – Турска, 2003. године, пара. 38

Библиографија

Aksoy v. Turkey, ECHR (21987/93), 1996, § 83

Extract from the 12th General Report, [CPT/Inf (2002) 15], The CPT standards – “Substantive” sections of the CPT’s General Reports, p. 13, para. 44

Human Rights Watch, *The Legal Prohibition Against Torture*, преузето 06.11.2016. <https://www.hrw.org/news/2003/03/11/legal-prohibition-against-torture#serums>

OHCHR, APT and APF, *Preventing Torture- An Operational Guide for National Human Rights Institutions*, Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, Sydney, 2001

Report of the Committee against Torture: 24/06/93, A/48/44. (Sessional/Annual Report of Committee), Forty-eighth Session, Supplement No. 44 (A/48/44), para.456, p. 72; Concluding observations of the Human Rights Committee: Spain: Spain. 03/04/96, CCPR/C/79/Add.61, para.18; Report of the Committee against Torture, 16/09/98, A/53/44, (Sessional/Annual Report of Committee) Fifty-third session, Supplement No. 44 (A/53/44), paras.131 and 135; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Spain, 5 January 2009, UN Doc. CCPR/C/ESP/CO/5,

Дванаести Општи извештај [CPT/Inf (2002) 15],

Други Општи извештај [CPT/Inf (92) 3],

Извештај CPT – Турска, 2003. године

Извештај CPT – Немачка, 2005. године

Извештај CPT – Србија, 2011. године

Извештај CPT – Србија, 2011. године,

Извештај CPT – Турска, 2003. године

Извештај CPT – Андора, 1998. године

Стандарди CPT-а – “Најбитнији” одељци општих извештаја CPT-а, Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања(CPT),CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2015, преузето 3. 11. 2016. године <http://www.cpt.coe.int/lang/srp/srp-standards.pdf>

Darko Dimovski, PhD

Ana Prokic, LL.M

Ivan Ilić, LL.M

FUNDAMENTAL SAFEGUARDS AGAINST ILL TREATMENT OF DETAINEES

Summary

Although deprivation of liberty does not lead to the automatic loss of other human rights, it creates a situation where abuse of power, often reaching the threshold of torture, inhuman or degrading treatment, is possible. The subject of this paper was significantly influenced by the fact that persons deprived of liberty fall within a particularly risky category, and that the first hours and days of deprivation of liberty, represent situations when it is most likely for torture or similar methods to occur. In order to ensure respect for the human rights of persons under their control, police officers are obliged to comply with both national and international standards of police conduct. In addition to the notification of a third party, the right to counsel and the right to a medical examination, the authors analyze other important measures that ensure the effectiveness of the prohibition of abuse, highlighting the need for fundamental guarantees against ill-treatment to be respected from the outset of deprivation of liberty. The sole aim of the interrogation of detainees must be to obtain accurate and reliable information, not a confession from someone officials perceive as guilty. Properly trained police personnel, able to perform their duties with respect for the human rights of persons deprived of their liberty, is also an important factor in preventing ill treatment, and officials should be regularly and appropriately reminded that any form of harassment, including verbal abuse, is not tolerable and that it will be sanctioned.

The practical significance of this paper lies within the authors' efforts to indicate, through analyzing the reports of the European Committee (CPT), the most important steps that must be taken, in order to reduce the possibility of ill-treatment, to a minimum. This allows for the ban of ill treatment to be regarded in the light of real life conditions, and it contributes to its better understanding and implementation in practice.

Keywords: *detention, persons deprived of liberty, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment (CPT), human rights*

УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНЕ ПОЛИТИКЕ НА ДЕСТАБИЛИЗАЦИЈУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Ма Миодраг Ђујић*

Апстракт: У тренутку настајања УН, тежило се успостављању механизма који ће одговорити изазовима очувања светског мира сузбијањем узрока конфронтације између народа. Институције изграђене на темељима Повеље УН требало је да превазиђу разлике на националном нивоу, а у том подухвату кључну улогу требало је да поведе усаглашена међународна политика. Идеја пацифизма замењена је идејом лидерства, што је утицало на деформацију тих истих институција да уместо гаранције поштовања права буду грубо искоришћена као инструмент у постизању националних циљева. Иако је Римски статут Међународног кривичног суда успео да помири два различита правна система и направи компромис материјалног и процесног кривичног права, то није било довољно да се реализује првобитни пројекат. Проблем се огледа у губљењу лидерства појединих нација, у јачању тзв. „наднационалних“ институција, у чињеници да правда више не сме бити селективна. Настали проблеми могу се превазићи ако се сагледају мотиви на којима они егзистирају, начини злоупотребе институција, објекти на које су усмерени, што би могао да буде добар предуслов за израду превентивних мера деполитизације међународне заједнице.

Кључне речи: међународна политика, Међународни кривични суд, интегритет.

* Тренер-професор Центра за основну полицијску обуку у Сремској Каменици.

Уводна разматрања

Међународна политика у свим етапама људског друштва представљала је поуздано средство за изражавање супротстављених ставова, средство које је неретко коришћено као једини изговор за покретање нових оружаних сукоба. Да би се спречили такви исходи, међународна заједница требало је да обичајне норме учини обавезујућим.

Међутим, у пракси то није лако изводљиво, јер како Поповић примећује: „Сви покушаји, сви планови да се у даљој или ближој прошлости организује међународно друштво остајали су безуспешни.“¹ Међународна политика може бити, и свакако јесте, један од потенцијалних разлога дестабилизације мира у свету, па се с правом поставља питање: да ли постоји довољно јака међународна институција, међународни кривични суд, који је имун на политичке притиске, где без обзира на статус заступника одређене међународне политике увек постојати могућност да због злоупотребе политичке моћи њен носилац сноси одговарајућу санкцију?

Досадашња судска пракса указала је да: „...научни приступ у интеракцији између закона и политике ограничава политички утицај правних институција, постављајући политику међународних кривичних судова дуж уског спектра између ‘чистог преговарања и политичког разлога пресуђивања’.“² Томе се може додати и тврдња Сарторија да „...нас погађају дегенеративни процеси, изнад свега ширење политичке корупције која је таква да корумпира и саму политику.“³ Овакви ставови могу се идентификовати у садржини Римског статута, али и у заобилажењу циљева и начела Повеље УН, где политички опоненти директно нарушавају кредибилитет међународних институција. У смислу садржине Римског статута, потребно је указати на правне празнине, које су погодне тло за реализацију политичких маневара, у домену високе међународне политике, који као такви погодују постизању циљева држава са израженим лидерским претензијама. Постојеће правне празнине биће сагледане у односу на садржину Римског статута, с аспекта пред-

¹ Ђ. Поповић, *Лига Народа: њен постанак, уређење и рад*, Српска књижевна задруга, Поучник VI, Београд, 1930, стр. 23.

² S.C. Roach, *Politicizing the International Criminal Court: The Convergence of Politics, Ethics and Law*, Rowman & Littlefield Publishers Inc, New York, 2006, стр. 64.

³ Ђ. Сартори, *Упоредни уставни инжињеринг: Структуре, подстицаји и исходи*, Филип Вишњић, Београд, 2003, стр. 165.

лога изнетих на Конференцији Римског статута у Кампали 2010. године и евентуално коначних решења којима би се предупредиле могућности деформације материјалне и процесне надлежности Међународног кривичног суда. Поред формалних разлога који се односе на питање Римског статута, потребно је осврнути се и на факторе друштвеног карактера, који утичу на промену свести о нужности постојања Међународног кривичног суда, али исто тако и разлога због којих поједине државне заједнице одступају од претходне ратификације овог уговора. На основу оваквог резоновања тежило би се изградњи премиса које би идентификовале потенцијалне формалноправне потешкоће у приближавању међународне политике одредбама Римског статута, с једне стране, и указале на факторе који утичу на јачање центрипеталних и центрифугалних сила у међународним односима и поштовању норми међународног права, с друге стране.

Однос међународне политике и Римског статута

За разлику од формалних решења о настанку међународних кривичних судова, који су неретко били последица наметнутих политичких аспирација великих сила, током XX века у тзв. *ad hoc* поступцима, Римски статут је представљао еволуцију у смислу уговорно-конститутивног акта који је у самом зачетку требало да искључи постојање било каквог политичког утицаја. Доношењем Римског статута „постојање Међународног кривичног суда променило је ситуацију која је обезбедила барем део концептуалне основе универзалне јурисдикције.“⁴ Универзалност Римског статута огледала се у његовој материјалној и процесној сфери. У материјалном смислу до изражаја је дошла кодификација кривичних дела против међународног права (до тада распршена у обичајима ратовања, хашким и женевским конвенцијама). Иако, чл. 5 Римског статута (у даљем тексту Статут) таксативно одређује кривична дела против међународног хуманитарног права, ипак оставља довољно простора за политичку злоупотребу. Правна празнина састоји се у одредби чл. 123 Статута по коме се оставља довољно дуг период од седам година за дефинисање измена и допуна Статута, као и садржине чл. 5, алудирајући на појмовно одређивање кривичног дела „агресија“.⁵

⁴ J. K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford 2008, p.282.

⁵ Закон о потврђивању статута Међународног кривичног суда, „Службен лист СРЈ – Међународни

Пропуштање дефиниције овог кривичног дела не треба сматрати случајним, јер међународна политика још увек није усмерена ка начелу једнакости међународне заједнице, већ напротив тенденцијама неостварених колонијалних снова. На примеру појединих држава (Ирак, СРЈ, Авганистан, Сирија...) под изговором VII поглавља Повеље УН, извршени су акти тзв. „хуманитарне интервенције“, међутим ти акти не могу да искључе постојање обележја агресије. У оквиру Конференције Римског статута Међународног кривичног суда у Камбали (2010), у контексту измене и допуне Статута, између низа предлога, одређен је и појам агресије.⁶ Проблем је, међутим, када ће се наведена дефиниција имплементирати у садржину Статута. Надовезујући се на питање „агресије“, а у контексту одговорности, Статутом не само да је направљена јасна разлика између индивидуалне (субјективне) одговорности и командне (објективне) одговорности, већ је начињен и корак даље. По први пут: „Статут се примењује једнако на сва лица без прављења разлике... да ли су они носиоци јавне функције или не... председника државе или владе, члана владе или парламента, изабраног представника или владиног службеника...“⁷

Када је реч о процесној сфери једног поступка, акценат се поставља на интеракцију између носилаца функција у Међународном кривичном суду. У случају бивше Југославије, постојало је доста аномалија. У том смислу Касис је указао да тужилаштво и трибунал не само да су смештени у истој згради, већ су повезани и заједничким органима имплицирајући на регистратора, што га је навело на закључак да у њиховом односу постоји привилегован положај за разлику од осталих странака у поступку.⁸ Овакве околности омогућавају спољне притиске, због чега је неопходно извршити јасну поделу, стварањем аутономије свих субјеката у поступку. Ова аномалија је отклоњена одвајањем канцеларије тужилаштва. Спорно остаје питање месне надлежности, јер „уколико се другачије не одлучи, месно надлежни је суд седишта.“⁹ Да ли то значи да Међународни кривични суд у сваком тренутку може превазићи начело комплементарности, под изговором необјективног суђења судова на националном нивоу, преношењем предмета у своју надлежност? Да ли

уговори“ бр. 5/2001 од 27. 6. 2001.

⁶ Article 8. bis Elements of Crimes, International Criminal Court.

⁷ *Оп. цит.* Закон о потврђивању статута Међународног кривичног суда.

⁸ М. Шкулић, *Међународни кривични суд: Надлежност и поступак*, Београд: Центар за публикацију Правног факултета, 2005, стр. 63.

⁹ *Оп. цит.* Закон о потврђивању статута Међународног кривичног суда.

је надлежан за такву одлуку судија Међународног кривичног суда или је његова функција подређена утицају политичких струја у свету?

Утицај међународне политике на функцију Међународног кривичног суда

Однос међународне политике и међународног кривичног суда условљен је свешћу међународне заједнице о поштовању утврђених вредности конципираних Повешљом УН. Оно што ствара проблем у пракси, јесте да се утврђена начела и циљеви Повешље УН користе алтернативно као оправдање за одређивање и предузимање мера према појединим субјектима у међународним односима.¹⁰

Методе које се користе у преусмеравању свести међународне заједнице све више наликују на Хакслијев „Врли нови свет“, јер „*homo sapiens* ће ускоро бити збачен са власти и замениће га *homo videns*, животиња коју је створила телевизија, чији ум више не сачињавају појмови, апстрактне менталне конструкције, већ слике. *Homo videns* – тако каже израз – само ‘види’, а његов хоризонт је ограничен на слике које добија да види.“¹¹ Извртањем свести, посредством монопола над медијима, а под утицајем политичких детерминанти, стварају се околности које погодују подизању оптужнице и без правих аргумената, на фиктивној основи. У том случају неретко се одступа од индивидуалне одговорности, а кривац, односно оптужени, тражи се у етикетирању једног друштвеног ентитета, па чак и народа. Оно што је поражавајуће јесте чињеница да „...приписати умишљање или нехатне радње држави у целини, тј. народу значило би, у крајњој линији, дозволити примену колективних санкција против целог народа, што је у основи неприхватљиво.“¹² Сукоби на простору Руанде, који су захватили централну Африку и проширили се на суседне државе, довољно илуструје дневна штампа у којој се наглашава да је управо „Међународни кривични суд, суд бледоликих“, што се огледа у чињеници да је Међународни кривични суд концентрисан у највећој мери на афрички континент. Утицај међународне политике на Суд, довољно говори чињеница да се међународна заједница ни једног тренутка није запитала шта је довело до оружаних сукоба, ко је

¹⁰ М. Ђујић, *Лига народа и Уједињене нације неприхваћени концепти*, Култура полиса, бр. 32, Нови Сад, 2017, стр. 324.

¹¹ *Оп. цит.* Сартори, стр. 170.

¹² С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2003, стр. 106.

њихов иницијатор и каква је њихова позадина, већ је фокус усмерила искључиво на последице које су ефекат колонијалних претензија. Сходно томе Касис објективно закључује да цела државна заједница може патити од последица неправилног поступка.¹³

Да би се спречила селективна правда и да би истина попримила право обличје, политика треба да је активна у постизању споразума о миру, а суд у санирању последица. Настале последице потребно је сагледати из свих углова – узрока, чињеница и фактора који су им допринели, а након тога и последицама до којих су довели. У супротном, по узору на Ловово тумачење демократије, и Међународни кривични суд неће представљати ништа друго него политичку моду, којим се постижу било који циљеви, чиме се злоупотребљава и добија најразличитији смисао, често противречан, док се на крају не сведе на конвенцијалну фразу, која неће имати никакав смисао.¹⁴

Фактички проблеми политизације Међународног кривичног суда

Интегритет институције, као што је Међународни кривични суд, није у интересу водећих светских држава. Институције „наднационалног“ карактера са обележјима „*erga omnes*“ оспоравају њихову доминантност у међународним односима обуздавајући им на тај начин империјалистички темперамент. Да би сачували свој положај склони су прибегавању изузецима и оспоравању уговорних обавеза. Међутим, појединачна правила често служе за врло различите сврхе, а идентичне сврхе често служе за различита правила.“¹⁵ Изричит противник потписивања и ратификације Римског статута биле су САД, истичући, веома често, као кључан аргумент да се одредбе овог уговора могу злоупотребљавати против њихових држављана који су, између осталог, често учесници „мировних мисија“. Мајкл Масуча, као представник владе Јужноафричке Републике, у изјави за штампу извео је интересантно запажање о томе да је примена Римског статута Међународног кривичног суда контрадикторна са одредбама дипломатског имунитета и привилегија (позивајући се на Бечку конвенцију о уговорном праву из

¹³ A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, Second edition, 2005, стр. 7.

¹⁴ Ф. Лово, *Велике савремене демократије*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1999. стр. 13.

¹⁵ A. Cassese, L. Baig, M. Fan, P. Gaeta, C. Gosnell & A. Whiting, *Cassese's International Criminal Law*, Third edition, Oxford university press, Oxford, 2013, стр. 331.

1969).¹⁶ Наведено образложење био је поуздан разлог за иступање из Афричке уније и поништавање потписа Римског статута за представнике Јужноафричке Републике, Гамбије и Бурундија. Оваквом ставу придружила се и Руска Федерација. Крути ставови о неприхватању надлежности Међународног кривичног суда, говоре у прилог продубљивања „хладног рата“ који је кроз неколико деценија само привидно залеђен. Да би се разумела оваква констатација, потребно је указати на одређене фрагменте геополитичког становишта. Наиме, „током хладног рата Сједињене Државе су биле у центру великог, разноврсног, мултицивилизацијског груписања земаља које су имале заједнички циљ да спрече даље ширење Совјетског Савеза. Ово груписање, познато као „слободни свет“, „Запад“ или „савезници“ укључило је многа, али не сва западна друштва, Турску, Грчку, Јапан, Кореју, Филипине, Израел и, нешто лабавије, остале земље као што су Тајван, Тајланд и Пакистан.“¹⁷ Ескалација учестастих притисака како на војном, тако и на економском плану учестала је између САД и Кине, које се међусобно оптужују и сагледавају једна у другој вечитог ривала у светској доминацији. „Сједињене Државе су дозволиле тајванском председнику Лију да дође у посету, продале су сто педесет Ф-16 Тајвану, означиле Тибет као ‘окупирану северну територију’, оптужиле Кину за злоупотребу људских права, оспориле Пекингу Олимпијске игре 2000, нормализовале односе са Вијетнамом, оптужиле Кину због извоза хемијског оружја у Иран, наметнуле Кини трговинске санкције због продаје ракетне опреме Пакистану и запретиле Кини додатним санкцијама у вези економских питања, истовремено спречавајући пријем Кине у Светску трговинску организацију.“¹⁸

Геополитички циљеви могу се представити примарним разлогом оспоравања функције Међународног кривичног суда, јер исход затегнутих односа врло лако може да прерасте у оружани сукоб међународног карактера, а примери *ad hoc* међународних кривичних судова довољно говоре о правичности суђења за обе стране у сукобу.

Када је реч о мањим државама, улога Међународног кривичног суда има другачију функцију за лидере на регионалном или светском нивоу. Кроз креирање глобализацијске политике и фабриковање оптужница, с

¹⁶ Briefing to the media by Minister Michael Masutha on the matter of International Criminal Court and Sudanese President Omar Al Bashir, 21 October 2016, <http://www.dirco.gov.za/docs/speeches/2016/masu1021.htm>, 11. jun 2017.

¹⁷ С. Хантингтон, *Сукоб цивилизација и преобликовање светског поретка*, Цид – Романов, Подгорица – Бања Лука, 2000, стр. 175.

¹⁸ *Ibidem*, стр. 246–247.

једне стране, савладава се отпор држава које покушавају да сачувају национални идентитет, а с друге стране, на вештачки начин убирају се ресурси и увећава капитал оних који су неретко главни актери и узрочници кривичних дела против међународног хуманитарног права.

Сартори наводи неколико потенцијалних разлога неусклађености међународне политике и њен негативан утицај на међународне институције. По њему, први разлог је криза етике.¹⁹ Етика се може сагледати са аспекта личног интегритета, али и из угла поштовања кодекса професије. Моралне особине личности обично се везују за индивидуалне, породичне и образовне карактеристике субјекта у поступку пред међународним судом. Међутим, када је реч о кодексу професије, Међународни кривични суд не може да се истакне као добар узор, јер ни у једном сегменту Римског статута није нагласио обележја која субјекат треба да поседује. На конференцији одржаној у Кампали, у разматрању недостатака Римског статута, покренуто је питање имплементације „Кодекса судске етике“ (у даљем тексту Кодекс) који је у оквиру једанаест чланова указао на поједине елементе личности судије Међународног кривичног суда. Од свих одредаба, најзвучнију представља чл. 10 Кодекса, где: „Судије не смеју да се баве било каквим вансудским радњама које су неспојиве са њиховом вансудском функцијом... или које могу утицати или могу разумно утицати на њихову независност или непристрасност... Судије не могу вршити никакву политичку функцију.“²⁰ На овај начин направљен је значајан корак ка анулирању етичке кризе, али он је само фрагмент онога што је потребно учинити да се поврати поверење у институције међународне заједнице, јер Суд није једини субјекат у поступку. Други разлог јесте једноставно то што има сувише новца у оптицају, док је трећи разлог то што су трошкови политике постали претерани и у великој мери ван контроле.²¹ Оба разлога су у каузалној вези, јер позадина сваке делатности огледа се у материјалној добити. У оквиру чл. 115 Статута прописано је да се средства обезбеђују из: „Фондова Суда и Скупштине држава чланица... покривају се следећим средствима: (а) прилозима држава-чланица; (б) средствима из фондова Уједињених нација, а по одобрењу Генералне скупштине“²², што није спорно, међутим, нерегуларности су евидентне у чл. 116 Статута, где је наглашено да: „Суд може да обезбеди и искористи, као додатне изворе сред-

¹⁹ *Оп. цит.* Сартори, стр. 169.

²⁰ Code of judicial Ethics, ICC-BD/02-01-05, International Criminal Court.

²¹ *Оп. цит.* Сартори, стр. 169.

²² *Оп. цит.* Закон о потврђивању статута Међународног кривичног суда.

ства, добровољне прилоге влада, међународних организација, индивидуалне прилоге корпорација и друге прилоге, у складу са критеријумом усвојеним од стране Скупштине држава-чланица.²³

Кроз овакве начине финансирања једне институције која треба да је апсолутно независна, логично је да ће се појавити вишак новца, али исто тако он ће бити депонован до реализације одређеног политичког интереса оне државе која као инвеститор захтева одређену противуслугу.

Закључна разматрања

Међународна политика је неизоставни елемент међународних односа, међутим када је реч о Међународном кривичном суду, неопходно је њено ограничење, па чак и потпуно искључивање. Да би се то постигло потребно је очувати кредибилитет Суда, што захтева предузимање неколико мера. Да би Међународни кривични суд могао да има епитет „међународни“ нужно је да у оквиру судског већа буду заступљене судије из свих држава, што је и основни предуслов легитимитета овакве установе. Следећи корак требало би да буде „чиста професионалност“ увођењем Кодекса етике, не само за судије, већ и за основне и супсидијарне субјекте кривичног поступка, као и техничко особље суда, чиме се непосредно утиче на индивидуалну моралну одговорност.

У материјалном смислу, Статут треба да обухвати мере које ће се предузети према свим субјектима у кривичном поступку, које се неће састојати само у дисциплинским мерама (судије, тужилац), већ и у кривичној одговорности за дела против правосуђа, па чак и изрицање мере забране обављања делатности. На тај начин императивном нормом се спречава утицај ван оквира правосудног система.

У контексту дефинисања контролних механизма, везаних за чл. 116 Статута, финансирање међународног суда, потребно је преформулисати постојећу одредбу на тај начин „да се претходно утврди извор финансирања, висина средстава, сврха и место депоновања“. Контролне механизме могли би да представљају одбори сачињени од мешовитих (међународних) комисија, који ће по принципу ротације бити одређивани на одређени период, у складу са интерним актима Суда и од стручног особља Суда.

²³ *Ibidem.*

На овај начин Међународни кривични суд би се дистанцирао од међународне политике, затварајући круг процесних субјеката, чиме би се лако идентификовали сви спољни фактори и чиниоци који покушавају да наруше успостављени поредак.

Ma Miodrag Cujic

Trainer-professor

Center for Basic Police Training in Sremska Kamenica

THE INFLUENCE OF INTERNATIONAL POLITICS TO DESTABILAZE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Final considerations

International policy is an indispensable element of international relations, however, when it comes to the International Criminal Court, its limitations and even desperate exclusion are necessary. In order to achieve this, it is necessary to preserve the credibility of the Court, which requires taking several measures. In order for the International Criminal Court to have the „international“ epithet, it is necessary to be represented by judges from all states within the trial chambers, which is the basic prerequisite for the legitimacy of such an institution.

The next step should be „pure professionalism“ by introducing the Code of Ethics, not only for judges, but also for basic and subsidiary subjects of criminal proceedings, as well as technical staff of the court, which directly affects individual moral responsibility. In the material sense, the Statute should include measures that will be taken against all subjects in criminal proceedings, which will not consist solely of disciplinary measures (judges, prosecutors), but also in criminal responsibility for acts against the judiciary, and even imposing a measure of prohibition Performing activities. In this way, an imperative norm prevents influence outside of the judicial system.

In the context of defining control mechanisms related to art. 116. Statute, financing of an international tribunal, it is necessary to reformulate the

existing provision in that way „to determine the source of funding, the amount of funds, the purpose and the place of supplementation. “ Control mechanisms could be represented by committees made up of mixed (international) commissions, which according to the principle of rotation, will be determined for a certain period, in accordance with the internal acts of the Court and the professional staff of the Court.

In this way, the International Criminal Court would distance itself from international policy, closing the circle of process entities, which would easily identify all external factors and factors that attempt to violate the established order.

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
Драгиша Благић

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.