

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 56/2018

Година XV

ISSN: 1840-0272

Година XV

Број 56/2018

ПРАВНА РИЈЕЧ

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2018.



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, Ирена Мојовић, Церард Селман,
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић, Милош Комљеновић

НАУЧНИ ОДБОР:

Академик проф. др Рајко Кузмановић, предсједник Удружења правника Републике Српске, Академија наука и умјетности Републике Српске (*БиХ*) предсједник; академик проф. др Слободан Перовић, Удружење правника Републике Србије (*Србија*), члан; академик Игор Леонидович Трунов, Руска академија природних наука (*Русија*), члан; академик проф. др Владо Камбовски, Академија наука и умјетности Македоније (*Македонија*), члан; академик проф. др Снежана Савић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; академик проф. др Миодраг Симовић, Уставни суд Босне и Херцеговине (*БиХ*), члан; академик проф. др Витомир Поповић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Жељко Мирјанић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*) члан; проф. др Миле Дмичић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*) члан; проф. др Душко Медић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; проф. др Никола Мојовић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Мирјана Рађеновић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Марко Рајчевић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; проф. др Љубинко Митровић, Омбудсман Босне и Херцеговине (*БиХ*), члан; проф. др Милан Шкулић, Правни факултет Универзитета у Београду (*Србија*), члан; проф. др Добросав Миловановић, Правни факултет Универзитета у Београду (*Србија*) члан; проф. др Маринко Учур, Правни факултет Свеучилишта у Риједи (*Хрватска*), члан; проф. др Жељко Бартуловић, Правни факултет Свеучилишта у Риједи (*Хрватска*), члан; проф. др Драгана Дамјановић, Економски факултет Беч (*Аустрија*), члан; проф. др Драго Радуловић, Правни факултет Подгорица (*Црна Гора*), члан; проф. др Вид Јакулин, Универзитет у Љубљани (*Словенија*), члан

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука, Телефон/факс: 051/212-320

www.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске 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

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Материјално кривично право

Проф. др Драган Јовашевић НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – кривичноправни аспекти	11
Проф. др Љубинко Митровић Мр Драгана Косић УЛОГА ПОЛИЦИЈЕ У ОДУЗИМАЊУ ИМОВИНЕ КОЈА ЈЕ ПРОИСТЕКЛА ИЗВРШЕЊЕМ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	33
Проф. др Вељко Икановић НОВА КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ ИМОВИНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	53
Проф. др Зоран Павловић БРАК И ПОРОДИЦА КАО ОБЈЕКТ ЗАШТИТЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ	69
Доц. др Дарко Радуловић УПОЗНАВАЊЕ ЛИЧНОСТИ УЧИНИОЦА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА КАО ПРЕТПОСТАВКА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ	85
Проф. др Марина Симовић Проф. др Драган Јовашевић РЕХАБИЛИТАЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ: ПОЈАМ, ДЕЈСТВО И КАРАКТЕРИСТИКЕ	103
Проф. др Ведад Гурда ПРАВНА ПРИРОДА И ИЗВРШЕЊЕ ЗАВОДСКЕ МЈЕРЕ УПУЋИВАЊА У ОДГОЈНУ УСТАНОВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	123

Др Николина Грбић Павловић
МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И АЛТЕРНАТИВНО КАЖЊАВАЊЕ
МАЛОЉЕТНИКА ОГРАНИЧЕЊЕМ СЛОБОДЕ 151

Др sc. Ванда Божић
Проф. др Жељко Никач
МЕЂУНАРОДНИ КАЗНЕНОПРАВНИ ОДГОВОРИ НА АКТУАЛНУ
МИГРАНТСКУ КРИЗУ 167

Доц. др Миодраг Букарица
ПРИМЈЕНА ПРАВИЛА О СТИЦАЈУ И ПРОДУЖЕНОМ
КРИВИЧНОМ ДЈЕЛУ ПРАВНОГ ЛИЦА ПРЕМА
КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 187

Јелена Вукадиновић
ЗАКОНСКА ЗАШТИТА ЛИЦА КОЈА ПРИЈАВЉУЈУ
КОРУПЦИЈУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ 203

Мр Драган Балтић
КРАЂА ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ КАО ПОСЕБНО
КРИВИЧНО ДЈЕЛО У НОВОМ КРИВИЧНОМ
ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 225

Ранко Керовић
НУЖНА ОДБРАНА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 243

Кривично процесно право

Проф. др Станко Бејатовић
АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ И
ПОЈЕДНОСТАВЉЕЊЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА КАО
НЕЗАОБИЛАЗНИ ИНСТРУМЕНТИ ДРЖАВНЕ РЕАКЦИЈЕ НА
КРИМИНАЛИТЕТ (СТАЊЕ У СРБИЈИ) 257

Проф. др Драго Радуловић
ПОСТУПАК ЗА ИЗРИЦАЊЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ БЕЗ
ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА КАО УПРОШЋЕНА ПРОЦЕСНА ФОРМА У
КРИВИЧНОПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ ЦРНЕ ГОРЕ 285

Проф. др Војислав Ђурђић
ПРЕУРЕЂЕЊЕ ОСНОВНИХ НАЧЕЛА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И
УПРОШЋЕНЕ ПРОЦЕСНЕ ФОРМЕ307

Академик проф. др Миодраг Н. Симовић
Проф. др Владимир М. Симовић
ДОБРОВОЉНИ ПРИСТАНАК ЗА ПРЕТРЕС У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ У САД И „ИСПРАВНОСТ“ БАЛАНСИРАЊА
СТАНДАРДА У КРИВИЧНИМ ИСТРАГАМА325

Проф. др Саша Кнежевић
Др Иван Илић
ЛЕГИСЛАТИВНА ОСНОВА ЗА ДОСТУПНОСТ ПРАВДЕ У
СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ351

Доц. др Миле Шикман
Др Велибор Бајичић
ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ – НОВИНЕ У ПРАВНОМ
ОКВИРУ И ПРАКТИЧНОМ ПОСТУПАЊУ 371

Др Раденко Јанковић
ИМОВИНСКОПРАВНИ ЗАХТЈЕВ У КАЗНЕНОМ НАЛОГУ401

ДРУГЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ НАУКЕ

Проф. др Миле Матијевић
Мр Марија Маркановић
Мирослав Ђукић
ОПЕРАТИВНИ РАД ПОЛИЦИЈЕ НА БЕЗБЈЕДНОСНОМ СЕКТОРУ
ОСНОВ УСПЈЕШНОГ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА427

Проф. др Урош Пена
КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТ
ПОЛИГРАФСКОГ ИСПИТИВАЊА449

Проф. др Дарко Димовски
Проф. др Миомира Костић
Лука Анђелковић, мср
ГОВОР МРЖЊЕ И СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА У
ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА471

Prof. dr Gál István László THE USE OF ELECTRONIC OPTIC TOOLS IN HUNTING (NIGHT VISION SCOPES, THERMAL CAMERAS)	491
Доц. др Дарко Јокић ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ ОКО УСАГЛАШАВАЊА БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОГ ПРАВНОГ ОКВИРА СА ЗАКОНОМ О ЗАШТИТИ ТАЈНИХ ПОДАТАКА	499
УПУТСТВО АУТОРИМА	521

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Материјално кривично право

УДК 343.851:343.62

doi 10.7251/PR5618011J

Оригинални научни чланак

NASILJE U PORODICI U REPUBLICI SRBIJI

– krivičnopravni aspekti –

Prof. dr Dragan Jovašević*

***Apstrakt:** Na bazi preuzetih međunarodnih standarda koji su sadržani u brojnim dokumentima međunarodnih organizacija univerzalnog i regionalnog karaktera (Savet Evrope, Evropska unija) i Republika Srbija je donošenjem novog krivičnog zakonodavstva 2005. godine i njegovim noveliranjem 2009. i 2016. godine propisala posebno krivično delo nasilje u porodici. Predviđajući krivičnu odgovornost i kažnjivost za najteže oblike nasilja među srodnicima na taj način se i Srbija približila brojnim drugim pravnim i društvenim sistemima u ovom pogledu. U radu se analiziraju pojam i karakteristike krivičnog dela nasilja u porodici u Republici Srbiji na bazi međunarodnih standarda sa teorijskog i praktičnog aspekta.*

***Ključne reči:** međunarodni standardi, zakon, nasilje u porodici, krivično delo, odgovornost, kazna.*

Uvod

Iako je od najstarijih vremena, ne samo u našoj državi, već i u drugim državama prisutno nasilje u različitim oblicima i vidovima ispoljavanja, ipak tek u poslednje vreme pojačanu pažnju zakonodavca, nadležnih državnih organa, stručne i opšte javnosti zaokuplja nasilje u porodici ili porodičnoj

* Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Trg kralja Aleksandra 11, 18000 Niš, Republika Srbija, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

zajednici. To je i razumljivo jer se radi o specifičnim, često perfidnim, više-manje prikrivenim oblicima fizičkog, psihičkog, ekonomskog, seksualnog ili sličnog nasilja između bliskih srodnika ili lica u partnerskim odnosima. I pored toga, tek u 21. veku u Republici Srbiji se preduzimaju organizovani društveni naponi da se spreče i suzbiju ovi oblici protivpravnog, nedozvoljenog, zabranjenog ponašanja između članova iste porodice ili porodične zajednice, bez obzira na to da li je srodstvo zasnovano na krvnoj ili adoptivnoj vezi.

Tako je nasilje u porodici kao samostalno krivično delo uvedeno tek 2002. godine novelom Krivičnog zakona Republike Srbije (iz 1977. godine), da bi Porodični zakon iz 2005. godine definisao ovu pojavu predviđajući sistem preventivnih mera za njeno sprečavanje. Krivični zakonik Republike Srbije iz 2005. godine sa novelama iz 2009. i 2016. godine propisuje krivičnu odgovornost i kažnjivost za nasilje u porodici u osnovnom, posebnom i težim oblicima ispoljavanja. I konačno, sistem preventivnih mera i pojačanu zaštitu i podršku žrtvama nasilja u porodici pruža Zakon o sprečavanju nasilja u porodici iz 2016. godine. Sva ova zakonska rešenja svoje uporište imaju u nizu relevantnih međunarodnih dokumenata regionalnog karaktera. Time je otpočela nova stranica u sistemu porodičnog i krivičnog prava naše republike u suprotstavljanju, sprečavanju i suzbijanju različitih oblika i vidova nasilja u porodici.

Nasilje u porodici i međunarodni standardi

Nasilje u porodici¹ je od najstarijih vremena prisutno u ljudskoj i društvenoj stvarnosti. No, svest o potrebi kažnjavanja za ovakva protivpravna i nedopuštena ponašanja je tek novijeg datuma. Ona je, u prvom redu, rezultat nastojanja da se na širem planu, prvo u međunarodnoj zajednici, a potom i u pojedinim državama, podigne svest o potrebi zaštite svakog člana porodice i svih zajedno od svih oblika nasilja (fizičkog, psihičkog, verbalnog, seksualnog i dr.). Tako je na nivou međunarodne zajednice² doneto više međunarodnih konvencija, preporuka i smernica.

Najznačajniji akt³ koji predstavlja osnovu za efikasnu borbu protiv nasilja u porodici jeste Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici⁴, koja je doneta u Istanbulu

¹ A. K. Kelly, *Domestic violence and the politics of privacy*, Ithaca, 2003, str. 89–92.

² B. Pavišić, T. Bubalović, *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka, 2013, str. 67–74.

³ D. Jovašević, V. Ikanović, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2015, str. 98–105.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori“ broj 12/2013.

11. maja 2011. godine. Ova konvencija se odnosi na sve vidove nasilja nad ženama, uključujući i nasilje u porodici, koje žene pogađa nesrazmerno i to kako u doba mira, tako i u doba rata (oružanog sukoba). U članu 3 odredila je pojam nasilja i njegovih pojedinih oblika i vidova ispoljavanja⁵. Tako „nasilje nad ženama“ označava kršenje ljudskih prava, ali i oblik diskriminacije nad ženama. Kao takav, on označava sva dela rodno zasnovanog nasilja koja dovode ili mogu da dovedu do: fizičke, seksualne, psihičke, odnosno, finansijske povrede ili patnje za žene, obuhvatajući i pretnje takvim delima, prinudu ili proizvoljno lišavanje slobode, bilo u javnosti, bilo u privatnom životu. Kao „nasilje u porodici“ određuje se svako delo fizičkog, seksualnog, psihičkog, odnosno ekonomskog nasilja do kojeg dolazi u okviru porodice ili domaćinstva, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika ili partnera, nezavisno od toga da li učinilac deli ili je delio isto boravište sa žrtvom, dok je „rodno zasnovano nasilje nad ženama“ nasilje koje je usmereno protiv žene zato što je žena, odnosno ono koje nesrazmerno pogađa žene (pri čemu pojam „žena“ uključuje i devojke – decu uzrasta ispod 18 godina života)⁶.

Istanbulska konvencija⁷ je, pored određivanja pojma i karakteristika nasilja u porodici, nasilja nad ženama i rodno zasnovanog nasilja, propisala i druga različita protivpravna, zabranjena i kažnjiva ponašanja koja preporučuje državama potpisnicama Konvencije da ih inkriminiše u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu i propiše određenu vrstu i meru kazne za njihove učinioce. U ta specifična krivična dela spadaju⁸: 1) psihičko nasilje (član 33) obuhvata svako namerno ponašanje, koje ozbiljno narušava psihički integritet nekog lica prinudom, odnosno pretnju takvim ponašanjem, 2) proganjanje (član 34) je namerno ponašanje ponavljanjem pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se ono plaši za svoju bezbednost, 3) fizičko nasilje (član 35) čine namerno izvršena dela fizičkog nasilja nad drugim licem i 4) seksualno nasilje, uključujući silovanje (član 36) obuhvata različite vidove namernog ponašanja kao što su: a) vaginalna, analna ili oralna penetracija seksualne prirode na telu drugog lica bez njenog, odnosno njegovog pristanka, korišćenjem bilo kog dela tela, odnosno predmeta, b) druge seksualne radnje sa licem bez njenog, odnosno njegovog pristanka i c) navođenje drugog lica na pokušaj seksualnih radnji sa trećim licem bez njenog, odnosno njegovog pristanka. Pri tome se smatra da pristanak mora da bude dobrovoljan, te da je nastao kao ishod slobodne volje lica što se kao faktičko pitanje procenjuje u

⁵ B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010, str. 111–113.

⁶ D. Jovašević, *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*, Niš, 2010, str. 78–86.

⁷ B. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006, str. 78–87.

⁸ D. Jovašević, *Nasilje u porodici*, Beograd, 2018, str. 45–58.

svakom konkretnom slučaju. Ova dela mogu da budu izvršena nad sadašnjim ili bivšim supružnicama ili partnerkama,

Na bazi standarda iz Konvencije iz Istanbula brojna savremena (porodična i kaznena) zakonodavstva predviđaju razuđen sistem mera za zaštitu od nasilja u porodici, kao i krivičnu odgovornost njihovih učinilaca. U Republici Srbiji je zaštita od nasilja u porodici uređena sledećim zakonima: a) Porodičnim zakonom⁹, b) Krivičnim zakonikom¹⁰ i c) Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici¹¹.

Nasilje u porodici u vankrivičnom zakonodavstvu Srbije

1. Uvod

Različiti oblici i vidovi ispoljavanja nasilja u porodici su u Republici Srbiji, iako prisutni od najstarijih vremena pisane pravne istorije, tek marta 2002. godine dobili „pravo građanstva“ kao samostalno krivično delo prilikom noveliranja Krivičnog zakona Republike Srbije¹² koji je donet davne 1977. godine. Tom prilikom je u članu 118a KZ RS propisano krivično delo nasilja u porodici u osnovnom i težim, kvalifikovanim oblicima¹³. Potom je Porodični zakon iz 2005. godine u članu 197 odredio pojam i karakteristike nasilja u porodici, njegove učinioce i sistem mera za njegovo sprečavanje i suzbijanje. I konačno, tek je Krivični zakonik iz septembra 2005. godine odredio pojam i karakteristike osnovnog, posebnog (koje je brisano 2016. godine) i težih oblika ovog krivičnog dela, ali i posebno krivično delo – teško ubistvo iz člana 114 KZ RS – u obliku ubistva člana svoje porodice koje je prethodno zlostavljano. I na kraju, novembra 2016. godine donet je specijalan Zakon o sprečavanju nasilja u porodici¹⁴ koji određuje pojam nasilja u porodici, vrste subjekata, način, mere i postupak primene preventivnih („hitnih“) mera za sprečavanje različitih oblika i vidova ispoljavanja nasilja u porodici, te prekršaje kojima se propisuje odgovornost za kršenje ovog zakona.

⁹ „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 18/2005.

¹⁰ „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

¹¹ „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 94/2016.

¹² „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 10/2002.

¹³ M. Tejić, V. Nikolić Ristanović, M. Dokmanović, *Pravna regulativa o nasilju u porodici u Srbiji i međunarodni standardi*, Novi Sad, 2007, str. 117–128.

¹⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 94/2016.

2. Krivičnopravna zaštita braka i porodice

Krivična dela protiv braka i porodice su u Republici Srbiji propisana u Krivičnom zakoniku iz 2005. godine u glavi devetnaest, u odredbama članova 187–197¹⁵. Objekt zaštite¹⁶ krivičnih dela iz glave devetnaest je dvojako određen kao: a) brak i b) porodica. To su osnovne ljudske i društvene vrednosti koje čine zajednicu života ljudi zasnovanu na ljubavi, osećanjima i srodstvu. Brak je zakonom uređena zajednica života muškarca i žene koji se zaključuje na osnovu slobodnog pristanka budućih supružnika na način i po postupku koji su uređeni odredbama Porodičnog zakona. Ovo je najuža i najintimnija zajednica iz koje nastaje porodica, koja je povezana krvno, emotivno, interesno i materijalno. Porodični zakon je u članu 4 odredio da vanbračna zajednica predstavlja trajniju zajednicu života žene i muškarca između kojih nema bračnih smetnji pri čemu vanbračni partneri imaju sva prava i dužnosti supružnika.

Društvena uloga braka, vanbračne zajednice i porodice je velika i ona se ogleda u stvaranju, podizanju i vaspitanju potomstva. Stoga su odnosi u njima precizno uređeni Porodičnim zakonom koji reguliše: pojam, karakteristike i odnose u braku, sklapanje, dejstvo i prestanak braka, odnose roditelja i dece, usvojenje, hraniteljstvo, starateljstvo, izdržavanje, imovinske odnose, zaštitu od nasilja u porodici, lično ime i postupak u vezi sa porodičnim odnosima. Pored zakonskog regulisanja odnosa u braku i porodici, njima se pruža zaštita i putem niza društvenih ustanova: bračna i porodična savetovaništa, centri za socijalni rad, fondovi za dečju zaštitu itd. Pravom se ipak ne mogu regulisati ni zaštititi svi odnosi u braku i porodici, jer se radi o najintimnijoj sferi ljudske ličnosti, o odnosima supružnika koji se zasnivaju na ljubavi i osećanjima. U ovoj grupi krivičnih dela, zakon predviđa manji broj dela kojima se štiti punovažnost i pravna valjanost zaključenja braka. Znatno je više krivičnih dela kojima se štiti porodica, njena društvena funkcija i odnosi roditelja i dece.

Brak kao ravnopravna zajednica muškarca i žene ne isključuje protivpravnost kod pojedinih ponašanja kojima se ograničava ili oduzima sloboda, povređuje pravo na ličnu ili drugu tajnu ili drugo dobro koje je inkriminisano. No, postojanje braka ili srodstva može da bude relevantno i u krivičnom pravu. Tako se članovi bračne, odnosno vanbračne zajednice ne mogu javiti kao učinioci krivičnih dela protiv pravosuđa (neprijavlјivanje

¹⁵ D. Jovašević, *Krivični zakonik sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2007, str. 17.

¹⁶ D. Jovašević, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2017, str. 142.

pripremanja krivičnog dela iz člana 331 KZ, neprijavljivanje krivičnog dela ili učinioca iz člana 332 KZ i pomoć učiniocu posle izvršenog krivičnog dela iz člana 333 KZ), dok se kod krivičnih dela protiv imovine (krađa iz člana 203 KZ, teška krađa iz člana 204 KZ, prevara iz člana 208 KZ, neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila iz člana 213 KZS, zloupotreba poverenja iz člana 216 KZ i prikrivanje iz člana 221 KZ) koja su učinjena između bliskih srodnika (tzv. porodična krivična dela) i gonjenje se preduzima po privatnoj tužbi oštećenog, a ne po službenoj dužnosti.

Veći broj ovih krivičnih dela ima blanketni karakter što znači da je za upotpunjavanje i razumevanje sadržine njihovog bića potrebno koristiti odredbe Porodičnog zakona budući da se radnja izvršenja sastoji u postupanju protivno njegovim odredbama. Za izvršenje ovih krivičnih dela potreban je umišljaj. Veći broj ovih krivičnih dela ima karakter *delicta propria*, jer mogu biti izvršena samo od strane određenih lica, lica sa posebnim ličnim svojstvom ili odnosom.

U okviru krivičnih dela protiv braka i porodice po svom značaju, prirodi, karakteristikama i specifičnostima izdvaja se nasilje u porodici¹⁷. Ovo krivično delo je danas propisano u članu 194 KZ¹⁸.

3. Nasilje u porodici u Porodičnom zakonu

U članu 197 Porodičnog zakona iz februara 2005. godine određeni su pojam i obeležja nasilja u porodici¹⁹. Prema ovom, zakonskom rešenju, nasilje u porodici je svako ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice. Tako nasilje u porodici u Republici Srbiji naročito predstavljaju sledeće radnje: 1) nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede, 2) izazivanje straha pretnjom ubistva ili nanošenjem telesne povrede članu porodice ili njemu bliskom licu, 3) prisiljavanje na seksualni odnos, 4) navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo četrnaest godina života ili nemoćnim licem, 5) ograničavanje slobode kretanja ili komuniciranja sa trećim licima i 6) vređanje kao i svako drugo drsko, bezobzirno ili zlonamerno ponašanje.

U članu 198 Porodični zakon predviđa posebne mere kojima se

¹⁷ D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*, Beograd, 2003, str. 219–220.

¹⁸ I. Simić, M. Petrović, *Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena*, Beograd, 2002, str. 117.

¹⁹ M. Ajduković, S. Pavleković, *Određenje i oblici nasilja u obitelji*, Zagreb, 2004, str. 17–129.

privremeno zabranjuje ili ograničava održavanje ličnih odnosa sa drugim članom porodice. To su mere preventivnog karaktera²⁰ koje treba da spreče da uopšte dođe do nasilja u porodici kao krivičnog dela. Ove mere mogu da traju najduže godinu dana. Kršenjem ovih mera²¹ član porodičnog domaćinstva može da izvrši poseban oblik krivičnog dela nasilja u porodici iz člana 194 KZ. Za ovo je krivično delo od septembra 2009. godine propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine i novčana kazna kumulativno (pri čemu je Krivični zakonik za ovo delo u periodu od januara 2006. do septembra 2009. godine propisivao blažu kaznu i to novčanu kaznu ili kaznu zatvora do šest meseci).

4. Nasilje u porodici u „specijalnim“ zakonima država u okruženju

Na sličan način pojam i karakteristike nasilja u porodici određuju i drugi „specijalni“ zakoni iz našeg okruženja. Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji²² Republike Hrvatske iz 2009. godine je u oblast kaznenopravne zaštite od nasilja u porodici doneo radikalne izmene. Naime, posle njegovog usvajanja i početka primene iz Kaznenog zakona²³ iz 1997. godine, iz glave šesnaest pod nazivom: „Krivična dela protiv braka, porodice i mladeži“ brisana je odredba člana 215a KZ pod nazivom: „Nasilničko ponašanje u obitelji“. Ovo se krivično delo iz člana 215a KZ sastojalo u dovodenju drugog člana svoje porodice u ponižavajući položaj nasiljem, zlostavljanjem i osobito drskim ponašanjem člana porodice. Za ovo je delo bila propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina²⁴.

Donošenjem novog Kaznenog zakona²⁵ Republika Hrvatska je 2011. godine iz glave osamnaest pod nazivom: „Krivična dela protiv braka porodice i dece“ izostavila krivično delo nasilja u porodici. U osnovi ovog rešenja su se nalazila dva razloga: a) doneti *lex specialis* – Zakon o zaštiti od nasilja u porodici (obitelji) i b) presuda Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu

²⁰ N. Petrušić, S. Konstantinović Vilić, *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravosudnoj praksi Srbije*, Niš, 2010, str. 48–59.

²¹ S. Jovanović, *Pravna zaštita od nasilja u porodici*, Beograd, 2010, str. 114–128.

²² „Narodne novine Republike Hrvatske“ broj 137/2009.

²³ „Narodne novine Republike Hrvatske“ broj 110/1997, 27/1998, 129/2000, 51/2001, 105/2004, 84/2005, 71/2006 i 110/2007.

²⁴ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007, str. 534–536.

²⁵ „Narodne novine Republike Hrvatske“ broj 125/2011, 144/2012, 56/2015 i 61/2015.

u predmetu Maresti protiv Hrvatske²⁶. Tako je sada u Republici Hrvatskoj nasilje u porodici od 2009. godine propisano Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici. Ovaj zakon određuje pojam nasilje u porodici, kao i krug lica koja se smatraju članovima porodice. Inače, svrha je donošenja ovog zakona bila određena kao prevencija, sankcionisanje i suzbijanje svih vrsta nasilja u porodici primenom odgovarajućih mera prema njegovom učiniocu, kao i ublažavanje posledica već izvršenog nasilja pružanjem zaštite i pomoći žrtvi nasilja.

Nasilje u porodici shodno odredbi člana 4 Zakona predstavlja svaki oblik telesnog, psihičkog, polnog ili ekonomskog nasilja, a naročito: a) telesno nasilje, odnosno primena fizičke sile bez obzira na to da je li nastupila telesna povreda ili nije, b) telesno kažnjavanje i drugi načini ponižavajućeg postupanja prema deci u vaspitne svrhe, c) psihičko nasilje, odnosno primena psihičke prinude koja je prouzrokovala osećaj straha, ugroženosti, uznemirenosti ili povrede dostojanstva, verbalno nasilje, verbalni napadi, vređanje, psovanje, nazivanje pogrđnim imenima ili na drugi način grubo verbalno uznemiravanje, praćenje ili uznemiravanje preko svih sredstava za komuniciranje ili preko elektronskih i pisanih medija ili na drugi način ili komuniciranja s trećim licima, protivpravna izolacija ili ugrožavanje slobode kretanja, d) polno nasilje, odnosno polno uznemiravanje i e) ekonomsko nasilje pod kojim se podrazumeva oštećenje ili uništenje lične i zajedničke imovine ili zabrana ili onemogućavanje korišćenja lične i zajedničke imovine ili pokušaj da se to učini, te oduzimanje prava ili zabrana raspolaganja ličnim prihodima ili imovinom stečenom ličnim radom ili nasleđivanjem, onemogućavanje zapošljavanja ili rada, prisiljavanje na ekonomsku zavisnost, uskraćivanje sredstava za održavanje zajedničkog domaćinstva i brigu o deci ili drugim izdržavanim članovima zajedničkog domaćinstva.

Pri tome je sam Zakon odredio pojam članova porodice (koji mogu biti učinioci, odnosno žrtve nasilja u porodici). Tako prema članu 3 Zakona, porodicu čine: a) žena i muškarac u braku, njihova zajednička deca, kao i deca svakog od njih, b) žena i muškarac u vanbračnoj zajednici, deca svakog od njih i njihova zajednička deca, c) srodnici po krvi u pravoj liniji bez ograničenja, d) srodnici po krvi u pobočnoj liniji zaključno s trećim stepenom, e) srodnici po tazbini zaključno s drugim stepenom u bračnoj i vanbračnoj zajednici, f) lica koja imaju zajedničku decu, g) usvojlac i usvojenik i h) staralac, korisnik smeštaja u staralačkoj porodici i članovi njihovih porodica dok takav odnos traje. Takođe, porodicu čine i žena i muškarac koji su živeli zajedno u bračnoj

²⁶ K. Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013, str. 226.

ili vanbračnoj zajednici, deca svakog od njih i njihova zajednička deca, ukoliko su nakon prekida bračne ili vanbračne zajednice povod sukoba bili bivši bračni ili vanbračni odnosi.

Na sličan način postupa i zakonodavstvo Crne Gore. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici²⁷ u Republici Crnoj gori iz 2010. godine u članu 2 definiše nasilje u porodici kao činjenje ili nečinjenje člana porodice kojim se ugrožava fizički, psihički, seksualni ili ekonomski integritet, mentalno zdravlje i spokojstvo drugog člana porodice, bez obzira na mesto gde je delo učinjeno. Kao članovi porodice, odnosno učinioci i žrtve ovog dela, shodno članu 3 se smatraju: a) supružnici ili bivši supružnici, njihova deca i deca svakog od njih, b) vanbračni supružnici ili bivši vanbračni supružnici, bez obzira na trajanje vanbračne zajednice, njihova deca i deca svakog od njih, c) krvni srodnici i srodnici iz potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, d) srodnici iz nepotpunog usvojenja, e) tazbinski srodnici zaključno sa drugim stepenom u bračnoj ili vanbračnoj zajednici, f) lica koja žive u istom porodičnom domaćinstvu, bez obzira na srodstvo i g) lica koja imaju zajedničko dete ili je dete začeto.

Oblici nasilja u porodici su određeni u članu 8 Zakona. Tako se ugrožavanjem fizičkog, psihičkog, seksualnog ili ekonomskog integriteta, mentalnog zdravlja i spokojstva drugog člana porodice smatra se posebno ako član porodice: 1) upotrebi fizičku silu, bez obzira na to da li je nastupila telesna povreda drugog člana porodice, 2) preti napadom ili izaziva opasnost koja može prouzrokovati osećaj lične nesigurnosti ili psihički bol drugog člana porodice, 3) verbalno napada, psuje, naziva pogrdnim imenom i na drugi način vređa drugog člana porodice, 4) ograničava drugom članu porodice slobodu komuniciranja sa trećim licima, 5) iscrpljuje radom, uskraćuje san i drugu vrstu odmora, preti izbacivanjem iz stana i oduzimanjem djece, 6) seksualno uznemirava drugog člana porodice, 7) uhodi i na drugi način grubo uznemirava drugog člana porodice, 8) oštećuje ili uništava zajedničku imovinu ili imovinu drugog člana porodice ili pokušava da to učini, 9) uskraćuje osnovna sredstva za egzistenciju drugom članu porodice, 10) drskim ponašanjem ugrožava porodični mir člana porodice sa kojim ne živi u porodičnoj zajednici. Ugrožavanjem fizičkog, psihičkog, seksualnog ili ekonomskog integriteta, mentalnog zdravlja i spokojstva drugog člana porodice smatra se i ako član porodice ne vodi dovoljno brigu o: 1) ishrani, higijeni, odevanju, medicinskoj zaštiti ili redovnom pohađanju škole ili ne sprečava dete u štetnom druženju, skitnji, prosjačenju ili krađi ili na drugi način u većoj mjeri zanemaruje podizanje i vaspitanje djeteta i 2) ishrani, higijeni, odevanju ili medicinskoj

²⁷ „Službeni list Crne Gore“ broj 46/2010.

zaštiti drugog člana porodice o kome je dužan da se stara, a kome je potrebna posebna pomoć zbog bolesti, invaliditeta, starosti ili drugih ličnih svojstava zbog kojih nije sposoban da se stara o sebi. Težim oblikom nasilja u porodici smatra se prikrivanje člana porodice sa posebnim potrebama.

I Federacija Bosne i Hercegovine je donela poseban Zakon o zaštiti od nasilja u porodici. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici²⁸ Federacije Bosne i Hercegovine iz 2013. godine uređuje: zaštitu od nasilja u porodici, pojam porodice i pojam nasilja u porodici, vrstu i svrhu zaštitnih mera za lica koja su izvršila radnje nasilja u porodici, način i postupak izricanja zaštitnih mera, zaštitu žrtava od nasilja u porodici, kao i međusobnu povezanost svih subjekata koji su u funkciji zaštite od nasilja u porodici. U članu 7 definisan je pojam nasilja u porodici. Tako nasilje u porodici postoji ukoliko ima osnova sumnje da su učinjene radnje kojima član porodice nanosi fizičku, psihičku ili seksualnu bol ili patnju i/ili ekonomsku štetu, kao i pretnje koje izazivaju strah od fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja i/ili ekonomske štete kod drugog člana porodice.

Radnje nasilja u porodici ili pretnje tim radnjama jesu²⁹: 1) svaka primjena fizičke sile na fizički ili psihički integritet člana porodice, 2) svako postupanje jednog člana porodice koje može prouzrokovati ili izazvati opasnost da će prouzrokovati fizičku ili psihičku bol ili patnju, 3) prouzrokovanje straha ili lične ugroženosti ili povrede dostojanstva člana porodice ucenom ili drugom prinudom, 4) fizički napad člana porodice na drugog člana porodice, bez obzira na to da li je nastupila fizička povreda ili nije, 5) verbalni napad, vređanje, psovanje, nazivanje pogrđnim imenima, te drugi načini grubog uznemiravanja člana porodice od drugog člana porodice, 6) seksualno uznemiravanje, 7) uhođenje i svi drugi slični oblici uznemiravanja drugog člana porodice, 8) oštećenje ili uništenje zajedničke imovine ili imovine u posedu, 9) upotreba fizičkog nasilja ili prouzrokovanje straha sa ciljem oduzimanja prava na ekonomsku nezavisnost zabranom rada ili držanjem člana porodice u odnosu zavisnosti ili podređenosti, 10) upotreba fizičkog i psihičkog nasilja prema deci i zanemarivanje u njihovom vaspitanju, 11) fizičko i psihičko nasilje prema starim, iznemoglim licima i zanemarivanje u pružanju nege i lečenju prema njima, 12) nasilna izolacija ili ograničenje slobode kretanja člana porodice i 13) propuštanje dužne pažnje i nepružanje pomoći i zaštite članu porodice i pored zakonom propisanih obaveza.

Član 6 Zakona određuje pojam porodice i odnose u porodici. Prema ovom zakonskom rešenju, porodicu čine: 1) bračni i vanbračni partneri i

²⁸ „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“ broj 20/2013.

²⁹ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Sarajevo, 2016, str. 331–332.

njihova deca (zajednička ili iz ranijih zajednica), 2) srodnici: krvni srodnici i srodnici iz odnosa potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, očuh, maćeha, usvojenik i usvojilac iz odnosa nepotpunog usvojenja, srodnici po tazbini zaključno sa drugim stepenom, 3) staralac i šticećenik, hranilac i hranjenik, 4) bivši bračni i vanbračni partneri i njihova deca (zajednička ili iz ranijih zajednica) i njihovi roditelji, uključujući očuha i maćehu. Odnosi među članovima porodice zasnivaju se na humanim principima koji podrazumevaju međusobno poštovanje, pomaganje, privrženost, održavanje skladnih odnosa uz razvijanje i ispoljavanje najboljih osobina, pri tome imajući u vidu posebno obavezu zaštite dece, poštovanje ravnopravnosti polova i dobrovoljnost stupanja u brak i vanbračnu zajednicu.

Nasilje u porodici u krivičnom zakonodavstvu Srbije

1. Uvod

U Krivičnom zakoniku Republike Srbije iz 2005. godine u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice, u glavi devetnaest, predviđeno je u članu 194 krivično delo nasilje u porodici. U uporednom zakonodavstvu se ovo krivično delo pojmovno šire određuje, pa se za njegovo određenje koriste naslovi: „Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici“ (član 190 Krivičnog zakonika Republike Srpske³⁰ ili član 220 Krivičnog zakonika Crne Gore³¹). Neka zakonodavstva ovo krivično delo ne određuju u Krivičnom zakonu (zakoniku), već u sporednom zakonodavstvu (npr. zakonima o zaštiti od nasilja u porodici iz 2009. godine – Hrvatska). Posle novele Krivičnog zakonika iz 2009, odnosno 2016. godine, ovo krivično delo ima sledeću sadržinu, oblike ispoljavanja i karakteristike koji su upodobljeni prihvaćenim međunarodnim standardima u ovoj oblasti.

U najvećoj meri ovo krivično delo je po svojim obeležjima slično inkriminaciji iz člana 118a KZ, sem što su ovaj put propisane znatno strože kazne za učinioce takvog dela. Takođe, pored ovog zakonskog pojma, nasilje u porodici³² određuje i Porodični zakon, pri čemu se ova dva pojma razlikuju

³⁰ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 64/2017.

³¹ „Službeni list Republike Crne Gore“ broj 70/2003, 23/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 58/2015 i 44/2017.

³² M. Kuzman, G. Pavleković, *Nasilje nad ženom u obitelji*, Zagreb, 2004, str. 213–221.

u pogledu: 1) radnje izvršenja i 2) svojstva učinioca, odnosno pasivnog subjekta (žrtve). Samo krivično delo nasilje u porodici sastoji se u primeni nasilja, pretnji da će se napasti na život ili telo, drskom ili u bezobzirnom ponašanju čime se ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice³³. Pored ovako određenog pojma nasilja u porodici³⁴ u smislu odredaba krivičnog prava, i porodično pravo, kao što je rečeno, u članu 197 Porodičnog zakona određuje pojam i obeležja nasilja u porodici.

2. Osnovni oblik krivičnog dela

Objekt zaštite kod krivičnog dela nasilje u porodici je telesni i duševni integritet i dostojanstvo ličnosti člana porodice. Ovo je posebni, specijalni oblik krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti³⁵.

Radnja izvršenja³⁶ je, prema slovu zakona, izražena upotrebom trajnog glagolskog oblika što znači da delo postoji bez obzira na to da li je delatnost činjenja preduzeta jednom ili više puta prema istom pasivnom subjektu, pri čemu broj ponovljenih radnji može biti od značaja za odmeravanje kazne učiniocu³⁷. Radnja izvršenja se prema slovu zakona sastoji iz više alternativno predviđenih delatnosti³⁸. To su³⁹: 1) primena nasilja, 2) pretnja da će se napasti na život ili telo i 3) drsko ili bezobzirno ponašanje. Nasilje⁴⁰ je svaka delatnost kojom se neposredno, blisko i stvarno ugrožava telesni i duševni integritet pasivnog subjekta. To je radnja kojom se prouzrokuje opasnost od nastupanja telesne povrede. Ona može biti preduzeta različitim delatnostima, na različite načine i različitim sredstvima. Pretnja je stavljanje u izgled (najava) da će se neposredno napasti na život ili telesni integritet. Ovde se radi o kvalifikovanoj pretnji – stavljanjem u izgled nanošenja posledice smrti ili telesne povrede. Pretnja mora biti neposredna, stvarna, moguća, ozbiljna i neotklonjiva⁴¹. Drsko ili bezobzirno ponašanje je svako ponašanje kojim se grubo, vulgarno, nepristojno ponaša prema drugom licu⁴².

³³ D. Jovašević, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2017, str. 147.

³⁴ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka, 2018, str. 438–439.

³⁵ M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, Posebni deo*, Banja Luka, 2008, str. 150–152.

³⁶ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka, 2017, str. 238–239.

³⁷ Đ. Đorđević, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2014, str. 84–85.

³⁸ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, Beograd, 2016, str. 168.

³⁹ N. Petković, Z. Pavlović, *Zlostavljanje i zanemarivanje dece u Srbiji*, Beograd, 2016, str. 222–225.

⁴⁰ I. Simić, M. Petrović, *Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena*, Beograd, 2002, str. 117.

⁴¹ Lj. Lazarević, B. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004, str. 560–562.

⁴² Ovo krivično delo postoji u sledećim slučajevima iz sudske prakse: kada je optuženi u više navrata

Za postojanje dela bitno je da se radnja preduzima prema određenom pasivnom subjektu – članu svoje porodice⁴³. Kao član porodice u smislu Porodičnog zakona (član 197 stav 3) smatraju se: 1) supružnik ili bivši supružnik, 2) deca, roditelji i ostali krvni srodnici, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo, 3) lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu, 4) vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri⁴⁴ i 5) lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu. Na nešto drugačiji način Krivični zakonik u članu 112 stav 28 određuje članove porodice koji mogu biti pasivni subjekt u smislu ovog krivičnog dela. Prema tom zakonskom rešenju, kao članovi porodice smatraju se: 1) supružnici i njihova deca, 2) preci supružnika u pravoj liniji krvnog porekla, 3) vanbračni partneri i njihova deca, 4) usvojlac i usvojenik, 5) hranilac i hranjenik, 6) braća i sestre, njihovi supružnici i deca, 7) bivši supružnici i njihova deca, 8) roditelji bivših supružnika ako žive u zajedničkom domaćinstvu i 9) lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.

Posledica krivičnog dela⁴⁵ se javlja u vidu konkretne opasnosti – ugrožavanja spokojstva (izazivanje straha u smislu ugrožavanja osećanja lične sigurnosti), telesnog integriteta ili duševnog stanja. Izvršilac dela može biti samo član porodice pasivnog subjekta – *delictum proprium*, a u pogledu krivice potreban je umišljaj.

Za osnovni oblik ovog krivičnog dela propisana je kazna zatvora od tri meseca do tri godine⁴⁶.

svoje osmomesечно dete koje je plakalo tukao i tako mu naneo prelome kostiju lobanje sa oštećenjem po život važnih moždanih funkcija (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1572/2003); kada je pri povređivanju telesnog integriteta člana porodice okrivljeni koristio sredstvo koje je podobno da se telo teško povredi kada je svojoj vanbračnoj supruzi u vaginu gurao pivsku flašu i plastičnu flašu od šampona (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2752/2003); kada okrivljeni u stanu svojih roditelja grubo odgurne svoju majku a zatim uputi ozbiljnu pretnju roditeljima da će ih pobiti ako mu ne daju novac koji je od njih tražio (presuda Okružnog suda u Čačku Kž. 313/2004); prekomerno i brutalno kažnjavanje dece ne predstavljaju vaspitanje dece već nasilje u porodici (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2049/2004).

⁴³ N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 285–287.

⁴⁴ Pod članom porodice podrazumeva se i vanbračna supruga učinioca pri čemu je bitno za postojanje dela da se radilo o zajednici života koja je faktički zasnovana (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2751/2001).

⁴⁵ B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično pravo 2, Posebni dio*, Sarajevo, 2005, str. 178–180.

⁴⁶ Do novele Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine za osnovni oblik ovog krivičnog dela je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine, kada je došlo do zaoštavanja kaznene represije prema učiniocima ovih krivičnih dela.

3. Poseban i teži oblici krivičnog dela

Poseban oblik krivičnog dela⁴⁷ nasilje u porodici iz člana 194 stav 5 KZ čini lice koje prekrši mere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud odredio na osnovu zakona kojim se uređuju porodični odnosi. Protiv člana porodice sud može odrediti jednu ili više mera zaštite od nasilja shodno članu 198 Porodičnog zakona, kojima se privremeno zabranjuje ili ograničava održavanje ličnih odnosa sa drugim članom porodice. Ove mere mogu da traju najduže godinu dana. Za ovo je delo od septembra 2009. godine propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine i novčana kazna kumulativno (pri čemu je Krivični zakonik za ovo delo u periodu od januara 2006. do septembra 2009. godine za ovo delo propisivao blažu kaznu i to novčanu kaznu ili kaznu zatvora do šest meseci).

Prema odredbama Porodičnog zakona, mere zaštite iz člana 198 koje mogu biti prekršene u smislu ovog oblika krivičnog dela jesu sledeće: 1) izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti, 2) izdavanje naloga za useljenje u porodični stan ili kuću bez obzira na pravo svojine ili zakupa nepokretnosti, 3) zabrana približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti, 4) zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja ili mesta rada člana porodice i 5) zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice.

Krivično delo nasilje u porodici iz člana 194 KZ ima tri teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja za koja zakon propisuje strože kažnjavanje⁴⁸.

Prvi teži oblik dela⁴⁹ za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina (što znači da je i pokušaj ovog krivičnog dela kažnjiv zbog visine zaprečene kazne) postoji ako je učinilac pri preduzimanju radnje izvršenja osnovnog dela koristio oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo koje je podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši. Oružje je sredstvo čija je osnovna namena napad ili odbrana. Može biti hladno ili vatreno. Oruđe je sredstvo čija je osnovna namena obavljanje kakvog društveno korisnog posla ili rada, ali koje se može upotrebiti za napad ili odbranu: sekira, nož, vile. Drugo sredstvo može biti proizvod prirode: kamen, drvo ili proizvod ljudskog rada: flaša, pepeljara koje je po svojoj prirodi i karakteristikama podobno da telo drugog lica teško povredi ili da zdravlje teško naruši.

⁴⁷ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, Beograd, 2016, str. 154–155.

⁴⁸ I. Simić, A. Trešnjev, *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010. godine, str. 142.

⁴⁹ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007. godine, str. 534–537.

Drugi teži oblik dela⁵⁰ nasilje u porodici za koji je propisana kazna zatvora od dve do deset godina (a ranije do septembra 2009. godine kazna zatvora od jedne do osam godina) postoji u dva slučaja⁵¹: 1) kada je usled preduzete radnje izvršenja osnovnog ili prvog težeg oblika nastupila teška telesna povreda (u bilo kom obliku) ili teško narušavanje zdravlja člana porodice ili 2) ako je delo učinjeno prema maloletniku, dakle licu uzrasta do osamnaest godina života. Kod ovog oblika dela obim i intenzitet prouzrokovane teže posledice (koja mora biti u uzročno-posledičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja) i uzrast pasivnog subjekta predstavljaju kvalifikatorne okolnosti⁵² za koje zakon propisuje strože kažnjavanje.

I najteži oblik krivičnog dela⁵³ iz člana 194 stav 4 KZ postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja nastupila smrt člana porodice. Smrt mora biti rezultat radnje izvršenja (upotrebljenog sredstva ili načina preduzete radnje) i mora biti obuhvaćena nehatom učinioaca. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri do petnaest (a ranije do dvanaest) godina.

4. Teško ubistvo člana svoje porodice

Pored nasilja u porodici⁵⁴ koje može biti kvalifikovano nehatno prouzrokovanom smrću člana svoje porodice usled preduzetog akta nasilja, novo krivično zakonodavstvo Srbije poznaje još jedan oblik ubistva pri nasilju u porodici. To je teško ubistvo predviđeno u članu 114 stav 10 KZ kao ubistvo člana svoje porodice⁵⁵ koje je prethodno zlostavljano. Za ovo najteže krivično delo u našem pravnom sistemu propisana je kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna zatvora od trideset do četrdeset godina⁵⁶.

Ubistvo člana svoje porodice kojeg je izvršilac prethodno zlostavljao⁵⁷ povezano je sa nasiljem u porodici koje predstavlja samostalnu inkriminaciju iz člana 194 KZ. Tako ovaj oblik teškog ubistva⁵⁸ karakterišu sledeće kvalifikatorne okolnosti⁵⁹:

⁵⁰ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, op. cit., str. 169.

⁵¹ Krivični zakonik, Podgorica, 2016, str. 100–101.

⁵² V. Grozdanić, M. Škorić, I. Vinja, „Nasilje u obitelji u svetlu promjena Kaznenog zakona“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, broj 2/2010, str. 669–698.

⁵³ N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 287.

⁵⁴ D. Rogić Hadžalić, *Nasilje u obitelji*, Zagreb, 2012, str. 67–83.

⁵⁵ M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, Posebni deo*, op. cit., str. 152.

⁵⁶ I. Simić, A. Trešnjev, *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, op. cit., str. 99–100.

⁵⁷ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004, str. 560–562.

⁵⁸ D. Jovašević, *Krivična dela ubistva*, Beograd, 2017, str. 34–36.

⁵⁹ D. Jovašević, *Krivično pravo, Posebni deo*, op. cit., str. 28.

1) svojstvo žrtve – član porodice učinioca. Dakle, i izvršilac (aktivni subjekt) i žrtva (pasivni subjekt) pripadaju istoj porodici. To znači da se ovde radi o licima koja se nalaze u bliskom srodstvu. Ovo krivično delo postoji ako je žrtva lice koje ima svojstvo deteta. Pri tome pojam člana porodice treba uzeti u širem smislu. Pojam člana porodice u smislu ovog krivičnog dela određuju dva zakonska propisa, doduše na različit način⁶⁰. Prema članu 112 stav 28 KZ, članom porodice se smatraju sledeća lica: 1) supružnici i njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojlac i usvojenik, hranilac i hranjenik, 2) braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika ako žive u zajedničkom domaćinstvu i 3) lica koja imaju zajedničko dete ili dete na putu da bude rođeno iako nikada nisu živeli u istom porodičnom domaćinstvu. Na nešto drugačiji način član 197 stav 3 Porodičnog zakona određuje članove porodice. Bitno je za postojanje ovog oblika teškog ubistva da sva navedena lica – u smislu ovog krivičnog dela – dete i izvršilac – čine skupa jednu porodicu⁶¹ i

2) član porodice koji je ubijen treba da je prethodno duže ili kraće vreme zlostavljan od strane izvršioca. Zlostavljanje⁶² je delatnost kojom izvršilac drugom licu – detetu kao članu porodice – psihičkim ili fizičkim delatnostima nanosi nepotrebne, prekomerne patnje i bolove većeg ili manjeg intenziteta, pri čemu ne sme doći do nastupanja lake telesne povrede. Radi se o nečovečnom postupanju prema drugom licu – detetu, kojom prilikom mu se nanose fizičke ili psihičke patnje, kao i delovanju na njegov fizički (telesni ili psihički) integritet (kao što je šamaranje, vučenje za kosu, uši ili nos). To su delatnosti kojima se povređuje ili ugrožava ljudsko dostojanstvo deteta od strane člana porodice koje ga posle zlostavljanja u dužem ili kraćem vremenskom trajanju i različitog intenziteta na kraju lišava života sa umišljajem. Dužina trajanja vremena zlostavljanja je bez značaja za postojanje dela. To je faktičko pitanje koje sudsko veće rešava u svakom konkretnom slučaju⁶³. Ovde se, dakle, radi o svojstvu pasivnog subjekta koji je član porodice izvršioca krivičnog dela ubistva (kao kvalifikatornoj okolnosti) koga je on prethodno višekratno zlostavljao (nanošenjem fizičkog ili psihičkog bola, patnje, nelagodnosti), odnosno prema kome je učinilac ubistva prethodno, u dužem ili kraćem vremenskom periodu, preduzimaо različite akte nasilja u porodici⁶⁴.

⁶⁰ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka, 2017, str. 112–113.

⁶¹ M. Kokolj, D. Jovašević, *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti i posebni deo*, Bijeljina, 2012, str. 294.

⁶² Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004, str. 439.

⁶³ V. Gjurgij, D. Jovaseviq, *E Drejta penale, Kaptina e vecante*, Beograd, 2011, str. 16.

⁶⁴ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka, 2018, str. 178–181.

Zaključak

Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici predstavlja prastari oblik ispoljavanja kriminaliteta nasilja koji se odigrava u krugu bliskih srodnika ili bračnih, odnosno vanbračnih partnera. Ipak, tek u posljednje vreme, upravo pod uticajem niza relevantnih međunarodnih univerzalnih i regionalnih dokumenata, među kojima se po svom značaju izdvaja Istanbulska konvencija, ovaj oblik nasilja dobija svoje zakonsko oživotvorenje. Naime, veliki broj savremenih krivičnopravnih sistema uspostavlja sistem krivične odgovornosti i kažnjivosti za različite oblike i vidove ispoljavanja nasilja u porodici. Slična je situacija i u Republici Srbiji.

U našoj državi je prvi put ovo krivično delo uvedeno novelom Krivičnog zakona Republike Srbije iz aprila 2002. godine, u odredbi člana 118a. Gotovo identičan opis, pojam, elemente bića, karakteristike, oblike ispoljavanja i propisane kazne za ovo krivično delo predviđa u glavi devetnaest, u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice i Krivični zakonik iz 2005. godine. Ovaj zakonik, pored osnovnog oblika ovog krivičnog dela, poznaje i njegov posebni oblik (kojim je propisana odgovornost za neizvršenje posebnih mera određenih od strane suda na osnovu Porodičnog zakona), odnosno tri teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja (zavisno od okolnosti izvršenja dela, načina i sredstva preduzimanja radnje, te obima i intenziteta prouzrokovane posledice).

Nešto pre toga su pojam i oblici ispoljavanja nasilja u porodici određeni i Porodičnim zakonom iz 2005. godine. Inače nije retkost u savremenom krivičnom zakonodavstvu da se ovo krivično delo istovremeno propisuje u krivičnom, ali i u vankrivičnom zakonodavstvu, koje često poznaje sistem specijalnih preventivnih mera koje se primenjuju prema učiniocima nasilja, odnosno sistem mera podrške žrtvama takvog nasilja. Pored toga, 2016. godine u Republici Srbiji je donet i poseban Zakon o sprečavanju nasilja u porodici koji sa širokom lepezom preventivnih – zaštitnih mera i obavezama nadležnih državnih organa uspostavlja efikasan, zakonit i kvalitetan mehanizam zaštite od ponavljanja nasilja u porodici.

Literatura

Naučni radovi

Ajduković, M., Pavleković, S., *Određenje i oblici nasilja u obitelji*, Zagreb, 2004.

Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo, Posebni deo*, Banja Luka, 2008.

Đorđević, Đ., *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2014.

Đorđević, M., Đorđević, Đ., *Krivično pravo*, Beograd, 2016.

Gjurgij, V., Jovaseviq, D., *E Drejta penale, Kaptina e vecante*, Beograd, 2011.

Grozđanić, V., Škorić, M., Vinja, I., Nasilje u obitelji u svjetlu promjena Kaznenog zakona, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, broj 2/2010.

Jovanović, S., *Pravna zaštita od nasilja u porodici*, Beograd, 2010.

Jovašević, D., *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*, Beograd, 2003.

Jovašević, D., *Krivični zakonik sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2007.

Jovašević, D., *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*, Niš, 2010.

Jovašević, D., *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2011.

Jovašević, D., *Praktikum za krivično pravo, Posebni deo*, Niš, 2014.

Jovašević, D., Ikanović, V., *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2015.

Jovašević, D., Ikanović, V., *Krivično procesno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2016.

Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka, 2017.

Jovašević, D., *Krivična dela ubistva*, Beograd, 2017.

- Jovašević, D., *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2017.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka, 2018.
- Jovašević, D., *Nasilje u porodici*, Beograd, 2018.
- Kelly, A.K., *Domestic violence and the politics of privacy*, Ithaca, 2003.
- Kokolj, M., Jovašević, D., *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti i posebni deo*, Bijeljina, 2012.
- Krivični zakonik, Podgorica, 2016.
- Kuzman, M., Pavleković, G., *Nasilje nad ženom u obitelji*, Zagreb, 2004.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004.
- Mrvić Petrović, N., *Krivično pravo*, Beograd, 2005.
- Pavišić, B., *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007.
- Pavišić, B., Bubalović, T., *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka, 2013.
- Petrović, B., Jovašević, D., *Krivično pravo 2, Posebni dio*, Sarajevo, 2005.
- Petrović, B., Jovašević, D., *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., *Krivično pravo 2*, Sarajevo, 2016.
- Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S., *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravosudnoj praksi Srbije*, Niš, 2010.
- Petković, N., Pavlović, Z., *Zlostavljanje i zanemarivanje dece u Srbiji*, Beograd, 2016.
- Rogić Hadžalić, D., *Nasilje u obitelji*, Zagreb, 2012.
- Simić, I., Petrović, M., *Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena*, Beograd, 2002.
- Simić, I., Trešnjev, A., *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010.

Tejić, M., Nikolić Ristanović, V., Dokmanović, M., *Pravna regulativa o nasilju u porodici u Srbiji i međunarodni standardi*, Novi Sad, 2007.

Turković, K., et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013.

Službena glasila

„Narodne novine Republike Hrvatske“ broj 110/1997, 27/1998, 129/2000, 51/2001, 105/2004, 84/2005, 71/2006 i 110/2007.

„Narodne novine Republike Hrvatske“ broj 137/2009.

„Narodne novine Republike Hrvatske“ broj 125/2011, 144/2012, 56/2015 i 61/2015.

„Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 64/2017.

„Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“ broj 20/2013.

„Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 10/2002.

„Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 18/2005.

„Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

„Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 94/2016.

„Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori“ broj 12/2013.

„Službeni list Republike Crne Gore“ broj 70/2003, 23/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 58/2015 i 44/2017.

„Službeni list Crne Gore“ broj 46/2010.

**DOMESTIC VIOLENCE IN REPUBLIC OF SERBIA
– criminal legal aspects –**

Prof. Dragan Jovašević, L.L.D.

Summary

Based on the adopted international standards which are a part of numerous documents of universal and regional international organisations (Council of Europe, European Union) by adopting new criminal regulation in 2005. and its updating in 2009. and 2016., respectively, Republic of Serbia has prescribed family violence as a separate criminal offence. Providing criminal responsibility and punishability for the most severe forms of violence among relatives Serbia approached in this way numerous other legal and social systems. The paper analyses the notion and characteristics of criminal offence of domestic violence in Republic of Serbia with implementation of international standards from the theoretical and practical aspects.

Key words: *international standards, law, domestic violence, criminal offence, responsibility, punishment*

* Law faculty, University of Niš

УДК 343.272(351.75(497.6PC)

doi 10.7251/PR5618033M

Оригинални научни чланак

ULOGA POLICIJE U ODUZIMANJU IMOVINE KOJA JE PROISTEKLA IZVRŠENJEM KRIVIČNOG DJELA U REPUBLICI SRPSKOJ

Prof. dr Ljubinko Mitrović*

Mr Dragana Kosić**

Apstrakt: *Primjena instituta oduzimanje imovinske koristi i imovine proistekle izvršenjem krivičnog djela neophodna je za adekvatno represivno kao i preventivno suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta. Glavni uzrok nastanka, razvoja i održavanja najtežih oblika kriminaliteta jeste sticanje imovinske koristi i imovine. Djelotvornost finansijskih istraga jeste upravo u činjenici da se oduzima imovina proistekla izvršenjem krivičnog djela i suzbija kriminalitet kao jedan od osnovnih oblika ugrožavanja bezbjednosti moderne države. Licu koje je krivičnim djelom ostvarilo imovinsku korist ona se oduzima, a potencijalnim učiniocima krivičnih djela se daje na znanje da ne mogu zadržati imovinsku korist ostvarenu izvršenjem krivičnog djela, što doprinosi značajnijem osjećaju sigurnosti kod građana i uspostavljanju povrijeđenog pravnog poretka.*

U Republici Srpskoj, stupanjem na snagu Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela 2010. godine, uspostavljen je pravni okvir za efikasno provođenje finansijskih istraga. Od tog vremena postignuti su relativno dobri rezultati u oduzimanju imovine pribavljene krivičnim djelom, prema statističkim podacima policije, a sam zakon se nije mijenjao do 2018. godine, kada je donesen novi Zakon o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj. O svemu navedenom biće više riječi u ovom radu.

Ključne riječi: *kriminalitet, krivično djelo, finansijske istrage, oduzimanje imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, policija.*

* Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Akademika Jovana Surutke 13, 78000 Banja Luka, e-mail: ljubinko58@gmail.com.

**Sector Security, e-mail: dragana.kosic@yahoo.com.

Uvodna razmatranja

Od prijema Bosne i Hercegovine u članstvo Ujedinjenih naroda, u proljeće 1992. godine, pa sve do prijema u članstvo Savjeta Evrope deset godina kasnije, kao i poslije toga, pravni poredak Bosne i Hercegovine suočen je sa potrebom mijenjanja ili dogradnje instituta koji su postojali odranije, kao i aktivnog prihvatanja pravnih instituta koji nisu do tada egzistirali na ovim našim prostorima. Krivični postupak i krivično pravo su „proizvodi“ razvoja pravne i socijalne države i ljudske civilizacije. U svom sadašnjem (ili aktuelnom) obliku, oni su rezultat složenih i dugotrajnih istorijskih procesa koje konstantno prati, na jednoj strani, promocija osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i njihova zaštita u kontekstu kriminalne politike, krivičnog prava i međunarodnog krivičnog prava, i na drugoj strani, zahtjevi (danas sve glasniji) za postizanjem zapaženih rezultata u borbi protiv kriminaliteta kao negativne društvene pojave koja ima društveni karakter, naročito onih njegovih oblika koji dovode u pitanje međunarodnim, ustavnim i krivičnim pravom zaštićene vrijednosti ljudskog roda i društva.¹

Bosna i Hercegovina, odnosno njeni entiteti i Distrikt Brčko, spada u red svega nekoliko evropskih država koje su u posljednjih nekoliko godina donijele svoje nove, sistemske procesne zakone kojima je na bitno drugačiji način uređen krivični postupak.² Tako je i sa donošenjem Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj od 2010. godine i novog Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj od 2018. godine, ali i donošenjem takvog zakona u Federaciji Bosne i Hercegovine od 2014. godine i nešto kasnije u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, od 2016. godine.³

¹ Sijerčić-Čolić, H. (2012), „Aktuelna pitanja krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini (ustavnopravni, legislativni i praktični aspekti)“, *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, str. 288–316 (str. 290).

² Bubaločić, T. (2008), „Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6.2008“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 15, Broj 2/2008, Zagreb, str. 1129–1157 (str. 1132).

³ Oduzimanje imovinske koristi uvedeno je u zakonodavstvo bivše zajedničke države još 1959. godine. Ova mjera imala je tada karakter krivične sankcije i bila svrstana u mjere bezbjednosti. KZ SFRJ iz 1976. godine zadržao je oduzimanje imovinske koristi kao mjeru, ali ne više kao krivičnu sankciju, već kao posebnu krivičnopravnu mjeru jer ima poseban krivičnopravni status. Šuškić, I. (2013), „Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u BiH“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Banja Luka, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 163–183; Više: Bubaločić, T. (2008), „Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6.2008“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 15, Broj 2/2008, Zagreb, str. 1129–1157 (str. 1132).

Primjenom ovog zakona, tužilaštvo je u sklopu krivične istrage provodilo i tzv. finansijsku istragu, u svim onim slučajevima kada postoje osnovi sumnje da konkretno lice posjeduje imovinu stečenu izvršenjem krivičnog djela. Naime, oduzimanje imovinske koristi i imovine proistekle izvršenjem krivičnog djela jeste jedan od značajnijih novih instituta krivičnog prava (materijalnog i procesnog) koji je neophodan za adekvatno represivno ali, isto tako, i preventivno suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta uopšte, te samim tim i kriminaliteta u čijoj osnovi stoji nezakonito sticanje i raspolaganje imovinom bez obzira na njen obim. Težnja svake države, pa tako i naše, odnosno postupajućih institucija u državi jeste da oduzme imovinsku korist i imovinu proisteklu iz krivičnog djela stvaranjem određenih mehanizama (legislativnih, personalnih, organizacionih, tehničkih, naučnih), kako se država ne bi našla u vlasti kriminalaca.⁴

U Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini – praćenje, zapljena i oduzimanje imovine dodatni su ciljevi krivične istrage, pored otkrivanja krivičnog djela i otkrivanja i identifikovanja njegovih izvršilaca, kao i dokazivanja konkretne kriminalne aktivnosti. Kako osnovni ciljevi istrage ne predstavljaju potpuni udar na kriminalno djelovanje pojedinaca, a posebno organizovanih kriminalnih grupa, istraga se upotpunjuje identifikovanjem i oduzimanjem imovine i dobiti proistekle izvršenjem krivičnog djela, čime se znatno umanjuje ili potpuno eliminiše moć organizovanih kriminalnih grupa i pojedinaca da dalje učestvuju u kriminalnim aktivnostima, ili na drugi način utiču na kriminalne tokove u zemlji i inostranstvu.⁵

U Republici Srpskoj je stupanjem na snagu Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela 1. jula 2010. godine stvoren pravni okvir za efikasno sprovođenje finansijskih istraga, te su postignuti određeni rezultati u oduzimanju imovine. Međutim, isti je u praksi pokazao određene nedostatke koji su doveli do donošenja novog Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, o čemu će biti riječi u nastavku ovog rada.

⁴ Govedarica, M. (2013), *Oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela (preventivni-represivni aspekt)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, str. 9–24.

⁵ Uprkos određenim nedostacima, kao što je nepostojanje zakona o porijeklu imovine na državnom nivou, Bosna i Hercegovina ima pravnu osnovu za oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom, ali najveći izazov ostaje provedba u praksi. Šuškić, I. (2013), „Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u BiH“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 163–183.

Međunarodnopravni dokumenti u oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela

Međunarodna zajednica je kroz univerzalnu i regionalnu saradnju inicirala usvajanje niza konvencija, deklaracija, preporuka, odluka, zaključaka koji regulišu oblast organizovanog kriminaliteta, pranja novca, finansiranja terorizma, kontrole sumnjivih novčanih transakcija, utvrđivanje porijekla imovine, privremeno i trajno oduzimanje, upravljanje oduzetom imovinom, kao i međunarodnu saradnju u otkrivanju i oduzimanju nelegalno stečene imovine.⁶ Većinu tih dokumenata Bosna i Hercegovina je ratifikovala (ili ima tu obavezu svakako kao uslov pristupanja Evropskoj uniji).

Najvažnije konvencije u oblasti oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom su:

1) *Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci iz 1988. godine, poznata kao Bečka konvencija*⁷;

2) *Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom, poznata kao Strazburška konvencija*⁸;

⁶ Više o oduzimanju imovinske koristi i finansijskim istragama i aktuelnim događanjima na nivou Evropske unije: Huremagić, R. (2013), „Oduzimanju imovinske koristi i finansijske istrage – aktuelna događanja na nivou Evropske unije“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, str. 231–236.

⁷ *Konvencija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci* (United Nation Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Beč, 20.12.1988. godine, stupila na snagu 11.11.1990. godine, Bosna i Hercegovina članica temeljem sukcesije, tekst objavljen, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 14/1990). Strane potpisnice ove konvencije svjesne su da nezakonit promet donosi veliku finansijsku dobit i nezakonito bogatstvo koje omogućava transnacionalnim organizacijama kriminalaca da uđu u strukture vlasti, negativnog poslovnog i finansijskog svijeta i društva na svim nivoima i da ih „kvare“ i korumpiraju. Oduzimanjem nezakonite dobiti bili bi uklonjeni glavni podsticaji za takve djelatnosti. Ova konvencija jeste prvi međunarodni dokument koji uređuje pitanje pranja novca i vezu sa nezakonitom dobiti.

⁸ *Konvencija o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom* (Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strazbourg, 8.11.1990. godine, stupila na snagu 1.9.1993. godine, stupila na snagu u odnosu na Bosnu i Hercegovinu 1.7.2004. godine, objava „Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, broj 4/2006). Ovom konvencijom ukazuje se na potrebu objedinjavanja napora u borbi protiv organizovanog i ostalih oblika kriminala: kroz vođenje zajedničke kaznene politike, korišćenje savremenih metoda na međunarodnom nivou u borbi protiv teških krivičnih djela, lišavanje učinilaca krivičnih djela nelegalno stečenih prihoda i uspostavljanje efikasnog sistema međunarodne saradnje. U Konvenciji je sadržana obaveza za banke i finansijske organizacije da prijave sve sumnjive transakcije, te se uvodi mogućnost primjene posebnih istražnih radnji i tehnika za identifikovanje prihoda i ulaženje u trag i prikupljanje dokaza, pretresa, privremene i trajne zapljene.

3) *Грађанскоправна конвенција о корупцији Савјета Европе усвојена у Стразбургу 4.11.1999. године*.⁹ Ова конвенција прописује одговорност државе потписнице за пружање надокнаде онима који су претрпјели штету због корупције јавних службеника¹⁰;

4) *Конвенција УН против транснционалног организованог криминалитета усвојена у Палерму 15.11.2000. године*¹¹ са *допунским протоколима*¹², позната као *Палермо конвенција*.

5) *Конвенција УН против корупције усвојена у Нјујорку 31. октобра 2003. године, позната као Нјујоршка конвенција*¹³;

6) *Конвенција о пранју, тражењу, привременом одузимању и одузимању имовинске користи стећене извршењем кривичног djела i о финансирању тероризма, позната као Варшавска конвенција*¹⁴.

⁹ *Грађанскоправна конвенција против корупције* (Civil Law Convention on Corruption, Strazbourg, 4.11.1999. године, stupila на снагу 1.11.2003. године, stupila на снагу у односу на Босну и Херцеговину 1.11.2003. године; објава „Службени гласник БиХ“, број 36/2001).

¹⁰ *Додатни протокол на кривичноправну конвенцију Вјећа Европе против корупције* (Additional Protocol to Criminal Law Convention of Council of Europe on Corruption, Strazbourg, 15.5.2003. године. Ступио на снагу за Босну и Херцеговину дана 1.1.2012. године).

¹¹ *Конвенција Уједињених народа против транснционалног организованог криминала* (Convention against Transnational Organized Crime, Palermo, 15.11.2000. године, stupila на снагу у међународном и унутрашњем смислу 29.9.2003. године, објава „Службени гласник БиХ“, број 3/2002). Сврха ове конвенције је да се на ефикаснији начин унаприједи сарадња у борби против организованог транснционалног криминалитета.

¹² *Протокол против krijumčarenja migranata kopnenim, morskim i vazдушним путем којим се допуњује Конвенција УН против транснционалног организованог криминала* (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime, stupio на снагу у међународном и унутрашњем смислу 28.1.2004. године, објава „Службени гласник БиХ“, број 3/2002); *Протокол о спречавању, заустављању и кажњавању трговине људима, нарочито женама и дјецом, којим се допуњује Конвенција УН против транснционалног организованог криминала* (Protocol to Prevent, Supper and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime, stupio на снагу у међународном и унутрашњем смислу 25.12.2003. године, објава „Службени гласник БиХ“, број 3/2002).

¹³ *Конвенција УН против корупције (UNCAC)*, усвојена је 31. октобра 2003. године на Генералној скупштини УН, резолуцијом број 58/4 и представља глобални одговор на корупцију. То је први глобални правни instrument о корупцији који садржи мјере за превенцију, криминализацију и међународну сарадњу. Конвенција поједностављује међународну сарадњу по питању контроле и санкционирања корупције. Конвенцијом је обухваћена обавезна криминализација пранја новца из корупцијских кривичних djела i мјере превенције пранја новца, одузимања имовинске користи из корупцијских кривичних djела са могућношћу обрнутог терета доказивања, као и подјела одузете имовинске користи између држава. Новина у овој конвенцији jeste могућност да се у националним законодавствима земалја потписница уведе кривично djело „незаконито бogaчење“. Конвенција је потписана 9. децембра 2003. године у Мериди (Мексико) и од тада се овај дан обилежава као Међународни дан борбе против корупције. Овај најзначајнији међународноправни instrument за борбу против корупције Босна и Херцеговина је потписала 16.9.2005. године, а Председништво Босне и Херцеговине donijelo је на 89. редовној сједници одлуку о ратификацији UNCAC-а дана 27.3.2006. године.

¹⁴ *Конвенција Вјећа Европе о пранју, трагању, привременом одузимању и одузимању прихода стећених*

U vezi sa pomenutom problematikom na nivou Evropske unije donesene su sljedeće direktive:

1) Direktiva broj 91/308/EC o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca iz 1991. godine;¹⁵

2) Direktiva broj 2001/97/EC iz 2001. godine o dopuni Direktive broj 91/308/EC;¹⁶

3) Direktiva broj 2005/60/EC o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca i finansiranje terorizma iz 2005. godine;¹⁷

4) Direktiva 2006/70/EZ¹⁸ koja utvrđuje mjere za sprovođenje Direktive 2005/60/EC.

Pored navedenih, donesen je čitav niz drugih dokumenata koji se direktno ili indirektno odnose na oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnih djela, a neki od njih su:

1. Okvirna odluka Savjeta Evrope od 26. juna 2001. godine o pranju novca, identifikaciji, pronalaženju, zamrzavanju, privremenom oduzimanju i oduzimanju sredstava i prihoda stečenog krivičnim djelom (2001/500/JHA);¹⁹ *krivičnim djelom i finansiranjem terorizma* (Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on Financing of Terrorism, Varšava 16.5.2005. godine, stupila na snagu 1.5.2008. godine, u odnosu na Bosnu i Hercegovinu stupila na snagu 1.5.2008. godine, objava „Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, broj 14/2007). Varšavska Konvencija uzima u obzir do tada usvojene međunarodne dokumente u ovoj oblasti i definiše niz pojmova: prihod, imovinu, sredstva, konfiskaciju, zamrzavanje, zapljenu, finansijsko-obavještajne jedinice, predikatna krivična djela, finansiranje terorizma kao i mjere koje treba usvojiti na nacionalnom nivou država potpisnica.

¹⁵ Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31991L0308>, preuzeto 01.09.2017.

¹⁶ 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering - Commission Declaration. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0097>, preuzeto 01.09.2017.

¹⁷ Directive 2005/60/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:309:0015:0036:EN:PDF>, preuzeto 01.09.2017.

¹⁸ Commission Directive 2006/70/EC of 1 August 2006 laying down implementing measures for Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition of politically exposed person and the technical criteria for simplified customer due diligence procedures and for exemption on grounds of a financial activity conducted on an occasional or very limited basis. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006L0070>, preuzeto 1.9.2017.

¹⁹ 2001/500/JHA: Council Framework Decision of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime. Dostupno na: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/525162bd-5439-4443-a4af-aa440a3508a5>, preuzeto 1.9.2017.

2. Okvirna odluka o izvršenju naredbi o zamrzavanju imovine ili dokaza unutar EU usvojena je 22. jula 2003. godine;²⁰

3. Okvirna odluka o primjeni principa međusobnog priznavanja naredbi o trajnom oduzimanju nadopunjuje prethodnu odluku, reguliše izdavanje naredbe o oduzimanju drugoj državi na automatsko izvršenje;

4. Okvirna odluka Savjeta Evrope od 24. februara 2005. godine;²¹

5. Okvirna odluka Savjeta Evrope od 6. septembra 2006. godine o primjeni načela uzajamnog priznavanja naloga o konfiskaciji;²²

6. Okvirna odluka Savjeta Evropske unije koja uređuje saradnju između tijela za finansijske istrage (Asset Recovery Offices) u području praćenja i identifikacije imovinske koristi i druge imovine pribavljene krivičnim djelom;²³

7. Preporuka Savjeta Evrope o istovremenim istragama odnosi se na unapređenje istražnih metoda u borbi protiv organizovanog kriminala, istovremene istrage krijumčarenja drogom kriminalnih organizacija i njihovih finansija, od samog početka svake nezakonite aktivnosti organizacije i na utvrđivanje finansija i imovine koju posjeduje organizacija.²⁴

Novi zakon o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj – razlozi za donošenje

Prethodni Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske bio je u primjeni od 2010. godine do polovine ove

²⁰ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003F0577>, preuzeto dana 1.9.2017.

²¹ Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime Related Proceeds, Instrumentalities and Property. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:en:PDF>, preuzeto dana 1.9.2017.

²² Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=L EGISSUM:133202>, preuzeto 01.09.2017.

²³ COUNCIL DECISION 2007/845/JHA of 6 December 2007 concerning cooperation between Asset Recovery Offices of the Member States in the field of tracing and identification of proceeds from, or other property related to, crime. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:332:0103:0105:EN:PDF>, preuzeto 1.9.2017.

²⁴ Opširnije o međunarodnim dokumentima i međunarodnim grupama koje se bave problematikom pranja novca, nelegalnom imovinom, sprovođenjem zakona i pravnom pomoći: Govedarica, M. (2013), *op.cit.*, str. 29–48.

godine, a nije mijenjan niti dopunjavan od dana njegovog donošenja.

Potreba za izmjenama i dopunama ovog zakona, odnosno potreba za donošenjem novog zakona, pojavila se radi usklađivanja odredaba ovog zakona sa odredbama novog Krivičnog zakonika Republike Srpske koji je u primjeni od jula 2017. godine, a kojim su značajno izmijenjena bića pojedinih krivičnih djela, nazivi krivičnih djela, te drugačije grupisana krivična djela, uvedene su nove grupe krivičnih djela i izmijenjen redoslijed članova zakona u odnosu na ranija zakonska rješenja, čime se ukazala potreba za propisivanjem ovih krivičnih djela u ovom članu zakona (član 2 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske).

Takođe, odredbe ovog zakona su usklađene sa odredbama Direktive 2014/42/EU Evropskog parlamenta i Savjeta Evrope od 3. aprila 2014. godine o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima u Evropskoj uniji. Shodno navedenom, usvajanje novog zakona u skladu je sa Preporukama i operativnim zaključcima Evropske komisije, sa prvog i drugog Pododbora za pravdu, slobodu i bezbjednost i preporukama, shodno Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske unije i Bosne i Hercegovine, i to preporukama za borbu protiv organizovanog kriminala i reforme policije, radi propisivanja minimalnih standarda za oduzimanje imovine kroz zakonodavstvo u cijeloj Bosni i Hercegovini.

Isto tako, usvajanje novog zakona u skladu je sa Reformskom agendom Bosne i Hercegovine za period 2014–2018. godine, koja se zasniva na čvršćim pravnim i institucionalnim okvirima koji regulišu oduzimanje imovine.

Pored navedenog, osnovni cilj donošenja ovog zakona jeste da se na sveobuhvatan, precizan i jednostavan način urede pravila postupka unutar kojeg će se moći efikasno otkriti, obezbijediti i po potrebi, privremeno ili trajno oduzeti imovina koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, propisanih važećim krivičnim zakonodavstvom u Republici Srpskoj.

Takođe, ovim zakonom detaljno je propisan postupak za donošenje rješenja o privremenom i trajnom oduzimanju imovine, kao i donošenje rješenja o određivanju nekih od propisanih mjera obezbjeđenja ovim zakonom, na način da se mogu izreći kada sud ocijeni da će se time obezbijediti trajno oduzimanje imovine, kada se za to ostvare propisani uslovi. Naime, cilj propisivanja ovih mjera obezbjeđenja jeste da se efikasnije sprovede postupak, odnosno brže spriječi svako prenošenje i otuđenje imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, naročito kod hartija od vrijednosti. Oduzimanje imovine je relevantan međunarodni standard kojim se obezbjeđuju adekvatne zakonske i institucionalne pretpostavke za efikasno otkrivanje i onemogućavanje

korišćenja imovine za koju se sumnja da je proistekla izvršenjem krivičnih djela (čl. 15–48 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske).

Uz sve naprijed pobrojano, cilj zakona jeste da se uspostave efikasniji mehanizmi za upravljanje imovinom koja je privremeno ili trajno oduzeta. Na ovaj način se otklanjaju brojne prepreke sa kojima su se u svom radu susretali pripadnici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske i pravosudnih institucija, kao i Agencija za upravljanje oduzetom imovinom kada je riječ o efikasnom sprovođenju odredaba Krivičnog zakonika Republike Srpske i drugih propisa koji jasno propisuju da niko ne može zadržati imovinu proisteklu izvršenjem krivičnog djela koja je u nesrazmjeri sa zakonito stečenom imovinom. Uočeni nedostaci najprije se tiču činjenice da ranije važeće zakonodavstvo nije omogućavalo vođenje postupka za oduzimanje imovine pribavljene krivičnim djelom u situacijama i okolnostima koje su povezane sa tzv. „negativnim procesnim pretpostavkama“ (smrt ili nedostupnost lica, te lica koje nije sposobno da učestvuje u postupku zbog nastupanja duševne bolesti), iako ranije važeće zakonodavstvo predviđa da niko ne može zadržati protivpravno stečenu imovinu. Propisivanjem postupka kojim se otklanjaju ove prepreke se, između ostalog, dostižu i međunarodni standardi u zakonskom normiranju materije oduzimanja imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela (čl. 30–35 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske).

Odredbe ranije važećeg zakona koje su se odnosile na izvršenje sudskih odluka koje sadrže mjeru oduzimanja i upravljanja oduzetom imovinom u značajnoj mjeri nisu bile uređene, što je dovodilo do izuzetno malog broja izvršenih odluka sudova kojima je određeno oduzimanje imovine. Na ovaj način, institucije za sprovođenje zakona u cijelosti nisu mogle pokazati potrebnu efikasnost u svom radu, što je značajno uticalo na stepen povjerenja građana u sistem koji treba da obezbijedi jednakost svih pred zakonom.

Novi zakon kreiran je kao *lex specialis*, i njime se otklanjaju sve normativne prepreke za primjenu instituta oduzimanja imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, u praksi, odnosno ovim zakonom bi trebalo da se stvore svi neophodni uslovi potrebni za efikasno utvrđivanje, privremeno i trajno oduzimanje i upravljanje takvom imovinom.

Sve naprijed navedeno bilo je potrebno iz razloga što su finansijske istrage i oduzimanje imovine postavljene kao prioritet, koji posebnu pažnju daje ovim vidovima borbe protiv kriminala radi svrsishodnog načina kažnjavanja izvršilaca krivičnih djela²⁵.

²⁵ U cilju sveobuhvatnijeg i efikasnijeg normiranja postupka oduzimanja imovine koja je proistekla

Dakle, u Republici Srpskoj je donošenjem Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela koji je stupio na snagu 1. avgusta 2018. godine²⁶ stvoren pravni okvir za još efikasnije sprovođenje finansijskih istraga i oduzimanje nelegalno stečene imovine.²⁷ Stupanjem na snagu ovog zakona prestao je da važi Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela iz 2010. godine.

Novi Zakon o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske sastoji se iz nekoliko cjelina. Prva cjelina sadrži osnovne odredbe (osnovni principi zakona, stranke i pojmovi). Druga cjelina se odnosi na organe koji učestvuju u sprovođenju samog zakona (javno tužilaštvo, sud, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, Agencija za upravljanje oduzetom imovinom). Treća cjelina obuhvata postupak za oduzimanje imovine (finansijska istraga, privremeno oduzimanje imovine, privremene mjere obezbjeđenja oduzimanja imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, poseban postupak za oduzimanje imovine, trajno oduzimanje imovine), dok se četvrta cjelina odnosi na upravljanje oduzetom imovinom (postupak upravljanja imovinom, upravljanje privremeno oduzetom imovinom, upravljanje trajno oduzetom imovinom). Peta cjelina se odnosi na međunarodnu saradnju (osnovi za međunarodnu saradnju, postupak po molbi za međunarodnu saradnju). Na kraju zakona se nalaze prelazne i završne odredbe (donošenje podzakonskih akata, prestanak važenja i stupanje na snagu).

Sama primjena navedenog zakona pretpostavlja postojanje odgovarajućih materijalnih i formalnih uslova. Kao prvo, pretpostavka za primjenu zakona su određena krivična djela propisana Krivičnim zakonikom Republike Srpske²⁸ koja su navedena u članu 2 stav 1 Zakona o oduzimanju

izvršenjem krivičnog djela, radna grupa je prilikom izrade Prijedloga zakona konsultovala i usvojena rješenja iz zemalja u regionu iz ove oblasti, a sve da bi se obezbijedilo oduzimanje imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela. Članovi radne grupe predložili su i usvojili da se promijeni i naziv zakona, na način da će glasiti Zakon o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela. Navedena izmjena naziva zakona proistekla je usljed sveobuhvatnijeg, odnosno preciznijeg uređivanja pravila postupka kada se primjenjuju odredbe ovog zakona ne samo u slučaju oduzimanja imovine koja je stečena izvršenjem krivičnog djela, nego i u slučaju oduzimanja imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, čime se proširuje primjena ovog zakona.

²⁶ Zakon o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 65/2018.

²⁷ Vidjeti: Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnom djelom Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, broj 71/2014 i Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine, „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, broj 29/2016. Na nivou Bosne i Hercegovine nije donesen zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela.

²⁸ Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/2017.

imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, a za neka krivična djela primjena je uslovljena i visinom pribavljene imovinske koristi (član 2 stav 2).²⁹ Kao materijalni uslov pojavljuje se i imovina, i tu treba razumjeti kako sam pojam imovine, tako i lica koja poseduju tu imovinu (član 4 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske).

Finansijska istraga se pokreće protiv vlasnika imovine kada postoje osnovi sumnje da ima imovinu proisteklu izvršenjem krivičnog djela. U istrazi se prikupljaju dokazi o imovini i zakonitim приходима које је власник имовине стекао, начину и трошковима живота власника имовине, dokazi o imovini koju je naslijedio pravni sljedbenik, odnosno dokazi o imovini i naknadi za koju je imovina prenesena na treće lice. Javni tužilac će završiti istragu kada utvrdi da je stanje stvari dovoljno razriješeno podnošenjem zahtjeva za trajno oduzimanje imovine ili naredbom obustaviti istragu ako se ne utvrdi da postoje uslovi za podnošenje zahtjeva za trajno oduzimanje imovine. U članu 11 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske propisano je da se finansijska istraga pokreće naredbom javnog tužioca, da finansijskom istragom rukovodi javni tužilac, a da na zahtjev javnog tužioca ili po službenoj dužnosti, a pod nadzorom javnog tužioca, dokaze iz člana 9 stav 2 ovog zakona prikuplja Jedinica (Odjeljenje za finansijske istrage i pranje novca Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske).³⁰ Policija, nakon što prikupi sve neophodne podatke o приходима и rashodима лica која су предмет finansijske istrage, podnosi nadležnom tužilaštvu izvještaj o finansijskoj istrazi. Policija je nezaobilazan i vrlo značajan faktor u sprovođenju finansijskih istraga, a što pokazuju rezultati navedeni u tabeli u ovom radu (Tabela 1).

U skladu sa članom 15 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, a kada postoji opasnost da bi kasnije oduzimanje imovine proistekle izvršenjem krivičnog djela bilo otežano ili onemogućeno, tužilac može podnijeti zahtjev za privremeno oduzimanje imovine (čl. 15–21 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem

²⁹ Odredbe ovog zakona primjenjuju se i za druga krivična djela propisana Krivičnim zakonikom Republike Srpske ako imovinska korist, odnosno vrijednost predmeta koji su upotrijebljeni ili su bili namijenjeni za izvršenje ili su nastali izvršenjem krivičnog djela, prelazi iznos od 50.000,00 KM.

³⁰ Propisi koji definišu ovu oblast na nivou Bosne i Hercegovine jesu Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera i Zakon o izvršnom postupku Bosne i Hercegovine pred Sudom Bosne i Hercegovine. Više: Simović, Mi. Simović, Ma. (2013), „Oduzimanje imovine pribavljene krivičnim djelom, sa posebnim osvrtom na odluke ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 77–96.

krivičnog djela Republike Srpske).³¹ Nakon potvrđivanja optužnice, a najkasnije u roku od godinu dana po pravosnažnom okončanju krivičnog postupka, javni tužilac podnosi zahtjev za trajno oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela (čl. 36–48 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske). Navedene mjere traju do okončanja krivičnog postupka i utvrđivanja svih potrebnih činjenica.³²

Oduzetom imovinom upravlja Agencija za upravljanje oduzetom imovinom u skladu sa Zakonom o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela i podzakonskim aktima donesen na osnovu ovog zakona (čl. 47–69 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske).

Finansijske istrage se sprovode paralelno sa krivičnim istragama, a u skladu sa odredbama ovog zakona. Osnovni cilj finansijske istrage jeste utvrditi imovinu, zatim privremeno, a potom i trajno oduzeti prihod stečen krivičnim djelom. Svrha postupanja u finansijskim istragama jeste prvenstveno eliminisanje štete po javni interes nastale nakon izvršenja krivičnih djela, a potom i sprečavanje da nezakoniti prihodi uđu u legalne ekonomske tokove, te onemogućavanje da ti prihodi postanu sredstva za vršenje novih krivičnih djela (naročito jer finansijska istraga omogućava da se dođe do samog vrha organizovanih kriminalnih grupa, a što opet učvršćuje vladavinu zakona i jednakost svih građana pred zakonom). Djelotvornost finansijskih istraga leži upravo u činjenici da se oduzima imovina proistekla izvršenjem krivičnog djela i suzbija kriminalitet, a prije svega tzv. organizovani kriminalitet, što doprinosi većem osjećaju bezbjednosti kod građana. Takođe, djelotvornost vođenja finansijskih istraga i oduzimanja nelegalno stečene imovine ogleda se i u tome da one omogućavaju ponovno uspostavljanje povrijeđenog pravnog poretka.³³

³¹ U praksi se često koriste termini: blokirana imovina, privremeno i trajno oduzeta imovina, konfiskovana imovina, zamrznuta ili zaplijenjena imovina i sl. Bez detaljnijeg ulaženja u analizu svih ovih izraza i da li je njihova upotreba opravdana i u kom kontekstu, s obzirom na to da bi to prevazišlo okvire ovog rada, neophodno je istaći da Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske poznaje samo termine *privremeno* i *trajno oduzete imovine*, dok se, u praksi, koristi i termin *blokirana imovina*, koji podrazumijeva onu imovinu blokiranu na osnovu člana 138 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske.

³² Nakon potvrđivanja optužnice, a najkasnije u roku od godinu dana po pravosnažnom okončanju krivičnog postupka, javni tužilac podnosi zahtjev za trajno oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela.

³³ Jedan od bitnih elemenata u procesu oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom jeste finansijska istraga. Dakle, jedan od ciljeva regionalnog nivoa je „jačanje kapaciteta policije u borbi protiv teških krivičnih djela u Jugoistočnoj Evropi“, koje ujedno predstavljaju i jačanje kapaciteta za finansijske istrage koje imaju za cilj oduzimanje prihoda stečenog krivičnim djelom. Šuškić, I. (2013), „Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u BiH“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim*

Analiza primjene ranije važećeg Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj u periodu 2010–2017. godine iz ugla policije

Na osnovu ranije važećeg Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta u Ministarstvu unutrašnjih poslova utvrdilo je organizacionu jedinicu iz člana 6 Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela, te je tako formirano Odjeljenje za finansijske istrage i pranje novca koje sprovodi finansijske istrage u saradnji sa tužilaštvom. Odjeljenje je sistematizovano u okviru Uprave kriminalističke policije, Jedinice za privredni kriminalitet, te je jedino nadležno da sprovodi finansijske istrage na teritoriji Republike Srpske.

Tabela 1: Tabela prikaz rezultata u oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj u periodu 2010–2017. godine³⁴

R. br.	FINANSIJSKE ISTRAGE I OTKRIVANJE IMOVINE STEČENE IZVRŠENJEM KD	2017.	2016.	2015.	2014.	2013.	2012.	KRAJ 2010. 2011.	UKUPNO
1.	Broj finansijskih istraga i drugih izvještaja	90	75	79	81	59	37	19	443
2.	Broj finansijskih i dr. izvještaja (izv. o kd)	10	13	46	37	24	21	14	165
3.	Broj dopuna finansijskih i dr. izvješt. (izv. o kd)	1	4	4	3	12	3	2	33
4.	Broj provjeravanih lica	106	105	148	263	467	138	154	1.381
5.	Vrijednost blokirane imovine	110.900,00	9.574.000,00	0	3.086.600,00	7.000.000,00	12.538.885,50	24.667.883,85	56.978.269,35
6.	Vrijednost privremeno oduzete imovine	30.000,00	0	1.114.912,29	2.410.882,00	269.000,00	19.314.970,12	0	23.109.794,39
7.	Vrijednost trajno oduzete imovine	850.000,00	0	0	14.328.296,18	379.783,62	500.000,00	0	16.058.079,72

djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 163–183.

³⁴ Podaci Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske.

Od momenta primjene Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u Republici Srpskoj od oktobra 2010. godine, postignuti su određeni rezultati u oduzimanju imovine pribavljene krivičnim djelom, pa je prema statističkim podacima Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske od oktobra 2010. godine do kraja 2017. godine, ukupan broj predmeta u kojima su vršene finansijske provjere na teritoriji Republike Srpske 443 (sa ili bez naredbe o pokretanju finansijske istrage), i to prema ukupno 1.381 licu. Ukupna vrijednost blokirane imovine je 56.978.269,35, dok je ukupna vrijednost privremeno oduzete imovine 23.109.794,39 a ukupna vrijednost trajno oduzete imovine je 16.058.079,72 konvertibilnih maraka³⁵ (Tabela 1).

Zaključna razmatranja

Iz svega navedenog, može se zaključiti da stručna i opšta javnost u Bosni i Hercegovini, ali i šire, u novije vrijeme priznaje oduzimanje imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnih djela kao efikasno sredstvo u borbi protiv kriminaliteta. Suštinu instituta oduzimanja imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela predstavlja obaveza da oni koji su osuđeni za izvršenje teških krivičnih djela moraju da dokažu da je imovina koju posjeduju stečena legalnim putem. U suprotnom, država stiće pravo i obavezu da im takvu imovinu oduzme. U prvom redu se na taj način organizovane kriminalne grupe lišavaju finansijske osnove za vršenje novih krivičnih djela, sprečava se legalizacija nezakonite dobiti i njeno ulaganje u legalne finansijske tokove, a samim tim štiti se privreda, finansijsko tržište i ekonomski razvoj. S obzirom na ovakav značaj oduzimanja imovine proistekle iz kriminalnih aktivnosti, ne treba čuditi činjenica što se ovoj problematici u posljednjih nekoliko decenija posvećuje tolika pažnja. Najbolji primjer jeste broj usvojenih međunarodnih pravnih akata i drugih preduzetih aktivnosti po ovom pitanju. Kada je riječ o njihovom nacionalnom karakteru, onda posebnu pažnju zaslužuje činjenica normiranja ove problematike posebnim zakonom i na taj način stvaranja normativne osnove za željeni stepen efikasnosti države u oduzimanju nezakonito stečene imovine. Polazeći od toga, naš zakonodavac je 2010. godine donio Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog

³⁵ Proteklih osam godina nadležni sudovi su pravobranilaštvima BiH, Federacije BiH i Republike Srpske dostavili 106 presuda kojima se nalaže oduzimanje nelegalno stečene imovine u vrijednosti od 36 miliona KM (24 Presude Pravobranilaštvu BiH, 36 presuda Pravobranilaštvu Republike Srpske i 46 presuda Pravobranilaštvu Federacije BiH). Poražavajuće je da su izvršena samo dva naloga po kojima je oduzeta i prodana imovina u ukupnoj vrijednosti od 741.500,00 KM.

djela Republike Srpske, kojim su po prvi put uređeni uslovi, postupak i organi nadležni za otkrivanje, oduzimanje i upravljanje takvom imovinom. Nepodijeljeno je mišljenje stručne javnosti da su se u praktičnoj primjeni navedenog zakona pokazali dobri rezultati, čime su nedvosmisleno opravdani razlozi i za ustanovljavanje pomenutih specijalizovanih organa. Ostvareni rezultati u primjeni Zakona o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske govore o tome da su zakonodavna rješenja u Republici Srpskoj, po pitanju finansijskih istraga i pranja novca, odnosno oduzimanja nezakonito stečene imovine, u velikoj mjeri usaglašeni sa međunarodnim standardima.

Međutim, Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske nije mijenjan niti dopunjavan od dana donošenja, a u praksi je pokazao određene nedostatke koji su uticali na efikasnost oduzimanja imovine, što je doprinijelo donošenju novog Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, koji je stupio na snagu 1. avgusta 2018. godine.

Na kraju rada možemo zaključiti da na prostoru Republike Srpske postoje adekvatne zakonske pretpostavke, institucionalni kapaciteti, sudska, a prije svega tužilačka i policijska praksa i ostali uslovi kako bi se još efikasnije mogla primjenjivati mjera oduzimanje imovinske koristi i imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela.

Literatura

Bubalović, T. (2008), „Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6.2008“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 15, broj 2/2008, Zagreb, str. 1129–1157.

Govedarica, M. (2013), *Oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela (preventivni–represivni aspekt)*, Banja Luka, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 9-24.

Huremagić, R. (2013), „Oduzimanju imovinske koristi i finansijske istrage - aktuelna događanja na nivou Evropske unije“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova u Banjoj Luci, str. 231–236.

Kosić, D. (2018), „Statistički pokazatelji oduzimanja imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske“, *Ne nasilju – jedinstven društveni odgovor*, Treća međunarodna naučna konferencija Društvene devijacije, Centar modernih znanja Banja Luka, str. 509–523.

Sijerčić-Čolić, H. (2012), „Aktuelna pitanja krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini (ustavnopravni, legislativni i praktični aspekti)“, *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, str. 288–316.

Simović, Mi. Simović, Ma. (2013), „Oduzimanje imovine pribavljene krivičnim djelom, sa posebnim osvrtom na odluke ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 77–96.

Šuškić, I. (2013), „Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u BiH“, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost*, Projekat: EU podrška provedbi zakona, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, str. 163–183.

Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/2017.

Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 12/2010.

Zakon o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 65/2018.

Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnom djelom Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, broj 71/2014.

Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine, „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, broj 29/2016.

Konvencija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (United Nation Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Beč, 20.12.1988. godine, stupila na snagu 11.11.1990. godine, Bosna i Hercegovina je članica temeljem

sukcesije, tekst objavljen u „Službenom listu SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 14/1990).

Konvencija o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom (Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strazbourg, 8.11.1990. godine, stupila na snagu 1.9.1993. godine, stupila na snagu u odnosu na Bosnu i Hercegovinu 1.7.2004. godine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine – Međunarodni ugovori“, broj 04/2006).

Građanskopravna konvencija protiv korupcije (Civil Law Convention on Corruption, Strazbourg, 4.11.1999. godine, stupila na snagu 1.11.2003. godine, stupila na snagu u odnosu na Bosnu i Hercegovinu 1.11.2003. godine; objava „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj 36/2001).

Dodatni protokol na krivičnopravnu konvenciju Savjeta Evrope protiv korupcije (Additional Protocols to Criminal Law Convention of Council of Europe on Corruption, Strazbourg, 15.5.2003. godine. Stupio na snagu za Bosnu i Hercegovinu dana 1.1.2012. godine).

Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminala (Convention against Transnational Organized Crime, Palermo, od 15.11.2000. godine, stupila na snagu u međunarodnom i unutrašnjem smislu dana 29.9.2003. godine, objava „Službeni glasnik BiH“, broj 3/2002). Svrha ove konvencije je da se na efikasniji način unaprijedi saradnja u borbi protiv organizovanog transnacionalnog kriminaliteta.

Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnenim, morskim i vazдушnim putem kojim se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime, stupio na snagu u međunarodnom i unutrašnjem smislu 28.1.2004. godine, objava „Službeni glasnik BiH“, broj 3/2002);

Protokol o sprečavanju, zaustavljanju i kažnjavanju trgovine ljudima, naročito ženama i djecom, kojim se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime, stupio na snagu u međunarodnom i unutrašnjem smislu 25.12.2003. godine, objava „Službeni glasnik BiH“ broj 3/2002).

Konvencija UN protiv korupcije (UNCAC), usvojena je 31. oktobra 2003. godine na Generalnoj skupštini UN, rezolucijom broj 58/4. Konvencija je potpisana 9. decembra 2003. godine u Meridi (Meksiko). Ovaj najznačajniji međunarodnopravni instrument za borbu protiv korupcije Bosna i Hercegovina je potpisala 16.9.2005. godine, a Predsjedništvo BiH donijelo je na 89. redovnoj sjednici odluku o ratifikaciji UNCAC dana 27.3.2006. godine.

Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom i finansiranjem terorizma (Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on Financing of Terrorism, Varšava 16.5.2005. godine, stupila na snagu 1.5.2008. godine, u odnosu na Bosnu i Hercegovinu stupila na snagu 1.5.2008. godine, „Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, broj 14/2007).

Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering - Commission Declaration.

Directive 2005/60/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing.

Commission Directive 2006/70/EC of 1 August 2006 laying down implementing measures for Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition of politically exposed person and the technical criteria for simplified customer due diligence procedures and for exemption on grounds of a financial activity conducted on an occasional or very limited basis.

2001/500/JHA: Council Framework Decision of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime.

Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence.

Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime Related Proceeds, Instrumentalities and Property.

Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders.

COUNCIL DECISION 2007/845/JHA of 6 December 2007 concerning cooperation between Asset Recovery Offices of the Member States in the field of tracing and identification of proceeds from, or other property related to, crime.

THE ROLE OF THE POLICE IN CONFISCATION OF PROPERTY ACQUIRED BY PERPETRATION OF A CRIMINAL ACT IN IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Professor Ljubinko Mitrović*
MSci Dragana Kosić**

***Abstract:** Having implemented the institute of the confiscation of assets and proceeds of crime is necessary for an adequate repressive and preventive action against contemporary forms of crime. The main reason why the most serious forms of crime appear, grow and keep existing is the acquisition of assets. Financial investigations are being efficient due to a fact that proceeds of crime are being confiscated and crime, as one of the basic forms of threatening the security of the modern state, is being reduced. An individual financially profiting from a crime is being confiscated gained assets and potential perpetrators are being proved that they cannot retain proceeds of crime, which ensures stronger sense of security and safety of citizens. In addition, the effectiveness of conducting financial investigations and confiscation of proceeds of crime is also reflected in the fact that it enables the re-establishment of a violated legal system. In the Republic of Srpska, by having the Law on confiscation of proceeds of crime entered into force in 2010, a legal framework for the efficient conduct of financial investigations has been created and the law did not change until 2018. Since then, significant results have been achieved in confiscation of proceeds of crime. This will be further discusses in this paper.*

***Keywords:** crime, criminal offence, financial investigations, confiscation of proceeds of crime, police.*

* Ombudsman for Human Rights Bosnia and Herzegovina

** Sector Security Bosnia and Herzegovina

УДК 343.983:343.53(497.6РС)

doi 10.7251/PR5618053I

Прегледни научни чланак

НОВА КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ ИМОВИНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Вељко Икановић*

Апстракт: Аутор се у раду бави анализом нових кривичних дјела у Кривичном законнику Републике Српске из 2017. године. Ријеч је о кривичним дјелима из посебног дијела Законика која су у ранијем Кривичном закону Републике Српске постојала као самостална кривична дјела, а сада су значајно измијењена и изгубила самосталност утапајући се у друга кривична дјела. Ове измјене се односе на кривична дјела крађе, крађе електричне енергије и оштећење и одузимање туђе ствари, која 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, посебно код правне квалификације кривичног дјела. Сматрајући да су нека од нових рјешења непотребна, а друга недоречена и неодређена, овим радом желимо да скренемо пажњу научне и стручне јавности ради формирања става о правилној примјени тих норми.

Кључне ријечи: крађа, шума, електрична, прикључење, возња.

Увод

Једно од основних, природних, универзалних људских права представља право на имовину. Поред тога што је зајемчено многим међународним конвенцијама и документима, имовину или право на имовину, још од давнина, штити и домаће право свих држава. Заштита

* Врховни суд Републике Српске, Алеја Светог Саве бб, 78000 Бања Лука, e-mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba

имовине и права на имовину остварује се разним инструментима али и путем кривичног законодавства прописивањем који напади на имовину представљају кривична дјела и прописивањем кривичних санкција за та дјела. Тако је то и у нашем кривичном законодавству, како оном ранијем тако и сада важећем Кривичном законнику Републике Српске из 2017. године (у даљем тексту Законик и КЗ).¹

Карактеристика ових инкриминација је устаљеност у погледу врсте кривичних дјела и њихових елемената, врсте кривичних санкција и висине запријеђених казни за та дјела. Ово је резултат релативне стабилности облика имовине и карактеристика покретне ствари које су се споро мијењале. Одређене празнине, посебно оне које су настајале у случају напретка технике (нпр. појава телефонских импулса, електричне енергије, топлотне енергије, гаса, компјутерских података и слично), до сада је успјешно рјешавала судска пракса. Ово се односи и на посебне облике напада на имовину као што су шумска крађа, одузимање моторног возила, одузимање и оштећење туђе ствари, што су до сада била посебна кривична дјела, о чему је изграђена богата судска пракса. Та сталност гарантовала је правну сигурност која се огледала и у ефикасности судског поступка у овим предметима.

Међутим, приликом доношења новог законика, законодавац се определио да овај устаљени ред измијени другачијом композицијом кривичног дјела крађе тако што је у њега уградио ранију шумску крађу, коју је као посебно кривично дјело укинуо. Такође у једно кривично дјело под називом „Оштећење и одузимање туђе ствари“ спојио је три самостална кривична дјела: 1. одузимање туђе ствари, 2. одузимање моторног возила и 3. оштећење туђе ствари. Осим тога, као посебан самостални облик крађе прописао је кривично дјело крађе електричне енергије или природног гаса, смјештајући га у систематици између кривичног дјела крађе и тешке крађе.

Сматрамо да ове новине заслужују посебну пажњу, јер се не ради само о техничким измјенама, које ће имати посљедице у практичној примјени зато што се сада ради и о значајно измијењеним елементима бића кривичних дјела, објектима радње, намјери и слично. Остаје нејасно шта је мотивисало законодавца да се упусти у ове измјене јер наведена кривична дјела нису била предмет спорења правне науке и праксе и дуги низ година представљала су најјаснији, најодређенији и најстабилнији дио кривичног законодавства. С обзиром на то да се ради

¹ „Службени гласник Републике Српске“ број 64/17.

о кривичним дјелима која се најчешће врше, због чега су најзаступљенија у судској пракси, очекујемо да се убрзо отворе питања везана за одређене нејасноће које неспорно постоје и које по нашем мишљењу није требало непотребним измјенама закона ни стварати.

1. Опште карактеристике кривичних дјела против имовине

Свака група кривичних дјела, па тако и кривична дјела против имовине, има своје опште карактеристике које је одређују у кривичном закону и дистанцирају од других група кривичних дјела. Како би могли да схватимо суштину и последице промјена створених новим приступом законодавца код кривичних дјела која обрађујемо у овом раду морамо прво укратко поћи од општих карактеристика ове групе кривичних дјела.

Објект заштите кривичних дјела против имовине јесте имовина или право на имовину као једно од основних, природних, универзалних људских права. Имовина представља скуп, збир имовинских права и интереса било које врсте независно од тога да ли је материјална или нематеријална, покретна или непокретна, односно правни документи или инструменти којима се доказује право на такву имовину.²

Овим кривичним дјелима штити се имовина која се састоји од ствари, имовинских права и интереса везаних за ствари. Имовина подразумијева својину другог лица, а може се јавити у облику покретне или непокретне ствари, односно других имовинских права и интереса који се по правилу могу вриједносно изразити (у новцу). Имовина чини економски основ постојања, егзистенције и развоја човјека, групе људи, односно друштва у цјелини, а служи за задовољење општих, заједничких и појединачних потреба. Због посебног значаја који имовина има за човјека и друштвену заједницу, од најстаријих времена у структури кривичних дјела јављају се и ова кривична дјела која спадају у општи или класични криминалитет.³

Кривичноправна заштита имовине се не остварује само овим кривичним дјелима, већ и другим дјелима против: привреде и платног промета, службене дужности, опште сигурности људи и имовине, безбједности јавног саобраћаја итд. Но, код имовинских кривичних

² Члан 123 тачка 25 КЗ.

³ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право, Посебни део*, Бања Лука, 2017. године, стр. 141.

дјела, имовина је једини или основни објект заштите, док се код других кривичних дјела имовина штити уз други објект, добро или вриједност који има примаран, претежни или превалентан значај. Имовина као заштитни објект може се јавити као: а) покретна ствар, б) покретна и непокретна имовина, в) имовинска права или имовински интереси и г) конкретна покретна ствар.

Сљедећа одлика ових кривичних дјела је врста посљедице, која се најчешће јавља у виду повреде. Она наступа на имовини другог физичког или правног лица, и то у облику проузроковања штете. Најчешће је та штета имовинског карактера, па се огледа у смањењу постојеће имовине или у спречавању њеног увећања. За постојање ових дјела од значаја је и чињеница да се имовинска штета може вриједносно, новчано изразити. Висина штете се утврђује према тржишним условима у вријеме предузимања радње извршења. Овако причињена имовинска штета може да представља: а) објективни услов инкриминације, б) квалификаторну и в) привилегујућу околност⁴.

Основни мотив извршења имовинских кривичних дјела јесте намјера учиниоца да за себе или другог прибави имовинску корист или намјера да се проузрокује штета другом лицу или пак побуде у виду користољубља. То значи да се као покретач учиниоца на предузимање радње извршења јавља одређена намјера или побуда, што значи да је дјело свршено независно од чињенице да ли су намјера или побуда у конкретном случају и остварени. Намјера и побуда морају да постоје у вријеме предузимања радње извршења на страни учиниоца и квалификују облик кривице као директан умишљај. Намјера прибављања противправне имовинске користи може бити праћена користољубљем које одражава похлепу, пожуду, тежњу за прекомјерним, непотребним богаћењем или увећањем имовине. Постојање користољубља као субјективног елемента на страни учиниоца дјела омогућава суду да учиниоцу овог дјела: а) изрекне кумулативно новчану казну уз казну затвора и б) да одмјери новчану казну у границама изнад општег максимума – до два милиона КМ⁵.

Имовинска корист од кривичног дјела у смислу члана 123 тачка 24 КЗ представља: а) непосредну имовинску корист од кривичног дјела која се састоји од сваког увећања или спречавања умањења имовине до које је дошло извршењем кривичног дјела, б) имовину у коју је претворена

⁴ Д. Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2017. године, стр. 113–114.

⁵ С. Хоцић, „Избор кривичне санкције“, *Правна мисао*, Сарајево, број 9-10/1987. године, стр. 59–68.

или промијењена непосредна имовинска корист од кривичног дјела и в) свака друга корист која је добијена од непосредне имовинске користи од кривичног дјела или имовине у коју је промијењена или претворена непосредна имовинска корист од кривичног дјела без обзира на то да ли се налази на територији Републике Српске или ван ње.

2. Крађа

Кривично дјело крађе је основно имовинско кривично дјело⁶ које је прописано у члану 224 КЗ. Ово кривично дјело састоји се у одузимању туђе покретне ствари од другог у намјери да се она противправно присвоји⁷. Овдје се већ сусрећемо са проблемом садржине намјере учиниоца кривичног дјела која се одређује као противправно присвајање. Противправно присвајање може да буде из разних побуда и није увијек мотивисано прибављањем противправне имовинске користи. Одузимање и противправно присвајање туђе покретне ствари без намјере прибављања противправне имовинске користи су и елементи бића кривичног дјела одузимања туђе ствари.⁸ Осим тога, код овакве диспозиције покретна ствар не мора да има никакву вриједност јер се не тражи намјера прибављања имовинске користи. Раније кривично законодавство је увијек захтијевало намјеру прибављања противправне имовинске користи код учиниоца кривичног дјела крађе.⁹ Ово је било потпуно јасно, одговарало је природи кривичног дјела крађе и дистанцирало га од других сличних кривичних дјела, као што је одузимање туђе покретне ствари и слично. Код овако одређених елемената бића кривичног дјела остаје нејасно шта је садржина намјере учиниоца, да ли укључује имовинску корист или је не укључује. На то питање ће морати да одговори судска пракса, а ми сматрамо да је ово потребно измијенити и вратити се ранијем рјешењу које је кроз науку кривичног права и судску праксу одавно дефинисано и провјерено.

⁶ А. Трешњев, *Тешка крађа у теорији и пракси*, Београд, 2006. године, стр. 56–69.

⁷ М. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934. године, стр. 547; Б. Златарић, „Проблематика у законодавству кривичног дјела крађе“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, број 2/1950. године, стр. 284; Б. Чејовић, *Кривично право у судској пракси*, Књига друга, Посебни део, Београд, 1985. године, стр. 706; Група аутора, *Коментар Кривичног закона Републике Србије*, Београд, 1995. године, стр. 583.

⁸ Пресуда Окружног суда у Крагујевцу К.136/04 од 23.11.2005. године и Врховног суда Србије Кж-І-113/07 од 10. 4. 2007. године.

⁹ Види члан 231 став 1 Кривичног закона Републике Српске из 2003. године.

Објект заштите код овог кривичног дјела је имовина било које врсте, независно од тога да ли је материјална или нематеријална, покретна или непокретна, односно правни документи или инструменти којима се доказује право на такву имовину.¹⁰

Објект напада је туђа покретна ствар. То је и свака произведена или скупљена енергија¹¹ за давање свјетлости¹², топлоте или кретања, телефонски импулси, као и регистровани податак који је резултат електронске обраде података (компјутерски податак или програм). Човјек представља људско биће, а не ствар, па не може бити објект овог кривичног дјела, али то могу бити поједини одвојени дијелови тијела, природни (одсјечена коса, извађен зуб) или вјештачки (протеза вилице, руке, ноге). Леш и дијелови леша могу бити објект напада код крађе ако имају посебну намјену, уграђене апарате или предмете од вриједности.

Покретна ствар која је предмет крађе мора да има двије карактеристике. То су: а) да има сама по себи имовинску, новчану вриједност или да се помоћу ње може доћи до такве вриједности (рекли смо да ово по садашњем рјешењу остаје нејасно) и б) да је туђа ствар, односно да није у својини учиниоца овог дјела јер нема крађе на сопственој ствари. Од овог правила постоји изузетак када се одузима ствар која је у сусвојини или заједничкој својини учиниоца и другог лица, па учинилац својом радњом прекида притежање другог лица и успоставља само своје притежање. Напуштене и изгубљене ствари¹³, као и ствари за које се не зна коме припадају, не могу бити предмет крађе, осим ако су изгубљене, заборављене, затурене или напуштене на простору који припада другом лицу као притежаоцу, јер у таквом случају постоји могућност да он са њима располаже.

Радња извршења је одузимање туђе покретне ствари¹⁴. О томе када

¹⁰ Члан 123 тачка 25 КЗ

¹¹ Члан 123 тачка 18 КЗ. Вода може бити предмет крађе када ју је учинилац одузимао на штету комуналног предузећа тако што се самовољно прикључио на цијев јавног водовода и трошио воду чија потрошња није била регистрована на водомјеру.

¹² Крађа електричне енергије постоји када учинилац користи немјерену електричну енергију тако што преко доводног кабла издвоји дио потрошача у свом стану, па та потрошња није била мјерена преко бројила.

¹³ Присвајањем изгубљене или заборављене ствари у случају када лице које је ствар изгубило или заборавило претпоставља гдје се она налази и тражећи је манифестује вољу да над њом успостави фактичку власт, учинилац врши крађу.

¹⁴ У радњама оптужених који су присвојили ствари оштећеног из куће која им је била повјерена на коришћење као привременим корисницима и над којим стварима су у моменту присвајања имали фактичку власт, остварили су обиљежја кривичног дјела утаје, а не кривичног дјела крађе с обзиром на то да ствари које су оптужени присвојили нису биле у фактичкој власти оштећеног,

је извршено одузимање (када постоји свршено кривично дело крађе) постоје различите теорије. То су: а) теорија контрректације, б) теорија амоције, в) теорија аблације, г) теорија илације и д) теорија апрехензије. Према теорији апрехензије, која је прихваћена у домаћем праву, дјело постоји када је учинилац својом радњом прекинуо притежање (фактичку, државинску власт, детенцију) другог лица на ствари и успоставио своје притежање на њој, то јест кад је почео да фактички располаже са ствари, односно када је створио услове који му омогућују слободно, несметано коришћење и располагање са њом¹⁵.

Одузимање ствари се може извршити на разне начине, тајно или јавно, различитим средствима. За постојање дјела је битно да се радња извршења предузима у одређеној намјери – намјери учиниоца да противправно присвоји одузете ствари за себе или друго физичко или правно лице. Ова намјера мора да постоји на страни учиниоца у вријеме предузимања радње извршења, али она не мора да буде остварена у конкретном случају. Присвајање ствари не значи стицање својине, већ фактичко власничко понашање у располагању стварима.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је директан умишљај који карактерише наведена намјера присвајања ствари.

Лакши облик крађе (ситна крађа) ако вриједност одузете ствари не прелази износ од 300 КМ, при чему је учинилац имао намјеру да прибави малу имовинску корист. Ово дјело карактеришу два елемента. То су: а) објективни елемент – мали износ прибављене имовинске користи – до 300 КМ и б) субјективни елемент – намјера учиниоца да предузетом радњом извршења прибави управо малу, ситну имовинску корист. Видимо да се овдје захтијева намјера прибављања имовинске користи која се у основном облику кривичног дјела не тражи, што додатно чини нејасном намјеру законодавца.

Посебан облик крађе је „шумска крађа“. Ово кривично дјело је у ранијем КЗ РС било у групи кривичних дјела против животне средине, а у предратном законодавству у групи кривичних дјела против привреде. Сматрамо да се овим кривичним дјелом примарно штити животна

већ код оптужених, па у таквој ситуацији нема противправног одузимања туђих покретних ствари које се у тренутку одузимања налазе код оштећеног, а што представља битно обиљежје кривичног дјела крађе.

¹⁵ За свршено кривично дело крађе није довољна обична детенција, већ притежање које учиниоцу омогућује несметано располагање са одузетом ствари.

средина која се угрожава сјечом шуме ради крађе (гдје је и даље остало кривично дјело пустошење шума, које је блиско овом дјелу), а тек уз то и имовина. Зато ово кривично дјело није требало уређивати као посебан облик кривичног дјела крађе, као што је то сада урађено.

Дјело чини лице које обори стабла у шуми у количини већој од пет кубних метара у намери крађе¹⁶. Објект заштите је шума. Радња извршења је одређена као обарање стабала. То је сјеча или одвајање стабла од коријена. За постојање дјела потребно је да се радња извршења предузима: а) на одређеном мјесту – у шуми, б) у одређеној намјери – ради крађе, дакле, ради одузимања туђе покретне ствари у намјери противправног присвајања и в) тако да проузрокује посљедицу у количини обореног дрвета која је већа од пет кубних метара. То значи да мањи обим посљедице од законом предвиђене не чини ово кривично дјело. Према изричитој законској одредби покушај овог дјела је кажњив.

Овдје постоји неколико спорних ствари. Прво, језичким тумачењем појма „обори стабла“ ради се о множини и долазимо до закључка да је потребно да обори више стабала, што значи најмање два. Раније је код кривичног дјела шумске крађе, као самосталног кривичног дјела, било прописано да је потребно оборити једно или више стабала, што додатно потврђује да се сада ради о већем броју стабала од једног. Могуће је да је законодавац, одређујући као посљедицу количину од пет кубних метара, сматрао да једно стабло не може садржавати ту количину дрвета. Међутим, то није тачно, јер није мали број стабала у квалитетној шуми која по својој маси премашују пет кубних метара, па би тада њиховим обарањем учинилац остао некажњен јер није оборио стабла већ стабло. С обзиром на то, сматрамо да циљ није био да обарање једног стабла у количини која прелази пет кубних метара остане некажњено, тако да треба прихватити да је довољно да се обори и једно стабло.

Друго, количина од пет кубних метара је велика јер док је шума била боље штићена и мање угрожавана, та граница је у ранијем законодавству била прво два кубна метра, да би нешто касније била подигнута на три кубна метра. Овдје треба имати у виду да је некада владар дозвољавао поданику да у државној шуми себи за зиму некажњено насијече дрва потребна за огрев домаћинства. С обзиром на то да се радило о скромним потребама, то су и количине дрвета биле мале. Касније је држава поставила границу од два кубна метра, са којом количином се

¹⁶ Д. Јовашевић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Београд, 2003. године, стр. 281–283.

могло презимити, а да се државна шума не оштети. Сматрамо да је количина од три метра кубна била оптимална мјера и да је није требало мијењати. Уосталом, ово кривично дјело по својој природи није чисто кривично дјело крађе и зато је требало остати као и раније међу кривичним дјелима против животне средине, јер је то примарни објект заштите.

Шумска крађа има два тежа облика испољавања.

Први тежи облик дјела постоји у сљедећим случајевима: а) ако је радња извршења обарање стабала учињена у намјери да се оборено дрво прода. Ова намјера мора да постоји на страни учиниоца у вријеме предузимања радње, али она не мора да буде остварена у конкретном случају, б) ако је количина обореног дрвета већа од петнаест кубних метара, гдје обим и интензитет проузроковане последице представља квалификаторну околност, и в) ако је радња извршења предузета на одређеном мјесту – у заштитној шуми, националном парку или другој шуми са посебном намјеном. Врста, значај и карактер мјеста извршења дјела представља квалификаторну околност.

Други тежи облик дјела постоји ако је радња извршења – обарање дрвета у шуми у количини која је већа од сто кубних метара учињена у намјери да се оборено дрво прода. Обим и интензитет последице дјела и намјера учиниоца, која квалификује директан умишљај, у вријеме предузимања радње извршења представљају основ за теже кажњавање.

3. Крађа електричне енергије или природног гаса

Крађа електричне енергије или природног гаса из члана 225 КЗ је посебан, специјалан облик крађе, састоји се у прикључењу електроенергетског објекта на електроенергетску мрежу супротно важећим прописима, у трошењу електричне или топлотне енергије или природног гаса без прописаних мјерних уређаја или мимо њих, у неовлашћеном коришћењу електричне или топлотне енергије или природног гаса на други начин или у онемогућавању овлашћеног лица да региструје утрошену електричну или топлотну енергију или природни гас.¹⁷

Међутим, интересантно је да, осим што ово дјело назива крађом и у ставу 4 код квалификованог облика спомиње вриједност украдене енергије, законодавац нигдје не говори о намјери прибављања против-

¹⁷ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Бања Лука, 2018. године, стр 429–431.

правне имовинске користи, намјери присвајања или било којој другој намјери. Ово кривично дјело је у изворном облику преузето из Закона о електричној енергији¹⁸ (члан 80а) што није разлог да у КЗ не буде прилагођено и уређено у складу са кривичним дјелима припадајуће групе. С друге стране, електрична енергија, топлотна енергија и гас увијек су сматрани покретном ствари која може бити предмет извршења кривичног дјела крађе. О томе постоји и богата судска пракса, па се поставља питање зашто се врши издвајање крађе ових енергената од других покретних ствари. Све остало попут неовлашћеног прикључивања, коришћења без прописаних мјерних уређаја које не прати намјера прибављања противправне имовинске користи, онемогућавање овлашћеног лица да региструје утрошену енергију, тешко се могу сврстати у радње кривичног дјела крађе.

Објект заштите је имовина, а објект напада: а) електрична енергија, б) топлотна енергија и в) природни гас.

Радња извршења је вишеструко алтернативно одређена као: а) прикључење електроенергетског објекта на електроенергетску мрежу супротно важећим прописима, б) трошење, коришћење, употреба електричне или топлотне енергије или природног гаса без прописаних мјерних уређаја или мимо њих, в) неовлашћено коришћење електричне или топлотне енергије или природног гаса на други начин и г) онемогућавање (у виду спречавања, ометања, отежавања физичким или психичким дјелатностима) овлашћеног лица да региструје утрошену електричну или топлотну енергију или природни гас.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај.

Посебан облик дјела постоји ако крајњи купац електричне или топлотне енергије или природног гаса не пријави извршење овог дјела. Ово је посебан облик непријављивања кривичног дјела или учиниоца (као кривичног дјела против правосуђа).

Дјело има два тежа облика испољавања.

Први тежи облик дјела постоји ако је радњу извршења овог дјела предузео управо крајњи купац електричне или топлотне енергије или природног гаса.

Други тежи облик дјела постоји ако вриједност украдене електричне или топлотне енергије или природног гаса прелази износ од 10.000

¹⁸ „Службени гласник РС“, бр. 8/2008 – пречишћен текст, 34/2009, 92/2009 и 1/2011.

КМ. Ако та вриједност украдене енергије или гаса према тржишним условима у вријеме предузимања радње извршења пређе износ од 50.000 КМ, тада је прописана кумулативна казна затвора од двије до осам година и новчана казна.

Ако се пак као учинилац овог кривичног дјела крађе јави правно лице, тада је прописана новчана казна од 20.000 до 200.000 КМ, а за његово одговорно лице казна затвора до три године кумулативно са новчаном казном. Ово је изузетак да се у Законику за одређено кривично дјело прописује посебни минимум и максимум казне за правно лице и одговорно лице. Само по себи то није лоше рјешење али је недоследно јер се за друга кривична дјела то не чини, па се поставља питање којим се разлозима законодавац руководио да ово кривично дјело издвоји од осталих. Склони смо закључити да је то некритички преузето из споменутог Закона о електричној енергији. Сама конструкција казне за правно и одговорно лице више подсјећа на одговорност која је некада прописивана за привредне преступе и страна је материји кривичног закона.

4. Оштећење и одузимање туђе ствари

Кривично дјело оштећења и одузимања туђе ствари из члана 240 КЗ састоји се у уништењу, оштећењу или чињењу неупотребљивом туђе ствари¹⁹ или у њеном противправном одузимању ради привремене употребе.

Објект заштите је имовина, а објект напада може бити покретна и непокретна имовина. Ствар не мора да има економску, новчану вриједност, већ може да има и афектациону вриједност за њеног власника. Битно је да је ствар туђа, дакле, да припада другом физичком или правном лицу.

Радња извршења је алтернативно одређена као: а) уништење – разарање супстанце или облика предмета тако да он више уопште не може да служи првобитној намјени, б) оштећење – привремено, дјелимично или краткотрајно онеспособљење предмета да се у већој или мањој мјери користи за првобитну намјену, али се та употребљивост може повратити поправком оштећеног дијела или његовом замјеном новим дијелом, в) чињење неупотребљивом туђе ствари – било која дјелатност утицања

¹⁹ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право, Посебни део*, оп. цит., стр. 164–166.

на предмет без дјеловања на облик или његову супстанцу, чиме се он доводи у стање у коме не може да се користи за првобитну намјену. Начин и средство предузимања радње нису од значаја за квалификацију овог дјела и г) одузимање туђе покретне ствари – дјелатност прекидања државине, детенције, фактичке власти другог лица и заснивање своје државине, односно стварање могућности коришћења и располагања са туђом ствари. Ова се радња предузима: а) на посебан начин – неовлашћено, дакле, противправно и б) у одређеној намјери – ради привремене употребе са циљем да се послјије тога врати власнику или држаоцу.

Овом се рјешењу може приговорити што не одређује само одузимање ствари у намјери присвајања без намјере прибављања противправне имовинске користи, већ захтијева да је то одузимање извршено ради употребе, чиме се сужава обим заштите имовине од противправног одузимања ствари из државине. То је супротно ранијем, по нашем мишљењу бољем, рјешењу садржаном у члану 236 Кривичног закона Републике Српске и судској пракси која је на тим основама изграђена²⁰.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице је потребан умишљај.

Дјело има два тежа облика испољавања.

Први тежи облик дјела чине сљедећи елементи: а) радња извршења је одузимање туђег моторног возила. То је свако саобраћајно средство на моторни погон у сувоземном, воденом или ваздушном саобраћају. Битно је да се ради о туђем возилу, које је у власништву другог физичког или правног лица, б) радња извршења се предузима како би се неовлашћено (без дозволе власника или држаоца) употријебило за вожњу, в) неовлашћена вожња туђег моторног возила треба да траје дуже вријеме. Када је вријеме трајања „дуже“ представља фактичко питање које суд решава у конкретном случају и г) усљед предузете радње извршења на одузетом возилу је причињена већа штета. Када постоји штета која је у узрочно-последичној вези са радњом извршења и када је штета „у већем износу“, суд рјешава као фактичко питање у конкретном случају.

Овдје се приликом одузимања возила не тражи постојање намјере да се возило употријеби за вожњу, већ се тражи да је то возило након одузимања и употријебљено за вожњу и да је та вожња трајала дуже вријеме. Самим тим, кратка вожња по паркингу, на краткој релацији или краће вријеме на дугој релацији што је могуће на аутопуту и са снаж-

²⁰ За кривично дјело одузимање туђе ствари потребна је намјера присвајања, стога сама противправна употреба туђе ствари (*furtum usus*), осим кривичног дјела послуге није кривично дјело (ВССЈ, Кзз 28/53).

ним и брзим возилом, па макар и сваки дан, не би била кажњива. Овај проблем је настао некритичким спајањем кривичног дјела одузимања моторног возила и кривичних дјела одузимања туђе ствари и оштећења туђе ствари. Код одузимања моторног возила раније је било кажњиво сâмо одузимање туђег моторног возила у намјери да се противправно употрејеби за возњу. Кривично дјело је било свршено самим стављањем у погон мотора и возила у покрет са намјером да се оно употрејеби за возњу²¹. Појам временског трајања судска пракса је изградила код одузимања туђе ствари, да би јасније одредила када се ради о одузимању, а када само о прекиду детенције²².

Други тежи облик дјела постоји ако је радња извршења: а) предузета из мржње као посебне врсте побуде учиниоца, б) предузета из обијести која указује на аморалност, безосјећајност, необузданост учиниоца и в) проузроковала знатну штету за пасивног субјекта. Када постоји „знатна“ штета, представља фактичко питање које суд рјешава у конкретном случају.

Закључак

Доношењем Кривичног законика Републике Српске учињен је значајан корак у унапређењу кривичног законодавства Републике Српске. Свакако да је овај посао био обиман и зато треба пажљиво анализирати и проучавати нова рјешења која је законодавац прихватио и у њега уградио. Ова анализа треба да се заснива на поставкама кривичноправне науке и судске праксе која ће се тек изграђивати. Посебно пажљивим праћењем и проучавањем судске праксе моћи ће се уочити све предности и недостаци одређених рјешења. У овом раду смо изнијели одређена запажања, примједбе и сугестије, сматрајући да ће, са

²¹ ВСВ, Кж 48/70.

²² Када је предузета радња извршења у облику одузимања туђе покретне ствари, наведено дело ће постојати само ако се ради о трајном одузимању ствари у циљу присвајања. Ово стога што одузимање ствари у намери привременог коришћења ствари не представља ово кривично дело. У погледу виности за постојање наведеног кривичног дела потребан је умишљај (директни или евентуални), који се огледа у свести извршиоца да одузима, односно присваја покретну ствар која је у својини другог лица или је свестан могућности, да се ствар одузима односно присваја као и свест о противправности одузимања односно присвајања, јер је и противправност елеменат овог кривичног дела. Намера се не појављује као елеменат овог кривичног дела али је нужно да се код извршиоца утврди да није постојала намера прибављања имовинске користи. (Пресуда Окружног суда у Крагујевцу К.136/04 од 23. 11. 2005. године и Врховног суда Србије Кж-І-113/07 од 10. 4. 2007. године.)

становишта праксе, користити законодавцу у будућим измјенама Законика до којих ће вјероватно доћи. Сматрамо да није добро вршити експерименте и без стварне потребе мијењати традиционална рјешења везана за композицију појединих кривичних дјела којима се и до сада остваривала функција кривичног законодавства. Зато смо мишљења да треба редефинисати кривично дјело крађе у смислу како смо већ навели, из њега издвојити кривично дјело шумске крађе и сврстати га у групу кривичних дјела против животне средине. Такође, поново раздвојити и као посебна кривична дјела уредити одузимање туђе ствари, одузимање моторног возила и оштећење туђе ствари. Садашња рјешења су тешко одржива, изазиваће проблеме у пракси, а за њихово увођење није понуђен ни један увјерљив разлог.

Литература

Јовашевић, Д., Митровић Љ., Икановић В., *Кривично право*, Посебни део, Бања Лука, 2017.

Јовашевић, Д., *Кривично право*, Посебни део, Београд, 2017.

Хоџић, С., „Избор кривичне санкције“, *Правна мисао*, Сарајево, број 9-10/1987.

Трешњев, А., *Тешка крађа у теорији и пракси*, Београд, 2006.

Чубински, М., *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934.

Златарић, Б., „Проблематика у законодавству кривичног дјела крађе“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, број 2/1950.

Чејовић, Б., *Кривично право у судској пракси*, Књига друга, Посебни део, Београд, 1985.

Јовашевић, Д., *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Београд, 2003.

Јовашевић Д., Митровић Љ., Икановић В., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Бања Лука, 2018.

„Службени гласник РС“, бр. 8/2008 – пречишћен текст, 34/2009, 92/2009 и 1/2011.

Пресуда Окружног суда у Крагујевцу К.136/04 од 23.11.2005. године и
Врховног суда Србије Кж-І-113/07 од 10.04.2007.

Коментар *Кривичног закона Републике Србије*, група аутора, Београд,
1995.

Пресуда Окружног суда у Крагујевцу К.136/04 од 23.11.2005. године и
Врховног суда Србије Кж-І-113/07 од 10.04.2007.

„Службени гласник Републике Српске“ број 64/17.

NEW CRIMINAL OFFENSES AGAINST PROPERTY IN CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Veljko Ikanović, PhD, Professor*

Conclusion

The adoption of the Republika Srpska Criminal Code has made a significant step in improving the criminal legislation of the Republika Srpska. Certainly this job was extensive and therefore it is necessary to carefully analyze and study new solutions that the legislator has accepted and built into it. This analysis should be based on the settings of criminal law and the practice of siege that will only be developed. Particularly careful monitoring and study of court practice will see all the advantages and disadvantages of certain solutions. In this paper, we have made some observations, remarks and suggestions, believing that, from the point of view of practice, they will use the legislator in the future amendments to the Laws that are likely to come to them.

We believe that it is not good to perform experiments and without the real need to change the traditional solutions related to the composition of certain criminal offenses, which have until now exercised the function of criminal legislation. That is why we are of the opinion that the criminal offense of theft should be redefined in the sense that we have already stated, separated from him the criminal act of forest theft and classify it as a group

*Supreme Court of Republic of Srpska

of criminal offenses against the environment. Also, redefine and, as special crimes, regulate the confiscation of someone else's property, confiscation of a motor vehicle and damage to others' belongings. The current solutions are difficult to sustain, they will cause problems in practice, and no convincing reason is offered for their introduction.

УДК 347.63:343.851(497.11)

doi 10.7251/PR5618069P

Прегледни научни чланак

BRAK I PORODICA KAO OBJEKT ZAŠTITE U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Zoran Pavlović*

Sažetak: *Brak i porodica predstavljaju važan objekt zaštite u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije. Ipak, činjenica je da sva heterogenost porodičnih odnosa često prevazilazi okvire krivičnog prava, te je neophodno načiniti kritički osvrt na pojedine teorijske postavke koje se tiču grupe krivičnih dela protiv braka i porodice, konkretna normativnopravna rešenja i kaznenu politiku. U tom smislu posebna pažnja posvetiće se krivičnom delu dvobračnosti, vanbračne zajednice sa maloletnim licem, rodoskrvnjenja, te nasilja u porodici. Dodatno, pokušaće se ukazati na potrebe unapređenja navedenog legislativnog okvira, stvaranje sistema zaštite, reevaluiranja potrebnih mere i oblika društvenog involviranja u segment porodičnih odnosa, uz posebnu zaštitu dece i smanjivanje sekundarne viktimizacije svih članova porodice.*

Ključne reči: *brak, porodica, krivično delo, kazne.*

Uvod

Brak i porodica predstavljaju osnovnu mikrosocijalnu jedinicu društva čija je nesporna važnost prepoznata već na nivou samog Ustava Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 98/2006) (Čejović & Kulić, 2014; Radić, 2015). Temeljne društvene vrednosti svoje ovaploćenje nalaze upravo u segmentu porodičnih odnosa koji opet u složenoj interakciji diktiraju širu dinamiku društvenog održanja i progressa. Kreiranje zdravog, suportivnog okruženja otuda se čini važnom psihološkom, psihijatrijskom, pedagoškom, socijalnom, ali normativnopravnom kategorijom (Pavlović, 2013; Dragišić-Labaš, 2015).

* Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, Cvečarska 2, 21101 Novi Sad, Pokrajinski zaštitnik građana – Ombudsman AP Vojvodine, e-mail: zoran.pav@hotmail.com

Sažimajući brojne kriminološke i viktimološke doprinose nameće se ipak činjenica da brak i porodica predstavljaju vrlo turbulentno polje, koje neretko postaje platno projekcije heterogene patologije (Petković & Radić, 2015; Abidović i sar., 2013). Od idealizovanog, podržavajućeg okvira, date kategorije u praksi sve češće se vezuju za pojmove zlostavljanja, nasilja, pa i ubistava. Viktimizacija žena, dece i starih postala je predmet izučavanja brojnih multidisciplinarnih istraživanja, sa ipak ograničenim praktičnim dometima u pogledu mogućnosti prevencije (Stevković, 2007; Škulić, 2012; Marković, 2015), sem kroz izricanje hitnih mera iz Zakona o sprečavanju od nasilja u porodici, čime se neretko određene posledice samo odlažu, ukoliko izostane reakcija svih učesnika u postupku zaštite.

Prateći različite nacionalne statističke izvore, nedvosmisleno se može zapaziti da porodica sve naglašenije postaje područje koje zahteva određeni oblik društvene intervencije (Nikolić-Ristanović, 2002; Petković & Pavlović, 2016). U tom smislu, donekle ohrabrujući koraci mogu se primetiti u kontekstu zakonskih izmena koje su načinjene tokom proteklih petnaest godina, a kako u smeru krivičnog, tako i porodičnog zakonodavstva (Spasić, 2009; Jović & Kešetović, 2002).

Ipak, naći adekvatnu meru društvenog involviranja u segment porodičnih odnosa čini vrlo složen zadatak. Domaći autori krivičnopravne provicijencije tako upućuju na to da krivično pravo predstavlja samo krajnje sredstvo reagovanja, koje se ne može posmatrati dominantno u generalno ili primarno preventivnom kontekstu (Radić, 2015).

Konačno, kako krivično pravo u segmentu predviđenih krivičnih sankcija i relativno rigidne sudske prakse nosi ograničeni repertoar intervencija, a koje opet drastično odstupaju od složenosti porodičnih odnosa, pitanje mogućnosti normiranja datog okvira čine se krajnje upitnim.

Poštujući prethodne navode, u daljem tekstu predstaviće se kritička analiza braka i porodice kao objekta zaštite u krivičnomaterijalnom zakonodavstvu Republike Srbije, te kritika pojedinih inkriminacija sadržanih u Krivičnom zakoniku. U konačnom, vodeći se iskustvima iz prakse, definišaće se *de lege ferenda* predlozi mogućih unapređenja nacionalne legislative u datom okviru. Jer, iako se većina autora danas bave zakonskim okvirom i pozitivnim rešenjima koja proizlaze iz Zakona o sprečavanju nasilja u porodici i Istanbulske konvencije, nisu svi odgovori ponuđeni u njima. Naročito kada se radi o najboljem interesu i zaštiti deteta, kao ravnopravnog člana porodice.

Brak i porodica kao objekt krivičnopravne zaštite

Premda je normativno regulisanje braka i porodičnih odnosa uređeno pre svega Porodičnim zakonom („Sl. glasnik RS“, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015) jasno je da postoje i oni slučajevi u kojima je intenzitet narušavanja datih ustanova takvog stepena da navedeni okvir pravne zaštite nije dovoljan. Upravo u tom smislu zakonodavac je Krivičnim zakonikom („Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014) u glavi XIX predvideo posebnu grupu krivičnih dela protiv braka i porodice, a kao najstrožeg vida društvene reakcije na nedozvoljena ponašanja.

Posmatrano detaljnije, navedeni okvir krivične legislative može se uslovno podeliti na dva segmenta, distingvirajući krivična dela protiv braka i krivična dela protiv porodice. Pri tome, s obzirom na naglašeni značaj ovog objekta zaštite, dati okvir predstavlja zapravo mešavinu inkriminisanih ponašanja koja po svojoj prirodi imaju moralno transgresivni (*mala in se*), nasilni, seksualni, odnosno eugenički karakter (Čejović, 2006; Ponjavić, 2012; Počuča, 2010).

Prateći doprinose domaćih autora u segmentu elaboracije osobenosti krivičnih dela protiv polnih sloboda, zanimljiva su zapažanja shodno kojima zaštita morala kao osnov datog okvira kriminalizacije predstavlja zastarelu, retrogradnu vizuru (Pavlović, 2013). Ipak, kada su u pitanju krivična dela poput dvobračnosti ili vanbračne zajednice sa maloletnikom, a u kojima se štiti institut braka, čini se da je moralni aspekt odnosa predominantan, ako ne i isključiv.

Vodeći se prethodno pomenutom činjenicom da su brak i porodica normirani Porodičnim zakonom, krivičnopravna rešenja koje se tiču ovog konteksta imaju blanketni karakter. U tom smislu na ovom mestu valja se osvrnuti na neke odredbe Porodičnog zakona, a u cilju preciznijeg određenja okvira zaštitnog objekta.

Naime, vodeći se članom 3 predmetnog zakona, brak se određuje kao uređena zajednica života žene i muškarca. Pri tome se data zajednica zasniva izjavom volje, odnosno slobodnim pristankom budućih supružnika suprotnog pola. Dodatno, u članu 16 istog zakona navodi se da se brak sklapa radi ostvarivanja zajednice života supružnika.

S obzirom na širok okvir zaštite koja se predviđa krivičnim zakonodavstvom, kao objekt zaštite postavlja se i vanbračna zajednica. Pri tome, Porodični zakon u članu 4 navodi da se pod datim pojmom podrazumeva trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema

bračnih smetnji (Počuča, 2010). Ipak, pojam trajnija čini se na ovom mestu prilično neodređenim. Tako, dok je jasno da vanbračna zajednica zahteva postojanje zajedničkog doma, dobara i egzistencije, ne postoji jasan vremenski kriterijum određenja datog termina. Dodatno, mora se imati na umu tumačenje različitih autora shodno kojima postojanje kraćih prekida u odnosima između vanbračnih partnera ne isključuje postojanje iste.

Delimično rešenje u ovom smislu nosi obrazloženje Predloga Porodičnog zakona, shodno kome vremenski period u datom kontekstu nije presudna činjenica, već pre svega postojanje intencije vanbračnih partnera u pogledu trajnosti njihove zajednice (Panov, 2008).

Da je pitanje trajanja vanbračne zajednice od posebnog značaja, može se zapaziti i u nešto drugačijem kontekstu. Naime, izjednačavajući bračni i vanbračni kontekst, postavlja se pitanje odgovornosti supružnika, odnosno partnera u kontekstu obaveze izdržavanja predviđene članom 151 i 152 Porodičnog zakona, odnosno krivičnog dela nedavanje izdržavanja iz člana 195 Krivičnog zakonika.

Tako dok Porodični zakon predviđa obavezu izdržavanja supružnika u periodu od pet godina nakon prestanka braka, postavlja se pitanje preciznog kriterijuma na osnovu kojeg se utvrđuje prestajanje trajanja vanbračne zajednice. Ako se ovome doda prethodna napomena da kraći prekidi kohabitacije ne podrazumevaju i prekid postojanja date zajednice, dati kontekst se čini naročito nepreciznim.

Govoreći dalje o kriterijumima koji definišu postojanje vanbračne zajednice, u literaturi se ističe napomena da nije dovoljna samo ispunjenost kriterijuma konzumentnosti, odnosno održavanja seksualnih odnosa između partnera. Ipak, nepostojanje istih, iz bilo kog razloga, uključujući polnu nemoć muškarca, relevantan je kriterijum isključenja. Na drugoj strani pak, zanimljivo je da dok se postojanje vanbračne zajednice uslovljava seksualnim odnosima partnera, konzumentnost istog nivoa nije uslov za postojanje braka (Jović, 2001).

I dok prethodni okvir nosi tek delimična nomotehnička opterećenja, pojmovno određenje porodice čini se znatno složenijim. Tako se u prvom redu zapaža jasna diskrepanca između porodičnopравниh i krivičnopравниh određenja. Naime, Porodični zakon u članu 197 koji se odnosi na nasilje u porodici pod članovima porodice određuje supružnike ili bivše supružnike, decu, roditelje i ostale krvne srodnike, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo. Istim okvirom se obuhvataju i lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu, vanbračni

partneri ili bivši vanbračni partneri, odnosno lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, te koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.

Na drugoj strani, Krivični zakonik u članu 112 stav 28 daje nešto restriktivnije tumačenje, a shodno kome se članom porodice smatraju supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojlac i usvojenik, hranilac i hranjenik. Konačno, istim stavom se članovima porodice određuju i braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika, ako žive u zajedničkom domaćinstvu, kao i lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.

Da je navedeno skraćeno kruga lica koji su zaštićeni krivičnopravnim odredbama od posebne važnosti ukazuju brojni autori, upućujući na preširoko određeno pojam porodice. Ovo se posebno ističe u odnosu na složenost implikacija koju nose formulacije bivših partnera i lica među kojima je postojala određena emotivna ili seksualna veza, kao i u odnosu na problem kriterijuma života u istom domaćinstvu (Radić, 2015; Petković & Radić, 2015; Milošević, 2012).

Sumirajući navedeno, premda predstavljena zakonska rešenja nose delimično razumevanje, na ovom mestu se mora ukazati i na nešto drugačija teorijska gledišta. Tako se u elaboraciji porodičnog prava navodi da pojam porodice mora imati dva kumulativno ispunjena elementa, odnosno brak ili vanbračnu zajednicu i srodstvo. U tom smislu, bezdetni bračni ili vanbračni partneri ne čine porodicu, već se isti određuju kao bračni ili vanbračni partneri (Panov, 2008). Ipak, pozivajući se na navode prethodno pomenutog autora, Ujedinjene nacije u svojim preporukama ističu da se pod pojmom porodice upravo mogu obuhvatiti i bezdetne relacije samo muža i žene, odnosno supružnici sa jednim (ili više) detetom, a na osnovu krvnog srodstva ili usvojenja.

Kritički osvrt na pojedina krivična dela protiv braka i porodice

Grupa krivičnih dela protiv braka i porodice počinje članom 187 Krivičnog zakonika, a kojim se inkriminiše dvobračnost. Naime, dato rešenje predstavljeno je kao vid društvene reakcije kojom se štiti monogamna bračna

zajednica. U tom smislu navedenim članom izražava se pre svega moralni prezir, te zaštita same ustanove braka kao društvene vrednosti (Stojanović, 2009).

Osvrnuvši se na biće ovog krivičnog dela, njegovo izvršenje podrazumeva zaključenje novog braka lica koja se već nalazi u braku, odnosno zaključenja braka sa licem za koje se zna da se već nalazi u braku (Čejović & Kulić, 2014).

Da je navedena konstatacija moralnog imperativa održiva svedoči to što u uslovima koji su predviđeni predmetnom inkriminacijom, zapravo ne mogu postojati dva braka. Ovo se zaključuje s obzirom na član 33 Porodičnog zakona, a koji eksplicira da se ništavnim smatra brak koji je sklopljen za vreme trajanja ranijeg braka jednog supružnika. U tom smislu, pravne posledice ovog krivičnog dela su upitne. Tek dominantni negativni aspekt datog postupanja mogao bi postojati u situaciji u kojoj lice dovede u zabludu drugo lice sklopivši novi brak sa njim, a da prethodno nije okončao zakonitu raniju bračnu zajednicu.

Prateći dalji zakonski tekst, nejasnim se postavljaju i kaznene odredbe, a s obzirom na dosta širok raspon zaprećene kazne koja može biti od novčane do kazne zatvora u trajanju od dve godine. Otuda se postavlja pitanje sudske prakse i arbitranosti u kojim slučajevima bi bilo opravdano učinioca kazniti novčano, a kada zatvorskom kaznom. Činjenicom da oba stava predmetnog člana predstavljaju samo različite varijante osnovnog oblika, odnosno da zakonodavac ne predviđa kvalifikatorne okolnosti pitanje odmeravanja kazne se čini posebno problematičnim.

U krajnjoj liniji vodeći se statističkim pokazateljima iz 2013. i 2014. godine svega sedam lica su osuđena po osnovu predmetnog krivičnog dela. Tek u tri slučaja sud je izrekao zatvorsku kaznu i to u dva slučaja kaznu u trajanju do tri meseca, odnosno u jednom slučaju do šest meseci¹. S obzirom na to da je više od polovine učinilaca (vrlo malog uzroka) kažnjeno uslovno ili novčano, uz pojedinačne primere kratkih zatvorskih kazni, svakako se postavlja upitnim da li bi navedeno ponašanje moralo zahtevati krivičnopravno reagovanje.

Naposletku, vrativši se ranijim napomenama o izjednačenosti bračne i vanbračne zajednice, te zaključka o moralnoj vodilji zakonodavca, nameće se logično pitanje krivične odgovornosti u slučaju dvovanbračnosti. Naime, ukoliko vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika određene Porodičnim zakonom (član 4), nejasno je zašto paralelno održavanje dvaju ili više vanbračnih odnosa nema isti pravni tretman.

¹ Preuzeto sa <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/62/77/SB-588-PunoletniUciniociKD.pdf>. Pristupljeno dana 9. 5. 2018. godine.

Naravno, vodeći se realitetom promenljivosti međuljudskih odnosa u savremenom svetu, prethodne napomene nose jasnu dozu ironičnosti. Potpuno je jasno da zakonodavac ne bi ni trebalo da se meša u navedeni segment relacija. Ipak, isti zaključak se donosi i u kontekstu dvobračnosti. Otuda se čini logičnijim da dvobračnost može nositi pre svega prekršajnu odgovornost i to u segmentu administrativnih opterećenja koje dato postupanje nosi, dok bi partneri svoje (imovinskopravne) odnose svakako mogli regulisati kroz građanskopravne postupke.

I dok je zaštita ustanove braka primarna u prethodno prikazanoj inkriminaciji, zanimljivo je viđenje zakonodavca u kontekstu člana 190 Krivičnog zakonika kojim se inkriminiše vanbračna zajednica sa maloletnikom (Stojanović, 2009).

Naime, osnovni oblik ovog krivičnog dela podrazumeva održavanje vanbračne zajednice između punoletnog lica i maloletnika (Čejović, 2006). Pri tome kao pasivni subjekt, odnosno kao objekt zaštite u datoj inkriminaciji, postavlja se jasno maloletnik. Sama ideja zakonodavca, prema pojedinim tumačenjima, vođena je zastarelim shvatanjima i običajima u nekim delovima naše države, a u kojima je postojala praksa stvaranja navedenog oblika vanbračnih zajednica, a iz motiva koristoljublja, i to u smislu pribavljanja materijalne koristi ili obezbeđenja radne snage (Čejović & Kulić, 2014).

Upravo u tom smislu, mora se imati na umu da je zakonodavac u datom kontekstu predvideo i kažnjavanje roditelja, usvojioca ili staraoca koji maloletniku omogućuje da živi u vanbračnoj zajednici ili ga na to navedu. Konačno, težim oblikom ovog dela smatraće se ukoliko navedeni izvršioци isto izvrše iz koristoljublja, sa zaprećenom kaznom zatvora od šest meseci do pet godina.

Sažimajući prethodno, dok je navedeni oblik zloupotrebe maloletnika od strane roditelja ili staraoca potpuno jasan u krivičnompravnom smislu, a s obzirom na to da predstavlja neki vid prinude i zlostavljanja, opravdanost osnovnog oblika ovog krivičnog dela čini se vrlo upitnom.

Tako prateći druge krivičnompravne odredbe, zakon jasno dozvoljava održavanje seksualnih odnosa sa maloletnikom već na uzrastu od četrnaest godina. Pri tome, učestalost istih i trajanje održavanja ovakve veze je pravno irelevantno (Pavlović, 2014; Aleksić, 2010).

Nadalje, pitanje starosne diskrepance između partnera, a uz prethodni minimalni starosni uslov, takođe nije od značaja. Činjenica da je devojčica uzrasta četrnaest godina, a da je punoletni partner duboko zašao u sedmu deceniju života, ponovo se ne postavlja važnom u kontekstu krivičnomaterijalnih odredaba (Petković & Pavlović, 2016).

Ipak, ukoliko bi devojčica starosti sedamnaest godina samovoljno zasnovala vanbračnu zajednicu, bez podrške roditelja, sa devetnaestogodišnjim mladićem, zakonodavac nalazi datu situaciju opasnom po razvoj maloletnika, opažajući krivični osnov kažnjivosti punoletnog partnera.

Da je data inkriminacija neodrživa svedoči i nešto drugačiji scenario, a shodno kome u situaciji u kojoj recimo petnaestogodišnja devojčica ostane trudna, te rodi dete, ukoliko ostane da živi kod svojih roditelja neće postojati bilo kakvo kršenje krivičnopravnih odredaba. Tek u situaciji u kojoj ista počne da živi u istom domaćinstvu sa punoletnim mladićem, zakonodavac nalazi kriterijum ugrožavanja ispunjenim.

Vodeći se iskustvima iz sudske prakse, čini se da prvobitno predstavljeni segment ugovorenih, eksploatatorskih brakova danas ne nalazi značajnu statističku zastupljenost, uključujući i ruralne delove države. Otuda, ukoliko zakon dozvoljava da maloletnik na uzrastu od četrnaest godina raspolaže svojom seksualnošću, da zasniva radni odnos na uzrastu od petnaest godina (Pavlović, 2013), nejasno je zašto se postavlja ograničenje u kontekstu toga gde će maloletnik stanovati i sa kime će planirati svoj život i raspolaganje prihodima.

Naposletku, s obzirom na to da Porodični zakon dozvoljava da maloletno lice starosti šesnaest godina, a nakon prethodne procene, dobije dozvolu za zasnivanje braka, član 190 Krivičnog zakonika predviđa da će se u datoj situaciji odustati od krivičnog gonjenja (Čejović i Kulić, 2014).

U tom smislu, postavlja se zaključak da zakonodavac zapravo distingvira brak i vanbračnu zajednicu, pri čemu zapravo ne štiti maloletnika od konstitutivnih elemenata vanbračnosti, već od moralne stigme koju ista prati.

Da je dato pitanje važno svedoče i podaci Republičkog zavoda za statistiku, a shodno kojima je tokom 2013. godine osuđeno 59 lica, a 2014. godine 77 lica po osnovu predmetne inkriminacije. U tom smislu bilo bi zanimljivo videti rezultate istraživanja koje bi prikazalo ko su bili učinioci navedenih krivičnih dela i o kojoj starosnoj diskrepanci se u konkretnim slučajevima radilo.

Vrativši se daljoj analizi sadržaja Krivičnog zakonika, podaci Republičkog zavoda za statistiku² predstavljaju zanimljive podatke u kontekstu još jednog krivičnog dela. Naime, članom 197 pomenutog zakona predviđa se krivično delo rodoskrvnjenja (Stojanović & Perić, 2006), gde se u slučaju izvršenja obljube punoletnog lica ili obljubi izjednačenog čina

² Preuzeto sa http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/97/00/SB_603_Punoletni_ucinioci_KD_2014.pdf pristupljeno dana 1. 5. 2016. godine

nad maloletnim srodnikom po krvi u pravoj liniji ili sa maloletnim bratom, odnosno sestrom, učiniocu preti kaznom zatvora od šest meseci do pet godina.

Tako vodeći se prethodno navedenim statističkim izvorom, zapaža se da u periodu 2012–2014. godine praktično ni jedno lice nije osuđeno po datom osnovu. Da je ovo čudno svedoči činjenica da biće ovog krivičnog dela odgovara inkriminaciji sadržanoj u članu 181 Krivičnog zakonika, odnosno obljudi zloupotrebom položaja. U tom smislu nalazi se, u teorijskom pogledu, opravdano govoriti o idealnom sticaju.

Prateći različita pravna tumačenja, zanimljivo je da navedena inkriminacija nije svrstana u krivična dela protiv polnih sloboda. Otuda pojedini autori ističu da ista nosi pre svega eugenički karakter, odnosno ima za cilj zaštitu od negativnih efekata ukrštanja u srodstvu (Mršević, 1994).

Da je navedeni biološki determinisani okvir neodrživ nameće se iz dva razloga. Prvo, činjenicom da je došlo do seksualnog odnosa između punoletnog i maloletnog srodnika, sasvim je jasno da ne mora doći do trudnoće kao posledice. Otuda bi korišćenje savremenih kontraceptivnih sredstava moglo biti tumačeno kao način isključenja osnova krivičnog gonjenja.

Na drugoj strani, ograničenje date inkriminacije odnosi se samo na maloletnike kao pasivne subjekte. Ukoliko se pak prihvati navedeni eugenički okvir, ne uočava se razlog zašto dati okvir zaštite ne bi bio proširen na sve seksualne odnose u navedenom nivou srodstva, bez obzira na godine starosti.

Upravo u tom smislu mogu se tumačiti i navodi da navedena inkriminacija zapravo ima protektivni karakter kojim se pokušava zaštititi struktura porodice i funkcija porodičnih uloga. Tek prihvatanjem činjenice da Porodični zakon u članu 19 krvno srodstvo vidi kao prepreku zasnivanju braka, bez pominjanja starosnog kriterijuma, čini se logičnim da krivično delo rodoskrvnjenja ne bude ograničeno na pomenuti nivo maloletnih lica.

Pojedina krivična dela protiv braka i porodice i kaznene odredbe

Premda je nesumnjivo da brak i porodica zaslužuju krivičnopravni nivo zaštite, pitanje odmeravanja adekvatnih krivičnih sankcija u datom kontekstu čini se posebno problematičnim. Ovo se naročito ističe u kontekstu određenja svrhe navedene vrste sankcija, a koje bi po svojoj prirodi trebalo da budu takve da pogađaju samo učinioca krivičnog dela.

Ipak, vodeći se činjenicom da zakonodavac u praktično svim inkriminacijama sadržanim u glavi XIX predviđa novčanu ili kaznu zatvora,

postavlja se pitanje ne koji način zapravo krivičnopravno involviranje u segment porodičnih relacija pomaže, odnosno dodatno šteti oštećenima.

Kao reprezentativni primer u ovom kontekstu može se uzeti krivično delo nedavanje izdržavanja iz člana 195 Krivičnog zakonika, a kojim se predviđa da će se, ko ne daje izdržavanje za lice koje je po zakonu dužan da izdržava, a ta dužnost je utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, u iznosu i na način kako je to odlukom odnosno poravnanjem utvrđeno, kazniti novčanom kaznom ili zatvorom u trajanju do dve godine.

Navedeno krivično delo i kaznena politika mogu se posmatrati u dva segmenta. Tako, ukoliko recimo otac, nakon razvoda braka, ne plati sudski određenu sumu novca na ime izdržavanja deteta, jasno je da je potrebno istog na neki način sankcionisati. Ipak, ukoliko u datom scenariju, a koji je vrlo čest u praksi, zamislimo situaciju u kojoj se ocu izriče zatvorska kazna u trajanju od recimo šest meseci, postavlja se pitanje satisfakcije oštećene strane, odnosno dece.

Činjenicom da se otac nalazi na izdržavanju kazne, te da ne ostvaruje prihode, ne samo da deca neće dobiti onaj novac zbog koga je otac konačno i osuđen, nego su i ona osuđena da narednih šest meseci, tokom trajanja kazne, budu bez izdržavanja.

Drugi problem u ovom kontekstu odnosi se pak na situaciju u kojoj otac, nakon razvoda braka, zasniva nov brak, u kome takođe ima decu. Ukoliko zamislimo isti scenario prema kome se ocu izriče kazna zatvora zbog nedavanja izdržavanja deci iz prvog braka, ne samo da će ista biti pogođena, nego će posledice ovakve osude trpeti i nova porodica.

Šta bi se otuda moglo postaviti kao rešenje u ovom kontekstu? Novčana kazna u konačnom ne razlikuje se ponovo mnogo po efektima koje ostavlja na širi okvir porodice, te se nalazi ponovo neprimenjivom. Kazniti oca novčano, zato što nije dao izdržavanje deci, ničim se ne razlikuje od novčanog kažnjavanja same dece. Dodatno, kada je u pitanju kazna zatvora, izricanje navedene kazne po pravilu bi vodilo gubitku posla, a što onda vodi začaranom krugu socioekonomskih opterećenja i hroničnom devastiranju porodice. Konačno, činjenicom da su bivša supruga, odnosno deca „oterali oca na robiju“, postavlja se prilično snažan razdor u unutarporodičnim odnosima, koji je teško prevazići.

Ipak, rešenje se čini vrlo logičnim i jednostavnim. Istina, puna efektivnost zahtevala bi dodatnu izmenu krivičnog zakonodavstva. Tako se stiče utisak da rad u javnom interesu kao alternativna krivična sankcija

svakako predstavlja okvir sankcionisanja kojim se kazna individualizuje, a izbegavaju negativni efekti novčane ili zatvorske kazne.

Naravno, mora se imati na umu da pozitivnopravna rešenja pretpostavljaju saglasnost osuđenog u pogledu izricanja navedene sankcije (Jovašević, 2013), te se otuda postavlja pitanje šta raditi ako otac iz hipotetičkog scenarija ne nudi saglasnost u datom kontekstu.

Upravo u tom smislu, valja se razmišljati o uvođenju mandatorne mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja ili psihološkog savetovanja. Naime, nedvosmislena je činjenica da najveći broj slučajeva nedavanja izdržavanja zapravo predstavlja rezultat konflikata bivših supružnika, u kojima deca trpe najveću štetu. Otuda se čini da državno, normativno pravno involviranje ne sme imati primarni karakter kazne, već mora biti vođeno najboljim interesima deteta. Tek u slučaju da lice koje je dužno da daje izdržavanje odbije rad u javnom interesu, odnosno posećivanje odgovarajućih savetova lišta, kazna zatvora bi imala smisao.

Da navedeno nalazi osnov svedoče i druga iskustva iz prakse. Ne mali broj očeva koji se nalazi na izdržavanju zatvorske kazne po datom osnovu navodi da je deci zaista davao izvesnu sumu novca ali da za navedena davanja nema dokaz o uplati. Bez potrebe satanizovanja neodgovornih očeva, navedena odbrana u nekom procentu slučajeva čini se iskrenom. Sukobi između bivših supružnika, novi partner bivše supruge, osećanje da se bivša žena nagrađuje, neki su od razloga zbog kojih očeви nastoje da izbegnu sudski i zakonski okvir odluke. Isti nivo konflikata tako u praksi vodi i malicioznim postupanjima supruge koje, svesne pravne situacije, osvetnički prijavljuju bivše muževe, kažnjavajući ih zbog „ranijih greha“.

Da pitanje opravdanosti zatvorskih kazni nije ograničeno na navedeno krivično delo svedoči i drugi primer. Tako, premda je nasilje u porodici nedvosmisleno važna inkriminacija koja zahteva jasan društveni odgovor netolerancije, iskustva iz prakse upućuju na paradoksalne situacije.

Naime, nije retka pojava da supruge, žrtva porodičnog nasilja, prijavi supruge, a koji potom biva osuđen na zatvorsku kaznu. Ipak, do dana stupanja na izdržavanje kazne supružnici ne samo da su ostali u braku, nego su razrešili (u nekoj meri) konflikte, žive i dalje u istoj zajednici, a kasnije, tokom izdržavanja kazne supruge redovno šalje pakete i dolazi u posetu supruge (računajući i posetu u posebnim prostorijama).

Ne čini li se otuda navedena situacija kao izvrgavanje ruglu krivičnog sistema. Naravno, moglo bi se utopistički reći da je samo izricanje ili izvršenje kazne uticalo na osuđenog da se popravi, ali čini se realističnijim

da je porodična patologija posmatrana u okviru celovitog porodičnog sistema takva da neretko derogira društvene napore. U tom smislu sva turbulentnost partnerskih odnosa zahtevala je angažovanje policije, tužilaštva, suda, uprave za izvršenje krivičnih sankcija, sa priličnim finansijskim troškovima, a u konačnom rešena je na nivou supružnika, kao i većina drugih porodičnih problema. Član porodice koji je pretrpeo nasilje nikada nije samo jednostavno žrtva, već je i ličnost čije se dostojanstvo mora poštovati. Ta žrtva, koja je preživela nepravdu ili *crime* zaslužuje podršku, ali ne i sekundarnu viktimizaciju. O eventualnim zloupotrebama, koliko je bilo slučajeva lažnog prijavljivanja u kontekstu implementacije Istanbulske konvencije (Pavlović, 2018) kroz intervencije institucija Republike Srbije još uvek se ne govori. Da li prijavljivanje nasilja u porodici ima ponekad i efekat pritiska na drugog bračnog partnera radi postizanja nekih drugih ciljeva, počevši od podele imovine do dodele dece radi čuvanja i staranja o njima, za sada je samo pitanje koje zaslužuje posebnu obradu, jer se zvanične statistike tim još uvek ne bave.

Zaključak

Sumirajući delimični pregled krivičnih dela protiv braka i porodice, stiče se utisak da su pojedine krivičnopravne odredbe u pozitivnom zakonodavstvu samo relikvija prevaziđenih društvenih sistema, te da aktuelno tek povećavaju normativne gabarite. Ipak, predloženim nivoom izmena čini se da bi se ostvarila viša efektivnost pravne zaštite, a posebno u onim segmentima koji se tiču maloletnih lica.

Dodatno, premda se na ovom mestu mora poštovati ekonomičnost obima rada, sasvim je jasno da krivične sankcije u datom segmentu ne mogu ili ne treba uvek da imaju represivni karakter. Priroda bračnih i porodičnih odnosa otuda u većini slučajeva pre zahteva neki vid posredovanja, preventivnog delovanja i socijalno-medicinske intervencije, nego kaznenog involviranja.

Naposletku, vodeći se statističkim pregledom, sasvim je jasno da izmene krivičnog zakonodavstva koje su načinjene tokom prethodne decenije, a naročito u kontekstu inkriminacije nasilja u porodici, nisu ostvarile očekivane efekte. U tom smislu nalazi se i opravdanje za traženjem novih rešenja. Ekstenzivnija primena hitnih mera preventivnog karaktera iz Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, prekršajnopравnih odredaba i mera socijalno-medicinskog karaktera svakako se nameće kao perspektivna opcija

u ovom smislu. Svi odgovori ne nalaze se decidirano navedeni u pozitivnom zakonodavstvu, tako da je neophodno u navedenom periodu, pored izmena uloge službi socijalne zaštite, napraviti i sistem zaštite braka i porodice, ostavljajući profesionalcima dovoljno prostora za davanje kreativnih i kvalitetnijih rešenja u odnosu na postojeće.

Literatura

Dragišić-Labaš, S. (2015). „Nasilje u porodici i upotreba alkohola – mere obaveznog lečenja i prikaz slučaja“, *Sociologija*, 57(2).

Čejović, B. & Kulić, M. (2014). *Krivično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.

Čejović, B. (2006). *Krivično pravo – opšti i posebni deo*. Dosije, Beograd.

Jovašević, D. (2013). „Rad u javnom interesu – teorija, praksa, zakonodavstvo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, (64).

Jović, M. (2001). „Vanbračna zajednica sa maloletnim licem“, *Bezbednost*, 43(6).

Mršević, Z. (1994). „Incest i prateća krivična dela“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 32(3).

Nikolić-Ristanović, V. (2002). *Nasilje u porodici u Srbiji*. Beograd: Viktimološko društvo.

Panov, S. (2008). *Porodično pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Pavlović, S. Z. (2013). *Seksualna zloupotreba dece – kriminološki i krivičnopравни aspekti*. Novi Sad: Fakultet za privredu i pravosuđe.

Pavlović, S. Z., Book of Abstracts, EU Law in Context – Adjustment fo Membership and Challenges of the Enlargment: Implementation of Istanbul Convention Provisions – From the Human Rights Protection Point of View, Osijek, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

Petković, N. & Radić, G. (2015). „Nasilje u porodici – stara rešenja u novom zakonodavstvu“, *Kultura polisa*, XII (26).

Počuča, M. (2010). *Porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.

Stojanović, Z. (2009). *Komentar krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik.

Radić, G. (2015). *Postupci zaštite od nasilja u porodici*. Doktorska disertacija. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.

Stevković, Lj. (2007). „Porodično nasilje nad decom – fenomenološki aspekt“, *Socijalna misao*, 14(2).

Abidović, A., Musić, M., & Babić, N. (2013). „Mehanizmi i dinamika porodičnog nasilja“, *Sanamed*, 8(2).

Jović, M., & Kešetović, Ž. (2002). „Nasilje u porodici u svetlu novih inkriminacija – čl. 118-a KZS“, *Bezbednost*, Beograd, 44(6).

Spasić, D. (2009). „Modeli zaštite od porodičnog nasilja u Republici Srbiji“, *Bezbednost*, Beograd, 51(1-2).

Petković, N. & Pavlović, Z. (2016). *Zlostavljanje i zanemarivanje dece u Srbiji*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

Marković, S. (2015). „Uloga policije u suzbijanju nasilja u porodici u prekršajnom postupku“, *Nauka, bezbednost, policija*, 20(2).

Ponjavić, Z. (2012). „Prekogranično odvođenje dece u slučaju porodičnog nasilja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, (62).

Počuča, M. (2010). „Nasilje u porodici“, *Pravo – teorija i praksa*, 27(9-10).

Aleksić, N. (2010). „Komentar člana 180. Krivičnog zakonika Republike Srbije – sa osvrtom na uporedno pravo“, *Strani pravni život*, (2).

Milošević, N. (2012). „Nasilje u porodici“. U: Panov S., M. Janjić-Komar, M. Škulić (ur.) *Nasilje u porodici*, zbornik sa naučnog skupa, Beograd: Pravni fakultet.

Stojanović, Z., & Perić, O. (2006). *Krivično pravo: posebni deo*. Beograd: Pravna knjiga.

Škulić, M. (2012). „Nasilje u porodici – nedovoljno kvalitetno zakonsko rešenje, nedosledna praksa, brojni problemi i dileme“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 50(1-2).

Krivični zakonik („Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014).

Porodični zakon („Sl. glasnik RS“, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015).

**USTAV REPUBLIKE SRBIJE („SL. GLASNIK RS“, BR. 98/2006).
MARRIAGE AND FAMILY AS A PROPERTY TO PROTECT IN
CRIMINAL LEGISLATION OF SERBIA**

Zoran Pavlović, Ph.D.

***Abstract:** Marriage and family are an important category of protection in the criminal legislation of the Republic of Serbia. However, by the fact that all the heterogeneity of family relationships often exceeds the scope of criminal law, it is necessary to make a critical review of certain theoretical considerations concerning the group of criminal offenses against marriage and family as concrete normative legal solutions and criminal policy. In this regard, special attention will be paid to the criminal act of duality/bigamy, de facto relationship with the minor, desecrating of blood relations, and domestic violence. In addition, there would be pointed to the needness for improving mentioned legislative framework, for creating a system of protection, and also re-evaluating of the necessary measures and forms of social involvement into the segment of family relations, with special protection of children and reduction of secondary victimization of all family members.*

***Keywords:** Marriage, family, criminal offense, penalty.*

* Law Faculty University of Busines Academy Novi Sad, Protector of Citizens – Ombudsman, AP Vojvodina, Republic of Serbia

UPOZNAVANJE LIČNOSTI UČINIoca KRIVIČNOG DJELA KAO PRETPOSTAVKA INDIVIDUALIZACIJE KRIVIČNE SANKCIJE

Doc. dr Darko Radulović*

***Apstrakt:** Ispitivanje ličnosti učinioca krivičnog djela u toku krivičnog postupka postalo je neophodno od onog momenta kada je krivičnoj sankciji određen cilj u kome su popravljavanje i resocijalizacija osnovni elementi. I danas, kada se, po mnogima, odustalo od orijentacije na tretman i resocijalizaciju kao nosećeg stuba krivičnog prava, upoznavanje ličnosti okrivljenog je jedno od pretpostavki za individualizaciju krivičnih sankcija. Namijenjena, u prvom redu, tome da utiče na ličnost učinioca krivičnog djela, krivična sankcija je morala biti prilagođena ličnosti ili, drugim riječima, individualizirana.*

Pitanje šta se podrazumijeva pod individualizacijom, danas je zamijenjeno drugim pitanjem – pitanjem praktičnih mogućnosti njenog sprovođenja. Problem neophodnosti ispitivanja ličnosti okrivljenog otvorio je niz drugih pitanja, počev od toga kojim sredstvima će se to ispitivanje izvršiti, koji organi će to sprovesti, koje su granice dokle se može u tom procesu ići, a da se ne ugroze osnovna prava i slobode čovjeka i njegovo pravo na intimnost.

Autor se u ovom radu bavio pitanjem ispitivanja ličnosti učinioca krivičnog djela kao pretpostavci individualizacije krivičnih sankcija uopšte i u svjetlu Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore. Uz to, ukazao je na moguće probleme u praktičnoj primjeni zakonskih odredaba i na moguće puteve prevazilaženja određenih problema.

***Ključne riječi:** ličnost okrivljenog, sud, državni tužilac, krivični postupak, podaci o ličnosti učinioca krivičnog djela.*

* Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, e-mail: pravnofakultet@t-com.me

Uvodne napomene

Pitanje individualizacije krivičnih sankcija i njenih instrumenata jedno je od najvažnijih pitanja krivičnog prava, jer u određenom smislu, sve odredbe krivičnog zakonodavstva svoje oživotvorenje nalaze upravo kroz individualizaciju, odnosno odmjeravanje kazne. Za sprovođenje ispravne kaznene politike, odnosno individualizacije krivične sankcije, značajno je i upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog djela. Potreba za ispitivanjem ličnosti učinioca krivičnog djela rezultat je preorijentacije od tzv. klasične i neoklasične individualizacije na kriminalno-političku individualizaciju, koja se sve više bazira na dostignućima moderne kriminalistike i drugih nauka o čovjeku. Kada naglašavamo značaj upoznavanja ličnosti učinioca krivičnog djela prikupljanjem podataka o njemu, onda možemo zapaziti da ta ideja nije jednako prihvaćena u doktrini, zakonodavstvu i u sudskoj praksi. Uglavnom, ove savremene ideje najprije se promovisu u doktrini, a kada će one i koliko biti prihvaćene od strane zakonodavca zavisi od čitavog kompleksa različitih okolnosti. Nije rijetka pojava da neke nove ideje nađu mjesta u zakonu, ali da ostanu samo na nivou zakonskih proklamacija. U tom smislu i značaj prikupljanja podataka o ličnosti okrivljenog radi njegove cjelovite spoznaje prvo je istaknut u doktrini, bilo od strane pojedinca, bilo od strane naučnih i stručnih udruženja. U prilog tome nalazimo da je još davne 1958. godine II kongres pravnikâ Jugoslavije, između ostalog, usvojio zaključak da „organi krivičnog postupka treba da posvete znatno veću pažnju osvjetljavanju ličnosti okrivljenog, posebno njegovog ranijeg života, motiva djela i subjektivnih okolnosti pod kojima je djelo izvršeno, a kad se za to ukaže potreba i uz učešće stručnjaka. Putem individualnog tretiranja okrivljenog u toku cijelog krivičnog postupka, a posebno pri izricanju krivične sankcije svi organi treba da postupaju u skladu sa načelom humanizma i nastojanjem da se učinilac krivičnog djela prevaspita i postane aktivan i ravnopravan član društvene zajednice“ (Kraus, 1958: 186). Navedeni zaključak u poslijeratnom periodu predstavlja zaokret u borbi protiv kriminaliteta koji praktično znači zahtjev za preorijentaciju krivičnopravne individualizacije od klasične i neoklasične na kriminalno-političku, koja se bazira na savremenim naukama o čovjeku. U godinama koje su slijedile modernizacijom tadašnjeg jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva, stvoreni su uslovi za realizaciju ovih zaključaka, odnosno ideja. Do tada se uzimalo kao primjer uvažavanja naučnih ideja od strane zakonodavca član 81 francuskog Zakona o krivičnom postupku gdje se naglašava značaj upoznavanja ličnosti okrivljenog za individualizaciju

kazne, (Vienee, 1960: 596). U pomenutom članu propisano je da „istražni sudija sprovodi ili određuje da se sprovede anketa o ličnosti okrivljenog, kao i anketa o njegovom materijalnom, porodičnom ili društvenom položaju. U slučaju prestupa ova anketa je fakultativna. Istražni sudija može odrediti ljeakarski pregled, povjeriti ljeakaru da pristupi mediko-psihološkom pregledu ili da odredi bilo koju drugu korisnu mjeru. Ako ove preglede traži okrivljeni ili njegov branilac, istražni sudija taj zahtjev može odbiti samo obrazloženim rješenjem“.

Ispitivanje ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku i naše zakonodavstvo

Kad je u pitanju naše zakonodavstvo, Novela Zakona o krivičnom postupku od 1973. godine, noveliranjem tadašnjeg člana 160 ZKP, široko je otvorilo vrata svestranom ispitivanju ličnosti okrivljenog kao pretpostavci individualizacije. To je učinjeno tako što je ustanovljena obaveza istražnom sudiji da prije dostave istražnog spisa nadležnom tužiocu nakon dovršene istrage, pribavi potrebne podatke o ličnosti okrivljenog, ne izjašnjavajući se pobliže koji su to „potrebni podaci“. Svakako, to nisu samo podaci potrebni za potpunu identifikaciju okrivljenog pošto je takva odredba već postojala u ZKP. Zato je sasvim razumljivo da novela člana 160 ZKP predstavlja novi institut u ZKP koji ide ka što potpunijem ispitivanju ličnosti okrivljenog do kompletne kriminološke ekspertize. Ova odredba je, u neznatno modifikovanom obliku, prenesena u ZKP iz 1976. godine, a odatle i u zakonodavstva koja su slijedila tradiciju jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva. U tom smislu je u Zakoniku o krivičnom postupku Crne Gore¹ u članu 289 (koji nosi naziv pribavljanje podataka o okrivljenom) propisano: „Državni tužilac će prije završene istrage pribaviti podatke o okrivljenom iz čl. 100 st. 1 ZKP, ako nedostaju ili ih treba provjeriti, kao i podatke o ranijim osudama okrivljenog, a ako okrivljeni još izdržava kaznu ili drugu sankciju koja je vezana za lišenje slobode i podatke o njegovom ponašanju za vrijeme izdržavanja kazne ili druge sankcije. Po potrebi, državni tužilac će pribaviti podatke o ranijem životu okrivljenog i prilikama u kojima živi, kao i o drugim okolnostima koje se tiču njegove ličnosti. Državni tužilac može odrediti zdravstvene preglede i psihološka ispitivanja okrivljenog kada je potrebno da se dopune podaci o ličnosti okrivljenog“. Promjena koncepta istrage, odnosno povjera-

¹ “Službeni list“ br. 57, 2009.

vanje istrage državnom tužiocu umjesto istražnom sudiji nije uticala na izmjenju ovog člana, i sve ono što je važno za istražnog sudiju u vezi sa prikupljanjem podataka o ličnosti okrivljenog, važi i za državnog tužioca. Inače, ponavljamo, podaci o ličnosti su značajni za individualizaciju kazne, odnosno krivičnih sankcija, a s druge strane, takav pristup ličnosti učinioca krivičnog djela može da ispolji i određene efekte i na planu prevencije. Ako odmjeravanje kazne (individualizaciju) vrši sud, zašto bi se onda državni tužilac „brinuo“ za prikupljanje podataka o ličnosti kao pretpostavci individualizacije? Na to ga obavezuje više odredaba ZKP. Na prvom mjestu to je načelo istine (čl. 16 ZKP), po kome su sud, državni tužilac i drugi državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku dužni da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite i pravične odluke, kao i da sa jednakom pažnjom ispituju i utvrde činjenice koje terete okrivljenog i koje mu idu u korist. Nadalje, državni tužilac u završnoj riječi predlaže vrstu i visinu kazne, a da bi to valjano mogao da učini onda mora da ima pred sobom kompletnu sliku predmeta, uključujući podatke o ličnosti učinioca.

Iz naprijed citirane odredbe može se zaključiti da su podaci koji se traže svrstani u dvije grupe, i to: a) obavezno se prikupljaju podaci navedeni u čl. 100 st. 1 ZKP (podaci o identitetu okrivljenog) ako nisu do tada prikupljeni ili ih treba provjeriti, zatim podaci o ranijim osudama i podaci o ponašanju okrivljenog za vrijeme izdržavanja kazne ili druge sankcije, ako je njihovo izvršenje u toku, i b) po potrebi prikupljaju se podaci o ranijem životu okrivljenog, prilikama u kojima živi i drugim okolnostima koje se tiču njegove ličnosti (Škulić, 2009: 838). Potreba za prikupljanjem podataka može nastati zbog samih okolnosti krivičnog djela ili kad simptomi pokazuju da se radi o ličnosti koju treba posebno ispitati, a ne postoji potreba psihijatrijskog vještačenja (Grubač, Vučković, 2010: 692). Smatra se da sa težinom i društvenom opasnošću krivičnog djela raste i potreba za kompleksnijim upoznavanjem okrivljenikove ličnosti (Stanković, 1980: 23), ne samo iz etioloških razloga, već i s obzirom na ciljeve krivičnog postupka u smislu individualizacije krivične sankcije i ponovne integracije učinioca krivičnog djela u društvenu zajednicu (Milutinović, 1979: 382).

U vezi sa naprijed citiranom zakonskom odredbom, postavlja se nekoliko pitanja, počev od značenja izraza ličnost okrivljenog, šta čini njegovu sadržinu, da li je prikupljanje podataka o ličnosti obavezno za svako djelo ili to zavisi od težine i prirode krivičnog djela, zatim obim ispitivanja, odnosno njegove granice naročito koliko se može ulaziti u intimnu sferu čovjekove ličnosti, na koji način se prikupljaju podaci i koji to organ vrši.

Polazimo od prvog pitanja – pojma ličnosti učinioca krivičnog djela. Ovaj pojam je izveden iz opšteg pojma „ličnost čovjeka“, a specijalisti iz naučnih oblasti gdje je ovo pitanje jedno od centralnih pitanja, podvlače da pojam ličnosti još nije razjašnjen, da postoji mnogo definicija ovog pojma, koje se međusobno razlikuju, a sve zbog razlika u shvatanjima osnovnih problema ličnosti. Međutim, nesporno je da je čovjek psihofizičko i socijalno biće, da je produkt prirodnih i društvenih razvojnih procesa, koji sam svojom aktivnošću utiče na te procese, pa prema tome i na sopstveno formiranje (Rot, 1973: 4). Ličnost je integracija najkarakterističnijih struktura neke individue, što će reći načina njenog ponašanja, njenih interesa i njenih sposobnosti, odnosno kombinovani rezultat urođenih svojstava, uticaja sredine i reaktivnih tendencija koje nastaju iz konflikta ovih dvaju činjenica (Jerotić, 1974: 435). U definisanju ličnosti okrivljenog iskrsavaju brojni problemi, jer se ova složena i multipleksna kategorija opire svakom definisanju, pored ostalog i zbog činjenice da „čovjek nikada ne može biti završen“, pa se do kraja ne može ni definisati. Ovo i zbog toga što su mnoga naša saznanja o krivcu ograničena u sadašnjem momentu našom nesposobnošću da naučno mjerimo tanane i nevidljive aspekte ljudske ličnosti (Eliot, 1962: 287). Iako stoji činjenica da se okrivljeni, u izvjesnom smislu „izražava“ kroz krivično djelo (Perić, 1975: 136), odnosno „aktuelizira“ kroz krivično djelo (Bačić, 1978: 213), ipak ne znači da krivično djelo predstavlja određeni bilans ličnosti.

Ako pođemo od konstatacije da je ličnost ukupnost svih psihičkih osobina čovjeka, koje su kod svakog čovjeka pojedinca strukturirane i objedinjene na specifičan način i koje mu daju specifičan pečat psihološke individualnosti, onda bi podaci ličnosti okrivljenog trebalo da budu što potpuniji i da na pravi način odslikaju okrivljenikove idejno-moralne, socijalno-psihološke osobine, njegova psihofizička svojstva i osobenosti ličnosti (Stanković, 198: 32). Ali odmah se postavlja pitanje granica mogućnosti zadiranja u intimnu sferu okrivljenikove ličnosti, odnosno da li upoznavanje ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku može da predstavlja povredu osnovnih prava i sloboda čovjeka? U tom smislu u literaturi se navodi da razlozi procesne ekonomije i razlozi zaštite lične učiniočeve sfere i njegovog integriteta ne opravdavaju neko šire i dublje ispitivanje njegove ličnosti kada se radi o djelima malog značaja (Bačić, 1978: 199).

Za pravilnu individualizaciju krivične sankcije ispitivanje ličnosti je nužno, ali se prikupljanje mnogobrojnih podataka koji se tiču intimnog ličnog života okrivljenog, u vezi sa nekom ne mnogo značajnom krivičnom stvari, ne može prihvatiti, niti sprovođenje medicinskih i psiholoških ispitivanja

smije da okrivljenog pretvori u objekt krivičnog postupka (Grubač, Vučković, 2010: 692).

Sasvim je sigurno da ispitivanje ličnosti učinioca krivičnog djela u krivičnom postupku ima uticaja na pitanje sloboda i prava čovjeka (okrivljenog), ali na ovaj problem treba gledati i sa aspekta funkcije krivičnog postupka i funkcije krivičnog pravosuđa u društvu, te da upoznavanje ličnosti okrivljenog ne može biti dovedeno u pitanje isticanjem prava okrivljenog na zaštitu njegove intimnosti i ličnosti (Tolić, 1974: 1084). U prikupljanju podataka o ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku treba imati mjeru i da se ne bi traženjem informacija na širokom frontu postiglo ono što sigurno nije svrha – da se dođe do stigmatizacije okrivljenog takve vrste koje bi bilo u potpunoj suprotnosti sa resocijalizacijom učinioca krivičnog djela. U svakom slučaju, savremeni koncept izučavanja ličnosti okrivljenog ujedinjuje više „reflektora“ kojima treba osvijetliti ličnost okrivljenog, kao što su socijalni, psihološki, psihijatrijski, pedagoški i opštemedicinski aspekt. Međutim, odmah se postavlja pitanje kako to u stvarnosti postići, ko će ta razna „osvjeljavanja“ da vrši i da li je to uvijek potrebno s obzirom na vrstu i prirodu krivičnog djela. Shodno čl. 289 ZKP, ovaj zadatak dat je državnom tužiocu, jer je prikupljanje podataka koncentrisano na istragu. U tom smislu prije nego što pristupi tom poslu u svakom konkretnom slučaju, državni tužilac će prethodno utvrditi kriterijume kojima će se rukovoditi pri izboru načina i sredstava za upoznavanje ličnosti okrivljenog (Radulović, 2009: 341). U ZKP nije naznačeno kako i od koga državni tužilac traži podatke o ličnosti okrivljenog. Razumljivo da se ti podaci traže od lica koja dobro poznaju okrivljenog i u prilici su da pruže tražene podatke kao što su srodnici, ukućani, susjedi, radne kolege, kazneno-popravne ustanove i slično. Ova lica su u određenom smislu svjedoci, ali od njih se, za razliku od pravih svjedoka, više traži mišljenje i određeni sud, nego svjedočenje u pravom smislu riječi. Da bi se moglo pouzdati u to mišljenje, onda ta lica moraju biti sposobna da ocijene čovjeka, a ne samo da iznesu prost utisak. Na koji način i kojom metodom prikupljati ove podatke u uporednom zakonodavstvu različito je riješeno. U našim prilikama teško je preporučiti jedinstvenu metodu jer to zavisi od kompleksa okolnosti subjektivne i objektivne prirode. Načelno posmatrano, prikupljanje podataka treba da počne socijalnom anketom, pa ako provedena socijalna anketa indicira, onda je preporučljivo ići na kompleksnu ekspertizu, što se vrši u složenijim slučajevima, a ta složenost ne mora da zavisi od težine krivičnog djela (Radulović, 2009: 342). U teoriji je najzastupljenije stanovište da kriminološku ekspertizu treba vršiti kada su u pitanju učinioci teških krivičnih djela, posebno krivičnih djela sa elementom nasilja i kad su u pitanju defektne ličnosti (Vasiljević, Grubač, 2003: 257).

Još jedno pitanje u vezi sa prikupljanjem podataka o ličnosti zavređuje pažnju i u teoriji je sporno. Da li se podaci o ličnosti okrivljenog dobijeni kriminološkom ekspertizom mogu koristiti za utvrđivanje postojanja krivičnog djela, odnosno krivice učinioca? U teoriji preovladava mišljenje da je kriminološka ekspertiza jedna vrsta vještačenja i da je upoznavanje ličnosti prvenstveno u službi individualizacije krivične sankcije. Prikupljene podatke o ličnosti okrivljenog, pogotovo kad do njih dolazimo tzv. introspekcijom, kada je okrivljeni u uvjerenju da je ono što o sebi kaže od koristi za njega, organi krivičnog postupka ne smiju zloupotrijebiti te podatke koristiti za utvrđivanje krivičnog djela i krivice okrivljenog (Radulović, 2009: 341). Povjerenje okrivljenog i njegovih najbližih koji nam daju te podatke ne smijemo zloupotrijebiti, ako ni radi čega drugog, ono radi principijelnih razloga i profesionalne etike (Tolić, 1974: 1086).

Kakva je uloga branioca u postupku prikupljanja podataka o ličnosti, da li on treba da se od toga distancira i sve prepusti pravosudnim organima ili pak da u tom postupku bude aktivan? Ovdje se mora naglasiti da se u postupku prikupljanja podataka o ličnosti okrivljenog ne radi o svjedočenju i samim tim se ne primjenjuju odredbe čl. 108 ZKP o isključenju od svjedočenja branioca o onome što mu je okrivljeni povjerio kao svom braniocu. Zato branilac svog branjenika treba da prikaže onakvim kakav on jeste i na čije je formiranje uticala i sredina u kojoj je živio, jer može se desiti, ako branilac propusti detaljnije obrazloženje činjenica koje se tiču ličnosti okrivljenog, da sud u nedovoljnoj mjeri ocijeni ličnost okrivljenog i subjektivno izraženu društvenu opasnost, pa da izrekne neadekvatnu krivičnu sankciju (Petrić, 1978: 21).

Za upoznavanje ličnosti okrivljenog nije dovoljno samo pravničko znanje, potrebno je priznavati sudsku psihologiju, kriminologiju, kriminalistiku i slično. Ova dodatna znanja su potrebna i državnom tužiocu i sudiji, ne samo radi toga da oni sami problem riješe, nego im omogućavaju da u pravo vrijeme traže pomoć stručnjaka, te da znaju procijeniti što mu oni u određenom slučaju mogu pružiti.

Prilikom individualizacije krivične sankcije sud cijeni podatke dobijene upoznavanjem ličnosti do kojih je došao državni tužilac. Tu se postavlja pitanje koliko zaista sud (sudsko vijeće) utvrđuje stanje ličnosti okrivljenog neposredno i u kojoj mjeri je to njegov akt. Uglavnom, sudeće vijeće ili sudija pojedinac koje je pozvano da individualizuje krivičnu sankciju te podatke cijeni posredno na osnovu spisa i izvještaja lica koja su se po nalogu bavila ličnošću okrivljenog, kao i na osnovu iskaza svjedoka (Radulović, 2009: 342). Radi toga se u literaturi ističe da je takvo utvrđivanje stanja ličnosti

okrivljenog više prihvatanje tuđeg mišljenja, uz ograničene mogućnosti kontrole, nego formiranje sopstvenog (Vasiljević, 1970: 19).

Ispitivanje ličnosti okrivljenog za potrebe individualizacije krivične sankcije naspram težnje za većom efikasnošću krivičnog postupka

U novije vrijeme suočavamo se sa dvije, u određenom smislu, protivrječne ideje. S jedne strane, imamo ideju o ispitivanju ličnosti okrivljenog radi adekvatnije individualizacije krivične sankcije, a na drugoj strani imamo sve izraženije zahtjeve za poboljšanjem efikasnosti krivičnog postupka naročito kroz uprošćene procesne forme, pa se postavlja pitanje koliko se tim novim uprošćenim formama krivičnog postupka može omogućiti realizacija ove pravne ideje. Ispitivanje ličnosti može da uspori krivični postupak, koji u našim prilikama isuviše dugo traje. Ta protivrječnost zahtijeva da postupak bude efikasan, a da se odvoji vrijeme i za ispitivanje ličnosti, i može se riješiti na različite načine. To se može postići, između ostalog, i time što edukaciju tužilaca i sudija valja proširiti onim disciplinama koje su neophodne za ocjenu osobe, čime se omogućuje brža i kvalitetnija komunikacija sa stručnjacima koji ispituju ličnost učinioca krivičnog djela. Drugi način je da se ispitivanje ličnosti obavlja samo u ograničenom broju slučajeva (Horvatić, Novoselec, 1999: 426). Svakako, ne treba izgubiti iz vida da postoje osjetne razlike kada je u pitanju izučavanje ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku u doktrini, zakonodavstvu i u praksi. Neka istraživanja su pokazala da se u konkretnim slučajevima proučavanja ličnosti okrivljenog na naučnoj osnovi, primjenom kompleksne kriminološke ekspertize, veoma rijetko provodi (Bulatović, Stevanović, 1980: 429).

Bez obzira na to koliko teorija i zakonodavstvo naglašavaju značaj izučavanja ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku, čini nam se da ti podaci o ličnosti okrivljenog mogu poslužiti samo za jednu relativnu dijagnozu okrivljenog i možda još relativniju prognozu njegovog budućeg ponašanja. Međutim, to ne znači da ova ispitivanja ličnosti okrivljenog treba napustiti, ali svakako u ocjenu njihovog značaja treba unijeti potrebnu dozu obazrivosti.

Određivanje pojma individualizacije kazne

Nekoliko puta smo naveli da je prikupljanje potrebnih podataka o ličnosti učinioca krivičnog djela od značaja za individualizaciju kazne

(odmjeravanje kazne), odnosno drugih krivičnih sankcija, pa se postavlja pitanje šta se podrazumijeva pod individualizacijom kazne. U određivanju tog pojma u literaturi možemo naći različita mišljenja. U tom smislu pod individualizacijom kazne smatra se određivanje takve kazne koja će pružiti najviše izgleda za resocijalizaciju osuđenih lica (Čejović, 2006: 420; Čejović, 1971: 297), pa se svrha kažnjavanja ističe kao ideja vodilja kod odmjeravanja kazne (Novoselec, 2004: 399). Individualizacija kazne podrazumijeva prilagođavanje kazne posebnim karakteristikama krivičnog djela i njegovog učinioca (Jovanović, 1995: 241; Đorđević i drugi, 1978: 223), kako bi se u što potpunijoj mjeri ostvarila svrha kažnjavanja (Tahović, 1961: 320).

Nadalje, ističe se da individualizirati kaznu znači konkretizovati u zakonu utvrđenu kaznu, čiji je osnov apstraktna društvena opasnost djela, a što se ostvaruje u postupku sudskog odmjeravanja kazne i predstavlja i jednu od najvažnijih i najsloženijih sudskih funkcija (Sržentić, Stajić, Lazarević, 1995: 402; Lazarević, 1979: 164). Neki individualizaciju definišu kao dužnost suda da na temelju cjelokupnog izučavanja ličnosti, prognoziranja budućeg ponašanja i mogućnosti resocijalizacije, ako je potrebna, izrekne kaznu koja će pružiti relativno optimalnu mogućnost ostvarivanja svrhe kažnjavanja (Horvatić, Novoselec, 199: 425).

Kada govorimo o individualizaciji kazne, možemo je posmatrati u širem i u užem smislu. U širem smislu ona predstavlja proces koji počinje od izbora kazne, pa do njenog izvršenja, uključujući i odmjeravanje kazne uz poseban akcenat na upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog djela. Međutim, danas postoji shvatanje da je pojam individualizacije suvišan ako se pojam odmjeravanja kazne uzme u širem smislu, tim prije što je koncept individualizacije shvaćen kao prilagođavanje ličnosti učinioca izložen kritici. Sve više se napušta orijentacija na tretman i resocijalizaciju kao noseće stubove krivičnog prava, što je i u oblasti odmjeravanja kazne trebalo da ima odlučujuću ulogu, a odmjeravanje kazne koje bi, prije svega, trebalo da bude orijentisano na ličnost, predstavlja iluziju koja vodi enormno širokom polju slobodnog odlučivanja kod odmjeravanja kazne, a time i arbitrnosti, pa i zloupotrebe (Stojanović, 2010: 174).

U savremenom krivičnom pravu vlada mišljenje da radi osiguranja uspješne individualizacije kazne sudu treba dati što veću slobodu kod izbora vrste i mjere kazne. Da bi se to postiglo zakonodavac ne treba da postavlja čvrsta pravila i kriterijume za odmjeravanje kazne. S druge strane, bilo bi isto tako neprihvatljivo da u ovako značajnoj materiji zavlada arbitrnost, pa se polazi od potrebe jačanja pravnih aspekata sudskog odmjeravanja kazne koje

će osigurati legalitet na ovome području krivičnog prava (Babić, Marković, 2009: 387).

Opšti kriteriji za odmjerenje kazne

Savremena zakonodavstva propisuju i određene opšte kriterijume za odmjerenje kazne, što je učinjeno i u Krivičnom zakoniku Crne Gore.² Shodno članu 42 st. 1 KZ, kada je u pitanju redovno odmjerenje kazne (u granicama zakonom određene kazne) osnovni kriterijumi su: 1) da se odmjeri kazna u granicama zakonom propisane kazne za to djelo, 2) da se pri tome ima u vidu svrha kažnjavanja i 3) da se uzmu u obzir sve okolnosti koje utiču na to da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti). Ove okolnosti egzemplarno su navedene u članu 42 st. 1 KZ, a to su: stepen krivice, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno, raniji život učinioca, njegove lične prilike, njegovo držanje poslije učinjenog krivičnog djela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog djela, kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca. Zakonik ni jednu od ovih okolnosti ne određuje samo kao olakšavajuću ili samo kao otežavajuću, nego to zavisi od njene konkretne sadržine u datom slučaju. Ove okolnosti su vezane za izvršenje krivičnog djela i ne ulaze u njegovo biće, a od kvalifikatornih okolnosti se razlikuju po tome što ne mijenjaju kvalifikaciju krivičnog djela, dok kvalifikatorne okolnosti djelu daju teži ili lakši oblik.

Izazovi pred sudom kod ocjene subjektivnih i objektivnih okolnosti su različiti. Kod subjektivnih i objektivnih okolnosti u pitanju su psihički procesi učinioca djela koji se ispoljavaju putem njegovih tjelesnih radnji, čime se na posredan način, nekad samo uslovno, vrši spoznaja kvaliteta i kvantiteta psihičkih procesa učinioca krivičnog djela. Objektivne okolnosti su podobnije za spoznaju i one, uglavnom, ostaju u nepromijenjenom obliku do izricanja kazne, dok kod subjektivnih okolnosti treba uračunati vremensku distancu, koja je nekad dosta duga od učinjenog krivičnog djela kada su se ti procesi autentično ispoljavali, do izricanja kazne, kada te procese treba rekonstruisati i opozvati.

Po pitanju kako procjenjivati olakšavajuće i otežavajuće okolnosti postoje različita stanovišta. Po jednima, treba koristiti analitički metod gdje se analizira i procjenjuje svaka okolnost pojedinačno i njen uticaj na visinu

² "Službeni list" br. 70, 2003, 47/06, 40/08, 25/10, 32/11, 40/13.

kazne. Drugi metod je sintetički, gdje sve okolnosti vezane za krivično djelo treba cijeniti kao jednu cjelinu i na osnovu tog opšteg utiska odrediti vrstu i visinu kazne. U teoriji opravdano preovladava shvatanje da je najprihvatljivija kombinacija ova dva metoda, odnosno da je najbolje koristiti analitičko-sintetički metod (Božilović Petrović, 2003: 278) što podrazumijeva da sud treba da utvrdi sve okolnosti relevantne za odmjeravanje kazne, da ocijeni da li su olakšavajuće ili otežavajuće (Babić, Marković, 2009: 387; Lazarević i dr., 2010: 130), te da na osnovu opšteg utiska dođe do jedne polazne osnove, do neke prosječne, orijentacione kazne i onda da je povećava ili snižava nakon pažljivog pojedinačnog vrednovanja svake okolnosti, a da na konačnu kaznu u većoj mjeri treba da utiče druga faza, tj. vrednovanje svake pojedinačne okolnosti (Stojanović, 2008: 293).

Vidjeli smo da se i u članu 289 ZKP govori o značaju upoznavanja učinioca krivičnog djela i prikupljanja podataka o njegovoj ličnosti i njihovom značaju za individualizaciju kazne. Ako se uporedi ova odredba ZKP sa odredbom člana 42 st. 1 KZ u kojoj se navode okolnosti od značaja za individualizaciju (odmjeravanje) kazne, može se zapaziti da se i u jednom i u drugom članu pominje raniji život, lične prilike i druge okolnosti, koje se odnose na ličnost učinioca krivičnog djela. Bez obzira na to što se ove okolnosti u KZ navode kao okolnosti koje se uzimaju u obzir kod individualizacije kazne, a u ZKP kao podaci o ličnosti, njihov značaj je isti, a to je da predstavljaju pretpostavku za individualizaciju kazne. Radi toga ćemo se u nastavku osvrnuti na ove okolnosti, ostavljajući po strani druge objektivne i subjektivne okolnosti navedene u članu 42 st. 1 KZ.

Raniji život učinioca je okolnost subjektivne prirode i vezana je isključivo za ličnost učinioca. Ocjenom ovih okolnosti sud treba da dođe do spoznaje da li je djelo „rezultat sticaja nesrećnih okolnosti“ ili društveno i moralno neprihvatljivog načina života kako bi se odmjeravanjem kazne odgovorilo svrsi kažnjavanja. Pod formulacijom „raniji život“ koja se koristi u KZ u teoriji se smatra da pod tim treba podrazumijevati jedinstvenu, cjelovitu ocjenu ličnosti učinioca prije izvršenog krivičnog djela na osnovu koje se može doći do saznanja da li izvršeno krivično djelo predstavlja prije slučajnu epizodu u životu učinioca, ili je ono pak rezultat jednog opšteg načina života (Sržentić, Stajić, Lazarević, 1995: 379). Iako je pojam „raniji život učinioca“ kompleksan i uključuje cjelokupan moralno-psihološki profil ličnosti, on se u praksi, uglavnom, svodi na raniju osuđivanost, odnosno neosuđivanost. Ranija osuđivanost u praksi se, uglavnom, utvrđuje izvodom iz kaznene evidencije i ona se i u Zakoniku i u praksi uzima kao otežavajuća okolnost.

Uporište za to nalazi se u članu 43 koji se odnosi na povrat gdje se navodi da sud tu okolnost može uzeti kao otežavajuću cijeneći pri tome naročito težinu ranije učinjenog djela, da li je ranije djelo iste vrste kao novo djelo, da li su oba djela učinjena iz istih pobuda, okolnosti pod kojima su djela učinjena i koliko je vremena proteklo od ranije osude i slično. Ako su u pitanju različita krivična djela značajno je da li je učinilac prvo izvršio lakše, a potom teže krivično djelo. Ako je u pitanju takva situacija, onda uzrok njegovog kriminalnog ponašanja može da bude duboki razdor sa moralom, shvatanjima i običajima koji vladaju u njegovoj sredini, a što sve ukazuje na izvjesnu progresiju u njegovoj kriminalnoj karijeri, što bi sud trebalo opredijeliti za strožu kaznu (Milošević, 2006: 1021). Međutim, u obrnutoj situaciji, ako je učinilac ranije učinio teže krivično djelo, a potom lakše, onda bi trebalo utvrditi da li među ovim djelima ima neke povezanosti ili je novoizvršeno krivično djelo ekscesne prirode koje nema prave veze sa prethodnim djelom, odnosno da li je djelo situacione prirode koje je rezultat njegovog trenutnog raspoloženja u momentu sticaja ostalih negativnih uslova (Nikolić, 2004: 85). Vremenska distanca između ranije izvršenog i novog krivičnog djela je značajna. Prilikom individualizacije kazne ne može se jednako tretirati da li je krivično djelo izvršeno prije nekoliko godina ili više godina, pa i decenija.

Ranija osuđivanost se u KZ izričito navodi kao otežavajuća okolnost. Međutim, neosuđivanost se ne pominje kao olakšavajuća okolnost, pa se postavlja pitanje ako je ranija osuđivanost otežavajuća okolnost, može li se iz pravila *argumentum a contrario* zaključiti da je ranija neosuđivanost olakšavajuća okolnost. Sudska praksa, uglavnom, raniju neosuđivanost uzima kao olakšavajuću okolnost i u obrazloženju sudskih odluka na nju se poziva. U teoriji su mišljenja drugačija, pa se ističe da ranija neosuđivanost može biti olakšavajuća okolnost samo ako je ono odraz ranijeg pozitivnog držanja i vladanja okrivljenog (Srzentić i grupa autora, 1988: 201), jer ako bi se raniji život učinioca sveo samo na to da li je ranije osuđivan ili nije, značilo bi njegovo svođenje na jednu dimenziju, što često može da bude nerealno (Milović, 2006: 1020). Dakle, činjenica neosuđivanosti nije dovoljan pokazatelj učiniočevog ranijeg života, već je potrebno da sudovi ustanove kako se učinilac ranije vladao, pa da se tek na osnovu njegovog ranijeg dobrog vladanja i neosuđivanost u tom kontekstu može cijeliti kao olakšavajuća okolnost. U protivnom, došlo bi se u pomalo apsurdnu situaciju da ono što je normalno i što se pretpostavlja, što ne zavređuje neku posebnu moralnu pohvalu, biva prihvatano kao veliko, kao veliki moralni plus za moralni lik konkretnog prestupnika (Ćirić, 1996: 99).

Lične prilike su izraz okolnosti u kojima učinilac krivičnog djela živi i u sadržajnom smislu dosta su neodređene, a mogu da se odnose na zdravstveno stanje učinioca ili članova njegove porodice, starosnu dob, imovinsko stanje (koje KZ posebno izdvaja kod odmjeravanja novčane kazne) porodične prilike, socijalni status, broj članova porodice, nezaposlenost i slično. U pitanju su lični i trajni odnosi i stanja koja mogu objasniti odluku učinioca da izvrši krivično djelo i biti jedan od elemenata za osvjetljavanje njegove ličnosti (Bačić, 1980: 436).

U teoriji su podijeljena mišljenja da li ove okolnosti treba imati u vidu kod odmjeravanja kazne. Iako je zakonodavac izdvojio ovu okolnost koju sud mora imati u vidu kod odmjeravanja kazne, ima mišljenja po kojima ni jedan pojedinac kao učinilac nije zaslužan ni kriv za postojanje ličnih prilika, te da ih treba cijeliti samo ako su u kauzalnom odnosu sa krivičnim djelom i pretpostavljenim budućim ponašanjem učinioca (Sržentić, Stajić, Lazarević, 1995: 379).

Sve okolnosti koje su konstituenti ličnih prilika ne mogu da budu relevantne za odmjeravanje kazne. Treba praviti razliku između ličnih prilika učinioca koje predstavljaju lično stanje učinioca i onih ličnih prilika koje pokazuju životni ambijent u kome ličnost učinioca egzistira (Milović, 2003: 288). Ova prva grupa okolnosti neposredno utiče na unutrašnje doživljaje učinioca i njihova veza sa krivičnim djelom može se utvrditi. Kod druge grupe okolnosti situacija je složenija, jer njihovo značenje ponekad može da odvede sud u pravcu opšte ocjene moralnog lika učinioca, pa je potrebna velika opreznost sudova pri sagledavanju okolnosti životnog ambijenta u kome ličnost učinioca egzistira, prilikom odmjeravanja kazne (Atanacković, 1975: 108).

U praksi se lične prilike, uglavnom, uzimaju kao olakšavajuće okolnosti, pogotovo kad su u pitanju okolnosti očinstva i materinstva. Međutim, okolnost očinstva i materinstva po automatizmu ne mora uvijek da predstavlja olakšavajuću okolnost. Tako na primjer, ako učinilac ima odraslu djecu koju ne izdržava, to samo po sebi ne mora da predstavlja olakšavajuću okolnost. Da zaključimo, ove okolnosti, kao sadržaj života i realnog svijeta učinioca prije izvršenja krivičnog djela, ne treba ni potcjenjivati ni precjenjivati i njihova ocjena treba da bude u funkciji ostvarivanja svrhe kazne.

Određujući okolnosti od značaja za odmjeravanje kazne, zakonodavac je u članu 42 st. 1 KZ naveo samo neke, ostavljajući mogućnost da se cijene i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca krivičnog djela. Isto tako, u članu 289 ZKP, pored izričito pomenutih podataka o ličnosti okrivljenog

koje treba prikupiti, mogu se prikupljati podaci i o drugim okolnostima koje se tiču njegove ličnosti. Teško je navesti neku od tih drugih okolnosti, a da nije obuhvaćeno nekom drugom pomenutom okolnošću, ali nam se posebno značajnom čini jedna subjektivna okolnost kod učinioca nastala nakon izvršenja krivičnog djela, a to je stvarno kajanje. Iako bi se to moglo podvesti pod „držanje učinioca poslije izvršenog krivičnog djela“, ova okolnost zaslužuje da se posebno izdvoji. Ima predloga da se stvarno kajanje predvidi kao opšti institut u opštem dijelu Krivičnog zakonika (Đorđević, 1990: 39), jer se sada stvarno kajanje u odredbama posebnog dijela Krivičnog zakonika pojavljuje kod malog broja krivičnih djela, kao okolnost na kojoj se zasniva mogućnost blažeg kažnjavanja ili oslobođenja od kazne. U literaturi postoje različite definicije stvarnog kajanja, a one se, uglavnom, svode na dobrovoljno otklanjanje posljedice već učinjenog krivičnog djela od strane njegovog učinioca.

Od stvarnog kajanja treba razlikovati lično kajanje, koje se uglavnom sastoji od izražavanja kajanja i žaljenja zbog učinjenog krivičnog djela. Za razliku od stvarnog kajanja, kod ličnog kajanja nema otklanjanja posljedice krivičnog djela, zbog čega ova vrsta kajanja nema onaj značaj koji može da ima stvarno kajanje, ali može predstavljati olakšavajuću okolnost što zavisi od toga da li je iskreno, u kojoj mjeri je izraženo i u kojoj mjeri izražava čvrst stav učinioca o društvenoj i moralnoj nevrijednosti njegovog djela (Petrić, 1972: 24).

Za razliku od KZ, ZKP pominje u opštem dijelu institut stvarnog kajanja kao osnov za odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti (čl. 273 ZKP).

Riječ je o jednom vidu oportuniteta krivičnog gonjenja ako se radi o krivičnim djelima za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine gdje državni tužilac može odbaciti krivičnu prijavu ako je osumnjičeni usljed stvarnog kajanja spriječio nastupanje štetne posljedice ili je štetu u potpunosti već nadoknadio, a državni tužilac, prema okolnostima slučaja ocijeni da izricanje krivične sankcije ne bi bilo pravično. U ovoj odredbi pomiješano je i lično kajanje osumnjičenog i stvarno kajanje. Ako stvarno kajanje predstavlja otklanjanje štetne posljedice (ovdje sprečavanje nastupanja štete ili njeno otklanjanje), onda je tim činom i manifestovano stvarno kajanje, pa je pogrešno navedeno da je zbog stvarnog kajanja preduzeo pomenute aktivnosti. Ovdje se, u stvari, preduzimanjem gorenavedenih radnji lično kajanje transformisalo u stvarno.

Ovaj kratak osvrt na značaj upoznavanja ličnosti učinioca krivičnog djela kao pretpostavke individualizacije, pokazuje da, ako je svrha kažnjavanja sprečavanje učinioca da čini krivično djelo i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivično djelo, onda je nesumnjivo najbolji način da se taj cilj postigne ako se izabere put koji će najviše odgovarati karakteristikama njegove ličnosti.

Literatura

Atanacković, D., *Kriterijumi odmjeravanja kazne*, Beograd, 1975.

Babić, M., Marković J., *Krivično pravo, Opšti dio*, Banja Luka, 2009.

Bačić, F., *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb, 1980.

Bačić, F., *Sudsko odmjeravanje kazne*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4, 1978.

Božilović Petrović, G., *Odmjeravanje kazne*, Zbornik „Strategija državnog reagovanja protiv kriminaliteta“, izd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2003.

Buturović, J., Stevanović, M., “Psihijatrijsko vještačenje u krivičnom postupku”, *JRKK*, br. 3-4, 1980.

Vasiljević, T., “Savremeno krivično pravo i ispitivanje ličnosti okrivljenog”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2, 1970.

Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2003.

Vienne, R., Les problemes poses par L’application de l’article 81, du Code de procedure penale a propos de l’exomen de personalite des deliquannts adultes, *Revue de sciences criminelles ed dedroit penal compare*, 1960., br. 4

Grubač, M., Vučković B., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Tivat, 2010.

Đorđević, Đ., „Stvarno kajanje“, *JRKK*, br. 4, 1990.

Đorđević, M. i dr., *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 1978.

- Eliot, M. A., *Zločin u savremenom društvu*, Sarajevo, 1962.
- Jerotić, V., „Ličnost – njen razvoj i posljedice“, *JRKK*, br. 3, 1974.
- Jovanović, Lj., *Krivično pravo I, Opšti deo*, Policijska akademija, Beograd, 1995.
- Kraus, B., „Problemi i principi kaznene politike“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2-4, 1958.
- Lazarević, Lj., *Individualizacija krivičnih sankcija, pretpostavke i mogućnosti za njeno ostvarenje*, Novi Sad, 1979.
- Lazarević, Lj. i dr., *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Tivat, 2010.
- Milutinović, M., *Kriminologija*, Prosvjeta, Beograd, 1979.
- Milović, M., *Lične prilike učinioca kao okolnost pri odmjeravanju kazne*, Zbornik „Strategija državnog reagovanja protiv kriminaliteta“ izd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2003.
- Milović, M., „Raniji život učinioca kao okolnost pri odmjeravanju kazne u teoriji i praksi“, *Pravni život* br. 9, 2006, tom I.
- Nikolić, D., *Odmjeravanje kazne*, Zbornik „Aktuelno stanje u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore“, izd. Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 2004.
- Novoselec, P., *Opći dio Kaznenog prava*, Zagreb, 2004.
- Petrić, B., „Uloga branioca u krivičnom postupku“, *Glasnik AKV*, br. 12, 1978.
- Petrić, B., „Individualizacija kazne“, *Glasnik AKV*, br. 2, 1972.
- Perić, O., *Krivičnopravni položaj maloletnika*, Beograd, 1975.
- Radulović, D., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2009.
- Rot, N., *Psihologija ličnosti*, Beograd, 1973.
- Stanković, D., „Ispitivanje ličnosti okrivljenog kao važna pretpostavka u individualizaciji krivične sankcije“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 9, 1985.

- Stanković, D., „Karakter i granice proučavanja ličnosti okrivljenog“, *Glasnik AKV*, br. 12, 1980.
- Srzentić, N., A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Srzentić, N. i grupa autora, *Komentar krivičnih zakona SFRJ*, Beograd, 1978.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo*, Podgorica, 2008.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010.
- Tahović, J., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd 1961.
- Tolić, B., „Neki problemi proučavanja ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku“, *Naša zakonitost*, br. 11-12, 1974.
- Ćirić, J., „Ranija neosuđivanost kao olakšavajuća okolnost kod odmjeravanja kazne“, *JRKK* br. 1-2, 1996.
- Horvatić, Ž., Novoselec P., *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 1999.
- Čejović, B., *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2006.
- Čejović, B., „Istorijski razvoj principa individualizacije krivičnih sankcija“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2-3, 1971.
- Škulić, M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009.

FAMILIARISATION WITH THE PERSONALITY OF A CRIMINAL OFFENDER AS A PRECONDITION FOR THE INDIVIDUALISATION OF CRIMINAL SANCTIONS

Darko Radulović, Ph.D*

Abstract: *The analysis of the personality of a criminal offender in the course of the criminal procedure has become necessary since the moment when the established goal of criminal sanctions came to encompass rehabilitation and resocialisation as its basic elements. Even today, when, according to many, the orientation toward treatment and resocialisation as the pillar of support of criminal law has been given up, familiarisation with the personality of the accused is one of the preconditions for the individualisation of criminal sanctions. With the foremost intention to have an impact on the criminal offender's personality, criminal sanctions had to be adjusted to the personality or in other words—individualised.*

The question of what is implied by individualisation has nowadays been replaced with another one: what are the practical possibilities for its implementation? The problem of the necessity of analysing the personality of the accused has opened a series of other questions, including which tools should be applied in the analysis, which bodies should conduct it, how far can we go in that process, without undermining the basic rights and freedoms of man and his right to privacy.

In this work, the author examined the question of the analysis of a criminal offender's personality as the precondition for the individualisation of criminal sanctions in general and in the light of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of Montenegro. In addition, he pointed toward possible problems in the practical application of legal provisions and the possible ways of overcoming specific problems.

Key words: *personality of the accused, court, state prosecutor, criminal procedure, data on the personality of a criminal offender.*

* Faculty of Law in Podgorica, University of Montenegro

REHABILITACIJA U KRIVIČNOM PRAVU: POJAM, DEJSTVO I KARAKTERISTIKE

Prof. dr Marina M. Simović*

Prof. dr Dragan Jovašević**

***Apstrakt:** Sva savremena krivična zakonodavstva predviđaju sistem krivičnih sankcija koje nadležni organi krivičnog pravosuđa izriču učiniocima krivičnih djela. Međutim, dejstvo izrečenih kazni, ali i drugih sankcija, ne prestaje sa njihovim izvršenjem na zakonom propisani način. Naime, iako se poslije izvršenja pravnosnažno izrečene kazne osuđeno lice vraća u društvo i uključuje u redovan, uobičajeni društveni život, ono ne postaje odmah i u potpunosti ravnopravan građanin sa ostalima. Najčešće, štetne posljedice izrečenih sankcija nastavljaju da pogađaju osuđeno lice i poslije izdržane kazne ili druge sankcije. Dva su osnovna razloga koji uslovljavaju ovu neravnopravnost: a) dejstvo pravnih posljedica osude i b) stav sredine koja takvo lice prima sa izvjesnom dozom pozorenja, nepovjerenja, bojaznosti, pa i mržnje. U kojoj će mjeri ta neravnopravnost biti izražena, zavisi od vrste i broja pravnih posljedica osude, kao i njihovog obima i intenziteta dejstva, te od stava sredine prema vršenju pojedinih krivičnih djela, odnosno prema njihovim učiniocima.*

Upravo u cilju neutralisanja negativnih, štetnih posljedica na osuđeno lice poslije izdržane sankcije, u savremenom krivičnom pravu se javlja institut rehabilitacije. Njegovom primjenom se ponovo uspostavlja status neosuđivanosti za osuđeno lice i briše se njegova osuda iz kaznene evidencije. Na taj način, prethodno osuđeno lice uživa sva prava i slobode, kao i drugi građani koja su im priznata na osnovu ustava, zakona i drugih propisa i opštih akata.

***Ključne riječi:** krivično djelo, zakon, učinilac, brisanje osude, rehabilitacija.*

* Ombudsman za djecu Republike Srpske, Bana Milosavljevića 8, 78000 Banja Luka, Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ u Banjoj Luci.

** Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, e-mail:jovas@prafak.ni.ac.rs.

1. Uvod

Institut rehabilitacije ima svoju preteču u predratnom zakonodavstvu Kraljevine Jugoslavije. Primjenom ovog instituta, u slučaju nastupanja zakonom propisanih uslova, po proteku određenog vremena, osuđeno lice uživa sva prava i slobode i njegova se osuda briše iz kaznene evidencije. Time se stvara fikcija njegove neosuđivanosti i to treba da olakša i omogući njegovo lakše, brže i bezbolnije uključivanje u sve društvene tokove života i radni proces.

Učiniocu krivičnog djela, pošto utvrdi krivicu za protivpravno ponašanje kojim je prouzrokovana posljedica u spoljnom svijetu na objektu napada, sud izriče vrstu i mjeru kazne, odnosno druge krivične sankcije. Takvo lice se smatra osuđenim licem i njemu se za određeno vrijeme oduzimaju ili ograničavaju slobode i prava koja je inače uživao kao i svaki drugi punopravni građanin¹. To je i logično jer krivične sankcije predstavljaju prinudne mjere koje se izriču zbog izvršenog krivičnog djela prema njegovom učiniocu, kako bi se spriječilo da on ponovo učini krivično djelo, ali i da i drugi građani vrše krivična djela na štetu prava, dobra i interesa drugih fizičkih i pravnih lica.

Poslije izvršenja pravnosnažno izrečene kazne, osuđeno lice se vraća u društvo i uključuje u redovan, uobičajeni društveni život. Ali, sa vraćanjem u društvo, ono ne postaje odmah i u potpunosti ravnopravan građanin sa ostalima. Dva su osnovna razloga koji uslovljavaju ovu neravnopravnost: a) dejstvo pravnih posljedica osude i b) stav sredine koja takvo lice prima sa izvjesnom dozom podozrenja, nepovjerenja, bojaznosti, pa i mržnje.

U kojoj će mjeri ta neravnopravnost biti izražena, zavisi od vrste i broja pravnih posljedica osude, kao i njihovog obima i intenziteta dejstva, te od stava sredine prema vršenju pojedinih krivičnih djela, odnosno prema njihovim učiniocima. Navedene pravne i društvene posljedice osude pogađaju bivšeg osuđenika psihološki i socijalno-ekonomski. Njihovo psihološko dejstvo se sastoji u tome što se kod osuđenih lica razvijaju osjećanja nepovjerenja, poniženja i prezrenosti, pa zajedno s tim i osjećanja manje vrijednosti. S druge strane, pravne posljedice osude onemogućavaju mu da vrši pojedine poslove i da aktivno učestvuje u društvenim procesima, što mu stvara socijalne i ekonomske teškoće. Te negativne posljedice usporavaju resocijalizaciju, a u izvjesnim slučajevima mogu da imaju i negativno dejstvo na ponašanje bivšeg osuđenika.

¹Jovašević (2012), 342–344.

2. Pojam i karakteristike rehabilitacije

Da bi se otklonilo takvo štetno dejstvo prethodne osude, javila se ideja o rehabilitaciji kao kriminalno-političkoj mjeri za pružanje podsticaja osuđenom licu da se ubuduće primjereno vlada i da bude lojalan i koristan građanin društvene zajednice. Institut rehabilitacije se, istorijski gledano, sreće još u rimskom pravu pod nazivom „*restitutio in integrum*“ kada se osuđeno lice vraćalo u stanje koje je postojalo prije osude i tako mu je vraćan izgubljeni status. Francuski zakon iz 1670. godine „*Ordonance criminelle*“ za dobijanje rehabilitacije, pored milosti suverena, traži i izdržanu kaznu u potpunosti i ispunjenje građanskih obaveza.

I Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine u članu 90 govori o povraćaju prava i poništaju osude, te oglašavanju osuđenog lica dostojnim da vrši izgubljena prava kao vidu rehabilitacije. Ima mišljenja da naziv ovog instituta potiče iz medicinske nauke.

To je vid nagrade osuđenom licu za dobro vladanje. Kroz rehabilitaciju se ostvaruje ravnoteža interesa društva i interesa osuđenog lica². Rehabilitacija je ponovno uspostavljanje statusa punopravnog građanina osuđenom licu, s tim da mu ranija presuda u kasnijem redovnom životu ne smeta. Njome se želi olakšati društvena reintegracija i normalan život osuđenom licu. To je nagrada za njegovo dobro vladanje nakon izdržane kazne, ali i jedno od sredstava za sprečavanje povrata (*recidiva*)³.

Rehabilitacija se sastoji u ukidanju pravnih posljedica osude i brisanju osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim (član 97 Krivičnog zakonika Republike Srbije⁴ – KZ). Sa nastupanjem rehabilitacije prestaju da dejstvuju pravne posljedice osude i osuđeno lice stiče sva prava koja imaju i ostali građani. Njegovo krivično djelo se zaboravlja, a njegovo ime se briše iz kaznene evidencije. U službenim ispravama se ne pominje da je bilo osuđivano. Tako se stvara fikcija o neosuđivanosti osuđenog lica sa težnjom da se ono izjednači sa ostalim članovima društva⁵. To znači da je i u pravu Republike

² Jescheck (1982), 731.

³ Novoselec (2004), 446.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije” br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

⁵ Poseban modalitet rehabilitacije kao „poništaj osude“ predviđao je Krivični zakonik Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1929. godine u članu 90. Sud je, prema ovoj zakonskoj odredbi, mogao protekom određenog roka poslije izdržane, zastarjele ili oproštene kazne, na molbu lica koje je prvi put osuđeno – da poništi za budućnost osudu sa svim njenim zakonskim posljedicama. Ovako poništena osuda se brisala iz kaznene evidencije. Vidi Živanović (1934), 423.

Srbije prihvaćen „model pune rehabilitacije“. No, rehabilitacijom se ne dira u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi⁶.

Postoji više vrsta rehabilitacija. U KZ (član 97 stav 2) se razlikuju dvije vrste rehabilitacije. To su: a) zakonska i b) sudska rehabilitacija.

Zakonska rehabilitacija nastupa po sili zakona, automatski sa protekom određenog vremena poslije izdržane kazne pod uslovom da osuđeno lice za to vrijeme ne izvrši novo krivično djelo.

Sudska rehabilitacija nastupa sudskom odlukom koja se donosi na molbu osuđenog lica po proteku određenog vremena od izdržane kazne. Sudska rehabilitacija je fakultativna. Da li će sud donijeti odluku o rehabilitaciji osuđenog lica, zavisi od njegove ocjene vladanja učinioca krivičnog djela poslije izlaska iz završne ustanove i od njegovog odnosa prema radu i društvenim vrijednostima, čime se može utvrditi da se on u dovoljnoj mjeri popravio i prevaspitao tako da neće vršiti nova krivična djela.

Pravna teorija razlikuje: a) osnovnu i b) dopunsku rehabilitaciju.

Osnovna rehabilitacija nastupa odmah nakon izdržane, zastarjele ili oproštene kazne jer od tog trenutka osuđeno lice uživa sva građanska prava priznata ustavom, zakonima i drugim propisima. Ova rehabilitacija nije potpuna, jer je moguće da su osuđenom licu ograničena neka prava primjenom mjere bezbjednosti ili pravne posljedice osude, a još uvijek nije nastupila ni fikcija neosuđivanosti.

Dopunska rehabilitacija nastupa istekom mjera bezbjednosti i prestankom trajanja pravnih posljedica osude poslije proteka određenog vremena ako osuđeno lice za to vrijeme ne učini novo krivično djelo – kada se i briše njegova osuda iz kaznene evidencije. Ovo je tek puna, potpuna rehabilitacija koju krasi fikcija neosuđivanosti⁷.

⁶ Ovakvo rješenje može da dovede do spornih situacija u praksi kada usljed zastarjelosti, amnestije, pomilovanja ili sličnih razloga (sporazum o krivici) uopšte nije donijeta osuda.

⁷ Novoselec, op. cit., 447.

3. Vrste rehabilitacije

3.1. Zakonska rehabilitacija

Institut rehabilitacije⁸ je u krivičnom pravu Republike Srbije uređen odredbama čl. 97-100 KZ. Prema ovom zakonskom rješenju, osuđena lica poslije izdržane, oprostene ili zastarjele kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora uživaju sva prava utvrđena Ustavom, zakonom, drugim propisima i opštim aktima i mogu sticati sva prava, osim onih koja su im ograničena usljed izrečene mjere bezbjednosti ili nastupanja pravne posljedice osude. Zakonska rehabilitacija nastupa i za lica na uslovnom otpustu ukoliko njihova prava nisu ograničena posebnim zakonskim odredbama o uslovnom otpustu. U izvjesnim slučajevima osuda može povlačiti pravne posljedice, tako da osuđeno lice za određeno vrijeme ne može da vrši određena prava. Tada se rehabilitacija javlja kao sredstvo za vraćanje tih prava osuđenim licima prije nego što protekne rok njihovog dejstva. Tada se primjenjuje sudska rehabilitacija.

Prema članu 98 KZ, zakonska rehabilitacija se daje ako su ispunjena dva kumulativno predviđena uslova: a) licu koje prije osude na koju se odnosi rehabilitacija nije bilo osuđivano (primarni delinkvent) ili koje se po zakonu smatra neosuđivanim i b) ako za određeno u zakonu navedeno vrijeme ne učini novo krivično djelo.

Zakonska rehabilitacija nastupa u slučajevima ako lice⁹: 1) koje je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne ili kome je izrečena sudska opomena u roku od godinu dana od pravnosnažnosti presude, odnosno rješenja, ne učini novo krivično djelo, 2) kome je izrečena uslovna osuda, u vreme provjeravanja i u roku od godinu dana po isteku roka provjeravanja ne učini novo krivično djelo, 3) koje je osuđeno na novčanu kaznu, kaznu rada u javnom interesu ili kaznu oduzimanja vozačke dozvole ili kaznu zatvora do šest mjeseci, u roku od tri godine od dana kada je ta kazna izvršena, zastarjela ili oprostena ne učini novo krivično djelo, 4) koje je osuđeno na kaznu zatvora preko šest mjeseci do jedne godine, u roku od pet godina od dana kada je izvršena, zastarjela ili oprostena kazna ne učini novo krivično djelo i 5) koje je osuđeno na kaznu zatvora preko jedne do tri godine, u roku od deset godina od dana izvršene, zastarjele ili oprostene kazne, ne učini novo krivično djelo. KZ je izričito odredio da zakonska rehabilitacija ne nastupa ako još uvijek traje izrečena sporedna kazna ili mjera bezbjednosti.

⁸ Jovašević (2011), 697.

⁹ Jovašević (2007), 98.

3.2. Sudska rehabilitacija

Druga vrsta rehabilitacije je sudska rehabilitacija, koja se daje odlukom suda na osnovu molbe osuđenog lica. Postoje dvije vrste sudske rehabilitacije.

Prva vrsta sudske rehabilitacije je određena u članu 99 KZ. Ona se može (ali ne mora) dati osuđenom licu kome je izrečena kazna zatvora preko tri do pet godina pod uslovom da to lice u roku od deset godina od dana izvršene, zastarjele ili oproštene kazne ne učini novo krivično djelo. No, i kada su ispunjeni ovi uslovi, sud daje rehabilitaciju samo ako utvrdi da je osuđeno lice svojim vladanjem to zaslužilo i ako je prema svojim mogućnostima nadoknadilo štetu prouzrokovanu krivičnim djelom, pri čemu je sud dužan da uzme u obzir i druge okolnosti koje su od značaja da davanje rehabilitacije, a posebno prirodu i značaj učinjenog djela. I sudska rehabilitacija se ne može dati ako još uvijek traju izrečene sporedne kazne ili mjere bezbjednosti.

Druga vrsta sudske rehabilitacije javlja se u dva slučaja: 1) licu koje je više puta osuđivano (povratniku) se daje rehabilitacija ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi u pogledu svakog pojedinačnog krivičnog djela koji se odnose na protek zakonom određenog vremena i neizvršenje novog krivičnog djela u ostavljenom roku (član 100 KZ) i 2) po proteku roka od tri godine od dana izvršene, zastarjele ili oproštene kazne sud je ovlašćen da odluči o prestanku pravne posljedice osude koja se odnosi na zabranu sticanja određenih prava ukoliko ta posljedica nije prestala usljed primjene rehabilitacije (član 101 KZ). Pri donošenju ove odluke sud uzima u obzir: a) ponašanje osuđenog lica poslije osude, b) da li je nadoknadio štetu prouzrokovanu krivičnim djelom, odnosno vratio imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom i c) druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost prestanka određene pravne posljedice osude.

4. Davanje podataka iz kaznene evidencije

U cilju zaštite osuđenih lica i sprečavanja eventualnih zloupotreba, KZ predviđa vođenje kaznene evidencije, njenu sadržinu, kao i mogućnost saznavanja podataka iz evidencija od strane određenih lica. Tako, prema članu 102 KZ, kaznena evidencija sadrži sljedeće podatke: 1) lične podatke o učiniocu krivičnog djela, 2) krivičnom djelu za koje je osuđen, 3) kazni, uslovnoj osudi, sudskoj opomeni, oslobođenju od kazne, 4) oproštenoj kazni i 5) pravnim posljedicama osude. U ovu evidenciju se unose i kasnije izmjene

podataka sadržanih u njoj, kao i podaci o izdržavanju kazne, te o poništenju evidencije o pogrešnoj osudi¹⁰.

Podaci iz kaznene evidencije se mogu dati samo: 1) sudu, 2) javnom tužilaštvu i 3) policiji, i to u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica koje je ranije bilo osuđeno, 4) nadležnim organima za izvršenje krivičnih sankcija, 5) nadležnim organima koji učestvuju u postupku davanja amnestije, pomilovanja, rehabilitacije, prestanku pravnih posljedica osude, uslovnog otpusta i 6) organima starateljstva kada je to potrebno radi vršenja poslova iz njihove nadležnosti.

Ovi se podaci mogu dati i drugim državnim organima koji su nadležni za otkrivanje i sprečavanje izvršenja krivičnih djela – kada je to posebnim zakonom propisano. Na obrazloženi zahtjev ovi se podaci mogu dati i državnim organima, preduzećima, drugim organizacijama ili preduzetniku ako još traju određene pravne posljedice osude ili mjere bezbjednosti, a za to postoji opravdan interes zasnovan na zakonu. Pri tome se podaci iz kaznene evidencije mogu davati i građanima (zainteresovanim licima) kao dokaz o njihovoj osuđivanosti, odnosno neosuđivanosti. I na kraju, KZ je izričito predvidio da se podaci o brisanju osudi ne mogu davati nikome.

Zakon o posebnim mjerama za sprečavanje vršenja krivičnih djela protiv polne slobode prema maloljetnim licima¹¹ iz aprila 2013. godine (čl. 13–15) je predvidio pravila o vođenju posebne evidencije i dostupnosti podataka iz ove evidencije ako se radi o licima koja su osuđena za sljedeća krivična djela protiv polne slobode prema maloljetnim licima: silovanje; obljava nad nemoćnim licem; obljava sa djetetom; obljava zloupotrebom položaja; nedozvoljene polne radnje; podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa; posredovanje u vršenju prostitucije; prikazivanje, pribavljanje i posjedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloljetnog lica za pornografiju; navođenje maloljetnog lica na prisustvovanje polnim radnjama i iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela protiv polne slobode prema maloljetnom licu – pod uslovom da su ova djela izvršena prema maloljetnim licima.

O osuđenim licima za navedena krivična dela vodi se posebna evidencija koja sadrži sljedeće podatke¹²: 1) ime i prezime osuđenog, 2) jedinstveni matični broj građana osuđenog, 3) adresu prebivališta osuđenog, 4) podatke o zaposlenju osuđenog, 5) podatke o značaju za fizičko prepoznavanje osuđenog

¹⁰ Petrović, Jovašević, Ferhatović (2016), 352–355.

¹¹ „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 32/2013.

¹² Miladinović, Stefanović (2014), 447–462.

i njegove fotografije, 6) DNK profil osuđenog, 7) podatke o krivičnom djelu i kazni na koju je osuđen, 8) podatke o pravnim posljedicama osude i 9) podatke o sprovođenju posebnih mjera.

Posebnu evidenciju vodi Uprava za izvršenje krivičnih sankcija (član 14). Svi državni i drugi organi, pravna lica i preduzetnici dužni su da ih u roku od tri dana od dana pribavljanja podataka o kojima se vodi posebna evidencija – dostave ovlašćenom licu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija koji vodi posebnu evidenciju. Ovi podaci se vode trajno i ne mogu se brisati.

Podaci iz posebne evidencije (član 15) se mogu dati: 1) sudu, 2) javnom tužiocu 3) policiji u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica o kome se vodi posebna evidencija, 4) nadležnoj organizacionoj jedinici policije i 5) organizacionoj jedinici Uprave za izvršenje krivičnih sankcija nadležnoj za tretman i alternativne sankcije – kada je to potrebno za vršenje poslova iz njihove nadležnosti.

Podaci iz posebne evidencije se mogu (na obrazloženi zahtev) dati i državnom organu, preduzeću, drugoj organizaciji ili preduzetniku: a) ako još traju pravne posljedice osude i b) ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu. Državni i drugi organi, pravna lica i preduzetnici koji rade sa maloljetnom djecom dužni su da zatraže podatak da li je lice koje treba da zasnuje radni odnos kod njih, odnosno da obavlja poslove sa maloljetnim licima – upisano u posebnu evidenciju. Podaci iz posebne evidencije se mogu dati i inostranim državnim organima u skladu sa međunarodnim sporazumom. Na podatke koji su sadržani u posebnoj evidenciji primjenjuju se odredbe zakona koji uređuje zaštitu podataka o ličnosti i tajnost podataka.

U slučaju da zakonom propisano lice ne dostavi neki od zakonom propisanih podataka uopšte ili u određenom roku ovlašćenom licu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija koje vodi posebnu evidenciju ili ne zatraži podatke iz posebne evidencije – za prekršaj kazniće se (član 17): 1) pravno lice novčanom kaznom od 500.000 do dva miliona dinara, 2) preduzetnik novčanom kaznom od 200.000 do 500.000 dinara i 3) odgovorno lice u pravnom licu, državnom ili drugom organu novčanom kaznom od 100.000 do 150.000 dinara.

5. Rehabilitacija u pravu Republike Srpske

Pravne i društvene posljedice osude pogađaju bivšeg osuđenika psihološki i socijalno-ekonomski. Njihovo psihološko dejstvo se sastoji u

tome što se kod osuđenih lica razvijaju osjećanja nepovjerenja, poniženja i prezrenosti, pa zajedno s tim i osjećanja manje vrijednosti. S druge strane, pravne posljedice osude mu onemogućavaju da vrši pojedine poslove i da aktivno učestvuje u društvenim procesima, što mu stvara socijalne i ekonomske teškoće. Te negativne posljedice usporavaju resocijalizaciju, a u izvjesnim slučajevima mogu da imaju i negativno dejstvo na ponašanje bivšeg osuđenika¹³.

Da bi se otklonilo takvo štetno dejstvo prethodne osude, javila se ideja o rehabilitaciji kao kriminalno-političkoj mjeri za pružanje podsticaja osuđenom licu da se ubuduće primjerno vlada i da bude lojalan i koristan građanin društvene zajednice. To je vid nagrade osuđenom licu za dobro vladanje. Kroz rehabilitaciju se ostvaruje ravnoteža interesa društva i interesa osuđenog lica¹⁴. Rehabilitacija je ponovno uspostavljanje statusa punopravnog građanina osuđenom licu, s tim da mu ranija presuda u kasnijem redovnom životu ne smeta. Njome se želi olakšati društvena reintegracija i normalan život osuđenom licu. To je nagrada za njegovo dobro vladanje nakon izdržane kazne, ali i jedno od sredstava za sprečavanje povrata (recidiva)¹⁵.

Rehabilitacija se sastoji u ukidanju pravnih posljedica osude i brisanju osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim (član 89 stav 1 Krivičnog zakonika Republike Srpske¹⁶ – KZ RS). Sa nastupanjem rehabilitacije prestaju da dejstvuju pravne posljedice osude i osuđeno lice stiče sva prava koja imaju i ostali građani, a prestaje i sporedna kazna koja još uvijek nije izvršena. Njegovo krivično djelo se zaboravlja, a njegovo ime se briše iz kaznene evidencije. U službenim ispravama se ne pominje da je bilo osuđivano. Tako se stvara fikcija o neosuđivanosti osuđenog lica sa težnjom da se ono izjednači sa ostalim članovima društva. U teoriji se ističe shvatanje prema kome je rehabilitacija pravo osuđenog lica da se nakon proteka određenog vremena poslije izdržane kazne i pod uslovima koji su predviđeni u zakonu – smatra licem koje nije učinilo krivično djelo¹⁷.

To znači da je u domaćem pravu prihvaćen „model pune rehabilitacije“. No, rehabilitacijom se ne dira u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi¹⁸.

Postoji više vrsta rehabilitacija. U KZRS (član 89 stav 3) se razlikuju dvije vrste rehabilitacije¹⁹:

¹³ Horvatić, op. cit., 256 i 257.

¹⁴ Jescheck (1982), 731,

¹⁵ Novoselec, op. cit., 446,

¹⁶ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 64/2017.

¹⁷ Grozdanić, Škorić (2009), 211.

¹⁸ Ovakvo rješenje može da dovede do spornih situacija u praksi kada usljed zastarjelosti, amnestije, pomilovanja ili sličnih razloga (sporazum o krivici) uopšte nije donijeta osuda.

¹⁹ Vranj, Bisić (2009), 20 i 21.

a) zakonska rehabilitacija nastupa po sili zakona, automatski sa protekom određenog vremena poslije izdržane kazne, pod uslovom da osuđeno lice za to vrijeme ne izvrši novo krivično djelo i

b) sudska rehabilitacija – nastupa sudskom odlukom koja se donosi na molbu osuđenog lica po proteku određenog vremena od izdržane kazne. Sudska rehabilitacija je fakultativna. Da li će sud donijeti odluku o rehabilitaciji osuđenog lica, zavisi od njegove ocjene vladanja učinioca krivičnog djela poslije izlaska iz zavodske ustanove i od njegovog odnosa prema radu i društvenim vrijednostima, čime se može utvrditi da se on u dovoljnoj mjeri popravio i prevaspitaо, tako da neće vršiti nova krivična djela.

Pravna teorija razlikuje: a) osnovnu rehabilitaciju – nastupa odmah nakon izdržane, zastarjele ili oproštene kazne jer od tog trenutka osuđeno lice uživa sva građanska prava priznata ustavom, zakonima i drugim propisima. Ova rehabilitacija nije potpuna, jer je moguće da su osuđenom licu ograničena neka prava primjenom mjere bezbjednosti ili pravne posljedice osude, a još uvijek nije nastupila ni fikcija neosuđivanosti i b) dopunsku rehabilitaciju – nastupa istekom mjera bezbjednosti i prestankom trajanja pravnih posljedica osude poslije protoka određenog vremena ako osuđeno lice za to vreme ne učini novo krivično djelo – kada se i briše njegova osuda iz kaznene evidencije. Ovo je tek puna, potpuna rehabilitacija koju krasi fikcija neosuđivanosti²⁰.

5.1. Zakonska rehabilitacija

Institut rehabilitacije²¹ je u krivičnom pravu Republike Srpske uređen odredbama čl. 100–104 KZ RS. Prema ovom zakonskom rješenju, poslije izdržane, oproštene ili zastarjele kazne zatvora ili maloljetničkog zatvora, osuđena lica i prije rehabilitacije uživaju sva prava utvrđena ustavom, zakonima ili drugim propisima, osim onih koja su im ograničena usljed izrečene mjere bezbjednosti ili usljed nastupanja pravne posljedice osude. Ovo vrijedi i za osuđene na uslovnom otpustu. U izvjesnim slučajevima osuda može povlačiti pravne posljedice, tako da osuđeno lice za određeno vrijeme ne može da vrši određena prava. Tada se rehabilitacija javlja kao sredstvo za vraćanje tih prava osuđenim licima prije nego što protekne rok njihovog dejstva. Tada se primjenjuje sudska rehabilitacija²².

Prema članu 90 stav 1 KZ RS, zakonska rehabilitacija se može primijeniti samo kod lica koja ranije nisu osuđivana ili se po zakonu

²⁰ Novoselec (2004), 447.

²¹ Selinšek (2007), 341 i 342.

²² Mrvić Petrović (2005), 174.

smatraju neosuđivanim²³. Zakonskom rehabilitacijom²⁴: 1) osuda kojom je izrečeno oslobođenje od kazne briše se iz kaznene evidencije poslije isteka jedne godine od pravnosnažnosti sudske odluke pod uslovom da osuđeni za to vrijeme ne učini novo krivično djelo, 2) uslovna osuda briše se iz kaznene evidencije poslije isteka jedne godine od kad je proteklo vrijeme provjeravanja pod uslovom da osuđeni za to vrijeme ne učini novo krivično djelo, 3) osuda na novčanu kaznu ili kaznu zatvora do jedne godine brišu se iz kaznene evidencije kad proteknu tri godine od dana izvršene, izdržane, oprostene ili zastarjele kazne – pod uslovom da osuđeni za to vrijeme ne učini novo krivično djelo, 4) osude na kaznu zatvora preko jedne do tri godine brišu se iz kaznene evidencije kad protekne pet godina od dana izvršene, izdržane, oprostene ili zastarjele kazne – pod uslovom da osuđeni za to vrijeme ne učini novo krivično djelo, 5) osude na kaznu zatvora od tri do pet godina brišu se iz kaznene evidencije kad protekne deset godina od dana izvršene, izdržane, oprostene ili zastarjele kazne – pod uslovom da osuđeni za to vrijeme ne učini novo krivično djelo, 6) osuda na kaznu zatvora preko pet do deset godina briše se iz kaznene evidencije kad protekne 15 godina od dana izdržane, oprostene ili zastarjele kazne – pod uslovom da osuđeni za to vrijeme ne izvrši novo krivično djelo. No, Zakonik je izričito odredio da zakonska rehabilitacija ne nastaje ako sporedna kazna nije izvršena, ako traje krivični postupak za novo krivično djelo, ako oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom nije u potpunosti izvršeno ili ako još traju izrečene mjere bezbjednosti. Osuda će se smatrati brisanom u momentu kada su ispunjeni uslovi za brisanje osude iz kaznene evidencije.

U slučaju ispunjenja svih potrebnih uslova, rješenje o brisanju osude donosi po službenoj dužnosti organ koji je nadležan za vođenje kaznene evidencije (u smislu člana 395 stav 1 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske²⁵).

5.2. Sudska rehabilitacija

Druga vrsta rehabilitacije je sudska rehabilitacija, koja se daje odlukom suda na osnovu molbe osuđenog lica. Postoje dvije vrste sudske rehabilitacije²⁶.

Prva vrsta sudske rehabilitacije je određena u članu 91 KZ RS. Ona se može (ali ne mora) dati osuđenom licu kome je izrečena kazna zatvora preko deset godina ako je proteklo 20 godina od dana izdržane, oprostene ili zastarjele

²³ Pavišić, Grozdanić, Veić (2007), 271 i 272.

²⁴ Jovašević (2007), 98.

²⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske” br. 53/12 i 91/17.

²⁶ Stajić (1987), 5–13.

kazne, a u tom vremenu osuđeni nije izvršio novo krivično djelo. Prilikom odlučivanja o brisanju osude, sud će voditi računa o vladanju osuđenog poslije izdržane kazne, o prirodi krivičnog djela i o drugim okolnostima koje mogu biti od značaja za ocjenu opravdanosti brisanja osude. Sudska rehabilitacija se ne može dati ako traje krivični postupak za novo krivično djelo ili oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom nije u potpunosti izvršeno²⁷.

Ako nadležni organ ne donese rješenje o brisanju osude, osuđeni može da traži da se utvrdi da je brisanje osude nastupilo po zakonu. Po proteku roka od 30 dana od dana prijema zahtjeva, ako nadležni organ ne postupi po podnijetom zahtevu, osuđeni može da traži da sud donese rješenje o brisanju osude (član 398 stav 2 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske). Na sličan način Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske u čl. 397 i 398 propisuje postupak za sudske brisanje osude na osnovu sudske odluke. Ovaj se postupak pokreće na molbu osuđenog, koja se podnosi sudu koji zakazuje saslušanje tužioca i osuđenog, a po potrebi može da pribavi i izvještaj od policijskog organa ili druge ustanove u kojoj je osuđeni izdržavao kaznu.

Druga vrsta sudske rehabilitacije (član 94 KZRS) odnosi se na mogućnosti suda u pogledu prestanka mjera bezbjednosti i pravnih posljedica osude na osnovu sudske odluke. Naime, sud može odlučiti da prestanu mjere bezbjednosti zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti ako je proteklo vrijeme od tri godine od dana njihove primjene. Takođe, sud može da odluči da po proteku roka od tri godine od dana izdržane, oproštene ili zastarjele kazne, prestane pravna posljedica osude koja se odnosi na zabranu sticanja određenog prava. Pri ovom odlučivanju i ocjeni sud uzima u obzir: a) ponašanje osuđenog lica poslije osude, b) njegovu spremnost da naknadi štetu prouzrokovanu krivičnim djelom i da vrati imovinsku korist stečenu izvršenjem krivičnog djela i c) druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost prestanka mjere bezbjednosti, odnosno pravne posljedice osude. U svakom slučaju, prestankom pravnih posljedica osude ne dira se u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi.

6. Davanje podataka iz kaznene evidencije

U cilju zaštite osuđenih lica i sprečavanja eventualnih zloupotreba, KZRS predviđa vođenje kaznene evidencije²⁸, njenu sadržinu, kao i

²⁷ Selinšek, op. cit., 342.

²⁸ *Ibid*, 342–344.

mogućnost saznavanja podataka iz evidencija od strane određenih lica²⁹. Tako kaznena evidencija³⁰ sadrži podatke³¹ navedene u Pravilniku o vođenju kaznene evidencije koji donosi ministar pravde. Sadržaj i obim podataka, njihovo čuvanje, kao i uslovi za davanje podatka iz ovog registra uređuje se posebnim propisom³².

Podaci iz kaznene evidencije³³ (član 93 KZ RS) se mogu dati samo: a) sudu, b) tužilaštvu i c) organima unutrašnjih poslova (policiji), i to u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica koje je ranije bilo osuđeno; g) nadležnim organima za izvršenje krivičnih sankcija i d) nadležnim organima koji učestvuju u postupku davanja amnestije, pomilovanja, ili brisanja osude. Ovi se podaci na obrazloženi zahtjev mogu dati i državnim organima, preduzećima i drugim pravnim licima ako još traju određene pravne posljedice osude ili mjere bezbjednosti, a za to postoji opravdan interes zasnovan na zakonu. Davanje podataka iz posebnog registra lica koja su pravnosnažno osuđena za krivična djela učinjena na štetu polnog integriteta djeteta uređuje se posebnim propisom.

Pri tome se podaci iz kaznene evidencije mogu davati i građanima (zainteresovanim licima) kao dokaz o njihovoj osuđivanosti, odnosno neosuđivanosti samo ako su im ovi podaci potrebni radi ostvarivanja njihovih prava ili interesa. Takođe je u KZRS propisano da niko nema pravo da traži od građana da podnose dokaz o svojoj osuđivanosti ili neosuđivanosti. I na kraju, KZRS je izričito predvidio da se podaci o brisanju osudi ne mogu davati nikome. Uz to, prema članu 416 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, izričito je predviđeno da se u uvjerenju koje se daje građanima na osnovu kaznene evidencije ne smiju spominjati brisana osuda i brisane pravne posljedice osude.

U Republici je nedavno usvojen Zakon o posebnom registru lica pravnosnažno osuđenih za krivična djela seksualne zloupotrebe i iskorištavanja djece³⁴. Ovim zakonom se osniva posebni Registar lica pravnosnažno osuđenih za krivična djela seksualne zloupotrebe i iskorištavanja djece³⁵, određuju lični podaci koji se upisuju i način njihovog čuvanja i davanja na korišćenje, stepen njihove povjerljivosti, kao i posebne mjere koje se sprovode prema li-

²⁹ Grozdanić, Škorić, op. cit., 214.

³⁰ Pavišić, Grozdanić, Veić, op. cit., 272.

³¹ Horvatić (2003), 258 i 259.

³² Kokolj, Jovašević (2011), 232.

³³ Jovašević, Ikanović (2012), 338.

³⁴ Objavljen u „Službenom glasniku Republike Srpske” broj 31/2018.

³⁵ U daljem tekstu: Registar.

cima pravosnažno osuđenim za krivična djela seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja djece. U Registar se upisuju lica pravosnažno osuđena za krivična djela propisana KZRS: 1) trgovina djecom (član 146), 2) obljuba sa djetetom mlađim od 15 godina (član 172), 3) polna zloupotreba djeteta starijeg od 15 godina (član 173), 4) navođenje djeteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 174), 5) iskorišćavanje djece za pornografiju (član 175), 6) iskorišćavanje djece za pornografske predstave (član 176), 7) upoznavanje djece s pornografijom (član 177), 8) iskorišćavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorišćavanja djeteta (član 178), 9) zadovoljenje polnih strasti pred djetetom (član 179) i 10) navođenje djeteta na prostituciju (član 180). U Registar se upisuju i lica koja su pravosnažno osuđena za krivična djela protiv polnog integriteta izvršena na štetu djece i maloljetnih lica, prema zakonima koji su prestali da važe.

Registar vodi nadležna organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova. Registar se vodi po propisima kojima se uređuje vođenje kaznene evidencije u Republici Srpskoj. Podaci iz Registra vode se trajno i ne brišu se.

Upis podataka u Registar vrši se na osnovu podataka iz pravosnažno izrečenih presuda za krivična djela iz ovog zakona. Podatke Ministarstvu unutrašnjih poslova dostavljaju sudovi, osim u slučaju kada je riječ o pravosnažnim presudama koje su već upisane u kaznenu evidenciju. Podatke o stupanju na izdržavanje kazne, kao i datumu otpuštanja sa izdržavanja kazne, te organu nadležnom za vođenje Registra dostavlja kazneno-popravna ustanova u kojoj osuđeni izdržava kaznu zatvora.

Podaci iz Registra mogu se dati sudu, tužilaštvu i organima unutrašnjih poslova u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica upisanog u Registar, odnosno tužilaštvu i organima unutrašnjih poslova u vezi sa otkrivanjem učinilaca krivičnih djela iz ovog zakona, nadležnim organima za izvršenje krivičnih sankcija i nadležnim organima koji učestvuju u postupku davanja uslovnog otpusta, amnestije ili pomilovanja. Podaci iz Registra mogu se dati i organima i organizacijama, ustanovama institucijama i udruženjima koja u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti ostvaruju neposredan kontakt sa djecom ako za to postoji opravdan interes, kao i drugim organima, organizacijama i ustanovama koje su nadležne za vođenje postupaka za ostvarivanje zaštite prava i interesa djece. Ovi organi obavezni su da prilikom prijema u radni odnos ili angažovanja određenog lica za obavljanje poslova koji dovode do neposrednog kontakta sa djecom, zatraže od nadležnog organa za vođenje Registra podatak da li je to lice upisano u Registar. Ukoliko lice za koje se tra-

že podaci nije upisano u kazненој евиденцији која се води у Републици Српској, орган надлежан за вођење Регистра обавезно ће затражити податке о осуђиваности за кривична дјела из овог закона од надлежног органа који ту евиденцију води. Подаци из Регистра могу се дати и иностраним државним органима, у складу са правилима међународне правне помоћи.

Достављање података из Регистра врши се издавањем увјерења о подацима из Регистра и смју се употријебити само у сврху за коју се дају. Уз то, лице које је правноснажно осуђено за кривично дјело из овог закона, дужно је да се у року од 15 дана од дана издржане казне јави надлежној организационој јединици Министарства унутрашњих послова по мјесту становања, те да се сваким шест мјесеци од дана издржане казне том органу лично јавља. Надлежна организациона јединица Министарства унутрашњих послова обавезна је фотографисати лице које има обавезу јављања – приликом сваког јављања.

Напослјетку, лице које је правноснажно осуђено за кривично дјело из овог закона, обавезно је да обавјести надлежну организациону јединицу Министарства унутрашњих послова по мјесту становања о сваком путовању ван мјеста становања, одредишту и дужини трајања путовања најкасније 24 часа прије путовања, те да у року од три дана пријави сваку промјену личних података, о чему се обавјештава организациона јединица Министарства унутрашњих послова надлежна за вођење Регистра. Осим тога, у циљу заштите безбједности дјеце од сексуалне злоупотребе, злостављања и искоришћавања, починиоцима кривичних дјела из овог закона утврђује се обавеза да се уздржавају од посјеђивања мјеста на којима се окупљају дјеца и објеката у којима се окупљају дјеца, као што су школске зграде, школска дворишта, вртићи, игралишта, играонице, дјеће манифестације и слично.

7. Закључак

Извршењем кривичног дјела проузрокује се послједика у спољном свијету на објекту напада који припада оштећеном лицу (пасивном субјекту или жртви). До кривичног дјела долази радњом чинjenja или пропуштања од стране физичког или правног лица, самостално или у саучесништву. Управо због заштите најзначајнијих друштвених добара и вриједности, сва кривична законодавства од најстаријих времена до данас предвиђају систем различитих врста казни и других кривичних санкција које суд изриче учиниоцима кривичних дјела. Када се у кривичном поступку од стране надлежног суда утврди да је одређено лице криво за учињено кривично дјело, изриче му врсту и мјеру казне и другу кривичну санкцију.

Primjenom krivičnih sankcija učiniocu krivičnih djela se za određeno vrijeme oduzimaju ili ograničavaju određene slobode i prava koje je inače uživao kao i svaki drugi građanin na osnovu ustava, zakona, drugih propisa i opštih akata. Radi se o prinudnim mjerama koje se izriču u ime i za račun društva, a prema učiniocu krivičnog djela. Njima se nanose osuđenom licu štetne negativne posljedice, u prvom redu, za prava i slobode. Međutim, te štetne posljedice ne traju samo za vrijeme izvršenja izrečene kazne i druge krivične sankcije. One najčešće traju i poslije izdržane, zastarjele ili oproštene kazne, odnosno zbog dejstva primjena mjera bezbjednosti, te pravnih posljedica osude. To otežava, pa ponekad i onemogućava osuđeno lice koje je „vratilo dug državi” da se uključi u normalne društvene tokove kao punopravni građanin i da uživa sva prava i slobode kao i ostali građani. Upravo da bi se otklonile štetne posljedice učinjenog krivičnog djela i izrečene kazne i druge krivične sankcije – sva savremena krivična zakonodavstva, pa tako i zakonodavstvo Republike Srbije, odnosno Republike Srpske danas poznaju institut rehabilitacije.

Literatura

Ashwort, A. (1995). *Principles of Criminal Law*, second edition. Clarendon Law Series, Oxford.

Babić et al. (2005). *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u BiH*. Sarajevo: Savjet Evrope.

Babić, M., Marković, I. (2007) *Krivično pravo*, Posebni dio. Banja Luka.

Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo*, Opći dio. Rijeka.

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo*, Opći dio. Zagreb.

Jescheck, H. H. (1982). *Lehrbuch des Strafrechts*, 3. Auflage. Berlin.

Jovašević, D. (2006). *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija sa uvodnim komentarom*. Beograd.

Jovašević, D. (2007). *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*. Beograd.

Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd.

- Jovašević, D. (2012). *Krivično pravo*, Opšti deo. Niš.
- Jovašević, D., (2013). *Praktikum za krivično pravo*. Opšti deo. Niš: Pravni fakultet.
- Jovašević, D., (2018). *Krivično pravo*, Opšti deo. Beograd: Dosije.
- Jovašević, D., Stevanović, Z. (2008). *Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija*. Beograd.
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske*, Opšti dio. Banja Luka.
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske*, Posebni dio. Banja Luka.
- Jovašević, D., Mitrović, LJ., Ikanović, V. (2017). *Krivično pravo Republike Srpske*, Posebni dio. Banja Luka.
- Jovašević, D., Mitrović, LJ., Ikanović, V. (2018). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*. Banja Luka.
- Kokolj, M., Jovašević, D. (2011). *Krivično pravo Republike Srpske*, Opšti i posebni deo, Bijeljina.
- Lazarević, Lj. (2005). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*. Beograd, Savremena administracija.
- Marjanović, Đ. (1998). *Makedonsko krivično pravo*, Opšt del. Skopje: Prosvetno del.
- Miladinović Stefanović, D. (2014). *Posebna evidencija učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnicima*. Zbornik radova, Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije, Niš.
- Mrvic Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*, Beograd.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo.
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana.

Turković, K. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.

Vranj, V., Bisić, M. (2009). *Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo.

Živanović, T. (1934). *Osnovi krivičnog prava*, Opšti deo, Knjiga druga. Beograd.

REHABILITATION IN CRIMINAL LEGISLATION: DEFINITION, EFFECTS AND CHARACTERISTICS

Marina M. Simović*

Dragan Jovašević**

Abstract: *All modern criminal legislations provide system of criminal sanctions that the competent criminal legislation authorities impose to perpetrators of criminal offences. However, the effect of imposed sanctions does not end with their execution in the legally prescribed manner. Namely, even though a convicted person is returned into the society and included into regular, ordinary social life after execution of legally imposed sentence, he does not become immediately a fully equal citizen with others as well. Most often, the harmful consequences of the sanctions imposed continue to affect the convicted person even after serving his sentence or other sanction. There are two basic reasons that have influence to this inequality: a) the effect of legal consequences of sentence and b) the attitude of the community that such a person receives with a certain degree of suspicion, distrust, fear and even hatred. The extent to which this inequality will be expressed, depends on the type and number of legal consequences of the sentence, as well as their scope and intensity of their effect, and of the attitude of the community towards the commission of certain crimes, or to their perpetrators.*

With the aim to neutralize negative, harmful effects on the convicted person after serving his sentence, institute of rehabilitation arises in modern criminal law. Its application re-establishes the status of non-convict for a convicted person and erases his conviction from the criminal records. In

*Ombudsman for Children of Republic of Srpska, Law Faculty University „Apeiron“ Banja Luka

** Law faculty, University of Niš

this way, the previously convicted person enjoys all rights and freedoms guaranteed under the Constitution, laws and other regulations and general acts, as any other citizen.

The institute of rehabilitation has its precursor in the pre-war legislation of the Kingdom of Yugoslavia. By using this institute, in case when legally prescribed requirements occur, after specific period of time elapses, a convicted person shall enjoy all rights and freedoms and his conviction shall be deleted from the criminal records. This creates the fiction of his non-conviction and this should facilitate and enable his easier, faster and less painful involvement in all social trends of living and working process.

Key words: *criminal offence, law, perpetrator, erasing of conviction, rehabilitation*

343.81:316.344.7-058.56(497.6)

doi 10.7251/PR5618123G

Прегледни научни чланак

PРАВNA PRIRODA I IZVRŠENJE ZAVODSKE MJERE UPUĆIVANJA U ODGOJNU USTANOVU U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr Vedad Gurda*

Sažetak: *U radu se razmatra pravna priroda, uvjeti izricanja i trajanje te postupak i institucionalni okvir izvršenja zavodske mjere upućivanja u odgojnu ustanovu u zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini. Također, dat je kratki prikaz sankcija sličnog tipa u uporednom pravu ali i benefita i nedostataka primjene ove vrste odgojnih mjera kao sankcija institucionalnog tipa. Dodatno, prezentirani su i analizirani zvanični podaci o obimu izricanja predmetne odgojne mjere u desetogodišnjem periodu (2007–2016) u Federaciji Bosne i Hercegovine te državama sa prostora bivše Jugoslavije.*

Ključne riječi: *odgojne mjere, zavodske mjere, upućivanje u odgojnu ustanovu.*

1. Uvod

Tradicionalni instrumentarij krivičnog pravnog reagiranja prema maloljetnim učiniteljima krivičnih djela, kako u uporednom, tako i u domaćem pravu čine krivične sankcije. Pri tome, imajući u vidu da maloljetnici predstavljaju specifičnu kategoriju učinitelja koji se nalaze u procesu intenzivnog biopsihičkog i socijalnog rasta i sazrijevanja, ti instrumenti se po svojoj svrsi i pravnoj prirodi značajno razlikuju od sankcija namijenjenih punoljetnim učiniteljima krivičnih djela. Potonja konstatacija posebno je imanentna zakonodavstvima koja baštine ili u kojima su značajno izražene idejne postavke za-

* Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Muhameda Hevajja-Uskufija 7, 75000 Tuzla, e-mail: vedad.gurda@untz.ba

štitničkog (welfare) modela postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom, a kakvim doktrinarnim koloritom je obojen referentni legislativni okvir država sa prostora bivše Jugoslavije, uključujući i Bosnu i Hercegovinu.

Platforma društvenog reagiranja na prestupnička ponašanja maloljetnika u domaćem pravu temelji se na principu *supremacije odgoja u odnosu na kažnjavanje*, te je konsekventno tome u odnosu na sistem sankcija općeg krivičnog prava namijenjenog punoljetnim učiniteljima u značajnoj mjeri, ali ipak ne u potpunosti, lišena retributivnih sadržaja. Naime, domaći sistem maloljetničkih krivičnih sankcija čine odgojne mjere, mjere sigurnosti i kazna maloljetničkog zatvora, kao jedina sankcija, koja, bar formalno, posjeduje određene penalne sadržaje. S druge strane, dominantni oblik socijalne kontrole prestupničkog ponašanja maloljetnika predstavljaju odgojne mjere, kao sankcije koje su prevalentno usmjerene ka (pre)odgoju, zaštiti i pravilnom razvoju maloljetnika, odnosno ka ostvarivanju efekata specijalne prevencije. Slične kriminalno-političke potencijale sa sobom nose i mjere sigurnosti, kao sankcije općeg krivičnog prava, koje se zbog svoje specijalnopreventivne naravi mogu suplatorno izricati i maloljetnim učiniteljima krivičnih djela.

Ipak, u spektru maloljetničkih krivičnih sankcija kreiranom od strane domaćih zakonodavaca dominiraju odgojne mjere, a iste se, kako pokazuju pojedina istraživanja,¹ najčešće i izriču u praksi od strane nadležnih sudova. Dominacija odgojnih mjera ogleda se u činjenici da su one najbrojnije sankcije u sistemu maloljetničkih krivičnih sankcija, te da su njima omeđeni jako široki horizonti za izuzetno kvalitetnu diverzifikaciju tretmana prema maloljetnicima u sukobu sa zakonom, kako u pogledu njegovog trajanja, tako i u pogledu ambijenta u kojemu se isti ima realizirati. Naime, zakoni koji predstavljaju primarne izvore maloljetničkog krivičnog prava predviđaju pojedine odgojne mjere koje se mogu izricati u trajanju od nekoliko desetina dana ili nekoliko mjeseci, ali i one čije izvršenje može trajati nekoliko godina. Osim toga, u paleti odgojnih mjera susreću se kako sankcije vaninstitucionalnog tipa, koje se imaju izvršavati u otvorenoj sredini (zajednici), tako i one poluinstitucionalnog, ali i institucionalnog tipa.

Ipak, valja naglasiti kako panorama odgojnih mjera koje se mogu izricati maloljetnim učiniteljima u Bosni i Hercegovini nije jedinstvena. To iz razloga što zbog složenog ustavnopravnog uređenja niti referentni legislativni

¹ Vidi više u: Simović, M., M., Simović, M., V., *Pojam, svrha i vrste maloljetničkih krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, Banja Luka, god. 5, br. 5, 2015, str. 159; Gurda, V., *Osnovna obilježja zakonske i sudske politike primjene kazne maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovini i uporednom krivičnom pravu i praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, br. 2/2015, str. 801.

okvir kojim je uređen pravni status maloljetnika u sukobu sa zakonom nije jedinstven, već je kao i u mnogim drugim oblastima prvo prihvaćen princip podijeljene zakonodavne nadležnosti. Shodno tom principu, u našoj zemlji egzistiraju četiri krivična zakonodavstva: a) na nivou Bosne i Hercegovine, odnosno tzv. državnom nivou, b) na nivou entiteta Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, te u c) Brčko distriktu Bosne i Hercegovine. Međutim, već unazad nekoliko godina, u svim navedenim zakonodavstvima ne egzistira jedinstveni model uređenja krivičnog statusa te kategorije učinitelja. Naime, na državnom nivou i dalje je prisutan „tradicionalni legislativni model“ u skladu s kojim je krivičnopravni status maloljetnika reguliran posebnim cjelinama u okviru *općeg* krivičnog zakonodavstva, odnosno *Krivičnog zakona*,² *Zakona o krivičnom postupku*³ i *Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera*⁴.

S druge strane, u Republici Srpskoj, početkom 2011, u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine krajem 2012. te u Federaciji Bosne i Hercegovine početkom 2015. godine počeli su se primjenjivati *zakoni o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku*⁵ (u daljem tekstu: *ZZPD-MKP FBiH*, *ZZPDMKP RS*, te *ZZPDMKP BDBiH*) kao posebni legislativni tekstovi, koji *autonomno* reguliraju krivičnopravni status maloljetnika (materijalnopravni, procesnopravni, izvršnopravni, organizaciju i ustrojstvo sudova za maloljetnike te izvršenje krivičnih djela na štetu maloljetnika).⁶

Svi spomenuti zakoni poznaju tri vrste odgojnih mjera: a) mjere pojačanog nadzora, b) zavodske mjere, te odgojne mjere koje se u krivičnom zakonodavstvu na razini Bosne i Hercegovine označavaju kao disciplinske mjere, dok su iste u novom autonomnom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu imenovane kao mjere upozorenja i usmjeravanja. Predmet istraživanja u ovom radu čini odgojna mjera pod nazivom *upućivanje u odgojnu ustanovu*. Riječ je o sankciji koja spada u grupu zavodskih odgojnih mjera, kao sankci-

² „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, 46/16 i 75/17.

³ „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

⁴ „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 22/16.

⁵ „Službeni glasnik RS“ br. 13/10 i 61/13, „Službeni glasnik BDBiH“ br. 44/11 i „Službene novine FBiH“ br. 07/2014.

⁶ Ipak, treba istaći da navedeni *lex specialis* zakoni ne predstavljaju jedini izvor maloljetničkog krivičnog prava u FBiH, RS i BDBiH, već se pored njih primjenjuju i pojedine odredbe *općeg krivičnog zakonodavstva* (Krivičnog zakona, Zakona o krivičnom postupku, te Zakona o izvršenju krivičnih sankcija). O tome više u: Gurđa, V., Kovačević, R., Mahmutović, Dž., *Upućivanje u disciplinski centar za maloljetnike – pravni aspekti i evaluacija tretmana*, Dobra knjiga, Sarajevo, 2016, str. 29.

ja institucionalnog tipa, čiji se sadržaji ogledaju u smještanju maloljetnika u odgovarajuće ustanove, u okviru kojih stručnjaci različitih profila primjenom dugotrajnog i relativno intenzivnog tretmana nastoje sanirati odgojne deficite koji su određenu mladu osobu gurnuli u ambis prestupništva. Poseban istraživački fokus bit će usmjeren na analizu zakonskih uvjeta za izricanje i trajanje iste, prikaz sličnih sankcija u uporednom pravu, obim njenog izricanja u praksi od strane nadležnih sudova u Bosni i Hercegovini te postupak i način izvršenja. Prilikom normativne analize polaznu legislativnu platformu činiti će odredbe novog maloljetničkog krivičnog zakonodavstva entiteta i Brčko distrikta, dok će se tek ponegdje ukazati i na odredbe relevantnog zakonodavstva na nivou Bosne i Hercegovine (tzv. državnom nivou), u onom dijelu u kojemu se ono razlikuje od zakonskih rješenja u novom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu. To iz razloga što se najveći broj maloljetničkih krivičnih predmeta procesuiraju pred entitetskim i distriktnim pravosuđem, dok je broj takvih predmeta koji se procesuiraju pred Sudom Bosne i Hercegovine, kao stvarno nadležnim pravosudnim forumom za primjenu „državnog“ krivičnog zakonodavstva znatno manji.

2. Benefiti, nedostaci i sankcije sličnog tipa u uporednom pravu

Ipak, prije nego se pristupi eksplikaciji temeljnih značajki vezanih za osnovni predmet istraživanja, dat će se neke preliminarne informacije o sankcijama sličnog tipa u uporednom pravu te benefitima i nedostacima zavodskih odgojnih mjera.

Domaći zakoni poznaju tri takve odgojne mjere: a) *upućivanje u odgojnu ustanovu*, b) *upućivanje u odgojno-popravni dom* i c) *upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje* (v. čl. 32 ZZPDMKP FBiH, čl. 32 ZZPDMKP RS, čl. 32 ZZPDMKP BDBiH). Odgojna mjera upućivanja u drugu ustanovu za osposobljavanje je specifična institucionalna maloljetnička sankcija kurativne naravi, koja se može izricati i primjenjivati isključivo prema maloljetnim učiniteljima ometenim u duševnom ili tjelesnom razvoju, onda kada je zbog stepena njihove odgojne zapuštenosti takve maloljetnike neophodno izdvojiti iz njihove primarne porodične sredine i podvrgnuti ih dugotrajnom i intenzivnom stručnom tretmanu u posebnoj ustanovi, u kojoj bi se pored odgojnih sprovodili i posebni zdravstveni programi, koji se ne mogu realizirati u „redovnim“ ustanovama namijenjenim maloljetnicima koji

nisu suočeni sa takvim problemima.⁷ S druge strane, prema maloljetnim učiteljima bez problema u psihofizičkom razvoju mogu se primjenjivati druge dvije mjere zavodskog tipa.

Ideja o „bipolarnom“ zavodskom tretmanu maloljetnih učitelja bez problema u duševnom i tjelesnom razvoju nije nepoznata u uporednom pravu, a zasniva se na činjenici koja ima potvrdu i u kriminološkoj stvarnosti mnogih zemalja, da jezgra maloljetnika koje je nužno institucionalno tretirati nije potpuno ujednačena, te da postoje maloljetnici koji su „lakše“ ili „teže“ odgojivi,⁸ odnosno oni za čiji preodgoj je dovoljan i institucionalni pedagoški rad uobičajenog intenziteta, ali i oni prema kojima je neophodno primijeniti dodatne (pojačane) mjere preodgoja. Na tragu ovih iskustava u zakonodavstvu bivše Jugoslavije, te zemalja koje su nastale njenom disolucijom, egzistiraju dvije odgojne mjere namijenjene spomenutim kategorijama maloljetnika u sukobu sa zakonom. Mjera upućivanja u odgojno-popravni dom namijenjena je kategoriji teže odgojno zapuštenih maloljetnika i ona se izvršava u ustanovi u koju se upućuju isključivo maloljetni učitelji krivičnih djela. *A contrario*, mjera upućivanja u odgojnu ustanovu zamišljena je kao mjera smještaja nešto „lakše odgojivih“ maloljetnih učitelja u *odgojne ustanove općeg (mješovitog) tipa*, zajedno sa nedelinkventnim maloljetnicima, a zasnovana je na očekivanjima da takve mlade osobe mogu pozitivno utjecati na svoje vršnjake koji su došli u sukob sa zakonom.⁹

Sankcije pod istim ili sličnim nazivom, uvjetima izricanja i trajanju egzistiraju i u legislativi država sa prostora bivše Jugoslavije,¹⁰ ali i u pojedinim uporednopravnim sistemima maloljetničko pravosuđa. Tako, primjera radi, bugarsko zakonodavstvo među mnoštvom *popravnih (korektivnih) mjera* poznaje i dvije takve mjere institucionalnog karaktera: a) *smještaj u internat*

⁷ O ovoj zavodskoj odgojnoj mjeri vidi više u: Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović-Nišević, M., *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010, str. 133–135.

⁸ Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*, Nakladni zavod Globus i Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb, 1998, str. 87–88.

⁹ Milutinović, M., Aleksić, Ž., *Maloletnička delinkvencija*, Naučna knjiga, Beograd, 1989, str. 267.

¹⁰ Uporedi: čl. 82 Kazenskog zakonika (Republike Slovenije) („Uradni list RS“, br. 50/12, 54/15, 6/16, 27/17); čl. 15 Zakona o sudovima za mladež (Republike Hrvatska) („Narodne novine“, br. 84/11, 143/12, 148/13 i 56/15); čl. 20 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (Republike Srbije) („Službeni glasnik RS“, br. 85/2005); čl. 35 Zakona za maloletničku pravdu (Republike Makedonije) („Službeni vesnik Republike Makedonije“, br. 87/2007, 103/2008, 161/2008, 145/2010) i čl. 25 Zakona o postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku (Crne Gore) („Službeni glasnik CG“, br. 64/2011). Svi navedeni zakoni poznaju i treću zavodsku mjeru medicinskog karaktera koja predstavlja ekvivalent mjeri upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje u domaćem zakonodavstvu.

socijalno-pedagoškog tipa i b) *smještaj u internat korektivnog tipa*, koje se izvršavaju u istoimenim ustanovama. Navedene vrste korektivnih ustanova su dosta slične, a jedna od glavnih razlika među njima jeste da se u *internat korektivnog tipa* upućuju isključivo maloljetni učinitelji krivičnih djela, dok se u *internat socijalno-pedagoškog tipa*, pored ove kategorije maloljetnika, upućuju i maloljetnici „pod razlikom da se mogu odati delinkventom ponašanjju“.¹¹ Također, u Irskoj su do 2007. godine, pored zadržavanja u ustanovi pod nazivom *St. Patrick's Institution*, u kojoj je kombiniran disciplinski režim zatvora sa odgojno-rehabilitativnim pravilima reformatorskih škola, postojale i dvije vrste institucija poznatih kao *industrijske škole* i *reformatorske škole*, u kojima su izvršavane istoimene sankcije. Kao što i sam naziv sugerira, ove škole su bile usmjerene ka ostvarenju ciljeva (pre)odgoja i rehabilitacije maloljetnika, pri čemu su u reformatorske škole smješteni isključivo maloljetni učinitelji, dok su u industrijske škole pored ove kategorije upućivani i mladi sa problemima u ponašanju, odnosno djeca koja su imala potrebu za brigom i zaštitom (zbog nedostatka odgovarajućeg staranja od strane za to obaveznih lica). Ipak, treba napomenuti da je novelom relevantnog zakonodavstva u Irskoj iz 2007. godine prezentirani sistem sankcija zavodskog karaktera pretrpio određene izmjene.¹²

Na kraju, kada je riječ o заводским мјерama u domaćem pozitivnom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu u skladu sa principima minimalne intervencije¹³ i postepenosti u izricanju maloljetničkih мјера i sankcija¹⁴ ove

¹¹ Kanev, K., Furtunova, D., Roussinova, P., Bekirska, Y., *Bulgaria* u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, Ph., Pruin, I. (eds), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Forum Verlag Godesberg, Monchengladbach, 2010, str. 146, 173–174.

¹² Walsh, D., *Ireland* u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, Ph., Pruin, I. (eds), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Forum Verlag Godesberg, Monchengladbach, 2010, str. 735–736.

¹³ O sadržajima datog principa, ali i istoimenog modela postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom vidi više u: Radulović, Lj., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 67–69; Cavadino, M., Dignan, J., *Penal Systems: A Comparative Approach*, Sage Publication, London, 2006, str. 205.

¹⁴ Princip (načelo) postepenosti u izricanju maloljetničkih мјера i sankcija podrazumijeva takav doktrinarni zahtjev shodno kojem prilikom reagiranja na maloljetničko prestupništvo treba preferirati izricanje onih мјера i sankcija koje su manje represivne i blaže po maloljetnika, odnosno primjenu onih instrumenata krivičnogpravnog reagiranja kojima će se što manje ograničiti slobode i prava te nametnuti određene obaveze (maloljetnom) učinitelju krivičnog djela, ali pod uvjetom da se takvim instrumentarijem ipak može postići zakonska svrha društvenog reagiranja (sankcioniranja). Pojedini autori ovo načelo označavaju i kao *načelo supsidijariteta*. Uporedi: Cvjetko, B., *Formalne i neformalne sankcije u maloljetničkom kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 6, br. 2/1999, str. 343; Carić, A., *Mlađe osobe u kaznenom pravu (počinitelji i žrtve)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2002., str. 63; Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*, Nakladni zavod Globus i Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb, 1998, str. 49.

odgojne mjere kao sankcije institucionalnog tipa imaju se izricati tek kao *ultima ratio* i u što kraćem trajanju, a u slučaju kada se alternativnim mjerama te ostalim (blažim) odgojnim mjerama ne mogu postići primjereni rezultati na planu resocijalizacije i odgoja maloljetnih učitelja (v. čl. 29 i 32 ZZPDM-KP FBiH, čl. 29 i 32 ZZPDMKP RS, čl. 29 i 32 ZZPDMKP BDBiH). Zahtjev da se sankcije institucionalnog tipa imaju izricati tek kao krajnje sredstvo i u što kraćem trajanju proklamiraju i mnogi međunarodni i supranacionalni dokumenti iz oblasti postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom.¹⁵ Primjenom logičkog tumačenja (*argumentum a contrario*) da se zaključiti kako prednost u sankcioniranju maloljetnika treba da imaju sankcije vaninstitucionalnog tipa, odnosno sankcije koje se izvršavaju u zajednici. U domaćem zakonodavstvu riječ je o mjerama upozorenja i usmjeravanja te mjerama pojačanog nadzora, prilikom čijeg izvršenja maloljetnik (uglavnom) i dalje nastavlja da živi u vlastitoj porodici.

Ovakav zahtjev čini se više nego razložnim, imajući u vidu provjereno pedagoško iskustvo da porodična sredina predstavlja najpovoljniji ambijent za odgoj, preodgoj i pravilan razvoj maloljetnika. Osim toga, prilikom izvršenja vaninstitucionalnih sankcija maloljetnik bez teškoća može da nastavi školovanje, odlazi na posao ukoliko je zaposlen itd. Naravno, nije zanemarljiva ni činjenica da su troškovi izvršenja vaninstitucionalnih sankcija znatno manji u odnosu na smještanje maloljetnika u instituciju.¹⁶ S druge strane, proces resocijalizacije i preodgoja u različitim institucijama (zavodima, domovima, tzv. reformatorskim školama itd.), bez obzira na to koliko je dobro organiziran, suočava se sa određenim slabostima. Prije svega, izdvajanje maloljetnika iz porodične sredine i smještanje u novu zatvorenu sredinu može kod mlade osobe izazvati psihičke traume, manjeg ili većeg intenziteta, što dodatno usložnjava njeno i onako specifično stanje, a samim time može značajno ugroziti i efikasnost provođenja ovakvog oblika tretmana.¹⁷ Nadalje, nerijetko se prestupničko ponašanje maloljetnika javlja kao posljedica nemogućnosti socijalno prihvatljivog rješavanja konflikta sa subjektima iz svog prirodnog okruženja (članovima porodice, vršnjacima, susjedima itd.). Pedagoškim radom u okviru izvršenja različitih sankcija nadležni subjekti pokušavaju educirati maloljetnika kako uspostaviti prihvatljivu komunikaciju sa okruženjem.

¹⁵ Vidi: čl. 40 st. 4 Konvencije o pravima djeteta, Pravilo 2 Havanskih pravila, Pravilo 19 Pekinških pravila, Pravilo 9 Evropskih pravila o sankcijama i mjerama koja se odnose na maloljetne učitelje krivičnih djela.

¹⁶ Perić, O., *Komentar krivičnopravnih propisa o maloljetnicima, propisi SR Jugoslavije, Republike Srbije i Republike Crne Gore (materijalno, procesno, izvršno pravo) – sa sudskom praksom i registrom pojmova*, drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 1995, str. 100.

¹⁷ Miković, M., *Maloljetnička delinkvencija i socijalni rad*, Magistrat, Sarajevo, 2004, str. 158.

Zasigurno da se intenzivnim stručnim radom u instituciji mogu postići odgovarajući rezultati, međutim, u određenom smislu to predstavlja oblik rada u vještačkoj („eksperimentalnoj“) sredini, tako da postoji konstantni rizik kako će se maloljetnik snaći kada se nakon otpuštanja iz institucije vrati u svoju „prirodnu“ sredinu. U slučaju primjene vaninstitucionalnih sankcija ovakav rizik je znatno manji, jer maloljetnik ostaje u svom prirodnom okruženju i tokom izvršenja predmetnih sankcija pruža mu se adekvatna pomoć, kako da „na licu mjesta“ revitalizira i normalizuje odnose sa sredinom u kojoj živi.

I pored navedenih nedostataka заводске мјере као санкције институционалног типа посједују и одређене криминално-педагошке потенцијале и benefite te se u pojedinim situacijama njihova primjena čini neophodnom. To, prije svega, u slučaju kada se utvrde snažni kriminogeni utjecaji okruženja na maloljetnika, usljed čega takvog maloljetnika treba izdvojiti iz loše sredine i smjestiti u odgovarajuću instituciju, a kako bi se spriječila daljnja kriminalna infekcija istog. Nadalje, kod maloljetnih učitelja koji su izuzetno odgojno zapušteni programi rada i tremana koji se primjenjuju prilikom izvršenja drugih odgojnih mjera (mjera upozorenja i usmjeravanja te mjera pojačanog nadzora) čine se naprosto neadekvatnim. To iz razloga što su kratkotrajni (kao kod mjere upućivanja u odgojni/disciplinski centar) pa se u kratkom vremenskom roku ne mogu sanirati tako snažni odgojni deficiti. Ili, pak, stoga što, iako je riječ o dugotrajnim programima tretmana, isti nisu dovoljno učinkoviti jer pomoć maloljetniku u okviru izvršenja sankcije pružaju laici, a ne stručno osoblje (kao kod mjera pojačanog nadzora od strane roditelja, staratelja ili usvojitelja, odnosno pojačanog nadzora u drugoj porodici). Na kraju, primjena pojedinih vaninstitucionalnih sankcija se u pojedinim slučajevima čini ne-svrshodnom čak i onda kada bi podršku i pomoć maloljetniku mogli pružiti stručnjaci odgovarajućeg profila (npr. u okviru mjere pojačanog nadzora od strane nadležnog organa socijalnog staranja), jer zbog njegove snažne odgojne zapuštenosti programi pedagoškog rada i tretmana ne mogu polučiti zadovoljavajuće rezultate stoga što se primjenjuju sporadično, odnosno što nisu dovoljno intenzivni.

3. Uvjeti izricanja i trajanje odgojne mjere upućivanja u odgojnu ustanovu

Sankcija koja predstavlja centralni predmet istraživanja u ovom radu jeste odgojna mjera upućivanja u odgojnu ustanovu. Sud će datu odgojnu

mjeru izreći *kada je potrebno maloljetnika izdvojiti iz sredine u kojoj živi i obezbijediti mu pomoć i stalni nadzor stručnih odgajatelja u ustanovi za odgoj maloljetnika* (čl. 41 ZZPDMKP FBiH, čl. 41 ZZPDMKP RS, čl. 41 ZZPDMKP BDBiH).¹⁸ S obzirom na formulaciju koju zakonodavac koristi u konkretnom slučaju, nedvojbeno je da se radi o mjeri koja se realizira u *odgojnim ustanovama za maloljetnike općeg tipa*.¹⁹ Međutim, da bi se određenoj maloljetniku mogla izreći predmetna odgojna mjera, nužno je utvrditi i postojanje općih kriterija za izbor i primjenu bilo koje od zavodskih odgojnih mjera, onako kako su oni definirani u čl. 32 ZZPDMKP FBiH, 32 ZZPDMKP RS i 32 ZZPDMKP BDBiH, a prema kojim se takve sankcije izriču maloljetnom učinitelju kojem treba izreći trajnije i intenzivnije mjere odgoja ili liječenja uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine. Prezentirani kriteriji se temelje na dvije vrste okolnosti vezanih za: a) nivo odgojne zapuštenosti maloljetnika i b) stanje socijalne sredine u kojoj on živi,²⁰ te služe kao svojevrsna *differentia specifica* na temelju koje će sud cijeniti da li u konkretnom slučaju prema maloljetniku treba primijeniti mjere pojačanog nadzora ili zavodske odgojne mjere.

Prva pretpostavka za izbor zavodskih odgojnih mjera, uključujući i mjeru upućivanja u odgojnu ustanovu, jeste postojanje visokog nivoa odgojne zapuštenosti kod maloljetnog učinitelja. Istina, ona se eksplicitno ne navo-

¹⁸ Kriteriji za izbor predmetne zavodske mjere u KZ BiH su neznatno drugačije definirani. S tim u vezi, sud izriče mjeru upućivanja u odgojnu ustanovu *kada je potrebno maloljetnika potpuno odvojiti iz dotadašnje sredine* (čl. 82 KZ BiH) i *nad kojim treba osigurati vršenje stalnog nadzora od strane stručnih odgajatelja u ustanovi za odgoj maloljetnika* (čl. 90 KZ BiH). Kao što je vidljivo iz citiranih odredaba, ZZPDMKP u okviru drugog uvjeta za izricanje date odgojne mjere kao jedan od indikatora za njeno izricanje, pored potrebe za vršenjem *stalnog stručnog nadzora*, navodi i potrebu *pružanja pomoći* maloljetniku. Mišljenja smo kako je rješenje koje se koristi u ZZPDMKP uspješnije, jer potpunije odslikava sadržinu stručnog rada koji bi trebalo da se primjenjuje tokom boravka maloljetnika u odgojnoj ustanovi. Taj rad ne bi trebalo, niti smio da se iscrpljuje isključivo u stručnom nadziranju, premda je i to jako bitna sastavnica postupka institucionalnog tretiranja maloljetnika. Naime, nedvojbeno je da stručne osobe tokom boravka maloljetnika u ustanovi treba da nadziru njegove aktivnosti i ponašanje, te ga stručno usmjeravati u odgovarajućem pravcu. Međutim, čisto terminološki i semantički posmatrano, vršenje stručnog nadzora podrazumijeva takvu perspektivu djelovanja i postupanja u kojoj je maloljetnik tek puki objekt nadzora (ili čak i svojevrsne kontrole), što bi, ukoliko bi se institucionalni rad sa njime svodio samo na to, moglo izazvati vidne poteškoće prilikom njegove reintegracije u zajednicu, te samostalnog djelovanja i ponašanja nakon izlaska iz ustanove. Stoga ZZPDMKP otvara jednu dodatnu perspektivu stručnog rada sa maloljetnikom u datoj ustanovi, u okviru koje maloljetnik nije samo „puki objekt nadzora“, već mu se pored nadzora pružaju i *različiti oblici stručne pomoći* zavisno od njegovih ličnih i porodičnih prilika, odgojnih deficita i drugih okolnosti koje su relevantne za definiranje i realizaciju individualnog programa rada sa njim.

¹⁹ Naime, u konkretnoj odredbi se govori o upućivanju u „ustanovu za odgoj maloljetnika“, što upućuje na zaključak da je ova vrsta ustanova namijenjena za pedagoški rad sa heterogenom strukturom maloljetnih lica, kako sa učiteljima krivičnih djela, tako i sa onima koji ispoljavaju određene forme rizičnog ponašanja, ali koji još nisu ušli u sferu prestupništva (kriminaliteta).

²⁰ Mladenović, R., *Penologija*, Svjetlost, Sarajevo, 1982, str. 232.

di u citiranim odredbama, međutim, takav zaključak se izvodi iz činjenice da je zakonodavac primjenu datih sankcija namijenio maloljetnicima prema kojima je neophodno preduzeti trajnije i intenzivnije mjere odgoja ili liječenja. Logika stvari sugerira da je trajanje i intenzitet odgojnog procesa direktno srazmjeran stepenu odgojne zapuštenosti, te da potreba za primjenom (dugo) trajnijeg i intenzivnijeg tretmana postoji, prije svega, kod osoba sa izraženim odgojnim deficitima. Međutim, potreba za primjenom ovakvih (trajnijih) formi pedagoškog rada sa maloljetnicima jeste indikator i za izricanje mjera pojačanog nadzora²¹, tako da se postavlja pitanje u kojim slučajevima izricati jednu ili drugu vrstu odgojnih mjera. Mjera upućivanja u odgojnu ustanovu se ima izricati onim maloljetnicima kod kojih je nivo odgojne zapuštenosti tako izražen da “*laički*” nadzor primarne ili “*druge*” porodice, odnosno *stručni nadzor* organa socijalne zaštite nisu dostatni, bilo zato što vršitelji nadzora ne posjeduju određena “posebna” pedagoška znanja i vještine (kod mjera pojačanog nadzora roditelja, staratelja ili usvojitelja, odnosno pojačanog nadzora u drugoj porodici) ili zato što takav nadzor nije dovoljno kontinuiran i intenzivan (kod pojačanog nadzora organa socijalnog staranja),²² te je takvog maloljetnika neophodno uputiti u odgovarajuću ustanovu u kojoj će stručnjaci specijalizirani za rad sa mladima koji imaju problema u vlastitom ponašanju, vršiti *stalni stručni nadzor i pomoć* nad njima, te dovoljno intenzivno sprovesti različite oblike pedagoškog rada koji su neophodni da bi se postigla svrha odgojnih mjera.

Istina, navedena pretpostavka predstavlja indikator za izricanje svih заводskih mjera nemedicinskog karaktera, dakle ne samo upućivanja u odgojnu ustanovu, već i upućivanja u odgojno-popravni dom, tako da se postavlja pitanje kada bi sud pod navedenim okolnostima trebao izreći jednu ili drugu mjeru, odnosno koji kriterij je fundamentalna *differentia specifica* prilikom izbora neke od spomenutih заводskih mjera? Taj kriterij predstavlja upravo nivo odgojne zapuštenosti maloljetnika te ukoliko je isti “*relativno*” visok, takvog maloljetnika je moguće tretirati u odgojnim ustanovama općeg, odnosno mješovitog tipa, zajedno sa drugim (nedelinkventnim) maloljetnicima. Međutim, ukoliko je on “*natprosječno*” visokog nivoa i intenziteta da postoji opravdana bojazan kako bi smještanjem maloljetnog učitelja u spomenute

²¹ Čl. 32 ZZZPDMKP FBiH, 32. ZZZPDMKP RS i 32. ZZZPDMKP BDBiH.

²² ZZZPDMKP entiteta i Distrikta, KZ BiH, kao niti relevantni zakoni o izvršenju krivičnih sankcija, ne propisuju intenzitet i rokove unutar kojih bi organ socijalne zaštite u procesu izvršenja istoimene mjere pojačanog nadzora trebalo da ostvaruje neposredne kontakte sa maloljetnikom. Tek pojedini kantonalni propisi iz oblasti izvršenja sankcija, poput Zakona o izvršenju sankcija Tuzlanskog kantona („Službene novine TK“ br. 11/09, 4/10, 13/12, 8/15), propisuju da se ovi kontakti imaju ostvarivati najmanje jednom u deset dana (čl. 50 ZIS TK), no u praksi su intervali tih kontakata nerijetko i znatno manji.

ustanove on vršio negativni utjecaj na ostale maloljetnike ili ih čak kriminalno “inficirao”, takvog maloljetnika je neophodno smjestiti u instituciju drugačijeg tipa, odnosno u odgojno-popravni dom, kao posebnu i specijalizovanu ustanovu za smještanje isključivo maloljetnih učinitelja krivičnih djela. Međutim, treba istaći da nivo odgojne zapuštenosti ne determinira samo prirodu ustanove u koju bi maloljetnika trebalo uputiti,²³ već i oblike pedagoškog rada i postupanja sa njim. S tim u vezi, dok se, u skladu sa terminologijom zakonodavca, rad sa maloljetnim učiniteljem koji je upućen u odgojnu ustanovu ogleda u *stalnom nadzoru i pomoći stručnih odgajatelja*, kao formi kontinuiranog i stručnog odgojnog rada, izuzetno veliki nivo odgojne zapuštenosti maloljetnika koji se upućuju u odgojno-popravni dom, pored toga, zahtijeva i primjenu još intenzivnijih formi postupanja, odnosno *primjenu pojačanih mjera nadzora i stručnih programa preodgoja* (v. čl. 42 ZZPDMKP FBiH, 42 ZZPDMKP RS i 42 ZZPDMKP BDBiH).

S obzirom na to da je pitanje odgojne zapuštenosti kategorija (socijalne) pedagogije, u literaturi iz ove naučne oblasti se pojašnjava kako je prva zavodska odgojna mjera pogodna za maloljetnike kod kojih je do promjene i poremećaja došlo na manifestnom nivou – *nivou ponašanja*, dok je smještanje u odgojno-popravni dom rezervirano za maloljetne osobe, čiji je stepen odgojne zapuštenosti takve naravi i intenziteta da zahvata i *nivo same ličnosti*. U pitanju su mlade osobe kod kojih su ne samo prisutni relativno strukturirani, ustaljeni obrasci devijantnog ponašanja, već čija matrica mišljenja i sistem vrijednosti potpuno odudaraju od onih koji se njeguju u datom društvu, te kao takvi proiciraju i odgovarajući (delinkventni) stil življenja²⁴ tako da maloljetnik različite forme antisocijalnog ponašanja ne vidi devijantnim, već hvale vrijednim i popularnim, usljed čega takvog maloljetnika nije dovoljno samo *odgajati* u odgojnoj ustanovi, već je nužno preduzeti znatno intenzivnije forme pedagoške intervencije u okviru odgojno-popravnog doma kako bi ga se pokušalo *preodgojiti*.²⁵

²³ Zanimljivo je da pojedini autori izricanje jedne ili druge zavodske odgojne mjere i smještanje maloljetnika u odgovarajuće odgojne ustanove vezuju za uzrast maloljetnika. S tim u vezi, Husić Dž. i Nikolić R. ističu da se, po pravilu, odgojna mjera upućivanja u odgojnu ustanovu izriče mlađim maloljetnicima, a mjera upućivanja u odgojno-popravni dom starijim maloljetnicima. Vidi: Husić, Dž, Nikolić, R., *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine (sa komentarom i provedbenim propisima)*, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, 2000, str. 119, 124.

Međutim: evidentno je kako ovakav kriterij izbora i izricanja predmetnih odgojnih mjera nema uporište u zakonu i kao takav je potpuno neprihvatljiv.

²⁴ Stakić, Đ., *Metodika rada sa maloletnim delinkventima*, Dečje novine, Gornji Milanovac, 1991, str. 67.

²⁵ Pojedini autori kao kriterij razlikovanja kada izreći jednu ili drugu zavodsku mjeru navode težinu krivičnog djela, te ističu da se, u pravilu, upućivanje u odgojnu ustanovu izriče maloljetnicima koji

Druga pretpostavka vezana je za postojanje nepovoljnih prilika ili određenih deficita u životnoj sredini maloljetnika, zbog čega je maloljetnika neophodno izdvojiti iz takve sredine i podvrgnuti ga odgovarajućem institucionalnom tretmanu. U praksi se najčešće radi o prisustvu različitih oblika socijalne patologije u bližem okruženju maloljetnika koji su doprinijeli njegovom prestupničkom ponašanju, kao što su kriminalitet, teški oblici psihičkog ili fizičkog nasilja, alkoholizam, narkomanija, prostitucija i tome slično, ili se, pak, radi o maloljetnoj osobi čiji su roditelji ili staratelj teško ili trajno oboljeli, odnosno o maloljetniku bez roditeljskog staranja, usljed čega postoji opasnost da bi daljni ostanak u tako nepovoljnom socijalnom ambijentu mogao da negativno djeluje na mladu osobu koja je već ranije činila krivična djela.²⁶ Izricanje predmetne заводске одгојне мјере dolazi u obzir i u situaciji kada prilike u okruženju u kojem on obitava nisu potpuno negativne, međutim njegova porodica ne posjeduje zadovoljavajuće pedagoške potencijale da bi mogla adekvatno utjecati na odgoj i pravilan razvoj maloljetnika sa takvim stepenom одгојне запуштености, čak niti uz pomoć stručne osobe organa socijalne zaštite u okviru izvršenja istoimene мјере pojačanog nadzora.²⁷

Dužina trajanja ove одгојне мјере ne može biti kraća od šest mjeseci, niti duža od dvije godine (čl. 41 ZZPDMKP FBiH, čl. 41 ZZPDMKP RS, čl. 41 ZZPDMKP BDBiH),²⁸ s tim da se efektivno vrijeme trajanja мјере ne

su učinili „lakše krivično djelo“, a upućivanje u одгојно-поправни дом onima koji su učinili „teže krivično djelo“. Tako: Simović, N. M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M., *Maloljetničko krivično pravo*, drugo izmijenjeno izdanje, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2015, str. 276.

Ovakvo stajalište vjerovatno predstavlja produkt ekstenzivnog tumačenja одредба о uvjetima za izricanje мјере upućivanja u одгојно-поправни дом, a u okviru kojih se navodi da će sud prilikom odlučivanja o izricanju ove sankcije voditi računa i o „prirodi i težini učinjenog krivičnog djela“. S druge strane, među neposrednim zakonskim uvjetima za izricanje мјере upućivanja u одгојну установу uopće se ne govori o težini učinjenog krivičnog djela, tako da se spomenuto stajalište čini prilično suspektim.

²⁶ Radulović, Lj., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 130.

²⁷ Hirjan, F., Singer, M., *Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002, str. 82.

²⁸ Posljednjom novelom maloljetničkog krivičnog zakonodavstva entiteta i Brčko distrikta BiH maksimum trajanja ove одгојне мјере je smanjen sa tri na dvije godine. Za pretpostaviti je da je *ratio legis* ovakvog rješenja zakonodavac prije svega vidio u potrebi daljnijeg jačanja principa minimalne intervencije i usklađivanja predmetnog zakonodavstva sa međunarodnim standardima, negoli u nekim iskustvenim razlozima. Također, istom одредбом je uvedena i obaveza suda da svakih šest mjeseci razmatra da li postoje osnovi da se izvršenje мјере upućivanja u одгојну установу obustavi ili zamijeni nekom drugom одгојnom мјером. Takvo rješenje ima puno opravdanje i na tragu je nastojanja da se pokuša izbjeći fenomen “maloljetnika koji su zaboravljeni u institucijama”, odnosno da se razviju dodatni mehanizmi kako bi se vrijeme institucionalnog tretmana zaista svelo na najkraću moguću i neophodnu мјеру.

određuje prilikom njenog izricanja, već naknadno, kada sud u zavisnosti od rezultata ostvarenih u procesu njenog izvršenja ima mogućnost da izrečenu mjeru obustavi ili je zamijeni drugom odgojnom mjerom, pri čemu je dužan da primjenu ovih zakonskih mogućnosti razmatra svakih šest mjeseci. Sud datu odgojnu mjeru u skladu sa *principom promjenjivosti maloljetničkih mjera i sankcija ili principom revizibiliteta*, kako se još naziva u teoriji,²⁹ može *obustaviti* kada na osnovu postignutog uspjeha u procesu njenog izvršenja, procijeni da je ispunjena svrha upućivanja u odgojnu ustanovu. S druge strane, upućivanje u odgojnu ustanovu se može *zamijeniti* drugom odgojnom mjerom ukoliko će se takvom mjerom bolje ostvariti svrha odgojnih mjera, pri čemu se do isteka spomenutog roka ova mjera može zamijeniti samo završnom mjerom *upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje ili osposobljavanje* ili *mjerom upućivanja u vaspitni centar*, koja spada u mjere upozorenja i usmjeravanja, a po isteku tog roka bilo kojom odgojnom mjerom.³⁰ Do primjene instituta zamjene može doći u dvije situacije. Prvo, moguća je situacija da se proces preodgoja u osnovi dobro odvija, ali je zarad potpunog ostvarenja svrhe sankcioniranja maloljetnika izrečenu sankciju poželjno zamijeniti nekom drugom. No, moguće je i da proces tretmana nije polučio bilo kakve ili je polučio više nego skromne rezultate, tako da je navedenu odgojnu mjeru nužno zamijeniti drugom.³¹

4. Politika izricanja upućivanja u odgojnu ustanovu u Bosni i Hercegovini i državama iz okruženja

Mjera upućivanja u odgojnu ustanovu na području Federacije Bosne i Hercegovine se, kako u apsolutnim, tako i u procentualnim iznosima, u protekloj deceniji izricala u relativno skromnom obimu.

²⁹ Uporedi: Jovašević, D., *Maloletničko krivično pravo*, Beosint, Beograd, 2008, str. 170; Hirjan, F., Singer, M., *Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002, str. 73.

³⁰ Osim navedenih razloga koji se temelje na postignutom uspjehu u izvršenju predmetne odgojne mjere, do njene obustave ili zamjene može doći i iz nekih drugih razloga propisanih odredbama čl. 45 st. 1 ZZPDMKP FBiH, čl. 45 st. 1 ZZPDMKP RS, čl. 45 st. 1 ZZPDMKP BDBiH.

³¹ Perić, O., *Priručnik za primenu krivičnopravnih propisa o maloletnicima (odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog prava) sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Nomos, Beograd, 2003, str. 78.

Tabela 1. Izricanje odgojne mjere upućivanja u odgojnu ustanovu u FBiH (2007–2016)

Godina	Ukupno izrečene krivične sankcije maloljetnicima	Upućivanje u odgojnu ustanovu (UOU) (apsolutni iznos)			UOU: ukupno izrečene krivične sankcije maloljetnim procentualno (%)
		mlađi malolj.	stariji malolj.	Ukupno	
2007.	237	1	11	12	5,1
2008.	228	6	4	10	4,4
2009.	176	9	2	11	6,2
2010.	188	0	2	2	1,1
2011.	217	6	3	9	4,1
2012.	286	1	0	1	0,3
2013.	258	0	3	3	1,1
2014.	216	0	5	5	2,3
2015.	116	0	5	5	4,3
2016.	84	1	4	5	5,9
Ukupno	2006	24	39	63	3,1%

(Izvor podataka: *Statistički godišnjak FZS*, 2010, str. 420, 2016, str. 418 i 2017, str. 430)

Zbog osobene metodologije praćenja rada organa maloljetničkog krivičnog pravosuđa koju koristi *Republički zavod za statistiku Republike Srpske*, a shodno kojoj se ne vodi evidencija o pojedinačno izrečenim odgojnim mjerama, nego samo o vrstama odgojnih mjera, nije moguće cijeliti obim izricanja mjere upućivanja u odgojnu ustanovu na području ovog entiteta. Identična konstatacija vrijedi i za Brčko distrikt Bosne i Hercegovine. Međutim, imajući u vidu da u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine u promatranom periodu nisu postojale institucije u kojima bi se izvršavala data odgojna mjera, za pretpostaviti je da se ista uopće nije izricala ili se izricala u sporadičnom obimu.

Relativno slični trendovi izricanja date odgojne mjere onome u Federaciji Bosne i Hercegovine bilježe se i u zemljama iz okruženja, a što se može vidjeti iz narednog tabelarnog prikaza.

Tabela 2. Izricanja upućivanja u odgojnu ustanovu u državama iz okruženja (2007–2016)

Godina	Slovenija		Hrvatska		Srbija		Makedonija		Crna Gora	
	Ukupno sankcija	Upući. odgoj zavod	Ukupno sankcija	Upući. odgoj ustan.	Ukupno sankcija	Upući. vasp. ustan.	Ukupno sankcija	Upući. vasp. ustan.	Ukupno sankcija	Upući. u vasp. ustan.
2007.	732	25 3,4	968	60 6,2	1996	24 1,2	676	1 0,1	148	4 0,3
2008.	812	31 3,8	958	47 4,9	2229	39 1,7	715	0 0,0	43	0 0,0
2009.	737	28 3,8	987	51 5,2	1902	23 1,2	748	3 0,4	60	4 6,7
2010.	534	17 3,1	925	72 7,8	1640	11 0,7	547	7 1,3	40	0 0,0
2011.	550	34 6,1	814	58 7,1	2290	35 1,5	722	2 0,3	21	0 0,0
2012.	613	39 6,3	626	49 7,8	2302	33 1,4	556	2 0,4	22	0 0,0
2013.	-	-	545	47 8,6	2648	41 1,5	473	2 0,4	28	1 3,6
2014.	-	-	564	33 5,8	2034	24 1,2	461	2 0,4	26	0 0,0
2015.	-	-	420	21 5,0	1926	16 0,8	348	1 0,3	31	0 0,0
2016.	-	-	365	17 4,7	2032	33 1,6%	468	5 1,1	25	0 0,0
Prosjeck %	3978	174³² 4,4%	7172	455 6,3%	20999	279 1,3%	5208	20 0,4%	444	9 2,0%

(Izvori: Slovenija: *Statistički letopis* SU Slovenije, god. 2011, str. 218 i 2013, str. 2015; Hrvatska: *Statistički ljetopis* DZS RH, god. 2012, str. 565 i 2017, str. 570; Srbija: Bilteni *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji – prijave, optuženja, osude* RZS RS, god. 2007–2016; Makedonija: *Statistički godišnik* DZS RM, god. 2008–2017; Crna Gora: *Statistički godišnjak* ZS CG –MONSTAT, god. 2008–2017)

Ono što je primjetno iz prethodne tabele jeste kako predmetna odgojna mjera ne samo u našoj, već i u državama iz okruženja u sveukupno izrečenim sankcijama maloljetnim učiniteljima krivičnih djela participira u prilično skromnom obimu. Takvo što ne iznenađuje imajući u vidu da

³² Usljed činjenice da je Statistički ured Republike Slovenije 2014. godine *Statistički letopis* zamijenio novim godišnjim statističkim glasilom pod nazivom *Statopis*, koji ne sadrži informacije o radu pravosuđa te stanju i kretanju kriminaliteta, nisu nam bili dostupni podaci o izricanju predmetne odgojne mjere u ovoj državi za period 2013–2016.

relevantna zakonodavstva svih ovih država sadrže princip postepenosti u izricanju maloljetničkih mjera i sankcija, shodno kojem se zavodske odgojne mjere, uključujući i mjeru upućivanja u odgojnu ustanovu, kao sankcije institucionalnog tipa imaju koristiti tek kao krajnje sredstvo društvenog reagiranja i izvršavati u što je moguće kraćem trajanju. Ipak, uočljivo je da se data sankcija u nekim državama (Hrvatska) izriče u znatno većem obimu nego u drugim (Makedonija, Crna Gora), što je, moguće je, uslovljeno i (in) suficijencijom institucionalnih kapaciteta za izvršenje iste u posmatranim državama.

5. Izvršenje zavodske mjere upućivanja u odgojnu ustanovu

U skladu sa odredbama ZZPDMKP, sankcija pod nazivom upućivanje u odgojnu ustanovu izvršava se u odgojnoj ustanovi koja osigurava smještaj i zadovoljavanje odgojnih, zdravstvenih, obrazovnih, sportskih i drugih razvojnih potreba maloljetnika. Riječ je odgojnoj ustanovi *općeg (mješovitog) tipa* u koju se, pored maloljetnika koji su u socijalnoj potrebi i riziku, ali nisu počinili krivično djelo, smještaju i maloljetni učinitelji kojima je izrečena data odgojna mjera. Zavodska mjera upućivanje u odgojnu ustanovu izrečena osobi muškog pola izvršava se u odgojnoj ustanovi za te osobe, a ona izrečena osobi ženskog pola izvršava se u odgojnoj ustanovi za maloljetnice ili u odvojenom ženskom odjeljenju odgojne ustanove u koju su smještene osobe muškog pola, pri čemu osoba kojoj je izrečena data zavodska mjera može u spomenutoj ustanovi ostati do navršene 23. godine (v. čl. 164 ZZPDMKP FBiH, 163 ZZPDMKP RS, 163 ZZPDMKP BDBiH). Pa iako to nije izričito zakonom propisano, u literaturi se navodi da se ove ustanove po svome karakteru, strukturi i metodama rada mogu svrstati u ustanove otvorenog tipa.³³

5.1. Postupak izvršenja

Postupak izvršenja upućivanja u odgojnu ustanovu odvija se na sljedeći način. U roku od tri dana od dana kada je odluka kojom je izrečena odgojna mjera postala izvršna, sud koji je sudio u konkretnom predmetu takvu odluku zajedno sa relevantnom dokumentacijom iz spisa, te nalogom za izvršenje

³³ Miladinović, V., Konstantinović-Vilić, S., Đurđić, V., *Primena krivičnih mera prema maloletnim prestupnicima*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2, 1994, str. 141.

sankcije dostavlja organu nadležnom za upućivanje, odnosno dovođenje maloljetnika u odgojnu ustanovu (čl. 150 ZZPDMKP FBiH, 149 ZZPDMKP RS, 149 ZZPDMKP BDBiH). Nadležni organ je organ starateljstva prema mjestu prebivališta ili boravišta maloljetnika u vrijeme kada je odluka kojom je mjera izrečena postala izvršna. Po prijemu sudske odluke, te kada konstatuje da ne postoje zakonske smetnje za izvršenje sankcije, organ starateljstva određuje lice koje će dovesti maloljetnika u odgojnu ustanovu. Primjera radi, to može biti neko od lica sa kojima maloljetnik živi (roditelji, staratelj, usvojitelj) ili predstavnik organa starateljstva,³⁴ a, u slučaju ako izvršenje mjere ne može da otpočne zbog odbijanja ili bjekstva maloljetnika, organ starateljstva o tome obavještava nadležnu organizacionu jedinicu Ministarstva unutrašnjih poslova čija službena lica tada dovode maloljetnika. Tom prilikom ovlaštena službena lica ne smiju koristiti takav način dovođenja kojim se narušava dostojanstvo maloljetnika, te povređuje ili ugrožava njegovo fizičko ili mentalno zdravlje. U svakom slučaju, nakon dovođenja maloljetnog lica u odgojnu ustanovu ova ustanova obavještava sud o prijemu maloljetnika i danu početka izvršenja odgojne mjere (čl. 164–167 ZZPDMKP FBiH, 163–166 ZZPDMKP RS, 163–166 ZZPDMKP BDBiH). Takve informacije su izuzetno značajne za sud budući da od tog trenutka počinju da teku rokovi za obustavu ili zamjenu odgojne mjere, odnosno rokovi za davanje uvjetnog otpusta.

Prve aktivnosti po dolasku maloljetnika u odgojnu ustanovu vezane su za njegov prijem i smještaj i one se realiziraju u dvije faze. U prvoj fazi vrši se utvrđivanje identiteta maloljetnika, te mu se na jeziku i na način koji razumije objašnjavaju pravila ustanove, njegova prava i obaveze tokom boravka u njoj, a u roku od 24 sata obavlja se i medicinski pregled. Nakon ljekarskog pregleda u posebnom odjeljenju ustanove pristupa se ispitivanju ličnosti maloljetnika (tzv. opservacija) kako bi se na temelju rezultata dobivenih tokom ovog ispitivanja, kao i podataka prikupljenih za vrijeme krivičnog postupka, mogao odrediti individualni program rada sa maloljetnikom. Ovo ispitivanje može trajati najduže 30 dana.

Potom postupak smještaja ulazi u drugu fazu, u okviru koje se vrši klasificiranje maloljetnika u odgovarajuću odgojnu grupu. Odgojne grupe se formiraju prema uzrastu, nivou zrelosti i drugim ličnim svojstvima, kao i individualno određenim programima rada, a sve u cilju primjene istovrsnih odgojnih postupaka i utjecaja na maloljetnike. Pri tome, imajući u vidu da

³⁴ Vidi: Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović-Nišević, M., *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010, str. 304.

se radi o mladim osobama koje je potrebno kontinuirano nadzirati i prema kojima se primjenjuju prilično intenzivni programi pedagoškog rada, da bi se postigli zadovoljavajući rezultati takav rad je neophodno sprovoditi u manjim odgojnim grupama. Stoga je u domaćem zakonodavstvu prihvaćen standard da jednu odgojnu grupu sačinjava najviše deset maloljetnika (čl. 166 ZZPDMKP FBiH, 165 ZZPDMKP RS, 165 ZZPDMKP BDBiH). Svaka grupa ima posebnog odgajatelja, s tim da rad sa maloljetnicima u grupi ne vrši isključivo odgajatelj, već su u zavisnosti od programiranih sadržaja u proces tretmana uključeni i drugi stručnjaci (pedagog, socijalni radnik, psiholog, socijalni pedagog itd.), pri čemu su njihovi kontakti sa članovima odgojne grupe uglavnom povremenog i individualnog karaktera, dok se uloga odgajatelja ogleda kroz njegov svakodnevni i kolektivni rad sa svim maloljetnicima.³⁵

Poštujući osnovni idejni koncept predmetne odgojne mjere, grupe koje se formiraju u ovim ustanovama imaju heterogenu strukturu i u njih su, pored maloljetnih učitelja, uključeni i ostali maloljetnici.³⁶ U tom smislu ZZPDMKP izričito propisuje da se maloljetnik kojem je izrečena ova odgojna mjera u životu i radu u ustanovi ni na koji način ne izdvaja od ostalih štíćenika ustanove, te da ima ista prava i obaveze kao i ostali maloljetnici, s tim što mu se zbog njegovog posebnog statusa (u pitanju je učitelj krivičnog djela) tokom postupanja, ipak, poklanja posebna pažnja. Jednostavno, imajući u vidu da se radi o odgojnim ustanovama općeg tipa, zagovara se jedan integrativni pristup koji će isključiti bilo kakav oblik stigmatiziranja maloljetnika na osnovu njegove prestupničke prošlosti. S tim u vezi, da se radi o maloljetniku kojem je izrečena odgojna mjera upoznaje se samo rukovodilac ustanove, kao i odgojno, obrazovno i drugo stručno osoblje koje je uključeno u izvršenje date odgojne mjere (čl. 164 ZZPDMKP FBiH, 163 ZZPDMKP RS, 163 ZZPDMKP BDBiH).

Premda zakon(i) potpuno ne definira(ju) programske sadržaje i metode rada koje treba primijeniti prema maloljetnicima tokom izvršenja date odgojne mjere,³⁷ u literaturi se ističe da ti sadržaji, bilo da se realiziraju u

³⁵ Vranj, V., *Odgojne mjere prema maloljetnicima i njihovo izvršenje u Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2004, str. 413.

³⁶ Uporedi: Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović-Nišević, M., *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010, str. 303; Perić, O., *Komentar zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 258.

³⁷ ZZPDMKP tek predviđaju da će se maloljetniku omogućiti uvjeti za sticanje osnovnog i srednjeg stručnog obrazovanja i radnog osposobljavanja, kao i slobodno kreativno izražavanje i izražavanje

formi individualnog ili kolektivnog rada, između ostalog, mogu biti vezani za školovanje maloljetnika, bavljenje fizičkom kulturom, muzičko obrazovanje, učestvovanje u radu različitih sekcija itd.,³⁸ ali i učešće u drugim oblicima terapijskog postupanja koji mogu doprinijeti kvalitetnijem odgoju i boljem ponašanju maloljetnika. Pri tome, izvršenje svih sankcija, pa i ove, zasniva se na pojedinačnom programu postupanja sa maloljetnikom prilagođenom njegovoj ličnosti i u skladu sa savremenim dostignućima nauke, pedagoške i penološke prakse. Spomenutim programom posebno se utvrđuju nivo zrelosti maloljetnika, druge karakteristike njegove ličnosti, mogućnost uključenja u proces obrazovanja i radnog osposobljavanja, korištenje i organizacija slobodnog vremena, rad sa roditeljem, usvojiteljem ili starateljem maloljetnika i drugim članovima njegove porodice, kao i drugi oblici psihosocijalnog, pedagoškog i penološkog uticaja na maloljetnika (čl. 129 ZZPDMKP FBiH, 129 ZZPDMKP RS, 129 ZZPDMKP BDBiH).

Naravno, tokom cjelokupnog perioda izvršenja date odgojne mjere i boravka maloljetnika u odgojnoj ustanovi, ova ustanova je dužna da saraduje sa sudijom za maloljetnike koji je izrekao mjeru, nadležnim organom socijalne zaštite, kao i sa roditeljima, odnosno starateljima maloljetnika, a s ciljem ostvarivanja koordiniranih utjecaja na njegovu ličnost i ponašanje. S tim u vezi, uprava ustanove u kojoj se izvršava predmetna odgojna mjera dužna je da svaka dva mjeseca tužilaštvu i sudu koji je izrekao mjeru dostavi izvještaj o ponašanju maloljetnika (čl. 120 ZZPDMKP FBiH, 120 ZZPDMKP RS, 120 ZZPDMKP BDBiH). Na ovaj način se stvaraju pretpostavke za vršenje *posredne kontrole i nadzora* nad procesom izvršenja date zavodske mjere, s tim da sudija i tužitelj imaju pravo i obavezu ostvarivati i *neposredni nadzor* nad izvršenjem iste, a što predstavlja legislativnu novinu koju donosi ZZPDMKP. U tom smislu, navedeni subjekti imaju obavezu da najmanje dva puta u toku godine obidu maloljetnika smještenog u ustanovu za izvršenje zavodskih mjera, gdje u neposrednom kontaktu sa njim i stručnim osobama koje se staraju o izvršenju mjere, kao i uvidom u odgovarajuću dokumentaciju, utvrđuju zakonitost i pravilnost postupanja, te cijene ostvareni uspjeh u odgoju i pravilnom razvoju ličnosti maloljetnika. O zapažanjima i eventualno uočenim propustima u procesu izvršenja odgojne mjere, sudija i tužitelj dužni su bez odlaganja da obavijeste nadležno ministarstvo³⁹ kao i upravu ustanove

vjerskih osjećaja i vršenje vjerskih obreda (čl. 127 ZZPDMKP FBiH, 126 ZZPDMKP RS, 126 ZZPDMKP BDBiH).

³⁸ Husić, Dž, Nikolić, R., *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine (sa komentarom i provedbenim propisima)*, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, 2000, str. 120.

³⁹ S obzirom na to da ZZPDMKP RS i BDBiH izričito ne propisuju koje je nadležno ministarstvo

u kojoj se odgojna mjera izvršava, koje je, s druge strane, baš kao i uprava ustanove, dužno da promptno reagira, te nakon što izvrši odgovarajuće provjere i preduzme mjere za otklanjanje nezakonitosti i nepravilnosti, o tome obavijeste sudiju i tužitelja, kao subjekte koji su nosioci nadzora nad zakonitim izvršenjem заводskih odgojnih mjera (v. čl. 159 ZZPDMKP FBiH, 158 ZZPDMKP RS, 158 ZZPDMKP BDBiH).

Štaviše, imajući u vidu da, kao što je prethodno isticano, sudija za maloljetnike pored vršenja nadzora ima i ovlaštenja, odnosno obaveze vezane za obustavu ili zamjenu заводске odgojne mjere, u smislu da svakih šest mjeseci mora ispitivati postojanje zakonskih pretpostavki za primjenu ovih instituta, logično je da bi on razmatranje osnovanosti njihove primjene trebalo da sprovede tek na osnovu saznanja do kojih je došao tokom sprovođenja nadzora nad zakonitošću izvršenja konkretne odgojne mjere. Mišljenja smo kako se ovakvim (noveliranim) zakonskim rješenjem otvaraju dodatne perspektive za kvalitetniju prosudbu sudije za maloljetnike o tome ima li osnova da se daljnje izvršenje mjere obustavi, ista zamijeni drugom odgojnom mjerom ili proces izvršenja nastavi, upravo na osnovu njegovog neposrednog uvida u tok izvršenja mjere i (pr)ocjenu ostvarenog uspjeha u radu sa maloljetnikom, nego kada takvu odluku donosi na osnovu izvještaja i prijedloga odgojne ustanove, odnosno ovlaštenog odgajatelja.

U svakom slučaju, upravo od konkretne odluke sudije za maloljetnike ovisi koliko će maloljetnik efektivno ostati u odgojnoj ustanovi i kada će se okončati proces izvršenja date odgojne mjere. Maloljetnik se iz ustanove otpušta onog dana kada je u ustanovu prispjela odgovarajuća odluka suda, a najkasnije u roku od 24 sata od njenog prijema.⁴⁰ Ipak, od ovog pravila zakon predviđa jedan izuzetak. Naime, kada se maloljetnik nalazi u završnom razredu škole ili pri kraju stručnog usavršavanja, a otpuštanjem iz ustanove u kojoj se mjera izvršava bi se onemogućio završetak školovanja ili stručnog osposobljavanja, ustanova na njegovu molbu maloljetniku može omogućiti da u istoj završi započeto školovanje (čl. 163 ZZPDMKP FBiH, 16. ZZPDMKP

koje bi u konkretnom slučaju trebalo obavijestiti, a imajući u vidu kako se mjera upućivanja u odgojnu ustanovu vrši u odgojnim ustanovama općeg tipa, koje su pod ingerencijama ministarstva nadležnog za socijalnu politiku i zaštitu, to bi u konkretnom slučaju, kao i kada se radi o izvršenju заводске mjere *upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje* trebalo obavijestiti Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite, a ukoliko je riječ o izvršenju upućivanja u odgojno-popravni dom – Ministarstvo pravde. S druge strane, ZZPDMKP FBiH predviđa kako bi kod svih заводskih mjera u konkretnom slučaju trebalo obavijestiti Ministarstvo pravde, što se, kada je riječ o predmetnoj odgojnoj mjeri, čini nelogičnim.

⁴⁰ Tako: Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović-Nišević, M., *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010, str. 300.

RS, 162 ZZPDMKP BDBiH). Smisao ovakvog zakonskog rješenja ne treba posebno obrazlagati, s obzirom da to a je ono usmjereno ka postizanju dobrobiti maloljetnika i ostvarenju njegovih fundamentalnih interesa.

5.2. Institucionalni okvir

Na području Bosne i Hercegovine postoji samo jedna ustanova u kojoj se izvršava data odgojna mjera. Riječ je o *Zavodu za vaspitanje muške djece i omladine "Hum"* u Sarajevu, kao odgojnoj ustanovi otvorenog tipa. U poslijeratnom periodu postojali su značajni problemi u njenom radu, prevashodno zbog neuređenog pravnog statusa ove ustanove, a vezano za preuzimanje osnivačkih prava nad istom. Od 2008. godine Zavod se kao ustanova socijalne zaštite nalazi pod nadležnošću Federalnog ministarstva rada i socijalne politike. Osnovna djelatnost Zavoda vezana je za a) zbrinjavanje i tretman odgojno zapuštene i zanemarene djece, koje je uputio organ socijalne zaštite te b) tretman maloljetnih učitelja krivičnih djela, koje je uputio nadležni sud radi izvršenja zavodske mjere upućivanja u odgojnu ustanovu sa područja Federacije Bosne i Hercegovine. Od polovine 2017. godine u Zavodu se izvršava i *mjera privremenog smještaja maloljetnika za vrijeme trajanja pripremnog postupka* kao alternativa mjeri pritvora (čl. 94 ZZPDMKP FBiH), kao i naredbe suda za opservaciju i dijagnostiku u periodu takvog smještaja.

Trenutni kapaciteti ustanove su takvi da u njoj može boraviti oko 25 štićenika. Prema dostupnim podacima u posljednje tri godine perioda posmatranja bilježi se značajniji prihvata maloljetnih učitelja krivičnih djela radi izvršenja predmetne odgojne mjere u zavodu.⁴¹ Također, treba istaći kako je prije nekoliko godina u potpunosti revitaliziran i opremljen jedan odjel zavoda u kojemu bi se trebale smještati mlade sobe ženskog pola, čiji kapaciteti omogućavaju prihvata do 25 štićenika. No, da bi počeo da radi i ovaj odjel te da bi se u skladu sa odredbama čl. 164 ZZPDMKP FBiH u njemu mogla izvršavati mjera upućivanja u odgojnu ustanovu i prema osobama ženskog pola, nužno je novelirati referentni legislativni okvir. Nažalost, nacrt zakona kojim bi se stvorile pravne pretpostavke za prihvata, pored muške, i ženske djece već godinu i po se nalazi u parlamentarnoj proceduri. Svojevrsni zastoje u donošenju istog uzrokovan je nedostatkom političke volje da se obezbijede

⁴¹ Naime, dok je tokom 2011. i 2012. godine upućen tek po 1, a u 2013. godini 3 maloljetna učitelja, u 2014. je u Zavod na izvršenje zavodske mjere upućivanja u odgojnu ustanovu upućeno 10, u 2015. godini 13, a u 2016. godini 12 maloljetnika u sukobu sa zakonom. Vidi: Papić, Ž. et al., *Analiza pravnog i institucionalnog okvira u Kantonu Sarajevo u svrhu smanjivanja siromaštva i socijalne isključenosti u Kantonu Sarajevo*, 2017, str. 40.

odgovarajuća finansijska sredstva za njegovu implementaciju. Štaviše, jedan od gorućih problema u radu zavoda predstavlja pitanje finansiranja izvršenja date odgojne mjere. To iz razloga što prema dosadašnjoj praksi izvršenje zavodske mjere upućivanja u odgojnu ustanovu treba da finansira kanton sa čijeg područja je nadležni sud uputio maloljetnika na izvršenje iste, no pojedini kantoni ne doznačuju finansijska sredstva zavodu. Ipak, ne možemo se oteti dojmu da je ovakva praksa u suprotnosti sa odredbom čl. 130 ZZPDMKP FBiH, kojom je predviđeno da *troškovi izvršenja svih krivičnih sankcija prema maloljetniku*, pa i upućivanja u odgojnu ustanovu, *padaju na teret budžeta Federacije Bosne i Hercegovine*, a ne kantona.

6. Zaključak

Pa iako sankcije vaninstitucionalnog tipa imaju mnoštvo benefita i prednosti u odnosu na institucionalne sankcije, usljed čega međunarodni i supranacionalni dokumenti, ali i domaće zakonodavstvo iz oblasti postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom snažno zagovaraju njihovu primjenu, u određenim situacijama primjena sankcija institucionalnog tipa se ipak nameće kao svojevrsni imperativ kako bi se mogli postići zadovoljavajući rezultati na planu preodgoja i resocijalizacije maloljetnika. Usljed toga se zavodske odgojne mjere kao dominantna vrsta institucionalnih sankcija u domaćem pravu primjenjuju u prilično skromnom obimu, baš kao i prva od njih, mjera upućivanja u odgojnu ustanovu. Slična politika izricanja predmetne sankcije bilježi se i u državama sa prostora bivše Jugoslavije, s tim da je obim njenog izricanja u pojedinim državama (Hrvatska) nešto veći u odnosu na druge (Makedonija, Crna Gora), što je, između ostalog, uvjetovano (in)suficijencijom institucionalnih kapaciteta za njeno izvršenje. Ograničen institucionalni okvir za izvršenje date sankcije prisutan je i u Bosni i Hercegovini, s obzirom na to da postoji samo jedna institucija za njeno izvršenje – Zavod za vaspitanje muške djece i omladine „Hum“ u Sarajevu, u koju se upućuju maloljetni učinitelji muškog pola sa prostora Federacije Bosne i Hercegovine. U ovom entitetu ne postoji ustanova za izvršenje iste nad osobama ženskog pola, no s obzirom na to da je u okviru spomenutog zavoda opremljen posebni odjel za smještaj ženskih osoba, nadati se kako će se ovaj problem u doglednoj budućnosti riješiti. Nažalost, u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine ne postoje slične institucije te bi nadležne vlasti ovih administrativnih cjelina trebalo da poduzmu odgovarajuće napore za otvaranje sličnih ustanova kako

bi se i na tim prostorima naše države stvorile institucionalne pretpostavke za izvršenje zavodske mjere upućivanja u odgojnu ustanovu. To tim prije jer je novim maloljetničkim krivičnim zakonodavstvom znatno unaprijeđen pravni okvir za izricanje i izvršenje date odgojne mjere.

Literatura

Knjige, priručnici, članci

Carić, A., *Mlađe osobe u kaznenom pravu (počinitelji i žrtve)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2002.

Cavadino, M., Dignan, J., *Penal Systems: A Comparative Approach*, Sage Publication, London, 2006.

Cvjetko, B., *Formalne i neformalne sankcije u maloljetničkom kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 6, br. 2/1999.

Gurda, V., *Osnovna obilježja zakonske i sudske politike primjene kazne maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovini i uporednom krivičnom pravu i praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, br. 2/2015.

Gurda, V., Kovačević, R., Mahmutović, Dž., *Upućivanje u disciplinski centar za maloljetnike – pravni aspekti i evaluacija tretmana*, Dobra knjiga, Sarajevo, 2016.

Hirjan, F., Singer, M., *Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002.

Husić, Dž, Nikolić, R., *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine (sa komentarom i provedbenim propisima)*, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, 2000.

Jovašević, D., *Maloletničko krivično pravo*, Beosint, Beograd, 2008.

Kanev, K., Furtunova, D., Roussinova, P., Bekirska, Y., *Bulgaria* u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, Ph., Pruin, I. (eds), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Forum Verlag Godesberg, Monchengladbach, 2010.

- Miković, M., *Maloljetnička delinkvencija i socijalni rad*, Magistrat, Sarajevo, 2004.
- Milutinović, M., Aleksić, Ž., *Maloletnička delinkvencija*, Naučna knjiga, Beograd, 1989.
- Miladinović, V., Konstantinović-Vilić, S., Đurđić, V., *Primena krivičnopravnih mera prema maloletnim prestupnicama*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2, 1994.
- Mladenović, R., *Penologija*, Svjetlost, Sarajevo, 1982.
- Papić, Ž. et al., *Analiza pravnog i institucionalnog okvira u Kantonu Sarajevo u svrhu smanjivanja siromaštva i socijalne isključenosti u Kantonu Sarajevo*, 2017.
- Perić, O., *Komentar krivičnopravnih propisa o maloletnicima, propisi SR Jugoslavije, Republike Srbije i Republike Crne Gore (materijalno, procesno, izvršno pravo) – sa sudskom praksom i registrom pojmova*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 1995.
- Perić, O., *Priručnik za primenu krivičnopravnih propisa o maloletnicima (odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog prava) sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Nomos, Beograd, 2003.
- Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
- Radulović, Lj., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović-Nišević, M., *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010.
- Simović, N. M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M., *Maloljetničko krivično pravo*, drugo izmijenjeno izdanje, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2015.
- Simović, M., M., Simović, M., V., *Pojam, svrha i vrste maloljetničkih krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, Banja Luka, god. 5. br. 5, 2015.,

Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*, Nakladni zavod Globus i Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb, 1998.

Stakić, Đ., *Metodika rada sa maloletnim delinkventima*, Dečje novine, Gornji Milanovac, 1991.

Vranj, V., *Odgojne mjere prema maloljetnicima i njihovo izvršenje u Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2004.

Walsh, D., Ireland u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, Ph., Pruin, I. (eds), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Forum Verlag Godesberg, Monchengladbach, 2010.

Propisi

Krivični zakon, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, 46/16 i 75/17.

Zakon o krivičnom postupku, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 22/16.

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, „Službeni glasnik RS“ br. 13/10 i 61/13.

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BDBiH“ br. 44/11.

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije distrikta Bosne i Hercegovine, „Službene novine FBiH“ br. 07/2014.

Zakon o izvršenju sankcija Tuzlanskog kantona, „Službene novine TK“ br. 11/09, 4/10, 13/12, 8/15.

Kazenski zakonik Republike Slovenije, „Uradni list RS“, br. 50/12, 54/15, 6/16, 27/17.

Zakon o sudovima za mladež Republike Hrvatske, „Narodne novine“, br. 84/11, 143/12, 148/13 i 56/15.

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005.

Zakon za maloletničku pravdu Republike Makedonije, „Službeni vesnik Republike Makedonije“, br. 87/2007, 103/2008, 161/2008, 145/2010.

Zakon o postupanju sa maloljetnicima u krivičnom postupku Crne Gore, „Službeni glasnik CG“, br. 64/2011.

Konvencija UN o pravima djeteta.

Standardna minimalna pravila UN za alternativne kaznene mjere (Havanska pravila).

Standardna minimalna pravila UN za maloljetničko pravosuđe (Pekinška pravila).

Evropska pravila o sankcijama i mjerama koja se odnose na maloljetne učinitelje krivičnih djela.

Internet izvori

Statistički ljetopis Državnog zavoda za statistiku Republike Hrvatske, www.dzs.hr

Bilteni Republičkog zavoda za statistiku Srbije, www.stat.gov.rs

Statistički letopis Statističkog ureda Republike Slovenije, www.stat.si

Statistički godišnjak Zavoda za statistiku Crne Gore – MONSTAT, www.monstat.org

Statistički godišnik Državnog zavoda za statistiku Makedonije, www.stat.gov.mk

Statistički bilten Federalnog zavoda za statistiku, www.fzs.ba

LEGAL NATURE AND EXECUTION OF LEGAL ACTION OF PLACEMENT IN A CORRECTIONAL EDUCATIONAL FACILITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Vedad Gurda, PhD, Full Professor*

Conclusion

Although sanctions of the non-institutional type have many benefits and advantages over institutional sanctions, and international and supranational documents, as well as domestic legislation in the field of dealing with juveniles in conflict with the law strongly advocate their implementation, in certain situations the application of institutional type sanctions is still imposed as a kind of imperative in order to achieve satisfactory results on the plan of upbringing and re-socialization of juveniles. As a result, institutional educational measures as the dominant type of institutional sanctions in domestic law are applied in a fairly modest extent, just like the first of them, the measure of assignment to rehabilitation institution. A similar policy of pronouncing the sanction in question is also observed in countries from the former Yugoslavia, whereby the extent of its pronouncement is still somewhat higher in some countries (Croatia) than in others (Macedonia, Montenegro), which, among other things is due to (in)sufficiency institutional capacity for its execution. A limited institutional framework for the enforcement of this sanction is also present in Bosnia and Herzegovina, because there is only one institution for its execution - the Institute for the Education of Male Children and Youth „Hum“ in Sarajevo, referring to male juvenile perpetrators from the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina. There is no institution for enforcing this sanction on women in this entity, but since there is a special department for the accommodation of women in the Institute, we hope that this problem will be solved in the foreseeable future. Unfortunately there are no similar institutions in Republika Srpska and Brcko District of Bosnia and Herzegovina, and the competent authorities of these administrative units should take appropriate steps to open similar institutions in order to create institutional preconditions for the execution of the institutional measure of

* Faculty of Law of the University of Tuzla

assignment to rehabilitation institution. That is because the new juvenile criminal legislation has significantly improved the legal framework for pronouncing and executing the educational measure in question.

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И АЛТЕРНАТИВНО КАЖЊАВАЊЕ МАЛОЉЕТНИКА ОГРАНИЧЕЊЕМ СЛОБОДЕ

Др Николина Грбић Павловић*

Апстракт: Увођењем и дефинисањем права дјетета као самосталне области, употпуњен је филозофски, идеолошки и правни концепт људских права. Права малољетних учинилаца казних дјела на међународном нивоу гарантована су кроз међународне документе са израженим одређењем за посебну и јачу заштиту и развој малољетника. Одредбе из ове области у међународним конвенцијама имају императивно значење за државе које су их ратификовале. Када је у питању формална реакција на криминалитет малољетника, у складу са савременим тенденцијама и међународним стандардима, подстиче се примјена принципа обнављајуће правде (*restorative justice*). Примјена мјера незадржавања није нови концепт. Да се алтернативне кривичне санкције сматрају важном полугом у остварењу реформе кривичноправног система потврђује се доношењем нарочитих смјерница за њихово прописивање и праћење примјене тих смјерница у пракси држава чланица. Ауторка ће у раду представити најзначајније међународне стандарде којима се уређује алтернативно кажњавање малољетника ограничењем слободе.

Кључне ријечи: малољетници, ограничење слободе, алтернативно кажњавање, међународни стандарди.

* Министарство унутрашњих послова Републике Српске, Трг Републике Српске бр. 1, 78000 Бања Лука, e-mail: nikolinagrbic@blic.net

Уводна разматрања

Концепт алтернативних кривичних санкција може бити схваћен на различите начине. У најширем смислу, појам алтернативних санкција обухвата и различите мјере (медицинског, образовног, васпитног карактера), као и поступке којима се избјегава кривична осуда лица оптуженог за извршење кривичног дјела.¹

У свим балканским државама посљедњих деценија настоје се створити услови за примјену алтернативних кривичних санкција. Значајне сличности у наведеним реформама балканских земаља примјећују се, управо, ако се упоређују реформе предузете у области малољетничког кривичног законодавства. Окосницу реформе малољетничког кривичног законодавства чини увођење тзв. диверзионих (или деверсификационих)² мјера и поступака, којима се избјегава вођење кривичног поступка према малољетном учиниоцу и изрицање кривичне санкције.³ Тако су и Законом о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку у Републици Српској⁴ предвиђене двије врсте алтернативних мјера, а то су: полицијско упозорење⁵ и васпитне препоруке.⁶ Ипак, ове двије врсте васпитних препорука предвиђене су за „лакше престу-

¹ Н. Мрвић Петровић, *Алтернативне кривичне санкције (студија о прихватљивим модалитетима извршења)*, у Зборнику радова „Алтернативе затворским казнама“, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005. година, стр. 38–39.

² Диверзиони правносоциолошки концепт заснива се на схватањима Е. Диркема, М. Вебера и Н. Кристија, у чијој се основи налази размишљање о могућностима да се конфликт између жртве и учиниоца кривичног дјела ријешити мирно вансудским путем, и то поравнањем око захтјева за накнаду штете. Улога државе се ограничава на непристрасног посредника који интервенише у неформалним поступцима (С. Константиновић-Вилић, М. Костић, *Диверзиони модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, број 50/2007. године, стр. 88–89).

³ Н. Мрвић-Петровић, *Алтернативне кривичне санкције у државама балканског региона*, у Зборнику радова „Право земаља у региону“, Институт за упоредно право, Београд, 2010. година, стр. 62.

⁴ Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“, број 13/10, 61/13);

⁵ Љ. Митровић; Н. Грбић-Павловић, *Улога полиције у поступку према малољетницима у: Зборнику радова „Сузбијање криминала и европске интеграције“*, Криминалистичко-полицијска академија и Ханс Зајдел фондација, Београд, 2011, стр. 139–148.

⁶ Д. Јовашевић, *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица са уводним коментаром*, Службени лист, Београд, 2005, стр. 12–13.

⁷ Види шире: Н. Грбић Павловић, „Алтернативне мјере у новом малолетничком кривичном законодавству Републике Српске“, *Глосаријум*, број 10, 2011, стр. 64–69; Н. Мрвић-Петровић, Н. Грбић, „Алтернативне кривичне санкције према малолетницима у Републици Српској“, *Правни живот*, Том II, број 10, 2009, стр. 547–559.

пе“ малољетника. Поред наведених алтернативних мјера, предвиђене су и кривичне санкције за малољетнике, и то: васпитне мјере и казна малољетничког затвора.

Како су казна малољетничког затвора и све друге институционалне васпитне мјере нормативно дефинисане као изузетак, оне се статистички изузетно ријетко и изричу према малољетницима. С друге стране, најшире примјењивана мјера према преступницима „ниског ризика“, традиционална пробација, која се налази насупрот казни затвора, критикована је због своје релативне благодати и недовољног степена надзора. Заправо, ни примјена казне малољетничког затвора ни традиционална пробација не доводе до смањења стопе малољетничког криминалитета нити до смањења рецидивизма.

С обзиром на то да већину кривичних дјела на нашим просторима извршавају малољетници који нису насилни и који не представљају велику опасност по друштво, може се очекивати да се циљеви кажњавања могу постићи и у условима који нису толико строги као у затвору. Тако се између казне малољетничког затвора и пробације налази простор за санкције и мјере чија је сврха да обезбиједи адекватну друштвену реакцију на криминалитет, омогуће бољу индивидуализацију и пруже могућност налажења „компромиса“ између казне затвора и пробације. Овај простор у англоамеричкој пракси попуњава идеја да се понуде нове санкције које би биле нешто између пробације и затвора, односно санкције код којих су услови надзора још увијек строги, али су мјере блаже од затворских.⁸

⁸ G. Larry Mays, L. Thomas Winfree, Jr., *Contemporary Corrections*, Stamford, 2002, стр. 247. Наведено према: С. Соковић, „Између затвора и условне осуде – интермедијарне санкције“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 2009, год. 47, бр. 3, стр. 183–196. Дакле, интермедијарне санкције обухватају распон казних мјера између условне казне и казне затвора. Главни облици интермедијарних санкција јесу: а) програм интензивног надзора (*Intensive Supervision Programs*), б) кампови за преваспитавање (*Bootcamps*), в) центри за дневно извјештавање (*Day Reporting Centers*), г) кућни затвор са електронским надзором или без њега (*Home Confinement / House Arrest with or without Electronic Monitoring*), д) новчане казне – казне и реституције (*Fines and Restitution*); њ) обавезни рад за добробит заједнице (*Community Service*) и е) куће на пола пута (*Halfway Houses / Community Correctional Centers*). Gail A. Caputo, *Intermediate Sanctions in Corrections*, Number 4 in the North Texas Crime and Criminal Justice Series, University of North Texas Press, 2004, Denton, Texas, стр. 11–12. О свим наведеним санкцијама, али и другим алтернативним санкцијама види шире у: Н. Мрвић Петровић, *Алтернативне...*, *op. cit.*, стр. 45.

Међународни стандарди и алтернативно кажњавање малољетника ограничењем слободе

Када је у питању лишење слободе малољетних лица, оно је регулисано у готово свим међународним документима који се односе на дјецу и малољетничко правосуђе. Сви ови документи на исти или сличан начин прокламују да се санкција у виду лишавања слободе треба примјењивати само у крајњој нужди и у најкраћем могућем трајању. Кад год је то могуће, смјештај у установе затвореног типа треба замијенити алтернативним мјерама. Да се алтернативне кривичне санкције сматрају важном полугом у остварењу реформе кривичноправног система потврђује се доношењем нарочитих међународних докумената којима се прописују различите алтернативне санкције, као и начини праћења њихове примјене.⁹

У оквиру активности Уједињених нација и Савјета Европе усвојен је велики број докумената којима је обликована криминално-политичка основа за примјену алтернативних кривичних санкција. Примјера ради, Резолуција број 8 усвојена на VI конгресу УН о превенцији злочина и третману учинилаца из 1980. године садржавала је основне међународне правне стандарде за увођење алтернативних санкција. Иста тема је била и у Резолуцији број 16 о редукцији затворске популације, алтернативама затварању и социјалној интеграцији учинилаца, усвојеној на VII конгресу УН у Милану 1985. године. Такође, Нацрт стандарда УН о минималним правилима мјера незатварања и мјера које укључују ограничење слободе усвојен је на наредном, VIII конгресу.¹⁰

Поред докумената Уједињених нација, стандарди који се тичу алтернатива затварању садржани су и у низу докумената усвојених од стране Савјета Европе, као што су: Европска конвенција о надзору над условно осуђеним или условно пуштеним осуђеним лицима из 1964. године, затим Резолуција Савјета Европе број 1 о условној осуди, пробацији и другим алтернативама затвору из 1965. године¹¹, Резолуција о практичној организацији мјера надзора и постпеналне заштите условно кажњених или учинилаца пуштених на условно отпуштање¹², Резолуција број 10 о

⁹ Н. Грбић Павловић: *Кажњавање малољетних учинилаца кривичних дјела ограничењем слободе*, Балканолошки истраживачки центар и Истраживачки центар Бања Лука, Бања Лука, 2017, стр. 65.

¹⁰ Н. Мрвић Петровић: *Алтернативне...*, *op. cit.*, стр. 32.

¹¹ *Resolution (65)1 on the suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment*, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 22. јануара 1965. године.

¹² *Resolution (70)1 on the practical organization of measures for the supervision and aftercare of*

неким пеналним мјерама алтернативним затвору из 1976. године¹³, Европска правила о санкцијама и мјерама у заједници (додатак Препоруке број 16 од 19. 10. 1992. године)¹⁴, Препорука број 22 из 2000. године о примјени европских стандарда о мјерама и санкцијама које се извршавају у заједници¹⁵ и Препорука број 22 о условном отпуштању¹⁶.¹⁷

Међународни документи који наглашавају потребу за увођењем посебних санкција за малолетнике садрже низ препорука за државе чланице међународне заједнице које се односе на усвајање врста санкција за малолетнике, начела за њихову примјену и врсте третмана осуђених малолетника.¹⁸

Тако, најзначајнији документ из области права дјетета, Конвенција о правима дјетета, врло строго ограничава и регулише лишавање слободе дјете, не само у контексту малолетничког правосуђа, него и кроз дјечју заштиту у свим другим областима. Одредбама члана 40 Конвенције о правима дјетета указује се на значај одређивања модела санкција. Да би се обезбиједио поступак са дјецом који је у њиховом интересу и који је у складу са околностима и учињеним дјелом, у националним законодавствима треба да се предвиде разноврсне могућности, као што су брига, савјетовање, надзор, правно заступање, условно кажњавање, прихватање, образовање и програми стручног усмјеравања, као и друге могућности институционалне бриге.¹⁹ Према члану 40 (3) (б), стране уговорнице ће настојати да подстичу стварање закона, поступака, органа и установа које се изричито у свом раду баве дјецом која су оптужено-conditionally sentenced or conditionally released offenders, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 26. јануара 1970. године.

¹³ *Recommendation Rec (76)10 on Certain Alternative Penal Measures to Imprisonment*, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 9. марта 1976. године.

¹⁴ *Recommendation Rec (96) on the European rules on community sanctions and measures*.

¹⁵ *Recommendation Rec (2000) 22E on improving the implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures*, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 29. новембра 2000. године.

¹⁶ *Recommendation Rec (2003)22 on conditional release (parole)*, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 24. септембра 2003. године.

¹⁷ Осим наведених препорука, неких аспеката алтернативног кажњавања тичу се и: Препорука Р(92)17 која се односи на конзистентност кажњавања; Препорука Р(99)22 која се односи на пренатрпаност затвора и повећање затворске популације; Препорука Савјета Европе (99)19 о медијацији у кривичним стварима, као и Европска конвенција о компензацији за жртве насилних кривичних дјела од 24. 11. 1983. године.

¹⁸ А. Царић, *Проведба стандарда Уједињених народа за малолетничко правосуђе у Хрватском малолетничком казненом законодавству*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 43, број 1, Правни факултет, Сплит, 2006, стр. 8.

¹⁹ В. Камбовски, „Теоретски основи на новиот законски модел на малолетничката правда“, *Македонска ревија за казнено право и криминологија (МРКПК)*, год. 13, бр. 3, 2006, стр. 37.

на или за коју је утврђено да су прекршила кривични закон. Поступање с таквом дјецом треба обављати без прибјегавања судском поступку, те тако да се у потпуности поштују људска права и законска заштита. Надаље, у члану 40 (4) предвиђено је да државе чланице осигурају да се са дјецом поступа на начин који одговара њиховој добробити и који је сразмјеран како околностима тако и учињеном дјелу. У том циљу, стране уговорнице се слажу да је потребно ставити на располагање различит спектар мјера, као што су брига, усмјеравање, правна помоћ, условно кажњавање, прихват, образовање и програми стручне обуке. У стварању широког спектра мјера, државе потписнице се експлицитно слажу да се на располагање ставе одговарајуће алтернативе институционалном третману.

Најважнији међународни документ из области алтернативног кажњавања јесу Стандардна минимална правила УН за мјере алтернативне институционалном третману, односно Токијска правила од 14. 12. 1990. године.²⁰ Токијска правила треба да се примјењују на дјецу у складу са законом у свим фазама кривичног правосуђа.²¹ Ова правила подстичу државе да развију широк спектар алтернативних мјера, почев од оних прије покретања поступка, до оних након изрицања пресуде. Ова правила немају обавезну снагу међународног правног акта. Њима се настоји указати законодавцима држава чланица на законодавне иницијативе које би требало предузети ради прописивања, спровођења и извршења ових нарочитих мјера.

Токијска правила садрже основне минималне стандарде намијењене спровођењу мјера незатварања и других мјера повезаних са ограничењем слободе. Њима се не промовишу алтернативне санкције, него се њихово мјесто сагледава у ширем оквиру, са аспекта криминалне и казнене политике.²² Токијска правила промовишу веће учешће заједнице у спровођењу кривичног правосуђа и јачање осјећаја одговорности малољетног учиниоца кривичног дјела према друштвеној заједници. Ова правила дају свеобухватну слику онога што би требало узети у обзир приликом рада на унапређењу, развоју и примјени мјера

²⁰ Нацрт Токијских правила припремљен је радом европских стручњака на формулисању тзв. Правила из Гронингена (Холандија) (*Groningen Rules*) у периоду 1986–1988. године. У Гронингену октобра 1988. године усвојена су оваква стандардна минимална правила за примјену ванзатворских мјера које укључују ограничења слободе (*The Standard Minimum Rules for the Implementation of Non-Custodial Measures Involving Restriction of Liberty*). Потом су стручњаци из UNAFEA израдили коначан нацрт Токијских правила, који је усвојила Скупштина УН.

²¹ Н. Грбић, „Међународноправни стандарди који се односе на малољетне извршиоце казних дјела“, *Правна ријеч*, број 19, 2009, стр. 380.

²² Н. Мрвић Петровић, *Алтернативне...*, op.cit., стр. 33.

алтернативних институционалном третману, укључујући преткривичне тзв. диверзионе програме.

У Токијским правилима (5–9) садржана је листа мјера које се могу примијенити као главне санкције, као мјере уз главне санкције или као мјере прије него што дође до покретања судског поступка. У правилу 8.2 наведене су бројне санкције које се могу користити као алтернатива казни затвора и мјери притвора у оквиру судске одлуке.²³ То су слjedeће санкције: вербалне санкције (опомена, строг укор, упозорење), условно отпуштање, статусна казна, новчана казна, мјера одузимања имовинске користи, конфискација, накнада штете жртви, условна осуда, административни или судски надзор, рад у корист заједнице, налог за јављање центру за надзор, кућни затвор, други облици третмана ван институција или нека друга комбинација наведених мјера. Правилу 9.2 предвиђене су мјере које се могу користити после осуде у фази извршења казне затвора. То су: варијанте извршења у полуотвореним установама, условно отпуштање, отпуштање уз услов извршења радних обавеза или стицања образовања, ремисија (отпуштање без посебних услова после протекла одређеног времена на извршењу казне затвора у случају доброг владања осуђеника), кауција о добром владању, амнестија, помиловање и сл.²⁴

Токијским правилима прописују се минимални услови које треба да испуњавају државни службеници и волонтери ако су ангажовани на извршењу алтернативних санкција. Нарочито су бројне смјернице које се тичу операционализације надзора и контроле над понашањем осуђеног лица. За разлику од контроле, која подразумијева пасивно праћење понашања осуђеног лица на слободи током извршења алтернативне санкције, током заштитног надзора примјењују се и мјере подршке и помоћи осуђеном лицу. Њему се помаже савјетовањима, посредовањем (са породицом, оштећеним, послодавцем) или на друге начине ради превазилажења личне тешкоће и успјешно испуњавања обавеза или услова који су му наметнути у оквиру алтернативне санкције која му је изречена.²⁵

Према наведеном, када говоримо о фундаменталним циљевима, треба да кажемо да Токијска правила стављају фокус на развијање правила у погледу спровођења мјера незадржавања, као и на минималне

²³ *Стандарди и нормe Уједињених народа из области кривичног правосуђа*, Развојни програм Уједињених народа, Одјел за економска и социјална питања, Центар за међународну превенцију криминала, УНДП, 1998, стр. 58.

²⁴ Н. Мрвић-Петровић, *Алтернативне...*, op.cit., стр. 35.

²⁵ N. Bishop (ed.), *Non-Custodial Alternatives in Europe*, No. 14, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations, Helsinki, 1988, p. 13.

мјере заштите за лица која су подвргнута казнама које су алтернатива затворском кажњавању.²⁶ Тако можемо рећи да је циљ доношења Токијских правила био проширивање казнене политике, а не утврђивање правно обавезујућих стандарда.²⁷

На регионалном нивоу Савјет Европе је 1992. године усвојио Препоруку број Р (92) 16, која се односи на европска правила о санкцијама и мјерама које се служе у заједници.²⁸ Доношење наведене препоруке представља резултат дуготрајних активности у области кривичних санкција од стране различитих комитета Савјета Европе, у оквиру главног Комитета за казнене проблеме (*European Committee on Crime Problems*).²⁹ Препорука садржи 90 правила која прате Европска затворска правила и њом се државе чланице позивају да остваре одговарајућу равнотежу између потребе заштите друштва и интереса жртве, с једне стране, и поштивања међународних стандарда, са друге стране.³⁰

Као и Токијска правила, и Препорука број Р (92) 16 представља упутство и нема снагу законског акта, те не може представљати једину основу за законску акцију. С друге стране, постоји политичка и морална обавеза држава чланица да слиједе препоруке Уједињених нација и Савјета Европе. Наведена препорука се односи на санкције и мјере које се служе у заједници. Ове санкције и мјере нису алтернативе за затворске казне, већ представљају правила *sui generis*, која се односе на извршавање санкција у отвореном друштву.³¹

Препорука Р (92) 16 наглашава да је њен циљ: „...да успостави сет стандарда који ће омогућити властима надлежним за доношење одлука и органима надлежним за спровођење да обезбиједи праведну и ефикас-

²⁶ М. Платек, „Међународни и европски стандарди који се односе на алтернативе затворским казнама“, у: Ј. Јелинчић (ур.), *Алтернативе затворским казнама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005, стр. 116.

²⁷ Види шире: D. Van Zyl Smit, „Legal Standards and the Limits of Community Sanctions“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 1, no. 4, 1993, pp. 309–331.

²⁸ Алтернативне санкције и мјере већ дуже вријеме су предмет проучавања низа докумената који су претходили усвајању препоруке. Сви ти документи су на неки начин помогли њеном настанку. У склопу ових активности, реализован је низ студија и регулисана су многа питања која су у вези са одређеним врстама алтернатива затвору укључујући надзор над преступницима у заједници, као што су: условни отпуст и пробација, затим казнена рјешења за учиниоце кривичних дјела који су овисници о дрогама, затим статус жртава кривичног дјела и др. Види шире: З. Шепаровић, „Алтернативе казни затвора“, *Правна мисао*, број 5–6, 1989, стр. 5–20.

²⁹ Г. Лажетић-Буржаровска, *Алтернативи за затворот*, НИП „Студентски збор“, Скопје, 2003, стр. 225.

³⁰ З. Карабец, „Алтернативе затворским казнама“, у: Јелинчић, Ј. (ур.), *Алтернативе затворским казнама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005, стр. 131.

³¹ М. Платек, *op. cit.*, стр. 116.

ну примјену санкција и мјера које се служе у заједници; примјена ових мјера мора да настоји да очува нужну и пожељну равнотежу између потребе да се заштити друштво, и у смислу очувања правног поретка и у смислу обезбјеђивања репарација за штету која је нанијета жртвама, с једне стране, као и да, са друге стране, обезбиједи да се уваже основне потребе починилаца кривичних дјела, водећи при том рачуна о потреби њихове ресоцијализације³².

У поглављима I и II Препоруке прописују се начела која би требало да буду поштована приликом прописивања алтернативних санкција. Тако се нарочито инсистира на томе да алтернативне санкције могу бити прописане само законом, да могу бити изрицане само у судском поступку од овлашћених органа, да допунски услови и обавезе које терете осуђеног морају бити јасно прописане, као и трајање санкције. Осим тога, неиспуњење предвиђеног услова или обавезе не смије бити прописано као посебно кривично дјело. Водећи рачуна о карактеристикама личности, породичном, социјалном, економском статусу окривљеног, као и о чињеници раније осуђиваности, коригује се пропорционалност санкције тежини извршеног кривичног дјела. Казна затвора може се извршити према окривљеном уколико није испунио обавезе које су му одређене алтернативном санкцијом, али само уколико је таква могућност била предвиђена законом (Правило 9 Препоруке).

У III одјељку Препоруке предвиђена је забрана дискриминације по основу расне, етничке, националне припадности, полне опредељености, језика, религиозних, политичких или других опредјељења, економског, социјалног поријекла или психичких својстава. Алтернативне санкције се не смију састојати у ограничењу грађанских или политичких права, нити смију бити у супротности са основним људским правима гарантованим на интернационалном нивоу документима Уједињених нација или Савјета Европе. У глави IV регулисано је који су критеријуми опредјељујући за избор одговарајуће санкције и мјере, затим начин како се окривљени обавјештава о осуди и када се прибавља пристанак оптуженог лица на учествовање у извршењу одређене санкције. У глави V су правила која регулишу запослење, избор и стручне квалификације особља, а у глави VI дефинисана су правила која се односе на финансијске ресурсе. С обзиром на то да се наведена препорука односи на извршивост санкција у заједници, читаво поглавље VII се односи на укљученост и учешће у заједници, а поглавље VIII на услове за примјену таквих санкција. Ва-

³² *Ibidem.*

жан дио Препорука се односи на поступак извршења санкција и мјера. У њима се наглашава да санкције морају бити смислене за учиниоца кривичног дјела. Неколико правила регулише поступање особља надлежног за извршење алтернативних санкција (да помаже учиниоцу кривичног дјела, да објективно прикупља информације и води евиденције, да омогућава учиниоцу увид у евиденцију итд.). Конкретнија правила о начину рада особља и поступку спровођења санкција садржана су у главама IX и X Препоруке.³³

Допуну овим правилима представља Препорука Савјета Европе Р (2000) 20³⁴, која се односи на примјену европских стандарда о мјерама и санкцијама у заједници. Наиме, Препорука Р (92) 16 не садржи листу мјера које се могу примијенити као главне санкције, као мјере уз главне санкције или као мјере прије судског поступка, док су у Препоруци Р (2000) 22 наведене мјере, поступци и санкције које могу остварити функцију алтернатива затварању. Додатак уз Препоруку Р (2000) 22 садржи одређена упутства у погледу ефикасније примјене санкција и мјера које се служе у заједници. Као примјери таквих казни наводе се: алтернативе притвору (захтјев према осумњиченом да не напушта одређено мјесто и надзор над осумњиченим који врши надлежна служба), условна казна као независна санкција која се изриче без изрицања казне затвора, служење у заједници (бесплатно обављање одређених послова за заједницу), надокнада жртви (медијација у односу жртва–починилац), налог за обавезно лијечење (уколико су починиоци кривичног дјела алкохоличари или корисници опојних дрога), ограничење слободе кретања у одређеним дијеловима дана или електронско надгледање изречено у складу са Европским затворским правилима.³⁵

Да би се поспјешило изрицање алтернативних санкција, законодавац би требало јасно да предвиди када се или за која кривична дјела могу изрећи алтернативне санкције умјесто казне затвора. Истовремено се предлаже да се искључи могућност њиховог изрицања за тешка кривична дјела и раније осуђиваним лицима, те да алтернативне санкције може изрицати суд или неки други правосудни орган.

Последња препорука која се односи на пенитенцијарна питања је Препорука (2010)1 о Европским правилима за пробаацију³⁶, која заједно с

³³ Види шире: Н. Мрвић-Петровић, *Алтернативне...*, *op. cit.*, стр. 38–41.

³⁴ *Recommendation Rec (2000) 22 of the Committee of Ministers to member states on improving the implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures*, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 25. новембра 2000. године.

³⁵ М. Платек, *op. cit.*, стр. 121.

³⁶ *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Probation Rules*, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 20. јануара 2010. године.

Европским правилима о санкцијама и мјерама у заједници из 1992. године настоји афирмисати незатворске санкције и мјере, а с циљем смањења негативних учинака затварања као и смањења затворске популације.

Умјесто закључка

Унапређење већ постојећих и увођење нових алтернативних кривичних санкција у савремена кривична законодавства резултат је бројних препорука у том правцу од стране међународних организација и удружења која се баве овом проблематиком. Када је у питању малољетничко законодавство Републике Српске, остварен је значајан напредак по питању увођења алтернативних мјера (полицијског упозорења и васпитних препорука).

Да би се остварила примјена алтернативних мјера и санкција код нас, неопходно је испунити различите претпоставке као што је одговарајућа обука и едукација полицијских службеника, судија, тужилаца, запослених у центрима за социјални рад и других лица која учествују у свим фазама поступка према малољетницима. Исто тако, за неке од наведених мјера потребно је оснажити капацитете локалне заједнице као средине у којој живи малољетник и у којој треба да се примјењује дио тих мјера.

Такође, неопходно је оснивање одређених служби које не постоје код нас (на примјер, пробацијске службе) по узору на страна искуства, али које би се прилагодиле условима живота на нашим просторима. За овакву реформу неопходно је обезбиједити не само декларативну већ и материјалну подршку (посебно од стране државе), али и појачати и подржати улогу и значај невладиног и приватног сектора, чије могућности су недовољно искоришћене.

Литература

Van D., Smit Z., „Legal Standards and the Limits of Community Sanctions“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 1, no. 4, 1993.

Larry Mays G., Thomas Winfree L., Jr., *Contemporary Corrections*, Stamford, 2002.

Bishop N. (ed.), *Non-Custodial Alternatives in Europe*, No. 14, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations, Helsinki, 1988, p. 13.

Цариќ А., *Проведба стандарда Уједињених народа за малолетничко правосудје у Хрватском малолетничком казненом законодавству*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 43, број 1, Правни факултет, Сплит, 2006.

Камбовски В., „Теоретски основи на новиот законски модел на малолетничката правда“, *Македонска ревија за казнено право и криминологија (МРКПК)*, год. 13, бр. 3, 2006.

Лажетик-Буржаровска Г., *Алтернативи за затворот*, НИП „Студентски збор“, Скопје, 2003.

Јовашевиќ Д., *Закон о малолетним учиниоцима кривичних делаи кривичноправној заштити малолетних лица са уводним коментаром*, Службени лист, Београд, 2005.

Карабец З., „Алтернативе затворским казнама“, у: Јелинчиќ, Ј. (ур.), *Алтернативе затворским казнама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.

Шепаровиќ З., „Алтернативе казни затвора“, *Правна мисао*, број 5–6, 1989.

Митровиќ Љ., Грбић-Павловиќ Н., *Улога полиције у поступку према малолетницима* у: Зборнику радова „Сузбијање криминала и европске интеграције“, Криминалистичко-полицијска академија и Ханс Зајдел фондација, Београд, 2011.

Платек М., „Међународни и европски стандарди који се односе на алтернативе затворским казнама“, у: Ј. Јелинчић, (ур.), *Алтернативе затворским казнама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.

Грбић Павловић Н., „Алтернативне мјере у новом малољетничком кривичном законодавству Републике Српске“, *Глосаријум*, број 10, 2011.

Грбић Павловић Н., *Кажњавање малољетних учинилаца кривичних дјела ограничењем слободе*, Балканолошки истраживачки центар и Истраживачки центар Бања Лука, Бања Лука, 2017.

Грбић Н., „Међународноправни стандарди који се односе на малољетне извршиоце казнених дјела“, *Правна ријеч*, број 19, 2009.

Мрвић Петровић Н., *Алтернативне кривичне санкције (студија о прихватљивим модалитетима извршења)*, у Зборнику радова „Алтернативе затворским казнама“, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.

Мрвић-Петровић Н., *Алтернативне кривичне санкције у државама балканског региона*, у Зборнику радова „Право земаља у региону“, Институт за упоредно право, Београд, 2010.

Мрвић-Петровић Н., Грбић Н., „Алтернативне кривичне санкције према малолетницима у Републици Српској“, *Правни живот*, Том II, број 10, 2009.

Константиновић-Вилић С., Костић М., *Диверзиони модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, број 50/2007.

Соковић С., „Између затвора и условне осуде – интермедијарне санкције“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 2009, год. 47, бр. 3.

Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку у Републици Српској (“Службени гласник Републике Српске, број 13/10, 61/13“).

Стандарди и норме Уједињених народа из области кривичног правосуђа, Развојни програм Уједињених народа, Одјел за економска и социјална питања, Центар за међународну превенцију криминала, УНДП, 1998.

Recommendation Rec (76)10 on Certain Alternative Penal Measures to Imprisonment, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 9. марта 1976.

Recommendation Rec (96) on the European rules on community sanctions and measures.

Recommendation Rec (2000) 22 of the Committee of Ministers to member states on improving the implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 25. новембра 2000.

Resolution (65)1 on the suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 22. јануара 1965.

Resolution (70)1 on the practical organization of measures for the supervision and aftercare of conditionally sentenced or conditionally released offenders, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 26. јануара 1970.

Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Probation Rules, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 20. јануара 2010.

Recommendation Rec (2000) 22E on improving the implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures, усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 29. новембра 2000.

Recommendation Rec (2003)22 on conditional release (parole), усвојена је од Комитета министара Савјета Европе 24. септембра 2003.

INTERNATIONAL STANDARDS AND ALTERNATIVE PUNISHMENT JUVENILES BY RESTRICTION OF FREEDOM

Nikolina Grbić Pavlović, PhD*

***Abstract:** The philosophical, ideological and legal concept of human rights has been completed by introducing and defining the children rights as an independent area. The rights of juvenile perpetrators of crimes on the international level are guaranteed through international documents with a pronounced commitment to the special and stronger protection and development of minors. The international standards have an imperative significance for the states that have ratified them. When it comes to the formal response to juvenile criminality, in accordance with contemporary trends and international standards, the restorative justice principle is encouraged. Non-compliance measures are not a new concept. The alternative criminal sanctions are considered an important lever in the implementation of the reform of the criminal justice system by confirming the specific guidelines for their prescribing and monitoring the implementation of these guidelines in the practice of the member states. The author will present the most important international standards that regulate the alternative punishment of minors by the restriction of freedom.*

***Key words:** juveniles, restriction of freedom, alternative punishment, international standards.*

* Ministry of Internal Affairs of Republika Srpska

MEĐUNARODNI KAZNENOPRAVNI ODGOVORI NA AKTUALNU MIGRANTSKU KRIZU¹

Dr. sc. Vanda Božić, znanstveni suradnik*
Prof. dr. Željko Nikac**

Apstrakt: Autori se u radu bave veoma aktualnim pitanjem i globalnim problemom ilegalnih migracija koje su eskalirale u današnje vrijeme prvenstveno kao posljedica ratnih sukoba. Prvi dio rada obuhvaća pojmove i karakteristike migracija te nezakonitih prijelaza državne granice. Ukazano je na distinkciju između nezakonitih prijelaza državne granice i krijumčarenja ljudi. Drugi dio rada obrađuje međunarodni pravni okvir za sprečavanje i suzbijanje nezakonitih migracija i krijumčarenja ljudi, s osvrtom na pravo Europske unije. U trećem dijelu rada napravljen je prikaz i analiza nezakonitih prijelaza državne granice prema državama regije. U zaključnim razmatranjima navode se mogući prijedlozi *de lege ferenda* s ciljem sprečavanja i suzbijanja ilegalnih migracija i krijumčarenja ljudi te sveobuhvatnije kontrole državnih granica.

Ključne riječi: međunarodni kaznenopravni okvir, nezakonite migracije, krijumčarenje ljudi, državna granica, Hrvatska, Srbija, EU.

* Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, e-mail: vanda.bozic@pravo.hr

** Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, e-mail: zeljko.nikac@kpa.edu.rs

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“ pod br. 179045. MPNTR RS.

1. Uvod

Migracije stanovništva su pojava poznata u povijesti ljudske civilizacije od najstarijih dana njenog nastanka, pa sve do današnjih dana. U prošlosti je do migracijskih procesa uglavnom dolazilo zbog ratnih sukoba, izvanrednih situacija, poput prirodnih nesreća i nepogoda, posebno usljed gospodarskih razloga, siromaštva i nezaposlenosti. Migracije stanovništva dovodile su do porasta stope kriminaliteta. U novijoj svjetskoj povijesti, u periodu prošlog stoljeća i u današnje vrijeme, zabilježeni su snažni migracijski pokreti naročito nakon velikih ratnih sukoba. Tako je poslije I svjetskog rata došlo do snažnih migracijskih kretanja stanovništva iz ratom razorene i uništene Europe ka državama SAD, Kanadi i Australiji. Čitave obitelji Iraca, Talijana, Poljaka, kao i ljudi s naših prostora prelazile su Atlantik i odlazile u “novi svijet” s idejom novog početka. Trend migracija održao se sve do početka II svjetskog rata, kada je situacija bila dramatična, jer je iz Europe krenuo migracijski val Jevreja i običnih ljudi antinacista, pacifista, koji su pokušali sačuvati goli život. Amerika je u to vrijeme bila “obećana zemlja” i zadnji spas za nekoliko tisuća ljudi koji su pokušavali da se domognu njenih obala. Situacija je bila još teža poslije završetka II svjetskog rata, kada se više milijuna ljudi uspjelo primaknuti državama SAD, Kanade i Australije.² U ove zemlje nisu dolazili samo ljudi s prostora Europe već i stanovništvo s prostora Afrike, Azije i arapskih zemalja koji su sa sobom donijeli svoju kulturu, mentalitet i običaje. Većina doseljenika se, po pravilu, snašla i postala je relativno dobro prihvaćena u novim sredinama.

U drugoj polovini prošlog stoljeća val migracija uslijedio je poslije velikih *regionalnih sukoba s međunarodnim posljedicama*, kao što su bili ratovi u Koreji, Vijetnamu, rat između Izraela i arapskih zemalja. Ratni sukobi na prostorima nekadašnje Jugoslavije opet su doveli do snažnog migracijskog procesa ka “matičnim” zemljama, državama u okruženju, EU, SAD, Kanadi i Australiji.

Gospodarske migracije su bile i ostale veoma prisutne posebno od 70-ih godina prošlog stoljeća kada je veliki broj migranata iz nerazvijenih zemalja došao na “privremeni rad” u države EU i druge razvijene zemlje.

Početak III tisućljeća nije, nažalost, značio i kraj ratnih sukoba u svijetu pa time ni smanjenje procesa migracija. Pokret poznat pod nazivom “Arapsko proljeće” označio je početak pobune protiv tadašnjih vlasti u velikom broju arapskih (muslimanskih) zemalja na sjeveru Afrike i Bliskom istoku. Posli-

² Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Dosije, Beograd, 2007, str. 172.

je početnih građanskih protesta i marševa, ovaj pokret je doveo do eskalacije sukoba i ratnih strahota u Libiji, Siriji, Iraku i još nekim drugim zemljama. Građanski rat u Siriji traje još i danas, poslije sedam godina odnio je velik broj ljudskih života, dok je materijalna šteta enormna. To je izazvalo veliki izbjeglički val i najnoviju migrantsku krizu koja traje do dan-danas, sa velikim brojem izbjeglica koji su, bježeći od rata, potražili utočište u državama EU, Turskoj i okolnim zemljama. Pored toga, pokret je inspirirao i doveo do manjih protesta u zemljama izvan arapskog svijeta, kao što je bio slučaj u SAD, gdje je pokrenut građanski protest "Okupirajmo Wall Street."³

Odgovor država i međunarodne zajednice na aktualnu migrantsku krizu ima svoj međunarodni legislativni i operativni (funkcionalni) aspekt suzbijanja nezakonitih migracija. Pored promjene elemenata vanjske politike koji utiču na nastanak i razvoj ilegalnih migracija, važan korak je međunarodni kaznenopravni odgovor na ilegalne migracije. Na toj osnovi države uspostavljaju i razvijaju međunarodnu kaznenopravnu suradnju u suzbijanju ilegalnih migracija, kao i kaznenih djela povezanih s njima.

2. Pojmovno određenje i dimenzije migracija – etiologija, fenomenologija i viktimologija –

Migracije (lat. *migratio*) su pojam koji znači seobu, u širem smislu njime se označavaju različiti oblici mobilnosti ljudi prije svega, ali i životinja. U doktrini i praksi ima više različitih definicija ovog pojma. Po našem mišljenju, možemo prihvatiti određenje specijalizirane Međunarodne organizacija za migracije (IOM – *International Organization for Migration*), prema kojoj se *migracije* definiraju kao *kretanje ljudi ili grupa ljudi preko granica država i unutar njih, bez obzira na distancu koja se pritom prelazi, uzroke i okolnosti pod kojima se kretanje odvija*.⁴

U našoj leksikografskoj literaturi pod migracijama se smatra *preseljenje ili premještanje stanovništva unutar granica jedne države (unutrašnje migracije) i iz jedne države u drugu (spoljne migracije)*.⁵

³ Šire: Browsers, Michaele, *Political Ideology in the Arab World: Accommodation and Transformation*, 2009, New York: Cambridge University Press.

Vidi i: Goldstone, Jack A.; Hazel, John T., Jr. (2011), *Understanding the Revolutions of 2011: Weakness and Resilience in Middle Eastern Autocracies*, Foreign Affairs.

⁴ *Glossary on migration*, International Organization for Migration, Geneva, 2011, str. 62–63.

Šire: Mijalković, S., Žarković, M., *Ilegalne migracije i trgovina ljudima*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2012.

⁵ Mastilo, N., *Rečnik savremene srpske geografske terminologije*, Geografski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 228

U pogledu *etiologije* migracija, uzroci i uvjeti migracija su različiti, mogu biti prirodni i društveni.⁶ Prirodni uvjeti su geografski, klimatski, hidrološki i geološki, koji su u ranijem razdoblju stimulirali migracije stanovništva u svijetu.⁷ Tu spadaju i prirodne katastrofe i druge izvanredne situacije: akcidenti, havarije, tehničko-tehnološki incidenti, infektivne i zarazne bolesti, posljedice ratnih sukoba.⁸

U širem smislu, društveni čimbenici potječu iz zajednice, odnose se na političke i ekonomske odnose u društvu, u konkretnom vremenu. Na migracije posebno utječu društveni konflikti, ratovi i sukobi na vjerskoj, etničkoj i rasnoj osnovi kao što je to bio slučaj na prostorima nekadašnje SFRJ. Kriminalitet i njegovi najteži pojavni oblici od velikog su značaja na migracije i potrebu ljudi da *pobjegnu* u uređene i sigurnije zemlje. Ekonomski faktori su značajni uzroci migracija, među kojima posebno skrećemo pažnju na siromaštvo, nezaposlenost, niske plaće i u konačnici, nizak standard građana.⁹ Ekonomski razlozi su stalno prisutni i oni su glavni razlog stalnog priliva migranata i pritiska na razvijene zemlje poput SAD, Kanade, Australije i država EU, s obzirom na to da pružaju bolje šanse za posao, obrazovanje i, na kraju, normalan život.

U *fenomenološkom* smislu migracije imaju različite pojavne oblike i klasificirane su po različitim kriterijima.¹⁰ Razlikujemo: a) *prisilne* i *dobrovoljne* (prema uvjetima i ciljevima), b) *individualne* i *kolektivne* (kvantitet), c) *organizirane* i *neorganizirane* (organizacija), d) *privremene*, *povremene* i *trajne* (vremenski okvir), e) *unutrašnje* i *međunarodne* (teritorij).¹¹

Posebno je značajna podjela migracija prema pravnom osnovu migracijskih tokova na *legalne* (regularne) i *ilegalne* (neregularne). Legalne migracije se odvijaju prema nacionalnoj legislativi država, dok su ilegalne su-

⁶ Više: Božić, V., Nikač, Ž., *Criminal law responses to smuggling of people in Croatia and Serbia with the analysis of situation and trends*, Conference Proceedings of the International Scientific Conference „Towards a better future: the rule of law, democracy and polycentric development“ Bitola, Faculty of Law Kičevo, „St. Kliment Ohridski“, University Bitola, Center for Scientific Research at the Faculty of Law Kicevo, 2018, p. 304–315.

⁷ *Monitoring disaster displacement in the context of climate change*, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Internal Displacement Monitoring Centre, 2009, p. 8.

⁸ Žarković, M., Mladan, D., Bjelovuk, I., *Specifičnosti kriminalističkog postupanja na mestu događaja u uslovima velikih akcidenata – vanrednih situacija*, NBP No. 2, Vol. XIV, Beograd, 2009, str. 185–202.

⁹ International Labour Office (ILO), *Global Employment Trends 2012, Preventing a deeper jobs crisis*, 2012, Geneve, p. 10.

¹⁰ Babović, M., „Savremeni migracijski tokovi u svetu“, *Škola o prisilnim migracijama*, Grupa 484 & IAN, Beograd, 2006, str. 5–6.

¹¹ Mijalković, S., *Suprotstavljanje trgovini ljudima i krijumčarenju migranata*, Službeni glasnik i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 46.

protne propisima država (porijekla, tranzita i odredišta). *Međunarodne* migracije su značajne zbog elementa inozemnosti koji podrazumijeva uključenost većeg broja država, međunarodnih organizacija i subjekata koje karakterizira značajna mobilnost i strano državljanstvo. Posebnu pažnju privlače modaliteti migracija u formi kombinacija različitih vrsta, krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima.¹²

Ilegalne migracije su glavni generator aktualne migrantske krize. U pitanju je, kako je navedeno, kretanje ljudi suprotno propisima država porijekla, tranzita i krajnjeg odredišta. Upravo je protupravnost glavni element ove vrste migracija i ona se različito iskazuje u odnosu na porijeklo i teritorij država. U slučaju država porijekla u pitanju je prijelaz državne granice bez adekvatne putne isprave, suprotno uvjetima za izlazak iz određene države. U odnosu na države tranzita i krajnje destinacije protupravnost se ogleda u neispunjavanju uvjeta za ulazak, boravak ili rad u tim zemljama (boravišne i radne dozvole).¹³

Ilegalne migracije mogu biti neorganizirane, *poluorganizirane* i *organizirane*. U pitanju su prvenstveno samoinicijativne migracije pojedinaca ili manjih grupa ljudi, s manjim stupnjem organiziranosti, kao i one koje vode organizirane kriminalne grupe.¹⁴ Najopasnije su, svakako, organizirane nezakonite migracije iza kojih stoje organizirane kriminalne grupe koje imaju podršku korumpiranih graničnih službenika policije i carine. Organizirane kriminalne grupe rukovode krijumčarenje migranata, predmet su posmatranja kroz prizmu Palermo konvencije i Dopunskih protokola: I – za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, ženama i djecom i II – protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom.¹⁵

Stanje i kretanje migracija u Europi ukazuje na činjenicu da je danas situacija daleko najteža i posve alarmantna. Na početku XXI stoljeća bilo je oko 150 milijuna migranata u svijetu, da bi samo pet godina kasnije ovaj broj porastao na 190 milijuna. Krajem prvog i početkom drugog desetljeća taj broj

¹² Božić, V., *Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi (analiza stanja de lege lata uz prijedloge de lege ferenda)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2015, br. 36, str. 845–874.

¹³ Više: Nikač, Ž., Božić, V., „Suzbijanje kaznenih djela ilegalnih migracija na području Regije s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku i Republiku Srbiju“, *Pravna riječ*, 2016, str. 193–220.

¹⁴ Филиповски, З., *Откривање и спречување на илегалната миграција и трговија со луѓе во Република Македонија*, Факултет за безбедност, Скопје, 2002, str. 40.

¹⁵ *UN Convention against Transnational Organized Crime*, UNCAC, UN, Treaty Series, vol. 2225, 2000.

Vidi i: Nikač, Ž., *Palermo konvencija i Dopunski protokoli u funkciji suzbijanja organizovanog kriminala*, Zbornik KPA, Beograd 2015, str. 265–290.

je narastao na oko 200 miliona migranata.¹⁶ Zemlje *ex* SFRJ i naše regije veoma su pogođene migracijskim procesima, posebno u gospodarskom i sigurnosnom smislu. Vjerujemo da je rapidni rast broja migranata moguće zaustaviti usuglašenom zajedničkom akcijom te, prije svega, otklanjanjem uzroka i uvjeta za nastanak i razvoj migracijskih procesa.

Viktimološka dimenzija migracija polazi od ljudi – subjekata migracija i *de facto* žrtava u širem smislu. Stoga međunarodna zajednica i EU pokušavaju predvidjeti ne samo stroži režim prelaza granica, tranzita i boravka stranaca, administrativne i prekršajne mjere, već sagledati potrebe brojnih izbjeglica kako bi im mogli pomoći u njihovom zbrinjavanju. U pogledu kaznenopravne reakcije država, glavna meta su organizatori krijumčarenja ljudi iz svijeta organiziranog kriminaliteta, dok se običnim migrantima garantiraju osnovna ljudska prava i slobode. Po pravilu, najviše migranata primaju razvijene velike zemlje poput SAD, Kanade, V. Britanije, Francuske, Nemačke i Rusije, kao i neke bogate arapske zemlje (Saudijska Arabija, UAE, Katar).¹⁷

3. Međunarodni pravni okvir za suzbijanje migracija

Na listi *izazova, rizika i prijetnji* po nacionalnu sigurnost država i međunarodnu sigurnost, nezakonite migracije danas zauzimaju veoma visoko mjesto, prije svega imajući u vidu obim ovog procesa i teritorija zahvaćenog izbjegličkim (migrantskim) valom. Stoga je neophodan usaglašen društveni odgovor koji uključuje legislativni i operativni (funkcionalni) aspekt kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom nivou.

Legislativni odgovor podrazumijeva međunarodni pravni okvir za suzbijanje migracija na osnovu kojeg su države u obavezi uskladiti norme svog nacionalnog zakonodavstva. Dobar pravni okvir je neophodna pretpostavka društvene reakcije i adekvatnog operativnog odgovora specijalizovanih državnih organa za borbu protiv organizovanog kriminala.

a) Konvencija protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta¹⁸ i Dopunski protokoli (I-II) su nesporno najvažniji pravni izvor u suzbi-

¹⁶ *The IOM World Migration Report 2010*, p. 1. Šire: *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, UN Department of Economic and Social Affairs, p. 1-3, dostupno na: <http://esa.un.org/migration/p2k0data.asp>, (27. 8. 2018).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ 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*, Светиклиментовите пораки за етиката, моралот и вредностите, St. Clements's messages for ethics, morality and values, Fakultet za bezbednost, Skopje, 2016, str. 89–111.

janju ilegalnih migracija. Palermo konvencija, donesena još 2000. godine s ciljem suzbijanja najtežih pojava oblika transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, predstavlja revolucionarni međunarodni dokument u ovom problemu. Najvažnija rješenja Konvencije odnose se na uspostavljanje specijalnih istražnih tehnika (metoda) za suzbijanje organiziranog kriminaliteta, osnivanje specijalnih organa država za borbu protiv organiziranih kriminalnih grupa i harmonizaciju normi nacionalnog zakonodavstva država potpisnica u skladu s Konvencijom.

Svrha konvencije je elaborirana u čl. 1 u smislu unaprjeđenja suradnje u borbi protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta. Konvencija se primjenjuje na *prevenciju, istragu i sudski progon*: a) svih teških zločina (kaznenih djela kažnjivih kaznom zatvora od najmanje četiri godine); b) učešća u organiziranim kriminalnim grupama, pranja dobiti stečene kriminalnim radnjama; c) akata korupcije i d) ometanja provođenja pravde kao kaznenog djela.¹⁹ U kontekstu teme posebno je važna i borba protiv svih vidova korupcije s obzirom na to da korupcija olakšava nezakonite migracije i kriminalne akte.

Države su se obvezale da će surađivati u istrazi, progonu i sudskom postupku u vezi s kaznenim djelima inkriminiranim Konvencijom te da će pružati najširu moguću pravnu pomoć.²⁰ Shodno tome, predviđene su zajedničke istrage i *zajednički istražni timovi* (JIT – Joint Investigation Team).²¹ Tako je na nivou EU usvojen poseban akt pod nazivom *Priručnik za zajedničke istražne timove*, prema kojem „zajednički istražni tim pruža najbolju platformu da se opredijeli optimalna strategija istrage i kaznenog progona“.²² Usvojeni su *procesni mehanizmi podrške* u kaznenom postupku: prijenos kaznenog postupka, izvješća iz kaznene evidencije, kažnjavanje za ometanje pravde, zaštita svjedoka, pomoć i zaštita žrtava kao i mjere za poboljšanje policijske suradnje.

b) Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom (II) još u preambuli ističe potrebu djelotvorne borbe protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, sveobuhvatnu međunarodnu suradnju koja obuhvaća razmjenu informacija, zajedničke aktivnosti država i mjere na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom

¹⁹ Čl. 3 UNCATOC.

²⁰ Čl. 18. *Ibid.*

²¹ Više: Nikač, Ž., Božić, V., Simić, B., *Joint investigative teams as a mechanism of The UN Convention against transnational organized crime*, Tematski zbornik radova učesnika 7. međunarodnog naučnog skupa „Archibald Reiss days“ 2017, p. 269–283.

²² *JITs Practical Guide, CoE*, 04.11.2011 (15790/1/11, REV 1)

nivou.²³ Međunarodna suradnja je imperativ u suzbijanju ove pojave s obzirom na ekspanziju organiziranih kriminalnih grupa krijumčara migranata, stoga je neophodno zaštititi ne samo države, već i migrante i njihove živote.

Migranti se u Protokolu tretiraju kao osobe čija se personalna situacija zloupotrebljava iz materijalnih pobuda i lukrativnih motiva, što je inkriminirano kroz kaznena djela *trgovanje ljudima i krijumčarenje ljudi*.²⁴ Radi se o kaznenim djelima transnacionalnog karaktera, nastalim kao rezultat aktivnosti organiziranih kriminalnih grupa. Valja napomenuti da migranti neće biti izloženi kaznenom progonu jer se smatraju oštećenima u postupcima protiv organizatora i drugih učesnika krijumčarenja. Države potpisnice su se obvezale usvojiti zakonske mjere i ustanoviti kaznena djela koja se odnose na stjecanje financijske ili druge materijalne koristi u vezi s krijumčarenjem migranata kao i radnji koje omogućavaju krijumčarenje (proizvodnja, posjedovanje ili nabavka lažnih dokumenata). Postoji i obveza potpisnica da utvrde otegotne okolnosti koje ugrožavaju živote ili sigurnost migranata te povlače nehuman ili degradirajući tretman i eksploataciju migranata.

Države potpisnice moraju poduzeti mjere *sprječavanja krijumčarenja ljudi i suradnje* u borbi protiv krijumčarenja migranata morem kao i na zajedničkim granicama. One obuhvaćaju: točke ukrcavanja, odredišta, itinerer, prijevoznike i prijevozna sredstva za koje se zna ili sumnja da koriste grupe za organizirani kriminalitet kao i identitet i metode njihovih organizacija i grupa, autentičnost i formu putnih dokumenata država potpisnica i krađe ili zlouporabe praznih putnih dokumenata; sredstva i metode skrivanja osoba i transporta, protuzakonito mijenjanje, reprodukciju ili drugu zlouporabu putnih dokumenata; zakonska iskustva, praksu i mjere sprječavanja i borbe protiv ovih radnji.²⁵ U borbi protiv krijumčarenja migranata važno mjesto zauzimaju edukacija kadrova i suradnja država potpisnica.²⁶

²³ Preambula se pravno oslanja na Rezoluciju UN br. 54/212 od 2. 12. 1999. godine, u kojoj se posebno navode društveno-ekonomski i međunarodni kontekst *migracija* u svijetu.

Više: Nikač, Ž., Božić, V., *The Fight Against People Smuggling in the Region with Special Reference to the Republic of Croatia and Republic of Serbia*, Comparative Security Systems of Neighbouring Countries: Similarities, Differences and Cooperative, International Monograph, Faculty of Business Studies and Law University Union of Belgrade, 2018, p. 393–416.

²⁴ Šire: Božić, V., Lisičar, H., Mudrić, M., „Kaznenopravni aspekti krijumčarenja ljudi u Republici Hrvatskoj s osvrtom na mediteransku krizu – analiza stanja i preporuke de lege ferenda“, *Pravni život* br. 9 (2015), 578 1-848, str. 283–301.

²⁵ Protokol II, čl. 8–13.

²⁶ *Ibid.*, čl. 14–15.

Posebno važan dio odnosi se na mjere *pomoći i zaštite* migranata (osobito žena i djece), njihovih prava, kao što su pravo na život, zaštita od torture i drugih okrutnih, nehumanih, ponižavajućih postupaka i kazni.²⁷

c) Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking tretira trgovanje ljudima kao organizirano kretanje ljudi u cilju ostvarenja profita, a dodatnu osnovu razdvajanja čine prijevara, sila ili prinuda u cilju eksploatacije.²⁸ Neizostavni pratitelj je narušavanje zdravlja i gubitak života migranata koji borave u nepodnošljivim higijenskim, sanitarnim i zdravstvenim uslovima.²⁹ Svakako najteže su posljedice *eksploatacija* migranata od strane kriminalnih organizacija, naročito u formi radnog i seksualnog iskorištavanja.³⁰

d) Od ostalih značajnih izvora navodimo: *Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima*,³¹ *Direktiva 2011/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća o prevenciji i borbi protiv trgovanja ljudima i zaštiti žrtava trgovanja ljudima*,³² *Okvirna odluka Vijeća Europe 2001/220/PUP o položaju žrtava u kaznenom postupku*³³ i *Direktiva Vijeća EU 2004/83/EZ*³⁴ *o boravišnim dozvolama državljanima trećih zemalja koji su žrtve ilegalnih migracija i surađuju s nadležnim organima*. U pitanju su uglavnom sistemska pravna rješenja u vezi sa kojim je doneseno više preporuka, zaključaka i akata za implementaciju.

²⁷ *Ibid.*, čl. 16.

²⁸ Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, dostupno na: <http://apflnet.ilo.org/resources/recommended-principles-and-guidelines-on-human-rights-and-human-trafficking>, 2002, p. 9 (31. 8. 2018).

²⁹ Više: Hansen, E., Donohoe, M., „Health Issues Of Migrant And Seasonal Farmworkers“, *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, Vol. 14, No. 2, 2003, p. 153–164.

³⁰ Više: Božić, V., *Labor exploitation as the most common form of the crime of trafficking in human beings in spite of the state border control and the labor market*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2016, str. 335–352.

³¹ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, CETS No. 197, Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima; NN, MU, br. 7/2007.

³² Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Official Journal of the European Union L 101/1.

³³ Okvirna odluka Vijeća od 15. ožujka 2001. o položaju žrtava u kaznenom postupku (2001/220/PUP), „Službeni list EUL“ 082/1.

³⁴ Directive 2004/83/EZ od 29. travnja 2004. o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljanina treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite, „Službeni list EUL“ 304/12.

4. Nezakoniti prijelazi državne granice na području regije

Osnovni razlog napuštanja države rođenja godinama je bio temeljen na dobrovoljnoj osnovi *trbuhom za kruhom* u nadi pronalaska bolje plaćenog posla i time kvalitetnijeg života. Mogućnost dobivanja radnih dozvola u željenoj državi i legalni odlazak iz države porijekla vrlo često je, većini, bila nedostižna želja. Tako su ljudi, nezadovoljni situacijom u svojoj zemlji, nezakonito prelazili državne granice i nastanjivali se u više-manje željenim državama, radili bez potrebnih papira kako ih nitko ne bi protjerao iz zemlje dok se na *neki način* ne snađu. Tamna brojka nezakonito nastanjenih migranata koji rade ilegalno, dosta je velika.³⁵ Međutim, posljednjih godina situacija je, bar na području Europske unije, otvaranjem zajedničkog tržišta rada među državama članicama, postala umnogome riješena. S druge strane, tek posljednjih nekoliko godina mladi ljudi napuštaju svoju državu i zbog obrazovanja i mogućnosti ulaganja u svoje znanje, jer je i na tom polju tržište Europske unije postalo na *neki način* dostupno svima.

Ukoliko pogledamo analizu stanja i kretanja stanovništva na području bivše Jugoslavije, prije njezina raspada 1991. godine, i sadašnjeg brojčanog stanja prema popisima stanovništva u državama regije, proteklih godina, situacija je i više nego alarmantna.

U Hrvatskoj je, prema posljednjem popisu stanovništva iz 2011. godine živjelo 4.284.889 stanovnika, dok je u istoj državi 1991. godine, bilo prijavljeno 4.760.344 stanovnika.³⁶ Hrvatska bilježi drastičan pad broja svog stanovništva i to za 475.455 ljudi, što predstavlja gubitak od preko 10%.

Bosna i Hercegovina iz 1991. godine bilježi 4.377.033 stanovnika. Posljednji popis stanovništva učinjen je 2013. godine, kada je evidentirano 3.531.159 stanovnika.³⁷ Brojčana razlika od 845.874 stanovnika manje više je nego evidentna i zabrinjavajuća.

Srbija je 1991. godine imala 7.822.795 stanovnika, dok je dvadeset godina kasnije, prema popisu iz 2011. godine zabilježen pad broja stanovnika na 7.186.862, što čini 635.933 manje državljana.³⁸

Makedonija je prije raspada zajedničke države imala 2.033.964 stanovnika, dok prema službenim podacima iz 2002. godine ova najjužnija bi-

³⁵ Više: Nikač, Ž., Božić, V., „Suzbijanje kaznenih djela ilegalnih migracija na području regije s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku i Republiku Srbiju“, *Pravna riječ*, 2016, str. 193–220.

³⁶ Izvor: Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 2013. godine.

³⁷ Prema podacima Agencije za statistiku Bosne i Hercegovine, 2013. godine.

³⁸ Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije, 2012. godine.

vša Republika ima evidentiranih 2.040.929 svojih državljana, što se još tada činilo da Makedonija nema problem s iseljavanjem svog dijela stanovništva u za život atraktivnije krajeve. Valja napomenuti kako Makedonija od tada nije službeno provela popis stanovništva, iako je to bila dužna napraviti, sukladno pravu Europske unije, tako da, za sada, ne možemo sagledati pravo stanje.

Republika Slovenija imala je 1.962.606 stanovnika dok je bila u sastavu bivše Jugoslavije, dok prema podacima iz 2014. godine ima 2.061.085 stanovnika. Jedino je ova najzapadnija država bivše SFRJ očuvala u velikoj mjeri svoje stanovništvo i povećala ga za 98.479 stanovnika.

Isto tako, Crna Gora je, prema posljednjem popisu stanovništva, za vrijeme zajedničke države imala 615.267 stanovnika. Međutim, prema popisu iz 2011. godine broj stanovnika je, u odnosu na navedeni, porastao za skoro 10.000, tako da sada bilježi 625.266 stanovnika.

Navedenu razliku u broju stanovništva možemo vidjeti u tablici pod brojem 1.

	U sastavu ex YU	Samostalna država	Razlika
Hrvatska	4.760.344	4.284.889	- 475.455
Srbija	7.822.795	7.186.862	- 635.933
Slovenija	1.962.606	2.061.085	+ 98.479
Crna Gora	615.267	625.266	+ 9.999
Bosna i Hercegovina	4.377.033	3.531.159	- 845.874
Makedonija	2.033.964	2.040.929	+ 6.965
Ukupno regija	21.572.009	19.730.190	- 1.841.819

Tablica br. 1. Broj stanovnika država regije prije i poslije raspada ex YU

Područje regije, s obzirom na geografski položaj, vrlo je aktualan pravac migrantima iz istočnih zemalja ka Zapadu, a koji izazvani ratnim sukobima i situacijama više sile bivaju primorani da napuste svoju zemlju. Nezakonit prijelaz državne granice prema propisima hrvatskog kaznenog zakonodavstva smatra se prekršajem,³⁹ dok je prema propisima srpskog krivičnog zakonodavstva inkriminirano kao krivično djelo... *Ko bez propisane dozvo-*

³⁹ Vidi: Prekršajni zakon, „Narodne novine“, br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17.

*le pređe ili pokuša da pređe granicu Srbije, naoružan ili upotrebom nasilja, kazniće se.*⁴⁰

Nadalje, oblik organizirane pomoći i omogućenja nezakonitog prijelaza državne granice – krijumčarenje ljudi, inkriminirano je čl. 326 st. 1 KZ RH... *Tko iz koristoljublja omogući ili pomogne drugoj osobi nedozvoljeno ući, izići, kretati se ili boraviti u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi članici Europske unije ili potpisnici Šengenskog sporazuma*⁴¹... kao i čl. 350 st. 2 KZ RS... *Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, omogućava drugom nedozvoljeni prelaz granice Srbije ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz Srbiju, kazniće se...*

U nastavnoj analizi ukazat ćemo na broj nezakonitih prijelaza hrvatske državne granice prema susjednim zemljama, državama regije. Pregledna situacija prikazana je u tablici pod rednim brojem 2.

Najviše ilegalnih prijelaza u 2016. godini bilo je na državnoj granici prema Sloveniji (2043), dok je u 2017. godini najviše nezakonitih prijelaza državne granice bilo prema Srbiji (1459). Veliku brojku zauzimaju nezakoniti prijelazi na nepoznatom dijelu granice ili u dubini teritorija države. U 2016. godini zabilježen je takav 1.101 nezakonit prijelaz, dok su u 2017. godini evidentirani 1743.

Na drugom mjestu prema broju nezakonitih prijelaza u 2016. godini su oni na granici prema Bosni i Hercegovini (572), dok su u 2017. godini na drugom mjestu nezakoniti prijelazi državne granice prema Sloveniji (1,149).

Na trećem mjestu u 2016. godini su nezakoniti prijelazi državne granice prema Srbiji (517), dok su u 2017. godini na trećem mjestu prema Bosni i Hercegovini (359).

Gledano ukupno u posljednje dvije godine, granica prema Sloveniji još uvijek je na prvom mjestu po brojnosti nezakonitih prijelaza (3,192) i bilježi pad u odnosu na 2016. godinu. Na drugom mjestu po broju nezakonitih prijelaza su granični prijelazi prema Srbiji (1,976), dok su na trećem mjestu granični prijelazi prema Bosni i Hercegovini (931).

Tijekom 2017. zabilježen je znatno veći broj ilegalnih prijelaza na nepoznatom dijelu granice kao i onih zatečenih u dubini teritorija (1,743) u odnosu na 2016. godinu (1,101).

⁴⁰ Krivični zakonik Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14.

⁴¹ Kazneni zakon RH, „Narodne novine“, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17.

Na granici prema	2016.	2017.	2017. U RH	2017. Iz RH	Vraćeni iz inozemstva	U dubini
Sloveniji	2.043	1149	118	480	551	-
Mađarskoj	16	25	4	19	2	-
Srbiji	517	1459	1455	4	-	-
Crnoj Gori	132	48	44	4	-	-
BIH	572	359	327	32	-	-
Pomorski i zračni promet	115	25	14	11	-	-
Nepoznati dio granice ili zatečeni u dubini teritorija	1.101	1.743	-	-	-	1.743
Ukupno	4.496	4.808	1.962	550	553	1.743

Tablica br. 2. Nezakoniti prijelazi državne granice prema susjednim zemljama⁴²

Valja napomenuti kako, u skladu sa Zakonom o schengenskim granicama⁴³ i Direktivom 2004/38/EZ,⁴⁴ državljani Europske unije podliježu osnovnoj graničnoj kontroli, dok drugi državljani podliježu temeljnoj graničnoj kontroli.

U tablici pod rednim brojem 3 prikazani su nezakoniti prijelazi državne granice prema državljanstvu u 2016. i 2017. godini, te shodno tome, i razlika koja se odnosi na godišnje smanjenje/povećanje.

Najbrojniji su državljani *Afganistana*, njih 965 zatečeno je tijekom 2017. godine u nezakonitom prelasku državne granice, dok ih je u 2016. godini evidentirano 903. U 2017. godini državljani *Kosova* drugi su po brojnosti (787), kao i 2016. godine kada ih je bilo 458.

Državljan *Turske* (517) zauzimanju treće mjesto u 2017. godini po brojnosti ilegalnih prijelaza državne granice, dok treće mjesto u 2016. godini

⁴² Prema podacima MUP-a RH, Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj: Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2017. godini, Zagreb, 2018.

⁴³ Zakon o schengenskim granicama, SL L 105, 13. 4. 2006.

⁴⁴ Direktiva 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji o slobodi kretanja i boravka na teritoriju države članice, SL L 158/77, 29. travnja 2004.

pripada državljanima Albanije (435). Zatim su po brojnosti u nezakonitim prelascima državne granice i državljani Sirije, Alžira, Bosne i Hercegovine, Iraka, Irana, Maroka, Pakistana, Srbije. Državljanima Nigerije i Tunisa bilježe najmanji broj ilegalnih prijelaza državne granice u posljednje dvije godine.

Zanimljivo je spomenuti kako *Iran* i *Turska* imaju osjetno povećanje svojih državljana u ilegalnim migracijama u odnosu na 2016. godinu, dok *Irak*, *Maroko* i *Sirija* bilježe osjetan pad svojih ilegalnih migranata u odnosu na godinu prije.

NEZAKONITI PRIJELAZI DRŽAVNE GRANICE PREMA DRŽAVLJANSTVU			
Državljanstvo	2016.	2017.	+/- %
Afganistan	903	965	6,9
Albanija	435	401	-7,8
Alžir	196	131	-33,2
Bangladeš	39	67	71,8
BIH	137	129	-5,8
Irak	259	107	-58,7
Iran	106	204	92,5
Kosovo	458	787	71,8
Maroko	160	61	-61,9
Nigerija	7	8	14,3
Pakistan	333	367	10,2
Sirija	343	196	-42,9
Srbija	103	92	-10,7
Tunis	17	29	70,6
Turska	246	517	110,2
Ostale	754	747	-0,9
Ukupno	4.496	4.808	6,9

Tablica br. 3. Nezakoniti prelasci državne granice po državljanstvu⁴⁵

⁴⁵ Prema podacima MUP-a RH, Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj: Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2017. godini, Zagreb, 2018.

5. Zaključna razmatranja

U korpusu *izazova, rizika i prijetnji* za državnu sigurnost, *nezakonite migracije* su danas na veoma visokom mjestu i predstavljaju jedan od globalnih problema čitave međunarodne zajednice. Na težinu problema i njegovo rješavanje posebno utječe činjenica da su aktualne migracije nastale kao rezultat ratnih sukoba u širem okruženju EU u Siriji, Afganistanu, Iraku i drugim zemljama Bliskog istoka. Međutim, kraj sukoba se ne nazire već se čini da se produbljuje, i to posebno u Siriji, gdje se prelamaju interesi velikih (SAD, Rusija) i regionalnih sila (Turska). Dodatnu dimenziju ovim sukobima daje vjerska komponenta i činjenica da se posljedice sukoba osjećaju u cijelom svijetu.

To je dovelo do aktualne migrantske krize na području Europske unije. Bogate zemlje članice su posebno tangirane jer su kao razvijene veoma atraktivne, ne samo za (redovne) ekonomske migrante, već i za izbjeglice iz ratom zahvaćenih područja. Države regije nalaze se na poznatom *balkanskom putu* koji koriste migranti i izbjeglice iz ratnih područja, a svi teže da se domognu EU.

Migrantski val prati opasnost od *terorističkih napada* i „spavača“ jer je poznato da je u bliskoj prošlosti bio veliki broj terorističkih napada u europskim gradovima koji su u vezi s migrantskom krizom. Sve to dovodi do velikog otpora građana u europskim državama prema migrantima, a u posljednje vrijeme i jačanje pokreta koji zagovaraju najoštrije mjere prema izbjeglicama iz ratnih područja. Na situaciju utječu i pojedini incidenti i kaznena djela migranata, kao i veliki ekonomski teret koje ove države podnose za osiguranje državnih granica i socijalne programe.

U odgovoru na spomenute izazove, međunarodna zajednica je reagirala na legislativnom planu usvajanjem *Palermo konvencije* 2000. godine za borbu protiv organiziranog kriminaliteta i Dopunskim protokolima. Najvažniji Protokol II – *protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom* u prvi plan ističe međunarodnu suradnju država u borbi protiv nezakonitih migracija, posebno onih koje su rezultat djelovanja organiziranih kriminalnih grupa.

Normativni okvir dopunjen je i drugim međunarodnim dokumentima, navedenim u radu.

Međunarodni pravni izvori bili su dobra osnova državama potpisnicama da *usklade svoje nacionalno zakonodavstvo*, što su uglavnom i učinile. Isto su napravile i Republika Hrvatska i Republika Srbija, koje su ugradile pojedine

инкриминације у своје казнено законодавство и усвојиле рјешења у *lex specialis* прописима у погледу специјалних техника и других механизма за борбу против организованог криминалитета.

Мишљења смо да на ширем међународном плану водеће државе свијета треба да воде уравнотежену ванјску политику како би избјегле ратне sukobe. Time би *a priori* отклонили један од главних узрока миграција и time избјегли могуће последице.

Нуžno је да и остале државе регије у потпуности ускладе своје национално законодавство с међународним правним оквиrom у сузбијању незаконитих миграција. Исто тако, имајући у виду нове *modus operandi* мигрантских процеса, ваљало би законским novelama ријешити правне празнине које се као такве могу појавити на међународној и националној разини.

Literatura

Babović, M., *Savremeni migracijski tokovi u svetu*, Škola o prisilnim migracijama, Grupa 484 & IAN, Beograd, 2006.

Božić, V., *Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi (analiza stanja de lege lata uz prijedloge de lege ferenda)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 2/2015.

Božić, V., *Labor exploitation as the most common form of the crime of trafficking in human beings in spite of the state border control and the labor market*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2016.

Božić, V., Nikač, Ž., *Criminal law responses to smuggling of people in Croatia and Serbia with the analysis of situation and trends*, Conference Proceedings of the International Scientific Conference „Towards a better future: the rule of law, democracy and polycentric development“, Bitola, Faculty of Law Kičevo, „St.Kliment Ohridski“, University Bitola, Center for Scientific Research at the Faculty of Law Kicevo, 2018.

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*, Светиклиментовите пораки за етиката, моралот и вредностите, St. Clements's messages for ethics, morality and values, Fakultet za bezbednost, Skopje, 2016.

Božić, V., Lisičar, H., Mudrić, M., „Kaznenopravni aspekti krijumčarenja ljudi u Republici Hrvatskoj s osvrtom na mediteransku krizu – analiza stanja i preporuke de lege ferenda“, *Pravni život* br. 9 (2015), 578 1–848.

Browsers, Michaelle, *Political Ideology in the Arab World: Accommodation and Transformation*, 2009, New York: Cambridge University Press

Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, CETS No. 197

Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Official Journal of the European Union L 101/1

Directive 2004/83/EZ od 29.04.2004. o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljana treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite, „Službeni list Europske unije“ 1 304/12

Directive 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji o slobodi kretanja i boravka na teritoriju države članice, SL L 158/77, 29. 04. 2004.

Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske

Филиповски, З., *Откривање и спречување на илегалната миграција и трговија со луѓе во Република Македонија* (магистерски труд), Факултет за безбедност, Скопје, 2002.

Glossary on migration, International Organization for Migration, Geneva, 2011.

Goldstone, Jack A., Hazel, John T., Jr. (2011), *Understanding the Revolutions of 2011: Weakness and Resilience in Middle Eastern Autocracies*. Foreign Affairs.

Hansen, E., Donohoe, M., *Health Issues Of Migrant And Seasonal Farmworkers*, Journal of Health Care for the Poor and Underserved, Vol. 14, No. 2, 2003.

Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Dosije, Beograd, 2007.

International Labour Office (ILO), Global Employment Trends 2012,

Preventing a deeper jobs crisis, Geneva, 2012.

JITs Practical Guide, CoE, 04.11.2011 (15790/1/11, REV 1).

Kazneni zakon RH, NN br.125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17.

Krivični zakonik Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14.

Mastilo, N., *Rečnik savremene srpske geografske terminologije*, Geografski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.

Mijalković, S., *Suprotstavljanje trgovini ljudima i krijumčarenju migranata*, Službeni glasnik i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009.

Mijalkovic, S., Zarković, M., *Ilegalne migracije i trgovina ljudima*, KPA, Beograd, 2012.

Monitoring disaster displacement in the context of climate change, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Internal Displacement Monitoring Centre, 2009.

MUP RH Služba za strateško planiranje, analitiku i razvoj: Statistički pregled temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2017. godini, Zagreb, 2018.

Nikač, Ž., Božić, V., „Suzbijanje kaznenih djela ilegalnih migracija na području regije s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku i Republiku Srbiju“, *Pravna riječ*, 2016, str. 193–220.

Nikač, Ž., *Palermo konvencija i Dopunski protokoli u funkciji suzbijanja organizovanog kriminala*, Zbornik KPA, Beograd 2015.

Nikač, Ž., Božić, V., *The Fight Against People Smuggling in the Region with Special Reference to the Republic of Croatia and Republic of Serbia*, Comparative Security Systems of Neighbouring Countries: Similarities, Differences and Cooperative, International Monograph, Faculty of Business Studies and Law University Union of Belgrade, 2018.

Nikač, Ž., Božić, V., Simić, B., *Joint investigative teams as a mechanism of The UN Convention against transnational organized crime*, Tematski zbornik radova učesnika 7. međunarodnog naučnog skupa „Archibald Reiss days” 2017.

Okvirna odluka Vijeća od 15. 3. 2001. o položaju žrtava u kaznenom postupku (2001/220/pup), „Službeni list Europske unije“ 1 082/1.

Prekršajni zakon, „Narodne novine“, br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17.

Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, dostupno na: <http://apflnet.ilo.org/resources/recommended-principles-and-guidelines-on-human-rights-and-human-trafficking>

Republički zavod za statistiku Republike Srbije.

The IOM World Migration Report, 2010

UN Convention against Transnational Organized Crime, UNCATOC, UN, Treaty Series, vol. 2225.

Zakon o schengenskim granicama, SL L 105, 13. 4.2006.

Žarković, M., Mlađan, D., Bjelovuk, I., *Specifičnosti kriminalističkog postupanja na mestu događaja u uslovima velikih akcidenata – vanrednih situacija*, NBP No. 2, Vol. XIV, Beograd, 2009.

INTERNATIONAL CORRECTIONAL RESPONSES TO THE CURRENT MIGRATION CRISIS*

Vanda Božić, PhD, Research Associate*

Željko Nikač, PhD, Full Professor**

Abstract: *The authors deal with a very topical issue and the global problem of illegal migration that has escalated to the present time primarily as a result of war conflicts. The first part of the paper includes the concepts and characteristics of migration and illegal crossing of the state border. It points to the distinction between illegal crossing the state border and smuggling of human beings. The second part deals with the international legal framework for the prevention and suppression of illegal migration and smuggling of people, with reference to the law of the European Union. In the third part of the paper, authors made an overview and analysis of the illegal crossing of the state border towards the countries of the Region. Concluding considerations include possible suggestions of de lege ferenda with the aim of preventing and combating illegal migration and smuggling of people and more comprehensive control of state borders.*

Key words: *International Criminal Justice Framework, Illegal Migration, Smuggling of People, State Border, Croatia, Serbia, EU.*

* Faculty of Law/ University in Zagreb

** Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

**PRIMJENA PRAVILA O STICAJU I PRODUŽENOM KRIVIČNOM
DJELU PRAVNOG LICA PREMA KRIVIČNOM ZAKONIKU
REPUBLIKE SRPSKE**

Dr Miodrag Bukarica*

***Apstrakt:** Pravno i fizičko lice razlikuju se u mnogim suštinskim osobinama. Pošto pravno lice nema svoj fizički oblik i zato ne može biti neposredni izvršilac, ono čini krivično djelo ili doprinosi njegovom izvršenju na način koji je potpuno drugačiji od načina kako to čini fizičko lice. Upravo zbog toga, pravno i fizičko lice u istom inkriminisanom događaju ne moraju činiti ista pa čak ni istovrsna krivična djela, a pravnom licu mogu biti izrečene samo sankcije koje su prilagođene njegovim osobinama. Najvjerojatnije su ovi razlozi uticali na zakonodavca da 2013. godine posebno definiše elemente produženog krivičnog djela fizičkog lica i elemente produženog krivičnog djela pravnog lica. Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine u opštem dijelu i dalje sadrži opšte odredbe o sticaju koje se jednako primjenjuju na fizička i na pravna lica, ali je brisana konstrukcija produženog krivičnog djela pravnog lica, tako da će se na pravna lica supsidijarno primjenjivati odredbe opšteg dijela produženom krivičnom djelu. Pošto su opšta pravila o odmjeraivanju novčane kazne za djela učinjena u sticaju i pravila o produženom krivičnom djelu projektovana prvenstveno za primjenu na fizička lica, u radu ćemo istražiti da li se predmetne odredbe i u praksi mogu uspješno primjenjivati na pravna lica.*

***Ključne riječi:** osobine, supsidijarna, istovrsna, osnov odgovornosti.*

* Okružno javno tužilaštvo Banja Luka, Vladike Platona bb, 78000 Banja Luka,
e-mail: jesen09@teol.net

1. Odgovornost pravnog lica za sticaj

Materija sticaja krivičnih djela obuhvata pitanja vezana za krivično djelo i krivične sankcije.¹ Za postojanje sticaja moraju biti ispunjeni uslovi da su izvršena dva ili više krivičnih djela, da se učiniocu sudi u istom postupku i da mu se za sva djela izriče jedinstvena osuda. Odredbe o sticaju iz opšteg dijela krivičnog zakonodavstva Republike Srpske primjenjuju se na fizička i na pravna lica.

Pravnom licu mogu biti izrečene kazne prestanka pravnog lica, oduzimanja imovine i novčana kazna, a primjena odredaba o sticaju na pravna lica moguća je samo kada je izrečena novčana kazna. Pravila o odmjeravanju novčane kazne pravnim licima za krivično djelo ili za više krivičnih djela učinjenih u sticaju koja pronalazimo u uporednom zakonodavstvu mogu se svrstati u dvije grupe. U prvoj su zakonodavstva koja propisuju opšti minimum i maksimum novčane kazne, te prilikom odmjeravanja novčane kazna za fizička i pravna lica primjenjuju jedinstvena pravila. U drugoj grupi su zakonodavstva koja za pravna lica propisuju novčane kazne koje su po obimu veće od novčanih kazni za fizička lica, pa saglasno tome propisuju i posebna pravila za odmjeravanje novčane kazne prema pravnim licima. Naše zakonodavstvo je specifično, jer za pravna lica propisuje drastično veće minimume i maksimume novčane kazne, ali za pravna i za fizička lica propisuju ista (jedinstvena) pravila o odmjeravanju novčane kazne za krivično djelo i za sticaj krivičnih djela.

1.1. Zakonodavstva zemalja u neposrednom okruženju

Članom 21 Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Crne Gore² propisano je da jedinstvena novčana kazna za sticaj krivičnih djela pravnog lica koja predstavlja zbir pojedinačno utvrđenih kazni, ne može preći stopedesetostruki iznos učinjene štete ili pribavljene protivpravne imovinske koristi ili sedam miliona i pet stotina hiljada evra (stav 1). Ako su za sva krivična djela u sticaju propisane kazne zatvora do tri godine, jedinstvena kazna ne može preći dvadesetostruki iznos učinjene štete ili pribavljene protivpravne imovinske koristi, ili stotinu hiljada eura (stav 2).

Prema Zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike

¹ Stojanović, Z. (2007), *Krivično pravo. Opšti deo*, četrnaesto izdanje, Beograd: Pravna knjiga, str. 219.

² „Službeni list Republike Srne Gore“ br. 02/07, 13/07 i 30/12.

Hrvatske,³ minimalna novčana kazna pravnog lica iznosi 5.000 HRK,⁴ a maksimalna 15.000.000 HRK, dok jedinstvena novčana kazna ne smije biti veća od zbira pojedinačnih kazni niti od najveće zakonske mjere novčane kazne (član 11). Novčana kazna za fizička lica izriče se primjenom modela dnevnih iznosa, član 42 Kaznenog zakonika Republike Hrvatske⁵ propisuje da ne može biti manja od trideset dnevnih iznosa, dok je minimalan dnevni iznos 20 HRK, iz čega proizlazi da je najmanji nominalni iznos ove kazne od 600 HRK drastično manji od minimuma novčane kazne za pravno lice. Upravo zbog toga, članom 11 Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela pod naslovom Izricanje novčane kazne za stjecaj kaznenih djela, propisano je pravilo da jedinstvena novčana kazna za pravno lice ne smije biti veća od zbira pojedinačnih kazni niti od najveće zakonske mjere novčane kazne.

Кривичен законик на Република Македонија⁶ članom 38 propisuje da se novčana kazna za fizička lica odmjerava primjenom modela dnevnih iznosa u rasponu od pet do trista šezdeset dnevnih iznosa, dok najmanja vrijednost jednog dnevnog iznosa može biti 1–5.000 EUR u dinarskoj protivvrijednosti. To praktično znači da fizičkom licu može biti izrečena novčana kazna od 5 EUR do 1.800.000 EUR u dinarskoj protivvrijednosti (110.867.305 MKD). Prema članu 44 stav 2 tačka 4, za krivična djela u sticaju može biti izrečena jedinstvena novčana kazna do 600 dnevnih iznosa (3.000.000 EUR). Pravnom licu, prema članu 96a, može biti izrečena novčana kazna u rasponu od 100.000 MKD do 30.000.000 MKD.⁷ U slučajevima kada je krivično djelo učinjeno iz koristoljublja, pričinjena šteta velikih razmjera, tada novčana kazna može dostići deseterostruki iznos prouzrokovane štete ili imovinske koristi (stav 3). Ako je novčana kazna utvrđena za dva ili više djela pravnog lica (sticaj), jedinstvena novčana kazna ne može dostići zbir pojedinačno utvrđenih kazni, niti preći zakonski maksimum kazne koja je propisana za pravno lice (član 96 f).

Kaznenski zakonik Republike Slovenije⁸ novčanu kaznu za fizička lica normira prema modelu dnevnih iznosa u rasponu od deset do trista šezdeset dnevnih iznosa (član 47 stav 2), te pošto dnevni iznos ne može biti veći od 1.000 EUR, maksimalni iznos novčane kazne može biti 360.000 EUR. Kod sticaja,

³ „Narodne novine” br. 151/03, 110/07, 45/11 i 143/12.

⁴ Hrvatska kuna, 1 HRK = 0.131880 EUR prema srednjem bankovnom kursu na dan 31. 8.2017. god.

⁵ „Narodne novine” br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17.

⁶ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (пречистен текст), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15 i 97/17).

⁷ Makedonski denar, 1 EUR – 62 MKD na dan 31. 8.2018. god.

⁸ „Uradni list Republike Slovenije“ št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 54/15, 6/16, 38/16 i 27/17.

najveći iznos jedinstvene novčane kazne ne može prelaziti zbir utvrđenih kazni niti trista šezdeset dnevnih iznosa, a kod djela iz koristoljublja hiljadu petsto dnevnih iznosa (član 53 tačka 6). Zakonom o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije⁹ propisan je minimum od 10.000 EUR i maksimum 1.000.000 EUR novčane kazne za pravna lica (član 13), dok za krivična djela iz koristoljublja najveća mjera novčane kazne može dostići dvjestostruki iznos prouzrokovane štete ili pribavljene protivpravne imovinske koristi (stav 2). Kod sticaja supsidijarno se primjenjuju opšta pravila o odmjeravanju kazne pa najveći iznos jedinstvene novčane kazne ne može preći zbir utvrđenih kazni.

Krivičnim zakonikom Republike Srbije¹⁰ propisano je da novčana kazna koja se prema fizičkim licima odmjerava u fiksnom iznosu ne može biti manja od deset hiljada dinara niti veća od milion dinara (član 50 stav 2). Zakonom o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Srbije¹¹ (član 14 stav 2) propisano je da novčana kazna ne može biti manja od sto hiljada dinara niti veća od petsto miliona dinara. Pošto su za pravna lica propisani višestruko veći iznosi minimuma i maksimuma novčane kazne, u Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična djela propisana su posebna pravila o odmjeravanju novčane kazne za sticaj krivičnih djela. Ako je pravno lice odgovorno za više krivičnih djela u sticaju, sud će izreći jedinstvenu novčanu kaznu u visini zbira utvrđenih kazni, s tim da ona ne može preći iznos od petsto miliona dinara (član 17 stav 1), a kada su za sva krivična djela u sticaju propisane kazne zatvora do tri godine, jedinstvena kazna ne može preći iznos od deset miliona dinara (stav 2).

Iz pregleda zakonskih odredaba susjednih zemalja može se izvesti zaključak da su za pravna lica propisane novčane kazne u iznosima koji su nominalno veći od novčanih kazni za fizička lica, te da su zbog toga u krivičnim/kaznenim ili zakonima o odgovornosti pravnih lica za krivična djela uglavnom propisane posebne odredbe o odmjeravanju novčane kazne pravnim licima za sticaj krivičnih djela.

⁹ „Uradni list Republike Slovenije“ št. 59/99, 98/04 (uradno prečišćeno besedilo), 65/08 i 57/2012 (uradno prečišćeno besedilo).

¹⁰ „Službeni glasnik Republike Srbije” br. 85/05, 107/05 – ispravka, 79/09, 111/09, 121/09, 104/13, 108/14 i 94/16.

¹¹ „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 97/2008.

1.2. Законodavstvo u Republici Srpskoj

Krivični zakon Republike Srpske iz 2013. godine (dalje skraćeno: KZ RS)¹² nije sadržao posebne odredbe o sticaju krivičnih djela pravnog lica, a pravila o sticaju krivičnih djela iz opšteg dijela (član 42) shodno su se primjenjivala na pravna lica. U ovoj odredbi doslovno stoji: „Sud će prethodno utvrditi kazne za svako od tih djela pa će za sva ta djela izreći jedinstvenu kaznu ...ako je za krivična djela u sticaju utvrdio samo novčane kazne, jedinstvena kazna ne smije preći zbir utvrđenih kazni niti iznos od 100.000 KM, odnosno 1.000.000 KM – ako je neko od djela izvršeno iz koristoljublja“. Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine¹³ (dalje skraćeno: Zakonik) zadržao je ista pravila, ali je u članu 49 stav 2 povećan iznos gornje granice jedinstvene novčane kazne na 200.000 KM, odnosno 2.000.000 KM ako je neko od krivičnih djela izvršeno iz koristoljublja.

Supsidijarna primjena zakonskih odredaba opšteg dijela na pravna lica u praksi može biti prilično problematična. Objasnićemo u čemu se sastoji problem na jednom hipotetičkom primjeru, a pri tome ćemo krenuti od zakonskih odredaba o okvirima za odmeravanje novčane kazne pravnim licima. KZ RS i Zakonik iz 2017. godine za pravna lica propisuju minimum novčane kazne od 5.000 KM i maksimum 5.000.000 KM. Stoga, ukoliko sud utvrdi da je pravno lice učinilo dva krivična djela, pa za jedno utvrdi novčanu kaznu u iznosu 2.000.000 KM a za drugo 2.200.000 KM, tada neće moći primijeniti odredbu o sticaju krivičnih djela iz opšteg dijela, jer je ovom odredbom propisano da maksimum jedinstvene novčane kazne ne smije prelaziti iznos 200.000 KM ili 2.000.000 KM ako je neko od djela učinjeno iz koristoljublja.

Prethodna kratka analiza ukazuje na potrebu propisivanja posebnih odredaba o sticaju krivičnih djela pravnog lica, ili izmjenu i dopunu člana 49 stav 2 iz opšteg dijela Zakonika, koji se supsidijarno primjenjuje na pravna lica.

2. Produženo krivično djelo pravnog lica

Nastanak konstrukcije produženog krivičnog djela vezuje se za učenje glosatora i postglosatora, koji su ukazivali na to da dosljedna primjena pravila

¹² „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 67/13.

¹³ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 64/17.

o sticaju dovodi do ekstremno visokih kazni, a kao alternativu predlagali su uvođenje konstrukcije produženog krivičnog djela.¹⁴ U zemljama gdje je prihvaćena, konstrukcija produženog krivičnog djela uglavnom se primjenjuje kod imovinskih krivičnih djela; isključena je kod krivičnih djela kojima se napadaju lične vrijednosti, jer se smatra da se svakom ponovljenom radnjom čini novo (posebno) krivično djelo. Mnoga zakonodavstva danas ne poznaju ovu konstrukciju, a u praksi nekoliko evropskih zemalja zabilježene su presude koje ukazuju na potrebu njene restriktivne primjene ili na potpunu neprihvatljivost. Savezni sud Švajcarske smatra da pojam produženog krivičnog djela treba u cijelosti napustiti.¹⁵ Nasuprot tome, konstrukcija produženog krivičnog djela prihvataju zakonodavstva svih novonastalih balkanskih država, dok sudska praksa zauzima stav da je postojanje produženog krivičnog djela prihvatljivo kod imovinskih krivičnih djela, a isključeno kod krivičnih djela kojima se povređuju lična dobra.¹⁶ Zakonodavstva više balkanskih država propisuju posebne elemente produženog krivičnog djela pravnog lica. U nastavku slijedi kratak pregled karakterističnih normativnih rješenja iz različitih uporednih zakonodavstava.

2.1. Uporedno zakonodavstvo

Pretežan broj modernih krivičnih zakonodavstava ne prihvata konstrukciju produženog krivičnog djela. Zakonodavstva u kojima ona još postoji u pravilu ne sadrže posebne elemente konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica, te se stoga i na pravna lica primjenjuju odredbe opštih dijelova krivičnog materijalnog zakonodavstva, a sudovi izriču kazne isključivo na osnovu diskrecione ocjene. Uslovi za primjenu konstrukcije produženog krivičnog djela propisani u španskom zakonodavstvu jedinstveni su, pa opravdano zaslužuju našu pažnju. Tako član 74 stav 1 Krivičnog zakonika propisuje da, bez obzira na to što je učinjeno više akcija ili propusta, ako su one uslijedile kao rezultat prethodno stvorenog plana, a odnose se na istu krivičnu odredbu ili na odredbe iste vrste ili na odredbe

¹⁴ Vuletić, I. (2008), „Produljeno kazneno djelo – jedan mogući smjer razvoja de lege ferenda”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, br. 2, vol. 15, str. 15.

¹⁵ Novoselac, u: Vuletić, *ibid.*, str. 16.

¹⁶ Vrhovni sud Hrvatske u presudi broj 447/91 zauzeo je stav da ne postoji produženo krivično djelo kada je krivično djelo teške tjelesne povrede učinjeno na štetu različitih lica. Takođe, u presudi broj 1126/93 zauzima stav da ne postoji produženo krivično djelo razbojništva, jer je za ovo krivično djelo u konkretnom slučaju odlučna okolnost da se radi o napadu na lične vrijednosti (život i tijelo) dva različita lica; presude u Garačić, A. (2008): *Produljeno kazneno djelo u novom zakonu*, str. 10, dostupno na internet adresi: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Produljeno_kazneno_djelo.pdf, sadržaj preuzet 7.1.2012. godine.

koje su slične, smatraće sa da je učinjeno samo jedno krivično djelo i biće izrečena samo jedna kazna, koja ne smije biti manja od polovine, a može biti do polovine veća od maksimuma zakonom propisane kazne. Isti uslovi shodno se primjenjuju i kod konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica. Prema članu 23 Krivičnog zakonika Latvije, produženo krivično djelo sačinjava više međusobno povezanih krivičnih djelovanja koja su usmjerena prema zajedničkom cilju i obuhvaćena jedinstvenom namjerom učinioca, te se zbog toga u svojoj ukupnosti smatraju jednim krivičnim djelom (stav 3). Produženo krivično djelo predstavlja neprekinuto ostvarenje elemenata jednog krivičnog djela (činjenja ili nečinjenja), koje se posljedično može dovesti u vezu sa kontinuiranim neispunjenjem zakonom propisanih obaveza učinioca ukoliko je za neispunjenje zakonom zapriječena kazna (stav 4).

2.2. Zakonodavstva novonastalih balkanskih država

Predmetna zakonodavstva prihvataju konstrukciju produženog krivičnog djela, kako u odnosu na fizička, tako i u odnosu na pravna lica. Dok neka od njih u zakonima o odgovornosti pravnih lica za krivična djela propisuju posebna pravila, druga ne sadrže posebna pravila, već upućuju na primjenu odgovarajućih opštih dijelova krivičnih zakona ili zakonika.

Prema odredbama Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Crne Gore, produženo krivično djelo pravnog lica postoji ako su kumulativno ispunjeni uslovi da su sva krivična djela ista ili istovrsna, vremenski povezana, učinjena od više odgovornih lica, te da predstavljaju cjelinu. Krivična djela čine cjelinu ukoliko postoje najmanje dvije od sljedećih okolnosti: istovjetnost oštećenog, istovrsnost predmeta djela, korišćenje iste situacije ili istog trajnog odnosa, jedinstvo mjesta ili prostora izvršenja djela (član 10 stav 1). U ovom slučaju, novčana kazna može biti pooštrena do dvostrukog iznosa kazne koja je propisana za pravna lica (stav 2).

Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske ne propisuje posebna pravila o produženom krivičnom djelu, već u članu 2 upućuje na primjenu opštih odredaba Kaznenog zakona. Prema Kaznenom zakonu Republike Hrvatske, produženo krivično djelo postoji kada učinilac s namjerom izvrši više odvojenih radnji u prirodnom smislu, kojima se ostvaruju bića istog ili istovrsnih kaznenih djela, ako one s obzirom na njihovu prostornu i vremensku povezanost čine jedinstvenu cjelinu u pravnom smislu (član 52 stav 1). Krivična djela koja predstavljaju napad na život, tijelo, polnu ili druge slobode lica, ne mogu se pravno označiti kao produžena (stav 2).

Кривичен законик на Република Македонија propisuje da produženo krivično djelo fizičkog lica postoji kada učinilac umišljajno preduzima dva ili više vremenski povezanih djelovanja kojima ponovljeno ostvaruje obilježja istog djela, koristeći isti trajan odnos, iste prilike ili druge slične okolnosti (član 45 stav 1). Za pravno lice nisu propisana posebna pravila, već se supsidijarno primjenjuju pravila propisana za fizička lica kao učinioce krivičnog djela.

Prema članu 54 Kazenskog zakonika Republike Slovenije, produženo krivično djelo čini lice koje, iz koristoljublja ili u namjeri prouzrokovanja štete, istovremeno ili sukcesivno, učini ili pokuša učiniti dva ili više istih ili istovrsnih imovinskih krivičnih djela, koja s obzirom na mjesto, način ili druge slične okolnosti, predstavljaju jednu aktivnost. Prema članu 9 Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije, produženo krivično djelo pravnog lica učinjeno je ako su kumulativno ispunjeni uslovi da kod svih djela postoji isti osnov odgovornosti, da su djela istovrsna i vremenski povezana, te da su to djela više učinilaca.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Srbije (član 11 stav 1) za konstrukciju produženog krivičnog djela zahtijeva ispunjenje uslova da su više krivičnih djela učinila dva ili više odgovornih lica, te da djela predstavljaju cjelinu¹⁷ u smislu člana 61 Krivičnog zakonika Republike Srbije. Kazna može biti pooštrena samo prema odgovornom licu, i to najviše do dvostrukog iznosa zakonom propisane novčane kazne (član 11 stav 2).

Prethodni prikazi legislativnih rješenja više zemalja sa različitih prostora imaju za cilj da daju samo okvirne informacije o uslovima za primjenu konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica u navedenim zemljama, te posluže za upoređivanje sa uslovima za primjenu konstrukcije produženog krivičnog djela iz pozitivnog zakonodavstva Republike Srpske. U istom kontekstu treba istaći da je institut odgovornosti pravnog lica za krivična djela prvi put uveden u krivično zakonodavstvo Republike Srpske tokom 2003. godine¹⁸ tako što su odredbe Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije iz 1999. godine¹⁹ nekritički i doslovno prenesene (prepisane) u posebnu glavu KZ RS o odgovornosti pravnog lica za krivična djela. Važno je i napomenuti da su u slovenačkom zakonodavstvu još uvijek na snazi iste odredbe o osnovu odgovornosti pravnog lica i produženom

¹⁷ Djelo predstavlja cjelinu ako postoje najmanje dvije od sljedećih okolnosti: istovjetnost oštećenog, istovrsnost predmeta djela, korišćenje iste situacije ili istog trajnog odnosa, jedinstvo mjesta ili prostora izvršenja djela ili jedinstveni umišljaj učinioca.

¹⁸ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 49/2003.

¹⁹ „Uradni list Republike Slovenije“ št. 59/99.

krivičnom djelu pravnog lica, dok je u Republici Srpskoj tokom 2017. godine brisana posebna odredba o produženom krivičnom djelu pravnog lica.

2.3. Zakonodavstvo u Republici Srpskoj

Opšti dijelovi krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini propisuju elemente (uslove) za postojanje produženog krivičnog djela i definišu opšte odrednice za primjenu instituta, dok odredba posebne glave o pravnim licima pod naslovom Produženo krivično djelo u stvari predstavlja poseban osnov, koji isključuje primjenu odredaba o sticaju na pravno lice.²⁰

Produženo krivično djelo fizičkog lica prema članu 42a Krivičnog zakona Republike Srpske iz 2013. godine²¹ postoji ukoliko su ispunjena četiri uslova, i to da je učinjeno više istih ili istovrsnih krivičnih djela, da su ona vremenski povezana, da je sva djela učinio isti učinilac, te da djela predstavljaju jedinstvenu cjelinu u pravnom smislu zbog postojanja najmanje dvije od nekoliko taksativno pobrojanih okolnosti (istovjetnost oštećenog, istovrsnost predmeta djela, korišćenje iste situacije ili istog trajnog odnosa, jedinstvo mjesta ili prostora izvršenja djela ili jedinstveni umišljaj učinioaca). Ispunjenje nekoliko navedenih uslova nije moguće kod pravnog lica, pa su u posebnoj glavi o odgovornosti pravnih lica za krivična djela propisani posebni uslovi za postojanje produženog krivičnog djela pravnog lica.

Drugačije legislativno uređenje konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica nastalo je kao rezultat potrebe da se institut prilagodi osobinama pravnog lica, te da se u praksi omogući nesmetana primjena propisanih pravila. Doslovan test člana 131 KZRS pod naslovom Produženo krivično djelo glasi: „Kada je kod pravnog lica prisutan *isti osnov odgovornosti* u pogledu više *istovrsnih* i vremenski povezanih krivičnih djela *više učinilaca*, pravno lice je krivično odgovorno kao da je učinjeno jedno krivično djelo.“ U nastavku ćemo komparativnom metodom analizirati elemente produženog krivičnog djela fizičkog i pravnog lica, te razloge za propisivanje posebnih elemenata produženog krivičnog djela pravnog lica.

Prethodno citirana odredba člana 42a Opšteg dijela KZ RS primjenjiva je isključivo na fizička lica kao neposredne učinioce krivičnog djela, odnosno na odgovorna lica u pravnom licu. Za razliku od odgovornosti fizičkog lica za učinjeno krivično djelo, odgovornost pravnog lica za krivično djelo paralelna

²⁰ Babić, M. Filipović, Ljiljana, Marković, Ivanka i Rajić, Z. (2005), *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo: Savjet vijeća Evrope i Evropska komisija, str. 479.

²¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 67/13.

je odgovornost dvaju subjekata – fizičkog lica i organa pravnog lica.²² Činjenica da je fizičko lice učinilo krivično djelo sama po sebi ne dovodi do odgovornosti pravnog lica, već do odgovornosti pravnog lica za učinjeno krivično djelo dolazi tek ukoliko se utvrdi da postoji zakonom propisani osnov (uslov) odgovornosti pravnog lica. Postojanje osnova odgovornosti pravnog lica predstavlja neophodan uslov za postojanje bilo kojeg krivičnog djela pravnog lica, saglasno tome i uslov za postojanje konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica. Pošto osnovi odgovornosti pravnog lica mogu proizlaziti ne samo iz umišljajnog, već i iz nehatnog djelovanja odgovornih lica u pravnom licu (član 127 tačka 4 KZ RS – propuštanje dužnog nadzora nad zakonitošću rada radnika), ispostavlja se da primarni značaj u definisanju produženog krivičnog djela pravnog lica ima postojanje osnova odgovornosti pravnog lica, dok subjektivni elementi opšteg pojma krivičnog djela (umišljaj ili nehat) u tom kontekstu postaju manje važni. Upravo zbog toga, iz definicije produženog krivičnog djela pravnog lica (član 131 KZRS) izostavljena su dva oblika krivice (umišljaj ili nehat), a uveden je osnov odgovornosti pravnog lica. Dakle, kao ekvivalent za obavezno postojanje umišljaja kod svih djela fizičkih lica koja ulaze u sastav produženog krivičnog djela, kod pravnog lica propisan je uslov izražen u vidu *istog osnova odgovornosti pravnog lica koji mora postojati kod svih djela koja ulaze u sastav produženog krivičnog djela pravnog lica*. Osnov odgovornosti mora biti isti, nije dovoljno da je istovjetan. Stoga, kada su dva ili više krivičnih djela učinjena u ime, za račun ili u korist pravnog lica a osnov odgovornosti kod svih krivičnih djela nije isti, npr. kada je kod jednog organ pravnog lica omogućio da se učini krivično djelo a kod drugog pravno lice koristi predmete nastale krivičnim djelom, tada neće postojati isti osnov odgovornosti pravnog lica, pa neće biti ispunjeni uslovi za primjenu zakonske odredbe o produženom krivičnom djelu pravnog lica.

Prema odredbi Opšteg dijela iz člana 42a KZRS, sljedeći neophodan uslov za postojanje predmetne konstrukcije je da se radi o više istih ili istovrsnih krivičnih djela. Ista krivična djela su djela koja se kvalifikuju po istom propisu²³ odnosno djela koja imaju ista zakonska obilježja, dok su istovrsna krivična djela uperena protiv istih dobara, odnosno imaju isti zaštitni objekat. Kod produženog krivičnog djela sud izriče vrstu i mjeru kazne koja je propisana za najteže između više krivičnih djela. Dakle, prema članu 42a KZRS, za postojanje konstrukcije produženog krivičnog djela fizičkog lica zahtijeva se ispunjenje dvaju između više alternativno postavljenih uslova – da se radi o istim ili istovrsnim dobrima, a sud je ovlašćen da utvrdi vrstu

²² Lazarević, Lj., Vučković, B. i Vučković, V. (2007), *Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, Cetinje: Obod, a.d., str. 20.

²³ Vuletić, op. cit., str. 1050.

i mjeru kazne koja je propisana za konkretno krivično djelo ili vrstu i mjeru kazne koja je propisana za najteže od tih djela. Za razliku od ove odredbe Opšteg dijela KZ RS, koja je projektovana za primjenu prema fizičkom licu, članom 131 (posebne glave o odgovornosti pravnih lica za krivična djela), ova odredba propisuje da je za konstrukciju produženog krivičnog djela pravnog lica dovoljno da se radi o istovrsnim (ne o istim) krivičnim djelima. Time je isključena mogućnost da pravno lice izbjegne odgovornost za krivična djela kod kojih izvršilac može biti samo lice koje ima posebno svojstvo (*delicta propria*) i za određena druga krivična djela. Stoga je u posebnoj odredbi, između gore navedenih uslova, zadržan samo uslov da postoji *istovrsnost krivičnih djela* koja ulaze u sastav konstrukcije produženog krivičnog djela.

U Opštim odredbama KZRS (članu 42a), alternativno su postavljeni i drugi uslovi za postojanje konstrukcije produženog krivičnog djela koji su primjenjivi na fizička lica, ali ovi uslovi u principu nisu u skladu sa djelovanjem pravnih lica prilikom izvršenja krivičnih djela. Alternativno propisane okolnosti (uslovi) da postoji istovjetnost oštećenog, da je isti predmet djela, da postoji jedinstvo mjesta i prostora izvršenja krivičnog djela, svakako jesu prihvatljive i primjenjive na fizička lica. Međutim, ako se ima u vidu nesporna činjenica da i u Republici Srpskoj postoji značajan broj pravnih lica koja svoju registrovanu djelatnost obavljaju u okviru više organizacionih jedinica lociranih na različitim mjestima i prostorima, pa čak na područjima više država, pri čemu poslovanjem svake organizacione jedinice rukovode različiti rukovodni organi a nadzor nad zakonitošću rada „na terenu“ vrši više nadzornih organa, ispostavlja se da je mogućnost primjene okolnosti (uslova) iz opšteg dijela KZ RS za konstituisanje produženog krivičnog djela pravnog lica prilično problematična. Zbog toga, u članu 131 KZRS navedeni uslovi su ispušteni iz konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica.

Odredba o produženom krivičnom djelu iz Opšteg dijela KZ RS i odredba posebne glave o odgovornosti pravnog lica za produženo krivično djelo, propisuju da je za postojanje predmetne konstrukcije neophodno ispunjenje uslova da između djela koja ulaze u sastav produženog krivičnog djela postoji *vremenska povezanost*. Zahtjev vremenske povezanosti ne može se ocjenjivati sam za sebe, već u okviru svih drugih elemenata koji ih povezuju, tako da u krivičnopravnom smislu čine jednu cjelinu.²⁴ On se zasniva na objektivnom kriterijumu, pa je primjenjiv na fizička i na pravna lica.

²⁴ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Kr 115/2005-4 od 15.1.2008. godine; u: Vuletić, str. 1052.

Četvrti konstitutivni element (uslov) neophodan za postojanje zakonske konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica zahtijeva da su krivična djela koja ulaze u sastav produženog krivičnog djela učinjena od strane *više učinilaca*. U praksi se mogu pronaći osuđujuće presude protiv fizičkog i pravnog lica za produženo krivično djelo, čija obrazloženja sadrže stav suda o značenju pojma 'više učinilaca'.²⁵ Predmetni element (uslov) svakako je najsporniji dio ove konstrukcije, jer nije jasan *ratio legis* koji opravdava njegovo postojanje. Ako bismo ga sagledali kroz primjenu principa *argumentum a contrario*, proizlazi da više djela koja su učinjena od strane jednog učinioaca ne mogu ulaziti u sastav produženog krivičnog djela pravnog lica, te bi se u tom slučaju mogla primijeniti samo pravila o sticaju, propisana u opštem dijelu KZ RS. Ispostavlja se da ovaj element (uslov) pogoduje, ili čak djeluje stimulatивно na učinioce da zajedno čine krivična djela u ime, za račun i u korist pravnih lica, jer će kroz primjenu konstrukcije produženog djela biti blaže kažnjeni čak i kada učine veći broj krivičnih djela. Pored toga, treba istaći da je samo u odredbama opšteg dijela KZ RS bilo propisano da se fizičkom licu za produženo krivično djelo može izreći kazna u visini dvostruke mjere zakonom propisane kazne (član 42a stav 6 KZ RS), dok to nije bilo moguće za produženo krivično djelo pravnog lica (član 131 KZ RS). Prethodno izloženom treba dodati da u zakonima o odgovornosti pravnog lica Crne Gore i Srbije postoji sličan konstitutivni element (uslov za postojanje) produženog krivičnog djela pravnog lica – da su krivična djela učinila dva ili više odgovornih lica, dok se u teoriji i komentarima zakonskih odredaba mogu pronaći stavovi da je ovaj element suvišan. Ističe se da i samo jedno odgovorno lice može učiniti više krivičnih djela koja se mogu kvalifikovati kao jedno produženo krivično djelo, tako da ne postoji nijedan ozbiljan razlog da se za postojanje produženog krivičnog djela pravnog lica zahtijeva ispunjenje uslova da su djela učinjena od strane više lica.²⁶

Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine donio je mnoge značajne novine, pa je konstrukcija produženog krivičnog djela pravnog lica brisana, a pošto član 103 stav 3 propisuje pravilo da se na materiju

²⁵ Tako u presudi Suda Bosne i Hercegovine broj K-57/09 od 14.5.2010. godine stoji da su optuženo odgovorno lice i pravno lice P. d.o.o M. učinili produženo krivično djelo poreske utaje iz člana 210 stav 2 u vezi sa članovima 54, 29 i 124 KZ BiH, dok se u obrazloženju navodi da je dva djela koja ulaze u sastav produženog krivičnog djela učinilo optuženo fizičko (odgovorno) lice i (samo jedno) pravno lice. Iz toga proizlazi da se pod pojmom 'djelo više učinilaca' podrazumijeva da je više djela iz sastava produženog krivičnog djela učinjeno od strane najmanje jednog fizičkog i jednog pravnog lica. U tom kontekstu moglo bi se postaviti pitanje da li se, s obzirom na okolnost da se odgovornost pravnog lica na posredan način izvodi iz djelovanja fizičkog lica, pravno lice može smatrati drugim učiniocem.

²⁶ Lazarević, et al., op. cit., str. 34.

odgovornosti pravnih lica za krivična djela suspisidijarno primjenjuju odredbe opšteg dijela tog zakonika, na pravna lica će se sada primjenjivati odredbe o produženom krivičnom djelu člana 57 stav 1 iz opšteg dijela ovog zakonika. Da podsjetimo, izmijenjeni su elementi konstrukcije produženog krivičnog djela iz opšteg dijela, tako da zakonska odredba doslovno glasi: „Produženo krivično djelo čini više istih ili istovrsnih umišljajnih krivičnih djela učinjenih u vremenskoj povezanosti, koja zbog načina njihovog izvršenja, istovjetnosti oštećenog, prostorne povezanosti, korišćenja iste prilike ili trajnijeg odnosa ili drugih sličnih okolnosti koje ih povezuju, predstavljaju jedinstvenu krivičnopравnu cjelinu.“ Dakle, bitni elementi ove konstrukcije su da su sva krivična djela ista ili istovrsna, da su učinjena umišljajno, vremenski povezana i da čine jedinstvenu cjelinu.

U analizi produženog krivičnog djela prema tekstu KZ RS iz 2013. godine, koju smo dali u prethodnom dijelu ovog teksta, zaključili smo da je uslov vremenske povezanosti jednako primjenjiv na fizička i na pravna lica, tako da on opravdano ima svoje mjesto i u Zakoniku. Takođe smo kritikovali uslov iz člana 131 KZ RS da se mora raditi o krivičnim djelima više učinilaca, isticali smo da je suvišan i da pogoduje učiniocima krivičnih djela, zbog čega je izostavljanje ovog uslova u Zakoniku sasvim opravdano. Međutim, smatramo da nisu postojali opravdani razlozi da se u potpunosti briše konstrukcija produženog krivičnog djela pravnog lica, jer bez određenih elemenata koji više ne postoje u Zakoniku neće biti moguće uspostaviti odgovornost pravnog lica za produženo djelo.

Prethodno smo ukazali na to da i kod nas postoji značajan broj pravnih lica koja registrovanu djelatnost obavljaju u okviru više organizacionih jedinica na različitim lokacijama, čak na područjima više država, njima rukovode različiti rukovodnih organa, nadzor nad zakonitošću poslovanja „na terenu“ vrši više nadzornih organa, a posluju sa praktički neograničenim brojem lica. To nas navodi na zaključak da u određenim slučajevima, zbog strukture i načina poslovanja pravnog lica neće biti ispuniti uslov povezanosti krivičnih djela zbog kojih ona predstavljaju jedinstvenu cjelinu. Zakonom alternativno propisani uslovi povezanosti učinjenih krivičnih djela svakako su primjenjivi na fizička lica. Nasuprot tome, primjenjivost opštih uslova na pravna lica neće uvijek biti moguća, a najvažniji uslov predstavlja isti *osnov odgovornosti*, dok su svi ostali uslovi manje važni.

Najsporniji uslov primjene odredaba opšteg dijela na pravno lice vezuje sa za član 57 stav 1 Zakonika, kojim je za produženo krivično djelo postavljen uslov da sva djela koja ulaze u sastav produženog krivičnog djela moraju

biti učinjena *umišljajno*. Pošto osnov odgovornosti pravnog lica postoji kod određenih oblika umišljajnog i kod nehatnog djelovanja članova rukovodnih ili nadzornih organa pravnog lica (član 105 tačka 4 – propuštanje dužnog nadzora nad zakonitošću rada radnika), primjenom ove zakonske odredbe neće biti ispunjeni uslovi za postojanje konstrukcije produženog krivičnog djela pravnog lica ako je npr. jedno od dva djelo koja ulaze u njegov sastav učinjeno umišljajno a drugo nehatno. Pravno lice će tada odgovarati za dva krivična djela, te će mu biti odmjerena sankcija uz primjenu pravila o sticaju. Princip da u sastav produženog krivičnog djela ne mogu ulaziti djela koja su učinjena iz nehata, prema našem mišljenju, opravdano se primjenjuje na fizička lica, ali kod pravnog lica ovaj princip nije primaran, prvenstveno zbog činjenice da se odgovornost pravnog lica zasniva na objektivnom kriteriju, odnosno na djelovanju rukovodnih ili nadzornih organa pravnog lica, pri čemu je za konstituisanje odgovornosti pravnog lica bitan *doprinos pravnog lica izvršenju* krivičnog djela izražen u vidu osnova (uslova) odgovornosti, dok je subjektivni odnos (umišljaj ili nehat) postavljen u drugi plan.

Literatura

Stojanović, Z. (2007), *Krivično pravo. Opšti deo*, četrnaesto izdanje, Beograd: Pravna knjiga.

Vuletić, I. (2008), „Produljeno kazneno djelo – jedan mogući smjer razvoja de lege ferenda“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2, vol. 15, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Babić, M., Filipović, Ljiljana, Marković, Ivanka i Rajić, Z. (2005), *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo: Savjet vijeća Evrope i Evropska komisija.

Lazarević, Lj., Vučković, B. i Vučković, V. (2007), *Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, Cetinje: Obod, a.d.

Garačić, A. (2008), *Produljeno kazneno djelo u novom zakonu*, na Internet adresi: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Produljeno_kazneno_djelo.pdf, sadržaj preuzet 7.1.2012. god.

Zakoni i zakonici

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Crne Gore, „Službeni list Republike Srne Gore“ br. 02/07, 13/07 i 30/12.

Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske, „Narodne novine” br. 151/03, 110/07, 45/11 i 143/12.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 97/2008.

Krivični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13 i 67/13.

Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 64/17.

Kazneni zakon Republike Hrvatske, „Narodne novine” br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17.

Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske, „Narodne novine“ br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17.

Кривичен законик на Република Македонија, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (пречистен текст), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15 i 97/17).

Kazenski zakonik Republike Slovenije, „Uradni list Republike Slovenije“ št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 54/15, 6/16, 38/16 i 27/17.

Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije, „Uradni list Republike Slovenije“ št. 59/99, 98/04 (uradno prečiščeno besedilo), 65/08 i 57/2012 (uradno prečiščeno besedilo).

Krivični zakonik Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije” br. 85/05, 107/05 – ispravka, 79/09, 111/09, 121/09, 104/13, 108/14 i 94/16.

**APPLICATION OF RULES OF CONCURRENCE OF OFFENCES
AND CONTINUING CRIME COMMITTED BY A LEGAL ENTITY
IN ACCORDANCE WITH THE CRIMINAL CODE OF REPUBLIC
OF SRPSKA**

Miodrag Bukarica, PhD*

Conclusion

General rules on meting out fines for criminal for criminal offenses committed in the concurrence in a particular situation is not possible apply to legal persons. The basic problem is the maximum fine of a legal person that is significantly higher than the maximum fine of a natural person, which makes the ordered fines impossible to fit into the general framework of the single fines designed primarily for application to natural persons. Therefore, it is necessary to delete from the legal text the monetary amounts of the upper limit of the compound fine punishment for concurrence of criminal offences expressed in monetary amount and to keep the amorphous rule that a compound fine punishment can not exceed the sum of all fines meted out.

It is advisable to reinstate the concept and elements of the continued criminal offense of a legal person in the provisions of the special section on the liability of a legal pesons, which should be defined so that the continued criminal offense of a legal person exists where the same grounds for liability of the legal person exist in regard to several same-type and time-related criminal offences perpetrated by one or several perpetrators, and in this case the legal person shall be liable as if a single criminal offence has been perpetrated.

* District Public Prosecutor's Office Banja Luka

ЗАКОНСКА ЗАШТИТА ЛИЦА КОЈА ПРИЈАВЉУЈУ КОРУПЦИЈУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Јелена Вукадиновић*

Апстракт: Аутор се бави позитивним законским рјешењем заштите лица која пријављују корупцију у Републици Српској, са освртом на препоруке и институте у међународним документима који се баве овим питањем.

Кључне ријечи: пријавилац корупције, одговорно лице, штетна посљедица, добра намјера, злоупотреба пријављивања, интерна заштита, екстерна заштита.

1. Увод

Закон о заштити лица која пријављују корупцију¹ први је закон у Републици Српској који на потпуно нов и јединствен начин регулише заштиту лица која пријављују корупцију, односно заштиту Уставом и законима загарантованих права лица, ако је угрожавање или повреда тих права у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције. Такође, ово је први закон у Босни и Херцеговини који регулише и гарантује заштиту пријавилаца корупције како у јавном и тако и у приватном сектору.

Разлог и потреба за доношењем једног оваквог закона произашли су из Стратегије борбе против корупције у Републици Српској 2013–2017. године² у којој је, као заједнички стратешки циљ, била прописана

*Јелена Вукадиновић, Министарство правде Републике Српске, e-mail: j.vukadinovic@mpr.vladars.net

¹ „Службени гласник Републике Српске“ број 62/17.

² Усвојена Одлуком Народне скупштине Републике Српске, која је објављена у „Службеном гласнику Републике Српске“ број 106/13.

законска заштита лица која пријављују неправилности у раду и сумњу на корупцију у доброј намјери у јавном и приватном сектору, уз истовремено прописивање санкција за неистинито и злонамјерно пријављивање.

С обзиром на то да у правном систему Републике Српске раније није постојао закон који обезбјеђује заштиту пријавиоцима корупције, те није било праксе у овој области, нити постоји јединствен модел таквог закона у земљама у региону или свијету, извршена је анализа упоредног права и међународних докумената који се баве овим питањем, с циљем препознавања и прописивања најбољих рјешења. Резултат претходно наведеног је израда и усвајање закона који прописује административни и судски систем заштите лица која пријављују корупцију, под одређеним условима, о чему ће више ријечи у тексту који слиједи.

Циљ овог закона је сузбијање корупције и обезбјеђење ефикасног механизма заштите права лица која у доброј намјери пријављују корупцију, од било којег облика угрожавања или повреде тих права која би могла бити у вези са том пријавом, те развој и учвршћивање осјећаја друштвене одговорности сваког лица да пријави било који облик корупције.

Имајући у виду да је од ступања на снагу овог закона прошло тек нешто више од годину дана, те да су у току и тек слиједе активности на промоцији овог закона према широј јавности, али и едукацијама у вези са примјеном истог према субјектима који су у обавези да га примјењују, још увијек не постоји богата пракса и не могу се издвојити посебни резултати примјене истог, али се надамо да ће успједити у наредном периоду.

2. Основна начела законске заштите лица која пријављују корупцију

Овим законом регулисана је заштита лица која пријављују корупцију, поступак пријаве корупције, обавезе поступања одговорног лица и надлежних органа у вези са пријавом и заштитом лица која пријављују корупцију и друга питања значајна за лица која пријављују корупцију али и основна начела у складу са којим се заштита гарантује, пружа и остварује. Та начела се односе како на пријаву корупције и пријавиоца корупције, тако и на поступање субјеката који су у обавези да заштите лица чија су права угрожена или повријеђена у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције.

Како би се у потпуности разумјела начела, пожељно је претходно описати и дефинисати појмове који се користе у овом закону.

Прије свега, под корупцијом се подразумијева свако чињење или нечињење, злоупотребом службених овлашћења у приватне сврхе, односно службеног положаја, ради стицања противправне имовинске или било које друге користи за себе или другог, коју предузима одговорно лице или лице које је радно ангажовано у јавном или приватном сектору. Дакле, корупција у смислу овог закона представља шири појам од појма кривичног дјела. Као таква, не обухвата само прописана коруптивна кривична дјела, него и друге облике недопуштеног коруптивног понашања који немају обиљежја бића кривичног дјела, али су недопуштена, друштвено осуђујућа, штетна и заслужују да буду санкционисана. С тим у вези, првенствено је утврђено да се корупција у смислу овог закона може извршити чињењем али и нечињењем. За корупцију у смислу овог закона, неопходно је да је предузима одговорно лице или лице које је радно ангажовано у јавном или приватном сектору, те да се врши активним радњама или пропуштањем које представља злоупотребу службених овлашћења у приватне сврхе, односно службеног положаја, а ради стицања противправне користи која може бити имовинска или било која друга корист.

Пријавилац корупције је физичко или правно лице које у доброј намјери пријави корупцију у јавном или приватном сектору. У упоредном праву се користе и други термини за пријавиоца корупције као што је узбуњивач, звиждач, инсајдер, дувач у пиштаљку, *whistle-blower* и сл. Савјет министара Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача СМ/Рес (2014) дефинише пријављивача, узбуњивача, као сваку особу која извјештава или открива информације о пријетњи или штети за јавни интерес у контексту њиховог односа заснованог на раду, било да је то у јавном или приватном сектору.

Одговорно лице је руководилац органа Републике Српске или јединице локалне самоуправе, носилац јавних овлашћења и одговорно лице у пословном субјекту у којем је покушана или извршена корупција, односно у којем је дошло до повреде или угрожавања права пријавиоца корупције. На овај начин, обухваћена су сва лица која имају руководећу односно одлучујућу улогу у јавном или приватном сектору било да су то изабрана, именована лица, јавни функционери, државни службеници и намјештеници, лица којима је повјерено вршење јавних овлашћења попут нотара или пак руководиоци субјеката у приватном сектору.

Под синтагмама радно ангажовање или радно ангажовано лице, подразумијева се сваки радни однос, рад ван радног односа, вршење функције, волонтирање, као и сваки други фактички рад за послодавца. На овај начин, обухваћена су сва лица која обављају било какве послове у складу са законом, али и она чије радно ангажовање евентуално није засновано у складу са законом.

Штетна посљедица је првенствено одређена навођењем појединих облика угрожавања или повреде права неког лица, у различитим сферама друштва и живота, да би се потом на најшири начин дефинисала као и сваки други облик угрожавања или повреде тих права или било какво стављање лица у неповољној положај због пријаве корупције.

Већина начела произлазе из препорука међународних докумената који се баве питањем заштите лица која пријављују корупцију или друге околности које угрожавају или повређују јавни интерес. Тако Резолуција 1729 (2010) Савјета Европе³ у тачки 1 прописује да Парламентарна скупштина увиђа значај „узбуњивања“ – оглашавања забринутих појединаца ради заустављања недјела која излажу или би могла да изложе друге људе опасностима – као прилику за јачање одговорности и интензивирања борбе против корупције и лошег управљања, како у јавном, тако и у приватном сектору, да већина држава чланица нема свеобухватне прописе о заштити узбуњивача, иако многе од њих имају одредбе које се односе на различите аспекте „узбуњивања“ у прописима којима се уређују радни односи, кривични поступак, рад медија, као и посебне мјере за борбу против корупције, да је „узбуњивање“ одувijek захтијевало храброст и одлучност, да је узбуњивачима као минимум потребно обезбиједити да се њихова упозорења чују без опасности по њихову егзистенцију односно егзистенцију њихових породица, да национално законодавство мора преваходно да осигура безбједну алтернативу ћутању, а да се при томе не створи лажни осјећај сигурности потенцијалним „узбуњивачима“, те се позивају државе чланице да преиспитају своје прописе о заштити „узбуњивача“ дајући има одређене принципе којим би се руководиле.

Даље, Савјет министара Савјета Европе је у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Rec (2014)⁴ констатовао да постоји потреба да се подстакне усвајање националних оквира у земљама чланицама за заштиту узбуњивача на основу скупа заједничких принципа који су наведени у додатку тој препоруци, а тичу се дефиниција појединих термина, норма-

³ Текст је усвојила Скупштина Савјета Европе 29. априла 2010. године (17. засједање).

⁴ Текст је усвојио Савјет министара Савјета Европе 30. априла 2014. године (1198. засједање).

тивног оквира, предмета и обима регулисања, канала за извјештавање и објелодањивање и поступање по истима, повјерљивост, заштиту од одмазде и друге препоруке.

Потом, Конвенција Уједињених нација против корупције⁵ у члану 33 прописује обавезу сваке уговорнице да размотри уграђивање у домаћи правни поредак одговарајућих мјера којима се пружа заштита против било ког неоправданог опхођења према било коме ко у доброј вјери и на основу разумне сумње пријави надлежним органима било које чињенице у вези са кривичним дјелима утврђених том Конвенцијом.

Грађанскоправна конвенција о корупцији Савјета Европе⁶ у члану 1 препоручује да би свака страна уговорница требало да обезбиједи у домаћем праву дјелотворна правна средства лицима која су претрпјела штету као посљедицу коруптивних радњи, која би им омогућила да бране своја права и интересе, укључујући и могућност добијања накнаде штете, док члан 9 посебну пажњу даје заштити запослених, односно прописује обавезу за сваку страну уговорницу да би требало да обезбиједи у домаћем праву одговарајућу заштиту од било које неоправдане санкције против запослених, који имају основаног разлога да сумњају у корупцију и који, у доброј вјери, своју сумњу пријаве одговорним лицима и органима.

Кривичноправна конвенција о корупцији Савјета Европе⁷ у члану 22 прописује обавезу сваке потписнице да би требало да усвоји такве мјере које могу бити неопходне да би се пружила одговарајућа заштита онима који пријаве коруптивна кривична дјела прописана у тој конвенцији или на неки други начин сарађују са истражним органима или органима гоњења као и заштита свједоцима који дају изјаве које се односе на оваква кривична дјела.

У складу са претходно наведеним, у Закону о заштити лица која пријављују корупцију, у погледу пријаве корупције и пријавиоца корупције прописана су начела друштвене одговорности, начело забране злоупотребе пријављивања корупције и начело пријаве у доброј намјери, док се начела забране спречавања пријављивања корупције, начело заштите пријавиоца корупције, начело обавезности поступања по

⁵ Ступила на снагу 14. децембра 2005. године, а у односу на БиХ – 26. октобра 2006. године, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ – Међународни уговори, број 05/2006.

⁶ Стразбург, 4. новембар 1999. године, ступила на снагу 1. новембра 2003. године, а у односу на БиХ – 1. новембра 2003. године, објављена у „Службеном гласнику БиХ“, број 36/2001.

⁷ Стразбург, 27. јануар 1999. године, ступила на снагу 1. јула 2002. године, а у односу на БиХ – 1. јула 2002. године, објављена у „Службеном гласнику БиХ“, број 36/2001.

пријави корупције и начело економичности више односе на субјекте који су у обавези да заштите права лица која су угрожена или повријеђена у узрочно-последичној вези са корупцијом или пријавом корупције. У наредним редовима рећи ћемо нешто више о сваком од поменутих начела.

Прије свега, начело друштвене одговорности гарантује да свако лице има право да, у доброј намјери, пријави било који облик корупције у јавном или приватном сектору за који сазна на непосредан начин. Дакле, законодавац је желио да омогући заштиту свим лицима, како физичким тако и правним, која пријаве корупцију, било да су корупцију уочили код свог послодавца или тражењем услуга или остваривањем права, обавеза или интереса у јавном или приватном сектору, или су за корупцију сазнали на неки други начин. Такође, није неопходно да то лице у вези са корупцијом или пријавом корупције трпи или не трпи штетне последице, јер је циљ овог начела да свако лице охрабри и подстакне на пријаву корупције сва друштвено одговорна лица која су дошла у посјед информација о корупцији. Међутим, битно је да је пријава корупције извршена у доброј намјери. Парламентарна скупштина Савјета Европе је у Резолуцији 1729 (2010) о заштити „узбуњивача“ нагласила да је, уз неопходно побољшање законодавства, потребно обезбиједити и унапређење опште културе односа према „узбуњивању“, које мора бити ослобођено од ранијег повезивања оваквог поступања са нелојалношћу и издајом. Савјет министара Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Res (2014) препоручује да би национална законодавства требало да подстичу окружење које подстиче пријављивање на отворен начин, те да би појединци требало да се осјећају сигурним да слободно објелодане информације које су од јавног интереса.

Начело забране злоупотребе пријављивања корупције дефинише и забрањује злоупотребу пријављивања корупције достављањем информација за које пријавилац у моменту пријављивања зна да нису истините или пријављивање којим се тражи имовинска корист као награда или накнада за достављање информација и доказа о корупцији. С једне стране, циљ овог закона је обезбјеђење ефикасног механизма заштите права лица која пријављују корупцију, али с друге стране не смије се пружати заштита и подршка неистинитим и злонамјерним пријавама које имају за циљ да наруше нечији углед и част или проузрокују нематеријалну или материјалну штету на други начин. У питању су двије вриједности, а то је заштита лица која у доброј намјери пријављују корупцију, али и заштита лица која неосновано и злонамјерно могу бити

пријављена да су покушала или извршила корупцију. Резолуција 1729 (2010) Савјета Европе о заштити „узбуњивача“ прописује да би механизми „узбуњивања“ требало да обезбиједе одговарајућу заштиту од злонамјерних оптужби. Европска комисија је 2012. године у сарадњи са ОЛАФ-ом донијела „Смјернице о пријављивању неправилности“ у којима је, између осталог, наведено да се злонамјерне или неозбиљне пријаве, попут клеветања или оптужби које је немогуће провјерити, а с намјером да се наруши нечији углед, неће узети у разматрање.

Пријава у доброј намјери је пријава која садржи чињенице на основу којих пријавилац сумња да је покушана или извршена корупција, о којима он има властита сазнања и које сматра истинитим, уз обавезу уздржавања од злоупотребе пријављивања. Дакле, није довољно да пријавилац само наведе да сумња да је планирана или извршена одређена коруптивна радња и означи извршиоце те коруптивне радње. Неопходно је да пријавилац у пријави наведе околности на основу којих он вјерује или сумња да је извршена корупција, када и како, на који начин је сазнао за коруптивну радњу и починиоце. Такође, неопходно је да је пријавилац непосредно сазнао за коруптивну радњу или учиниоца, односно да чињенице о коруптивној радњи и о извршиоцима представљају његова властита сазнања али и да он те чињенице сматра истинитим. Овај субјективан елемент односно вјеровање у истинитост чињеница цијени се у вријеме подношења пријаве. Резолуција 1729 (2010) Савјета Европе о заштити „узбуњивача“ наводи да се сматра да „узбуњивач“ поступа *bona fide* ако је имао основаног разлога да вјерује да су информације које је објелоданио истините чак и ако се касније установи супротно и ако није тиме имао намјеру да оствари незаконит или неетички циљ.

Начело забране спречавања пријављивања корупције забрањује спречавање пријављивања корупције на било који начин, а за сваку одредбу општег или појединачног акта којим се спречава пријављивање корупције одређује да иста не производи правно дејство. Дакле, забрањено је спречавање пријављивања корупције било каквом радњом, а посебно се даје осврт и оцјена одредаба било којег општег или појединачног акта којим се евентуално спречава пријављивање корупције, на начин да је речено да таква одредба не производи правно дејство. Овим начелом се стварају повољнији услови и већи подстицај за пријаву корупције. Савјет министара Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Res (2014) препоручује да би државе чланице требало да осигурају да постоји ефикасан механизам или механизми за поступање по пријавама

или разоткривањима која су од јавног интереса, те да послодавац не би требало да буде у могућности да се ослони на законске или уговорне обавезе како би спријечио неко лице да извјештава о јавном интересу или да га казни зато што је то учинио.

Начело заштите пријавиоца корупције гарантује да је пријавилац корупције заштићен по основу овог закона и да не смије имати штетне посљедице због пријаве корупције нити уколико се утврди да наводи пријаве учињени у доброј намјери нису тачни. Дакле, пријавилац корупције је заштићен по основу овог закона и за разлику од неких рјешења у упоредном праву, нико нема дискреционо овлашћење да одлучује о статусу пријавиоца корупције у смислу да ли он ужива заштиту или не. Додатни подстицај представља гаранција заштите, чак и ако се накнадно утврди да наводи пријаве корупције нису тачни, али је за то битно и неопходно да је пријава корупције извршена у доброј намјери. Савјет министара Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача СМ/Рес (2014) препоручује да узбуњиваче треба заштитити од одмазде било којег облика, директно или индиректно, од стране њиховог послодавца или особа које раде или дјелују у име послодавца, те да облици овакве одмазде могу укључити отпуштање, суспензију, деградацију, губитак могућности промоције, казнене трансфере, смањење или одбитак плате, узнемиравање или други казнени или дискриминаторски третман. Такође, препоручује се да заштита не би требало да се изгуби или одбије искључиво на основу тога што је узбуњивач погријешно у погледу значаја пријаве или зато што се пријављена пријетња јавном интересу није остварила, под условом да је он имао разумне разлоге да вјерује у њихову тачност.

Начело обавезности поступања по пријави прописује обавезу за одговорно лице да предузме мјере за откривање, спречавање, сузбијање и кажњавање свих облика корупције и мјере за заштиту лица која у доброј намјери пријављују корупцију. Сврха овог начела јесте борба против инертности и неажурности администрације и свих одговорних лица у јавном и приватном сектору и избјегавање дискреционих овлашћења истих да ли ће или неће поступити по пријави корупције и заштитити лице које пријави корупцију. Овим начелом прописана је обавеза одговорног лица која се односи на предузимање више мјера и то мјере за откривање, спречавање, сузбијање и кажњавање свих облика корупције али и мјере за заштиту лица која у доброј намјери пријављују корупцију. Форма и садржај ових мјера зависи од околности сваког случаја али и од приро-

де дјелатности које обавља, форме и организације субјекта којим руководи то одговорно лице. Парламентарна скупштина Савјета Европе у Резолуцији 1729 (2010) о заштити „узбуњивача“ истиче да потенцијалне „узбуњиваче“ од пријављивања често одвраћа страх од одмазде или изостанак одговарајућих активности након њихових упозорења, чиме се угрожава јавни интерес за ефикасним управљањем и одговорношћу у обављању послова у јавном и приватном сектору.

Начело економичности прописује да је поступак у вези са заштитом лица која пријављују корупцију хитан и да се спроводи без одгађања, у најкраћем року који је потребан да се утврде све чињенице које су релевантне за доношење правилне одлуке, у складу са законима. Ово начело одређује начин и динамику поступања одговорних лица и судова који пружају заштиту лицима која трпе штетне посљедице због корупције. Ово начело нарочито долази до изражаја у поступку екстерне заштите из разлога што су прописани знатно краћи рокови за поступање и одлучивање судова, у односу на парнични поступак чија се правила иначе примјењују на сва питања која нису регулисана овим законом. Овакво поступање је неопходно због штетне посљедице коју лице које тражи заштиту трпи због корупције. Из истог разлога, прописане су и мјере обезбјеђења које суд може изрећи у току поступка екстерне заштите или прије покретања тог поступка, под одређеним условима. Свакако, ово начело и кратки рокови за поступање и одлучивање не би требало да се користе на уштрб правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања. Такође, имајући у виду да закон има за циљ и да спријечи злоупотребе и злонамјерно пријављивање ово начело и кратки рокови за поступање и одлучивање се примјењују и у погледу поступка по захтјеву за заштиту лица које се брани од злонамјерног пријављивања. Савјет министра Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Res (2014) препоручује да би обавјештења односно пријаве о радњама или пропустима који су од значаја за јавни интерес, од стране пријављивача, узбуњивача, требало да буду брзо истражени, и да по потреби резултирају ефикасним дјеловањем од стране послодаваца или надлежног државног органа.

3. Пријава корупције и права у вези са пријавом корупције

Пријава корупције је писмено или усмено обавјештење које садржи податке о чињењу или нечињењу одговорног лица или лица које је радно ангажовано, злоупотребом службених овлашћења или службеног

положаја у приватне сврхе, у циљу стицања противправне имовинске или било које друге користи за себе или другога.

Дакле, пријава корупције може бити у писаној форми или се може дати усмено на записник код одговорног лица или лица које он за то овласти.

Пријава је обавјештење које обавезно садржи законом прописане податке а то је опис чињења или нечињења које представља корупцију, чињенице и околности на основу којих пријавилац сумња да је покушана или извршена корупција, те податке о пријавиоцу. Поред тога, пријава може да садржи и податке о лицу за које постоји сумња да је извршило корупцију, уколико пријавилац има информације о томе у моменту подношења пријаве као и приложене материјалне доказе из којих произлази сумња да је покушана или извршена корупција, уколико је у посједу таквих доказа.

Постоје двије врсте пријава корупције у зависности од тога коме се подноси, и то интерна пријава којом се одговорно лице обавјештава о чињеницама на основу којих сумња да је покушана или извршена корупција на раду или у вези са радом код субјекта којим одговорно лице руководи, и екстерна пријава којом се органи унутрашњих послова, јавна тужилаштва или организације цивилног друштва које се баве заштитом људских права и борбом против корупције обавјештавају о чињеницама на основу којих сумња да је покушана или извршена корупција. Потребно је разликовати интерну и екстерну пријаву као врсте пријава корупције од интерне и екстерне заштите пријавиоца корупције као врсте заштите пријавиоца корупције.

Законом су таксативно наведена права пријавиоца корупције.

Прије свега, то су право на интерну и екстерну заштиту, о чему ће бити више ријечи у дијелу овог рада који се бави административним и судским системом заштите лица која пријављују корупцију.

Поред тога, пријавилац корупције има загарантовано право на бесплатну правну помоћ од стране органа надлежног за пружање те помоћи, а то је у Републици Српској Центар за пружање бесплатне правне помоћи и његове канцеларије широм Републике Српске. Овај орган би требало да упозна свако лице које му се обрати са одредбама Закона о заштити лица која пријављују корупцију, са правима пријавиоца корупције као и са природом и садржином правне помоћи коју пријавиоцима корупције пружа тај орган. Даље, бесплатна правна помоћ може се састојати у пружању правних савјета, те заступању пријавиоца корупције у поступку интерне заштите и у поступку екстерне заштите. Савјет министара Савјета Ев-

ропе у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Rec (2014) препоручује да би требало размотрити могућност бесплатног приступа информацијама али и повјерљивом савјету за појединце који размишљају о подношењу пријава, те да би постојеће структуре требало да могу пружити такве информације и савјете, а уколико је потребно, да се могу оспособити и друге одговарајуће структуре за остварење те улоге.

Иако закон не познаје институт анонимне пријаве нити гарантује заштиту анонимним пријавиоцима корупције, исти гарантује право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података код одговорног лица и надлежних органа којима пријављује корупцију, у складу са одредбама закона којима се регулише заштита личних података, осим у случају да пријавилац изричито дозволи откривање података о свом идентитету. Дакле, акценат је на обавези одговорног лица да предузме све мјере како би се обезбиједила тајност података о личности пријавиоца корупције. Ова обавеза је додатно наглашена јер је непоштовање исте овим законом прописано као прекршај и новчана казна, о чему ће бити нешто више ријечи у дијелу овог рада који се бави мјерама обезбјеђења законске заштите лица која пријављују корупцију. Резолуција 1729 (2010) Савјета Европе о заштити „узбуњивача“ препоручује националним законодавствима да идентитет „узбуњивача“ буде откривен само уз његов пристанак или у случају потребе да се спријече озбиљне и стварне пријетње по јавни интерес. Савјет министара Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Rec (2014) препоручује да би пријавиоци требало да имају гаранције за заштиту повјерљивости података о свом идентитету.

У складу са начелом обавезности поступања по пријави, даље су прописани право на обавјештење о активностима и мјерама предузетим по пријави и право на обавјештење о исходу поступка по пријави. Савјет министара Савјета Европе у Препоруци о заштити узбуњивача CM/Rec (2014) препоручује да би пријавилац који је поднио интерну пријаву, као опште правило, требало да буде обавјештен, од стране лица коме је пријаву поднио, о мјерама и активностима које су предузете поводом те пријаве.

На крају, пријавилац корупције има право на накнаду штете по правилима о одговорности за накнаду штете. Конвенција УН против корупције прописује да ће свака држава уговорница предузети мјере које могу бити потребне, у складу с начелима свог унутрашњег законодавства, како би обезбиједила да ентитети или лица који су претрпјели штету као резултат акта корупције имају право да покрену законски по-

ступак против оних који су одговорни за ту штету како би добили надокнаду.

Сва претходно наведена права пријавилац остварује уколико су испуњени законом прописни услови, односно уколико је пријава корупције извршена у доброј намјери и уколико пријавилац трпи штетну посљедицу која је у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције.

Врло је битно истаћи да право на заштиту која се гарантује лицу које пријављује корупцију овај закон гарантује и другим лицима, под одређеним условима. Ријеч је о три категорије лица и то су лица која учине вјероватним да трпе штетне посљедице због повезаности са лицем које је пријавило корупцију, затим лица која учине вјероватним да трпе штетне посљедице јер је лице које је предузело штетно чињење или нечињење погрешно сматрало да су они пријавили корупцију, те лица која учине вјероватним да трпе штетне посљедице јер су у вршењу службене дужности доставили податке о корупцији. Гаранција заштите овим лицима је неопходна јер се често дешава да штетне посљедице због пријаве корупције трпе не само пријавиоци корупције него и друга лица која су са њима, на одређен начин, повезана или за која пријављено лице погрешно вјерује да су извршили пријаву корупције као и лица која нису извршила пријаву корупције у складу са одредбама овог закона него у вршењу своје службене дужности нпр. државни службеници.

4. Интерна и екстерна заштита лица која пријављују корупцију

Постоје два система заштите лица која пријављују корупцију, и то интерни или административни и екстерни и судски систем заштите.

Интерни или административни систем заштите обезбјеђује и пружа одговорно лице односно руководиоца органа Републике Српске или јединице локалне самоуправе, носилац јавних овлашћења или одговорно лице у пословном субјекту (привредно друштво, предузетник и др.) у којем је покушана или извршена корупција, односно у којем је дошло до повреде или угрожавања права пријавиоца корупције.

Екстерни или судски систем заштите обезбјеђује и пружа надлежни суд а то је у првом степену основни суд у мјесту гдје је настала штетна посљедица или у мјесту пребивалишта, односно боравишта тужиоца.

Лице које трпи штетне посљедице има право да изабере који систем заштите ће тражити и користити. Дакле, захтијевање и проведен поступак интерне заштите није предуслов за захтијевање екстерне заштите. При томе, битно је истаћи да није могуће истовремено да се воде и поступак интерне и поступак екстерне заштите. Ова питања законодавац је регулисао на начин да је прописао да пријавилац корупције, уколико није задовољан одлуком или обавјештењем које је донијело одговорно лице у поступку интерне заштите или уколико одговорно лице не доносе одлуку или обавјештење у прописаном року од 30 дана од дана подношења захтјева, може тражити судску заштиту у даљем року од 30 дана од дана примања те одлуке или обавјештења, односно од дана истека тог рока.

Поступак интерне заштите покреће лице које трпи штетне посљедице подношењем захтјева одговорном лицу у року од 30 дана од дана сазнања за штетну посљедицу, а најкасније у року од годину дана од дана настанка штетне посљедице. Овај рок представља додатни услов за остварење права на заштиту лица која пријављују корупцију и трпе штетне посљедице, у складу са овим законом.

Свако одговорно лице је обавезно да обезбиједи и пружи заштиту лицу које трпи штетне посљедицу у складу са одредбама овог закона, а ако је у питању одговорно лице које руководи са најмање 15 радно ангажованих лица, обавезно је да донесе и примјењује и посебан подзаконски акт, Упутство о поступању са пријавом корупције и обезбјеђењу заштите лица која пријављују корупцију, којим би детаљно требало да се разраде обавезе одговорног лица и поступак пружања интерне заштите.

Иначе, законом су јасно и таксативно прописане обавезе одговорног лица, а то су да омогући подношење пријаве на видном мјесту доступном сваком радно ангажованом лицу и грађанима, са јасном знаком „за пријаву корупције“, да прими пријаву корупције, да врати пријаву подносиоцу са позивом на допуну уколико утврди да пријава не садржи све елементе прописане законом, да без одгађања обезбиједи заштиту личних података и анонимност пријавиоца, да поступи по пријави, односно почне да ради на откривању, спречавању, сузбијању и кажњавању штетног чињења или нечињења које је означено као корупција, у року од седам дана од дана пријема пријаве, да без одгађања предузме мјере и активности којима ће се отклонити акт, чињење или нечињење које је утврђено као штетна посљедица којом је угрожено или повријеђено

право пријавиоца корупције, али и обезбиједити заштита и остваривање права пријавиоца корупције да предузме мјере за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности лица које је извршило корупцију, да обавијести пријавиоца о мјерама и активностима предузетим по поднесеној пријави у року од 15 дана од дана подношења захтјева за достављање обавјештења, да одлучи о захтјеву у року од 30 дана од дана подношења захтјева и достави пријавиоцу одлуку или обавјештење о исходу поступка у року од осам дана од дана окончања поступка по пријави, да пријаву без одгађања прослиједи надлежном органу уколико сумња да пријављено чињење или нечињење има обиљежја кривичног дјела, да доставља извјештаје Министарству правде о броју и исходу примљених пријава и поступака за заштиту лица која пријављују корупцију, који се воде и који су окончани у протеклој пословној години, те да донесе горе поменуто Упутство о поступању са пријавом корупције и обезбјеђењу заштите лица која пријављују корупцију.

Поступак екстерне заштите покреће лице које трпи штетне посљедице подношењем тужбе надлежном суду у року од 30 дана од дана сазнања за штетну посљедицу, а најкасније у року од годину дана од дана настанка штетне посљедице. И овдје рок представља додатни услов за остварење права на заштиту лица која пријављују корупцију и трпе штетне посљедице, у складу са овим законом.

Суд је обавезан да обезбиједи и пружи заштиту лицу које трпи штетне посљедице у складу са одредбама овог закона, а на сва питања која нису регулисана овим законом примјењују се одредбе закона који регулише парнични поступак. У овом судском поступку тужилац је ослобођен од плаћања судске таксе и трошкова поступка, осим у случају губитка спора.

Тужбом за заштиту права у вези са корупцијом или пријавом корупције пријавилац тражи да се утврди да је у вези са корупцијом или пријавом корупције дошло до угрожавања или повреде његових права или да је стављен у неповољнији положај, односно да је настала штетна посљедица. Поред тог захтјева, тужилац поставља један или више захтјева у зависности од околности сваког конкретног случаја односно врсте и природе штетне посљедице. Тако може тражити да суд поништи конкретан акт, забрани вршење или понављање радње или наложи предузимање других конкретних мјера и радњи ради уклањања штетне посљедице, укључујући и успостављање пријашњег стања, затим накнаду материјалне и нематеријалне штете од туженог. Поред тога, може

тражити и објављивање пресуде донесене у том поступку у средствима јавног информисања, на терет туженог.

Имајући у виду да се овим законом штите и лица од злонамјерног и лажног пријављивања, у поступку екстерне заштите таква лица могу противтужбом или посебном тужбом тражити да се утврди да је пријавилац извршио злоупотребу пријављивања, као и истакнути захтјев за накнадом материјалне и нематеријалне штете и објављивање пресуде донесене у том поступку у средствима јавног информисања, на терет туженог пријавиоца корупције. За злоупотребу пријављивања корупције утврђену у овом поступку, суд изриче новчану казну од 5.000 КМ до 15.000 КМ.

За поступак екстерне или судске заштите пријавилаца корупције посебно је интересантан прописан обрнут терет доказивања, односно тужилац је обавезан да учини вјероватним да је акт, чињење или нечињење, који су означени као штетна посљедица, а којом је дошло до угрожавања или повреде права тужиоца, односно којим је стављен у неповољнији положај у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције, док је на туженом да докаже законитост, цјелисходност и објективну оправданост или непостојање акта, чињења или нечињења који су у тужби означени као штетна посљедица. Међутим, уколико тужбу подноси пријављено лице, због злонамјерног или лажног пријављивања, важе општа правила о терету доказивања, сходно закону који регулише парнични поступак. Резолуција 1729 (2010) Савјета Европе о заштити „узбуњивача“ прописује да је, у погледу терета доказивања, на послодавцу да ван сваке сумње докаже да је било која мјера предузета на штету „узбуњивача“ била мотивисана разлозима који се нису односили на „узбуњивање“.

У вези са заштитом коју лицима која пријављују корупцију и трпе штетне посљедице пружају судови, битне су и законом прописане мјере обезбјеђења које суд може одредити уколико оцијени да је то оправдано, а нарочито ако предлагач обезбјеђења учини вјероватним постојање штетне посљедице и учини вјероватним да је због тога угрожена његова или егзистенција чланова његове породице или да постоји опасност да би без такве мјере противник обезбјеђења могао спријечити или знатно отежати остваривање права предлагача обезбјеђења или му нанијети штету на други начин. И овдје је лице које трпи штетне посљедице, као предлагач обезбјеђења, ослобођено од претходног сношења трошкова у поступку обезбјеђења и давања јемства, као услова за одређивање и спровођење мјере обезбјеђења. Мјера обезбјеђења се може тражити и

одредити прије покретања поступка екстерне заштите права или у току тог поступка. Међутим, уколико је мјера обезбјеђења одређена прије подношења тужбе, суд рјешењем одређује рок, не дужи од 30 дана, у којем је предлагач обавезан да поднесе тужбу и достави суду доказ да је покренуо поступак екстерне заштите. Врсте мјера обезбјеђења које се могу предлагати и које суд може одредити опет зависе од околности сваког конкретног случаја, односно природе и садржине штетне посљедице. С тим у вези, приједлог може гласити на одгађање извршења акта одговорног лица, затим налог одговорном лицу да забрани и обезбиједи забрану вршења штетног чињења или налог одговорном лицу да предузме радње ради отклањања штетних посљедица, укључујући и успостављање пријашњег стања.

У поступку екстерне заштите и поступку по приједлогу за одређивање мјера обезбјеђења прописани су знатно краћи рокови за поступање и одлучивање суда, него што је то у парничном поступку, а што је посљедица начела економичности прописаног овим законом и императива потребе хитног пружања заштите лицима која пријављују корупцију и трпе штетне посљедице у вези са корупцијом или пријавом корупције.

5. Механизми обезбјеђења законске заштите лица која пријављују корупцију

Да би се обезбиједила имплементација овог закона односно заштита лица која пријављују корупцију било је неопходно одредити органе који врше надзор и прикупљају податке у вези са његовом примјеном као и прописати санкције за непоштовање појединих одредаба овог закона и одредити органе који их изричу.

С тим у вези, постоји обавеза одговорних лица и надлежних судова да редовно годишње доставе извјештај Министарству правде Републике Српске о броју и исходу примљених пријава и поступака за заштиту лица која пријављују корупцију, који се воде и који су окончани у протеклој пословној години. Ове податке потом то министарство објављује на својој интернет страници и доставља Комисији за спровођење Стратегије за борбу против корупције Републике Српске, као сталном радном тијелу Владе Републике Српске за координацију и евалуацију спровођења Стратегије за борбу против корупције Републи-

ке Српске. Ова комисија, потом, подноси Народној скупштини Републике Српске и Влади Републике Српске годишњи извјештај о броју и исходу примљених пријава и поступака за заштиту лица која пријављују корупцију.

С друге стране, Републичка управа за инспекцијске послове врши надзор над извршавањем обавеза одговорног лица у поступку интерне и екстерне заштите, по пријави или по службеној дужности. Прекршајни поступак покреће овлашћени инспектор у складу са одредбама Закона о прекршајима Републике Српске, када утврди прекршај прописан одредбама овог закона. Такође, на питања поступка утврђивања прекршајне одговорности која нису регулисана овим законом, сходно се примјењују одредбе Закона о прекршајима Републике Српске.

Као прекршаји су прописани одређене радње или пропуштања одговорног лица у поступку интерне заштите и у поступку екстерне заштите. Ове радње и пропуштања су таксативно побројана у закону.

Тако у поступку интерне заштите одговорно лице чини прекршај уколико одбије да прими пријаву корупције, не поступи благовремено по пријави корупције, не обезбједи заштиту личних података и анонимност пријавиоца, не предузме мјере за обезбјеђење заштите права пријавиоца корупције, у оквиру својих овлашћења, а у складу са одредбама закона, не предузме мјере за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности лица које је извршило корупцију, не обавијести благовремено подносиоца пријаве о исходу поднесене пријаве, те не донесе упутство о поступању са пријавом корупције и обезбјеђењу заштите лица која пријављују корупцију.

У поступку екстерне заштите одговорно лице чини прекршај уколико не поступи у складу са рјешењем суда којим је одређена мјера обезбјеђења, те уколико не предузме мјере за уклањање штетне посљедице утврђене пресудом суда којим је тужбени захтјев усвојен.

За прекршаје одговорног лица како у поступку интерне тако и у поступку екстерне заштите прописана је иста новчана казна као и казна коју суд изриче уколико утврди злоупотребу пријављивања корупције, а то је новчана казна у распону од 5.000 КМ до 15.000 КМ. Све наплаћене новчане казне у складу са овим законом представљају средства буџета Републике Српске.

Закључак

Заштиту лица која пријављују корупцију било је неопходно посебно законски регулисати. Постоји више разлога за то. Прије свега, ова лица прије доношења оваквог закона нису имала довољну и адекватну заштиту у позитивним законским прописима. Поред тога, Република Српска на свом европском путу има обавезу да усваја препоруке међународних докумената које се баве питањима борбе против криминала и корупције те заштите људских права. Из тог разлога, у овом закону су великим дијелом усвојене те препоруке које обезбјеђују квалитетну и потпунију заштиту, те пружају веће гаранције и сигурност пријавиоцима корупције и лицима која трпе штетне посљедице због корупције или пријаве корупције и на тај начин их подстичу да пријаве корупцију као и да без страха траже заштиту својих права која су угрожена или повријеђена у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције.

Подсећамо да је циљ овог законског рјешења сузбијање корупције и обезбјеђење ефикасног механизма заштите права лица која у доброј намјери пријављују корупцију, од било којег облика угрожавања или повреде тих права која би могла бити у вези са том пријавом, те развој и учвршћивање осјећаја друштвене одговорности сваког лица да пријави било који облик корупције. Овај циљ ће се остварити само ако грађани буду пријављивали корупцију, без обзира на то да ли у вези са истом трпе штетне посљедице, а нарочито уколико виде поступања надлежних органа за пружање заштите пријавиоцу корупције, у складу са овим законом, да се та заштита заиста и остварује, односно да је омогућено остварење права која су била угрожена или повријеђена или да се омогући враћање или стављање у равноправан положај лица које је било доведено у неравноправан положај због корупције или пријаве корупције. Поред тога, за остварење циља закона неопходно је да се грађани увјере да због пријаве корупције неће трпјети и да не буду трпјели никакве штетне посљедице. На крају, потребно је да јавност види санкционисање починилаца коруптивног понашања и поступања али и смањење броја таквих облика поступања, а што се може поткријепити и статистичким подацима надлежних органа за борбу против корупције.

Одговорност за остварење наведеног циља није само на субјектима који су овим законом обавезани да заштите права лица која су угрожена или повријеђена у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или

пријавом корупције, него и на свима нама, односно друштву у цјелини. Вјерујемо да ће први позитивни резултати примјене овог закона позитивно дјеловати и на јавно мњење и свијест грађана о штетности корупције и неопходности борбе против корупције и заштите свих лица чија су права на било који начин угрожена или повријеђена у узрочно-последичној вези са корупцијом или пријавом корупције.

Литература

Закон о заштити лица која пријављују корупцију, „Службени гласник Републике Српске“ број 62/17.

Стратегија борбе против корупције у Републици Српској 2013-2017, „Службени гласник Републике Српске“ број 106/13.

Резолуција 1729 Савјета Европе 2010.

Препорука о заштити узбуњивача CM/Res, 2014, Савјет министара Савјета Европе 30. априла 2014. године (1198. засједање).

Конвенција Уједињених нација против корупције, „Службени гласник БиХ“ – Међународни уговори, број 05/2006.

Грађанскоправна конвенција о корупцији Савјета Европе, „Службени гласник БиХ“, број 36/2001.

Кривичноправна конвенција о корупцији Савјета Европе, „Службени гласник БиХ“, број 36/2001.

LEGAL PROTECTION OF PERSONS REPORTING CORRUPTION IN REPUBLIC OF SRPSKA

Jelena Vukadinović*

Conclusion

It was necessary to regulate the protection of persons reporting corruption on a regular basis. There are several reasons for this. First of all, these persons did not have enough and adequate protection in the positive legal regulations before the adoption of such a law. In addition, the Republic of Srpska, on its European path, has the obligation to adopt recommendations of international documents dealing with issues related to the fight against crime and corruption and the protection of human rights. For this reason, in this law have largely been adopted recommendations that provide quality and more complete protection, and provide greater guarantees and consistency to the reporters of corruption and persons who suffer harmful consequences due to corruption or corruption reporting, and in that way they are encouraged to report corruption as well to seek without fear the protection of their rights that are endangered or hurt in a cause-and-effect relationship with corruption or corruption reporting.

We remind that the goal of this legal solution is the suppression of corruption and the provision of an effective mechanism for the protection of the rights of persons who in good faith report corruption, from any form of threat or violation of those rights that could be related to this report, and the development and strengthening of the sense of social responsibility of everyone persons to report any form of corruption. This goal will only be achieved if citizens report corruption, regardless of whether they suffer harmful consequences in relation to the same, and especially if they see the actions of the competent bodies for providing protection to the complainant in accordance with this law, that this protection is really realized, that is, the realization of rights that have been endangered or injured or that the returning or placing in equal position of a person who has been brought into an unequal position due to corruption or the reporting of corruption is enabled.

* Ministry of Justice of Republic of Srpska

In addition, in order to achieve the goal of the law, it is necessary for citizens to be convinced that due to the reporting of corruption they will not suffer and that they do not suffer any harmful consequences. Finally, it is necessary for the public to see the sanctioning of the perpetrators of corruptive behavior and treatment, as well as reducing the number of such forms of treatment, which can be supported by the statistical data of the competent bodies for the fight against corruption.

The responsibility for achieving this goal is not only for subjects that are legally obligated by this law to protect the rights of persons who are endangered or injured in a causal relationship with corruption or corruption reporting, but also for all of us or the society as a whole. We believe that the first positive results of the implementation of this law will have a positive effect on the public change and awareness of the citizens about the harmfulness of corruption and the necessity of fighting against corruption and the protection of all persons whose rights are in any way endangered or damaged in a causal relation with corruption or corruption reporting.

**КРАЂА ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ КАО ПОСЕБНО КРИВИЧНО
ДЈЕЛО У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ**

Мр Драган Балтић*

***Апстракт:** Кривично дјело крађа електричне енергије је ново кривично дјело, које се као такво први пут уводи у кривично законодавство Републике Српске новим Кривичним закоником Републике Српске из 2017. године, и то у оквиру заједничког кривичног дјела под називом крађа електричне енергије или природног гаса. У већини земаља кривични законици не утврђују посебно кривично дјело крађе електричне енергије, већ се то дјело подводи под општи режим кривичног дјела крађе. Ово је комплексно кривично дјело, а циљ прописивања једног оваквог кривичног дјела је да се на посебан начин заштити електрична енергија и систем електропривреде, као једног од највећих и најзначајнијих привредних ресурса у Републици Српској. Актуелност ове теме очигледна је, како са кривичноправног аспекта, тако и са друштвено-економског. Највећи ум са ових простора, Никола Тесла, за енергију је говорио да је то кључни проблем будућности – питање живота или смрти. Из тог разлога енергија заслужује посебан третман у друштву, па је неопходно да се чува, рационално користи и на посебан начин штити. Установљавањем посебне инкриминације у вези са електричном енергијом постиже се ефикаснија кривичноправна заштита електричне енергије као цивилизацијске тековине и производа без којег би живот у данашњем савременом друштву био готово незамислив.*

***Кључне ријечи:** крађа, кривично дјело, електрична енергија, гас, топлотна енергија, енергија.*

* ЗП „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука, РЈ „Електродистрибуција“ Приједор, e-mail: drbaltik@gmail.com

1. Увод

Од појаве електричне енергије, производње и преноса исте са једног мјеста на друго, па до крађе електричне енергије, није прошао дуг временски период. Први киловати електричне енергије, по систему полифазне наизмјеничне струје научног генија Николе Тесле, потекли су низ Нијагару 1896. године, а струја је преношена до града Бафала у САД помоћу далековаода са трофазним системом.¹

Да би енергија могла да буде предмет крађе, било је неопходно да се прво утврди да је она покретна ствар, а то је било питање грађанског права, тачније стварног права. Међутим, кривично законодавство није чекало да се у оквиру стварног права енергија дефинише као покретна ствар, већ је тражило рјешења унутар своје области. Према члану 83 швајцарског кривичног пројекта, било је предвиђено да ће се казнити онај ко некоме одузме туђу ствар или из туђе електричне инсталације одузима енергију.² Кривични законик Швајцарске из 1937. године прописао је посебно кривично дјело противправног одузимања енергије.³ Кривични законик СР Њемачке из 1987. године у параграфу 284ц прописује посебно кривично дјело одузимања електричне енергије.⁴

Гледајући простор бивше Југославије, треба посебно напоменути пројекат за Краљевину Србију из 1910. године који је садржао посебну одредбу о крађи струје. Надаље, Кривични законик Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године у параграфу 14 тачка 6 означио је електричну енергију као покретну ствар, а у параграфу 365 као оштећење туђих ствари и интереса споменуто је и одвођење туђе електричне струје у намјери да се други оштети. Кривични законик Југославије из 1951. године под појмом покретне ствари подразумевао је и сваку произведену или сакупљену енергију за давање свјетлости, топлоте или кретања.

¹ Драгољуб Симоновић, *Право о електричној енергији*, Ауторско издање, Београд, 1998. год., стр. 13.

² Пројекти из 1894. године, 1897. године, 1903. године, 1916. године, 1918. године, на снази од 1. јануара 1942. године.

³ Члан 146 овог законика гласи: „Ко противправно одузме енергију из туђег уређаја који служи за коришћење природних снага, нарочито ко одузме енергију из електричних уређаја, казниће се затвором или новчано, а ако је учинилац дјела имао намјеру да себи или другом прибави противправну имовинску корист, казниће се строгим затвором до пет година или затвором“.

⁴ „Ко из постројења или уређаја за производњу електричне енергије одузме туђу електричну енергију, посредством проводника који по прописима нису намијењени за узимање струје из ових уређаја и постројења, казниће се лишењем слободе до пет година или новчаном казном, ако је дјело учињено у намјери противправног присвајања електричне енергије, а уколико је учинилац то учинио у намјери да другом нанесе штету, казниће се лишавањем слободе до двије године или новчаном казном“.

Кривични законик Републике Српске⁵ у члану 123 став 1 тачка 18 даје дефиницију покретне ствари наводећи да је покретна ствар и свака произведена или скупљена енергија за давање свјетлости, топлоте или кретања, те телефонски импулс, као и регистровани податак који је резултат електронске обраде података (компјутерски податак или програм).

2. Основна обиљежја кривичног дјела крађе

Кривично дјело крађе је основно имовинско кривично дјело. Крађа је одузимање туђе покретне ствари са намјером да се иста противправно присвоји. Основна обиљежја овог кривичног дјела су: радња, а то је одузимање ствари, објект дјела, а то је туђа покретна ствар и намјера учиниоца, а то је противправно присвајање.

Објект крађе је туђа покретна ствар, а ствар је сваки предмет материјалне природе који заузима одређени простор, без обзира на то у каквом се агрегатном стању налази (чврстом, течном или гасовитом). Објект крађе може бити само покретна ствар, а таквом се у кривичноправном смислу сматра свака ствар која се може помјерити са једног мјеста на друго, а да се при томе битно не промијени њена супстанција.⁶ Покретна ствар која се одузима мора бити туђа, тако да предмет крађе не може бити ствар која је у својини учиниоца. Као што се може закључити, на основу позитивних кривичноправних законских прописа, као покретна ствар се сматра и свака произведена или скупљена енергија за давање свјетлости, топлоте или кретања.

Одузимање туђе покретне ствари представља кривично дјело крађе само када се врши са намјером да се противправно присвоји. Кривично дјело крађе сматра се свршеним када је извршена радња одузимања туђе покретне ствари, односно прекидањем ранијег притежања и заснивањем сопственог притежања, а са намјером противправног присвајања.

Одузимање ствари може се извршити различитим дјелатностима, на разне начине, тајно или јавно, различитим средствима. За постојање дјела је битно да се радња извршења предузима у одређеној намјери – намјери учиниоца да противправно присвоји одузете ствари. Ова намјера

⁵ Објављено у „Службеном гласнику Републике Српске“ бр. 64/2017.

⁶ Др Љубиша Лазаревић, „Кривично право – Посебни део“, Савремена администрација, Београд, 1983. год., стр. 343.

мора да постоји на страни учиниоца у вријеме предузимања радње извршења, али она не мора да буде остварена у конкретном случају. Присвајање ствари не значи стицање својине, већ фактичко власничко понашање у располагању стварима. Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је директни умишљај који карактерише наведена намјера.⁷

3. Појам и значај енергије

Енергија чини саставни дио оних свакодневних појмова, који су свеprisутни и за које вјерујемо да посједујемо интуитивно разумијевање. Ријеч енергија потиче од грчке ријечи, а што има значење као живахан, сила у дејству. Ова ријеч се први пут највјероватније појавила у раду Аристотела⁸ у 4. вијеку прије нове ере, а у модерном значењу израз енергија први је користио Томас Јанг⁹ 1807. године. У физици енергија је својство које мора бити пренијето на објекат да би извршио рад или да би се загријао, те може бити конвертована у други облик, али не може бити уништена. Енергија се може појавити у више до сада познатих облика, и то: свјетлосна енергија, потенцијална енергија, кинетичка енергија, хемијска енергија, електрична енергија, енергија вјетра, термичка енергија, нуклеарна енергија, електромагнетна енергија.

Електрична енергија је најприкладнији облик енергије за потрошњу, а она се ствара претварањем других врста енергије у електричну енергију, помоћу разних постројења за производњу електричне енергије. Највеће количине електричне енергије данас се производе у термоелектранама, хидроелектранама и нуклеарним електранама, а ту је и низ алтернативних начина за производњу електричне енергије, као што су: соларне електране, вјетроелектране, биогаз, геотермални извори и сл.

Разноврсност облика, извора и могућности претварања једног облика енергије у други чини могућим експлоатацију енергије. Оно што је битно код енергије јесте да нас она покреће, да ју је немогуће уништити, јер се она само трансформише из једног облика у други. У универзуму

⁷ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, ЈУ„Службени гласник Републике Српске“ Бања Лука, 2018. год., стр. 424.

⁸ Аристотел, грчки филозоф и научник чија је мисао два миленијума ток западне интелектуалне историје (рођен 384, Стагира, умро 322. прије нове ере, Халкида).

⁹ Томас Јанг, британски љекар, физичар и филолог (1773–1829).

енергија непрекидно протиче, а човјек је само један мали дио свеприсутне енергије.

По законској дефиницији датој у оквиру енергетског прописа (Закон о енергетици), енергија представља облик енергије који је доступан као комерцијална роба, као што је електрична енергија, топлотна енергија, природни гас, нафта и деривати нафте и биогориво.¹⁰

4. Електрична енергија као посебан вид енергије

Електрична енергија је цивилизацијска благодет, продукт природног богатства и људског достигнућа која свакако заслужује епитет епохалног открића човјечанства. Од њеног самог открића, електрична енергија представља један од основних услова за рад и живот човјека. Она је услов опстанка и развоја цивилизације и питање је када ће бити замијењена неким савршенијим производом. Више од једног вијека електрична енергија грије човјека, освјетљава његов пут ка бољој будућности и на безброј других начина чини живот човјека љепшим и лакшим за опстанак. За сваку државу електрична енергија представља национално богатство од великог значаја. Развој једне државе условљен је природним енергетским ресурсима и њиховом искоришћеношћу у производњи електричне енергије. Ниједна индустријска грана не може да функционише без електричне енергије, тако да је развој индустрије и привреде уско везан за производњу електричне енергије. Може се рећи да је живот човјека у данашњем савременом добу развијених технолошких достигнућа, ере рачунара и интернета, незамислив без електричне енергије. Треба се само запитати шта све не би функционисало без електричне енергије, па би одговор био једноставан – скоро ништа!

С обзиром на специфична физичка својства, дуго времена је постојала дилема да ли је електрична енергија ствар или нешто друго (бестјелесно, муњевито, невидљиво). У дугом временском периоду преовладавао је став да електрична енергија није ствар. Међутим, на самом почетку двадесетог вијека један законски став у упоредном праву могао је, примјеном правне аналогије, довести до закључка да и електрична енергија представља ствар. Наиме, у члану 713 швајцарског Грађанског законика регулисано је да је покретна ствар и свака природна снага која је подобна за присвајање.¹¹

¹⁰ Члан 3 ст. 1а Закона о енергетици („Службени гласник Републике Српске“ бр. 11/2009).

¹¹ Драгољуб Симоновић, „Право о електричној енергији“, *Правни живот*, бр. 10/95, стр. 494.

Старија правна доктрина нагињала је ставу да електрична енергија није ствар, већ да представља једно стање, односно појаву на ствари, односно снагу и способност неког тијела за вршење рада, а не материју у смислу тјелесне ствари.¹² Модерна концепција покретне ствари подразумијева да и разне енергије, па и електрична, имају материјални карактер, те да спадају у категорију ствари као објеката грађанског (стварног) права. То се, наравно односи само на оне енергије које људи производе или њима управљају, а не на оне које се стварају слободно у природи и ван су људског дјелања и апрехензије (нпр. Сунчева енергија, електрицитет муње, грома и сл.)¹³.

Да би електрична енергија била ствар, она као и свака друга енергија мора бити потчињена вољи и моћи човјека. Човјек у циљу добијања електричне енергије активно дјелује у природи, преграђује ријеке, гради акумулациона језера, потапа села и градове, узима велике површине земље ради експлоатације угља, а све у циљу изградње постројења за производњу електричне енергије, гдје исту производи и путем преносних система испоручује до крајњих потрошача.

Иако у ранијим прописима то није било јасно дефинисано, важећи закони у области енергетике Републике Српске јасно дефинишу електричну енергију као ствар, односно робу која се производи, преноси и продаје, тако да електрична енергија представља предмет продаје из уговора о продаји робе, као и предмет извршења кривичног дјела тако што се краде, а у кривичном праву само покретна ствар може бити предмет кривичног дјела.

Електрична енергија означава робу за коју се производња, дистрибуција, промет и коришћење прописују одредбама Закона о електричној енергији и на основу тога закона донесених подзаконских аката.¹⁴

¹² „Правна енциклопедија“, главни редактор проф Борислав Т. Благојевић, Савремена администрација, Београд, 1979. год., стр. 300.

¹³ Драгољуб Симоновић, *Право о електричној енергији*, Ауторско издање, Београд 1998. год.

¹⁴ Члан 3 ст. 1 ал. 1 Закона о електричној енергији („Службени гласник Републике Српске“ бр. 8/2008 – Пречишћени текст, 34/2009, 92/2009 и 1/2011).

4. Кривично дјело крађе електричне енергије у кривичном законодавству Републике Српске

Чланом 225 Кривичног законика Републике Српске прописано је да ће се кумулативном казном затвора од шест мјесеци до три године и новчаном казном казнити онај ко противно важећим прописима прикључи електроенергетске објекте на електроенергетску мрежу, троши електричну или топлотну енергију или природни гас без прописаних мјерних уређаја или мимо њих или на неки други начин неовлашћено користи електричну или топлотну енергију или природни гас или онемогући овлашћено лице да региструје утрошену електричну или топлотну енергију или природни гас. Такође, кажњив је и покушај дјела.

Објект заштите је имовина, а објект напада су: електрична енергија, топлотна енергија и природни гас.¹⁵

Радња извршења је вишеструко и алтернативно одређена, и то као:

- Прикључење електроенергетског објекта на електроенергетску мрежу супротно важећим прописима;
- Трошење електричне енергије, топлотне енергије, природног гаса без прописаних уређаја;
- Трошење електричне енергије, топлотне енергије, природног гаса мимо прописаних мјерних уређаја;
- Неовлашћено коришћење електричне енергије, топлотне енергије и природног гаса и
- Онемогућавање овлашћеног лица да региструје утрошену електричну енергију, топлотну енергију и природни гас.

Посебан облик дјела за који је прописана кумулативна казна затвора до двије године и новчана казна постоји ако крајњи купац електричне или топлотне енергије или природног гаса не пријави извршење овог дјела, што чини посебан облик непријављивања кривичног дјела или учиниоца (као кривичног дјела против правосуђа).¹⁶

Ово кривично дјело има два тежа облика испољавања. Први је у случају да је учинилац кривичног дјела крајњи купац, односно потрошач електричне енергије, топлотне енергије или природног гаса, и у том

¹⁵ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, аЈУ „Службени гласник Републике Српске“ Бања Лука, 2018. год., стр. 426.

¹⁶ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, ЈУ „Службени гласник Републике Српске“ Бања Лука, 2018. год., стр. 427.

случају је прописана строжа казна, а то је кумулативна казна затвора од једне до пет година и новчана казна.

Други тежи облик овог кривичног дјела везан је за вриједност украдене електричне енергије, топлотне енергије и природног гаса. Законодавац прописује да ће се у случају да вриједност украдене електричне енергије, топлотне енергије или природног гаса прелази износ од десет хиљада конвертибилних марака, учинилац казнити кумулативном казном затвора од шест мјесеци до пет година и новчаном казном, а ако прелази педесет хиљада конвертибилних марака, кумулативном казном затвора од двије до осам година и новчаном казном.

Посебно кажњавање предвиђено је и за правно лице и одговорно лице у правном лицу. Тако, у случају да се као учинилац овог кривичног дјела појави правно лице, прописана је новчана казна у распону од двадесет хиљада конвертибилних марака до двије стотине хиљада конвертибилних марака, а за одговорно лице казна затвора до три године, кумулативно са новчаном казном.

5. Кривично дјело крађе електричне енергије у упоредном законодавству

У нашем ближем окружењу, у кривичним законодавствима Србије, Хрватске и Црне Горе, као и унутар саме Босне и Херцеговине, није прописано посебно кривично дјело крађе електричне енергије, већ се крађа електричне енергије третира као имовински деликт у оквиру кривичног дјела крађе. Међутим, сви кривични закони у овим државама електричну енергију дефинишу као покретну ствар.

Кривични законик Србије¹⁷ под покретном ствари сматра и сваку произведену или сакупљену енергију за давање свјетлости, топлоте или кретања, телефонски импулс, као и рачунарски програм, а онај ко туђу покретну ствар одузме другом у намјери да њеним присвајањем себи или другом прибави противправну имовинску корист казниће се новчаном казном или казном затвора до три године.

Кривични законик Србије има и посебно кривично дјело под називом прикључење објекта који је изграђен без грађевинске дозволе (члан 291б), тако да је истим прописано да ће се кумулативно казном

¹⁷ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

затвора од три мјесеца до три године и новчаном казном казнити лице које прикључи објекат или одговорно лице у правном лицу које дозволи прикључење објекта, који се гради или је изграђен без грађевинске дозволе, на електроенергетску, термоенергетску или телекомуникациону мрежу, водовод и канализацију.

Казнени закон Хрватске¹⁸ под појмом покретна ствар сматра и сваку произведену или скупљену енергију за давање свјетлости, топлине или кретања, као и телефонски импулс, а за онога ко туђу покретну ствар одузме другоме с циљем да је противправно присвоји прописана је казна затвора од шест мјесеци до пет година (уколико је вриједност одузете ствари мала, казна је до једне године затвора).

Кривични законик Црне Горе¹⁹ као покретну ствар дефинише произведену или скупљену енергију за давање свјетлости, топлоте или кретања, телефонски импулс, као и рачунарски податак и рачунарски програм, а за онога ко туђу покретну ствар одузме другом у намјери да њеним присвајањем себи или другом прибави противправну имовинску корист, прописана је новчана казна или казна затвора до три године.

У Кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине²⁰ наводи се да је покретнина свака произведена или скупљена енергија за давање свјетлости, топлине или кретања, те телефонски и други импулси, а за починиоца који туђу покретну ствар одузме другоме са циљем да њеним присвајањем прибави себи или другоме противправну имовинску корист прописана је новчана казна или казна затвора до три године.

6. Облици, откривање и доказивање кривичног дјела крађе електричне енергије

Крађа електричне енергије представља велики проблем, и то не само у Републици Српској и Босни и Херцеговини, већ и у цијелом окружењу, па је стога ово питање стално актуелно.²¹

¹⁸ „Народне новине Републике Хрватске“ бр. 125/2011, 144/2012, 56/2015 и 61/2015.

¹⁹ „Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 70/2003, 13/2004 и 47/2006 и „Службени лист Црне Горе“ бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015 и 44/2017.

²⁰ „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014 и 76/2014.

²¹ У Србији је у 2017. години украдено електричне енергије у вриједности око 8,5 милиона евра. (податак објављен у чланку „Краду струју и на радијаторима“, Дневни лист „Политика“, 4. 5. 2018. године).

Имајући у виду техничке могућности, електрична енергија се краде на различите начине, а све начине крађе електричне енергије немогуће је побројати. У Закону о електричној енергији и Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом²² устаљен је појам неовлашћена потрошња електричне енергије. Тако, према Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом²³ под неовлашћеном потрошњом електричне енергије сматрају се сљедећи случајеви:

а) самовољно прикључење објеката на дистрибутивну мрежу без електроенергетске сагласности, без уговора о прикључењу, без уговора о снабдијевању и без уговора о приступу;

б) самовољно прикључење на дистрибутивну мрежу након искључења због одређених разлога (обуставања испоруке електричне енергије због радњи или пропуштања крајњег купца²⁴);

в) када крајњи купац онемогућава правилно регистровање преузете електричне енергије или снаге;

г) потрошња електричне енергије без мјерних уређаја;

д) потрошња електричне енергије мимо мјерних уређаја;

ђ) самовољно скидање или оштећење пломбе мјерног уређаја који се налази на посједу крајњег купца, при чему крајњи купац није обавијестио дистрибутера о оштећењу;

е) када крајњи купац електричне енергије троши електричну енергију за категорију потрошње која му није одобрена електроенергетском сагласношћу.

Кривични законик Републике Српске као радње извршења кривичног дјела крађе електричне енергије истиче сљедеће случајеве:

а) прикључење електроенергетских објеката на електроенергетску мрежу супротно важећим прописима,

б) трошење електричне енергије без мјерних уређаја или мимо њих и

в) на други начин неовлашћено коришћење електричне енергије.

²² „Службени гласник Републике Српске“ бр. 85/2008, 79/2010, 67/2012 и 90/2012, Пречишћени текст.

²³ Члан 89 Опшних услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

²⁴ Члан 97 Опшних услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

Прва два случаја су идентична са неовлашћеном потрошњом самовољног прикључења објеката на дистрибутивну мрежу без одговарајуће сагласности и закљученог уговора (електроенергетска сагласност, уговор о прикључењу, уговор о снабдијевању и уговор о приступу) и потрошња електричне енергије без мјерних уређаја или мимо њих, али трећи случај неовлашћеног коришћења електричне енергије на неки други начин је широко одређен. Наиме, закон не даје дефиницију неовлашћеног коришћења електричне енергије, па се може закључити да су то сви начини неовлашћене потрошње електричне енергије наведени у Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

У пракси електродистрибутивних привредних друштава евидентирани су различити начини крађе електричне енергије, па се тако могу истаћи сљедећи најчешћи начини крађе електричне енергије:

- Самовољно прикључење објекта на електродистрибутивну мрежу (без мјерног уређаја, са мјерним уређајем који региструје потрошњу електричне енергије или са мјерним уређајем који не региструје потрошњу електричне енергије или на неки други начин);
- Коришћење електричне енергије без мјерног уређаја;
- Коришћење електричне енергије мимо мјерног уређаја;
- Ономогућавање правилног регистровања преузете електричне енергије и снаге на начин да се директно дјелује на мјерни уређај у циљу нерегистровања или смањења потрошње електричне енергије и
- Самовољно скидање или оштећење пломбе на мјерном уређају или мјерном мјесту, како би се дјеловало на унутрашњост мјерног мјеста ради крађе електричне енергије.

Као само одређен број начина извршења кривичног дјела крађе електричне енергије могу се истаћи сљедећи карактеристични случајеви: оштећење или скидање пломбе постављене на мјерном уређају у циљу ономогућавања правилног регистровања потрошње електричне енергије, оштећење пломбе мјерног уређаја и скидање напонских клема (мостова) на мјерном уређају, пресијецање главног долазног напојног вода и стављање импровизоване разводне кутије за развођење електричне енергије, директно прикључење на електромеру, прикључење на

електромрежу прије мјерног уређаја, повезивање проводника из разводне табле прије мјерног уређаја, премошћавање повратне фазе са склопке на бројило помоћу проводника, чиме је мјерном уређају онемогућено да региструје утросак електричне енергије по вишој тарифи, оштећење проводника који доводе електричну енергију од прикључка до мјерног уређаја и припајање кабла од тога мјеста до разводне кутије, бесправна уградња доводника на електричној инсталацији прије мјерног уређаја, прикопчавање излазних проводника на улазне проводнике ван постојећег мјерног уређаја, као и директно спајање доводног и одводног проводника, вађење из мјерног уређаја долазног и одлазног проводника и њихово спајање испред поклопца мјерног уређаја, замјена долазног са одлазним проводником како би мјерни уређај умањивао стање на бројачу киловат часова, скидање клема са мјерног уређаја, заустављање кретања бројчаника на мјерном уређају помоћу механичких помагала (магнети, филмска трака и сл.) или помоћу електроинструмената (тзв. електрошокари, дјеловање електромагнетним таласима, мобилним телефонима и сл.), као и на низ других начина.

Кривично дјело крађе електричне енергије прате многи проблеми у погледу доказивања, а посебно субјекта извршења, времена извршења и количине украдене електричне енергије.

Дистрибутер електричне енергије дужан је да пропише поступак утврђивања и документовања неовлашћене потрошње електричне енергије. У том смислу доносе се одређена правила поступања, чији циљ је да се откривањем и утврђивањем случајева неовлашћене потрошње електричне енергије смање комерцијални губици, повећа енергетска ефикасност дистрибутивне мреже и остваре бољи пословни резултати за електродистрибутивна предузећа.

Утврђивање периода неовлашћене потрошње битно је за утврђивање количине електричне енергије која је отуђена, односно за обрачун неовлашћено потрошене електричне енергије. Како утврђивање времена и датума од када је почела неовлашћена потрошња електричне енергије представља одређени проблем, у већини случајева не може се утврдити од када датира неовлашћена потрошња (нпр. од када је објекат прикључен на електродистрибутивну мрежу, од када је електрична енергија трошена без или мимо мјерног уређаја, када је извршено самовољно скидање или оштећење пломбе мјерног уређаја и сл.).

Међутим, у случају да се не може утврдити почетак једне или више неовлашћених радњи, сматра се да је неовлашћена потрошња електрич-

не енергије трајала од дана посљедњег прегледа дијела прикључка, односно мјерног мјеста на којем је извршена радња којом је омогућена неовлашћена потрошња електричне енергије, а овај период не може бити дужи од годину дана. По Општим условима читање мјерних уређаја на лицу мјеста без прегледа пломби на мјерном мјесту и израде записника о контроли мјерног мјеста не сматра се прегледом мјерног мјеста које се може користити за одређивање почетка неовлашћене потрошње електричне енергије.²⁵

Што се тиче обрачуна неовлашћене потрошње, он зависи од начина крађе електричне енергије, а Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом децидирано је прописан начин обрачуна неовлашћене потрошње и накнаде за неовлашћено утрошену електричну енергију.²⁶

У пракси као мјесто извршења кривичног дјела крађе електричне енергије најчешће се јављају сљедећа мјеста: на електродистрибутивној мрежи, на прикључку објекта на електродистрибутивну мрежу, на мјерном уређају за мјерење утрошка електричне енергије, на главном прикључном воду између кровног носача и мјерног уређаја, те на мјерном мјесту.

Највећи проблем код доказивања овог кривичног дјела је субјект извршења, односно како доказати ко је починилац кривичног дјела. Најједноставније је рећи да је то лице које је регистровано као купац, односно потрошач електричне енергије, али у пракси постоје многобројни проблеми у вези са овим, јер се у многим случајевима крађа електричне енергије врши изван објекта и посједа потрошача, а што представља само један од проблема у доказивању починиоца овог специфичног кривичног дјела.

7. Примједбе на садашња рјешења и приједлози за ефикаснију кривичноправну заштиту енергије

Као прво, назив члана 225 гласи „крађа електричне енергије или природног гаса“, а овакав назив је у супротности са првим ставом истог члана који прописује да ће се казнити онај ко противно важећим прописима прикључи електроенергетске објекте на електроенергетску мрежу,

²⁵ Члан 90 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

²⁶ Члан 91 и 92 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

троши електричну или топлотну енергију или природни гас. Дакле, из самог назива јасно произлази да законодавац жели да посебно заштити електричну енергију и природни гас, али се даље спомиње и топлотна енергија. Надаље, спомињу се само електроенергетски објекти и електроенергетска мрежа, а из садржине се може закључити да се ради и о другим енергетским објектима и дистрибутивној мрежи, односно о топловодима и гасоводима. Зато је, по мишљењу аутора овог рада, неопходна промјена назива овог члана.

У првој варијанти назив би требало да се усклади са садржајем члана, па би тако назив овог кривичног дјела требало да буде крађа електричне енергије или топлотне енергије или природног гаса. Надаље, да ли грешком или не, законодавац је прописао да ће се казнити онај ко супротно важећим прописима прикључи електроенергетске објекте на електроенергетску мрежу. Дакле, само се помињу електроенергетски објекти и електроенергетска мрежа, па се поставља питање шта је са објектима који се прикључују на топловодну мрежу или на гасоводну мрежу. Да ли је и прикључење објеката супротно важећим прописима кажњиво у случају прикључења објеката на топловодну и гасоводну мрежу? Стога, неспорно је да овдје постоји недоумица, па је, по мишљењу аутора, потребно дати јединствен назив као што су енергетски објекти и енергетска мрежа, јер је тежња на заштити енергије (електрична енергија, топлотна енергија, гас).

Имајући у виду циљ законодавца да се посебно штити енергија, а Законом о енергетици је тачно дефинисано шта се сматра енергијом, најефикасније и најбоље би било да назив овог дјела гласи „крађа енергије“. Законом о енергетици²⁷ јасно је дата дефиниција енергије, а у истом се наводи да енергија представља облик енергије који је доступан као комерцијална роба, као што је електрична енергија, топлотна енергија, природни гас, нафта и деривати нафте и биогориво.

Кривичним закоником Републике Српске тежиште заштите је концентрисано на одређене видове енергије (електричну енергију, топлотну енергију и природни гас), па како је већ једним законским прописом (Закон о енергетици) дата дефиниција енергије, онда би сви видови енергије у области енергетике требало да уживају једнаку кривичноправну заштиту. У циљу посебне заштите енергије у оквиру значења појмова треба дати значење енергије, а како би се тачно знало који видови енергије уживају кривичноправну заштиту.

²⁷ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 49/2009.

Како законодавац једну од радњи извршења овог кривичног дјела наводи и неки други начин неовлашћеног коришћења електричне или топлотне енергије или природног гаса (енергије) неопходно је у значењу израза објаснити шта се то сматра под неовлашћеним коришћењем енергије, односно који су то други начини неовлашћеног коришћења.

Надаље, у Кривичном законнику Републике Српске предвиђено је да ће се казнити само онај ко онемогући овлашћено лице да региструје утрошену електричну или топлотну енергију или природни гас. Став аутора је да је ово недовољно јер се кажњава само за радњу онемогућавања у случају читања утрошка енергије, а у пракси се евидентира мањи број оваквих случајева. Међутим, дистрибутер енергије, посебно електричне енергије се у великом броју случајева суочава са великим проблемима који се манифестују у недозвољавању приступа мјерним уређајима, инсталацијама као и мјесту прикључка и мјерења ради провјере и контроле исправности истих, као и ради обуставе испоруке. На крају, поставља се питање како да дистрибутер утврди крађу енергије, уколико му се не омогући несметан приступ до мјерних уређаја и инсталација.

Имајући у виду да у крађи енергије у одређеном броју случајева учествују и запослени у енергетским привредним друштвима, а који имају и највећа стручна знања у овој области, мишљење аутора је да би као посебан тежи облик овог кривичног дјела требало прописати случај када лице запослено код енергетског привредног субјекта учини, другогме омогући или на било који начин учествује у извршењу овог кривичног дјела.

На крају, сматрамо да радњу дјела треба проширити на начин да би ово кривично дјело чинио онај ко противно важећим прописима прикључи енергетске објекте, уређаје или инсталације на енергетску мрежу или ко другима омогући прикључење објеката, уређаја и инсталација преко својих објеката, уређаја и инсталација, троши енергију без прописаних мјерних уређаја или мимо њих или на неки други начин неовлашћено користи енергију или онемогући овлашћеним лицима оператора преносног, односно дистрибутивног система безбједан, потпун и несметан приступ мјерним уређајима и инсталацијама, као и мјесту прикључка и мјерења ради читавања, провјере исправности, отклањања кварова, замјене, одржавања, контроле исправности мјерних и других уређаја, уређења мјерног мјеста и обуставе испоруке енергије.

Закључак

Да би се постигао преокрет у казненој политици и обезбиједила одговарајућа кривичноправна заштита електричне енергије као основног производа електропривредне дјелатности и цивилизацијске тековине без које би савремени живот био готово незамислив, била је неопходна реакција законодавца. Новим Кривичним закоником Републике Српске из 2017. године по први пут се уводи посебна кривичноправна заштита електричне енергије, а заједно са топлотном енергијом и природним гасом. Ово је свакако велики искорак у домаћем кривичном законодавству.

Међутим, и поред свих похвала, треба истаћи и одређене критике и примједбе на рачун законодавца, а које се односе на неусклађеност назива члана са садржином, те недореченост и непрецизност у одређеним изразима, као и необухватање одређених радњи, као радњи кривичног дјела које се често појављују у пракси енергетских предузећа. Свакако, уз одређене допуне и измјене овог члана по наведеним приједлозима, дао би се пуни значај заштити енергетике и свих видова енергије у оквиру ове стратешке гране привреде.

Поред изнесених критика на рачун законодавца, мора се одати велико поштовање на увођењу кривичног дјела крађе електричне енергије (заједно са топлотном енергијом и природним гасом), као новог посебног кривичног дјела у кривичном законодавству Републике Српске. За Републику Српску електрична енергија представља национално богатство од посебног значаја, па као таква заслужује да јој се обезбиједи и посебна кривичноправна заштита. Поред тога, треба истаћи да крађа електричне енергије представља велики проблем, те да је то једно од највећих појединачних отуђења имовине која је у већинском власништву Републике Српске. Очигледно је да је законодавац препознао овај проблем, па је зато за електричну енергију на специфичан начин омогућио посебну кривичноправну заштиту, а заједно са топлотном енергијом и природним гасом.

Литература

Лазаревић Љ., *Кривично право – Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1983.

Јовашевић Д., Митровић Љ., Икановић В., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, ЈУ „Службени гласник Републике Српске“ Бања Лука, 2018.

„Правна енциклопедија“, главни редактор проф Борислав Т. Благојевић, Савремена администрација Београд, 1979.

Симоновић Д., *Право о електричној енергији*, Ауторско издање, Београд, 1998.

Симоновић Д., *Крађа електричне енергије и други деликти од значаја за електропривреду*, Ауторско издање, Београд, 1999. год.

Симоновић Д., „Право о електричној енергији“, *Правни живот* бр. 10/1995.

Закон о енергетици („Службени гласник Републике Српске“ бр. 47/2009).

Закон о електричној енергији („Службени гласник Републике Српске“ бр. 8/2008 – Пречишћени текст, 34/2009, 92/2009 и 1/2011).

Општи услови за испоруку и снабдијевање електричном енергијом („Службени гласник Републике Српске“ бр. 90/2012 – Пречишћени текст).

Казнени закон Хрватске („Народне новине Републике Хрватске“ бр. 125/2011, 144/2012, 56/2015 и 61/2015).

Кривични законик Црне Горе („Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 70/2003, 13/2004 и 47/2006 и „Службени лист Црне Горе“ бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015 и 44/2017).

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014 и 76/2014).

Кривични законик Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

THEFT OF ELECTRICITY AS A SEPARATE CRIMINAL OFFENCE IN NEW CRIMINAL JURISDICTION OF REPUBLIC OF SRPSKA

Dragan Baltić, LL.M.*

Summary

Criminal offence theft of electricity is a new criminal offence, which is as such introduced for the first time into criminal jurisdiction of Republic of Srpska with the new Criminal Code from 2017, within the joint criminal offence under the title theft of electricity or natural gas. In most of the countries, criminal laws do not enact a separate criminal offence of stealing electricity, but this offence is classified under the general regime of criminal offence of theft. This is a complex criminal offence, and the goal of prescribing such criminal offence is to protect electricity in a special manner and system of power supply company as one of the largest and most important economic resources in Republic of Srpska.

The actuality of this topic is evident, both from criminal law aspect and from socio economic. The greatest mind from this region Nikola Tesla spoke about energy as the crucial issue of the future – a matter of life or death. For that reason, energy deserves a special treatment in the society and therefore, it is necessary to be preserved, rationally used and protected in a special manner. Establishing a special incrimination with regards to the electrical energy achieves the efficient criminal law protection of electrical energy as civilization achievement and product without which life in modern society would be practically unthinkable.

Key words: *theft, criminal offence, electrical energy, gas, heat energy, energy.*

*The Head of the Department for Legal and Human Resources and General Affairs at the “Elektrokrajina”, stock company Banja Luka, working unit of “Elektrodistribucija” in Prijedor

НУЖНА ОДБРАНА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Ранко Керовић*

Резиме: Рад се бави институтом нужне одбране, њеним појмом и законском дефиницијом у теорији и пракси Републике Српске.

Садржина рада обухвата теоријска разматрања различитих аутора из Републике Српске, изложена у уџбеницима кривичног права, као и примјере из судске праксе у Републици Српској.

Појам нужне одбране приказан је у контексту правно-теоријског оквира заступљеног у Републици Српској и основних елемената овог института – напада и одбране. Кроз теоријске и практичне примјере из судске праксе видљива је сва сложеност овог института у кривично-правном смислу.

Рад обрађује и појам прекорачења нужне одбране.

Кључне ријечи: нужна одбрана, теорија и судска пракса, напад, одбрана, прекорачење нужне одбране.

1. Појам

Нужна одбрана дефинише се као један од основа за искључење кривичног дјела, односно искључење противправности.

Дјело извршено у нужној одбрани није кривично дјело.

У правној теорији постоје два основна принципа који дефинишу право на нужну одбрану, а то је право неког да не трпи посљедице повреда својих добара, а по другом, то је заштита јавног поретка.

* Окружно јавно тужилаштво у Бијељини, e-mail: ranko.kerovic@pravosudje.ba

Правна теорија нужну одбрану посматра кроз двије теорије: субјективну и објективну. Према субјективној теорији, оно лице које је извршило кривично дјело налазило се у узбуђеном стању, које искључује урачунљивост, па се због тога ово лице не треба казнити. Објективна теорија полази од тога да нужна одбрана представља једно право и да је учинилац кривичног дјела извршеног у нужној одбрани био овлашћен да под одређеном условима повриједи нападачево добро.

Иначе, при одређивању оправданости нужне одбране треба поћи од тога да се у случају нужне одбране ради о нападу на неко добро и да је тај напад друштвено опасан.

У Кривичном законнику Републике Српске, предвиђено је, у члану 26, да дјело извршено у нужној одбрани није кривично дјело.

2. Законски елементи нужне одбране

Према Кривичном законнику Републике Српске,¹ нужна одбрана се дефинише као она одбрана која је неопходно потребна да се од свог добра или од добра другог одбије истовремени или непосредно предстојећи противправни напад.

Кад анализирамо ову законску дефиницију кривичног дјела, видимо постојање двају битних елемената, а то су: напад и одбрана или одбијање напада.

Напад је такво понашање које представља повреду људског добра, односно такво дјеловање човјека којим се ствара пријетња за другог, да ће бити повријеђено неко његово добро или правни интерес. Сам напад не мора бити циљно предузет, него може и нехатно. Он мора бити предузет од човјека, а напад од животиње не може представљати основ за нужну одбрану.

Објект напада може бити свако добро, па ту не постоје законска ограничења. Нужна одбрана је могућа у одбрани живота, слободе, имовине, полне слободе, породице, неповредивости стана, части, па и имунитета по нашем или међународном праву.

Сам напад мора бити конкретан, да се њиме угрожава објекат напада. Мора бити противправан, супротан правним нормама. Напад не смије бити заснован на правној норми, али не мора представљати кривично дјело.

¹ Кривични законик РС, „Службени гласник“ бр. 64/17 од 10. јула 2017. године.

Нужна одбрана није могућа против напада који је правно заснован и који нападнуто лице мора да трпи.

У нужној одбрани је дозвољено поступати чак и кад је нападнути скривио напад.

Ако анализирамо уџбенике који се користе на правним факултетима у Републици Српској, постоје различита гледишта око елемената напада и одбране. Тако се у уџбенику *Кривично право – општи дио*, Милоша Бабића и Иванке Марковић, (Бања Лука, 2015)² појам напада своди на сљедеће елементе:

- Напад може постојати као људска радња, управљена против заштићеног добра. Она може бити по правилу извршена чињењем, али изузетно и нечињењем.
- Напад може бити управљен против било ког правнозаштитног добра.
- Напад мора бити противправан, јер само противправан напад легитимише право на одбрану. Он је противправан ако се предузима без законског овлашћења.
- Напад и одбрана морају бити истовремени. Истовременост постоји и кад је напад актуелан (траје док не престане), као и онда кад непосредно предстоји.

Слично се појмом напада баве Драган Јовашевић, Љубинко Митровић, Вељко Икановић у књизи *Кривично правно Републике Српске – општи дио* (Паневропски универзитет Аперсион, Бања Лука 2017),³ који наводе да је за постојање напада потребно постојање четирију услова: 1) напад мора бити предузет од човјека, 2) напад мора бити усмјерен против човјека или његовог или туђега правног добра или интереса, 3) напад мора бити противправан, 4) напад мора бити стваран.

Код постојања нужне одбране, М. Бабић и И. Марковић предност дају више елемента, и то да:

- Одбрана или одбијање напада може да постоји ако су у одбрани садржана обиљежја неког кривичног дјела.
- Одбрана треба да буде усмјерена против нападача или неког његовог добра.
- Она мора бити нужна, односно неопходна да се одбије напад.
- Мора постојати сразмјерност добра, али то није одлучујуће.

² Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право – општи дио*, Бања Лука, 2015, стр. 157–164

³ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске – општи дио*, Паневропски универзитет Аперсион, Бања Лука 2017, стр. 127–133.

Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, у *Кривичном праву Републике Српске – општи дио*, таксативно наводе слjedeће услове по постојање одбране: одбрана мора да се састоји у одбијању напада, 2) одбрана мора бити управљена против нападача, 3) одбрана мора бити истовремена са нападом, 4) одбрана мора бити неопходно потребна за одбијање напада.

Исто је и у уџбенику М. Кокољ и Д. Јовашевић, *Кривично право Републике Српске, општи и посебан дио* (Универзитет Синергија, Бијељина, 2011), као и уџбенику Универзитета Аперсион.

3. Судска пракса

Судска пракса, као и теорија, немају јединствен став о томе који су елементи напада и одбране. Разлог томе је, између осталог, различитост поступања судова, на различитом подручју Републике Српске. Нема уједначене праксе ни за друге области кривичног права на територији Републике Српске, па ни за нужну одбрану. Рецимо, једно поступање на подручју једног окружног суда се сматра кривичним дјелом, док на подручју другог не.

Ипак се у судској пракси, у принципу, сматра да су напад и одбрана битни елементи нужне одбране.

Нападом се сматра свака радња управљена на повреду или угрожавање неког добра, а он има слjedeће карактеристике:

- Напад мора бити извршен чињењем. По правилу не може постојати напад нечињењем;
- Нападач може бити само људско биће, човјек. Ако је човјек угрожен од животиње, тад се напад не налази у оквиру нужне одбране;
- Напад мора бити противправан. Он је противправан ако је нападнуто неко добро које нападнути није дужан да трпи. Поставља се питање, шта ако је напад испровоциран. Тад одбрана не би била дозвољена;
- Напад може бити управљен против било ког добра лица које се брани;
- Напад мора бити стваран.

Одбрана се сматра радњом одбијања напада. Да би неко понашање имало елементе одбране, мора да садржи сљедеће карактеристике:

- Одбрана треба да је таква да се њоме повређује добро нападача;
- Одбрана мора бити управљена против било ког добра нападача;
- Одбрана мора бити истовремена са нападом;
- Неопходност одбране се цијени према сразмјерности између нападнутог добра и нападачевог добра. Суштина је да не постоји несразмјера између добара.

Иако немају јединствено мишљење у судској пракси, видимо сљедеће: Основни суд у Бијељини у потврђеној пресуди број 80 0 К 019375 10 К 2, за кривично дјело – лака тјелесна повреда из члана 155 став 1 КЗ РС, изводи сљедећи закључак о нужној одбрани: “Без обзира на постојање сасвим могућег прекршајног понашања критичне прилике од стране оптуженог ... суд налази да опт.... није скривио противправни напад који је на њега услиједио од стране оптуженог ... Напад оптуженог ... је противправно дјело, јер је без икаквих законских овлашћења преузео на себе дисциплиновање оптуженог Н... Он је критичне прилике напao на живот и тијело Н..., као највеће његово лично а и друштвено добро. Чланом 11 КЗ РС прописано је да није кривично дјело оно дјело које је учињено у нужној одбрани и да је нужна она одбрана која је неопходно потребна да се од свог добра или од добра другог одбије истовремени или непосредно предстојећи противправни напад. Критичне прилике оптужени Н... је, по оцјени суда, био нападнут од стране опт. Ж... и од себе је одбијао истовремени или непосредно предстојећи напад. Истовременост напада у овом случају уопште није упитна, што је потврђено изјавама саслушаних свједока, који су потврдили да је критичне вечери постојао само један сусрет и сукоб између оптужених, као и налазом и мишљењем вјештака мед. струке о старости задобијених повреда, за које је утврђено да је сасвим могуће да потичу из истог кривичноправног догађаја, односно да су све повреде, дакле, на обојици оптужених, повреде задобијене у истом временском периоду.”

Слично је размишљање и Основног суда у Сокоцу, Одјељење у Источном Сарајеву, у потврђеној пресуди број 89 1 К 005432 08 К, због кривичног дјела тешка тјелесна повреда из члана 156 став 1 КЗ РС, у којој се наводи: „Дакле, неспорно је да је оптужени конкретне прилике учинио зло, које је по оцјени суда било неизбежно, нужно и оправдано, јер је оштећеног Б. Р. тешко тјелесно повриједио бранећи свој тјелесни инте-

гритет. Кривичноправно гледано, оптужени је поступао у нужној одбрани која искључује противправност, а тиме и постојање кривичног дјела.

Анализирајући поступање оптуженог у конкретним околностима у којима се нашао, радња оптуженог једино се могла правно оцијенити као поступање у намјери и на начин да од себе одбије напад Б. Р. и заштити свој тјелесни интегритет. Тај напад је противправан јер није предузет на основу законског овлашћења. Напад је нескривљен што произлази из околности у којима се нашао оптужени. Противправни нескривљен напад је озбиљан и стваран јер Б. Р. напада оптуженог ногом, која је пододна да тијело оптуженог озбиљно повриједи, а имајући у виду да је оштећени био виталан човјек и да је имао добру кондицију, по казивању свједока. С друге стране, оптужени је предузео одбрамбене радње свог тјелесног интегритета против Р. као нападача. Одбрана је истовремена са нападом, јер је оптужени, након што је оштећени замахнуо ногом у предјелу стомака оптуженог, одмах ухватио Р. за ногу, исту мало подигао, те га одгурнуо, након чега је оштећени леђима пао о подлогу. По свом карактеру одбрана мора бити нужна односно неизбјежна ради одбијања напада, тако да између интензитета радње напада и радње одбране мора постојати објективна сразмјерност. Да је постојала сразмјера између напада и одбране говори чињеница да је оптужени у складу са својим могућностима ухватио Р. за подигнуту ногу, подигао је мало и одгурнуо оштећеног, којим је пао на земљану подлогу, а што је било довољно да одбије напад од себе.

Код наведених чињеничног утврђења, а на основу изведених доказа, суд је у диспозитиву пресуде поводом истог догађаја, унио чињенице и околности које указују на поступање оптуженог у нужној одбрани”.

Слично закључује и Основни суд у Бијељини, у предмету број 80 0 К 042240 12 К, којим је потврђено, за кривично дјело – тешка тјелесна повреда из члана 156 став 1 КЗ РС, и то: “Наиме, нужна је она одбрана која је неопходно потребна да учинилац од себе или другог одбије истовремени противправни напад. При томе је потребно да напад представља конкретно опасно понашање, којим се угрожава објект напада, он мора бити противправан, да одбрана мора бити истовремена са нападом и да је неопходно потребна за одбијање напада. Имајући у виду све проведене доказе, суд налази да су у конкретном случају испуњени сви ови услови за постојање нужне одбране, јер је постојао напад оштећеног... према мужу оштећене..., при чему је оштећени имао у рукама косијер, дакле, предмет који представља опасно средство за наношење тешких

тјелесних повреда и повреда опасних за живот, с тим што је оштећени претходно напао и саму оптужену. У таквој ситуацији, док је напад још трајао, оптужена је узела поцинчану цијев, дужине око 2 метра, којом је, у намјери да одбије напад према свом мужу, ударила оштећеног по потиљачном дијелу главе и тако спријечила даљи напад оштећеног, који је одмах након тога престао са нападом, а затим изашао из дворишта оптужене и удаљио се. Како је већ напријед наведено, оптужена и свједок – њен муж... поричу да је оптужена уопште ударила оштећеног. Међутим, само у овом дијелу суд њихове исказе није могао прихватити, јер су они у супротности са материјалним доказима у спису и налазом вјештака медицинске струке..., а дјелимично и на основу исказа оштећеног, чији исказ је суд прихватио као вјеродостојан само у оном дијелу у коме је он навео да га је са наведеном металном цијеви оптужена ударила”.

Окружни суд у Бијељини у пресуди број 12 0 К 000410 08 од 18. 2. 2008. за кривично дјело – убиство из члана 148 став 1 КЗ РС, наводи сљедеће: “Слиједом предњих закључака, суд оцјењује потврђеним суштинске наводе одбрана, да је непосредно прије и у вријеме испалења хитаца из пиштоља од стране М... трајао противправан напад на његов живот од стране оштећеног..., те да је М..., бранећи властити живот у стању страха јаког интензитета, испровоцираног изненадним нападом, испалио шест хитаца из пиштоља у правцу оштећеног, нанијевши му тјелесне повреде које су проузрочиле његову смрт. Приликом одбијања напада, оптужени није прекорачио границе нужне одбране (обим неопходно потребне одбране за одбијање напада). Користио је одбрамбено средство (пиштољ), које је по општим карактеристикама, основној намјени и погибелности дјеловања према људима, идентично нападној средству, и на начин који у конкретном случају није премашио интензитет, начин и облик напада на њега (ни природни – божји, ни земаљски закони, не условљавају право нападнутог на одбрану, евентуалним могућностима тражења милости од нападача, бијега и сл.) и у ситуацији када је оштећени без икаквог (или барем озбиљног) повода психички и физички недопуштено (са аспекта, психички нормалних, просјечних одраслих људи овог поднебља, чак и да га је М... малтретирао последњих шест мјесеци и на мјесту догађаја, назвао јајаром, како тврде блиски сродници и пријатељи оштећеног и сама оптужба) напао на његов живот. Конкретне околности догађаја и чињенични закључци суда посве јасним указују да је у вријеме испалења хитаца у оштећеног, оптужени био у стању страха високог интензитета, сужења свијести (реалан

страх за властити живот ремети остале психичке функције) као логичној посљедици напада оштећеног на њега са свим квалитетима привремене душевне поремећености, што, на научно утемељен и разложно образложен начин потврђује вјештак форензичке психијатрије у свједочењу и писменом налазу (оптужба није ставила приговоре).

Чињенично утврђење и закључци о битним околностима догађаја (да је оптужени М... испалио хице у правцу оштећеног у вријеме док је противправни напад на његов живот трајао и да је то учинио у намјери одбијања напада од себе), изван разумне сумње потврђени доказима изведеним на главном претресу, определијели су суд да његове реално подузете радње опише као у изреци пресуде (у складу са стајалиштем судске праксе – нужно је утврђење и уношење у опис радњи, постојање свих битних елемената института нужне одбране), те, налазећи истовремено постојање свих материјалних законом прописаних битних околности, које тим радњама одузимају противправност (дјело за које се оптужбом терети законом није прописано као кривично дјело), оптуженог М..., темељем одредби члана 11 КЗ РС и члана 290 тачка а) ЗКП-а је и ослободио од оптужбе...“

4. Прекорачење границе нужне одбране

Кад нападнути пређе границе одбране, неопходно потребне за одбијање напада, онда постоји прекорачење нужне одбране. У том случају он одговара за дјело које је учинио у прекорачењу нужне одбране. Суд у сваком конкретном случају цијени околности прекорачења, па учиниоца може блаже казнити, а ако је прекорачење учинио услед јаке раздражености или препасти изазваним нападом може се и ослободити казне. Душевно стање лица код јаке раздражености или препасти (афективно стање) је посебно стање, које се утврђује у сваком конкретном случају. При томе, код јаке раздражености или страха не захтијева се да је учинилац био неурачунљив.

Основни суд у Бијељини у својој потврђеној пресуди број 80 0 К 057844 14 К 2 од 13. 11. 2017. године утврђује сљедеће: „С тим у вези, овај суд посебно истиче да оптужени критичне згоде није био дужан узмицати пред оштећеним нити бјежати испред њега, имајући у виду да је оштећени З. Л. први физички насрнуо на оптуженог, тако што је оптуженог оборио на земљи, сједајући на њега, те хватајући га рукама у предјелу

прса, а након чега оштећеног друга присутна лица склањају са оптуженог, док оштећени З. Л. и даље покушава извршити напад на оптуженог, који је закључио да је напад оштећеног стваран и довољно опасан да га може тјелесно повриједити, био је у могућности и имао право одбити од себе такав напад, што је он и учинио. Међутим, по утврђењу овог суда оптужени је критичне згоде прекорачио границе нужне одбране, јер је у датим околностима употребио средство које није било примјерено опасности која му је пријетила, а нити нужно за одбијање тога напада. По својој опасности и погибелности употребиљени скалпел не може се изједначити са употребом пуке физичке силе (оштећени у својим рукама није имао никакав предмет). Како се у конкретном случају напад могао одбити и на други начин, а не коришћењем скалпела, то овај суд и налази да је оптужени критичне згоде прекорачио границе нужне одбране, јер је употребио средство које није било неопходно за одбијање напада, нити је при том радња одбијања била сразмјерна нападу, због тога што се иста могла одбити на други начин и другим средством. У том дијелу суд је прецизирао чињенични опис дјела тако што је у исти унио оне радње и околности које се односе на прекорачење граница нужне одбране, па како је то прецизирање чињеничног описа дјела повољније за оптуженог, таквом преинаком дјела није повријеђен идентитет оптужбе и пресуде.“

Посебан облик нужне одбране је тзв. *путативна нужна одбрана* или уображена нужна одбрана. То је такав облик гдје учинилац сматра да је у нужној одбрани, а у ствари није, односно нужна одбрана у заблуди. Путативна нужна одбрана не искључује кривично дјело, али може бити основ за искључење виности. Наиме, овдје постоји кривично дјело извршено у заблуди, те ће кривична одговорност зависити од тога да ли је заблуда у датим околностима могла бити од извршиоца дјела отклоњена. Ако је извршилац дјела уз потребну пажљивост могао да сазна да напад није реалан, оне ће одговарати за дјело из нехата, уколико је предвиђено кажњавање и за нехатно извршење таквог дјела, а у противном нема кривичне одговорности.

Закључак

Из свега што је претходно речено, може се извести веома јасан закључак да је институт нужне одбране у значајној мјери присутан како

у правној теорији, тако и у пракси судова у Републици Српској. У правној теорији, кроз анализу уџбеника кривичног права, на правним факултетима у Републици Српској, институт нужне одбране дефинисан је кроз по четири елемента одбране и напада. Судска пракса на територији Републике Српске није јединствена. Практика се углавном разликује од подручја надлежности окружних судова, али је прихватила јединствене елементе одбране и напада. Прихваћено је да појам напада има следеће карактеристике: мора бити извршен чињењем, нападач може бити само људско биће, противправност напада, упереност напада против било ког добра лица које се брани, напад мора бити стваран. Одбрана мора бити таква да повређује добро нападача, управљена против било ког добра нападача, истовремена и сразмјерна нападу.

При оцјени свих доказа судови често налазе да неки од ових елемената недостају, те у складу са тим доносе одлуке о прекорачењу нужне одбране.

Постојање елемената како напада, тако и одбране, судови цијене у сваком конкретном предмету, у зависности од доказа. Усљед свега тога, нужна одбрана је веома сложен институт и уколико суд утврди њено постојање, оптужени ће бити ослобођен кривичне одговорности.

Прекорачење нужне одбране ће постојати када нападнути пређе границе нужне одбране неопходно потребне за одбијање напада. Суд таквог учиниоца може блаже казнити или ослободити од казне уколико је био у стању јаке раздражености или страха усљед напада.

Литература

Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право – општи дио*, Бања Лука, 2015.

Драган Јовашевић, Љубинко Митровић, Вељко Икановић, *Кривично правно Републике Српске – општи дио*, Паневропски универзитет Аперион, Бања Лука 2017.

М. Кокољ и Д. Јовашевић, *Кривично право Републике Српске, општи и посебан дио*, Универзитет Синергија, Бијељина, 2011.

Љубиша Лазаревић, *Кривично право, општи део*, Савремена администрација, Београд, 2000.

Група аутора, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1982.

Драган Јовашевић, Љубинко Митровић, Вељко Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, 2018.

Кривични законик Републике Српске, „Службени гласник РС“, број 64/17 од 10. јула 2017. године.

RIGHT OF SELF-DEFENSE IN THEORY AND PRACTICE OF REPUBLIC OF SRPSKA

Ranko Kerović*

Summary

The subject of this article is self defence institute, its concept and legal definition in the theory and practice in Republic of Srpska.

The content of the paper includes teoretical considerations of different authors from Republic of Srpska as they are presented in the criminal textbooks on criminal law studies, as well as examples from judicial practice in Republic of Srpska.

The concept of the self defence is presented in the context of the legal-theoretical frame represented in Republic of Srpska and the basic elements of this institute - the assault and the defense.

Throughout teoretical and practical examples of judicial practice, all the complexity of this institute, in the criminal-legal sense, is recognisable.

The article is also related to the concept of exceeding the limits of self defense.

Key words: *self defence, teory and judicial practice, the assault, the defence, exceeding the limits of self defense*

*District Prosecutor's Office in Bijeljina

Conclusion

From everything previously mentioned, a very clear conclusion can be made, that the institute of self defense is significantly represented, both in legal theory and judicial practice in Republic of Srpska. In legal theory, the analysis of the textbooks on criminal law from faculties of law in Republic of Srpska, presents, that the self defence institute is defined throughout four elements of each one - the assault and the defence. Judicial practice is not harmonized on the territory of Republic of Srpska. It mostly differs depending on the areas of jurisdiction of District Courts, but unique elements of assault and defence are harmonized. It has been accepted that the concept of assault has the following characteristics: must be done by action, the assaulter can be only a human being, the assault must be unlawful, the assault is directed against any values of person who defends himself, and must be actual. The defense must be such as to hurt the value of assaulter, directed against any good of assaulter, simultaneous and proportionate to assault.

When evaluating all the evidence, courts often find that some of these elements are missing and in accordance with that they make a decision that the limits of self defence have been exceeded.

The existence of all elements of assault, as well as of defence, courts evaluate in each case, depending on the evidence. According to all of that, self defence is very complex institute and if court finds fulfillment of all elements of self defence, defendant will be released from criminal responsibility.

The exceeding the limits of self defence will exist when assaulted person exceeds those limits which are sufficiently needed to refuse the assault. The court may punish such a perpetrator less severely or release from punishment if he/she had been in a state of high distress or being frighten due to assault.

Кривично процесно право

**АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ И
ПОЈЕДНОСТАВЉЕЊЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА КАО
НЕЗАОБИЛАЗНИ ИНСТРУМЕНТИ ДРЖАВНЕ РЕАКЦИЈЕ НА
КРИМИНАЛИТЕТ (СТАЊЕ У СРБИЈИ)**

Академик проф. др Станко Бејатовић*

Апстракт: Више је група питања која чине садржину рада. Посматрано са аспекта актуелности и обима обраде, међу њима се истичу три. Прва се тиче опитних напомена у којима су изнесене карактеристике данашњег стања криминалитета уопште и могући начини државне реакције на исти у условима његових описаних обележја – у условима његовог сталног повећања, у условима све већег процента најтежих облика криминалних активности у укупној маси криминалитета, у условима сталне појаве његових нових облика и недовољног степена ефикасности супротстављања истом. Када је реч о могућим начинима државне реакције на исти, акценат је стављен на неопходност истовременог предвиђања и примене како алтернативних кривичних санкција тако и поједностављених форми поступања у кривичним стварима, под условима и на начин њихове криминално-политичке оправданости.

Друга група питања тиче се алтернативних кривичних санкција као инструмената кривичноправне реакције на криминалитет и она су обрађена са три аспекта. То су аспект криминално-политичких разлога оправданости њиховог нормирања и примене. Затим, ту је приказ и анализа међународних правних аката посвећених предметној врсти кривичних санкција као потврде њихове универзалности. Потом, дата је стручно-критичка анализа неких питања нормативне разраде алтернативних кривичних санкција у кривичном (материјалном, процесном и

* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац, e-mail: st.bejatovic@eunet.rs

извршном) законодавству у оквиру којег су анализирана бројна отворена питања ове врсте кривичних санкција у теоретском, нормативном и практичном погледу. Случај нпр. са њиховим појмом, врстом и правном природом, њиховом садржином, условима и пожељним обимом примене, надлежности органа изрицања и надзора над применом изречених алтернативних кривичних санкција, последица непридржавања обавеза наложених у изреченој алтернативној кривичној санкцији и сл.).

Трећа група питања тиче се поједностављених форми поступања у кривичним стварима као инструменту државне реакције на лакше и средње облике криминалних активности (њиховог криминално-политичког оправдања, пожељног начина нормирања и обима примене).

На крају рада дата су закључна разматрања у којима су на један резимирани начин изнесени основни резултати анализе предметне проблематике и предложене мере унапређења како на пољу њиховог нормирања тако и на пољу њихове практичне примене.

Кључне речи: кривично законодавство, кривичне санкције, алтернативне кривичне санкције, казна затвора, осуђени, кривично дело, суд, рад у јавном интересу, надзор, судија за извршење, условна осуда, викенд затвор, поједностављене форме поступања, начело опортунитета кривичног гоњења, споразум о признању кривичног дела, скраћени кривични поступак.

1. Уводне напомене

Време којем и сами припадамо карактеришу и немале особености криминалитета. Међу њима се посебно истичу три. Прво, и поред извесних осцилација, живимо у времену сталног повећања криминалитета. Друго, сведоци смо све већег учешћа најтежих облика криминалних активности у укупној маси криминалитета као и перманентне појаве његових нових облика. Треће, услед сталног повећања кривичних предмета, и не само услед тога, имамо и неефикасност државне реакције не само на најтеже облике криминалних активности већ и на криминалитет уопште². Као резултат оваквих његових обележја неминовно се поставља и питање могућих начина државне реакције на пољу борбе против криминалитета у условима његовог сталног повећања, у усло-

² Види: Бејатовић С., и др., *Казнена политика у Србији (закон и пракса)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2018.

вима све већег процента најтежих облика криминалних активности у укупној маси криминалитета, у условима сталне појаве његових нових облика и недовољног степена ефикасности супротстављања истом. Више је могућих начина државне реакције по овом питању. Међу њима посебно се истичу следећи:

Прво, остајање при стандардном начелу и ставу да за свако учињено кривично дело треба применити казну или неку другу кривичну санкцију, и то у кривичном поступку који пружа све гаранције за окривљеног, тј. у поступку који подразумева решавање конкретне кривичне ствари применом свих могућих стадијума и фаза које карактеришу редовни – општи кривични поступак, почевши од његовог покретања па до омогућавања употребе не само редовних већ и ванредних правних средстава. Дословно придржавање оваквог једног става не само да је немогуће већ и непожељно. Немогуће јер би довело до хипетрофије репресивног апарата, што ниједна држава економски не може да поднесе и што не само да не би наишло на одобравање њених грађана нити других релевантних субјеката националног и међународног карактера већ би изазвало, сасвим оправдано, и њихову осуду такве једне појаве. Уз то, кажњавање тако великог броја људи довело би и до слабљења генерално превентивне функције казне а имало би и низ других негативних ефеката. Једном речју, нема ни једног иоле озбиљнијег криминално-политичког разлога који би говорио у прилог оправданости оваквог једног приступа државе на пољу борбе против криминалитета. Напротив.

Други могући начин државне реакције на криминалитет у условима оваквих његових особености је декриминализација, што би у случају систематског и доследног спровођења водило кривичноправном минимализму. Ретке и спорадичне појаве декриминализације нису ни у ком случају доказ прихватања овакве једне могућности. Насупрот, све је израженија појава кривичноправног експанизма у највећем броју законодавстава и она као таква потврђује потпуно неприхватање овакве једне могућности. Посматрано са аспекта садашњег стања кривичног права, она је нереална.³

Трећи могући начин решавања овог питања је кривичнопроцесног карактера и огледа се у предвиђању могућности шире примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима.

³ Бејатовић С., *Алтернативне кривичне санкције и регионална кривична законодавства (основна законска обележја и искуства у примени – сличности и разлике)*, Збор. „Алтернативне кривичне санкције (регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)“, ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2018, стр. 11–14.

„Захваљујући“ својим особеностима, оне су један од неизоставних инструмената ефикасности кривичног поступка као целине. И поред тога што су намењене категорији лакших и средњих кривичних дела, оне својом практичном применом – путем растерећења судова, дају и директан допринос повећању квалитета суђења и за теже кривичне случајеве јер судовима остаје више простора за теже – компликованије кривичне предмете. Међутим, када је у питању овај начин државне реакције на криминалитет, онда треба посебно водити рачуна о чињеници да све поједностављене форме поступања у кривичним стварима нису оправдане и поред тога шта на први поглед изгледају корисне. Напротив. Неопходно је наћи прави избор мера овог карактера и предвидети адекватне услове њихове примене јер само под тим условима оне имају оправдање и у функцији су адекватне државне реакције на криминалитет .

Четврта могућност државне реакције против криминалитета с наведеним обележјима је предвиђање нових санкција у кривичном материјалном праву – алтернативних кривичних санкција. Реч је пре свега о увођењу алтернатива не само казни лишења слободе – пре свега краткотрајној, која се издржава у пенитенсијарним установама већ и предвиђања алтернатива до сада кључним алтернативним кривичним санкцијама (условној осуди, судској опомени и новчаној казни). Више је разлога оправданости примене овог вида државне реакције на криминалитет с обележјима која данас има. Нпр. ту су немале негативне последице које има примена краткотрајних казни затвора, и то не само на пољу извршења већ и по њиховом дејству на лица осуђена на ту кривичну санкцију.⁴

Пета могућност је истовремена комбинација предвиђања и примене алтернативних кривичних санкција и поједностављених форми поступања у кривичним стварима, под условима и на начин њихове криминално-политичке оправданости.

Следећа, шеста могућност је укидање кривичног права и кривичног правосуђа, односно тражења алтернатива кривичном праву. То је најмање реална могућност и сигурно је да не постоји држава која би је реализовала. Она, иако се заступа у једном малом делу савремене доктрине (аболиционизам), није ни прихватљива. Аболиционизам често даје оправдану критику кривичног права и кривичног правосуђа, али не даје праве одговоре у погледу тога шта би заменило кривично пра-

⁴ О овоме детаљније види: *Алтернативне кривичне санкције (регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2018.

во и кажњавање. Неки аболиционисти остављају то питање отвореним, тврдећи да би само друштво после укидања кривичног права и кривичног правосуђа спонтано нашло боље и адекватније одговоре на друштвено штетна понашања. Међутим, чини се да ништа горе не би могло да се деси од спонтаности у овако једном осетљивом подручју.

Иоле озбиљнија криминално-политичка анализа шест изнесених од више могућих начина државне реакције против криминалитета с карактеристикама која га прате у овом времену говори да пети могући приступ (предвиђање и примена алтернативних кривичних санкција и поједностављених форми поступања у кривичним стварима, под условима и на начин њихове криминално-политичке оправданости) има највише оправдања – показује се као једино исправно решење. Својом практичном реализацијом оно је у функцији трију кључних циљева кривичног права. Прво, стварање нормативних претпоставки за ефикасније кривично правосуђе. Друго, отклањања бројних негативних последица које за собом повлаче краткотрајне казне лишења слободе. Треће, потребног степена сагласности адекватности државне реакције на криминалитет, заштите слобода и права учиниоца кривичног дела предвиђених релевантним међународним правним актима и пожељног степена превентивне функције кривичног законодавства.

2. Алтернативне кривичне санкције као инструменат државне реакције на криминалитет

Једно од актуелнијих питања кривичног права је питање алтернативних кривичних санкција. Његова актуелност није обележје само времена којем припадамо, како се то обично истиче у немалом броју стручних радова. Насупрот. Идеја о неопходности тражења алтернатива казни лишења слободе није нова. Она је настала крајем деветнаестог века и везана је за појаву нових школа у кривичном праву, као што је социолошка школа. Ако се погледају радови из тог времена, донекле изненађује значај који се том питању посвећивао као и указивање на могућности које пружају друге мање репресивне мере које би се примењивале у случајевима у којима није неопходно применити казну затвора. Но, за разлику од тог времена које карактеришу више стручни радови него нека законска решења и примена по овом питању у посљедњих неколико деценија проблематика звана алтернативне кривичне санкције посебно

добија на својој актуелности. Питање је актуелно с обзиром на чињеницу да је већ дуже времена постало неспорно да кривично право са казном као кључном кривичном санкцијом не испуњава очекивања (било да су она реална или не) које савремено друштво пред њега поставља. Казна која је и сама настала као алтернатива казнама које су биле доминантне у средњем веку (смртна казна и телесне казне) и на којој данас почива кривично право, све је мање у стању да одговори захтевима који се пред кривично право постављају. Скоро да се може рећи да је доспела до крајњих граница својих могућности и да је праћена немалим бројем негативних појава како за осуђено лице тако и за само друштво које је примењује. С обзиром на све ово, неминовно је питање: Како наћи излаз из те кризе? Питање је актуелно и због чињенице да и данас кривично право и кривичне санкције, и поред тога што то нису једино средство за сузбијање криминалитета, и поред декларативног залагања за принцип кривично право као *ultima ratio*, оно у већини друштава и даље има централно место. Ако већ законодавац углавном не поштује тај принцип, онда би бар у оквиру кривичног права казну лишења слободе требало посматрати као *ultima ratio*. За разлику од непоштовања принципа кривично право као *ultima ratio*, не може се порећи да савремени кривични законодавац настоји да ограничи примену казне лишења слободе. Свођење примене казне лишења слободе на нужни минимум циљ је који се поставља пред алтернативне кривичне санкције. Међутим, у погледу свођења казне лишења слободе на нужни минимум, код законодавца се примећује извесна амбивалентност. Док се, с једне стране, он заиста труди да њену примену ограничи, с друге стране претња казном код свих (или скоро свих) кривичних дела представља претњу казном лишења слободе. При томе, у погледу висине прописане казне лишења слободе законодавац (и то не само у Србији) далеко је од тога да прети благим казнама. Прети се, по правилу, прекомерном казном, односно оном за коју се мисли да је довољно строга да застраши (или одврати) потенцијалне учиниоце кривичних дела. Ма како лепо звучала добро позната изрека „нико разуман не кажњава“, она има само релативну вредност. Њој би требало додати „ако то није нужно“.

Као што је то већ истакнуто, један од начина решавања проблема везаних за данашње стање кривичног права и кривичног правосуђа уопште су алтернативне кривичне санкције. Више је разлога оправданости примене овог вида државне реакције на криминалитет у времену којем и сами припадамо, а и у времену које је пред нама. Примера ради, истичемо само неке од њих.

Прво, поред низа последица које за собом повлачи казна лишења слободе, када је у питању учинилац кривичног дела ту су и негативне последице које има примена ове казне. На пољу њеног извршења бројни су ограничавајући фактори. Поред тога што је скупа, и што многа друштва не могу себи да приуште њену масовну примену, па се на неки начин може посматрати и као луксуз који неке државе могу себи да дозволе, њено сувише често коришћење има и низ других штетних последица и по друштво и по осуђена лица⁵.

Друго, алтернативне кривичне санкције као замене за краће казне затвора су неупоредиво „исплативије“ у односу на затварање (трошкови исхране, трошкови одржавања, трошкови запослених, изградња нових установа, њихово целодневно чување, здравствена заштита затвореника итд.).

Треће, један од аргумената за примену алтернативних кривичних санкција је и избегавање штетних последица казни лишења слободе, као што су стигматизација, депривација и призонизација уместо рехабилитације.

Четврто, применом алтернативних кривичних санкција чува се породица и контакти с родбином, средином у којој живи осуђени, продузећем и сл.

Пето, алтернативне кривичне санкције начелно омогућују осуђеницима да наставе с радом и стичу приходе неопходне за издржавање породице. С обзиром на ово, неопходно је у нормирању и примени ових кривичних санкција предвидети решења која омогућавају осуђеним да наставе са радом и стицањем прихода од рада нужних за издржавање породице. Једном речју, потребно је предвидети такав систем алтернативних кривичних санкција који омогућава да осуђени према којима се изричу задрже посао и тиме им се омогући ресоцијализација. На тај начин сви имају користи, осуђеник и друштво. У противном, суштина алтернативних санкција доводи се у питање.

Шесто, искуства у примени алтернативних кривичних санкција показују и њихов позитиван учинак по питању рецидивизма.

Седмо, решава се питање пренатрпаности затвора⁶.

⁵ Шкулић М., *Кућни затвор (самостална казна или начин извршења казне затвора)*, Збор. „Алтернативне кривичне санкције (регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)“, ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2018, стр. 31–58.

⁶ О другим предностима алтернативних кривичних санкција над краткотрајним казним затвора види: Деранчиновић, Д., и др., *Алтернативе казни одузимања слободе*, Збор. „Алтернативне

Предње изнесени, као и други разлози који говоре у прилог оправданости нормирања и изрицања алтернативних кривичних санкција, ни у ком случају не значи да нису присутна и нека негативна размишљања у вези са применом алтернативних кривичних санкција. Од стране противника ове категорије кривичних санкција најчешће се истиче да су алтернативне кривичне санкције преблаге према учиниоцима кривичних дела и да се њима не постиже сврха кажњавања. Овакав један аргумент не може се априори узети као специфичност алтернативних кривичних санкција. Аргумент „преблагих“ санкција важи за сваку кривичну санкцију која није примерено и правилно одмерена, тј. увијек када се сматра да санкција не одговара тежини извршеног кривичног дела и личности извршиоца. Или, један од „важних“ аргумената против ширег увођења алтернативних кривичних санкција, јесте да су грађани за строго кажњавање и још ширу примену казне лишења слободе. Ако се овоме дода такође неспорна чињеница да се и од стране неких политичара у немалом броју случајева заступа погрешно и поједностављено схватање да се пре свега строгим кажњавањем могу решавати проблеми на плану криминалитета, онда приговор још више добија на својој актуелности. Но, и поред тога што он стоји, не сме да буде препрека адекватнијој примени алтернативних кривичних санкција. Научна и стручна јавност мора да буде активнија у погледу критике повећања степена репресивности кривичног законодавства и изјава појединих политичара који (свесно или несвесно) злоупотребљавају репресивне тежње становништва и да указује на све предности примене ове врсте кривичних санкција на начин и под условима који стоје у основи њиховог криминално-политичког оправдања.

Не улазећи у даљну анализу разлога за и против алтернативних кривичних санкција неспорно је да данас, и не само данас, превладава схватање да треба ограничити примену краткотрајних казни затвора, примењивати алтернативне санкције или супституте казни затвора у што већој мери. Томе у прилог иду и препоруке Уједињених нација и Савет Европе⁷ за мању примену затворске казне и већу примену ал-

кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2018, стр. 109–130.

⁷ На нивоу Савета Европе 1987. год. донесена је Препорука бр. Р (87)3 под називом „Европска затворска правила“, која немају правно обавезујућу снагу сама по себи, но уколико државе прихвате препоруке тада оне постају обавезни правни документ за ту државу. Затим, 2006. год. Савет Европе је донео нову Препоруку бр. Р (2006)2, тј. нова Европска затворска правила. Основни циљ тих докумената је поштовање људских права и хуманост у поступању према затвореницима. Потом следе и друге препоруке и правила у вези са правима затвореника. То су Препорука Р (92) 16 о европским правилима о санкцијама и мерама које се проводе у заједници,

тернативних санкција, уз настојање решавања проблема пренатрпаности затвора те хуманизирању кажњавања у смеру класичног облика затварања делинквената и израде програма превенције. Но, после сувише оптимистичких гледања на алтернативне кривичне санкције и могућност њиховог увођења у кривично право данас после неколико деценија можемо да говоримо о једном реалнијем приступу.⁸ Не само да те санкције нису тако бројне па чак и неисцрпне, како су неки раније мислили, него и пред оним малобројним које су колико-толико заживеле стоје озбиљне начелне и практичне тешкоће. У прилог исправности оваквог једног става наводимо резултате до којих се дошло у њиховој анализи у оквиру Савета Европе. Резултати спроведеног истраживања указали су на то да су следећи главни проблеми употребе алтернативних кривичних санкција: Прво, неприхватање алтернативних кривичних санкција у широј европској заједници, која захтева строже казне за учиниоце кривичних дела, јер се проширило убеђење да су дуже казне затвора најбоље средство за ограничавање криминалитета који је стално у порасту; Друго, недостатак политичне воље да се јавност упуту у дубљи смисао таквих санкција; Треће, ненаклоњеност судске и тужилачке праксе таквим санкцијама због недовољног познавања и комплицираности поступка на преласку ка употреби тих санкција; Четврто, недостатак разумевања савременог схватања сврхе кажњавања, што се указује и у различитој осетљивости сваког појединог судије на различите алтернативе; Пето, потешкоће у усвајању одговарајућег законодавства с нејасним материјалноправним полазним тачкама и сасвим неприлагођеним процесним законодавством.

На крају, у вези са овим аспектом алтернативних кривичних санкција истакнимо и то да су оне само на први поглед значајне само за лакша, евентуално средње тешка кривична дела. На први поглед то је тачно јер су оне управо намењене овој категорији кривичних дела – њихових извршилаца. Међутим, њихова примена, истина посредно, од великог је значаја и за тешка кривична дела, јер се тако штеде ресурси

Препорука Р (97) 12 о особљу које проводи санкције и мере, Препорука Р(99) 22 о затворској пренатрпаности и инфлацији затворске популације, Препорука Р (2000) 22 о побољшању примене европских правила о санкцијама и мерама које се проводе у заједници, Препорука Р (2003) 22 о условном отпусту, Препорука Р (2010) 01 о европским пробацијским правилима и сл.

⁸ Прво отржењење у том погледу донело је обимно и прилично свеобухватно истраживање Мах Планк института из Фрајбурга под руководством проф. Јешека. То истраживање је показало да, осим условне осуде и новчане казне, остале познате алтернативе казни лишења слободе имају врло ограничен значај и домет и да у примени у ствари представљају алтернативе алтернативама, тј. условној осуди и новчаној казни, а не казни лишења слободе. Ур. Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Baden-Baden, 1983, p. 2113–2114.

кривичног правосуђа који се могу усредсредити на сузбијање тешких кривичних дела. Централна стратегија савремене криминалне политике треба да буде: вишеструко ограничене капацитете кривичног правосуђа и казну лишења слободе користити пре свега за тешка кривична дела и учиниоце у погледу којих би други облици реаговања били неуспешни.

У стручно-критичкој анализи овог инструмента државне реакције на криминалитет треба посебно узети у обзир и немали број питања општег – начелног карактера *нормирања и практичне примене алтернативних кривичних санкција*. Ово не само због тога што она само по себи говоре како о њиховој актуелности тако и несагласности струке око начина њиховог решавања већ и због тога што од начина њиховог решавања зависи и начин и обим њихове практичне примене.

Међу немалим бројем питања овог карактера, посебну пажњу заслужују следећа:

1. Појам, правна природа и врсте алтернативних кривичних санкција

Различита су схватања како појма тако и врсте алтернативних кривичних санкција. Тако нпр. могуће је говорити о алтернативним кривичним санкцијама у ужем и ширем смислу значења. Посматрано у ужем смислу, под алтернативним кривичним санкцијама подразумевају се оне санкције које су алтернатива казни лишења слободе, и код којих иза њих стоји такође казна лишења слободе, казна без које се алтернативне кривичне санкције не могу замислити нити могу функционисати. Случај нпр. са казном рада у јавном интересу, условном осудом са и без надзора и новчаном казном. С друге стране, у алтернативне кривичне санкције у ширем смислу значења спадају све кривичне санкције, осим казне, као и кривичноправни институти којима се без изрицања казне решава конкретна кривична ствар. Посматрано у овом контексту, у ову групу кривичних санкција спадају и неки познати институти, иако формално немају карактер кривичне санкције, представљају алтернативну кривичну санкцију. Случај нпр. са институтом ослобођења од казне јер и таквом одлуком суда се не само решава конкретна кривична ствар већ и таква донекле погађа учиниоца кривичног дела. Некажњавање учиниоца кривичног дела јесте алтернатива његовом кажњавању. Према овом схватању, ако се потпуно напусте формални критеријуми, онда би се у низу случајева могло поставити питање да ли је и то алтернативна

кривична санкција? Тако, нпр., да ли притвор, у неким случајевима (нарочито имајући у виду нашу праксу), има и карактер казне, није ли то на неки начин суштински алтернатива казни (која је тежа од саме казне). Једном речју, према овом ширем схватању, алтернативама казне затвора сматрају се оне санкције које по оптужењу или осуди остављају могућност учиниоцу да један део казне затвора или пак све време на које је осуђен проведе у својој средини, ван затворске установе. Односно, ту је и схватање по којем се под алтернативама казни лишења слободe сматрају све санкције незатворског карактера изречене од суда кад он оцени, с обзиром на околности субјективне или објективне природе, да је оправданије изрећи неку незатворску меру. Или, ту је и схватање да се под алтернативним кривичним санкцијама сматрају све оне санкције које су алтернатива казни лишења слободe не наводећи шта све спада у те санкције, с тим да се на новчану казну не гледа само као на алтернативу краткотрајним казнама лишења слободe, него на казну која има своје аутономно место. Даље, присутно је и мишљење да код алтернативних санкција суд бира између казне затвора и друге мере, а осуђени се изјашњава да ли пристаје да му она буде изречена, па ако се са тим не сагласи или не изврши изречену алтернативну меру, онда ће она судском одлуком бити замењена казном затвора. Неки аутори сматрају да би алтернативне санкције подразумевале на првом месту алтернативе краткотрајној казни лишења слободe, где би спадала новчана казна, рад у јавном интересу, условна осуда и условна осуда са заштитним надзором. Или, ту је и схватање према којем код појма алтернативних кривичних санкција треба поћи од тога која се кривична санкција у кривичном законодавству сматра примарном, а затим утврдити које би се кривичне санкције у односу на те примарне могле сматрати алтернативним. За то је, истичу заступници овог мишљења, довољан сасвим једноставни критеријум, који се своди на кривичне санкције прописане уз сваку поједину инкриминацију у посебном делу Кривичног законика, па се као примарне искључиво појављују казне и то пре свега казна затвора, а у одређеним случајевима и новчана казна. Дакле, сам законодавац на овакав начин третира казну затвора, а у неким случајевима и новчану казну као примарну кривичну санкцију, а онда у општем делу Кривичног законика утврђује одређене алтернативе тој примарној кривичној санкцији. По овом критеријуму, алтернативне кривичне санкције биле би: рад у јавном интересу, условна осуда и судска опомена, а не и новчана казна, будући да је у оним случајевима где је код појединих инкриминација у

посебном делу алтернативно прописана и казна затвора и новчана казна, у тим случајевима оне су алтернатива једна другој. Уз изнесено, ту је и схватање према којем се алтернативне кривичне санкције могу поделити у неколико група. У прву групу убрајају се мере којима се желе избећи штетна дејства затвора на учиниоца дела и оне се као такве деле на неколико подгрупа (нпр. викенд затвор, кућни затвор, извршење изречене мере у медицинским установама). У другу групу (тзв. правих алтернатива) убрајају се санкције које се у правилу изричу као главне санкције и представљају супститут за казну одузимања слободе. У ову групу убрајају се новчане казне; друштвено користан рад, условна осуда са или без надзора, реституција и накнада штете жртви кривичног дела. У трећој групи алтернативних мера су мере којима се одлаже извршење казне (ослобађање од казне и одлагање извршења казне). Или, ту је и њихова подела на две основне групе које обухватају „неплаћени корисни рад у заједници“ и оне „које представљају ограничење слободе с обавезним учешћем у програмима који се одвијају у локалној заједници“. Односно, присутно је и схватање да појам кривичноправних санкција овог карактера обухвата у ширем смислу све „казне, казнене мере и обавезе које надлежно тело (полиција, тужилаштво, суд, орган који одлучује о условном отпусту итд.) може изрећи учиниоцу у предсудећим фазама и у поступку извршења“. Затим, посматрано у овом смислу, истиче се да према овом концепту „нема разлике између појмова алтернативне мере и алтернативне санкције јер се у обе категорије ради о казненоправним санкцијама у ширем смислу“.

Не улазећи у приказ и анализу и других схватања када је реч о овом аспекту алтернативних кривичних санкција само констатација да се за потребе овог рада под алтернативним кривичним санкцијама подразумевају све оне санкције које су алтернатива казни лишења слободе и код којих иза њих стоји такође казна лишења слободе као инструмент обезбеђења поштовања наложеног у изреченој алтернативној кривичној санкцији.

Као што је то случај са појмом, и питање правне природе алтернативних кривичних санкција је спорно. Два су основна приступа струке по овом питању. Према једном, реч је о самосталним кривичним санкцијама док, према другом, у питању је само алтернативни облик извршавања казне затвора. Чини се оправданим првонаведено схватање, схватање по којем се ради о кривичним санкцијама *sui generis*.

2. Начин нормирања алтернативних кривичних санкција

Једно од питања када је реч о алтернативним кривичним санкцијама јесте и питање начина њиховог нормирања. Питање је значајно, поред осталог, зато што у зависности од начина његовог решавања зависи и сам начин изрицања конкретне алтернативне кривичне санкције. Два су могућа начина решавања овог питања. Први је да се алтернативне кривичне санкције нормирају као самосталне санкције, што за своју последицу има њихово непосредно изрицање од стране суда. Друга могућност је њихово нормирање као алтернатива начина извршавања казне затвора и новчане казне у системима који такву могућност дозвољавају. Резултат оваквог начина нормирања је да суд нпр. прво изриче казну затвора, а затим одлучује да ли ће се она извршити на алтернативно предвиђени начин или не. О актуелности овако постављеног питања говори и чињеница различитих решења истог законодавца по овом питању у релативно кратком временском интервалу. Случај нпр. са словеначким законодавцем који је прво прихватио прво од ова два могућа начина а потом прешао на другонаведени могући начин њиховог нормирања⁹.

3. (Не)пристанак учиниоца кривичног дела са изрицањем алтернативне кривичне санкције

Једно од неизоставних питања начелног карактера када је реч о алтернативним кривичним санкцијама јесте питање пристанка, односно сагласности учиниоца кривичног дела са изрицањем алтернативне кривичне санкције. Одговор на овако постављено питање чини се да не треба да буде универзалан – једнак за све њих. Напротив. Чини се да треба да буде заснован на критеријуму врсте алтернативне кривичне санкције. Постоје одређене алтернативне кривичне санкције код којих је, због њихове природе и садржаја, неопходна сагласност учиниоца кривичног дела али и санкције код којих то не треба да буде услов могућности изрицања. Нпр. код рада у јавном интересу – рада за опште добро неспорна је нужност прописивања таквог услова за могућност његовог изрицања у конкретном случају. Три су кључна разлога за тако нешто. Прво, одређеним међународним правним актима забрањен је принудни рад као кривична санкција. Друго, на тај начин спречава се повреда

⁹ Види: Јакулин, В., *Алтернативне кривичне санкције и кривично законодавство Словеније*, Збор. „Алтернативне кривичне санкције (*Ratio legis* озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)“, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018, стр. 95–108.

чл. 4 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, у коме је прописана забрана принудног рада. Треће, извршење ове алтернативне кривичне санкције по својој природи захтева активно учешће осуђеног и њен успех у великој мери зависи од спремности осуђеног да испуњава обавезе које су му том санкцијом наложене. Насупрот овој, код осталих алтернативних санкција то је питање донекле отворено. С једне стране, и овде се ради о кривичним санкцијама, а једна од особености њихове природе је и то да суд не би требало да пита учиниоца да ли је сагласан да му се изрекне одређена санкција или не. Но, са друге стране, имајући у виду чињеницу садржаја ове врсте кривичних санкција, овако постављено питање има оправдања. Оно је садржано у чињеници да код свих (или скоро свих) алтернативних кривичних санкција, уколико осуђени не извршава своје обавезе, долази до њиховог претварања у казну затвора. Већина алтернативних санкција захтева активно учешће осуђеног и њихов успех у великој мери зависи од спремности осуђеног да испуњава обавезе које су му том санкцијом наложене. Иако су све алтернативне санкције у начелу повољније за учиниоца кривичног дела од казне лишења слободе, могу се замислити изузетни случајеви када учинилац, из њему важних разлога, ипак предност даје казни лишења слободе. Да ли је онда целисходно изрицати алтернативну кривичну санкцију и у случајевима када је извесно да ће због непостојања сагласности осуђеног лица она бити претворена у казну лишења слободе? Трбало би поћи од тога да су то врло ретки случајеви и зато остати при основном правилу које произлази из природе свих кривичних санкција, а то је да за њихово изрицање није потребна сагласност (бар не формална и изричита) учиниоца кривичног дела. Међутим, то је важна околност коју суд треба да узме у обзир приликом одлучивања о томе да ли ће и коју алтернативну кривичну санкцију изрећи. У овом контексту треба посматрати и Препоруку Савета Европе Р (92) 16 која садржи одредбу (Правило 31) да ће се алтернативна санкција применити само онда када суд стекне уверење да код учиниоца постоји спремност на сарадњу и да ће испуњавати обавезе које из те санкције, односно мере произлазе. Уз ово, у контексту овог, ту је и питање начина прибављања мишљења – става окривљеног са изрицањем конкретне алтернативне кривичне санкције (усмено или посебним писменим поднеском), као и питање процесног тренутка његовог изјашњавања.

4. Жртва кривичног дела и алтернативна кривична санкција

Када је реч о нормирању и примени алтернативних кривичних санкција, посебну пажњу заслужује положај жртве у поступку одлучивања о изрицању – неизрицању алтернативне кривичне санкције. Питање на својој актуелности добија и обзиром на чињеницу да је после дугог потискивања жртве на маргине у кривичном праву (што је можда и дугорочна последица историјске тежње државе да „узме ствари у своје руке“, дошло до тога да се жртви, на неки начин, враћа део њених права, да јој се даје понекад можда и претеран значај. У том контексту треба посматрати и одредбе кривичних законодавстава које нпр. предвиђају *поравнање учиниоца и оштећеног као могући основ ослобођена од казне*. Тако нпр. према чл. 59 КЗ Србије: „Суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна ако је на основу постигнутог споразума са оштећеним испунио све обавезе из тог споразума“. Но, изгледа да се то дешава више декларативно и у теорији, а у неким земљама и на нормативном, односно законском плану, али да у стварности жртва и даље има потпуно маргиналну улогу.

У давању одговора на предње постављено питање чини се да треба направити исти приступ као када је у питању начело опортунитета кривичног гоњења. Тј. став жртве кривичног дела треба узети у обзир али не на начин да од истог зависи могућност изрицања алтернативне кривичне санкције у конкретном случају. Треба обезбедити да изрицањем алтернативне кривичне санкције не буде погоршан положај жртве у односу на њен статус у случају изрицања неке друге кривичне санкције. Исто тако, мора се узети у обзир и чињеница да за поједина кривична дела мора да буде искључена могућност изрицања појединих алтернативних кривичних санкција. Случај нпр. са кућним затвором код кривичних дела насиља у породици.

5. Алтернативне кривичне санкције и малолетни учиниоци кривичних дела

И поред своје универзалности, питање алтернативних кривичних санкција посебну тежину има код малолетних учинилаца кривичних дела. Ово пре свега због тога што, када је реч о овој категорији учинилаца кривичних дела, основно правило реаговања мора да буде

ванинституционална реакција. Овакав један став је у сагласности са интенцијама кључних међународних правних аката о овој проблематици, аката која представљају смернице за унапређење, развој и примену мера алтернативних институционалном третману, прописују стандарде које би државе требало да имају у виду приликом осмишљавања казнене политике према овој категорији учинилаца кривичних дела и препоручују државама да развију мере које су алтернативне институционалном третману у оквиру својих правних система како би смањиле коришћење затвора и рационализовале политику кривичног законодавства али и минимизирале вероватноћу повратка криминалу преступника кроз њихов преступнички третман у друштво а не у пенитенцијарним установама. Тако нпр. Токијска *правила* прописују изрицање алтернативних мера у складу са природом и тежином учињеног преступа, личношћу и пореклом преступника и заштитом друштва и жртве, као и у подстицању преступника да схвати значај учињеног кривичног дела и престане даље да врши кривична дела. Иако ова правила представљају смернице које би требало примењивати приликом санкционисања не само малолетних већ и пунолетних учинилаца кривичних дела, она представљају један од кључних докумената у склопу међународних инструмената о малолетничком правосуђу јер дају свеобухватну слику свега онога што би требало узети у обзир приликом одређивања кривичних санкција које представљају алтернативе институционалном третману. Или, Комитет за права детета, желећи посебно да охрабри државе уговорнице да усвоје и спроводе свеобухватну политику малолетничког правосуђа за спречавање и третирање малолетничке делинквенције на бази и у складу са *Конвенцијом о правима детета* донео је и Општи коментар број 10 (Права деце у малолетничком правосуђу). Циљеви доношења огледају се у: давању смерница и препорука државама чланицама у погледу садржаја свеобухватне политике у области малолетничког правосуђа, са посебним нагласком на превенцију малолетничке делинквенције, увођењу алтернативних мера које обезбеђују да се питање малолетничке делинквенције решава без примене судског поступка, као и у подстицању држава да у своје националне системе малолетничког правосуђа укључе новоусвојене међународне стандарде. Имајући наведено у виду, Комитет утврђује сет основних принципа за поступање које треба прилагодити деци у сукобу са законом. С обзиром на све ово, јасно је, када је у питању ова категорија учинилаца кривичних дела, у конкретизацији друштвене реакције на њихово криминал-

но понашање мора бити стављен на располагање широк спектар мера алтернативног карактера, као што су брига, усмеравање, надзор, правна помоћ, условно кажњавање, прихват, образовање и програми стручне обуке и друге алтернативе институционалној бризи како би се обезбедило да се са децом поступа на начин који одговара њиховој „добробити“ и који је сразмеран како околностима тако и учињеном делу, као и да се тежи „доношењу мера без прибегавања судском поступку, с тим да буду у потпуности поштована људска права и законска заштита“. С обзиром на све ово, неспорно је, када је реч о инструментима државне реакције на криминалитет малолетника, кључно место треба да има цела лепеза алтернативних мера чији садржај мора бити у функцији постизања циља и без кажњавања. Уз то, неопходно је предвидети и могућност комбинације примене ових мера, неопходност обезбеђења активне сарадње суда, органа старатељства, центра за социјални рад и других потребних субјеката. Уз ово, посебно треба обратити пажњу на поједине модалитете посебне обавезе (попут укључивања у одређене спортске активности), који се практично не изричу, а самим тим и не извршавају јер нису за то у заједници створени услови, и створити услове за њихову практичну реализацију, што још увек није случај. Комбинација мера овог карактера омогућава одговарајућу индивидуализацију кривичне санкције и њено извршење у сваком конкретном случају. Једном речју, цела лепеза мера овог карактера и њихово адекватно извршење захтева мултидисциплинарни и ефикасан приступ свих одговорних актера, наравно подразумевајући под тим и неопходност вођења ефикасног поступка од стране суда којим се малолетнику изриче конкретна мера ванинституционалног карактера. Ово из разлога јер су ове мере применене специфичној зрелости ове узрасне категорије и захтевају ефикасност у поступању, јер у супротном ефекат њиховог извршења не може бити задовољавајући. Из тог разлога, како на нормативном, а преваходно у пракси, треба даље стварати простор за унапређење примене ових мера јер су могући резултати вишеструки, поготово у делу који се односи на смањење стопе поврата малолетника као учиниоца кривичних дела. Посматрано конкретно, резултати постигнути по овом питању код ове категорије учинилаца кривичних дела су неупоредиво бољи но што је то случај код пунолетних учинилаца. У прилог овоме истичемо само чињеницу да се у Републици Србији ове мере на годишњем нивоу изричу процентуално између 90 и 95%.¹⁰

¹⁰ Види: Стевановић, И., Вујић, Н., *Малолетни учиници кривичних дела и алтернативне кривичне санкције*, Збор. „Алтернативне кривичне санкције (*Ratio legis* озакоњења, регионална кривична

6. Надлежност за доношење одлуке о изрицању алтернативне кривичне санкције

Једно од даљњих питања када је реч о алтернативним кривичним санкцијама јесте и питање органа надлежних за њихово изрицање. Актуелност овако постављеног питања лежи и у чињеницу присутности различитих решења у односу на исто. Случај нпр. са словеначким кривичном законодавством¹¹. Не улазећи у детаљнију расправу по овако постављеном питању чини се да одговор на исто мора да буде у складу са одговором на питање правне природе ове врсте кривичних санкција. Ако прихватимо изнесени став да је реч о кривичним санкцијама *sui generis* а не о модалитетима извршења казне, а што чини се има пуно оправдање, онда је неспорно да једини орган надлежан за њихово изрицање као и изрицање кривичних санкција уопште треба да буде суд.

7. Личност учиниоца кривичног дела и алтернативне кривичне санкције

У расправама везаним за алтернативне кривичне санкције јединствен је став да личност учиниоца кривичног дела мора да има незаобилазну улогу у одлучивању да ли или не и коју алтернативну кривичну санкцију изрећи. Но, за разлику од овог начелног става око којег се сви слажу, присутно је неслагање око питања колики значај треба дати тој околности код појединих алтернативних кривичних санкција. Случај нпр. са кућним затвором, где се пре свега поставља питање: Да ли у случају болести, инвалидности или високе старости осуђеног лица треба да важи формално ограничење да је алтернативно извршавање у одговарајућој државној институцији могуће само у случају када је била осуђеном изречена казна до одређеног износа – нпр. до девет месеци затвора? У вези са овим питањем чини се сасвим исправним схватање да је тешко бранити став да се не узимају у обзир посебне потребе болесника, инвалида или остарелог осуђеника у том облику и у случају да је изречена казна више од одређеног износа као правила. У контексту оваквог схватања више него оправдано је питање: Да ли је дужина казне погодан критеријум за разграничење којим осуђеницима с посебним по-

законодавства, искуства у примени и мере унапређења“; Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2018, стр. 187–200.

¹¹ Види: Јакулин, В., *Алтернативне кривичне санкције и кривично законодавство Словеније*, Збор. „Алтернативне кривичне санкције (*Ratio legis* озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења“; Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2018, стр. 95–108.

требама ће бити омогућен хуманији облик издржавања казне затвора? Чини се потпуно оправданим схватање да дужина казне не сме да буде одлучујући критеријум за разграничавање којим осуђеницима ће бити омогућен хуманији облик извршавања казне. У одлучивању о облицима издржавања казне морало би бити од веће важности психофизичко стање осуђеног с посебним потребама.

8. Друга отворена питања нормирања и примене алтернативних кривичних санкција

Поред изнесених у нормирању и примени алтернативних кривичних санкција, још је низ других отворених питања, што је само по себи још једна потврда њихове изузетно велике актуелности. Тако нпр. ту је питање: Коју казну затвора сматрати краткотрајном, будући да је то један од кључних критеријума могућности изрицања алтернативне кривичне санкције као замене за ову казну? Да ли је то нпр. казна затвора до две године? Или, да ли појединим и којим кривичноправним институтима дати карактер алтернативне кривичне санкције? Случај нпр. са институтом поравнања учиниоца и оштећеног. Даље, како поступити ако осуђени обавља рад у корист заједнице несавесно, у целини или делимично, односно како поступати ако за то надлежни орган не нађе осуђеном лицу одговарајући рад? Или, у каквом обиму ће се извршити казна затвора ако осуђени не испуњава задатке наложене у изреченој алтернативној кривичној санкцији? Да ли мора суд одредити институцију у којој треба осуђено лице да обавља рад или може осуђено лице само да одабере где ће радити? Којој категорији осуђених лица су алтернативне кривичне санкције намењене? Итд. Нормирању ових као и низа других отворених питања треба прићи с посебном пажњом јер од начина њиховог решавања зависи, поред осталог, и степен практичне реализације сврхе алтернативне кривичне санкције.

3. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима као инструмент државне реакције на криминалитет

Као што је то већ констатовано, један од не само могућих већ и неизоставних начина решавања проблема са којима се већ дуже времена суочава кривично право, и то пре свега његовог проблема званог

неефикасност функционисања кривичног правосуђа, јесте шира примена поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Поодавно је постало више него неспорно да су поједностављене – упрошћене форме поступања у кривичним стварима један од важнијих инструмената ефикасности кривичног поступка. Као такве, намењене су суђењу за једноставније кривичне случајеве (лакша и средња кривична дела). Ако се овоме дода и чињеница да управо криминалитет заузима значајно место, онда значај ових поступака још више добија на свом интензитету у укупној структури. Уз то, када се говори о криминално-политичкој оправданости ових поступака, нужно је имати у виду и још једну чињеницу. То је да ови поступци својом практичном применом – путем растерећења судова, дају и директан допринос повећању квалитета суђења за теже кривичне случајеве јер судовима остаје више простора за теже – компликованије кривичне предмете. Поред овог, у прилог оправданости овакве једне констатације говори и чињеница да је већ поодавно постало кристално јасно да је редовни кривични поступак, као општа – универзална форма поступања у кривичним стварима, са својом сложеном структуром која подразумева истрагу, оптужење, припремање главног претреса и главни претрес оправдан само за теже кривичне случајеве. Ова форма кривичног поступка, када је реч о лакшим, мање сложеним кривичним случајевима показује се као сувишно, непотребно, криминално-политички неоправдано расипање времена, труда и средстава. У оваквим случајевима криминално-политички је не само оправдано већ и нужно одступање од тако предвиђене опште процедуре као правила и њено упрошћавање које има за циљ брз и кратак поступак, поступак прилагођен значају дела, личности извршиоца, околностима под којима је извршено дело и стању доказног материјала, али тако поједностављен да не ремети равнотежу између нужности заштите основних слобода и права окривљеног и потребе за ефикасношћу кривичног поступка, за што, мора се признати, није лако наћи праву меру. Но, и поред свих тешкоћа, проналажење овако формулисане мере је нужно. Једино у случају проналажења такве мере отпада приговор који се од стране једног дела стручне јавности упућује поједностављеним формама поступања у кривичним стварима према којем у стилу народне изреке „што је брзо то је кусо“, једноставност и брзина по правилу иду на штету квалитета. Односно, на својој актуелности губе и питања као што су: Да ли је заиста увек од нерешеног предмета бољи било како решен предмет? Или, да ли то што се ради о лакшим кривичним делима, или што постоји престанак тужиоца и окривљеног, или споразум са оштећеним, оправдава

игнорисање сложених правних и чињеничних питања које и у тим предметима могу да стоје на путу утврђивања постојања кривичног дела и доношења осуђујуће пресуде? Но, насупрот овим и оваквим питањима, ако хоћемо да поједностављене форме поступања у кривичним стварима буду у функцији која их оправдава, неопходно је поставити и дати адекватан одговор на једно друго питање. То је: Које су то поједностављене форме поступања у кривичним стварима и под којим условима оправдане када је реч о овом облику државне реакције на криминалитет? Ово посебно с обзиром на чињеницу да све поједностављене форме поступања и сви услови за њихову примену нису оправдане и поред тога шта на први поглед изгледају корисне. Напротив. Неопходно је наћи прави избор мера овог карактера и предвидети адекватне услове њихове примене јер само под тим условима оне имају оправдање и у функцији су адекватне државне реакције на криминалитет, што, мора се признати, није лако решити и што још увек није случај са нашим кривичним процесним законодавством.¹²

4. Закључне напомене

Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима данас су и реалност и нужност. Начелно посматрано, њихову оправданост данас скоро да нико не доводи под знак питања. И поред тога што њихов домет није неограничен, оне својом применом кривично право схваћено у ширем смислу значења реформишу у мери која га чини употребљивијим инструментом за сузбијање криминалитета, ублажавајући и неке слабости у његовом функционисању. Међутим, тај генерални став не значи да свака алтернативна кривична санкција, као ни свака поједностављена форма поступања у кривичним стварима, има безрезервно оправдање. Напротив. Само оне алтернативне кривичне санкције и оне поједностављене форме поступања у кривичним стварима које су изабране и нормативно разрађене на начин који је у складу са њиховим криминално-политичким оправдањем су у функцији адекватне криминалне политике на пољу борбе против криминалитета с обележјима каква данас има. Кључни критеријум њихове примене тре-

¹² Види: 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 у Србији, Београд, 2013, стр. 3–28.

ба да буде тежина кривичног дела и личност извршиоца. На пољу борбе против криминалитета кривично право и кривично правосуђе треба да имају два јасно издиференцирана приступа сузбијању криминалитета: енергично и без икаквих компромиса сузбијање најтежих облика криминалитета (наравно, уз поштовање свих принципа правне државе), а у односу на лакше (а донекле и средње) облике криминалитета увођење таквог кривичног права које би се у много већој мери ослањало на алтернативне кривичне санкције (али и на неке иновирани традиционалне казне као што је систем новчане казне у дневним износима) и на поједностављене форме кривичног поступка. Овакав приступ кривичног права на пољу борбе против криминалитета своју подлогу налази и у чињеници несклоности законодаваца да сужавају границе кривичног права и ограничених ресурса кривичног правосуђа. С обзиром на све ово, сасвим је исправан приступ присутан у највећем броју кривичних законодавства, међу која спада и кривично законодавство Србије, да се у систему кривичних санкција посебна пажња посвети алтернативним кривичним санкцијама а у кривичном поступку поједностављеним формама поступања у кривичним стварима. Посматрано са аспекта кривичног законодавства Србије, може се констатовати да је по питању алтернативних кривичних санкција и поједностављених форми поступања у кривичним стварима урађено, нормативно посматрано, релативно доста. Међутим, то ни у ком случају не значи да нема простора за ширење тих могућности. Напротив. Простор постоји и треба га искористити. Но, поред овог, далеко присутнији проблем је још увек неискоришћеност законских могућности изрицања алтернативних кривичних санкција, што није случај с поједностављеним формама поступања у кривичним стварима. Када су у питању алтернативне кривичне санкције, постојеће законске могућности у пракси нису довољно искоришћене. Разлози за то су вишеструки а кључна су два. Прво, још увек недовољан степен свести носилаца правосудних функција о предностима алтернативних кривичних санкција над класичним кривичним санкцијама када су у питању лакши и средњи облици криминалних активности. Друго, још увек необезбеђени услови за примену постојећих алтернативних кривичних санкција. С обзиром на све ово, нужно је обезбедити услове и отклонити препреке за примену постојећих алтернативних кривичних санкција. Конференција за чије је потребе припремљен овај реферат треба да укаже и да се заложи за решења која су у функцији бољег и ефикаснијег кривичног права, у функцији афирмације алтернативних кривичних

санкција и поједностављених форми поступања у кривичним стварима као неизоставних инструмената државне реакције на лакше и не само лакше облике криминалитета и да на тај начин буде подстрек и законодавцу и пракси за њихову адекватну примену.

Литература

Бејатовић, С., „Алтернативне кривичне санкције и регионална кривична законодавства (основна законска обележја и искуства у примени – сличности и разлике)“, *Алтернативне кривичне санкције (регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, ОЕБС - Мисија у Србији, Београд, 2018.

Бејатовић, С., „Европски стандарди у области кривичног процесног законодавства и разлози неопходности њихове имплементације у национална кривичнопроцесна законодавства (стање у Србији)“, *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“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 2-3/2016.

Бејатовић, С., „Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013.

Јакулин, В., „Алтернативне кривичне санкције и кривично законодавство Словеније“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2018.

Јакулин, В., Д. Корошец, Д., „Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичном законодавству Словеније“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

Деранчиновић, Д., и др., „Алтернативе казни одузимања слободе“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Перић, О., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005.

Камбовски, В., „Алтернативне мере у македонском кривичном праву и проблем њихове примене“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Коларић, Д., „Кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет и предстојеће измене у области кривичних санкција“, *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2014.

Коларић, Д., „Европске интеграције и кривично материјално законодавство Републике Србије“, *Европске интеграције и казнено законодавство*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2016.

Коларић, Д., „Условна осуда са заштитним надзором и друге алтернативне кривичне санкције у Кривичном закону Србије“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Ристивојевић, Б., „Актуелна питања садашњег стања материјалног кривичног законодавства Србије“, *Актуелна питања кривичног законодавства*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.

Радуловић, Д., „Рад у јавном интересу као алтернатива краткотрајној казни затвора“, *Правна ријеч*, 17/2008.

Радуловић, Љ., „Васпитни налози као посебне мере реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела (сврха, врсте и избор)“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 1/2008.

Стојановић, З., Кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет и предстојеће измене у Кривичном законнику, *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2014.

Стојановић, З., „Нова решења у кривичном законодавству Србије, њихова примена и будућа реформа“, *Нова решења у кривичном законодавству Републике Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013.

Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, ЈП “Сл. гласник”, Београд, 2016.

Соковић, С. Б., Симоновић, Б., „Алтернативне кривичне санкције“, *Нова решења у казненем законодавству Србије у њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.

Марковић, И., „Критички осврт на регулативу нових кривичноправних мјера (рад за опште добро на слободи и нови модел новчане казне)“, *Правни савјетник*, 2004/7-8.

Мрвић Петровић, Н., „Алтернативне кривичне санкције (студија о прихватљивим модалитетима извршења)“, *Алтернативе затворским казнама*”, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.

Мрвић Петровић, Н., *Алтернативне санкције и ново законодавство Републике Србије*, Темида, 2006/1.

Мрвић Петровић Н., Ђорђевић Ђ., „Примена парапеналних санкција уместо казне“, *Утврђивање чињеничног стања у кривичном поступку изрицање и извршење кривичних санкција*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1998.

Мрвић Петровић, Н., „Рад у јавном интересу (појам, услови, могућност изрицања и последице неизвршавања радне обавезе)“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Мрвић Петровић Н., „Алтернативне санкције у државама балканског региона“, *Увод у право земаља у регион*, Институт за упоредно право, Београд, 2010.

Николић Ристановић, В., „Ресторативна правда, кажњавање и жртве“, *Алтернативе затворским казнама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 200

Перић, О., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005.

Радуловић Д., „Алтернативне кривичне санкције и кривично законодавство Црне Горе (основна законска обележја и практична примена)“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Соковић, С., „Међународни стандарди и алтернативне кривичне санкције“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Симовић, М., „Алтернативни начини кривичноправне реакције на криминалитет и нови законодавство БиХ“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Стевановић, И., „Кривичноправни инструменти државне реакције на малолетнички криминалитет“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2015.

Стевановић, И., Вујић, Н., „Малолетни учиници кривичних дела и алтернативне кривичне санкције“, *Алтернативне кривичне санкције (Ratio legis озакоњења, регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2018.

Sieber, U., Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Шкулић, М., „Кућни затвор (самостална казна или начин извршења казне затвора)“, *Алтернативне кривичне санкције (регионална кривична законодавства, искуства у примени и мере унапређења)*, ОЕБС – мисија у Србији, Београд, 2018.

Шкулић, М., „Алтернативне кривичне санкције”, *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука, 2014.

ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS AND TREATMENT MODELS SIMPLIFICATION AS INEVITABLE INSTRUMENTS OF THE STATE'S REACTION TO THE CRIME (SITUATION IN SERBIA)

Stanko Bejatović, PhD*

Abstract

There are several groups of questions that have been included in this paper. Out of those, three groups of questions distinguish themselves looking from perspective of actuality and scope of processing. First group concerns the general remarks describing the characteristics of the current situation of crime in general and possible methods of state's reaction to it under circumstances of its described characteristics. In the situation of its constant growth, in the situation of growing percentage of the most severe forms of criminal activities out of the total number of crimes, in the situation of new forms of crime constantly emerging and insufficient level of efficiency in combating it. When we talk about possible ways of state reacting to the crime, priority is given to the necessity of simultaneously predicting and applying both alternative criminal sanctions, and simplification of treatment models in criminal affairs, under the circumstances and in the manner of their criminal and political justification.

The second group of questions concerns the alternative sanctions as instruments of criminal law reaction to the crime, and they have been processes from three different aspects. First aspect includes criminal and political reasons of justification of norming and application of sanctions. Then we have presentation and analysis of international legal documents

* Full Professor and Academician

dedicated to the criminal sanctions in question as a validation of their universal nature. And the last one is professional and critical analysis of certain issues of normative elaboration of alternative criminal sanctions in criminal (material, process and executive) law within which a number of open issues referring to this type of criminal sanctions were analyzed from theoretical, normative and practical standpoint. A case, for example, with its concept, type and legal nature, its content, circumstances and desirable scope of application, jurisdiction of institutions for execution and supervision of application of prescribed alternative criminal sanctions, consequences of not complying with the obligations imposed by the prescribed alternative criminal sentence and similar.)

Third group of questions concerns simplification of treatment models in criminal affairs as an instrument of the state's reaction to minor and medium forms of criminal activities (their criminal and political justification, desirable manner of norming and scope of application).

Closing statement was given at the end of the paper and it contains summarized basic results of the analysis of the subject in question and suggested methods of enhancement both in the field of norming and in the field of their practical application.

Keywords: *criminal law, criminal sanctions, alternative criminal sanctions, prison sentence, convict, criminal act, court, community work, supervision, enforcement judge, probation, weekend jail, simplification of treatment models, principle of opportunity for criminal processing, plea bargain, shortened criminal procedure.*

ПОСТУПАК ЗА ИЗРИЦАЊЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ БЕЗ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА КАО УПРОШЋЕНА ПРОЦЕСНА ФОРМА У КРИВИЧНОПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ ЦРНЕ ГОРЕ

Проф. др Драго Радуловић*

***Апстракт:** Крај прошлог и почетак овог вијека обиљежен је интензивном реформом кривичног процесног законодавства, како у Црној Гори, тако и у земљама региона. Један од циљева те реформе јесте и стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. Увидјело се да јединствена процесна форма није одговарала плуралитету кривичних дјела и учинилаца. Зато се прибјегло увођењу упрошћених процесних форми гдје се изостављањем појединих фаза кривичног поступка исти убрзава и судови се растерећују лакших кривичних дјела, која су у структури кривичних дјела и најзаступљенија. Једна од упрошћених форми поступања јесте и поступак за изрицање кривичне санкције без главног претреса. Управо та процесна форма предмет је овог рада. Аутор у овом раду говори о значају упрошћених процесних форми уопште, а централно питање овог рада јесте анализа поступка за изрицање кривичне санкције без главног претреса у свјетлу кривичнопроцесног законодавства Црне Горе, у којој анализи је указано и на одређене концепцијске и правно техничке недостатке.*

***Кључне ријечи:** кривични поступак, упрошћене процесне форме, поступак за изрицање кривичних санкција без главног претреса, ефикасност кривичног поступка.*

*Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица, e-mail: dragoradulovic@t-com.me

О упрошћеним процесним формама уопште

Реформа кривичнопроцесног законодавства у државама на простору бивша СФРЈ извршена последњих деценија одликује се, између осталог, настојањем да се створи нормативна основа за ефикаснији кривични поступак. Ефикасан кривични поступак све више постаје и међународни правни стандард и инструмент успјешне борбе против криминалитета, па као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције¹. Питање ефикасности кривичног поступка, односно поступања, јесте питање које је одувijek, а нарочито посљедњих деценија, привлачило не само пажњу научне и стручне јавности, него и јавности уопште. Ефикасност поступања у конкретној кривичној ствари од значаја је, на првом мјесту за окривљеног јер је у његовом интересу да се поступак заврши у разумном року, на шта упућује и члан 6 ст. 1 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. На другој страни спорост у поступању у кривичним стварима може да охрабри потенцијалне извршиоце кривичних дјела, будући да само сазнање да ће „вријеме учинити своје“ код одређеног броја, посебно недовољно формираних личности, може да превагне да крену путем криминалне дјелатности.² Иако је питање ефикасности кривичног поступка одавно актуелно, у теорији кривичног процесног права не постоји сагласност око њеног појмовног одређења. Иначе, ефикасност је битно обиљежје правног поретка, односно битно обиљежје права и суштинска карактеристика правне норме. Једна норма (а и читав правни поредак) је ефикасна кад се постиже склад између понашања људи и одговарајуће норме, кад норма дјелотворно утиче на понашање својих адресата у жељеном смјеру и кад се право (правни поредак) истински реализује у друштвеним односима, односно у друштвеном животу.³ Специфичност кривичног поступка огледа се и у томе што је вршење дјелатности дистрибуисано на више

¹ Станко Бејатовић, „Нормативни фактори ефикасности кривичног поступка“, *Зборник Правног факултета у Нишу, Тематски број*, 2010. „Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, стр. 421–455.

Миодраг Симовић, „Актуелна питања материјалног и процесног законодавства – нормативни и практични аспект“, *Зборник Актуелна питања кривичног законодавства – нормативни и практични аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2012, стр. 11–42.

² Станко Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на превенцију привредног криминалитета“, у публикацији *Привредни криминалитет и корупција*, Београд, 2001, стр. 40.

³ Видјети: Милан Милутиновић, *Криминална политика*, Савремена администрација, Београд, 1986, стр. 197.

институција са различитом технологијом рада и организацијом, што у њему значајно учешће имају и лица која нису у саставу институција (свједоци, окривљени, браниоци и сл.). Због тога ефикасност кривичног поступка не зависи само од стања институција које га врше, већ и од њихових међусобних односа, као и од понашања лица која учествују у овој дјелатности, а која нису укључена у институцију која врши ту дјелатност.⁴ Значајну компоненту ефикасности поступка, али не и једину, чини брзина, односно временски размак од покретања кривичног поступка, па до доношења правоснажне пресуде. Међутим, ефикасност кривичног поступка не смије да се сведе само на брзину поступка. Разлози криминалне политике оправдавају брзину поступка само до оне мјере док не утиче на законитост вођења кривичног поступка и доношења правилне и законите судске одлуке. Ефикасност кривичног поступка не може се вредновати изван граница законитости – поступак може бити ефикасан само ако је законито покренут, вођен, и окончан правилном и законитом судском одлуком. Дакле, најупрошћеније речено, под ефикасношћу кривичног поступка подразумевамо такву мјеру брзине поступања која обезбјеђује законитост у вођењу кривичног поступка, а доприноси да се у тим оквирима вријеме трајања кривичног поступка сведе у разумне границе.

Постизање ефикасности кривичног поступка подразумева све израженију диференцијацију процесних форми схваћених као укупност карактеристичних обиљежја који конституишу препознатљиви процесни модел.⁵ Диференцијација значи паралелна егзистенција једне опште форме кривичног поступка (која се најчешће назива редовни кривични поступак), и одређени број посебних форми поступака чији је основни смисао да се преко тих посебних (упрошћених) форми доприноси побољшању ефикасности кривичног поступка. Хетерогеност упрошћених форми условљена је хетерогеношћу кривичних ствари (кривичних дјела и учинилаца). Поступак који је погодан за једну врсту кривичних дјела и учинилаца може да буде неподесан и нерационалан за другу врсту кривичних дјела и учинилаца, па не би било ни у складу са обавезујућим међународним документима о праву на суђење у разумном року⁶ да се за сва кривична дјела примјењује иста форма поступка. Дакле, разуђена процесна диференцијација своје начелно оправдање

⁴ Видјети: Јован Павлица, *Ефикасност кривичног поступка*, ЈРКК, бр. 4, 1985, стр. 56.

⁵ Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004, стр. 141.

⁶ Видјети чл. 6 тач. 1 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.

налази у потреби веће адаптивности кривичног поступка материјалном праву.⁷ Редовни кривични поступак као општа форма поступања, који у својој структури има истрагу, оптужење, главни претрес и доношење одлуке, оправдан је за теже случајеве суђења, гдје ју је због саме природе кривичне ствари и њене сложености теже ријешити, а да се не угрози потребна равнотежа између потребе за заштитом основних слобода и права човјека (окривљеног) и потребе за ефикасношћу кривичног поступка.

Међутим, када су у питању лакша и мање служена кривична дјела, не би био оправдан, био би чак сувишан и значао би губљење времена и средстава. Нека истраживања у САД су показала да би вођењем редовног кривичног поступка у оваквом предмету правосуђе банкротирало.⁸

У савременим условима које карактерише све већи прилив кривичних предмета у судовима нужно је трагати за могућим рјешењима изласка из кризе кривичног правосуђа и високог степена његове нерационалности. Један од путева изласка из те кризе јесте идеја продубљене процесне диференцијације, гдје би општој процесној форми конкурирао већи број упрошћених процесних модела, који би били намијењени суђењу лакших и једноставнијих случајева. Та диференцијација почива на начелу сразмјерности између процесне форме и предмета суђења (једноставном предмету суђења прилагодити исто тако једноставну процесну форму) при чему не треба губити из вида да основна права окривљеног представљају граничну линију испод које се не би могло ићи на поједностављење процесне форме. Поједностављене процесне форме карактеришу се посебним основом и посебном структуром. Посебна основа налази се у особеностима процесних објеката (предмета) или у понашању (држању) процесних субјеката. Када је ријеч о процесном објекту као основу за регламентацију поједностављених форми поступака, од значаја могу да буду како материјалноправне, тако и процесноправне импликације процесних објеката. С материјалноправног аспекта од важности је: а) значај и тежина кривичног дјела, б) врста и природа кривичног дјела. С процесноправног аспекта најзначајнија је чињенична грађа и стање доказа. У савременом законодавству поједностављење кривичног поступка најчешће се повезује са значајем и тежином кривичног дјела.

⁷ Снежан Бркић, „Поједностављене форме кривичног поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији“, *Зборник Законодавни поступак и казнено законодавство*, Београд, 2009, стр. 176.

⁸ Видјети: Мирјан Дамашка, *Доказано право о казненом поступку, описи нових тенденција*, Правни факултет, Загреб 2001, стр. 6.

По неким мишљењима, за процесну диференцијацију битна су три узрока: а) раст сложености друштвених односа, б) претварање начела правичног поступка у стожерно начело кривичног процесног права, в) прихватање гледишта који легитимитет одлуке изводи из процедуралне коректности.⁹

Упрошћена процесна форма у свјетлу међународних аката

Поједностављење процесних форми не разматра се само на националном нивоу. У процесу хармонизације националних законодавстава на европском простору значајну улогу имају препоруке Комитета министара Савјета Европе. Када је ријеч о упрошћеним процесним формама, веома је значајна препорука Вијећа Европе од 17. септембра 1987. г. број П(87) 18, у којој се државама чланицама препоручује да у оквиру својих уставних принципа и законодавне традиције у национални систем кривичног правосуђа уграде сумарне и симплифициране кривичне процедуре и тако омогуће растерећење кривичног правосуђа и ефикасност у откривању и расвјетљавању сложених облика криминалитета.¹⁰

Препорука упућује државе чланице на коришћење и разраду и стандарда који ће се примјењивати:

- при дискреционом гоњењу,
- код одређивања мјера у поступцима за лакша и масовна кривична дјела,
- у коришћењу скраћених поступака,
- у вансудским поравнањима,
- у коришћењу поједностављених поступака,
- у поједностављивању редовних судских поступака.

Препорука полази од тога да су историјски, уставни и легислативни оквири националних правних система различити, па прихватање препоруке везује прво за могућност примјене у постојећим правним оквирима, а ако то није могуће, онда измјеном правних оквира. Стандарди које

⁹ Страхиња Давидов, „Упрошћене процесне форме у функцији ефективног пресуђења кривичне ствари“, *Зборник Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Златибор, 2015, стр. 560.

¹⁰ Видјети: Хајрија Сијерчић Чолић, „Поступак за издавање казненог налога : процесно законодавство у Босни и Херцеговини и регионални упоредноправни осврт“, *РКК*, бр. 2, 2013, стр. 50–51.

промовише препорука су: да постоји јавни интерес за поједностављеном процесном формом, да постоји одговарајући степен сумње о кривници заснован на доказима, сагласност учиниоца на поједностављену форму поступања, те у случају прихватања понуђене процедуре искључење неке друге паралеле процедуре, као и да се омогући оштећеном да у одговарајућем поступку оствари имовинскоправни захтјев.¹¹

Сугестије из ове препоруке поновљене су и у Препоруци Вијећа Европе о управљању кривичним правосуђем од 11. септембра 1995. г. Р(95)12, која садржи врло корисна упутства државама чланицама како да ускладе своје правосудне системе у сучељавању са све већим бројем све сложенијих кривичних дјела. Полазећи од чињенице да је правично и дјелотворно кривично правосуђе услов за владавину права, у овој препоруци се, између осталог, предлаже да се непокретањем кривичног поступка за лакша кривична дјела посредовањем и поједностављењем кривичног поступка отворе врата ефикаснијој примјени кривичног права и адекватнијем рјешавању проблема с којима се сусрећу национални системи кривичног правосуђа.¹² За убрзање кривичног поступка и различите алтернативе кривичном гоњењу значајна је и Препорука Вијећа Европе од 15. септембра 1999. године Р(99)19, која потенцира активну улогу жртве и учиниоца кривичног дјела, те укљученост заједнице у креирању мање репресивног кривичног правосуђа. На крају, и Европски суд за људска права у својим пресудама истиче да је правично и ефикасно правосуђе *conditio sine qua non* владавине права у једној држави. На крају овог краћег осврта на препоруке савјета Европе везане за диференцијацију процесних форми још да поменемо Резолуцију 3. секције Међународног конгреса за кривично право, одржане у Бечу 1989. године¹³, у којој се наглашава да врста и природа кривичног дјела треба да буде један од важних основа диференцијације процесне форме. У том смислу националним законодавствима се препоручује „да предузму све мјере које се дјелотворно односе на сузбијање ситног криминалитета са уравнотеженим односом средстава и циљеве уз прихватање различитих рјешења и поступака као алтернативе за оне које се традиционално користе у кривичном правосуђу“.

¹¹ Слободан Надрљански, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и стандарди Европске уније“, *Зборник Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Златибор, 2010, стр. 287.

¹² Хајрија Сијерчић Чолић, „Европско кривичнопроцесно право – регионална правна правила о кривичном поступку“, *Право и правда*, бр. 1, стр. 26.

¹³ Превод Резолуције објављен је у часопису *ЈРКК*, бр. 4, 1990.

Поступак за изрицање кривичне санкције без главног претреса у земљама региона

1. Слиједећи препоруке Савјета Европе и захтјеве из других међународноправних аката и пратећи тренд у савременом кривичнопроцесном законодавству, Црна Гора је у свом кривичнопроцесном законодавству¹⁴ углавном прихватила све облике упрошћених процесних форми које познају упоредна законодавства, као што су опортунитет кривичног гоњења, споразум о признању кривице, проширење правног оквира примјене скраћеног кривичног поступка, поступак изрицања кривичних санкција без главног претреса и сл.

Ми ћемо се у овом раду ограничити на поступак за изрицање кривичних санкција без главног претреса. За досадашње поједностављене кривичне поступке било је карактеристично изостављање прве фазе кривичног поступка (истраге), као што је случај са сумарним кривичним поступком. Увођење поступка кажњавања без главног претреса представљало је радикално и смјело законско рјешење засновано на идеји да се ефикасност кривичног поступка може постићи спречавањем да сви започети поступци доспију до главног претреса, тако што ће се омогућити да главни предмет поступка дефинитивно буде ријешен у ранијој фази главног претреса, чиме се суд растеређује сувишног и непотребног изношења сваке кривичне ствари на главни претрес.¹⁵

Значај казненог налога (поступка истицања кривичних санкција без главног претреса) истакнут је у препорукама Савјета Европе, гдје се државама чланицама препоручује да у национална законодавства треба да уведу ову процесну форму, ако се за то стекну услови: да је доказни материјал јасан и да несумњиво указује на кривицу окривљеног, да се поступак спроводи на иницијативу државног тужиоца, да се окривљени у потпуности упозна са посљедицама прихватања казненог налога, да окривљени мора имати правно средство за оспоравање казненог налога, да санкције које суд може изрећи без одржавања главног претреса буду лимитиране и одређене законом.¹⁶

¹⁴ Законик о кривичном поступку, „Службени лист Црне Горе“ бр. 57/09,35/15.

¹⁵ Војислав Ђурђић, „Поједностављене форме кривичног поступка у процесним кодексима транзиционих земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број, Актуелне тенденције у развоју и примјени европског континенталног права*, Ниш, 2010, стр. 459.

¹⁶ Видјети Горан Калајџијев, „Убрзање поступка као кључни циљ реформе кривичног поступка у Републици Македонији“, *РКК*, бр. 2, 2013, стр. 122.

Процесна законодавства која су се развила на темељима наслијеђеног кривичнопроцесног законодавства бивше СФРЈ увела су различите упрошћене процесне форме, па и ову гдје је изостављена фаза главног претреса. У неким се то назива издавање казненог налога, а негдје поступак за изрицање кривичне санкције без главног претреса. Осим по називу, ове процесне форме разлике постоје у погледу каталога кривичних дјела, врсте кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку, као и положаја оштећеног и слично.

2. У кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине (Закон о кривичном поступку БиХ, Закон о кривичном поступку Републике Српске, Закон о кривичном поступку Федерације БиХ и Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта), поступак за издавање казненог налога као упрошћена процесна форма, већ дуже је у примјени и, што је још важније, у великом проценту је у пракси заступљен.¹⁷

У свим поменутих законима услови за провођење поступка за издавање казненог налога су исти. Полазни критеријум за иницирање овог поступка од стране тужиоца су природа предмета кривичног поступка, врста и висина прописане кривичне санкције, те да ли тужилац располаже с довољно доказа којима може у оптужници поткријепити свој захтјев за издавање казненог налога.¹⁸ Дакле, услови за издавање казненог налога су слjedeћи: а) да је у питању кривично дјело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна као главна казна, б) да тужилац располаже с довољно доказа који указују да је осумњичени извршио кривично дјело које му се ставља на терет, в) да је тужилац у оптужници затражио од судије појединца да изда казни налог, г) да је тужилац затражио изрицање једне или више таксативно наведених кривичних санкција или мјера. У каталогу кривичних санкција и мјера које се могу изрећи су: новчана казна (која не може бити већа од 50.000 КМ), условна осуда, забрана вршења одређених позива, дјелатности или дужности или одузимање предмета, као и одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом. Иако се ради о кривичним дјелима запријеђеним казном затвора, тужилац не може предложити ту санкцију. О оптужници која садржи захтјев за издавање казненог налога одлучује судија појединац који захтјев може прихватити или не прихватити. Ако

¹⁷ О томе шире: Драгана Косић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске и њихов допринос ефикасности кривичног поступка“, *РКК*, бр 1, 2017, стр 163–185.

¹⁸ Миодраг Н. Симовић, *Поједностављене форме поступања у кривичнопроцесном законодавству БиХ...* стр. 223.

прихвати захтјев, судија ће прво потврдити оптужницу, а затим без одлагања, а најкасније у року од осам дана, заказати саслушање оптуженог. Саслушању присуствује тужилац, оптужени и његов бранилац, уколико га оптужени има. Ако оптужени изјави да је крив и да прихвата кривичну санкцију или мјеру коју је предложио тужилац, судија ће прво утврдити кривицу, а онда пресудом издати казни налог у складу са оптужницом. Ако се оптужени на рочишту за саслушање изјасни да није крив, или пак изјави приговор на оптужницу, судија ће прослиједити оптужницу суду ради заказивања главног претреса.

3. У Законику о кривичном поступку Србије ова упрошћена процесна форма названа је рочиштем за изрицање кривичне санкције без главног претреса, што је у процесној књижевности оцијењено као највећа иновација процесног законодавства када су у питању посебни кривични поступци.¹⁹ Захтјев за реализацију ове процесне форме може да потекне само од стране јавног тужиоца, и то у оптужном предлогу ако се испуне сљедећи услови: а) да се ради о кривичним дјелима за која се може изрећи као главна казна новчана казна или казна затвора до пет година, б) да јавни тужилац оцијени да одржавање главног претреса није потребно полазећи од сложености предмета и прикупљених доказа а нарочито усљед хапшења окривљеног при извршењу кривичног дјела или признања да је учинио кривично дјело. Као што смо навели, један од услова за подношење захтјева за одржавање рочишта је тежина кривичног дјела (да је ријеч о дјелима за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна), а коју ће врсту кривичне санкције јавни тужилац предложити зависи од тога да ли се ради о кривичном дјелу за које је прописана казна затвора до пет година, или се пак ради о кривичном дјелу за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године. У првом случају јавни тужилац може да предложи суду да окривљеном изрекне: казну затвора у трајању до двије године, новчану казну до двјеста четрдесет дневних износа односно до петсто хиљада динара или условну осуду са утврђењем казне затвора до једне године или новчане казне до сто осамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара и временом провјеравања до пет година и уз то да је окривљени признао да је учинио кривично дјело. У другом случају, осим казне затвора и новчане казне у нижим износима, условне осуде са мањом утврђеном казном и краћим временом провјеравања тужилац може предложити казну рада у јавном интересу до двјеста четрдесет часова, казну одузимања возачке дозволе у трајању до једне го-

¹⁹ Милан Шкулић, Татјана Бугарски, *Кривично процесно право*, Нови Сад, 2015, стр. 574.

дине или судску опомену. У овом другом случају се изричито не помиње признање окривљеног да је учинио кривично дјело, али ако се на рочишту за изрицање кривичне санкције окривљени саглашава са предлогом тужиоца, за очекивање је да ће пракса ово „изјашњавање“ фактички сводити на признање кривице иако у литератури има мишљења да досљедно тумачење законских одредаба тако нешто уопште не захтијева, па би хипотетички било могуће замислити ситуацију да се окривљени изјасни да „није крив“ или да одбије да се изјасни о кривици, али да се саглашава са предлогом јавног тужиоца да му се изрекне предложена санкција.²⁰ Иако и главни претрес представља рочиште, разлика између њих је у томе што се на рочишту за изрицање кривичне санкције не изводе докази, већ након краћег обраћања странака суд одлучује да ли ће изрећи кривичну санкцију.²¹ По окончању рочишта за кривичне санкције суд ће донијети осуђујућу пресуду ако се оптужени сагласи са предлогом јавног тужиоца изнесеним на главном претресу или ако се није одазвао на позив за рочиште. Ако се оптужени на рочишту није сложио са предлогом јавног тужиоца или ако судија није прихватио предлог јавног тужиоца, судија ће наредбом одредити дан, час и мјесто одржавања главног претреса. Ако је осуђујућа пресуда донесена због неодржавања оптуженог на позив за рочиште, оптужени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања пресуде поднијети приговор против осуђујуће пресуде. У погледу врсте одлуке која се доноси на рочишту за изрицање санкције без главног претреса разлика у односу на ЗКП из 2001. је у томе што се сада чини осуђујућом пресудом, а раније рјешењем о кажњавању.²²

4. У Закону о казненом поступку Словеније предвиђен је поступак за издавање казног налога. Као и скраћени кривични поступак,

²⁰ Вања Бајовић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року“, *Зборник Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Златибор, 2015, стр. 420.

²¹ Горан Илић и други, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 1086.

²² Шире о овом: Станко Бејатовић, „Поједностављене форме поступања као битно обиљежје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона“, *Зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, ОЕБС мисија у Србији, Београд, 2013, стр. 11–32. Миролуб Томић, „Поједностављене форме поступања и нова рјешења у ЗКП“, *Зборник Нова рјешења у законодавству Србије и њихова практична примјена*, Златибор, 2013, стр. 172–183. Снежана Бркић, „Поступак за кажњавање пре главног претреса“, *Право – теорија и пракса*, бр. 2, 2004, стр. 52–67.

Татјана Бугарски, „Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у – скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције“, *Зборник Нова рјешења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Златибор, 2013, стр. 212–229.

он се примјењује за кривична дјела за која је прописана новчана казна као главна казна или казна затвора до три године. Предлог за издавање саставља државни тужилац у опружном предлогу када оцијени да има довољно доказа за изрицање кривичне санкције и без одржавања главног претреса. Државни тужилац може предложити да се одреди једна од сљедећих санкција или мјера: новчана казна, забрана управљања моторним возилом, условна осуда, запљена предмета и прихода стечених кривичним дјелом. Ако се судија сложи са предлогом тужиоца, пресудом издаје казнени налог, чије образложење садржи само доказе наведене у оптужном предлогу који оправдавају изрицање предложене санкције или мјере. Казнени налог мора да садржи и поуку оптуженом о праву на приговор и посљедицама које наступају ако приговор не буде изјављен, а које се огледају у правоснажности одлуке о казненом налогу. Ако уложени приговор буде уважен, пресуда о казненом налогу се укида и поступак се наставља по одредбама које се примјењују на главном претресу у скраћеном кривичном поступку.²³

5. У новом Закону о кривичном поступку Македоније ранији поступак под називом „доношење пресуде без главног претреса“ преименован је у поступак за издавање казног налога. Циљ овог поступка је убрзање кривичног поступка и јавни тужилац му прибјегава када располаже са довољно доказа на основу којих се може донијети пресуда и без главног претреса. Казнени налог може се донијети када се ради о кривичним дјелима за која је прописана казна затвора до пет година. Када јавни тужилац оцијени да постоје услови за издавање казног налога, он упућује судији појединцу предлог за издавање казног налога, а не оптужни предлог. Предлог за издавање казног налога садржи: а) личне податке осумњиченог, б) опис кривичног дјела за које се осумњичени терети, в) правну квалификацију кривичног дјела, г) доказе којима тужилац располаже и д) врсту и висину кривичне санкције или друге мјере. Тужилац може бирати или комбиновати сљедеће санкције, односно мјере: а) новчану казну у износу од 10 до 100 дневних зарада глобе, б) условну осуду са утврђеном казном затвора до три мјесеца или условну новчану казну, в) забрану управљањем моторним возилом до двије године и г) одузимање имовине или имовинске користи прибављене кривичним дјелом и одузимање предмета.

²³ Шире о овоме: Вид Јакулин, „Поједностављене форме поступања и кривичнопроцесно законодавство Словеније“, РКК бр. 1, 2013, стр. 33–46.

Након што оцијени да ли постоје услови за издавање казненог налога судија може да:

– рјешењем одбаци предлог за издавање казненог налога ако оцијени да се ради о дјелу за које се не може издати казнени налог,

– одреди датум одржавања претреса према одредбама скраћеног поступка када оцијени да докази изнесени у предлогу нису довољни за издавање казненог налога или ако је предложена казна или мјера неприхватљива,

– донесе пресуду на основу предлога за издавање казненог налога. Ова пресуда у диспозитиву садржи и одлуку о имовинскоправном захтјеву, ако он постоји, и кратко образложење у односу на доказе који оправдавају казнени налог.

Овај поступак у односу на редовни, па и скраћени поступак, има доста одступања, па у теорији има мишљења да га, управо због тих одступања, треба примјењивати само у изузетним ситуацијама, када постоје јасни и недвосмислени докази с провјереним квалитетом и кредибилитетом.²⁴

6. У кривичнопроцесном законодавству Хрватске казнени налог представља један вид скраћеног кривичног поступка и својеврсна је „понука“ окривљеном, коју он може, али и не мора прихватити тако што против њега неће уложити приговор на који начин се ствара „прећутни споразум“ између државног тужиоца и суда, с једне стране, и окривљеног, с друге стране.²⁵ Издавање казненог налога за сва три поменута субјекта је значајно, државни тужилац лакше и брже долази до коначне одлуке, суд се ослобађа вођења главног претреса, а оптужени је ослобођен неугодности и стигматизације јавног суђења. Посебности овог поступка огледају се у томе што се: а) пресудом одлучује прије отварања главног претреса, б) пресуда се доноси на основу података из кривичне пријаве која иначе не служи као доказ, в) подаци као докази нису се извели на главном претресу, на усмен и контрадикторан начин.²⁶

Државни тужилац може у оптужници затражити да суд изда казнени налог за кривична дјела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, а за која није надлежно вијеће и затражити да се окривљеном изрекну слjedeће казне или мјере: а) новчана казна

²⁴ Горан Калајијевић, Оп. цит., стр. 125.

²⁵ Давор Кропац, *Казнено процесно право*, Загреб, 2010, стр. 91.

²⁶ О томе шире: Берислав Павишић, *Кривично процесно право*, 2011, Драган Новосел, „Примјена казненог налога у раду државних одвјетника“, *Хрватски љетопис за казнено право*, бр. 1, Загреб, 2002.

у висини од десет до сто просјечних дневних прихода, б) условна осуда с изрицањем казне затвора до једне године или новчана казна или судска опомена, в) одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом, г) објављивање пресуде с казним налогом у средствима јавног информисања, д) забрана управљања моторним возилом до двије године и е) одузимање предмета.

Један од услова за издавање казног налога јесте да се за кривично дјело сазнало из „вјеродостојног садржаја кривичне пријаве“, иако, иначе, подаци у кривичној пријави нису доказ у кривичном поступку већ су повод државном тужиоцу за кривично гоњење. Међутим, како се уз кривичну пријаву најчешће достављају и изјаве оштећеног, записник о увиђају, налози и мишљење вјештака, слика лица мјеста, фотодокументација и слично, сасвим је извјесно да ће државни тужилац своју оптужницу базирати не само на тексту кривичне пријаве, већ првенствено на наведеним изјавама и материјалним доказима, достављеним уз исту.²⁷ Ако се судија сложио, а захтјевима државног тужиоца пресудом издаје казни налог, који се доставља окривљеном, браниоцу ако га има, државном тужиоцу и оштећеном. Окривљени се поучава о праву подношења приговора у року од осам дана. Изјављивање приговора и његово прихватање поступак усмјерава у правцу судске контроле оптужнице и под законским условима заказивање претреса. Судија може да одбаци захтјев за издавање казног налога ако се за то стекну законски услови, односно ако оцијени да подаци у оптужници не пружају довољно основа за издавање казног налога, или да се према тим подацима може очекивати изрицање неке друге казне или мјере, а не оне коју је затражио државни тужилац. Доношење овакве одлуке за посљедицу има упућивање оптужнице оптужном вијећу, које испитује оптужницу, без учествовања странака, затим достављање оптужнице оптуженом уз поуку о праву на одговор, као и обавјештење да суд није прихватио захтјев државног тужиоца за издавање казног налога.

Поступак за изрицање кривичне санкције без главног претреса у кривичнопроцесном законодавству Црне Горе

У кривичнопроцесно законодавство Црне Горе ова упрошћена процесна форма у којој изостаје не само фаза истраге него и фаза глав-

²⁷ Тадија Бубаловић, „Хрватско казно законодавство и скраћени казни поступци“, *РКК*, бр. 1, 2013, стр. 139.

ног претреса први пут је уведена 2003. године под називом „поступак за кажњавање без главног претреса“. Новим ЗКП-ом из 2009. године преименован је у „поступак за изрицање кривичне санкције без главног претреса“. Преименовање је услиједило због проширења регистра кривичних санкција које се у овом поступку могу изрећи, а не само новчана казна како је раније било. И поред преименовања овог поступка, одлука коју суд доноси назива се рјешењем о кажњавању, а не о изрицању кривичних санкција без обзира на то што казна није једина санкција која се може изрећи. По нашем мишљењу, то је по инерцији преузето из старог закона. Ако имамо у виду да казнену политику наших судова карактерише доминантан број условних осуда, новчаних казни и кратких казни затвора,²⁸ то је довољан мотив законодавцу да овај вид скраћеног поступка уведе у наше законодавство, што су, како смо напријед видјели, учинила и друга законодавства у региону. Ова врста поступка је по својој форми најближа мандатној форми поступка као скраћеном начину утврђивања чињеница и околности везаних за доношење одлука. Изрицање кривичне санкције без главног претреса могуће је ако се кумулативно испуне сљедећи услови: а) да се ради о кривичном дјелу за које је прописана новчана казна или затвор до три године, б) да државни тужилац у оптужном предлогу предложи судији да донесе рјешење о кажњавању без главног претреса, в) да се окривљени са тим сагласи, односно да изричито пристаје и г) да државни тужилац сматра да је чињенично стање довољно утврђено, те да одржавање главног претреса није потребно. Државни тужилац предлог за кажњавање ставља у оптужном предлогу, али он то може учинити и у посебном поднеску све док судија не закаже главни претрес. Када се у ЗКП каже да државни тужилац ставља предлог када оцијени да одржавање претреса није потребно, онда тиме државни тужилац на себе преузима одговорност да процјењује да је чињенично стање довољно разјашњено и прије главног претреса, па је беспотребно да се он одржава. То значи да је нужно постојање конкретних чињеница које, уз податке добијене од окривљеног његовим претходним саслушањем омогућавају суду одлучивање о конкретној кривичној ствари.²⁹ Оцјена државног тужиоца да одржавање главног претреса није потребно мора на нечем да се базира, а то у ЗКП није ближе одређено. У сваком случају, државни тужилац мора да пође од улоге главног претреса у заснивању судске одлуке. Ако се одлучивање заснива на примјени права на конкретне чињенице које су резултат доказивања, онда процјену непотребности

²⁸ О томе види: Дарко Радуловић, *Алтернативе казни затвора*, Подгорица, 2000.

²⁹ Драго Радуловић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица, 2009, стр. 600.

главног претреса треба дати са становишта да су и расположиви докази о релевантним чињеницама од којих зависи оцјена основаности оптужног акта такви да елиминишу потребу о одржавању главног претреса. Тужилац дакле, прије одлуке да предложи овај поступак мора извршити свестрану и брижљиву процјену расположивих доказа о чињеницама од којих зависи основаност његовог захтјева, па иако се може стећи утисак о арбитрерности тужиоца са печатом самовоље, ту процјену он мора вршити у духу закона, јер га чека одлука суда који предлог може прихватити или одбити.³⁰

Предлог не могу да дају ни супсидијарни ни приватни тужилац, што је и разумљиво, јер они као приватна лица не могу процјењивати да ли је потребно одржавање главног претреса. То није ни у њиховом интересу јер је ова форма привилегована за окривљеног, а осим тога у овом поступку не могу да остварују имовинскоправни захтјев. У поступку за изрицање кривичне санкције без главног претреса судија може изрећи новчану казну, рад у јавном интересу, условну осуду, или судску опомену и уз њу одузимање имовинске користи и једну од сљедећих мјера безбједности: одузимање предмета и забрана управљања моторним возилом. Законодавац је ограничио само износ новчане казне (до 3.000 €) и трајање мјере безбједности (до двије године). Како видимо, ЗКП је искључио могућност изрицања казне затвора у овом поступку, па се поставља питање како онда може да изриче условну осуду чијим изрицањем се утврђује казна затвора ако имамо у виду да је у чл. 54 ст. 5 КЗ приписано „ако је учиниоцу утврђена и казна затвора и новчана казна, условна осуда се може изрећи само за казну затвора, а не и за новчану казну“. Код оваквог законског одређења законодавац није имао у виду ову ограничавајућу одредбу КЗ о изрицању условне осуде, што у пракси може да створи проблем, па има предлога да се искључи могућност изрицања условне осуде ако се у поступку изрицања кривичних санкција без главног претреса не може изрећи казна затвора.³¹

Савремена законодавства ову врсту упрошћене форме превидјела су као модел убрзања кривичног поступка, а не као погодност учиниоцу. Међутим, ако је један од услова да дође до овог поступка приста-нак окривљеног, тешко је замислити да ће окривљени дати пристанак,

³⁰ Данило Николић, „Поступци за изрицање кривичних санкција без главног претреса“, *Зборник Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку*, Београд, 2002, стр. 164.

³¹ Слободан Надрљански, „Кажњавање пре главног претреса“, *Зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Златибор, 2009, стр. 187.

а да не добије одређену погодност. Уосталом, те погодности нису само искључивање могућности изрицања казне затвора, него и у ограничењу новчане казне и мјере безбједности забрана управљања моторним возилом.

Прије него што утврди да ли постоје претпоставке за доношење рјешења о кажњавању, судија ће испитати оптужни предлог у складу са чланом 451 (то је вид судске контроле оптужног предлога), затим ће провјерити мјесну и стварну надлежност и да ли постоје разлози за одбацивање оптужног предлога. Након тога ће судија цијенити да ли има услова да се закаже главни претрес и кад утврди да би се по оптужном предлогу могао заказати главни претрес и тек ће тада процјењивати основаност предлога државног тужиоца да се не одржава главни претрес. Приликом одлучивања да ли ће се спровести овај поступак судија ће се руководити и одлуку базирати на основу оцјене истих оних доказа који су тужиоца определијелили да стави овај предлог и сам не изводи никакве доказе. Дакле, докази којима се располаже и прије главног претреса морају да буду такви да упућују на несумњив закључак да је то лице извршило кривично дјело које му се ставља на терет.

Измјенама ЗКП из 2015. године унеколико су измијењене одредбе ЗКП о испитивању (контроли) оптужног предлога. Тако је у измијењеном чл. 451 ст. 3 ЗКП прописано да, ако приликом испитивања (контроле) оптужног предлога судија утврди да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се оцијенила основаност оптужног предлога, вратиће оптужни предлог државном тужиоцу да у року од тридесет дана спроведе одређене доказне радње. Ова измијењена одредба о контроли оптуженог предлога одражава се на предлог државног тужиоца за изрицање кривичних санкција без главног претреса. Ако је услов за заказивање главног претреса по оптужном предлогу довољно разјашњено стање ствари, онда је тим потребније да је стање ствари довољно разјашњено да би се изоставио главни претрес.

Ако прихвати предлог државног тужиоца, судија доноси одлуку у форми рјешења, које садржи да је предлог државног тужиоца прихваћен, личне податке окривљеног, дјело за које се оглашава кривим, чињенице и околности које чине обиљежја кривичног дјела и од којих зависи примјена одређене одредбе КЗ, законски назив кривичног дјела и које су одредбе КЗ и другог закона примијењене, одлуку о изреченој новчаној казни и мјери, одлуку о упућивању овлашћеног лица на остваривање имовинскоправног захтјева у парничном поступку и образложење изречене казне и мјере (чл. 463 ст. 3 ЗКП). Из текста овог члана може се за-

пазити да он није у сагласности са чланом 462 ЗКП, јер говорећи о садржини решења о кажњавању наводи само новчану казну, а не и друге санкције које се могу изрећи.

Још да напоменемо, ако је у питању осуда на рад у јавном интересу, осим пристанка окривљеног за доношење рјешења о кажњавању без главног претреса, судија мора прибавити и његов пристанак за изрицање те казне (чл. 41 ст. 3 КЗ).³² Прије доношења рјешења о кажњавању судија ће прибавити податке из казнене евиденције окривљеног, а по потреби и податке о личности окривљеног. Нејасно је која је сврха ових података и од кога се прибављају.

Ако се судија не сложи да предлогом државног тужиоца, не доноси никакво формално рјешење којим изражава своју несагласност, већ то манифестује достављањем оптужног предлога окривљеном и заказивањем главног претреса, који се онда регуларно наставља у складу са одредбама о скраћеном поступку.³³

Рјешење о кажњавању доставља се државном тужиоцу и окривљеном и на то рјешење је дозвољена жалба у року од осам дана. Жалба се може изјаснити само због одлуке о казни и због повреде одредаба члана 461 ЗКП (који члан говори о условима за доношење рјешења). Ова одредба је по инерцији пренесена из старог ЗКП када се од санкција могла изрећи само новчана казна. Међутим, пошто је према новом ЗКП проширен регистар кривичних санкција које се могу изрећи, нелогично би било да се жалба не може изјавити и због одлуке о другим кривичним санкцијама, а не само због одлуке о казни.

На крају да, са невјерицом, констатујемо да овај поступак није заживио у пракси иако у нашем законодавству постоји скоро петнаест година, а видјели смо колико се широко примјењује у земљама региона. Поставља се питање ради чега је то тако. Поуздан одговор тешко је дати без неких дубљих испитивања. Такво стање је вјероватно посљедица тога што је наше правосуђе добрим дијелом прилично конзервативно и доста „нерасположено“ према новим институтима који тешко пробијају пут у својој примјени. Слично је стање било и са институтом одложеног кривичног гоњења и споразума о признању кривице који су дуго наилазили на отпор, да би посљедњих година били знатно „заступљени“ у пракси.

³² Момчило Грубач, Бранко Вучковић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Тиват, 2010, стр. 1110.

³³ Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица, 2009, стр. 1200.

Литература

Бајовић, В., *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року*, Зборник „Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет“, Златибор, 2015.

Бејатовић, С., *Поједностављене форме поступања као битно обиљежје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, ОЕБС мисија у Србији, Београд, 2013.

Бејатовић, С., *Нормативни фактори ефикасности кривичног поступка*, Зборник Правног факултета у Нишу, Тематски број, 2010.

Бејатовић, С., „Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на превенцију привредног криминалитета“, *Привредни криминалитет и корупција*, Београд, 2001.

Бркић, С., *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004.

Бркић, С., *Поједностављене форме кривичног поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији*, Зборник „Законодавни поступак и казнено законодавство, Београд, 2009.

Бркић, С., „Поступак за кажњавање пре главног претреса“, *Право – теорија и пракса*, бр. 2, 2004.

Бугарски, Т., *Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у – скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције*, Зборник „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Златибор, 2013.

Бубаловић, Т., „Хрватско казнено Законодавство и скраћени казнени поступци“, *РКК*, бр. 1, 2013.

Грубач, М., Б. Вучковић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Тиват, 2010.

Дамашка, М., *Доказано право о казненом поступку, описи нових тенденција*, Правни факултет, Загреб, 2001.

Крапац, Д., *Казнено процесно право*, Загреб, 2010.

Давидов, С., *Упроићене процесне форме у функцији ефективног пресуђења кривичне ствари*, Зборник „Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет“, Златибор, 2015.

Ђурђић, В., *Поједностављене форме кривичног поступка у процесним кодексима транзиционих земаља*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број, Актуелне тенденције у развоју и примјени европског континенталног права, Ниш, 2010.

Илић, Г. и други, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013.

Јакулин, В., „Поједностављене форме поступања и кривичнопроцесно законодавство Словеније“, *РКК*, бр. 1, 2013.

Косић, Д., „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске и њихов допринос ефикасности кривичног поступка“, *РКК*, бр. 1, 2017.

Калајџијев, Г., „Убрзање поступка као кључни циљ реформе кривичног поступка у Републици Македонији“, *РКК*, бр. 2, 2013.

Милутиновић, М., *Криминална политика*, Савремена администрација, Београд, 1986.

Надрљански, С., *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и стандарди Европске уније*, Зборник „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније“, Златибор, 2010.

Надрљански, С., *Кажњавање пре главног претреса*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Златибор, 2009.

Николић, Д., *Поступци за изрицање кривичних санкција без главног претреса*, Зборник „Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку“, Београд, 2002.

Павлица, Ј., „Ефикасност кривичног поступка“, *ЈРКК*, бр. 4, 1985.

Павишић, Б., *Кривично процесно право*, 2011, Драган Новосел, „Примјена казног налога у раду државних однјетника“, *Хрватски љетопис за казнено право*, Загреб, бр. 1, 2002.

Радловић, Д., *Алтернативе казни затвора*, Подгорица, 2000.

Радловић, Д., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица, 2009.

Симовић, М., *Актуелна питања материјалног и процесног законодавства- нормативни и практични аспект*, Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства – нормативни и практични аспект, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2012.

Симовић, М. Н., „Поједностављене форме поступања у кривичнопроцесном законодавству БиХ (законска рјешења и искуства у досадашњој примјени“, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Златибор, 2009.

Сијерчић, Чолић Х., „Поступак за издавање казног налога : процесно законодавство у Босни и Херцеговини и регионални упоредноправни осврт“, *РКК*, бр. 2, 2013.

Сијерчић, Чолић Х., „Европско кривичнопроцесно право – регионална правна правила о кривичном поступку“, *Право и правда*, бр. 1.

Томић, М. , *Поједностављене форме поступања и нова рјешења у ЗКП*, Зборник „Нова рјешења у законодавству Србије и њихова практична примјена“, Златибар, 2013.

Шкулић, М. и Бугарски Т., *Кривично процесно право*, Нови Сад, 2015.

Шкулић, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица, 2009.

**PROCEDURE FOR PRONOUNCING CRIMINAL SANCTIONS
WITHOUT A MAIN TRIAL AS A SIMPLIFIED FORM
OF PROCEDURE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW OF
MONTENEGRO**

Prof. Drago Radulović, PhD*

***Abstract:** The end of the past and the beginning of the new century is marked by an intensive reform of criminal procedure law, both in Montenegro and in the countries of the region. One of the goals of this reform is the creation of a normative basis for more effective criminal proceedings. It was perceived that the common procedural form did not correspond to the plurality of criminal offenses and perpetrators. This led to the introduction of simplified forms of procedure where the omission of certain stages of the criminal proceedings results in their acceleration and the courts are relieved of minor offenses, which are the most common ones in the structure of criminal offenses.*

One of the simplified procedural forms is the procedure for pronouncing criminal sanctions without a main trial. This procedural form is the subject matter of this paper. The author discusses the significance of simplified forms of procedure in general, and the central topic of this paper is the analysis of the procedure for pronouncing criminal sanctions without a main trial in the light of the criminal procedure law of Montenegro, and such analysis also pointed out to certain conceptual and legal technical weaknesses.

***Key words:** criminal procedure, simplified forms of procedure, procedure for pronouncing criminal sanctions without a main trial, effectiveness of criminal proceedings*

* Faculty of Law University of Montenegro, Podgorica

PREUREĐENJE OSNOVNIH NAČELA KRIVIČNOG POSTUPKA I UPROŠĆENE PROCESNE FORME

Dr Vojislav Đurđić*

Apstrakt: U radu se raspravlja o modalitetima uprošćavanja procesnih formi, koji se ustanovljavaju s ciljem ubrzanja krivičnog postupka. Ubrzanje postupka može se postići pojednostavljenjem opšte forme postupka ili uvođenjem i razvijanjem posebnih uprošćenih procesnih formi. Sprovedenom reformom krivičnog postupka Srbije, nastavlja se sa tendencijom razvoja posebnih krivičnih postupaka, koji se u radu posmatraju sa aspekta prava na suđenje u razumnom roku. Uspostavljanje režima izuzetaka pojedinih procesnih načela u posebnim krivičnim postupcima, pogodan je metod za skraćivanje, ubrzanje i deformalizaciju tih postupaka. Redefinisanje osnovnih načela odražava se na uređenje i povezivanje strukturalnih elemenata redovnog krivičnog postupka, što je naročito izraženo kad se ograničava ili ukida neko osnovno načelo. Zato što se negativni efekti uređenja osnovnih načela prenose iz opšte u posebne forme krivičnog postupka, kritički je analizirano ukidanje načela istine i degradacija načela neposrednosti i kontradiktornosti, zbog čega je dovedeno u pitanje pravo na pravično suđenje.

Ključne reči: krivični postupak, osnovna krivičnoprocesna načela, uprošćene procesne forme, načelo neposrednosti, načelo kontradiktornosti.

1. O uprošćavanju procesnih formi

Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima nastaju iz potrebe za racionalizacijom krivičnog postupka, koja svakim danom biva sve

* Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Trg kralja Aleksandra 11, 18000 Niš,
e-mail: vojadj@prafak.ni.ac.rs

očiglednija, što se očituje u reformama krivičnoprocesnih zakonodavstava, kojima države sve češće pristupaju. U kom će pravcu racionalizacija ići, zavisi od uzroka i faktora koji tu potrebu za njom stvaraju. Ukoliko su uzroci sporog krivičnog pravosuđa u samom zakonodavstvu, u njegovoj reformi treba i tražiti izlaz. Kao argument u prilog pojednostavljenja i ubrzanja postupka uzima se porast priliva predmeta, koji nije praćen odgovarajućim povećanjem broja sudija i tužilaca, kao i postojanje formalizma čija je svrha da obezbedi bolju zaštitu optuženog.¹ I Savet Evrope u zajedničkoj akciji svojih članica za ubrzanje i pojednostavljenje funkcionisanja pravosudnog sistema polazi od povećanog broja krivičnih slučajeva pred sudovima, a posebno onih koji se kažnjavaju manjim kaznama, i od stava da docnja u rešavanju zločina kompromituje pravosuđe i nanosi štetu njegovom radu.² Dužina trajanja krivičnog postupka često je osnovni kriterijum za vrednovanje uspešnosti rada pravosudnih organa i sinonim je za tezu o „sporom pravosuđu“, „sporog pravdi“, predugoj distanci od trenutka izvršenja krivičnog do „privođenja učinioca zasluženoj kazni“.³

Koliki se značaj pridaje pravdi koja se deli bez zakašnjenja, izraženo je u svim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, koja pravo na *suđenje u razumnom roku* uvršćuju u osnovna prava čoveka. Tako i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, u odredbama o pravu na pravično suđenje (član 6 stav 1), statuiru i pravo na suđenje u razumnom roku.

Ubrzanje postupka je pravni i politički problem,⁴ pa je razumljivo što je i Komitet ministara Saveta Evrope usvojio preporuku vezanu za pojednostavljenje krivičnog pravosuđa, koja pored upućivanja na primenu načela diskrecionog gonjenja, sadrži i ove smernice za otklanjanje sporosti krivične pravde: u postupcima za lakša ali masovna krivična dela – koristiti tzv. skraćene postupke, vršiti vansudska poravnanja kao alternativu suđenju, koristiti tzv. pojednostavljene postupke, pojednostaviti redovni sudski postupak; u cilju pojednostavljenja uobičajenih sudskih postupak – ustanoviti mogućnosti izostajanja istrage, uvesti postupak „prihvatanja krivice“ kad

¹ Pradel, J., *Droit pénal comparé*, 2e édition, Paris, 2002, p. 603 (citirano prema: Goran P. Ilić, *O pojednostavljenju forme krivičnog postupka*, u zborniku „Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi“, Beograd, 2006, str. 361).

² Vidi preambulu Preporuke Br. R (87) 18 Komiteta ministara Saveta Evrope zemljama članicama u vezi s pojednostavljenjem krivičnog pravosuđa (usvojena od strane Komiteta ministara na 410. sednici održanoj 17. septembra 1987. na nivou zamenika ministara).

³ Dr Drago Radulović, *Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta*, u zborniku *Realne mogućnosti krivičnog zakonodavstva*, Beograd, 1997, str. 159.

⁴ Dr Tihomir Vasiljević, *Sredstva za ubrzanje krivičnog postupka*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1966, str. 141.

god to ustavna i pravna tradicija dopuštaju, podsticati spajanje krivičnih postupaka, izostaviti nepotrebne formalnosti, dopustiti suđenje u odsustvu optužnog (Preporuka N^o (87) 18).

Saglasno ovim preporukama, ubrzanje krivične procedure može ići u pravcu pojednostavljenja opšte forme krivičnog postupka (putem mera kojim će se pojedine faze i stadijumi tog postupka uprostiti i učiniti fleksibilnijim), ili u pravcu razvijanja posebnih uprošćenih formi (tada, po pravilu, izostaju pojedine faze ili stadijumi, ili se poseže za nekim instrumentima vansudskog rešavanja krivičnih predmeta – diverzioni metod).

Zakonodavac beži iz opšteg u izuzetan postupak kad god želi da postigne brzinu u suđenju određenih krivičnih dela.⁵ Za starije pojednostavljene postupke bilo je karakteristično da izostaju faze koje prethode glavnom pretresu, kao što je slučaj sa sumarnim krivičnim postupkom Srbije, u kome izostaje faza istrage. U poslednje vreme uprošćavanje procesnih formi je okrenuto ka izbegavanju suđenja na glavnom pretresu, premeštanjem težišta odlučivanja na neku raniju fazu postupka.

Zapaženo je da savremena zakonodavstva karakterišu česte reforme zasnovane na umnožavanju posebnih, uprošćenih formi krivične procedure.⁶ Međutim, ambicija za uprošćavanjem procesnih formi ne sme preći donju granicu ispod koje proces više ne predstavlja čvrst sistem garancija za ostvarivanje jednog „due process of law“ i jedne meritorno pravilne odluke.⁷

U uporednom pravu sve je više novih modaliteta pojednostavljenih krivičnih postupaka, raznovrsnih i međusobno različitih po načinu na koji su uređeni. Utemeljeni su na ideji da se uprošćavanjem procesnih formi⁸ i njihovim prilagođavanjem predmetu sudskog postupka, omogućući brže, racionalnije i efikasnije suđenje. Prateći tu tendenciju i po uzoru na rešenja iz uporednog prava,⁹ u Srbiji su Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001.

⁵ T. Vasiljević, „Značaj brzine i uzroci sporosti krivičnog sudskog postupka“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2/1941, str. 91.

⁶ Dr Snežana Brkić, *Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku*, u zborniku „Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu“, Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 2002, str. 218.

⁷ Dr Siniša Triva, „Mjere koje imaju za cilj da građanski sudski postupak bude brži i efikasniji“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 4/1972, str. 421.

⁸ Opširnije o uprošćavanju procesnih formi vidi: Dr Momčilo Grubač, „Nove odredbe o glavnom pretresu u Zakonu o krivičnom postupku od 24. 12. 1976. godine“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/87; Dr Stanko Bejatović, *Pojednostavljeni krivični postupci i tendencije državnog reagovanja na kriminal*, u zborniku „Strategija državnog reagovanja protiv kriminala“, Beograd, 2003; i dr Vojislav Đurđić, „Aktuelna pitanja i osnovne karakteristike glavnog krivičnog postupka“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/99.

⁹ Uzor našem zakonodavcu bio je procesni zakon Nemačke, iz koga su u nešto izmenjenom obliku preuzeta zakonska rešenja (§§ 407 bis 412 StPO).

godine uvedena dva potpuno nova posebna krivična postupka: a) postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa i b) postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije. To su radikalna i smela zakonska rešenja, zasnovana na ideji da se efikasnost postupka može postići sprečavanjem da svi započeti postupci dospeju do glavnog pretresa, tako što će se omogućiti da glavni predmet postupka definitivno bude rešen u nekoj ranijoj fazi pre glavnog pretresa. Sud se na taj način rasterećuje suvišnog i nepotrebnog iznošenja svake krivične stvari na glavni pretres. Time je i u Srbiji definitivno *srušen postulat* tradicionalnog mešovitog tipa krivičnog postupka da *nema presuđenja bez glavnog pretresa*. Za razliku od sumarnog postupka, koji je takođe izgrađen na ideji uprošćavanja procesnih formi, u kome izostaje faza istrage, u ovim novoustanovljenim posebnim postupcima izbegava se faza glavnog pretresa, bez koje je doskora bilo nezamislivo suđenje u kontinentalnom tipu krivičnog postupka. Sledeći savremene ideje o mogućim modalitetima racionalizacije postupka, srpski zakonodavac je novelom iz 2009. godine uveo još jednu novu formu pojednostavljenog postupka – sporazum o priznanju krivice. Time je ujedno uveden jedan instrument koncesualne pravde, koja je doskora bila nezamisliva u mešovitom tipu krivičnog postupka. Sve te uprošćene forme, izuzev postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije, predviđa i novi procesni zakonik iz 2011. U osnovi su zadržana ranija zakonska rešenja: zadržan je sumarni postupak, ali je polje njegove primene prošireno na sva dela sa zaprećenom kaznom do osam godina zatvora;¹⁰ odredbe o postupku presuđenja na osnovu sporazuma stranaka presistematizovane su u odredbe o istrazi i umesto jednog, ustanovljena su tri sporazuma – o priznanju krivičnog dela, o svedočenju okrivljenog i o svedočenju osuđenog;¹¹ mandatni postupak preimenovan je u ročište za izricanje krivične sankcije;¹² a postupak za izricanje mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja¹³ unekoliko je izmenjen. I postupak prema maloletnicima je po svojoj prirodi poseban postupak, ali nije uređen procesnim nego posebnim zakonom,¹⁴ koji nije menjan.

¹⁰ Vidi čl. 495–511 ZKP Srbije.

¹¹ Vidi čl. чл. 313–330 ZKP Srbije.

¹² Vidi čl. 512–518 ZKP Srbije.

¹³ Vidi čl. 522–532 ZKP Srbije.

¹⁴ Vidi čl. 42–85 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica („Sl. glasnik Republike Srbije“ бр 85/2005).

2. Odnos osnovnih procesnih načela i uprošćenih procesnih formi

Za uprošćene procesne forme je karakteristično da se od redovnog krivičnog postupka razlikuju po strukturi, koja se prilagođava raznolikim razlozima uprošćavanja (prirodi i težini dela, složenosti predmeta i kvalitetu dokazne građe, svojstvima okrivljenog, stavu stranaka prema optužbi, kao što su priznanje okrivljenog ili sporazum stranaka, itd.). U osnovi se strukturalne promene svode na izostavljanje pojedinih faza ili čitavih stadijuma (izostavlja se faza istrage ili čitav prethodni postupak, ili pak glavni postupak, iza kog može izostati i postupak po pravnim lekovima). Upravo ta „defektnost“ strukture iziskuje da se procesne faze i procesne radnje unutar njih povežu a osnovne procesne funkcije uredi na drukčijem ostvarenju osnovnih procesnih načela. Budući da se objašnjenje odnosa osnovnih procesnih načela i uprošćenih procesnih formi nužno temelji i zavisi od poimanja procesnih načela i njihove funkcije, od razvrstavanja kakvog načela u osnovna i definisanja suštine svakog od njih, najpre će ti opšti pojmovi biti sažeto objašnjeni.

Imajući u vidu da u teoriji krivičnog procesnog prava nema opšteprihvaćene definicije, može se smatrati da je prihvatljivo shvatanje po kome se osnovna procesna načela poimaju kao *opšta pravna pravila koja nastaju sintezom procesnih propisa međunarodnog ili unutrašnjeg prava iz kojih izvire, usmerena ka nekim postuliranim društvenim vrednostima čijem ostvarenju uređenje krivičnog postupka treba da služi*.¹⁵ Svoju funkciju procesna načela rasprostiru na pravnu nauku, pravnu politiku i pravnu praksu. Pravna nauka nastoji da izgradi teorijsku sistematizaciju i da mnoštvo pojedinačnih pravnih pravila svede na određeni broj principa, a ta potreba izvire iz ekonomije naučnog mišljenja, koja traži svođenje što većeg broja objekata pod isti objašnjavajući pojam.¹⁶ U odnosu na zakonodavca, načela se shvataju kao njegov najbolji izbor procesnih institucija u svetlu kriminalne politike, dok se u odnosu na organe krivičnog postupka shvataju kao pomagala u tumačenju propisa krivičnog procesnog prava, posebno onda kad oni sadrže pravne standarde ili pravne praznine koje treba popuniti.¹⁷

Uopšteno uzev, pravna načela se razlikuju od običnih pravnih pravila po normativnoj strukturi kao osnovu primene – pravno pravilo se ili primenjuje u celosti ili se uopšte ne primenjuje (nije moguća delimična primena), dok načela sadrže zahtev da se u potpunosti ili što je moguće u

¹⁵ V. Đurđić, „Revizija osnovnih procesnih načela na kojima je uređen novi krivični postupak Srbije“, *Pravna riječ*, br. 33/2012, str. 449.

¹⁶ Dr Toma Živanović, *Sistem sintetičke pravne filozofije*, 1951, str. 265.

¹⁷ Dr sc. Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2003, str. 78.

većoj meri ostvari neki društveni cilj (predstavljaju „optimalne zapovesti“ – *Optimierungsgebote*¹⁸). Ta neodređenost zahtevanog ponašanja, zbog koje se načela označavaju kao „optimalne zapovesti“, može dovesti do kolizije načela, što ima za posledicu ograničenje u njihovom ispunjenju. Ova odlika pravnih načela uopšte, pa i procesnih načela, posebno dolazi do izražaja u domenu uprošćavanja procesnih formi.

Uprošćavanje procesnih formi u biti obuhvata ostvarenje triju zahteva, sadržinski različitih ali usmerenih ka ostvarenju istog cilja. Ti zahtevi se, naime, javljaju kao sredstva za ostvarenje jednog istog cilja – postizanje uprošćene procesne forme koja odgovara osnovu uprošćavanja. Reč je: o *skraćivanju* postupka, koje se postiže izostavljanjem pojedinih faza ili čitavih stadijuma; o *ubrzanju* postupka putem ustanovljavanja ili skraćivanja rokova za preduzimanje procesnih radnji ili za trajanje prinudnih mera, te o *deformalizaciji* postupka (izostavljanjem formalnosti ili kakvih garancija).¹⁹ U tom pravcu se kao osobito pogodan metod javlja odstupanje od doslednog sprovođenja pojedinih procesnih načela uspostavljanjem režima izuzetaka u posebnim krivičnim postupcima.²⁰

Iz rečenog bi se mogao izvesti kao opšti zaključak da se u uprošćenim formama ograničava važenje pojedinih osnovnih načela karakterističnih za opštu procesnu formu, kako bi se uprošćene procesne forme rasteretile garancija, saobrazno osnovima i načinu uprošćavanja, i ostvarila svrha uvođenja svake pojedinačne uprošćene procesne forme. Nije moguće unapred postaviti opšte pravilo koja će načela biti ograničena u uprošćenim procesnim formama, ali se čini logičnim da se sužava polje onih načela koja dominiraju fazom ili stadijumom koja izostaje u strukturi pojedine uprošćene forme. Primera radi, u onim uprošćenim formama u kojima izostaje istraga, smanjen je obim inkvizicionog načela, dok se u uprošćenim formama koje u strukturi nemaju glavni pretres, ograničava polje načela neposrednosti i kontradiktornosti.

Ograničenje ispunjenja osnovnih načela krivičnog postupka relativno fakultativni karakter onih uprošćenih formi kod kojih njihovo pokretanje ili okončanje zavisi od volje stranaka. Postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa, sada preimenovan, istina pogrešno,²¹ u ročište za izricanje krivične

¹⁸ R. Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, *Archiv für Recht – und Sozialphilosophie*, Beiheft, 25/1985, str. 19.

¹⁹ Cf. S. Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, 2004, str. 166.

²⁰ T. Vasiljević, „Značaj brzine i uzroci sporosti krivičnog sudskog postupka“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, str. 96.

²¹ Vidi: Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednactu Zakonika o krivičnom postupku iz 2010, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/2010, str. 18 i 19.

sankcije, započinje na zahtev javnog tužioca, a osuđujuća presuda se donosi ako se okrivljeni na ročištu saglasi sa predlogom javnog tužioca o vrsti i meri krivične sankcije.²² Osim rečenog, okrivljeni može sprečiti da se okonča već započeti postupak izricanja krivične sankcije bez glavnog pretresa i prevesti ga u sumarni postupak (da bi se održao glavni pretres), izjavljivanjem prigovora protiv osuđujuće presude donete po osnovu nedolaska optuženog na ročište.²³

Odnos između pravnih načela, uopšteno uzet, nije jednoznačno određen i može biti odnos nadređenosti – podređenosti, isključivosti, delimičnog ukrštanja i uzajamnog nedoticaja.²⁴ Ove korelacije postoje i među procesnim načelima, u opštoj i u uprošćenim formama krivičnog postupka, i mogu biti od koristi prilikom izbora načina transformacije procesnih načela koja treba da posluži za integrisanje strukturalnih elemenata (faza i stadijuma) skraćene strukture uprošćene procesne forme. To znači da ograničenje ispunjenja nekog osnovnog načela nema za posledicu obavezno favorizovanje nekog osnovnog načela ili pak da nužno povlači za sobom ograničenje nekog drugog načela. Transformacija osnovnih procesnih načela prilikom uprošćavanja procesnih formi jedino je podređena legitimirajućem osnovu zbog kojeg se pojedina uprošćena forma postupka i ustanovljava, a pomenuta korelacija pravnih načela može biti od koristi kao metod da se u tom cilju osnovna procesna načela međusobno usklade. Ukratko, transformacija osnovnih načela krivičnog postupka mora biti u funkciji uprošćavanja procesnih formi.

3. Transmisija negativnih efekata uređenja osnovnih načela iz opšte u uprošćene procesne forme

Pod uticajem raznorodnih faktora,²⁵ pravnih i vanpravnih, načela podležu promenama, menja im se obim i značenje, razlozi kojima se pravdaju i ciljevi kojima služe, ili se jedna načela zamenjuju drugima – zato im je *relativnost*²⁶ odlika. Na normativnom planu, u zakonodavnim reformama se promene osnovnih načela manifestuju u vidu proširenja ili smanjenja polja važenja nekog osnovnog načela, u vidu njihovog zakonskog redefinisanja pa sve do ukidanja pojedinog načela.

²² Čl. 512 i čl. 517 st. 2 tač. 1 ZKP Srbije.

²³ Čl. 518 st. 2 i 3 ZKP Srbije.

²⁴ U. Pensi, *Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln*, Juristenzeitung, 3/1989, str. 108 (citirano prema: S. Brkić, *Racionalizacija...*, str. 256).

²⁵ Vidi: M. Grubač, „Načela krivičnog postupka i njihova transformacija“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1-2/1995, str. 72.

²⁶ Dr Tihomir Vasiljević, „Transformacija principa krivičnog procesnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1969, br. 3-4, str. 300.

Svaka od tih promena u osnovnim načelima odražava se, u manjoj ili većoj meri, na uređenje opšte forme krivičnog postupka, a odraz tih promena na uređenje i povezivanje strukturalnih elemenata postupka naročito je izražen kod ograničenja i ukidanja nekog osnovnog načela. Ukidanje nekog načela u opštoj procesnoj formi koje se u doktrini razvrstava u osnovna načela, kao što je učinjeno Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011, reperkutuje se na preuređenje čitavog redovnog krivičnog postupka, pogotovu ako se radi o načelu za koje se smatra (ili se smatralo) da dominira svim drugim načelima, kao što je načelo utvrđivanja istine. Zbog ukidanja načela istine u krivičnom postupku otvaraju se mnogobrojna pitanja: Ako se u krivičnom postupku ne utvrđuje istina o krivičnom događaju, na koji način je moguća pravilna primena materijalnog krivičnog prava na konkretan slučaj, kao opšteprihvaćeni cilj krivičnog postupka? Pošto u državi „vladavine prava“ niko ne može biti kažnjen dok se sa sigurnošću ne utvrdi da potpada pod pravo države na kažnjavanje, kad se ukine načelo istine i sud u krivičnom postupku oslobodi odgovornosti za dokazivanje svih pravno relevantnih činjenica – na čemu će se zasnivati *ius puniendi* države? To je fundamentalno pitanje, pravnoteorijsko i pravopolitičko, ali i etičko i filozofsko, na koje srpski zakonopisci nisu dali odgovor. Može li država, u krajnjem, poveriti strankama utvrđivanje činjenica na kojima se zasniva javni interes kažnjavanja ili je civilizacijski da se osloni na samostalni, nezavisni, nepristrasni i kompetentni organ, kakav je sud?²⁷

Osnovna procesna načela rasprostiru se i na uprošćene forme krivičnog postupka ako njihovo važenje nije ograničeno ili ukinuto posebnim zakonskim odredbama kojima se uređuje dati uprošćeni postupak. To jednako važi i za dejstvo zakonskih promena osnovnih načela na uprošćene procesne forme, pa i kad su u pitanju negativna dejstva. Drukčije rečeno, negativna dejstva reformisanja osnovnog načela na uređenje i praktičnu primenu redovnog krivičnog postupka prenose se i na uprošćene forme u kojima to načelo nije ograničeno ili isključeno. Zato ćemo ukazati na dejstva nekih osnovnih načela redefinisanih procesnim zakonikom iz 2011. godine.

Načelo optužbe. Pogrešno zakonsko određenje krivičnog postupka prinudilo je zakonopisce da iz novog zakona izostave odredbu o načelu optužbe. Zato što se po zamisli zakonopisaca istraga smatra strukturalnim elementom krivičnog postupka u užem smislu, a pokreće se *odlukom javnog tužioca* u formi naredbe,²⁸ nije bilo moguće zadržati dosadašnju, inače u

²⁷ V. Đurđić, „Revizija osnovnih procesnih načela na kojima je uređen novi krivični postupak Srbije“, *Pravna riječ*, br. 33/2012, str. 454.

²⁸ Čl. 7 st. 1 tač. 1 ZKP Srbije.

procesnim kodeksima uobičajenu zakonsku definiciju načela optužbe²⁹, koja je glasila: „Krivični postupak pokreće se po zahtevu ovlašćenog tužioca“³⁰. Umesto da traže rešenje u otklanjanju uzroka koji sprečava da se načelo optužbe pravilno i konsekventno zakonom reguliše, zakonopisci su pribegli jednom pragmatičnom, nimalo inventivnom zahvatu – izbacili su definiciju načela optužbe iz procesnog zakonika. To, međutim, ne znači da budući krivični postupak neće biti uređen na načelu optužbe, jer ono posredno proizlazi iz drugih odredaba, npr. o ovlašćenom tužiocu, o predmetu presude,³¹ o presudi kojom se optužba odbija, o bitnim povredama odredaba krivičnog postupka kao osnova za pobijanje presude i dr.³²

Da je moguća zakonska definicija načela optužbe i kad je istraga uređena kao javnotužilačka, zakonopisci su se mogli uveriti da su pogledali kakva su iskustva u uporednom pravu kad se pojam krivičnog postupka pravilno definiše. Zakonska definicija optužbe postoji i u pravnim sistemima koji su nam tradicionalno uzor za izgradnju krivičnog procesnog zakonodavstva, pa i pravnog sistema u celini gledano, a takođe i u krivičnom procesnom zakonodavstvu države čija su rešenja zakonopisci često preuzimali ili parafrazirali. U nemačkom krivičnom procesnom pravu, koje nam tradicionalno služi kao izvor ideja za izgradnju našeg zakonodavstva, postoji zakonska definicija optužbe: „Postupak pred sudom se pokreće podizanjem optužnice“.³³ U hrvatskom pravnom sistemu načelo optužbe je podignuto na rang ustavnog načela³⁴ i kao takvo preuzeto je u krivični procesni zakon: „Kazneni postupak se provodi na zahtjev ovlašćenog tužitelja“.³⁵ Takvo rešenje postoji i u crnogorskom krivičnom procesnom pravu, samo što je u samoj definiciji precizirano da je načelo optužbe potrebno i u toku krivičnog postupka: „Krivični postupak pokreće se i vodi po optužbi ovlašćenog tužioca“.³⁶ I krivični postupak Republike Srpske zadržao je zakonsku definiciju načela optužbe, koja je sadržinski slična crnogorskoj: „krivični postupak se može pokrenuti i sprovesti samo po zahtjevu tužioca“.³⁷ Umesto da iskoriste

²⁹ Vidi: čl. 17 ZKP Makedonije, čl. 405 ZKP Italije, čl. 2 st. 1 ZKP Hrvatske, čl. 18 st. 1 ZKP Crne Gore i dr.

³⁰ Član 19 Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2001 („Sl. list SRJ“, br. 70/2001 i 68/2002 i „Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon, 72/2009 i 76/2010).

³¹ Mislimo da sadržini čl. 420 ZKP Srbije više odgovara naziv „predmet presude“ nego „odnos presude i optužbe“.

³² Član 5 st. 1, čl. 420, st. 1 i čl. 422 st. 1 tač. 1, čl. 438 st. 1 tač. 7 ZKP Srbije.

³³ Vidi: § 151 StPO.

³⁴ Član 25 st. 5 Ustava Republike Hrvatske.

³⁵ Član 2 st. 1 ZKP Hrvatske.

³⁶ Član. 18 st. 1 ZKP Crne Gore.

³⁷ Član 16 ZKP Republike Srpske.

iskustva iz uporednog prava, zakonopisci su ostali dosledni i verni svom originalnom ali pogrešnom poimanju krivičnog postupka, pa makar svojom upornošću razrušili mnoge definicije klasičnih krivičnoprocesnih pojmova.

Umesto na optužnom načelu, čija je definicija izostavljena iz procesnog zakonika, prethodni krivični postupak (pre svega faza istrage), izgrađen je sa izraženim elementima inkvizicionog načela: istraga, a prema zakonskom tekstu *eo ipso* i krivični postupak u užem smislu, pokreće se po službenoj dužnosti, čak i protiv nepoznatog učinioca; okrivljeni nema pravo žalbe na rešenje o sprovođenju istrage; u istrazi isključivo javni tužilac sprovodi dokazne radnje, čiji rezultati se bez ikakvih zakonskih prepreka mogu direktno koristiti kao dokaz na glavnom pretresu; javni tužilac odlučuje o predlozima okrivljenog ili njegovog branioca da se izvedu dokazi; odbrana nema pravo da saslušava svedoke i veštake u istrazi pa da se njihov iskaz koristi kao dokazno sredstvo na glavnom pretresu; ako je istraga vođena protiv nepoznatog učinioca, optužnica može biti potvrđena samo na osnovu dokaza javnog tužioca; itd.

Načelo neposrednosti. Kad se posmatra istorijat noveliranja krivičnog procesnog prava Srbije, stiče se utisak da je sa svakom konceptijskom novelom obim odstupanja od načela neposrednosti sve širi (npr. oba nova procesna kodeksa, onaj iz 2006. i ovaj iz 2011. sadrže izmene koje se direktno ili indirektno obrušavaju na načelo neposrednosti).

Specifičnost procesnog zakonika Srbije iz 2011. godine je u tome što je ostvarivanje načela dovedeno u pitanje iako nisu menjane odredbe kojima se odstupa od neposrednog izvođenja dokaza na glavnom pretresu. Problem je nastao zato što je promenjena priroda istrage, umesto sudske postala je, u osnovi, javnotužilačka, a toj radikalnoj promeni nije prilagođeno posredno izvođenje dokaza na glavnom pretresu. Odredbe o odstupanju od načela neposrednosti izvođenja dokaza na glavnom pretresu ostale su nepromenjene, pa su pomoću njih izjednačeni nesudski i sudski dokazi. Da dokazi koje je izveo javni tužilac, sud ili policija imaju istu snagu kao sudski dokazi, vidi se iz odredaba o „upoznavanju sa sadržinom zapisnika o iskazima“, prema kojima se zapisnici o dokazima izvedenim u istrazi mogu koristiti na glavnom pretresu i biti osnov presude, bez obzira na to koji organ je izveo te dokaze.³⁸ Dokazi izvedeni od nesudskih organa u istrazi, prema novoj zakonskoj regulativi, ni po čemu se ne razlikuju od onih izvedenih u predistrazi od istih tih organa. (Sa tog stanovišta, isto bi i jednostavnije bilo da su u važećem procesnom zakoniku samo osnaženi dokazi nesudskih organa u pretkrivičnom postupku, umesto ukidanja sudske istrage.) Time što je u nekim slučajevima

³⁸ Vidi čl. 406 ZKP Srbije.

javnom tužiocu nametnuta obaveza da pre ispitivanja svedoka i veštaka pribavi saglasnost sudije za prethodni postupak (kad se ispituju bez prisustva osumnjičenog, bilo da nije pozvan ili se radi o istrazi protiv nepoznatog učinioca), ne ojačava se dokazna snaga tužiočevih dokaznih radnji, niti se tako dobijen iskaz uopšte može konvalidirati prethodnom odlukom suda.

Nasuprot ponuđenoj koncepciji da i sudski i nesudski dokazi iz istrage imaju istu pravnu snagu, skoro je opšteprihvaćeno da sudski dokazi izvedeni po strogim formalnim pravilima mogu biti činjenična osnova presude i kad su izvedeni u prepretresnim fazama, i da su po dokaznoj snazi nadmoćni u odnosu na nesudske dokaze. (Od ovog pravila izuzimaju se materijalni dokazi i dokazi do kojih se došlo tzv. posebnim dokaznim radnjama sprovedenim na osnovu odluke suda.) Međutim, to ne znači da javnotužilačka istraga ima za posledicu da se na glavnom pretresu apsolutno isključuje korišćenje dokaza iz istrage. Tako rigidan koncept prvobitno je bio zastupljen u radikalnoj reformi italijanskog krivičnog postupka kada je uveden čist adverzijalni model, ali se kasnije od tog koncepta odustalo pre svega zbog tzv. mafijaških krivičnih dela. U uporednom pravu je češće da se i dokazi iz javnotužilačke istrage mogu izuzetno koristiti kao činjenična osnova presude, ali pod strogim uslovima, kao što je to slučaj sa nemačkim krivičnim postupkom.³⁹ I procesni zakon Republike Srpske dopušta odstupanja od načela neposrednosti, s tim što propisuje svrhu i uslove pod kojima se na glavnom pretresu mogu posredno koristiti dokazi iz istrage, a poznaje i sudsko obezbeđenje dokaza u istrazi.⁴⁰

Kad se nova koncepcija dokazne snage nesudskih dokaza izvedenih u istrazi dovede u vezu sa stranački uređenim glavnim pretresom, zaključak je da se u našem novom postupku putem odredaba o odstupanju od načela neposrednosti favorizuje jedna stranka – javni tužilac, što takvu koncepciju čini dubioznom. Dok okrivljeni na glavnom pretresu mora dokazivati svaku činjenicu koja mu ide u korist putem primene načela neposrednosti i kontradiktornosti, javni tužilac dokaze koje je sam izveo (pa i one bez prisustva osumnjičenog) može posredno uvesti u postupak putem korišćenja zapisnika o izvedenim dokazima i ti dokazi mogu biti osnov presude. Zato što okrivljeni ne učestvuje u izvođenju dokaza i što nije osigurana „jednakost oružja“, postupak u kome se presuđenje temelji na nesudskim dokazima daleko je od pravičnog.

Načelo kontradiktornosti. Načelo kontradiktornosti se ne definiše nekom eksplicitnom zakonskom normom već proizlazi iz samog uređenja

³⁹ Vidi § 251. StPO.

⁴⁰ Vidi član 288 i čl. 231 ZKP Republike Srpske.

postupka. Jedino u onom modelu krivičnog postupka koji je izgrađen, u manjoj ili većoj meri, kao spor ravnopravnih stranaka pred sudom, može biti reči o načelu kontradiktornosti. U zakonskoj regulativi inače, kontradiktornost postupka se postiže garantovanjem *fizičkog prisustva stranaka*, ustanovljavanjem obaveze organima postupka da *blagovremeno upoznaju stranke* sa vremenom izvođenja procesnih radnji i materijalom postupka, kao i pravilima kojima se omogućava *davanje izjava i predloga*.⁴¹

Ograničenja načela kontradiktornosti tipična su za prethodni postupak, ali su moguća i na glavnom pretresu. Neka odstupanja od načela neposrednosti istovremeno su i odstupanja od načela kontradiktornosti. Na primer, posredno izvođenje dokaza na glavnom pretresu razara i neposrednost i kontradiktornost postupka, na štetu kvaliteta sudskih odluka, a negativno se ocenjuje i sa stanovišta zaštite ljudskih prava.

U tom pogledu, i sa stanovišta kontradiktornosti, pod najvećim znakom pitanja je kompatibilnost sa Ustavom i Evropskom konvencijom onih odredaba najnovijeg srpskog kodeksa o jednakoj pravnoj snazi dokaza neposredno izvedenih na glavnom pretresu i posrednih dokaza, izvedenih u nekoj od ranijih faza prethodnog postupka, pa čak i u predistražnom postupku. U tim slučajevima, kad se radi o iskazu svedoka i veštaka ili ispitivanju stručnog savetnika, osumnjičeni nema mogućnost da im na glavnom pretresu postavlja pitanja kao kod kontradiktornog saslušanja, čime mu je uskraćeno pravo „na jednakost oružja“ i dovodi se u procesno neravnopravan položaj. Izjave date u nekoj od prethodnih faza postupka mogu se koristiti kao dokaz, i to nije nekonzistentno sa stavom 1 i 3(d) člana 6 Evropske konvencije, pod uslovom da je optuženom pružena adekvatna i propisana mogućnost da ospori i ispita svedoka protiv njega, bilo u vreme kad svedok daje izjavu ili u nekoj kasnijoj fazi postupka.⁴² Taj pravni standard na kome se temelji načelo pravičnog postupka, koji se označava kao „jednakost oružja“, ne zadovoljava zakonsko uređenje dokaznih radnji u istrazi kad se dovede u vezu sa odstupanjima od načela neposrednosti na glavnom pretresu.

O „jednakosti oružja“ u ovom slučaju ne može biti ni reči iz više razloga. Dokazne radnje u istrazi izvodi isključivo javni tužilac, a okrivljeni i njegov branilac mogu samo prisustvovati njihovom izvođenju, ali ni to pravo nije garantovano bez ograničenja.⁴³ I svedoke odbrane (takođe i veštake), a ne samo svedoke optužbe, u istrazi ispituje javni tužilac, jer u istrazi ne važe

⁴¹ Vidi: M. Grubač, *Krivično procesno pravo, Uvod i opšti deo*, Beograd, 2004, str. 145.

⁴² Slučaj *Kostovski*, presuda od 20. novembra 1989, A.166.

⁴³ Vidi član 300 važećeg ZKP Srbije.

pravila o osnovnom, unakrsnom i dopunskom ispitivanju koja su propisana za glavni pretres. Nije teško zaključiti u kom pravcu će biti usmereno ispitivanje kad svedoka ispituje protivnička stranka! Okrivljeni i njegov branilac imaju jedino pravo da javnom tužiocu predlože da svedoku optužbe, svedoku odbrane ili veštaku postavi određeno pitanje radi radi razjašnjenja stanja stvari, koja javni tužilac može odbiti ili preformulisati (izuzetno, javni tužilac može odobriti neposredno postavljanje pitanja). Okrivljeni u istrazi nema pravo da unakrsno ispituje svedoke optužbe, jer ta pravila važe samo za glavni pretres. Može li se uopšte govoriti o bilo kakvoj jednakosti ako u istrazi okrivljeni nema pravo na direktno ispitivanje svojih svedoka i unakrsno ispitivanje svedoka optužbe. Pre bi se moglo reći da prisustvo okrivljenog i njegovog branioca dokaznim radnjama u istrazi predstavlja vid kontrole rada javnog tužioca, ali je nedovoljno da osigura „jednakost oružja“. To samo po sebi nije u suprotnosti s pravičnim postupkom, ako bi služilo za podizanje optužbe. Međutim, kako se iskazi svedoka i veštaka iz istrage mogu na glavnom pretresu koristiti bez ikakvih ograničenja, okrivljeni nema mogućnost da ospori i pod istim uslovima ispita svedoke protiv sebe ili da direktno ispita svoje svedoke (dovoljno je da svedok ili veštak ne dođe na glavni pretres, tj. da se „ne mogu pronaći“, ili da bez zakonskog osnova neće da svedoči, pa da njegov iskaz, na predlog tužioca, odlukom suda postane činjenična osnova presude)⁴⁴. Jednakost oružja direktno je anulirana u slučajevima kad javni tužilac ispituje svedoke ili veštake bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca, pa se njihovi iskazi na glavnom pretresu iskoriste za činjeničnu osnovu presude bez ispitivanja, primenom načela usmenosti, neposrednosti i kontradiktornosti. U slučaju kad poziv braniocu i okrivljenom „nije dostavljen u skladu sa odredbama“ procesnog zakonika i kad se istraga vodi protiv nepoznatog učinioca, javni tužilac je ovlašćen da ispituje svedoke ili veštake bez prisustva branioca i protivne stranke, ali mu je za to potrebno prethodno odobrenje sudije za prethodni postupak.⁴⁵ Međutim, bez posebnog obrazlaganja, posve je jasno da prethodna saglasnost suda ne može podići dokazni kredibilitet iskaza svedoka ili veštaka koje javni tužilac sam ispita bez prisustva branioca i okrivljenog, niti ima bilo kakvog uticaja na „jednakost oružja“. Nije propisano iz kojih razloga sud može dati saglasnost, to je prepušteno slobodnoj volji sudije, pa se postavlja pitanje šta je racio ove odredbe. Budući da sva vlast u istrazi pripada javnom tužiocu, ne može se očekivati od sudije za prethodni postupak da nedavanjem saglasnosti spreči vođenje istrage protiv nepoznatog učinioca, što je kao zakonsko rešenje samo po sebi dubiozno.

⁴⁴ Vidi čl. 406 st. 1 tač. 1 i 4 ZKP Srbije.

⁴⁵ Vidi čl. 300 st. 6 ZKP Srbije.

Odstupanja od načela neposrednosti, dakle, ostala su ista kao da sudska istraga nije zamenjena javnotužilačkom. To znači da dokazi koje su izveli drugi državni organi u predistrazi i istrazi isto vrede kao da ih je izveo sud uz poštovanje stroge zakonske forme i procesnih principa neposrednosti, kontradiktornosti i javnosti, koji dominiraju glavnim pretresom. Međutim, nedopustivo je da u pogledu dokazne snage budu izjednačeni sudski i nesudski dokazi jer se time postupak udaljava od svog osnovnog zadatka – pravilne primene materijalnog krivičnog prava na konkretan događaj, a zbog neravnopravnog položaja okrivljenog u pogledu izvođenja dokaza takav postupak ne može se označiti pravičnim.

Načelo kontradiktornosti pretpostavlja da postupak mora u određenoj meri biti uređen na „stranački način“, tj. kao adverzijalni postupak, pa je stoga najzastupljenije na glavnom pretresu. Tu ideju su zakonopisci maksimalno razvili: na glavnom pretresu dokaze izvode isključivo stranke, dok je uloga suda u potpunosti pasivizirana. Najpre se izvode dokazi koje je predložio tužilac, potom dokazi odbrane i na kraju dokazi čije je izvođenje naredio sud po službenoj dužnosti. U zakonu je određen redosled i saslušanja okrivljenog i ispitivanja svedoka, veštaka i stručnog savetnika. Ispitivanje može biti osnovno, kad svedoka ili veštaka ispituje stranka koja ih je i predložila, unakrsno, kad ih ispituje suprotna stranka, i ponovno, kad ih ponovo ispituje stranka koja ih je i predložila (čl. 396 i 402 ZKP/2011). Na osnovu rečenog, izgleda kao da su stvoreni uslovi za pravnički dvoboj dveju ravnopravnih stranaka. Međutim, za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora manja od osam godina, branilac nije obavezan, što znači da je stručna odbrana fakultativna za najveći broj krivičnih dela, po zakonskoj nomenklaturi i po broju izvršenih krivičnih dela sa tom zaprećenom kaznom. U tim slučajevima, ako okrivljeni ne uzme branioca, način izvođenja dokaza i procena pravne važnosti činjenica, prepušteni su laičkom poimanju, a tada o ravnopravnosti stranaka ne može biti ni reči. U čisto adverzijalnom glavnom pretresu, razlozi pravičnosti nalažu da stručna odbrana bude obavezna u svim slučajevima, nezavisno od vrste i težine krivičnog dela, očitovanih u zaprećenoj kazni, ali su taj zahtev zakonopisci prevideli, zaslepljeni sjajem novog modela glavnog pretresa izgrađenog na formalnoj ravnopravnosti stranaka. I u slučajevima kad okrivljeni ima branioca, bez obzira na to da li je stručna odbrana obavezna ili fakultativna, pitanje je u koliko slučajeva će ona biti kompetentna i delotvorna, od čega isključivo zavisi stvarna a ne formalna ravnopravnost.

4. Zaključne napomene

Transformacija osnovnih načela krivičnog postupka veoma je pogodan metod da se prilikom uprošćavanja procesnih formi međusobno usklade i integrišu strukturalni elementi određene uprošćene forme postupka u krivičnim stvarima, saobrazno postuliranim vrednostima koje predstavljaju osnov uprošćavanja i funkciji koju ta forma treba da ostvari.

Svako osnovno načelo na kojem se temelji uređenje opšte forme krivičnog postupka rasprostire svoje važenje i na uprošćene forme presuđenja krivične stvari ako prilikom izgradnje date procesne forme ne bude ograničeno ili čak ukinuto. Iz tog razloga se svi pa i negativni efekti redefinisanja, ograničenja polja važenja ili ukidanja nekog osnovnog načela prenose na uprošćene forme krivičnog postupka (ukidanje načela istine u redovnom krivičnom postupku isključuje istraživanje i dokazivanje istine u svim uprošćenim procesnim formama).

Preuređenje osnovnih načela krivičnog postupka i propisivanje garancija prava na odbranu koje nisu prilagođene javnotužilačkoj istrazi i stranački oblikovanom glavnom pretresu, bude sumnju da li novi krivični postupak Srbije uređen procesnim zakonikom iz 2011. godine osigurava pravično suđenje. Brojna su zakonska rešenja koja dovode u pitanje načelo pravičnog postupka. Okrivljeni nema mogućnost da zatraži sudsku zaštitu protiv odluke organa krivičnog gonjenja da protiv njega pokrenu istragu koja je prema eksplicitnoj odredbi novog zakonika prva faza krivičnog postupka, shvaćenog u užem smislu, što je u direktnoj suprotnosti sa ustavnim garancijama o pravu na pravično suđenje, da o „osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje krivičnog postupka“ odlučuje jedino sud. Propisivanjem mogućnosti da se istraga vodi i protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela, uskraćeno je pravo okrivljenog da učestvuje u krivičnom postupku koji se protiv njega vodi, iako je to pravo konstitutivni element načela pravičnog postupka. Za krivična dela za koja se vodi skraćeni postupak, a to su najbrojnija krivična dela, nije predviđena obavezna stručna odbrana, čime se u adverzijalno uređenom postupku okrivljeni postavlja u neravnopravan položaj u odnosu na javnog tužioca, prilikom tumačenja krivičnopravnih normi i izvođenja dokaza, koje je sada isključivo u rukama stranaka. Zabranom da okrivljeni i branilac posle određene faze postupka predlažu i izvode dokaze, direktno se ograničava pravo na odbranu i protivno je pretpostavci nevinosti jer se iznuđuje da u toj fazi postupka odbrana predlaže dokaze umesto da teret dokazivanja bude isključivo na tužiocu. Zakonskim ograničavanjem načela neposrednosti i

kontradiktornosti, sprovedenim tako što se iskazima svedoka i veštaka koje su u istrazi pribavili organi krivičnog gonjenja daje ista dokazna snaga kao da su na glavnom pretresu dobijeni unakrsnim ispitivanjem svedoka i veštaka, favorizuje se tužilačka stranka i anulira „jednakost oružja“ kao fundamentalni činilac načela pravičnog postupka.

Literatura

Alexy R., (1985), „Rechtsregeln und Rechtsprinzipien“, *Archiv für Recht – und Sozialphilosophie*, Beiheft, 25.

Bejatović, S., (2003), *Pojednostavljeni krivični postupci i tendencije državnog reagovanja na kriminal*, u zborniku „Strategija državnog reagovanja protiv kriminala“, Beograd.

Brkić, S., (2002), *Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku*, u zborniku „Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu“, Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd.

Brkić, S., (2004), *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad.

Đurđić, V., (1999), „Aktuelna pitanja i osnovne karakteristike glavnog krivičnog postupka“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3.

Đurđić, V., (2010), „Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednacrtu Zakonika o krivičnom postupku iz 2010“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2.

Đurđić, V., (2012), „Revizija osnovnih procesnih načela na kojima je uređen novi krivični postupak Srbije“, *Pravna riječ*, br. 33.

Grubač, M., (1995), „Načela krivičnog postupka i njihova transformacija“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1-2.

Grubač, M., (1987), „Nove odredbe o glavnom pretresu u Zakonu o krivičnom postupku od 24. 12. 1976. godine“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2.

Grubač, M., (2004), *Krivično procesno pravo, Uvod i opšti deo*, Beograd.

Ilić, P. G., (2006), *O pojednostavljenju forme krivičnog postupka*, u zborniku „Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi“, Beograd.

Krapac, D., (2003), *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, Zagreb.

Pradel, J., (2002), *Droit pénal comparé*, 2e édition, Paris.

Radulović, D., (1997), *Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta*, u zborniku Realne mogućnosti krivičnog zakonodavstva, Beograd.

Triva, S., (1972), „Mjere koje imaju za cilj da građanski sudski postupak bude brži i efikasniji“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 4.

Penski, U., (1989), *Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln*, Juristenzeitung, 3.

Vasiljević, T., (1941), „Značaj brzine i uzroci sporosti krivičnog sudskog postupka“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2.

Vasiljević, T., (1966), *Sredstva za ubrzanje krivičnog postupka*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Vasiljević, T., (1969), „Transformacija principa krivičnog procesnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4.

Živanović, T., (1951), *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Beograd.

REDEFINITION OF BASIC PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURE AND SIMPLIFICATION OF PROCEDURAL FORM

Vojislav Djurdjić, PhD*

Summary

The paper discusses the modalities of simplification of procedural forms, established to achieve the objective of expediting criminal procedure. That can be obtained by the simplification of the general procedural form or by the introduction of the specific simplified procedural forms. The undertaken reform of Serbian criminal procedure represents the continuation of the tendency of developing specific criminal procedures, which in this paper are observed from the right to trial within a reasonable time point of view. The institutionalization of the regime of exempting certain procedural principles in the specific criminal procedures is a method suitable for making these procedures shorter, faster and more deformed. Redefinition of basic principles reflects on the regulation and coherence of the structural elements of the general criminal procedure, which is emphasized when one of the basic principles is being limited or abolished. Since negative effects of the regulation of the basic principles are transferred from the general to the specific forms of criminal proceeding, the author critically analyzes the abolition of the principle of truthfulness, as well as the degradation of the principles of directness and contradiction, which resulted in jeopardizing right to a fair trial.

Keywords: *criminal procedure, basic principles of criminal procedure, simplified procedural forms, directness principle, contradiction principle*

* Faculty of Law, University of Niš

УДК 343.132:343.232(73)

doi 10.7251/PR5618325S

Оригинални научни рад

**DOBROVOLJNI PRISTANAK ZA PRETRES U KRIVIČNOM
POSTUPKU U SAD I „ISPRAVNOST“ BALANSIRANJA
STANDARDA U KRIVIČNIM ISTRAGAMA**

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović*

Prof. dr Vladimir M. Simović**

***Apstrakt:** Pretres bez naloga u krivičnim stvarima u SAD je per se neosnovan, što često konstatuje i Vrhovni sud SAD, a jedan od najvažnijih izuzetaka od ovog uslova je tzv. „dobrovoljni pristanak za pretres“. U praksi, međutim, mnogi nalozi za pretres nisu ni traženi, i to zbog izbjegavanja uzaludnog truda, ali su tada, radi prikupljanja dokaza, primjenjivane druge metode. Iako ne postoje pouzdane statistike o broju pretresa baz naloga opravdanih dobrovoljnim pristankom, procjenjuje se da oni predstavljaju oko 98 odsto svih pretresa u SAD.*

*Postoji nekoliko oblasti Četvrtog amandmana na Ustav SAD od velikog praktičnog značaja za dobrovoljni pristanak na pretres. Jednostavno rečeno, jedan od zanimljivijih i potencijalno problematičnih aspekata ovog koncepta jeste koliko je daleko Vrhovni sud SAD bio raspoložen da prihvati aktivnosti u vezi sa pretresom bez postojanja naloga. Iz presude ovog suda u predmetu *Schneekloth v. Bustamonte* proizlazi da u situacijama u kojima policija ima neke dokaze o nezakonitim aktivnostima, ali nedostaje osnovana sumnja za hapšenje ili pretres, pretres koji je autorizovan saglasnošću može biti jedino sredstvo za dobijanje važnih i pouzdanih dokaza. U slučajevima kada postoji osnovana sumnja za hapšenje ili pretres, ali policiji nedostaje nalog, saglasnost za pretres može biti od velike važnosti. S druge strane, ako je ovakav pretres sproveden i nije se pokazao plodonosnim, to, samo po sebi,*

* Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Reisa Dž. Čauševića 6, 71000 Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: miodrag.simovic@ustavnisud.ba

** Tužilaštvo BiH, Fakultet za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci i Fakultet pravnih nauka Univerziteta „Vitez“ u Vitezu.

ne može ubijediti policiju da je stigma i sramota hapšenja nepotrebna ili da ni daleko detaljniji претрес, у складу са налогом, не би био оправдан.

Укратко, добровољни пристанак за претрес је конституционално прихватљив и потпуно легитиман аспект ефективне полицијске активности. Валидно прибављена сагласност оправдава полицију приликом спровођењу претреса без налога, са или без основане сумње. Ако полиција открије доказ приликом оваквог претреса, може га одузети и без претходног прибављања налога.

У посебном дијелу овог рада испитују се случајеви „разумности“ балансирања стандарда у кривичним истрагама. У том контексту, сlijеди и анализа која се односи на значење израза „оправдана сумња“, разликовање израза „заустављање“ и „hapšenje“, потрагу за оружјем код лица, претрес аутомобила ради проналазка оружја, заштитни претрес мјеста боравка и привремено одузимање имовине.

Кључне ријечи: *Устав САД, Врховни суд САД, претрес, hapšenje, основана сумња.*

Уводне напомене

У ситуацији у којој полиција верује да постоји основана сумња, примарно оправданје да реагује без судског налога може бити полицијска ефикасност или погодност. Након свега, зашто би се полиција уопште мучила прибављајући налог, када особе чија права Устав САД штити – дају сагласност за полицијску акцију? Ако је ово оправданје, судови би морали бити врло опрезни у одређењу да ли је ова сагласност прибављена коректно (Dressler, 2000: 242). Већи изазов за оправданје за сагласност за претрес јесте када оsumnjičeni зна да полиција нема основану сумњу и онда се с тим у веzi „cjenka“. То је посебно деликатно у околностима када је претрес одобрен претходном сагласношћу – можда једино средство за добијање вањних и поузданих доказа¹.

Врховни суд САД² борио се да објасни „добровољни пристанак за претрес“ као изузетак од налога. Раније је овај суд понекад оправдавао добровољни пристанак за претрес тако да у тим случајевима особа има право на слободу од неоснованих претреса и одузимања предмета³. Гledајући овако, добровољни

¹ Vidi *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321, 329 (1987).

² U daljem tekstu: Vrhovni sud.

³ Npr. *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 13 (1948) (сагласност је неважећа ако је “прихваћен захтев надлежног тијела, радије него разумијевањем и намјерним одрицањем од уставног права”) или *Stoner v. California*, 376 U.S. 483, 489 (1964) (право на слободу претреса без налога је “bilo право ... од којег је подносилац захтева mogao одустати само ријечима или дјелом”).

pristanak za pretres u stvari i nije izuzetak od odredaba Četvrtog amandmana u kontekstu potrebe naloga (Dressler, 2000: 243). Umjesto toga, odričući se svojih prava, građani se istovremeno odriču i bilo kakve tvrdnje da je bilo koje od njihovih prava bilo narušeno.

Odricanje od ustavnog prava je „namjerno odricanje ili napuštanje poznatog prava ili privilegije⁴. Sud je ipak podržao da bi pretres bez naloga mogao biti podržan, čak i ako druga strana nije znala da ga može odbiti⁵. Uz to, ovi principi bi mogli doći u konflikt sa sudskim „pristankom treće strane“⁶. Iz istog razloga, principi neodobravanja ne mogu da objasne i doktrinu „očigledna ovlašćenja“ (*apparent authority*) koja omogućuje policiji izvršenje pretresa bez naloga na bazi saglasnosti date od strane nepoznate osobe na imovini – ako policija iz razumnih razloga vjeruje da ona ima to ovlašćenje⁷.

Drugi racionalni pristup dobrovoljnom pristanku za pretres bez naloga odnosi se na onog ko dobrovoljno da saglasnost i nema potrebe da ističe razumno očekivanje privatnosti posjeda. Gledajući na ovaj način, dobrovoljni pristanak za pretres, u stvari, i nije „pretres“ (Dressler, 2000: 243). U stvarnosti, postoji određena podrška ovoj tezi u slučajevima pristanka treće strane.

Vrhovni sud je ocijenio da onaj koji dijeli vlast nad imovinom sa drugim, „pretpostavlja da bi se neko od njih mogao protiviti tome da 'zajednički prostor' (*common area*) bude pretresen“⁸. Kao što su tri sudije Vrhovnog suda u *Illinois v. Rodriguez*⁹ objasnile, „osoba može dobrovoljno ograničiti svoju privatnost – dozvoljavajući drugima da imaju vlast nad njenim posjedom“. Bilo kako bilo, ovo shvatanje saglasnosti odbačeno je od strane većine sudija Vrhovnog suda u *Rodriguezu*. Sudeći prema mišljenju sudije Scalia, „objasniti dobrovoljni pristanak za pretres kao neinvaziju na privatnost, isto je kao i proglasiti ove slučajeve standardom, a ne izuzetkom“.

Konačno, šta, u stvari, opravdava pretres bez naloga? Odgovor je da je ovaj pretres – čisto zbog valjane saglasnosti – razuman (Dressler, 2000: 243). U stvarnosti, saglasnost nije izuzetak od potrebe naloga; umjesto toga, postoje razni elementi koji mogu kreirati ovaj pretres, a razumno – jedan od ovih je saglasnost osobe koja će biti pretresena.

⁴ Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 464 (1938).

⁵ Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973).

⁶ United States v. Matlock, 415 U.S. 164 (1974).

⁷ Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

⁸ United States v. Matlock, 415 U.S. 164 (1974).

⁹ Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

Šta čini dobrovoljni pristanak za pretres razumnim? Možda objašnjenje leži u pragmatičnom posmatranju sudije Stewarta u *Schneckloth v. Bustamonte*¹⁰, uključujući njegovu primjedbu da, u određenim okolnostima, „pretres autorizovan valjanom saglasnošću može biti jedino sredstvo za pribavljanje važnih i pouzdanih dokaza“. Stewartovo objašnjenje teško je za prihvatanje u slučajevima kada policija koristi saglasnost da opravda pretres – kada ne postoji osnovana sumnja (Dressler, 2000: 244).

Osnovanost dobrovoljnosti

Saglasnost je pravno nevaljana ako od osobe nije dobijena na dobrovoljnoj bazi, nego „procesom ubjeđivanja“¹¹. Teret dokazivanja (*burden of proof*) je na tužiocu koji treba da dokaže da je saglasnost osobe pribavljena slobodnom voljom¹².

Ne postoji tačna i precizna definicija dobrovoljnosti (*voluntariness*)¹³. To je „amfibijska“ (*amphibian*)¹⁴ ideja koja odražava „poravnanje (*accommodation*) kompleksa impliciranih vrijednosti“¹⁵ pri policijskom sprovođenju. U slučajevima dobrovoljnog pristanka za pretres, konkurentne vrijednosti su „legitimna potreba za ovakvim pretresom (kao sredstvom pribavljanja važnih i pouzdanih dokaza) i jednako važna potreba osiguranja izostanka prinude“¹⁶.

„Dobrovoljnost“ u saglasnosti je određena „ukupnošću okolnosti“ (*totality of the circumstances*) individualnog slučaja. Kao i druge aplikacije ukupnosti okolnosti, nemoguće je sa sigurnošću predvidjeti koji faktori mogu predstavljati saglasnost u određenom slučaju.

Među faktorima koji bi mogli predstavljati prinudu su: (1) pokazivanje sile od strane policije, što bi moglo sugerisati da osoba nije slobodna da odbije davanje saglasnosti; (2) prisustvo velikog broja policajaca koji mogu da sugerišu osobi „da policija razmišlja o poduhvatu koji ne zavisi od saradnje pojedinca“; (3) ponavljanje zahtjeva za saglasnošću nakon inicijalnog odbijanja i (4) dokazi koji su u vezi sa godinama osobe koja se saglašava,

¹⁰ 412 U.S. 218 (1973).

¹¹ *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. na 248.

¹² *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).

¹³ *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

¹⁴ *Columbe v. Connecticut*, 367 U.S. 568, 605 (1961).

¹⁵ *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973), at 224.

¹⁶ *Idem*, at 227.

njenom rasom¹⁷, nivoom obrazovanja, emocionalnim ili mentalnim stanjem, koji ukazuje na to da je njegova volja bila dovedena u pitanje ponašanjem službenika za provođenje zakona.

U *Bumper v. North Carolina*¹⁸ policajci su upozorili osobu koja je stajala ispred svoje kuće da imaju nalog za pretres, a ona je otvorila vrata i rekla „samo naprijed“. Iako je nalog u ovom slučaju možda i postojao, što nikad nije utvrđeno, tužilac je branio pretres na osnovu saglasnosti. Vrhovni sud je držao da država ne može dokazati da je saglasnost data dobrovoljno. Tamo gdje postoji prinuda, ne može postojati dobrovoljnost¹⁹.

Policija se nekad služe obmanom da bi dobila saglasnost za pretres. Obično je ova obmana vezana za identitet osobe koja traži saglasnost. To jest, prikriveni policajac (*undercover officer*) će se aktivno lažno predstavljati da bi prikrivio pravi identitet ili da bi dobio dozvolu za pristup prostorijama, gdje može pratiti aktivnosti ili sprovesti pretres. Vrhovni sud je u velikom broju slučajeva, sa početkom u *Katz*²⁰ i nastavljajući kasnije, držao da kada neka osoba razgovara sa drugom ili je pozove u inače Ustavom zaštićenu oblast, mora pretpostaviti da ta osoba nije ona za koju se predstavlja.

Druga forma postoji kada policajac obmane osobu u vezi sa svrhom zahtijevanog pretresa. Ponekad će niži sudovi proglasiti nevažećim saglasnost datu u obmanjujućim okolnostima, ali sama obmana može se i objasniti i ishodom pretresa. Na primjer, u *United States v. Dichiarinte*²¹ policija je dobila nalog da pretraži prostorije osumnjičenog, obrazlažući da traže narkotike; u stvari, željeli su da pronađu i provjere neke dokumente, što su i uradili. Vrhovni sud je proglasio saglasnost nevažećom jer policija ne može „tražiti saglasnost pod izgovorom da traži određene predmete, a onda izvrši puni pretres“. Pretres bi u ovom slučaju bio nezakonit čak i da su policajci tražili narkotike, jer su prešli okvir pretresa na koji se saglasnost odnosila (Dressler, 2000: 247).

Šta ako policija koristi obmanu, ali ne prekorači zakonski obim pretresa? Državni i niži sudovi su u ovakvim slučajevima imali različite odluke. Zakonske

¹⁷ Da li će se Afroamerikanka ili osoba iz druge rasne manjine osjećati prinuđenom da pristane na pretres pod okolnostima u kojoj se bijela osoba ne bi tako osjećala? Vrhovni sud se nije bavio ovim pitanjem. Ipak, neki autori vjeruju da ljudi koji žive u naseljima manjina trpe više prinude od strane policije nego što se to dešava u nekim drugim područjima. U svjetlu toga, osoba rasne manjine će verovatno protumačiti policijski zahtjev za saglasnošću drugačije (možda kao naredbu, a ne pitanje), nego osoba koja živi u naselju sa većinskim stanovništvom.

¹⁸ 391 U.S. 543 (1968).

¹⁹ Npr. *Earls v. State*, 496 S.W.2d. (Tenn. 1973) (podržavajući saglasnost kao dobrovoljnu).

²⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

²¹ 445 F.2d 126 (7th Cir 1971).

odredbe su previše maglovite, tako da „koliko god nezadovoljavajuće to zvučalo“, izgleda da je „policijska obmana fer“ (LaFave, 1996: 711). Ovaj koncept je, očigledno, subjektivan i zahtijeva od sudova da odluče da li i pod kojim uslovima vladini agenti treba da „igraju fer“ u cilju istrage aktivnosti lica za koja sumnjaju da „ne igraju fer“ (Dressler, 2000: 247).

Spoznaja o pravima iz Četvrtog amandmana

U *Schneckloth v. Bustamonte*²² policija je zaustavila automobil čiji su X i D bili putnici, zato što je svjetlo bilo neispravno. Nakon što je utvrđeno da vozač nije imao vozačku dozvolu, a samo X imao ličnu kartu, policija je tražila dozvolu da pretraži auto. X, inače brat odsutnog vlasnika vozila, pristao je na na pretres i tom prilikom policija je pronašla dokaze koji povezuju D sa zločinom. Protiveći se optužbi, D je prigovorio da je X-ova saglasnost za pretres vozila bila nevažeća. Iako su sudovi utvrdili da je X-ova saglasnost bila dobrovoljna, federalni sud je držao da ova saglasnost nije valjana ukoliko optužba ne dokaže da je X znao da je imao pravo da odbije dati saglasnost.

Vrhovni sud se nije složio sa analizom federalnog suda. Problem je uokviren na sljedeći način: „Šta država mora dokazati – da bi demonstrirala da je saglasnost data 'dobrovoljno'“? Da bi odgovorio na ovo pitanje, sudija Stewart našao je vodilje u slučajevima u kojima je Sud odredio dobrovoljnost optuženog kroz priznanje, i to pod okriljem procesne klauzule iz Četvrtog amandmana. Kao što je Stewart objasnio, „ovi slučajevi ne daju preciznu definiciju 'dobrovoljnosti'“ i na pitanje „da li je volja optuženog bila primijenjena u ovom slučaju, Sud mora biti siguran u vezi sa ukupnosti svih okružujućih okolnosti“. Zbog toga je Sud odbacio princip da „dobrovoljnost“ zahtijeva dokaz znanja za pravo odbijanja – kao *sine qua non* efektivne saglasnosti za pretres. Umjesto toga, znanje lica da ima pravo da odbije saglasnost – samo je jedan faktor u totalitetu okolnosti koje treba uzeti u obzir²³.

Mnogi autori su kritični u pogledu rezonovanja Vrhovnog suda u *Schnecklothu*. Ove kritike odnose se na to da je većina sudija Vrhovnog suda pogrešno shvatila problem u ovom slučaju. Problem nije u tome da li je X-ova saglasnost bila dobrovoljna, već da li je on iskoristio svoje ustavno pravo da bude slobodan od neosnovanih pretresa i oduzimanja predmeta. Ova distinkcija je veoma važna.

²² 412 U.S. 218 (1973).

²³ U *Ohio v. Robinette*, 117 S.Ct. 417 (1996) Vrhovni sud je pratio *Schneckloth* pristup u tretiranju dobrovoljnosti – kao stvari koja treba da se utvrdi iz totaliteta svih okolnosti.

Prema tradicionalnom odricanju od načela u *Johnson v. Zerbst*²⁴, država mora dokazati „namjerno odustajanje ... od poznatog prava ili privilegija“. U *Schnecklothu* takva namjera nije dokazana. Stoga, nije bilo „odricanja“ od prava iz Četvrtog amandmana.

Područje pretresa

Pretres bez naloga uz saglasnost je nevažeći ako policajka prekrši obim dozvoljen saglasnošću. Na primjer, ako osumnjičeni da saglasnost za pretres njegove spavaće sobe, policajka na bazi ove saglasnosti ne može pretresati i ostale dijelove kuće²⁵. Isto važi i ako osumnjičeni da saglasnost za desetominutni pretres, jer policajka ne može prekoračiti taj vremenski period. O dobrovoljnom pristanku za pretres, u stvari, nikada se ne pregovara precizno kao u ugovoru, tako da je često nejasno koliko slobode policajka ima na osnovu saglasnosti.

U *Florida v. Jimeno*²⁶ Vrhovni sud je dao najjasnije vodilje u objašnjenju problema „obima pretresa“. Ovdje je policajka zaustavila automobil osumnjičenog na autoputu, u cilju sprovođenja rutinske kontrole. Iako nije imala razloga da vjeruje da osumnjičeni vozi narkotike, policajka je tražila dozvolu da pretrese automobil, s čim se osumnjičeni saglasio. U toku pretresa policajka je otvorila zamotanu plastičnu kesu, u kojoj je pronašla kilogram kokaina. Sudeći sud ne bi prihvatio ovaj dokaz da osumnjičeni nije pristao na otvaranje kese.

Vrhovni sud je odlučio drugačije. Predsjednik vijeća Rehnquist izjavio je da je „standard mjerenja saglasnosti osumnjičenog ... objektivan i razuman, odnosno šta bi tipična razumna osoba podrazumijevala pod razgovorom između policije i osumnjičenog?“ U činjenicama ovdje Vrhovni sud je utvrdio da je „objektivno razumno za policiju zaključiti da je u opšti pristanak na pretraživanje automobila uključen pristanak na pretraživanje odlagališta unutar tog automobila u koje bi se mogla sakriti droga“.

Jimeno ne stoji iza široke propozicije da policajka može, u odsustvu eksplicitnog ograničenja, otvoriti svako odlagalište otkriveno u toku bilo kojeg pretresa (uz saglasnost). Prema Vrhovnom sudu, „obim pretresa je

²⁴ 304 U.S. 458 (1938).

²⁵ Naravno, ako policajac primijeti krivični dokaz na putu do spavaće sobe, može ga u tom slučaju oduzeti u cilju ispunjenja “doktrine prostog oka” (*plain view doctrine*).

²⁶ 500 U.S. 248 (1991).

generalno definisan traženim objektom“. Zbog toga, ne bi bilo primjereno da policija otvara odlagalište koje je premalo da bi sakrilo objekat pretresa. Potencijalno i još važnije, Vrhovni sud je isključio ovaj slučaj iz onog kada je policija, dobivši saglasnost za pretres gepeka automobila, slomila i otvorila zaključanu aktovku nađenu unutra. Kasnije, Sud je iznio mišljenje da je „nerazumno misliti da je osumnjičeni, dajući saglasnost za pretres gepeka, mislio i na lomljenje i otvaranje aktovke“.

Pristanak treće strane

Više od jedne osobe može imati interes ili svojину nad nekim imovinom koju policija želi da pretrese. Pretres mjesta boravka, na primjer, može predstavljati ometanje privatnosti više osoba koji ga nastanjuju; pretres kontejnera spada u interese privatnosti svih koji je koriste kao skladište privatnih efekata itd. Problem „saglasnosti treće strane“ dolazi u obzir kada osoba protiv koje se koriste dokazi nije ona koja je dala saglasnost.

U *Stoner v. California*²⁷ policija je dobila saglasnost od hotelskog službenika da pretrese sobu osumnjičenog. Vrhovni sud je ocijenio da je saglasnost bila nevažeća, „čak i da je državni zakon ... dao vlasniku hotela ovlašćenje davanja saglasnosti policiji za pretres“. Sud je naglasio da se prava iz Četvrtog amandmana „ne mogu smanjiti zbog pravila rada neke agencije“ ili „suptilne razlike“ u imovinskom pravu (*property law*). Na način koji je sugerisao da pristanak treće strane nikad neće biti važeći, Vrhovni sud je istakao da je „važno imati na umu da je ovdje bilo na kocki ustavno pravo ... To je bilo pravo koje je jedino ... osumnjičeni mogao iskoristiti ili odbaciti – lično ili preko hotelskog službenika“.

U *United States v. Matlock*²⁸ Vrhovni sud je potvrdio da je pretraživanje bez naloga ustavno valjano ako policija dobije saglasnost jednog od onih koji posjeduje zajedničku vlast nad imovinom. Teret dokaza uspostavljanja zajedničke vlasti bio je na državnim organima²⁹. Iz *Matlocka* proizlaze dva principa: (1) svako lice sa zajedničkim ovlašćenjima nad imovinom zadržava svoje pravo na dobrovoljni pristanak za pretres i (2) zbog (1) bilo koje lice koje dijeli imovinu sa drugim - mora pretpostaviti ovakav rizik.

Matlock je nametnuo mnoga pitanja. Na primjer, šta ako policija traži saglasnost od jedne osobe, a druga osoba je prisutna i odbije dati saglasnost

²⁷ 376 U.S. 483 (1964).

²⁸ 415. U.S. 164 (1974).

²⁹ *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 181 (1990).

za pretres spornih predmeta? *Matlock* se odnosi na „odsutne, nekonsultovane osobe“ – u svom opisu pristanka treće strane. Znači li to da je saglasnost jednog zajedničkog vlasnika pravno neefikasna za drugog koji je takođe prisutan, a protivi se pretresu? Iskustva nižih sudova su podijeljena (*LaFave, 1996: 726–733*). Neki sudovi su odlučili da je potrebna saglasnost obje strane – ako su prisutne³⁰. S druge strane, *Matlock* logika sugerije suprotan ishod. U stvarnosti, sudovi ponekad idu toliko daleko da kažu da je *Matlock* primjenjiv samo ako je drugi vlasnik odsutan i policija može sprovesti pretres bez naloga – prihvatajući saglasnost samo od fizički prisutnog posjednika³¹.

Očigledno ovlašćenje³²

U *Stoner v. California*³³ Vrhovni sud je objasnio da „prava zaštićena Četvrtim amandmanom ne mogu biti zaobiđena ... nerealnom doktrinom 'očiglednog ovlašćenja'“. Deset godina kasnije u *United States v. Matlock*³⁴ Sud ostavlja otvoren problem da li „očigledno ovlašćenje“ konstituiše validnu saglasnost.

U *Illinois v. Rodrigues*³⁵ Vrhovni sud je razriješio ovo pitanje (glasanjem 6-3) tako da je ulaz u mjesto boravišta bez naloga valjan kada se temelji na saglasnosti osobe za koju policija, razumno (ali netačno), smatra da posjeduje mjerodavno pravo u prostorijama. Sud je upozorio da poziv od strane osobe na vršenje pretresa, čak i ako je praćen eksplicitnom tvrdnjom o vlasništvu pri davanju saglasnosti (npr. „ja živim ovdje“), nije dovoljan da opravda pretres ako su „postojeće okolnosti (*surrounding circumstances*) ... takve da razumna osoba sumnja da su istinite“.

„Razumnost“ balansiranja standarda u krivičnim istragama

Četvrti amandman na Ustav SAD je dugo smatran dobro osmišljenim. Nepromjenjivost Četvrtog amandmana poljuljana je od strane Vrhovnog suda

³⁰ Npr. *State v. Leach*, 782 P.2d 1035 (Wash 1989) (država mora dokazati, u najmanju ruku, da se optuženi nije protivio pretresu na koji je suvlasnik pristao).

³¹ Npr. *People v. Sanders*, 904 P.2d. 1311 (Colo. 1995).

³² Apparent Authority.

³³ *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964).

³⁴ 415 U.S. 164 (1974).

³⁵ 497 U.S. 177 (1990).

u slučaju *Camara v. Municipal Court*³⁶ u kome su sudije prepoznale drugačiji oblik „osnovane sumnje“, koja se odnosi na administrativne pretrese, koji ne zahtijevaju individualiziranu sumnju. Da bi se utvrdila „razumnost“, u slučaju *Camara*, Sud se pozvao na test ravnoteže, u kojoj su pojedinci i interesi društva težili jedni protiv drugih.

Ako je slučaj *Camara* „napuknuo“ Četvrti amandman, slučaj *Terry v. Ohio*³⁷ ga je „razbio“ u cijelosti (Dressler, 2000: 255). Značaj slučaja *Terry* je prvo u tome što on prelazi granicu „razumnosti“ testa ravnoteže iz područja upravnih pretraživanja ka tradicionalnim krivičnim istragama. Rezultat je značajno smanjenje uloge klauzula iz Četvrtog amandmana u sudskoj praksi. Drugo, u slučaju *Terry* sudska praksa je prepoznala da pretres i oduzimanje predmeta mogu varirati u njihovim kritičnim situacijama. Vrhovni sud više ne tretira sve zahtjeve podjednako. Kao rezultat, mnogi policajci imaju pravo zaustaviti običnog građanina i pretresti ga ukoliko im je sumnjiv: sve to dolazi u sklop Četvrtog amandmana, ali se smatra zakonitim, bez obzira na nepostojanje naloga ili osnovane sumnje. Treće, kao nužna posljedica, policija može provesti široku lepezu pretresa i oduzimanja predmeta koji su manje nego obično prihvatljivi na osnovu nižeg standarda, a ne „osnovane sumnje“ (*probable cause*). Novi standard je poznat kao „opravdana sumnja“ (*reasonable suspicion*). Konačno, iako slučaj *Terry* ne zahtijeva takvo držanje, Vrhovni sud je primijenio „razumnost“ kao test ravnoteže i došao do zaključka da se pretresi i oduzimanja predmeta bilo koje vrste mogu obaviti bez individualizirane sumnje bilo koje vrste (Amar, 1994: 808). Neki naučnici vjeruju da je mišljenje vezano uz slučaj *Terry* (ili, u najmanju ruku, doktrina vezana uz slučaj *Terry* koja je nastala interpretacijom tokom svih ovih godina) samo podiglo tenzije koje su već postojale između policijskih službenika i pripadnika rasnih društvenih manjina (Schwartz, 1996: 317) ili da je iz razumnih razloga djelimično natjeralo sudove da rješavaju slučajeve „časno i pravično“, te „vrate se i provjere diskurs centralnog mjesta Četvrtog amandmana“ (Amar, 1994: 808).

1. *Terry v. Ohio*: Mišljenje

U ovom slučaju policajac sa 39 godina radnog iskustva, posmatrajući dvojicu muškaraca kako se vraćaju četiri puta uzastopno i zure u izlog prodavnice, posumnjao je u te osobe, uključujući i treću osobu sa kojom su razgovarali i „ugovarali posao“ za počinjenje oružane pljačke. Pristupio im

³⁶ 387 U.S. 523 (1967).

³⁷ 387 U.S. 523 (1967)

je identifikujući se kao policijski službenik, ispitujući ih za imena. Kada je odgovor na postavljena pitanja dobio kroz gundanje, zgrabio je jednog od njih (D), okrenuo ga i bacio na tlo. Tom prilikom policajac je “napipao” pištolj u džepu kaputa D, izvukao ga vani i uhapsio D zbog nedozvoljenog nošenja oružja.

Na saslušanju oko toga da li je postojao osnov dopuštenosti nošenja oružja, policajac je svjedočio kako je pretresao osumnjičenog samo kako bi ustanovio da li je on naoružan. Tada je policajcu nedostajala osnovana sumnja za hapšenje osumnjičenog ili uopšte za njegovo pretresanje.

Vrhovni sud je potvrdio radnje policajca. Međutim, odbijena je vladina tvrdnja da „zaustavljanje i pretresanje“ potpada pod materiju Četvrtog amandmana. Umjesto toga, Sud je prihvatio mišljenje prema kome „centralno pitanje“ jeste „razumnost ponašanja u određenim okolnostima, specifičnim situacijama napada na građansku ličnu sigurnost“. U ovom slučaju je Vrhovni sud potvrdio da je policajac bio u pravu kada je odlučio pristupiti D i ostalim osumnjičenim, kako bi ispitao svrhu njihovog ponašanja. Sud je utvrdio da je policajac imao neposredan interes u osiguranju vlastite sigurnosti i utvrđivanju da osumnjičeni „nije bio naoružan i da nije mogao neočekivano i fatalno da iskoristi oružje protiv njega“.

Na osnovu ovog izbalansiranog pristupa, Vrhovni sud je utvrdio određene principe. Zaključio je da kada policajac uoči „opravdanu sumnju“ da „pojedinač čije je ponašanje sumnjivo treba da se pretrese, budući da iz takvog ponašanja može proisteći otvorena opasnost za samog policajca i druge“, ima ustavom utvrđeni autoritet svaki put kada primijeti naoružanu osobu – razoružati je. Sud je upozorio da, utvrđujući opravdanu sumnju, policija „mora dati ne samo neke minimalne, početne i neodređene sumnje“. Štaviše, procedura kojom se određuje mogućnost da policajac sama sebe zaštititi – mora biti „tačno određena, u kojim okolnostima postoji prijeka potreba da opravda svoje indicije“.

Većinsko mišljenje u *Terry v. Ohio* uključuje stanovište da ukoliko policija primijeti neobično ponašanje, koje će je dovesti u sumnju (na osnovu njihovog policijskog iskustva) da su u toku neke kriminalne radnje i da osobe u koje ona sumnja moguće da imaju oružje i trenutno su opasne, ali je potrebno da se policajca u toku pretresanja i ispitivanja predstavi, te da postavlja razumna pitanja, kao i kada ništa drugo u početnoj fazi nije pomoglo da policajac odagna svoj razuman strah i sumnju u vlastitu i tuđu bezbjednost – ima pravo da štiti sebe i druge i da sumnjivo lice pretrese. Takva pretresanja su obuhvaćena Četvrtim amandmanom, te na taj način oduzeto oružje može biti uvedeno kao legalan dokaz protiv osoba od kojih je oduzeto.

Sudija Harlan, „slažući se безусловно“ sa mišljenjem Vrhovnog suda, zatražio je dopuštenje da „popuni nekoliko praznina“ koje postoje u većinskom mišljenju. Na taj način, on je dao dva važna osvrtta koja se tiču mjere „zaustavljanja i pregleda osobe“ (*stop and frisk*). Kao prvo, *Harlan* smatra da pravo na претрес сумњивог лица зависи од тога да ли је полиција била овлашћена да инсистира на сусрету који ставља у опасност нју или трећа лица. Укратко, прије самог претреса лица треба имати на уму да је у питању ограничавање права особе, тако да сам претрес мора бити оправдан. У конкретном случају, судија Harlan вјерује да је полиција имала право да приђе D-u јер је „primijetila okolnosti koje nesumnjivo vode do zaključka i navode iskusnog policajca da posumnja kako on ima veze sa pljačkom ili razbojništvom“. Друго, судија *Harlan* је закључио да „право на претресанје мора бити искоришћено одмах и аутоматски у случају када је сумњиво лице заустављено, као у конкретној ситуацији, а понашање сумњивог лица упућује на криминално понашање или насилје“.

2. „Оправдана сумња“

Vrhovni sud nikada nije koncipirao pojam „osnovane sumnje“. Суд је ову сумњу у случају *Illinois v. Gates*³⁸ описао као „fluidan koncept“ који је „нерадо, али корисно reducirati“ и свести га на математичку формулу. У суштини, „основана сумња“ укључује „значајну основу“ за закључивање – „fer vjerovatnoću“ (*fair probability*) – која ће открити криминалне доказе или оsumnjičenu osobu представити као криву.

У случају *Terry v. Ohio* Vrhovni sud не указује који је то minimum доказа потребан да се оправда мање од обично наметљивог ограничења слободe једне особе или претресанја оsumnjičenog, иако је судија Warren то учинио очигледним у контексту бацања на земљу оsumnjičenog лица, у којем полицаја мора бити „apsolutno sigurna“ да је оsumnjičeni наоружан. И прије случаја *Terry* Суд је сматрао да је појам „оправдана сумња“³⁹ мање захтјевајући од појма „основана сумња“⁴⁰. Све што је потребно да би се оправдао претрес

³⁸ 462 U.S. 213 (1983).

³⁹ Vrhovni sud nije koristio termin „opравдана сумња“ у случају *Terry*, иако је тај појам коришћен од стране нижих судова и цитран од стране Vrhovnog suda, у случају *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), у случају сличном случају *Terry*. Vrhovni sud је наводно користио тај термин (као у случају *Terry*, иако је у наводницима) први пут у случају *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266, 268 (1973). Navodnici су испуштени у случају *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260, 265 n. 4 (1973) у случају који није као *Terry*.

⁴⁰ *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7 (1989).

kao u slučaju *Terry* jeste „neki minimalni nivo objektivnog opravdanja“⁴¹. U suštini, policija ne smije djelovati ukoliko postoji „početna i nedefinisana sumnja ili slutnja“ koja je osuđena u slučaju *Terry*; sumnja je „opravdana“ ukoliko službenik može ukazati na neke (možda njih nekoliko) činjenice koje ukazuju na to da je upad i ograničenje nečije slobode opravdano (Dressler, 2000: 262).

Kao u slučaju „osnovane sumnje“, standard „opravdana sumnja“ ne može biti „lako sveden na uredan skup pravnih pravila“⁴². Umjesto toga, prikladnost pretresa, kao u slučaju *Terry*, poput pretresa i ograničenja slobode kretanja koji su zasnovani na sumnji, mora se ocjenjivati „kao cjelina, kao jedna cijela slika“⁴³.

Vrhovni sud je naveo da zapažanja policijskih službenika mogu kvalitetno biti dopunjena „razmatranjem načina rada ili obrazaca rada pojedinih vrsta krivičnih prestupnika“⁴⁴, posebno u oblasti trgovine drogom, gdje će sumnje policije često biti zasnovane na njenoj svijesti o tome da je određeno ponašanje ili čak pojavljivanje sumnjivog lica u skladu sa „profilom dilera drogom“. Pri tome, ličnost osumnjičenog mora biti poštovana u svakoj situaciji, a ukoliko osoba liči na osumnjičenog, policija svakako ima pravo da je zaustavi i postavi joj neka pitanja. Činjenica je, uz to, da sva ponašanja koja osobu mogu dovesti u bilo kakvu vezu sa dilerom droge predstavljaju opravdanu sumnju⁴⁵. Da bi postojala ova sumnja, osoba koja je policiji sumnjiva mora biti specifična, donekle individualizirana – sa izraženim posebnim karakteristikama koje pouzdano pripadaju dileru droge⁴⁶.

Stoga, profil svakog dilera drogom je drugačiji i mora se utvrđivati posebno za svaki konkretni slučaj. Vrhovni sud je o tome zauzeo relativno strog stav u slučaju *Reid v. Georgia*⁴⁷. Sud je iznio mišljenje da je policajcu nedostajala opravdana sumnja da pritvori osumnjičenog na aerodromu. U konkretnom slučaju osumnjičeni je: (1) stigao iz grada koji je poznat kao „izvor droge“; (2) u jutarnjim satima, u vrijeme kada je policijska kontrola na najnižem mogućem nivou; (3) navodno pokušao prikriti činjenicu da je putovao sa drugom osobom i (4) nije imao prtljag, osim torbe na ramenu. Bez obzira na profil, Vrhovni sud je smatrao da je, osim za treći faktor, ovo bilo

⁴¹ *I.N.S. v. Delgado*, 466 U.S. 210, 217 (1984).

⁴² *Sokolov*, 490 U.S. at 7 (citirajući *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983)).

⁴³ *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411, 417 (1981).

⁴⁴ *Idem*, at 418.

⁴⁵ *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980).

⁴⁶ *United States v. Hanson*, 801 F.2d 757, 762 (5th Cir. 1986).

⁴⁷ 448 U.S. 438 (1980).

uznemiravanje nevinih putnika, koji bi u ovakvim situacijama bili predmetom nasumičnih napada i pretresanja od strane policije, koja u konkretnom slučaju ni na koji način to nije mogla opravdati. Vrhovni sud je ocijenio da nije trebalo da se odredi pretres, budući da nije postojala opravdana sumnja koja pretres čini legalnim.

Vrhovni sud je predstavio slučaj zakonitog, ali istovremeno veoma sumnjivog ponašanja, u slučaju *Florida v. Royer*⁴⁸. Ovdje je osumnjičeni pretresen na ulazu u avion, pod sumnjom da je odgovarao profilu dilera drogom, i to iz sljedećih razloga: (1) putovao je iz velikog grada koji je inače poznat kao izvorište droge; (2) platio je svoju kartu gotovinom, i to sa velikim brojem sitnog novca; (3) putovao je pod lažnim imenom; (4) činio se veoma nervoznim. U ime četvorice sudija, sudija Byron White je iznio mišljenje da kada je policija saznala da osumnjičeni putuje pod lažnim imenom, „ova činjenica, kao i činjenice koje su ranije bile poznate policiji“ – u potpunosti opravdavaju njegovo zadržavanje.

U slučaju *United States v. Sokolow*⁴⁹ ponašanje osumnjičenog koji se iskrcavao iz aviona u potpunosti je odgovaralo profilu dilera drogom, jer je: (1) platio avionsku kartu punih 2.100 dolara, i to u novčanicama od po 20 dolara; (2) putovao je pod imenom koje nije odgovaralo njegovom imenu; (3) njegovo mjesto prebivališta je bio Majami, grad koji je jedan od izvora droge; (4) ostao je u gradu samo dva dana, iako je njegovo povratno putovanje, sa Havaja trajalo punih 20 sati; (5) djelovao je veoma nervozno; (6) nije provjeravao svoj prtljag. Sagledavajući ih zajedno, tri faktora (1, 2 i 4) navode na opravdanu sumnja da je u pitanju trgovina drogom.

U slučaju *Terry* policija je djelovala prema vlastitom posmatranju sumnjivog lica. Pouka koju je trebalo izvući iz slučajeva *Adams v. Williams*⁵⁰ i *Alabama v. White*⁵¹ jeste da „opravdana sumnja“ i „osnovana sumnja“ mogu da budu zasnovani na činjenicama „rekla-kazala“ (*hearsay*). Osim toga, pojam „opravdane sumnje“ je manje zahtjevan od pojma „osnovane sumnje“, koji može biti zasnovan na manjem kvantumu dokaza, ali, isto tako, i na „informacijama koje su manje pouzdane nego u slučaju koje se traže kod osnovane sumnje“.

U slučaju *Adams* Vrhovni sud je, vođen shvatanjem koje je zauzeo u slučaju *Terry* priznao da nepotvrđene informacije od jednog informanta nisu dovoljne da opravdaju preduzimanje bilo kakvih radnji pod motom osnovane

⁴⁸ 460 U.S. 491 (1983).

⁴⁹ 490 U.S. 1 (1989).

⁵⁰ 407 U.S. 143 (1972).

⁵¹ 496 U.S. 325 (1990).

sumnje. Суд је сматрао да су информације које је информант прослиједио полицији о криминалним радњама које су се требале догодити – биле довољне и боље него да је полиција насумично испитивала анонимна лица. Као резултат тога, информант се изложио ризику да буде уhapшен због давања лажног iskaza, ukoliko би се доказало да је iskaz који је дао био лажан.

У случају *White* полиција је примила telefonski позив од анонимног информанта који је тврдио да ће оsumnjičена napustiti одређени стан у тачно одређено вријеме у „smeđem teretnom vozilu ... sa slupanim desnim zadnjim farom“, te da će se odvesti u тачно одређени motel i да има једну uncu kokaina у smeđoj aktovci. Službena lica су otišla до стана gdje су uočili vozilo које одговара opisu који је дао информант, које је било parkirano ispred stambene zgrade. Primijetili су ženu, која nije ništa nosila у rukama, kako ulazi у automobila i vozi у pravcu motela. Prije nego što је automobil došlo до motela, službena lica су заustavila vozilo i naredili osumnjičenoj да izađe. Pretres на основу saglasnosti rezultirao је pljenidbom marihuane која је nađena у aktovci.

Vrhovni суд је сматрао (glasanje 6-3) да је анонимна dojava у овом случају по својој природи била nedovoljna да оправда prinudno заustavljanje osumnjičene. Суд је навео да је онај ко је zvao, dostavio „apsolutno nikakvu indiciju о основу за ... predviđanja о криминалним активностима osumnjičene“; затим, позив „nije obezbijedio nešto из чега би се могло zaključiti да је (informant) ... (bio) iskren или да је информација pouzdana“. Оно што је Vrhovni суд сматрао „riješеним slučajem“ било је да је „prema okolnostima у cjelini, анонимна dojava, pošto је potvrđeno, predočila dovoljno indicija о pouzdanosti radi pravdanje истражног заustavljanja automobila osumnjičene“.

Potkrepljujući dokazi су у овом случају, smatrao је Vrhovni суд, bili nepotpuni i nesavršeni. Prvo, nije било jasno да ли је prije заustavljanja žena коју је pratila полиција била osumnjičена. Drugo, полиција nije potvrđila да ли је osumnjičена napustila наведени стан са одређене адресе. Treće, полиција nije sačekala да види да ли ће osumnjičена odvesti svoj automobil до motela, како је predviđeno. Štaviše, jedna činjenica не само да nije potvrđena nego је била lažna: osumnjičena nije имала aktovku у posjedu када је ušla у auto.

Vrhovni суд је био koncentrisan на činjenicu да је информант predvidio buduće ponašanje, од којег је nešto и potvrđeno. Prema судији *Rehnquistu*, „kada važni aspekti previđanja onoga који је uputio позив telefonom буду potvrđeni, tada postoji razlog да се vjeruje не само да је онај који zove iskren, već и да је он добро obaviješten, bar у onoj mjeri која је dovoljna за

pravdanje zaustavljanja“. Bez obzira na to, svaka činjenica koju je policija potvrdila u slučaju *White*, ticala se ne samo bezazlenog ponašanja, već i ponašanja koje može da odgovara opisu miliona ljudi svaki dan.

U slučaju *United States v. Hensley*⁵² Vrhovni sud je smatrao da policija u jednom području vlasti može da nakratko pritvori osobu koja je predmet naloga za potragu zbog krivičnog djela⁵³ „koji je izdao policijski odjel iz druge lokalne zajednice (države), kako bi se utvrdilo da li je nalog za hapšenje izdat⁵⁴. Privremeno pritvaranje je dopušteno iako sudske vlasti nadležne za pritvor nisu upoznate sa dodatnim činjenicama. Pritvor je opravdan samo ako su ispunjena dva uslova: (1) odjel koji izdaje nalog je imao opravdanu sumnju da naloži pritvor i (2) konkretan pritvor nije „značajno više nametljiv“ nego što bi bio da se desio u oblasti sudske vlasti koja je izdala nalog.

3. Razlikovanje „Terry zaustavljanja“ od hapšenja

Susret između policije i privatnog lica, građanina, može biti nenametljiv: na primjer, ako službeno lice pita koliko je sati, to se ne smatra „hapšenjem“ i, zbog toga, to ne povlači pomno istraživanje koje nalaže Četvrti amandman. S druge strane, zadržavanje može biti tako nametljivo da čini *de facto* hapšenje i, zato, zahtijeva osnovanu sumnju, a ne puku opravdanu sumnju. U tom kontekstu, bitno je povlačenje crte između hapšenja na *Terry* nivou i *de facto* hapšenja. Nažalost, ta crta nije jasna. Različiti faktori su vrijedni pažnje (Dressler, 2000: 268).

Ne postoji jasno mišljenje o vremenskom ograničenju hapšenja prema tipu *Terry*. Hapšenje zasnovano na opravdanoj sumnji može biti dopušteno iako traje duže od hapšenja koja su se pojavila u slučaju *Terry*. Na primjer, u slučaju *United States v. Sharpe*⁵⁵ Vrhovni sud je odobrio dvadesetominutni pritvor osumnjičenih koji su zaustavljeni u njihovom automobilu na javnom autoputu, radi istrage kriminalne aktivnosti. Premda je Vrhovni sud odobrio hapšenje, njegova legitimnost se zasnivala na postojanju triju kritičnih privremenih faktora: (1) policija je „vodila svoju istragu na marljiv i razuman način“; (2) metod istrage je trebalo da „brzo potvrdi ili rasprši (službenikove)

⁵² 469 U.S. 221 (1985).

⁵³ Vrhovni sud je izričito ostavio otvoreno pitanje da li policija može na sličan način da uhapsi osobe koje su tražene zbog prekršaja.

⁵⁴ Nažalost, prema projekcijama Federalnog istražnog biroa, približno 12.000 nevažećih ili netačnih prijava protiv osumnjičenih koji su traženi radi hapšenja -0 dnevno se podnose federalnim, državnim i lokalnim agencijama za sprovođenje zakona.

⁵⁵ 470 U.S. 675 (1985).

sumnje“ i (3) zadržavanje je trajalo ne duže nego što je bilo neophodno da se obavi svrha zaustavljanja. Važna činjenica u *Sharpe* jeste da je dužina zadržavanja bila otežana time što su osumnjičeni pokušali da bježe, jer bi u suprotnom zadržavanje bilo mnogo kraći. *Sharpe* ne bi trebalo da bude tumačen na način da se smatra da hapšenje bilo koje dužine trajanja može biti opravdano na osnovu opravdane sumnje, dok god policija marljivo vodi svoju istragu.

Uprkos ovom upozorenju, Vrhovni sud je u slučaju *United States v. Montoya de Hernandez*⁵⁶ podržao hapšenje, na osnovu standarda koji je niži od osnovane sumnje, u trajanju preko 16 sati. U ovom slučaju je osumnjičena, žena za koju su agenti na carini sumnjali da je balone napunjene narkoticima krila u svom probavnom traktu kako bi ih prokrijumčarila u zemlju, odbila da ide na rendgen. Sud je potvrdio da hapšenje o ovom slučaju „nije bilo neosnovano dugo“, imajući u vidu činjenicu da je izvršeno na međunarodnoj granici; metod krijumčarenja na koji se sumnjalo nije dozvoljavao brzo utvrđivanje i osumnjičena je odbila jedinu alternativnu istražnu metodu (rendgen) i pokušala da izbjegne pražnjenje crijeva.

U slučaju *Terry* osumnjičeni su uhapšeni i pretreseni na ulici. S tim u vezi, ako policija premjesti osumnjičenog na drugo mjesto radi dalje istrage, sud može da tretira hapšenje kao zatvaranje, što zahtijeva osnovanu sumnju. To se posebno dešava kada se krivična istraga obavlja na mjestu zadržavanja. Uz to, Vrhovni sud je smatrao da kad god policija zaustavi vozilo na putu, u skladu sa zakonom, čak i zbog manjeg saobraćajnog prekršaja, osnovano je da naredi vozaču da izađe iz automobila⁵⁷.

U slučaju *Florida v. Royer*⁵⁸ sudija Vrhovnog suda White je tvrdio da, kada je osumnjičeni uhapšen na *Terry* način, „upotrijebljene istražne metode trebalo bi da budu najmanje nametljivo sredstvo koje je osnovano raspoloživo za potvrđivanje ili raspršivanje sumnji policije u kratkom vremenskom roku“. U slučaju *Royer* ovo načelo je prekršeno kada je policija premjestila osumnjičenog, putnika koji se ukrcavao na avion i bio osumnjičen za krijumčarenje, iz javne dvorane sa šalterima u malu prostoriju u blizini, kako bi mogla da se pretraži njegov prtljag, i to u procesu koji je trajao 15 minuta. Prema sudiji Whiteu, vlasti se nisu „dotakle pitanja da li bi bilo izvodljivo istražiti sadržinu torbe (osumnjičenog) na ekspeditivniji način“. Tačnije, primijetio je da „sudovima nije strano da koriste dresirane pse da otkriju

⁵⁶ 473 U.S. 531 (1985).

⁵⁷ *Pennsylvania v. Mimms*, 434 U.S. 106 (1977).

⁵⁸ 460 U.S. 491 (1983).

prisustvo materija, koje su predmet kontrole u prtljagu“. Zato što u ovom slučaju nije bilo indicija da posljednja istražna tehnika „nije bila izvodljiva i na raspolaganju“, ponašanje policije se smatralo više nametljivim nego što je bilo potrebno.

Slično tome, u slučaju *United States v. Place*⁵⁹, drugi slučaj u aerodromskoj šalterskoj sali, Vrhovni sud je odredio 90-minutno zadržavanje prtljaga osumnjičenog, kako bi pas tragač mogao da „ponjuši“ prtljag, što je bilo neosnovano jer su vladini agenti bili prethodno upozoreni na namjeravani dolazak ove osobe u Njujork. Zbog toga su „mogli minimizirati uticaj na interese osumnjičenog prema Četvrtom amandmanu“ i imati psa na raspolaganju kada je on stigao.

Doktrina najmanje nametljivih sredstava (*least-intrusive-means*) primjenjuje se samo u kontekstu *Royerl Place*, onda kada je sporno da li je dužina istražnog hapšenja i zadržavanja bila neprimjerena. Prema *Sokolowu*, „dokazivanje osnova odluke službenog lica da zaustavi osumnjičenog ne zavisi od raspoloživosti manje nametljivih istražnih tehnika“⁶⁰. Čak i u slučajevima zadržavanja, Vrhovni sud je ograničio upotrebu doktrine najmanje nametljivih sredstava. U slučaju *United States v. Sharpe*⁶¹ osumnjičeni je zadržan 20 minuta, dok je policija pokušavala da odredi da li je on prevezio drogu svojim kamionetom. Sud je zaključio da u procjenjivanju da li je ovaj pritvor bio predug da bi činio zaustavljanje na *Terry* način, „u pitanju nije samo to da li je neka alternativa bila na raspolaganju, već i da li je policija postupila nerazumno – bez uspjeha da ga prepozna ili goni“.

4. Osnovi za „Terry zaustavljanja“

Terry uključuje kratko hapšenje i ograničen pretres osobe osumnjičene za direktne kriminalne djelatnosti. Kratkotrajno hapšenje je opravdano s obzirom na interes vlasti za prevenciju kriminala. Vrhovni sud je jednoglasno presudio u slučaju *United States v. Hensley*⁶² da hapšenje na *Terry* nivou može biti osnovano radi istraživanja krivičnog djela koje je već počinjeno. U svakom slučaju, hapšenje koje je osnovano u kontekstu prevencije krivičnog djela nije neophodno da bude dopušteno u istraživanju tog djela. Kako je Sud objasnio u *Hensleyu*, faktori koji utiču na *Terry* “razumnost” balansirane istrage nisu identični u dva konteksta. Neodložne okolnosti koje opravdavaju kratko

⁵⁹ 462 U.S. 696 (1983).

⁶⁰ Vidi i *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983).

⁶¹ 470 U.S. 675 (1985).

⁶² 469 U.S. 221 (1985).

zadržavanje, kada policajca osnovano sumnja da je ozbiljan zločin u toku, mogu izostati iz okvira otkrivanja zločina. Štaviše, u slučajevima otkrivanja zločina, policija često može izabrati vrijeme i mjesto za zaustavljanje koje je više pogodno nego što je moguće kada je zločin u toku.

Najviše *Terry* tipova uključuje zadržavanje osumnjičenih u umiješanost u nasilne zločine. Principi *Terry* primjenjuju se, kako god, i u istrazi krijumčarenja droge “ili bilo kog drugog ozbiljnog zločina”⁶³. Vrhovni sud nije odlučio da li ili u kojim okolnostima je *Terry* nivo zadržavanja dozvoljen (za svrhu ili prevencije ili otkrivanja zločina), ako je osoba osumnjičena za minimalni prekršaj.

Vrhovni sud smatra uzimanje otisaka prstiju manje ozbiljnim nametanjem u ličnu sigurnost od drugih policijskih aktivnosti. Prvo, uzimanje otisaka (za razliku od ispitivanja i drugih radnji dokazivanja) ne istražuje privatni život osobe i misli. Drugo, proces je više pouzdan od prepoznavanja i priznanja⁶⁴. Treće, uzimanje otisaka prstiju može biti sprovedeno u trenutku prikladnom za osumnjičenog i ne mora biti ponavljano. U svjetlu ovih razlika, transport osumnjičenog do policijske stanice radi uzimanja otisaka prstiju, ukoliko je on zadržan samo kratko, dozvoljen je uz postojanje osnovane sumnje ili “manje od osnovane sumnje” – ako je u “okviru nadležnosti date jurisdikcije”⁶⁵. Takođe, Sud je ukazao na to da postoji podrška u pogledu kratkog zadržavanja osumnjičenog “na terenu” radi uzimanja otisaka prstiju, ako: (1) je vjerovanje da je osumnjičeni počinio zločin zasnovano na osnovanoj sumnji; (2) postoji osnovana baza za vjerovanje da će uzimanje otisaka dovesti ili opovrgnuti povezanost osumnjičenog sa zločinom i (3) uzimanje otisaka je sprovedeno na osnovu naredbe⁶⁶.

5. Potraga za oružjem: kod lica

Sudija Warren navodi u *Terry* da policija ovlašćena za zadržavanje može obaviti vanjski pregled osumnjičenog radi pronalaska oružje, ukoliko su ostvareni određeni uslovi. Prvo, policija mora osnovano sumnjati da je osumnjičeni “naoružan i potencijalno opasan”. Drugo, prilikom zadržavanja policajac mora koristiti najmanje nametljiv način da zaštiti sebe: pretražiti (dodirom) osumnjičenog da u početnoj fazi susreta “rastjera osnovan strah za svoju i sigurnost drugih”. Drugim riječima, pretpostavka je da je policija

⁶³ *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491.499(1983).

⁶⁴ *Davis v. Mississippi*, 394 U.S. 721.727 (1969).

⁶⁵ *Hayes v. Florida*, 470 U.S. at. 811, 816 i 817.

⁶⁶ *Ibid*, at. 817.

opravdano zadržala osumnjičenog na ispitivanju za nasilni zločin, pa od nje ne treba zahtijevati da ugrozi svoju sigurnost prije pretresa radi pronalaska oružja.

U *Adams v. Williams*⁶⁷ policija je dobila informaciju da osumnjičeni sjedi u parkiranom automobilu i da posjeduje narkotike i pištolj, te je nakon toga zaplijenila pištolj, bez postavljanja bilo kakvih dodatnih pitanja. Vrhovni sud je podržao ovakav postupak policije. Činjenice u ovom slučaju daju primjer ispravnog pretresa oružja kome nije prethodilo pretraživanje (dodirom) osumnjičenog. Zato što je policija posegnula samo na mjesto gdje joj je rečeno da je oružje bilo sakriveno, njena akcija bila je razumna. Ako inicijalno pretresanje, bez daljeg dodirivanja, izazove osnovanu sumnju kod policije da je neki predmet krijumčaren ili da predstavlja neki drugi dokaz – može oduzeti taj predmet bez upozorenja, kao dio doktrine običnim dodirom⁶⁸.

5. Pretres automobila radi pronalaska oružja

Vrhovni sud je, vođen slučajem *Michigan v. Long*⁶⁹ utvrdio da u nekim okolnostima policija može izvršiti pretres radi pronalaska oružja “opipavanjem” putnikovog prostora u zakonito zaustavljenom vozilu. U *Longu* je policija u ruralnom kraju Michigana, tokom noći, uočila da osumnjičeni (koji je bio pod uticajem alkohola) vozi automobil na čudan način i prekomjernom brzinom. Pošto su ga zaustavili, osumnjičeni je izašao iz vozila i ostavljajući vrata otvorena, susreo se sa policijom kod zadnjeg dijela svog automobila. Policija je tom prilikom primijetila lovački nož na podu sa vozačeve strane. Pretresli su osumnjičenog, ali nisu našli oružje. Zatim su osvijetlili unutrašnjost automobila, a jedan policajac je ušao u vozilo, podigao naslon za ruke i pronašao otvorenu torbu koja sadrži marihuanu. Osumnjičeni je uhapšen zbog posjedovanja narkotika.

Vrhovni sud je potvrdio ispravnost pretresa u ovom slučaju. Istakao je da su istražna zadržavanja osoba u automobilu “posebno teška, sa uvijek prisutnom opasnošću za policiju”. U *Longu* je Sud je potencirao da je “pretres putničkog dijela automobila ograničen samo na mjesta gdje bi oružje moglo biti skriveno i dozvoljen ako policajca stekne razumno ubjeđenje ... da je osumnjičeni opasan i da mu je oružje na dohvat ruke”. Sud nije objasnio zašto je vrijeme zaustavljanja bilo relevantno, niti zašto je ruralna oblast bila

⁶⁷ 407. U.S. 143 (1972).

⁶⁸ *Minnesota V. Dickerson*, 508. U.S. 366 (1993).

⁶⁹ 463. U.S. 1032 (1983).

otežavajuća, a ne uobičajena ili čak olakšavajuća okolnost. Zatim, kao što je istakao sudija Brennan kao neslaganje - “pijani vozač je sigurno opasan dok vozi, ali ne i kada je zaustavljen od strane policije”. Osim toga, činjenica da je nož spažen unutar vozila, kao najjača tačka u korist pretresa, ne demonstrira da je osumnjičeni bio “istog momenta opasna”.

6. Zaštitni pretres mjesta boravka

Kao što Vrhovni sud objasnio u *slučaju Maryland v. Buie*⁷⁰, “zaštitni pretres” mjesta boravka je “brz i ograničen pretres prostorija, incident koji vodi do hapšenja i ponašanje da se osigura sigurnost policije i drugih. Usko je ograničen na površinsku inspekciju mjesta gdje bi se osoba mogla skrivati”. U *Buie* je Vrhovni sud presudio da u slučaju jednog incidenta koji vodi hapšenju osobe u mjestu boravka, policija može automatski (bez osnovane ili opravdane sumnje) izvršiti zaštitnu raciju drugih dijelova mjesta boravka, ako postoji opravdana sumnja da “ta mjesta imaju skrovišta u kojoj osoba može predstavljati opasnost za policiju ili druge”.

Objavljajući presudu, Vrhovni sud se fokusirao na lekcije naučene iz *Terryja i Michigan v. Long*. Sudija White je primijenio test razumnog balansiranja koji je postavljen u *Terryju*. U pogledu privatnosti individue, Sud je izveo analogiju zaštitnih racija na ograničene upade dozvoljene u *Terryju i Longu*.

7. Privremeno oduzimanje imovine

U slučaju *United States v. Place*⁷¹ federalni policajci su imali informacije da će se osumnjičeni iskrcati iz aviona sa prtljagom koji sadrži narkotike. Kada je osumnjičeni stigao, policija je zaplijenila njegov prtljag i 90 minuta kasnije podvrgnuli ga bez pretresa “njušenju” od strane pasa koji detektuju narkotike. Reakcija psa je potvrdila sumnje policije, nakon čega je dobijen nalog da se pretrese prtljag.

Vrhovni sud je presudio da policija može, bez naloga, privremeno zadržati prtljag na osnovu opravdane sumnje, da bi ispitala okolnosti koje su izazvale njenu sumnju. Ukratko, *Terry* principi primjenjuju se da se oduzme imovina, a ne samo da se zadrže osobe. Međutim, Sud je zaključio da je zadržavanje od sat i po u ovom slučaju bilo pretjerano. U donošenju ovog

⁷⁰ 494. U.S. 325 (1990).

⁷¹ 462. U.S. 696 (1983).

zaključka Sud je primijenio *Terry* test razumnosti. Odlučio je da su interesi vlasti u oduzimanju imovine osumnjičenog bili značajni. Navodeći slučaj *United States v. Mendenhall*⁷², Sud je istakao da “javnost ima neodoljiv interes u pronalaženju onih koji prodaju smrtonosne droge radi ličnog profita”. Sud je tretirao konfiskaciju imovine u slučaju *Place* kao da je to uključivalo i zadržavanje samog osumnjičenog.

Sudija O'Connor je ukazao na važnost jasnoće u *Terry* slučajevima i činjenicu da policija nije marljivo nastavila istragu. Sa njihovim predznanjem da će osumnjičeni stići sa sumnjivim prtljagom, policija je trebalo da dovede istrenirane pse na aerodrome, prije nego što osumnjičeni stigne.

Umjesto zaključka

Krivični postupak u SAD ima brojne specifičnosti koje su za druga zakonodavna područja prilično nejasna ili nemoguća za upotrebu. Da bi se razumio ovaj postupak, treba u potpunosti izučiti i temeljno predstaviti američki Ustav, jer se svako važno pravilo temelji na određenom ustavnom načelu ili se njegova baza nalazi u određenom amandmanu na Ustav. Pored Ustava, krivični postupak u SAD uređuju i „Federalna pravila krivičnog postupka“, zakoni saveznih država, državna i federalna sudska praksa, a često se vrši i pozivanje na odluke sudova, često i samog Vrhovnog suda.

Radi se pretežno o akuzatorskom modelu krivičnog postupka gdje glavnu ulogu ima tužilac. Osnovni princip krivičnog postupka je načelo „fair“ postupka, koje se shvata i kao mehanizam koji osigurava ravnopravnost stranaka u krivičnom postupku.

Krivična istraga počinje kada nadležni subjekat, odnosno policajca vođena sopstvenom procjenom ili primanjem određenih informacija, dođe do zaključka da je krivično djelo u pripremi ili je već počinjeno, te nakon toga može privesti osumnjičenog i oduzeti sve predmete koji su od važnosti za istragu. Policija ne smije uhapsiti određenu osobu bez postojanja određene sumnje da je krivično djelo počinjeno i da je baš osumnjičeni počinio to krivično djelo. Ukoliko osumnjičeni bude uhapšen bez osnovane ili opravdane sumnje, zahtijeva se brza sudska determinacija te sumnje. Osnovana sumnja može biti zasnovana i na *hersay* svjedočenju.

⁷² 446 U.S. 544 (1980).

Literatura

- Abrams, S. E. (1984). *Comment Third - Party Consent Searches, The Supreme Court, an the Fourth Amandment*. 75. *J. Crim. L. & Criminology*.
- Amar, A.R. (1994). *Fourth Amendment First Principles*. 107 *Harv. L. Rev.*
- Bloom, R. M. (2003). *Searches, seizures, and warrants: a reference guide to the United States Constitution*. Westport, Conn.: Praeger.
- Burkoff, J. M. (1987). *Search warrant law deskbook*. New York, N.Y.: C. Boardman.
- Coombs, M. I. (1987). *Shared Privacy and Fourth Amandment, or the Rights of Relationships*, 75 *Cal. L. Rev.*
- Deschene, R. (1990). *Comment, The Problem of Third-party Consent in Fourth Amandment Searches: Towards a "Conservative" reading of the Matlock Decision*, 42 *Me. L. Rev.*
- Dressler, J. (2000). *Understanding criminal procedure, Second edition*. New York: Matthew Bender.
- Duizend, V.R., Sutton, L.P., Carter-Yamauchi, C.A. (1984). *The search warrant process: preconceptions, perceptions, and practices*. Williamsburg, Va.: National Center for State Courts.
- Flannery, D.J. (2013). *Wanted on warrants: the Fugitive Safe Surrender program*. Kent, Ohio: Kent State University Press.
- Goldberger, P. (1984). *Consent, Expectations of Privacy, and the Meaning of "Searches" in Fourth Amandment*. 75 *J. Crim & Criminology*.
- Hall, E. S. (1993). *A Balncing Approach to the Constitutinality of Drug Courier Profiles*. 1993 *U. III. L. Rev.*
- Harris, D. A. (1994). *Frisking Every Suspect: The Withering of Terry*. 28 *U.C. Davis L. Rev.* 1.
- LaFave, W. R. (1968). *Street Encounters and the Constitution: Terry, Sibron, Peters, and Beyond*. 67 *Mich. L. Rev.*
- LaFave, W. R. (1978). *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*. West Publishing Company.

LaFave, W. R. (1996). *Search and Seizure § 8.1(c) (3d ed.)*. West Publishing Company.

LaFave, W. R. (2004). *Search and Seizure § 9.1. (4th ed.)*.

Maclin, M. T. (1990). *The Decline of the Right of Locomotion: The Fourth Amendment on the Streets*. 75 Cornell L. Rev.

Rudstein, S. D. (1990-1991). *White on White: Anonymous Tips, Reasonable Suspicion, and the Constitution*, 79 Ky. L.J.

Schwartz, A. (1996). "Just Take Away Their Guns": *The Hidden Racism of Terry v. Ohio*. 23 Fordham Urb.L.J.

Sundby, S. E. (1988). *A Return to Fourth Amendment Basics: Undoing the Mischief of Camara and Terry*. 72 Minn. L. Rev.

Ward, V. R. (1993). *Consenting to a Search and Seizure in Poor and Minority Neighborhoods: No Place for a "Reasonable Person"*. 36 How. L.J.

White, J. B. (1974). *The Fourth Amendment as a Way of Talking About People: A Study of Robinson and Matlock*, 1974 Sup. Ct. Rev.

Williams, G. H. (1991). *The Supreme Court and Broken Promises: The Gradual But Continual Erosion of Terry v. Ohio*. 34 How. L.J.

VOLUNTARY CONSENT TO SEARCH IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND “CORRECTNEST” OF BALANCING OF STANDARDS IN CRIMINAL INVESTIGATIONS

Academician Miodrag N. Simović*
Vladimir M. Simović**

***Abstract:** The search without a warrant in criminal matters in the United States is ill-founded, as the Supreme Court of the USA finds frequently, and one of the most important exceptions to this requirement is the so-called “voluntary consent to search”. In practice, however, many search warrants were not requested, due to the avoidance of futile effort, but then, for the purpose of collecting evidence, other methods were applied. Although there are no reliable statistics on the number of searches without a warrant justified by voluntary consent, it is estimated that they represent about 98 percent of all searches in the USA.*

*There are several sections of the Fourth Amendment to the US Constitution which are of great practical significance for voluntary consent to the search. Simply put, one of interesting and potentially problematic aspects of this concept - is how far the US Supreme Court was in the mood to accept activities related to search without warrant. It is apparent from the judgment of this court in *Schneckloth v. Bustamonte* case that in situations where the police has some evidence of illegal activities, but there is no reasonable suspicion for arrest or search, a search authorized by consent - can be the only means of obtaining important and reliable evidence. In cases where there is a reasonable suspicion for arrest or search, but the police lacks a warrant, the search consent may be of great importance. On the other hand, if such a search was conducted and did not prove fruitful, that alone cannot convince the police that the stigma and embarrassment of arrest is unnecessary or that a far more detailed search, in accordance with the warrant, would not have been justified.*

In short, voluntary consent to search is a constitutionally acceptable and completely legitimate aspect of effective police activity. Validly obtained

* Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Faculty of Law of University in Banja Luka

**Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, Faculty for Safety and Protection of the Independent University in Banja Luka, and Faculty of Law of „Vitez“ University in Vitez

consent justifies the police when conducting searches without a warrant, with or without a reasonable suspicion. If the police finds evidence during such a search, it may seize the evidence even without obtaining a warrant prior to that.

A special part of this Paper examines the cases of “reasonability” of balancing of standards in criminal investigations. In this context, follows the analysis referring to the meaning of expression “reasonable suspicion”, distinction between expressions “pulling-up” and “arrest”, search of a person for weapons, search of a car to find weapons, protective search of place of residence and temporarily seizure of property.

Key words: *US Constitution, search, arrest, reasonable suspicion.*

УДК 343.211.3:343.13(497.11)

doi 10.7251/PR5618351K

Оригинални научни рад

ЛЕГИСЛАТИВНА ОСНОВА ЗА ДОСТУПНОСТ ПРАВДЕ У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Др Саша Кнежевић*

Др Иван Илић**

***Апстракт:** Задатак кривичног поступка је да законито и правилно расветли и реши кривични догађај. Донета судска одлука мора се, или би бар требало да се заснива на утврђеној јуристичкој истини. Истина је достижна ако лице против кога се води кривични поступак има статус равноправне странке, а не објекта кривичноправне реакције државе. Окривљени мора имати институционалне гаранције за афирмацију одбрамбене тезе. Наравно да се те гаранције морају пружити и оштећеном, иако он, по правилу, нема својство кривично-процесне странке. На тај начин, учврстиће се истина у кривичном поступку, али ће правда бити доступна и лицу за које се сумња да се некомформистички односило према правним нормама. У излагању које следи, указаће се на законске механизме који омогућавају доступност правди окривљеном, као лицу против кога је уперена институционализована кривична репресија. Претпоставка за остваривање постулата правичности у кривичном поступку је да се обезбеди једнакост грађана пред законом и судовима, као и да се створи нормативни оквир за остварење права која чине срж права на правично суђење.*

***Кључне речи:** правда, правичност, кривични поступак, правично суђење.*

* Правни факултет у Нишу, Трг краља Александра 11, 18000 Ниш, knez@prafak.ni.ac.rs

** Правни факултет у Нишу, ivan@prafak.ni.ac.rs

1. Забрана дискриминације у кривичном правосуђу (једнакост пред законом)

Институционализовани каталози људских права садржани су у најзначајнијим међународноправним документима из области заштите људских права. Тим својеврсним каталозима људских слобода предвиђа се једнак третман свих лица у уживању свих права која се предвиђају овим актима, па тако и права која се односе на област кривичног правосуђа. *Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода*¹ садржи антидискриминацијске одредбе, којима се, међутим, забрањује неравноправност у погледу уживања конкретних права зајемчених овом конвенцијом, али се не забрањује општа неједнакост грађана пред законом.² Да би се принцип једнакости остварио забрањена је и непосредна и посредна дискриминација по било ком основу, као што су пол, раса, национално или социјално порекло или други статус. У случају *Белгијске лингвистике*, Суд је установио да дискриминација подразумева различито поступање, без објективног и разумног оправдања, према лицима која се налазе у истим или сличним ситуацијама.³ У пресуди *Thlimmenos против Грчке*, Суд истиче да је разлика у третману дискриминаторна, уколико нема разумно и објективно оправдање, легитимни циљ и ако не постоји пропорционалност између коришћених средстава и циља којем се тежи.⁴ Ако се има у виду широк дијапазон права и слобода заштићених Европском конвенцијом, може се сматрати да одредбе овог, једног од најважнијих извора међународног права, уважавају основне постулате једнакости грађана пред законом. Протоколом 12 уз Европску конвенцију проширен је опсег забране дискриминације. Најпре је проширен број личних својстава, по којима је забрањено дискриминаторно поступање. Осим тога, Протоколом 12 је уведена општа забрана дискриминације у уживању људских права, зајемчених у националном законодавству, поред права која су гарантована Конвенцијом.

Једнакост грађана пред законом саставни је део и уставних прокламација држава заснованих на владавини права. На том курсу је и *Устав Републике Србије*, који прокламује право на једнаку законску за-

¹ У даљем тексту: Европска конвенција.

² В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права – уџбеник*, Београд, 1997, стр. 182.

³ *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (23/07/68) § 10;

⁴ *Thlimmenos v Greece*, no. 34369/97 (06/04/2000) § 44, *Inze v. Austria*, no. 8695/79 (28/10/1987) § 41

штиту, без дискриминације по било ком основу (чл. 21 ст. 1). Забрањени су сви видови непосредне или посредне дискриминације, нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета (чл. 21 ст. 2 Устава Србије). Истовремено, уставном нормом ствара се основ тзв. позитивне дискриминације (ст. 3 чл. 21). Дискриминација је инкриминисана кривичним законодавством. Одредбама Кривичног законика Србије инкриминишу се, поред осталог, повреда равноправности, повреда права употребе језика и писма, дискриминаторско поступање путем спречавања изражавања националне или етничке припадности, повреде верских права (чл. 128–132 КЗС). Опште посматрано, заштита грађана од дискриминације предмет је регламентације и *Закона о забрањени дискриминације*⁵.

2. Право на једнакост пред судовима

Основни постулати владавине права налажу да сва лица имају једнако право на *приступ суду* и на *равноправан третман* пред судом. Судска заштита грађанских права мора бити доступна сваком, али и сва лица имају право на праведан поступак одлучивања о основаности оптужбе против себе. Једнакост приступа судовима подразумева одсуство било ког вида дискриминације. Процесна позиција неког субјекта не сме да зависи од пола, расе, вероисповести и слично, као што је случај у појединим земљама у којима, на пример, сведочење жена има мању доказну вредност од сведочења мушкараца.⁶

Право на приступ суду саставни је елемент права на правично суђење, прописаног чл. 6 ст. 1 *Европске конвенције*. Из праксе суда произлази да је саставни елемент права на правично суђење и право на приступ суду.⁷ Суд је, по први пут, ово право установио у предмету *Golder v. The United Kingdom*, када је заузео став да детаљно побројане гаранције права на правично суђење из члана 6 Конвенције, не би имале никаквог смисла, уколико не би било могуће покренути судски поступак.⁸ Право

⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009.

⁶ *Правично суђење – приручник*, Београд, 2000, стр. 96.

⁷ Н. Мол, Катарина Харби, *Право на правично суђење – Водич за примену члана 6. Европске конвенције о људским правима*, Београд, 2007, стр. 74.

⁸ *Golder v. The United Kingdom*, No. 4451/70 (21/02/75) § 35

на приступ суду подразумева да свако има право да се обрати суду за решавање одређеног питања, без постојања правних и практичних препрека.⁹ Немогућност приступа суду присутна је у ситуацији када лице није било у могућности да се обрати надлежном суду, ради преиспитивања чињеничних и правних питања, у вези са предметом спора и доношења обавезујуће одлуке.¹⁰

Из ове одредбе проистиче обавеза држава да свим лицима обезбеди судски поступак одлучивања о основаности оптужбе против њих. Пракса Европског суда за људска права налаже да ово право мора бити *делотворно*, а не само да постоји у закону. Сагласно пракси овога суда, “сврха Конвенције није да се јемче права која су теоријска или илузорна, већ она која су практична и стварна”. Стога и право на приступ суду мора бити делотворно.¹¹

Пракса Европског суда за људска права допушта и извесна ограничења права на приступ суду. У случају *Ashingdane v. the UK*, Суд је експлицитно нагласио да право приступа суду није апсолутно. Држави се омогућава да ограничи право на подношење захтева у грађанским стварима, под условом да се таквим ограничењем постиже легитимни циљ и под условом да ограничења нису тако широког карактера да се њима угрожава сама суштина овог права.¹² У важећем Законику о кривичном поступку предвиђено је да оштећени може да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, ако дође до одбацивања кривичне пријаве (члан 51 став 1 ЗКП). На одлуку непосредно вишег јавног тужиоца није могуће изјавити жалбу нити друго правно средство. На тај начин одлука о непокретању кривичног поступка није подложна судском преиспитивању. Европски суд је у случају *Zlinsat, spol. s r.o. v. Bulgaria* истакао став да би јавнотужилачке одлуке требало да буду предмет преиспитивања од стране суда пуне јурисдикције. Суд је у овом случају нашао повреду права на приступ суду, јер су према националној легислативи тужилачке одлуке биле лишене судског преиспитивања.¹³

Основни постулати правде уопште, али и правичности судског поступка, налажу постојање права супротстављених кривичнопроцесних странака да буду *присутне* радњама које се спроводе у поступку

⁹ INTERIGHTS Приручник за правнике – *Право на правично суђење према Европској конвенцији о људским правима* (члан 6), (2006), стр. 20.

¹⁰ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, No. 6878/75 7238/75-(23/06/81) § 59

¹¹ *Airey v. Ireland*, no. 6289/73 (09/10/1979), §24

¹² *Ashingdane v. the U. K.*, no. 8225/78 (28/05/1985) § 57

¹³ *Zlinsat, spol. s r.o. v. Bulgaria*, no. 57785/00, 15/09/2006, §80

одлучивања о основаности кривичне тужбе. Странке у кривичном поступку морају бити у позицији да се изјасне о кривичном догађају који је иницирао покретање механизма судског одлучивања, али и да се изјасне о ставовима супротне странке (*audiatur et altera pars*). Консеквентно спроведена контрадикторност у поступку мериторног одлучивања о основаности кривичне окривљеног сигуран је пут остварења елементарних захтева законитости, али и правичности кривичног поступка. Равноправан третман пред судом подразумева и законом предвиђену обавезу суда да пре доношења појединих одлука обавезно саслуша странке (нпр. пре доношења решења о одређивању притвора и других важних одлука). Поуке окривљеном о правима која поседује у кривичном поступку на курсу су остваривања равноправног третмана странака пред судом.

Равноправан третман странака пред судом, као претпоставка једнакости пред судом, претпоставља и право на тзв. *једнакост оружја*. Реч је о праву странке да предузима све радње које може предузимати супротстављена странка. Нарушавање овога права десило би се, примера ради, када би окривљеном било ускраћено остваривање права на одбрану, чиме би се осујетила могућност супротстављања радњама јавног тужиоца. Исто тако, принцип једнакости оружја дезавуисао би се пропуштањем одређених радњи окривљеног, услед непознавања тих права због изостанка одговарајуће поуке суда. Неравноправан третман пред судом остварио би се и коришћењем резултата незаконитих радњи у кривичном поступку, али и коришћењем незаконитих радњи других државних органа у кривичном поступку.¹⁴

Доступност правде постиже се и преференцијалним третманом слабије кривичнопроцесне странке у кривичном поступку. Реч је о процесним концесијама окривљеног у односу на овлашћеног тужиоца, познатим у правној доктрини под називом *favor defensionis*. *Ratio legis* повлашћеног процесног третмана окривљеног огледа се у покушају уравнотежења процесног положаја странака, оптерећеног почетном правном и фактичком неједнакошћу међу њима. Претпоставка невиности окривљеног, формални терет доказивања на тужиоцу и правило *in dubio pro reo* (најважније процесне последице претпоставке невиности), заштита окривљеног од самоинкриминације, право на последњу реч на главном претресу, забрана преиначења пресуде на штету окривљеног у поступку по правним лековима, само су неке од манифестације воље законодавца да уравнотежи процесну позицију лица према коме

¹⁴ Schroeder, F. C, Strafprozessrecht, 2, Aufl, C. H. Beck, München, 1997, str. 32.

је усмерена оптужба и тужиоца који захтева судско одлучивање о основаности кривице тог лица.

3. Право на суђење пред компетентним, независним, непристрасним и на закону заснованом суду

Ово је једно од основних права, која чине срж права, од којих зависи доступност правде. Као такво, оно је незаобилазни део каталога људских права садржаног у међународноправним документима универзалног и регионалног карактера (чл. 10 Универзалне декларације о људским правима, чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту права и основних слобода, чл. 26 Афричке повеље о људским правима и правима народа, чл. 8 ст. 1 Америчке конвенције о људским правима, чл. 26 Америчке декларације о правима и дужностима човека). Комитет за људска права је, имајући у виду значај права на суђење пред независним, непристрасним, компетентним и на закону заснованом суду, заузео становиште да је то “апсолутно право које не сме да трпи било какве изузетке”.¹⁵ Сходно пракси Европског суда за људска права, “суд” у суштинском смислу речи одређује његова судска функција, то што он доноси одлуке о питањима из његове надлежности и на основу правних норми, и након поступка који је обављен на прописан начин. Да би неки орган имао својство суда, мора испунити неке услове – независност од извршних органа, непристрасност, трајање мандата чланова суда, те јемства која се пружају у поступку.¹⁶

Да би се реализовали постулати владавине права, потребно је да суд који поступа у кривичним стварима буде успостављен законом. Образовање судова по закону за последицу има немогућност оснивања судова за решавање индивидуалних случајева. Наш законодавац респектује овај правни стандард, јер већ у одредби чл. 1 Законика о кривичном поступку Србије прецизира се да кривична санкција може бити изречена само на основу *законито спроведеног поступка*. Остваривање претпоставки правичног суђења огледа се и у праву на расправу пред *компетентним* судом, тј. судом који има јурисдикцију да реши конкретни случај. Надлежност судова проистиче из закона и односи се на странке, али и на сам кривичноправни спор.

¹⁵ Gonzalez del Rio v. Peru, Communication No. 263/1987, 6 November 1990.

¹⁶ Le Compte, Van Leuven and de Meyer v. Belgium, no. 6878/75, 7238/75, (23/06/1981), §55

Доступност правде је незамислива без реализовања права на расправу пред *независним* судом. *Основним принципима о независности судства* предвиђа се право на суђење пред редовним судовима и трибуналима према установљеним законским процедурама. Трибунали који не примењују законску процедуру не могу вршити јурисдикцију која припада редовним судовима и судским трибуналима (принцип 5). Независност судства мора гарантовати држава и она се мора штитити Уставом и законима. Све институције, владине и друге, морају поштовати независност судства (принцип 1). Тужилачке функције морају бити строго одвојене од судских (принцип 10).¹⁷

Оживотворење принципа независног судства налаже обавезу законодавца да обезбеди системске и функционалне гаранције против уплива политичких утицаја на рад правосуђа. То се може постићи доследном изградњом система поделе власти. У смеру афирмације независности судова су и нормативна решења о избору судија и трајању њиховог мандата, као и строга раздвојеност судијске од тужилачке функције. Потпору независности судова чини и немогућност вансудских органа да мењају судске одлуке, сем у случајевима амнестије и помиловања.¹⁸

Непристрасност суда представља, исто тако, компоненту правичног судског поступка. Она се огледа у чињеници да “судије не смеју да имају унапред формирана мишљења о случају који имају пред собом, као и да не смеју поступати на начин који фаворизује интересе једне стране у спору”.¹⁹ Суд оцењује применом субјективног и објективног теста. Код субјективне непристрасности, Суд захтева постојање стварних предрасуда од стране судије.²⁰ Према објективном тесту, мора бити утврђено да ли је, потпуно одвојено од личног понашања судије, било доказивих чињеница, које могу узроковати сумњу у непристрасност.²¹ Из одлука Европског суда за људска права произлази да је непристрасност суда нарушена када је исто лице у истом предмету вршило две функције (оптужбе и суђења, истражну и судећу), када је судија пре доношења одлуке дао негативан суд о одбрани оптуженог, када постоји

¹⁷ Основни принципи независног судства, усвојени на седмом конгресу УН о спречавању злочина и поступању са учиниоцима кривичних дела, одобрених на Генералној скупштини ОУН 1985. године

¹⁸ „Основни принципи независности судства“, *Право на правично суђење* – приручник, Београд, 2002, стр. 101.

¹⁹ N. Mol, K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje*, Vodič za primenu člana 6. Konvencije o ljudskim pravima, str. 11.

²⁰ Ibid, strana 62.

²¹ Fey v. Austria, no. 14396/88 (26/11/1992) § 30

ризик од притиска на судске органе.²² Установа изузећа, предвиђена процесним законодавствима, увелико доприноси остварењу циљева непристрасности суда.

4. Право на правичну, јавну и експедитивну расправу

Правда ће бити доступна ако се одлука о основаности оптужбе окривљеног донесе након правичне и јавне расправе у кривичном поступку, у коме су испоштовани основни захтеви експедитивности суђења. Расправа ће бити правична, ако се створе оптималне нормативне претпоставке за изјашњавање кривичнопроцесних странака о кривичној ствари, уз правом предвиђену могућност за изношење става о исказу супротне странке. При изношењу сопственог става о кривичној ствари странке мора да имају истоветан процесни положај. У томе се огледа суштина принципа “једнакости оружја”, као најважније гаранције права на одбрану. Уколико, пак, окривљени буде ограничаван у остваривању одбране (нпр. ако му се ускрати приступ вештацима, уколико не добије информације неопходне за припрему одбране, ако му буде онемогућено да присуствује претресу пред судом правног лека и слично), нарушиће се принцип “једнакости оружја”, а тиме и правичност суђења.

Јавност кривичног поступка је кључна претпоставка за реализацију основних постулата доступности правде. Правичност поступка судског одлучивања о основаности оптужбе окривљеног немогућа је без реализације начела јавности, нарочито у централној фази кривичног поступка – главном претресу. Одредбама Законика о кривичном поступку афирмише се начело јавности (чл. 362–366) које има и ранг уставног начела (чл. 32 ст. 3 Устава Србије). Уважавајући европске стандарде који се односе на правичност суђења, наш законодавац рестриктивно поступа при одређивању разлога за искључење јавности са главног претреса. Према одредби ЗКП, јавност се може искључити ако је “то потребно ради заштите интереса националне безбедности, чувања јавног реда, заштите морала, заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, као и због других оправданих интереса у демократском друштву” (чл. 363 ЗКП). Ако се упореде разлози за искључење јавности предвиђени у члану 6 Европске конвенције и нашим законодавством, може се запазити сличност у регулисању. Закоником о кривичном

²² J. Pradel, G. Konstens, *Droit pénal européen*, Paris, 2002, p. 383.

поступку Србије санкционисање незаконитог искључења јавности са главног претреса као апсолутне битне повреде одредаба кривичног поступка која *eo ipso* доводи до укидања пресуде у поступку по жалби (чл. 438 ст. 1 тач. 6 ЗКП) представља значајан *легислативни искорак* у смеру афирмисања стандарда *правичног суђења*. Обавеза образлагања решења о искључењу јавности (чл. 365 ЗКП), исто тако, доприноси остварењу права на правично суђење.

5. Право на суђење у “разумном року”

Суштина ове процесне гаранције окривљеног изражава се у познатој максими – одложена *правда је исто што и ускраћена правда*. *Ratio legis* права на суђење у разумном року је да се у што краћем временском периоду одлучи о основаности оптужбе, како би се без непотребног одлагања одлучило о судбини окривљеног. Непотребно одуговлачење кривичног поступка може се одразити негативно по права окривљеног тако што ће проузроковати мањкавост доказног поступка. Наиме, протеком времена може избледити памћење сведока, многи сведоци могу постати недоступни, трагови кривичног дела могу нестати. Предуго трајање кривичног поступка може повећати степен стигматизације окривљеног и поред респектовања претпоставке невиности.

При процени да ли је у конкретном кривичном поступку испоштовано право на суђење у разумном року, најпре би требало одредити временске координате у којима се одвија кривични поступак, тј. одредити моменат започињања и завршетка поступка. “Разумност” рока би требало ценити у односу на протек времена од прве радње органа кривичног гоњења уперене против осумњиченог до правноснажности судске одлуке.

Људска права окривљеног биће угрожена ако се кривични поступак не оконча у “разумном року”, нарочито уколико је окривљеном одређен притвор. Стога, принцип *правичности суђења* налаже да се што јасније прецизира значење правног стандарда “разумни рок”. Становиште је Европског суда за људска права да се разумни карактер трајања кривичног поступка процењује на основу следећих критеријума: сложеност случаја, понашање тужиоца и став надлежних власти.²³

Трајање кривичног поступка зависи, свакако, од сложености утврђивања чињеничне и правне заснованости оптужбе. На сложеност

²³ Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, књига 1, Београд, 2007, стр. 262.

овог поступка утичу природа кривичног дела, евентуално постојање неких од видова конекситета кривичне ствари, број сведока, квантитет и квалитет доказног материјала. Сложеност расветљења кривичних ствари увећана је у случајевима организованог криминала, код вишеструких убистава, кривичних дела са елементом иностраности, терористичких аката те је, стога, потребан комплексан приступ при чињеничној реконструкцији и правном оформљењу ових кривичних ствари.

Експедитивност кривичног поступка, као предуслов правичности суђења, зависи и од понашања овлашћеног тужиоца. Уколико тужилац злоупотребљава своја процесна овлашћења, такво поступање неће допринети окончању поступка у “разумном року” и правичном суђењу. Трајање кривичног поступка зависи и од понашања несудских државних органа, поготово законодавне власти која креира правосудни систем, али и од понашања окривљеног (који се може користити правом на ћутање, може злоупотребљавати установу изузећа и слично).

Међународни стандарди права на правично суђење предвиђени Међународним пактом о грађанским и политичким правима и Европском конвенцијом прихваћени су одредбама чл. 14 ЗКП, којима се предвиђа да је суд дужан да спроведе кривични поступак без одуговлачења. Суд је, такође, дужан да спречи злоупотребу права, срачунату на одуговлачење поступка. Нормативна потпора права на правично суђење ојачана је обавезом јавног тужиоца да, у случају да не оконча истрагу у року од шест месеци, односно годину дана, када поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, обавести непосредно вишег јавног тужиоца о разлозима за то (чл. 310 став 2 ЗКП), дужношћу председника судећег већа да закаже припремно рочиште најкасније 30 дана, ако је окривљени у притвору, односно у року од 60 дана, ако је на слободи, од пријема оптужнице у суду (чл. 346 ст. 1 ЗКП), предвиђањем рока у коме се мора писмено изградити објављена пресуда (чл. 427 ст. 1), као и предвиђањем мера за убрзање поступка. Уистину, остварењу *правичности поступка* не доприноси чињеница да су ови рокови инструктивне природе, тј. за прекорачење овог рока не постоји санкција за јавног тужиоца, односно суд.

6. Обавезност одбране окривљеног и сиромашко право

Доступност правде подразумева да судови приликом одлучивања о основаности кривице појединих лица омогуће стручну помоћ за

реализацију одбране тих лица. Међутим, у појединим ситуацијама право на стручну помоћ при вршењу одбране трансформише се у обавезу пружања стручне помоћи. Окривљени, као оригинерни титулар права на одбрану, снагом императивних законских норми добија стручног помоћника у лику браниоца. У томе се огледа суштина института обавезне одбране.

За наступање обавезне одбране потребно је испуњење одређених услова. Прву групу услова чине околности везане за *личну хендикепираност окривљеног*, које за последицу имају ограничавање или чак онемогућање остваривања одбране. Наиме, обавезна је одбрана ако је окривљени глув, нем или неспособан да се сам брани (чл. 74 ст. 1 тачка 1 ЗКП). Неспособност за самостално остваривање одбране постоји и у случају извршења кривичног дела у стању *неурачунљивости*, због чега наступа обавезна одбрана у поступку за изрицање мера безбедности медицинског карактера (чл. 74 ст. 1 тачка 7 ЗКП). Одбрана је обавезна у кривичном поступку према малолетницима (чл. 49 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица).

Једна од околности која доводи до установљава обавезне одбране је и *тежина кривичног дела*. Законодавац је имао у виду општу друштвену опасност кривичних дела и одредио и њихову апстрактну тежину, која се рефлектује на врсту и висину запређене казне. С обзиром на тежину кривичног дела, обавезна одбрана је предвиђена ако се окривљеном ставља на терет извршење кривичног дела за које се може изрећи казна затвора од осам и више година (чл. 74 ст. 1 тачка 2 ЗКП).

Трећу групу услова који доводе до наступања обавезне одбране чине околности *процесне природе*. То је, најпре, случај када је окривљеном одређен притвор, или је задржан или му је забрањено да напушта стан (чл. 74 ст. 1 тачка 3 ЗКП). Обавезност одбране постоји и када се окривљеном суди у одсуству (чл. 74 ст. 3 тачка 4 ЗКП). Најзад, окривљени мора имати браниоца ако се главни претрес одржава у одсуству окривљеном, услед неспособности коју је сам изазвао, као и ако је услед нарушавања реда удаљен из суднице (чл. 74 ст. 1 тачка 5 и 6 ЗКП). Одбрана је обавезна и када се претрес пред другостепеним судом одржава у одсуству окривљеног (чл. 74 ст. 1 тачка 9 ЗКП), и у случају преговора о закључењу споразума о признању кривичног дела (чл. 74 ст. 1 тачка 8 ЗКП). У свим наведеним процесним ситуацијама окривљени је дужан да изабере браниоца, а ако он то не учини председник суда

ће по службеној дужности поставити браниоца за даљи ток кривичног поступка.

Слабо материјално стање окривљеног представља околност на основу које се заснива одбрана сиромашних, као подврста обавезне одбране. Право окривљеног на *бесплатну стручну помоћ* (тзв. сиромашко право) браниоца део је каталога људских права, садржаног у најзначајнијим међународноправним документима из области заштите људских права. *Међународним пактом о грађанским и политичким правима* предвиђа се право окривљеног да се брани уз стручну правну помоћ а, ако интереси правде то захтевају, да му се постави бранилац по званичној дужности уколико нема довољно средстава (чл. 14 ст. 3д). *Европска конвенција* право на бесплатну правну помоћ третира у склопу права на правично суђење. Као постулат правичности суђења, тзв. “сиромашко право” конституише се ако онај који је оптужен за кривично дело нема довољно средстава да плати правну помоћ, а “интереси правде” захтевају да добије бесплатну правну помоћ (чл. 6 ст. 3ц).

Америчком конвенцијом, право на бесплатну помоћ браниоца предвиђа се у склопу минималних гаранција у кривичном поступку. Сходно одредби чл. 8 (2е), окривљени има неотуђиво право на помоћ браниоца кога обезбеђује држава, ако се оптужени не брани сам или не ангажује браниоца у законом предвиђеном року. Плаћање тако ангажованог браниоца зависи од одредаба унутрашњег права. Право на бесплатну правну помоћ део је корпуса људских права предвиђеног *Резолуцијом Афричке комисије* (принцип 22). Право на бесплатну правну помоћ сиромашним окривљеним предвиђа и *Конвенција о основним правима у Европској унији* (усвојена у Ници 2000. године). Из одредбе чл. 47 ст. 3 ове конвенције произлази да имовно стање окривљеног не сме бити препрека “ефикасном приступу правди”. Право на бесплатну правну помоћ браниоца по службеној дужности прописано је *Римским статутотом Међународног кривичног суда* (67. 1. б), као и *Статутотом ad hoc Међународног кривичног суда за бившу Југославију* (чл. 2 ст. 4д).

Европски суд за људска права својим је одлукама дао значајан допринос заштити права окривљеног, садржаној у чл. 6 ст. 3ц Европске конвенције. Иако из Европске конвенције произлази да окривљени одлучује да ли ће се бранити сам или уз помоћ браниоца, пракса Европског суда показује да воља окривљеног у погледу начина супротстављања оптужби није апсолутно суверена. Из одлуке Европског суда у случају *Croissant против Немачке* проистиче да захтев да се окривљеном додели

бранилац пред домаћим судом не противречи одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.²⁴

Право на бесплатну правну помоћ окривљеном слабијег материјалног стања подразумева да та помоћ мора бити *ефективна и делотворна*. Обавезе судске власти се не исцрпљују постављањем браниоца по службеној дужности. Суд је обавезан да браниоца који је спречен да пружи правну помоћ сиромашном окривљеном, или који избегава да је пружи, замени, или да га натера да испуњава своје обавезе.²⁵

Из стилизације одредаба најзначајнијих међународноправних докумената из области заштите људских права произлази да право на бесплатну правну помоћ окривљеног постоји ако окривљени нема довољно материјалних средстава за ангажовање браниоца, уз истовремено постојање интереса правде за доделу правне помоћи.²⁶ Низом својих одлука, Европски суд за људска права дао је креативан допринос поштовању ових услова од стране домаћих судова. Додуше, у судској пракси овога суда није се као спорно постављало питање тумачења недовољности материјалних средстава окривљеног. Имајући у виду природу одбране сиромашних, свакако да је терет доказивања недостатка средстава за ангажовање браниоца на окривљеном. Стога се “интерес правде” јавља као врло значајан критеријум за одлучивање о потреби доделе браниоца по службеној дужности. У пракси суда су се као елементи постојања интереса правде за постављењем браниоца сиромашним окривљеним искристалисали: сложеност датог случаја; способност окривљеног да изнесе релевантне аргументе без помоћи (тзв. субјективни тест), тежина запрећене казне за извршено кривично дело, као и, у начелу, лишење слободе окривљеног.²⁷ Становиште је Европског суда за људска права да за кршење права окривљеног на бесплатну правну помоћ није неопходно да се докаже да је ускраћивање помоћи проузроковало стварну штету. Уколико би то био случај, одредбе Европске конвенције о праву на бесплатну правну помоћ биле би лишене сваког смисла.²⁸

Према члану 77 ЗКП, окривљеном који није у стању да плати трошкове браниоца, поставиће му се на његов захтев. Потребно је да

²⁴ Croissant v. Germany, no. 13611/88 (25/09/1992), §32.

²⁵ Artico v Italy, no. 6694/74 (13/05/1980) §33

²⁶ С. Кнежевић, „Правото на обвинетиот на бесплатна правна помош“, *Македонска ревија за казнено право и криминологија*, Скопје, бр. 2-3/2008, стр. 713.

²⁷ *Компатибилност југословенског права са Европском конвенцијом о људским правима*, Београд, 2003, стр. 154.

²⁸ Artico v Italy, no. 6694/74 (13/05/1980) §35.

је испуњен неки од услова за обавезну одбрану и ако се води кривични поступак за кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко три године. Сиромашко право је могуће и за лакша кривична дела, из разлога правичности.

7. Право на делотворни правни лек и доступност правде

Доношење пресуде на мора да значи да је кривични суд донео коначну одлуку о основаности оптужбе против окривљеног. Интереси законитости, правилности поступања суда, али и *правичности*, налажу постојање права на иницирање поступка преиспитивања чињеничне и правне утемељености донете пресуде.

Право на делотворан правни лек представља једну од процесних гаранција правичности суђења, као предуслова доступности правде. Као такво, оно је садржано у Међународном пакту о грађанским и политичким правима (чл. 14 ст. 5). Међутим, интересантно је напоменути да Европска конвенција у изворном тексту не предвиђа ово право, већ је то учињено тек Протоколом бр. 7 (чл. 2)! Овим чланом Протокола предвиђају се и нека ограничења у остваривању овог права. Сходно чл. 2 ст. 2 Протокола бр. 7 уз Европску конвенцију, од права на жалбу се може одступити ако су у питању лакша кривична дела, када је одступање дозвољено законом, односно у случајевима у којима је окривљеном у првом степену судио највиши суд у земљи или је окривљени оглашен кривим поводом жалбе против ослобађајуће пресуде. Право на жалбу и друго правно средство против одлука којим се решава правима, обавезама или на законом заснованом интересима предвиђено је и Уставом Републике Србије (чл. 36 ст. 2).

Правда ће бити достижна ако је у поступку по жалби омогућено суштинско преиспитивање побијане пресуде. Ако би се преиспитивање пресуде ограничило само на *правне* недостатке пресуде (тзв. касација), а да преиспитивање чињеничног стања остане ван домаћаја суда правног лека, може се сматрати да гаранције права на правично суђење нису испоштоване. Наиме, разматрање жалбе би требало да представља нешто више од формалног проверавања процедуралних захтева.

Све гаранције права на правично суђење у првостепеном поступку морају важити и у поступку по жалби, поготово ако се пред друго-

степеним судом одржава претрес. То значи да и у поступку по жалби окривљени има право на адекватно време и могућности за реализацију одбране, мора бити обавештен о поступцима супротне странке, по жалби мора одлучивати независни, компетентни, непристрасни и на закону засновани суд, поступак пред судом правног лека се мора окончати у “разумном року” и слично.

Из одредаба Законика о кривичном поступку Србије произлази да је нормативни израз права на жалбу у нашем правном систему усклађен са међународним стандардима правичног суђења. Понајпре, и у овом делу кривичног поступка окривљени има право на стручну одбрану (чл. 72 ст. 2 тачка 4 ЗКП). Затим, окривљени мора одмах по изрицању првостепене пресуде бити обавештен о праву на изјављивање жалбе, а обавештење о овом праву мора да садржи и отправак пресуде који се доставља окривљеном (чл. 426 ст. 1 ЗКП). Поред тога, на путу остваривања постулата правичности суђења су и законом предвиђене *процесне концесије окривљеног* у поступку иницираном жалбом. Окривљени је као, по правилу, праву невична странка, привилегован у погледу садржаја изјављене жалбе. Жалба коју је изјавио окривљени који нема браниоца узмеће се у разматрање, чак и ако не садржи све законом предвиђене елементе. Довољно је да се може утврдити на коју се пресуду односи. У функцији побољшања процесног положаја окривљеног, као *гарантије правичности суђења*, јесте и законом прописано проширивање обима преиспитивања побијане пресуде (чл. 451 ЗКП), као и забрана измене пресуде на штету окривљеног ако је изјављена жалба само у корист окривљеног (чл. 453 ЗКП).

Нормативни оквир остваривања права на жалбу предвиђен Закоником о кривичном поступку Србије не омогућује у пуном опсегу реализацију права на усмену расправу, као гаранта правичности суђења. За разлику од првостепеног поступка, одржавање претреса пред судом правног лека је *изузетна* могућност. Одржавање претреса пред другостепенним судом је могуће када је због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања потребно извођење нових доказа и ако постоје оправдани разлози да се предмет не враћа првостепеном суду (чл. 449 став 1 ЗКП). Ово ограничење права на усмену расправу, мотивисано разлозима процесне економије, не представља брану реализовању права на правично суђење.

Основни постулати доступности правде претпостављају да окривљени може присуствовати одлучивању у поступку по жалби (чл.

14 ст. 3 тач. д Међународног пакта о грађанским и политичким правима), нарочито ако суд правног лека има могућност да преиспитује правну, али и чињеничну утемељеност пресуде. У том смеру се креће и пракса Европског суда, према којој је жалбени суд дужан да позове и саслуша окривљеног ако се у поступку по жалби разматрају чињенична и правна питања.²⁹ Притом су стандарди правичног суђења испуњени ако је поступку по жалби присуствовао изабрани бранилац окривљеног. Међутим, из јуриспруденције Европског суда произлази да апелациони суд који разматра *само правна питања* нема обавезу позивања и саслушања окривљеног.³⁰

8. Право на одштету због грешке суда

Доступност правде подразумева постојање права “жртва неправичног поступка” да од државе траже накнаду штете. Она се сматра нарушеним “ако је учињен озбиљан пропуст у судском поступку који је био на штету осуђеног”.³¹

Ово право окривљеног обухвата права по основу неосноване осуде и због неосновано примењене процесне принуде. Као такво, предвиђено је најзначајнијим међународноправним документима из области заштите људских права. Према одредби чл. 14 ст. 6 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, “када се укине коначна кривична пресуда или када је лице помиловано због тога што нове или новооткривене чињенице указују на одсуство правде у поступку, лице које је кажњено на основу те пресуде биће обештећено у складу са законом, осим ако се не докаже да се неблагоприятно откривање чињеница у целини или делимично има њему приписати”. Сагласно овом међународноправном акту, право на обештећење имају и лица *незаконито* ухапшена или приговорена (чл. 9 ст. 5).

Европска конвенција у изворном тексту не предвиђа право окривљеног на накнаду штете због неосноване осуде. Међутим, Протокол бр. 7 уз Конвенцију право на накнаду штете имају лица која су правноснажно осуђена, а касније је њихова пресуда била укинута на основу неке новооткривене чињенице која неспорно указује на греш-

²⁹ *Botten v Norway*, no. 16206/90 (19/02/1996), §52.

³⁰ *Tripodì v Italy*, no. 13743/88, (22/02/1994), §28,31.

³¹ Извештај Савета Европе, о тумачењу Протокола бр. 7 Европске конвенције, 1985.

ку суда, осим ако се докаже да је то лице одговорно за неблаговремено откривање чињеница. Првобитни текст Европске конвенције, међутим, предвиђа право незаконито ухапшених и притворених лица на накнаду штете (чл. 5 ст. 5).

Правда ће бити доступна ако се санкционишу не само *незаконита* лишења слободе, већ и неоснована. Незаконита лишења слободе обухватају само део неосновано предузетих лишења слободе, јер се неоснованост притварања цени с обзиром на епилог кривичног поступка, а незаконитост постоји само ако у моменту одређивања нису постојали услови за лишење слободе (што је ређи случај).³² Устав Србије уважава максималан домашај права на накнаду штете због грешке суда, јер прокламује право лица *без основа* лишених слободе (чл. 35).

Законик о кривичном поступку Србије регулише права лица неосновано осуђених и без основа осуђених на накнаду штете, рехабилитацију и остваривање других права у Поглављу XXV (чл. 583–593). Право на накнаду штете имају лица чија је првобитна осуда *анулирана* у поступку ванредним правним леком (доношењем ослобађајуће пресуде, пресуде којом се оптужба одбија и обуставом поступка иницираног ванредним правним леком). Тиме је проширен домашај овог права у односу на међународне стандарде. Исто тако, круг тзв. негативних претпоставки предвиђен овим законом максимално респектује међународне стандарде правичног суђења. На свеобухватнији начин од међународноправних аката регулисано је право лица без основа лишених слободе, чиме су *проширен обим заштите* права ових лица садржан у међународноправним документима о заштити људских права!

9. Закључак

Епилог спроведеног кривичног поступка мора бити законита, правилна, али и правична судска одлука о основаности кривице окривљеног. Основни постулати правичности претпостављају да окривљени мора бити у прилици да реализује своју одбрамбену тезу. Претпоставка за то је адекватан нормативан оквир за остварење функције одбране и права из корпуса права на правично суђење. Предуслов за остваривање постулата правичности у кривичном поступку је да се обезбеди једнакост

³² С. Кнежевић, „Међународноправни стандарди права на одштету због грешке суда“, Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник радова Ниш, 2008, стр. 228.

грађана пред законом и судовима. Своја права на одговарајући судски поступак морају се остваривати пред независним, непристрасним, компетентним и на закону заснованом суду. Никакви хендикепи биолошке, социјално-економске и процесне природе не смеју бити препрека доступности правди.

Доступност правди подразумева да се судска одлука може донети само након јавне, правичне и експедитивне расправе. Исто тако, одлука мора бити донета у одговарајућим временским координатама. Правичност налаже и да се предвиде адекватни механизми иницирања преиспитивања чињеничне и правне утемељености донете судске одлуке. Ако, и поред свих гарантија законитости и правичности, осуда или ограничење личне слободе буду неосновани, потребно је предвидети инструменте за заштиту права жртава неправичног поступка.

Литература

Pradel, J., Konstens G., *Droit pénal européen*, Paris, 2002.

Димитријевић, В., Пауновић, М., *Људска права – уџбеник*, Београд, 1997.

Кнежевић, С., „Међународноправни стандарди права на одштету због грешке суда“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Зборник радова, Ниш, 2008.

Кнежевић, С., „Правото на обвинетиот на бесплатна правна помоћ“, *Македонска ревија за казнено право и криминологија*, Скопје, бр. 2-3/200.

Лич, Ф., *Обраћање Европском суду за људска права*, књига 1, Београд, 2007.

Мол, Н., Харби К., „Право на правично суђење“, *Водич за примену члана 6. Европске конвенције о људским правима*, Београд, 2007.

INTERIGHTS Приручник за правнике – *Право на правично суђење према Европској конвенцији о људским правима* (члан 6), 2006.

Правично суђење – приручник, Београд, 2000.

LEGISLATIVE BASIS FOR AVAILABILITY OF JUSTICE IN SERBIAN CRIMINAL PROCEEDINGS

Saša Knežević, PhD*

Ivan Ilić, PhD**

Conclusion

The epilogue of the criminal procedure conducted must be a lawful, correct, but also a fair court decision on the guilt of the defendant. The basic postulates of justice presuppose that the defendant must be able to realize his defense thesis. The presumption for this is an adequate normative framework for the exercise of the function of defense and rights from the corpus of the right to a fair trial. The precondition for the realization of the postulate of justice in criminal proceedings is to ensure equality of citizens before the law and courts. Their rights to appropriate court proceedings must be exercised against an independent, impartial, competent and law-based court. No disabilities of biological, socio-economic and process nature should be an obstacle to access to justice. Accessibility to justice implies that a court decision can be made only after a public, fair and expeditious trial. Likewise, the decision must be made in the appropriate time coordinates. Equity requires and anticipates adequate mechanisms for initiating a review of the factual and legal basis of a court decision. If, despite all guarantees of lawfulness and justice, conviction or restriction of personal liberty are unfounded, it is necessary to foresee instruments to protect the rights of victims of unfair treatment.

* Faculty of Law in Niš

** Faculty of Law in Niš

ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ – НОВИНЕ У ПРАВНОМ ОКВИРУ И ПРАКТИЧНОМ ПОСТУПАЊУ

Др Миле Шикман*
Др Велибор Бајичић**

Апстракт: Посебне истражне радње, од увођења у кривичнопроцесно законодавство 2003. године, биле су предмет научних и стручних расправа. Углавном је заузиман став да је њихова примјена неопходна у сузбијању најтежих облика криминалитета, с једне стране, док је истовремено повећан ризик од ограничавања основних људских права и слобода, с друге стране. Због тога је као императив постављено достизање равнотеже између примјене ових мјера и радњи (само ако је то заиста неопходно) и заштите гарантованих права и слобода грађана (њихово ограничавања онолико колико је потребно). Може се поставити питање колико се у томе успјело, односно питање њихове адекватности у откривању и доказивању најтежих кривичних дјела. Током вишегодишње примјене посебних истражних радњи (15 година) успостављена је одређена судска и криминалистичка пракса, која може да одговори на нека од постављених питања, али и да укаже на нове дилеме и проблеме у њиховој практичној примјени. Истовремено, Европски суд за људска права заузео је читав низ ставова по овим питањима, а вођени су и поступци за заштиту законитости пред Уставним судом БиХ, што је створило обавезу усклађивања правног оквира и практичног поступања у примјени посебних истражних радњи. Законодавац у Републици Српској, током 2018. године, унио је одређене измјене у овом смислу у Закону о кривичном поступку (у погледу кривичних дјела за која се могу одредити примјена посебних истражних радњи и замјена

* Министарство унутрашњих послова Републике Српске, Трг Републике Српске бр. 1, 78000 Бања Лука, e-mail: milesikman79@gmail.com

** Министарство унутрашњих послова Републике Српске

одређених израза који се користе у закону), што се у сваком случају може сматрати корак унапријед. С друге стране, остају дилеме у погледу осталих одредаба, а посебно оних које се тичу појединих посебних истражних радњи, које се уједно и најчешће примјењују, као што је надзор и техничко снимање телекомуникација. Ово питање додатно усложњава развој електронских комуникација (прије свега, појава нових облика комуникација), који је свакако превазишао законски оквир од прије 15 година. Предмет овог рада јесу поменуте, измијењене законске одредбе, као и практичне дилеме у примјени посебних истражних радњи, односно, надзора и техничког снимања телекомуникација.

Кључне ријечи: *посебне истражне радње, заштита људских права и слобода, надзор и техничко снимање телекомуникација.*

Увод

Посебне истражне радње су у кривичнопроцесно законодавство уведене као израз потребе сузбијања најтежих облика криминалитета, прије свега, организованог криминалитета и тероризма, али и усклађивања са међународним правним документима у овој области¹, а нарочито Конвенцијом Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета из 2000. године². Како се њиховом

¹ Први од међународних докумената који је нормирао неку од посебних истражних радњи била је Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанција из 1988. године. Њоме је дефинисана (чл. 1 т. г) и уведена (чл. 11) „контролисана испорука“ која означава технику истраге којом се незаконитим или сумњивим пошиљкама наркотика, психотропних супстанци, супстанци из Табеле I и Табеле II датих уз ову конвенцију или супстанци које их замењују, дозвољава да наставе пут, пређу преко територије или уђу на територију једне земље или више земаља, уз знање и под надзором њихових надлежних органа, ради идентификације лица умијешаних у чињење прекршаја утврђених у складу са чл. 3 ст. 2 Конвенције. Види детаљније: United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs And Psychotropic Substances, Vienna, 20 December 1988. Доступно путем интернета: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20VI/VI-19.en.pdf> приступљено 15.08.2018.

² Овом конвенцијом прописане су могућности примјене „специјалних истражних техника“, тако што, ако то дозвољавају основни принципи њеног домаћег правног система, свака држава потписница, у оквиру својих могућности и под условима прописаним њеним домаћим законодавством, предузима неопходне мјере да омогући одговарајуће коришћење контролисане испоруке и, тамо гдје процијени да је то цијелисходно, коришћење других специјалних истражних техника, као што је електронско праћење или други облици надзора и тајне операције, од стране надлежних органа на њеној територији за потребе ефикасне борбе против организованог криминала (чл. 20). Види детаљније: United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, New York, 15 November 2000. Доступно путем интернета: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVIII/XVIII-12.en.pdf> приступљено 15.08.2018.

примјеном привремено ограничавају основна људска права и слобода у поступку прикупљања података и доказа неопходних за спровођење кривичног поступка³, тако се и постављају захтјеви за њеним регулисањем у оквирима правне државе и владавине права⁴. Због значаја које слобода и права човјека имају у функционисању друштва, али сваког појединца, успостављени су механизми њихове заштите, како на међународном, тако и националном ниво. Ти механизми су, прије свега, садржани у бројним конвенцијама, директивама, законима и другим прописима чији је циљ заштита права и слобода грађана. То се постиже прописивањем посебних истражних радњи искључиво законом (принцип законитости), само у оним случајевима ако се на други начин, блажим доказним радњама, не могу прикупити и обезбиједити докази неопходни за успјешно вођење кривичног поступка (принцип супсидијарности). Поред тога, њихова примјена подразумијева да треба постојати сразмјера између повреде слобода и права грађана примјеном ових мјера и тежине кривичних дјела у чијем откривању и доказивању се оне примјењују (принцип сразмјерности), као и то да је суд једини орган који одобрава како примјену ових мјера тако и контролу законитости њихове примјене (принцип судског надзора)⁵.

Ипак, кривично процесно законодавство, условљено сложеношћу савремених држава и појавом нових облика криминалитета, није више стабилна грана праваб и као такво све више утиче на перманентно редефинисање равнотеже између људских права и слобода, с једне стране, и безбједности, с друге стране. Стално усложњавање и умножавање безбједносних изазова, ризика и пријетњи условљених наглим и брзим развојем технике и технологије, повезивањем држава и новим појавним облицима криминалитета створило је дилему коме дати предност, безбједности или прокламованим људским правима загарантованим законима и међународним конвенцијама⁷. С друге стране, заштита

³ Савјет/Вијеће Европе. (2005). *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*. Сарајево: Савјет/Вијеће Европе, стр. 350.

⁴ *Ибид.*

⁵ Шикман, М. (2011). *Организовани криминалитет*. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, стр. 306.

⁶ Стојановић, З. (2013). „Да ли је Србији потребна реформа кривичног законодавства?“, *Crimen* 4 (2/2013), 119–143, стр. 120.

⁷ Ово питање може се посматрати и на другачији начин. Потреба за безбједношћу и сигурношћу једна је од првих потреба, поред физиолошких, која се јавила код човјека. Тако, од првих видова организовања, тј. од првобитне заједнице можемо пратити еволуцију безбједности као људске потребе. У почетку, она се односила искључиво на одсуство страха и посједовање сигурности, да би касније безбједност као људска потреба, поред физичке сигурности, свој домашај проширила

људских права и слобода садржана је у уставима⁸, као највишим правним актима држава и загарантована Европском конвенцијом о људским правима и слободама⁹ (даље: ЕКЉП), бројним међународним споразумима и националним законодавствима¹⁰. У тежњи да се створи равнотежа између ових дијаметрално супротстављених захтјева државе, с једне стране, преко полиције и других субјеката надлежних за откривање и доказивање кривичних дјела, настоје да предуприједи безбједносне пријетње проширивањем својих надлежности и овлашћења¹¹, чиме неминовно све више ограничавају приватност грађана. У овом смислу, мислимо, прије свега, на примјену посебних истражних радњи у превентивне сврхе, што, иако није забрањено, јесте доста дискутабил-

и на забрану дискриминације, односно на поштовање једнакости и социјалне правде као и на поштовање људских права. У том смислу, схватање људске безбједности почива на поштовању личних права и слобода сваког појединца. Зато се данас људска безбједност, поред сигурности и безбједности од физичког угрожавања, нужно односи и на поштовање законских права сваког појединца. Такође, подразумијева се безбједност и сигурност у смислу поштовања и уживања грађанских слобода (слобода мисли и вјероисповијести), поштовања економских права (право на рад и социјалну безбједност), поштовања политичких права, као и права на основне потребе које се односе на храну, воду, ваздух, као и основне здравствене стандарде. Види: Драгојловић, Ј., Ђеранић, М. (2015). „Потребе за безбедношћу и сигурношћу у хијерархији људских потреба“, *Култура полиса*, XII(28), 291–299, стр. 296.

⁸ Уставно уређење Републике Српске, између осталог, темељи се на гарантовању и заштити људских слобода и права у складу са међународним стандардима (чл. 5 Устава Републике Српске), а ово питање регулисао је у Уставу Републике Српске, поглављу II Људска права и слободе (од чл. 10 до чл. 49). Види: Устав Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, број 21/92. – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.

⁹ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950. Доступно путем интернета: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf приступљено 18. 8. 2018.

¹⁰ Поред тога што се не прави јасна разлика између права грађана, с једне и стране, и њихових слобода, с друге стране, ради се о двије самосталне људске и друштвене вриједности које су међусобно испреpletане и нераздвојиво повезане, тако да не могу да постоје једна без друге. Под слободама се подразумијева могућност сваког грађанина да у складу са друштвеним вриједностима и потребама одлучују о свом понашању, водећи рачуна да при томе не повреди слободе других људи. Права грађанина односе се на њихово понашање и дјеловање на основу овлашћења која су им дата у складу са законом и другим прописима и користе се по слободном одређењу сваког човјека. Слободе и права човјека имају општељудски карактер и везане су за личност сваког човјека и обухватају личне слободе и права, економско социјална права и слободе и политичка или грађанска права и слободе. У: Јовашевић, Д., Митровић, Ј., Икановић, В. (2017). *Кривично право Републике Српске – посебни дио*, Бања Лука, стр. 50.

¹¹ У овом контексту пријетња и опасност све више, а мање кривично дјело, постају основ за кривичноправну реакцију, те се настоји реаговати већ на прве знаке пријетње и опасности. Ипак, треба бити опрезан јер безбједносна оријентација у кривичном праву увијек значи и заштитавање и ширење кривичноправне репресије. Види детаљније: Стојановић, З. (2011). „Превентивна функција кривичног права“, *Crimen* 2(1/2011), 3–25, стр. 5.

но са правног становишта¹². С друге стране, то доводи до захтјева да се успоставе бољи механизми заштите приватности и људских права. У актуелној теорији и пракси људских права, као пресудама Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП), више нико и не оспорава потребу њиховог већег или мањег ограничавања у ситуацијама када се то чини ради заштите извјесних општепознатих и општеприхваћених демократских вриједности¹³. Међутим, то истовремено не значи да државе имају неограничено дискреционо право да своје грађане подвргну тајном надзору, већ морају, без обзира на то за који се облик тајног надзора определијиле, утврдити одговарајуће и ефикасне гаранције заштите од њихове злоупотребе.¹⁴ Управо наведено потврђује став да је држава, у ограничавању права и слобода грађана, везана за одређене, горепоменуте, принципе¹⁵. У прилог наведеном иде и чињеница да је кривично-правна репресија легитимна само ако служи заштити основних права човјека и оних друштвених добара који су у функцији остваривања тих права.¹⁶ Поред тога, да би државни органи *condicio sine qua non* могли ефикасно да се супротставе организованом криминалитету и другим облицима тешког криминалитета, треба да им се обезбиједи посебне гаранције независности и самосталности, без којих кривично правосуђе

¹² Види: Ковачевић, М. (2014). „Тајни надзор комуникације – усклађеност са праксом Европског суда за људска права“, *Анали* 62(2), 164–179, стр. 172.

¹³ Наведено је заправо и садржано у чл. 8 ЕКЉП који прописује да сваки човјек има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке (ст. 1) и регулише да се јавне власти неће мијешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбједности, јавне безбједности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других (ст. 2). Сврха овог члана јесте да заштити појединца од својевољних потеза јавних власти. Види опширније: Роагна, И. (2012). *Заштита права на поштовање приватног и породичног живота, у складу са Европском конвенцијом о људским правима*, Стразбург: Вијеће Европе, стр. 11.

¹⁴ То се постиже означавањем круга лица према којима се може примијенити таква мјера, природу кривичних дјела која пружају основ за то, временске границе трајања мјере, услове за састављање записника о предузетој мјери, начине контроле записника, као и да предвиди разлоге за брисање и уништавање прикупљеног материјала. Наведени ставови изражени су у неким пресудама ЕСЉП, као што су: Клас и други против Њемачке, 1978, Малоне против Уједињеног Краљевства, 1984, Хувиг против Француске, 1990, Круслин против Француске, 1990. итд. Види опширније: Council of Europe. (2013). *Case Law Of The European Court Of Human Rights Concerning The Protection Of Personal Data*. DP (2013) Case Law. Strasbourg: Council of Europe. Доступно путем интернета: <https://rm.coe.int/case-law-of-the-european-court-of-human-rights-concerning-the-protecti/168073df85> приступљено 15. 8. 2018.

¹⁵ Симовић, М., Шикман, М. (2017). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, стр. 437.

¹⁶ Стојановић, З. (2009). *Коментар кривичног законика*, Београд: Службени гласник, стр. 368

за борбу против организованог криминалитета и корупције неће моћи да остварује своју надлежност у пуној мјери¹⁷.

Новине у закону о кривичном поступку у погледу посебних истражних радњи

Посебне истражне радње систематизоване су у Глави XVII Закона о кривичном поступку Републике Српске¹⁸ (даље: ЗКП РС) у чл. 234–240. Овај законски оквир постоји од 2003. године, када је усвојен нови ЗКП РС, који је у већој мјери био усклађен са одредбама осталих закона о кривичном поступку у Босни и Херцеговини¹⁹. Током 2018. године, законодавац је унио двије измјене²⁰: једна, која се тиче врсте кривичних дјела код којих се може наредити примјена посебних истражних радњи, и друга, којом се мијења израз једне законске одредбе. На овај начин, законодавац је извршио усклађивање са Одлуком Уставног суда БиХ број У-5/1621, новим Кривичним закоником Републике Српске²² (даље:

¹⁷ Илић, Г., Бошковић, М. (2015). *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: преглед из правосуђа*. Београд: Београдски центар за безбедносну политику, стр. 4.

¹⁸ Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/2012, 91/2017 и 66/2018.

¹⁹ Општепознато је да у Босни и Херцеговини, на принципима паралелне и подијељене надлежности, кривичнопроцесно законодавство чине четири закона о кривичном поступку. Посебне истражне радње прописане су сваким од њих, и то: Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Глава IX од чл. 116 до чл. 122, Законом о кривичном поступку Федерације БиХ, Глава IX од чл. 130 до чл. 136 и Законом о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ, Глава IX од чл. 116 до чл. 122. Упореди: Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009 и 72/2013, Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине ФБиХ“, бр. 35/2003, 56/2003 – испр., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013 и 59/2014 и Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 34/2013 – пречишћен текст и 27/2014.

²⁰ Закон о измјенама Закона о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 66/2018

²¹ Уставни суд Босне и Херцеговине у пленарном сазиву, у предмету број У 5/16, рјешавајући по поднесеном захтјеву, утврдио је да одредбе чл. 117 т. д) и чл. 118 ст. 3 Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине нису у складу са одредбама чл. I/2 у вези са чл. П/3.ф) Устава Босне и Херцеговине, о чему је донио дјелимичну одлуку о допуствости и меритуму. Истом одлуком налаже се Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине, у смислу чл. 72 ст. 5 Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, да у року од шест мјесеци од дана достављања ове одлуке обавијести Уставни суд Босне и Херцеговине о предузетим мјерама са циљем извршења ове одлуке. Иако ова одлука није била обавезујућа за законодавца у Републици Српској, очигледно је исти одлучио да изврши усклађивање одредаба ЗКП РС са неким приједлозима из наведене одлуке. Упореди: Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, „Службени гласник БиХ“, бр. 49/17.

²² Кривични законик Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/2017.

КЗ РС), међународним стандардима, али и приступио прецизнијем прописивању правне норме. Тако је прописано да се посебне истражне радње из чл. 234 ст. 2 овог закона могу одредити за кривична дјела: а) против уставног уређења и безбједности Републике Српске, б) против човјечности и вриједности заштићених међународним правом, в) против тероризма и г) за која се према Кривичном законнику може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна. Кривична дјела против уставног уређења и безбједности Републике Српске систематизована су у Глави XXII (од чл. 278 до чл. 298) КЗ РС, након које су систематизована кривична дјела тероризма у Глави XXIII (од чл. 299 до чл. 305). Овим групама кривичних дјела инкриминисана су и нека потпуно нова кривична дјела (Противзаконито формирање паравојних и параполицијских снага – чл. 287, Стварање групе или организоване криминалне групе за вршење кривичних дјела против уставног уређења Републике Српске – чл. 296, Стварање терористичких група или организација – чл. 301, Јавно подстицање на терористичке активности – чл. 302, Врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела – чл. 303, Формирање и обучавање група ради придруживања страним терористичким организацијама – чл. 304), за која је, ако су испуњени и остали законски услови, могуће примијенити посебне истражне радње. Ипак, најважнија измјена ове одредбе односи се на тачку г, којом је прописано да се посебне истражне радње могу одредити за кривична дјела за која се, према Кривичном законнику, може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна²³. Као што се уочава, сужен је круг кривичних дјела за која се могу одредити примјене посебних истражних радњи, тако што је општа граница запријеђене казне подигнута са три на пет година затвора. На овај начин, законодавац је ограничио примјену посебних истражних радњи на тежа кривична дјела, што је свакако и њихова сврха прописивања. Наведено је и у складу са поменутом одлуком Уставног суда БиХ број У-5/1624 у којој је, између осталог, наведено да се законодавац код одређивања кривичних дјела за која се могу одредити посебне истражне радње мора ограничити само на оно што је нужно у демократском друштву, односно, омогућити размјер између права на приватност и легитимног циља који се жели постићи примјеном те посебне истражне радње²⁵. Ипак, уочљиво је да је законо-

²³ У осталим законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини и даље је прописано да се посебне истражне радње могу одредити за кривична дјела за која се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна (чл. 117 т. д ЗКП БиХ, чл. 131 ЗКП ФБиХ и чл. 117 ЗКП БД БиХ).

²⁴ Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, „Службени гласник БиХ“, бр. 49/17.

²⁵ *Ibid.*

давац задржао ранији начин одређења кривичних дјела за која се могу одредити посебне истражне радње, одређујући поједина кривична дјела или групе кривичних дјела која, због своје специфичности, без обзира на прописану казну, захтијевају да буду обухваћена законском одредбом кривичних дјела за која се могу одредити посебне истражне радње, као и прописивање минималног оквира запријећене казне од пет година. Иако је овај начин признат²⁶, пракса многих земаља, укључујући упоредна законодавства у Србији²⁷ и Хрватској²⁸ одлучује се за одређивање листе кривичних дјела за која се могу одредити посебне истражне радње. На овај начин, ова материја се потпуно прецизно регулише, не остављајући простор за непотребна тумачења, јер иако је повећана доња граница казне која се може изрећи (најмање пет година), у ову групу улазе сва она кривична дјела за која се може изрећи казна затвора најмање пет година или тежа казна, међу којима се налазе кривична дјела код којих је посебни минимум пет година.

Другом измјеном, законодавац је у дијелу који се тиче надлежности за одређивање и трајање истражних радњи, у чл. 236 у ст. 3, ријечи: „из посебно важних разлога“ замијенио ријечима: „ако оне дају резултате и постоји разлог да се настави са њиховим спровођењем ради прикупљања доказа“. Ове измјене су битне због тога што су многе пресуде оспораване управо у погледу продужавања трајања посебних истражних радњи. Наиме, дијелом одредбе који гласи „посебно важних разлога“ повријеђено је начело владавине права и право на правично суђење зато што није јасан и транспарентан и оставља могућност арби-

²⁶ Нпр. у Словенији мјере тајног надзора могу се одредити, поред таксативно наведених кривичних дјела, и за она кривична дјела за која је предвиђена казна затвора од пет година или тежа казна (чл. 149а ст. 4. т. 1 ЗКП Словеније), односно мјера надзора електронских комуникација путем прислушкивања и снимања, као и контролу и обезбјеђивање доказа о свим облицима комуникације пренијетих у електронској комуникационој мрежи, за она кривична дјела за која је законом прописана казна затвора од осам година или тежа казна (чл. 150 ст. 3 ЗКП Словеније). У Црној Гори, мјере тајног надзора могу се наредити за кривична дјела за која се може изрећи казна затвора у трајању од десет година или тежа казна (чл. 158 ст. 1 ЗКП Црне Горе), као и таксативно наведена друга кривична дјела. Види детаљније: *Zakon o kazenskem postopku (uradno prečišćeno besedilo)* (ZKP-UPB8), „Uradni list RS“, št. 32/2012; Законик о кривичном поступку, „Службени лист ЦГ“, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Одлука УС ЦГ, 2/2015 – Одлука УС ЦГ и 35/2015.

²⁷ То је у Србији учињено чл. 162 ЗКП Србије. Види: Законик о кривичном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

²⁸ У Хрватској каталог кривичних дјела за која се могу одредити посебне доказне радње прописан је чл. 334 ЗКП Хрватске. Види: Закон о казненом поступку, „Народне новине“, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11. – прочишћени текст, 91/12. – Одлука Уставног суда Републике Хрватске, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

трарног тумачења и поступања тијела пред којим се води поступак²⁹. То због тога што не само да „образложени приједлог тужиоца“ није био образложен, већ је садржао синтагму „из посебно важних разлога“. Тако је најчешћа пракса судова приликом доношења наредбе којом се одређује примјена посебних истражних радњи, била да се препише законски основ за примјену посебних истражних радњи, не образлажући посебно нити основе сумње у погледу извршеног кривичног дјела, нити разлоге због чега се докази не могу прибавити на други начини, нити образлаже несразмјерне потешкоће у погледу прибављања доказа редовним радњама доказивања³⁰. Идентична ситуација је била и приликом достављања приједлога за продужење примјене посебних истражних радњи. Досадашња судска пракса, слично као и код одређивања посебних истражних радњи, указује на то да постоје недостаци у погледу образлагања, односно, необразлагања разлога продужења посебних истражних радњи, те се њихова примјена ограничава на законски максимум предузимања истих (до шест мјесеци)³¹. Оваква судска пракса је донекле исправљена посљедњих година, а нарочито након пресуда ЕСЈП у два случаја (Драгојевић против Хрватске³², 2015. године и Башић против Хрватске³³, 2016. године) у којима је Суд утврдио повреде права на приватност и породични живот (чл. 8 ЕКЈП) с обзиром на то да у оба предмета налози судије истраге за спровођењем посебне доказне радње надзора и снимања телефонских разговора окривљених нису били ваљано

²⁹ Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, „Службени гласник БиХ“, бр. 49/17.

³⁰ На примјер, Окружни суд у Бањој Луци по судији за претходни поступак, одлучујући о приједлогу Окружног тужилаштва Бањалука број Кта. 164/05 од 14. 6. 2005. године, за одређивање посебних истражних радњи према осумњиченим (наведена имена и презимена), против којих се води истрага због постојања основане сумње да су извршили кривично дјело недозвољена производња и промет опојних дрога из чл. 224 ст. 2 Кривичног закона Републике Српске, на основу чл. 228 ст. 1 ЗКП РС, дана 15. 6. 2005. године, издао је наредбу према напријед наведеним осумњиченим „за које постоје основи сумње“ да су извршиоци кривичног дјела. Недозвољена производња и промет опојних дрога из чл. 224 ст. 2 КЗ РС, за које се може изрећи казна затвора преко три године, „пошто се на други начин не могу прибавити докази или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама“, не образлажући разлоге усљед којих се докази не могу прибавити на други начин или би то било повезано са несразмјерним потешкоћама. Према: Кривични предмет: Окружни суд Бањалука бр. Кпп-19/05 од 10. 6. 2005. године. У: Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине. (2006). Модул 1, Кривична област –Истражни поступак, Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине, стр. 155. Цитирано у: Шикман, М. (2017). „Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свјетлу одлука Европског суда за људска права“. *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана послје) – кривичноправни аспект*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (401–416).

³¹ Шикман, М. (2017). *оп. цит.*, стр. 409.

³² Case of Dragojević v. Croatia, Application no. 68955/11, Judgment, Strasbourg, 15 January 2015.

³³ Case of Bašić v. Croatia, Application no. 22251/13, Judgment, Strasbourg, 15 December 2016

образложени, иако су према изричитој законској одредби то морали бити³⁴. Због тога унесене измјене представљају мјерљив критеријум, јер се већ након мјесец дана примјене посебних истражних радњи може утврдити да ли оне дају резултат или не, тј. да ли прикупљени докази дају основ и разлог да се настави са њиховим спровођењем, за разлику од неодређеног термина „посебно важних разлога“ из кога не произлази на шта се посебно важни разлози односе³⁵. Уколико то није случај, судија за претходни поступак ће писаним налогом, без одгађања, обуставити извршење предузетих радњи (чл. 236 ст. 5 ЗКП РС). На овај начин, осигураће се остваривање принципа сразмјерности примјене посебних истражних радњи, док ће се истовремено ограничавање људских права и слобода свести на минимум (онолико колико је потребно).

***De lege ferenda* посебних истражних радњи у Републици Српској**

Поред наведеног, може се поставити питање због чега законодавац није извршио и неке друге измјене, које су и те како биле предмет критике и расправа у протеклом периоду. Можемо почети од назива ових радњи, иако ово питање и није посебно важно. Ове радње се често означавају као специјалне доказне радње, односно, специјалне истражне технике јер представљају одређене начине прикупљања доказа који су по свом карактеру атипични, те се примјењују само у односу на нека кривична дјела³⁶. Такође, често се називају тајне методе или прикривене операције³⁷ (нпр. у Сједињеним Америчким Државама), односно, прикривене истраге (нпр. у Њемачкој)³⁸ којима се изражава њихова основна

³⁴ Шикман, М. (2017). *оп. цит.*, стр. 407.

³⁵ Наведено је и у складу са стандардима ЕСЈП, будући да се ради о тајним мјерама које нису подложне преиспитивању од стране лица на која се оне односе или шире јавности, било супротно владавини права да се законска дискреција додијељена извршној власти или судији очитује у облику неограничених овлашћења, тако да закон мора довољно јасно прописивати обим такве дискреције додијељене надлежним тијелима, те начин њеног остваривања који појединцу јамчи одговарајућу заштиту од произвољног мијешања. У: Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, „Службени гласник БиХ“, бр. 49/17.

³⁶ Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*. Београд: Службени гласник, стр. 277.

³⁷ Лукић, Т. (2005). „Откривање и доказивање кривичних дела организованог криминала у Србији – контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела као посебна мера откривања и доказивања кривичних дела организованог криминала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 39(3), Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 79-93, стр. 83–84.

³⁸ Бановић, Б. (2006). „Специјалне истражне радње и њихов допринос у откривању и доказивању кривичних дела и извршилаца“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 44(2), 129–147, стр. 131.

карактеристика, а то је тајност или прикривеност њихове примјене. У употреби су и термини посебне истражне радње, као што је случај у БиХ, тајни надзор у Словенији и Црној Гори, посебне доказне радње у Србији и Хрватској и др. Како је ријеч о радњама доказивања, прецизнији назив би био „Посебне доказне радње“, чији назив одражава јасну и недвосмислену сврху истих.

Надаље, називи појединих посебних истражних радњи нису у потпуности адекватни. Тако се назив мјере „надзор и техничко снимање телекомуникација“ (чл. 234 ст. 2 т. а ЗКП РС) може сматрати прешироко одређеним. Заправо, појам телекомуникација је доста широк, а и он сам је доживио својеврсну трансформацију. У свом првобитном облику, али и дословно, телекомуникације су представљале комуникацију на даљину³⁹. Данас телекомуникације имају пуно шири смисао и у први план истиче се телекомуникајска индустрија која, осим комуникајских уређаја, обухвата и широко подручје потрошачке електронике и тиме обезбјеђује широку инфраструктуру⁴⁰. Телекомуникације су глобални систем од кога корисници очекују расположивост без временских и просторних ограничења те различите услуге – од основних, цијеном прихватљивих најширој популацији, до оних намијењених циљаним групама корисника⁴¹. Њихов задатак је остваривање комуникације и пружање информацијске и/или комуникајске услуге употребом једног или више облика информација, односно с једним или више медија: говор, звук, слика, видео, текст или податак⁴². Ако узмемо у обзир да телекомуникационе мреже, према намјени, могу да буду јавне и приватне у зависности од доступности услуга, као и да се могу односити на пренос говора или податка у зависности од врсте информације којом се комуницира, те приступа мрежи на фиксне и мобилне, онда се поставља питање да ли је реално очекивати успостављање надзора и техничког снимања телекомуникација. Уколико се томе дода нагли развој нових облика телекомуникација, прецизније, комуникација путем друштвених мрежа⁴³, само у посљедњих десетак година, онда ова питања још више

³⁹ Сама ријеч телекомуникације долази од грчке ријечи *tele*, што значи далеко и латинске ријечи *communicatio* што значи веза.

⁴⁰ Клаић, А., Турек, Ф. (2001). „Национална сигурност и телекомуникације“, *Међународне студије*, 2(4), 97–112, стр. 101

⁴¹ Ловрек, И. (2007). „Телекомуникајска технологија и специфичности телекомуникајског тржишта“. У: Ловрек, И. и Гледец, Г. (Ур.), *Телекомуникације – технологија и тржиште*, Загреб: Елемент, 1–37, стр. 1.

⁴² *Ibid.*, стр. 4.

⁴³ Друштвене мреже су бесплатни on-line сервиси који корисницима омогућују разноврсне и најједноставније начине комуникације са свијетом и могућност властите презентације.

долазе до изражаја⁴⁴. Одређивање овако широког назива ове мјере ствара погрешан утисак да је могуће вршити надзор и техничко снимање свих ових телекомуникација, што није оствариво ни у техничко-технолошком, али ни правном смислу. Тако поред техничко-технолошких (не) могућности, постоје и правна питања, јер водећи даваоци интернет услуга (Internet Service Provider) сједиште имају у другим државама, те у зависности од законодавства тих држава одлучују о уступању врсте и количине тражених података. Не улазећи у даље образлагање ове теме, мишљења смо да је цјелисходније промијенити назив ове мјере, како би он одражавао реално стање и могућности, али и оно што она заправо примарно и обухвата, а то је надзор телефонских разговора. Наравно да треба додати и друге облике комуникације, које би дале основу за евентуални и њихов надзор. У том смислу, оптималан назив ове мјере би био „Надзор и техничко снимање телефонских разговора и других комуникација на даљину“ по узору на компаративна рјешења у Хрватској (чл. 332 ст. 1 т. 1 ЗКП Хрватске) или „Тајни надзор комуникација“ који обухвата надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплену писама и других пошиљки, како је то прописано у Србији (чл. 166 ЗКП Србије).

Такође, још једна мјера има назив који у одлучујућој мјери онемогућава њену потпуну примјену. То је „надзор и техничко снимање просторија“ из чл. 234 ст. 2 т. в) ЗКП РС. Овом радњом ограничава се једно од основних људских права – право на приватност, поштивање приватног живота, као и друга права која се надовезују на побројана права, али и право на приватност и других лица које остварују контакт са осумњиченим, без обзира на то да ли су у вези са предметним кривичним дјелом или не⁴⁵. Како ова мјера подразумемијева тајни улазак у

Друштвене мреже и мобилна технологија убрзале су развој односа, ширења информација и утицаја у различитим областима друштвеног живота. С тим у вези, ови облици комуникације могу бити усмјерени и у правцу вршења кривичних дјела и угрожавања јавне безбједности. Муслић М. (2012). „Утјецај друштвених мрежа на националну сигурност“, *Медијанали*, 6(11), 67–85, стр. 69.

⁴⁴ Тако су се од преноса писаног текста на већим удаљеностима телеграфом, преко омогућавања разговора удаљених лица путем телефоније (у почетку фиксном, а касније мобилном телефонијом) или преноса информација путем радио-таласа (радио-комуникације), развили многоструки начини преноса података, од којих данас доминирају интернет услуге. У практичном смислу, то значи да скоро свака платформа на интернету, било да се ради о друштвеној мрежи (Facebook, You Tube, Instagram, Twitter, итд.), видео-игрици или другој алатки омогућава остваривање комуникације између корисника.

⁴⁵ Савјет/Вијеће Европе. (2005). *оп. цит.*, стр. 356

просторије ради постављања оптичких и акустичких уређаја којима се омогућава њихов надзор, управо је питање уласка у просторије спорно. Међународноправне и уставне гаранције права на неповредивост стана су у потпуности јасне, тако да тумачење којим се „подразумијева“ улазак у просторије ради остваривања њиховог надзора и техничког снимања није оправдан. Дакле, под садашњим називом ову мјеру је могуће једино реализовати путем савремених уређаја који омогућавају надзирање и техничко снимање просторија са одређене вањске удаљености. Ипак, њихова примјена је ограничена оптичком видљивошћу, временским условима, стручношћу оператера и других услова. Због тога се чини оправданом промјена њеног назива како је то учињено у упоредном законодавству Хрватске гдје је она насловљена као „улазак у просторије ради провођења надзора и техничко снимање просторија“ (чл. 332 ст. 1 т. 3 ЗКП Хрватске). На овај начин, отклониће се дилема да се тајни улазак у просторије ради постављања уређаја за њихов оптички и акустички надзор „подразумијева“, већ ће бити изричито прописано.

Поред тога, као што је видљиво из законског текста, прописани су искључиво услови примјене посебних истражних радњи, али не и начин њихове примјене⁴⁶. Код посебних истражних радњи нису конкретизовани начин и мјесто њиховог предузимања, што би значило да нису одређена посебним правилима о форми, те самим тим спадају у радње без посебне процесне форме.⁴⁷ У таквом случају, процесни субјекат врши радњу на начин који сматра најпогоднијим за постизање циља, у складу с општим одредбама о формама процесних радњи и у складу с основним начелима поступка и основним начелима правног поретка.⁴⁸ Како се ради о мјерама којима се у значајном обиму привремено ограничавају основна људска права и слободе, сасвим оправдано се намеће потреба детаљнијих законских прописивања и начина њихове примјене. Посебно наглашавамо законских, јер прописивањем начина примјене посебних истражних радњи правним актима ниже правне снаге (правилници⁴⁹, упутства и слично) не могу се остварити тражене гаранције

⁴⁶ Симовић, М., Симовић, В. (2016). *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Бихаћ: Правни факултет Универзитета у Бихаћу, стр. 453.

⁴⁷ Ристић, Б. (2003). *Неки аспекти примјене новог кривичног законодавства, са освртом на посебне истражне радње*. Зборник радова „Реформа кривичног законодавства у Републици Српској“, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова (293–305), стр. 293.

⁴⁸ Васиљевић, Т. (1981). *Систем кривичног процесног права СФРЈ*. Београд: Савремена администрација, стр. 256. Цитирано у: Симовић, М., Симовић, В. (2016). *op. cit.*, стр. 453.

⁴⁹ Нпр. у Хрватској је усвојен Правилник о начину провођења посебних доказних радњи којим се прописује начин спровођења посебних доказних радњи којима се привремено ограничавају одређена уставна права грађана. Види детаљније: Правилник о начину провођења посебних доказних радњи, „Народне новине“, бр. 102/09.

људских права и слобода, што је основни (минимални) стандард када су у питању посебне истражне радње. Наравно да се подзаконским актима могу додатно разрадити поједине законске одредбе и то би свакако било потребно прописати (доношење подзаконских прописа којима се уређује начин примјене посебних истражних радњи)⁵⁰. С обзиром на то да наредбу којом се одређује примјена посебних истражних радњи извршава полицијски орган (чл. 236 ст. 6 ЗКП РС) онда би требало унијети нове одредбе којима се детаљније прописује начин примјене посебних истражних радњи. То се посебно односи на прописивање обавезе сачињавања дневних извјештаја и документације са техничким снимцима (оптички, тонски, електронски) и другим материјалима (шеме, скице, и др.), која се доставља поступајућем тужиоцу на његов захтјев. Обавеза полицијског органа да након престанка примјене посебних истражних радњи морају све информације, податке и предмете добијене предузетим радњама, као и извјештај о томе предати тужиоцу (чл. 237 ст. 1 ЗКП РС), већ је прописана. С друге стране, обавезни садржај извјештаја није прецизно одређен, а требало би да буде прописан законом, укључујући почетак и завршетак примјене радње, податке о службеном лицу које је спровело радњу, опис техничких средстава која су примијењена, број и расположиве податке о лицима обухваћеним радњама и оцјену о сврсисходности и резултатима примјене надзора итд. Исто тако, законом је прописано да се подаци и информације добијени предузимањем посебних истражних радњи чувају док се чува судски спис (чл. 237 ст. 4 ЗКП РС), а требало би и прецизирати начин чувања података од стране полицијског органа који је примјењивао посебне истражне радње.

Неки практични аспекти тајног надзора и техничког снимања телекомуникација

Надзор и техничко снимање телекомуникација представља најчешће примјењивану посебну истражну радњу. Неколико је разлога за то, а прије свега чињеница да осумњичени путем комуникације

⁵⁰ Поред тога, криминалистика и криминалистичка пракса треба додатно да разраде примјену посебних истражних радњи. Практични аспекти примјене појединих посебних истражних радњи, који укључују планирање и реализације надзора и техничког снимања телекомуникација, морају да се баве на начин да се радња примјењује онолико колико је од интереса за кривичну истрагу, уз истовремено вођење рачуна о гарантованим правима и слободама, како лица која су предмет истраге, тако и других којима се ограничавају ова права по основу комуникације са њима.

откривају многе информације о извршеном кривичном дјелу, које је предмет кривичне истраге. Због тога је њена доказна вриједност неспорна, јер властите ријечи осумњиченог најбоље доказују његова дјела и намјере⁵¹. Поред тога, начин примјене ове мјере је релативно једноставан: достављањем наредбе суда, оператер телекомуникација је дужан омогућити њено спровођење. Због тога, надзор и техничко снимање телекомуникација (жаргонски „прислушкивање“) представља традиционално средство рада полицијских органа и обавјештајних служби. Овдје је потребно направити јасну дистинкцију у сврси прикупљања података: полицијски орган дјелује по наредби суда у законом прописаним случајевима, ако постоје основи сумње у погледу извршења одређених кривичних дјела, док обавјештајна служба примјењује мјере тајног надзора уколико постоји пријетња по безбједност државе, у складу са законом⁵² који регулише њену организацију и надлежност, а по наредби предсједника суда⁵³. Међутим, са умножавањем и усложњавањем безбједносних ризика и пријетњи, као и са развојем технологије и средстава комуникације долази и до умножавања врсте и начина тајног прикупљања података, те поред „традиционалних“ посебних мјера настају и друге мјере, на примјер, тајни увид у телекомуникациони саобраћај. Поред тога, умножава се број и врста субјеката који су овлашћени да примјењују мјере тајног прикупљања података. То је, с једне стране, изражено кроз специјализацију унутар полицијске организације (стварањем специјализованих служби и јединица за борбу против орга-

⁵¹ Шикман, М. (2011). *оп. цит.*, стр. 453.

⁵² Нпр. Закон о Обавјештајно-безбједносној агенцији у Глави VIII чл. 76, 77 и 78 прописује мјере тајног надзора, док се поједина овлашћења (прикупљање информација и документације, подношење пријава, уступање података, укључујући пореске тајне надлежним органима, улажење у просторије у којима се налазе књиге и евиденције, узимање извода, прикупљање обавјештења о свим трансакцијама чија вриједност прелази 30.000 КМ, прикупљање обавјештења о трансакцијама за које постоји сумња да се ради о прању новца и сл.), којима располажу порески, царински и финансијски органи, на одређен начин, могу сматрати и посебним овлашћењима у супротстављању тешким облицима криминалитета. Закон о Обавјештајно-безбједносној агенцији Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 22/04, 20/04 и 56/06.

⁵³ У вези с тим, треба напоменути и да се Препорука Савјета Европе 1402 из 1999. године односи на контролу државних служби безбједности и предвиђа да унутрашње службе безбједности не би требало да буду овлашћене за извршавање задатака криминалистичке полиције, да воде истраге, лишавају слободе и притварају, нити би требало да буду укључене у борбу против организованог криминалитета, осим у случајевима када организовани криминалитет представља јасну опасност по слободни поредак демократске државе. Parliamentary Assembly. (1999). Recommendation 1402, Control of internal security services in Council of Europe member states, CM/Del/Dec(1999)674/3.1. Доступно путем интернета: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/EREC1402.htm>. Приступљено 15. 8. 2018. Цитирано у: Ђукић, С. (2016). *Сузбијање тешких облика криминалитета – посебна овлашћења и субјекти*. Добој: Висока пословно техничка школа, стр. 144.

низованог криминалитета и тероризма, за безбједност границе и слично), као и стварањем нових специјализованих структура у обавјештајно-безбједносном систему⁵⁴. Због тога је управо најчешћи начин мијешања у приватност надзор и техничко снимање телекомуникација, прикупљање података о појединцу и њихово чување и објављивање. Наведено подразумејева надгледање и снимање појединаца, употребу скривених прислушних уређаја и пресретање комуникација.

Надзор и техничко снимање телекомуникација обухвата надзор који се обавља телефоном или другим техничким средствима, без обзира на то одакле су упућени, надзор електронске и обичне поште и запљену мејлова, писама и других пошиљки, прибављање листинга телефонских разговора, као и остале облике комуницирања који се одвијају преко дигиталних уређаја и других система информационах технологија⁵⁵. Дакле, ова мјера обухвата надзор и техничко снимање свих средстава за техничко комуницирање на даљину⁵⁶, које су данас разноврсне, како по природи, тако и обиму својих могућности. Државе су покушавале, у циљу што ефикаснијег откривања и доказивања кривичних дјела, да одређеним комуникацијама, кроз законска рјешења, одузму карактер приватности, тврдећи да разговор о извршењу кривичног дјела *ipso facto* не представљају разговоре из сфере приватних разговора, те да не уживају заштиту коју уживају приватни разговори.⁵⁷ Такође, овом посебном истражном радњом се задира у приватност не само осумњиченог, односно, оптуженог већ и лица са којим он комуницира средствима за телекомуникацију⁵⁸, што ствара још јачу потребу за ограничавањем примјене ове мјере и радње. Управо из наведених разлога, мијешање у приватност, односно, примјена посебних истражних радњи, с једне стране, мора имати правни основ у националном законодавству сваке земље, а са друге стране, ти национални прописи морају имати одређени квалитет, односно, морају бити усклађени са појмом владавине права,

⁵⁴ Букић, С. (2016). *оп. цит.*, стр. 145

⁵⁵ Према судској пракси ЕСЈП, телефонски позиви упућени са посла су такође покривени појмом „приватни живот“ и „преписка“ у смислу чл. 8 ЕКЈП (Аман против Швајцарске, 2000, или Халфорд против Уједињеног Краљевства, 1997). Одатле логично сlijеди да све информације добијене праћењем употребе интернета од стране запосленог, укључујући и електронску пошту, на сличан начин заштићен чл. 8 ЕКЈП (Копланд против Уједињеног Краљевства, 2007).

⁵⁶ Симовић, М., Симовић, В. (2016). *оп. цит.*, стр. 457.

⁵⁷ Игњатовић, Д. (2015). *Мере преиспитивања комуникације задржавања података из перспективе Стразбура и прописа и праксе у Републици Србији*. Београд: Београдски центар за безбедносну политику, стр. 7.

⁵⁸ Симовић, М., Симовић, В. (2016). *оп. цит.*, стр. 458.

укључујући у то и њихову доступност, предвидљивост околности и услова под којима државни органи могу да пресрећу комуникације, као и постојање адекватне заштите од самовољног мијешања у приватност.⁵⁹ Ово мијешање представљаће кршење чл. 8 ст. 2 ЕКЉП уколико није у складу са законом, уколико не слиједи један или више легитимних циљева у смислу чл. 8 ст. 2 ЕКЉП, ако није неопходно у демократском друштву, као и уколико се материјал прибављен прислушкивањем не користи.⁶⁰

И поред свих законских рјешења која су у функцији заштите права на приватност сваког појединца од незаконитог и самовољног поступања надлежних државних органа, у пракси постоје ситуације које могу да представљају незаконито мијешање државе у наведено право, што је посебно израђено код посебне истражне мјере и радње надзор и техничко снимање телекомуникација. Оно што је посебно интересантно у вези са наведеном посебном радњом доказивања јесте на шта се она односи. Наиме, интересантна је и судска пракса према којој се наредба за надзор телекомуникације, осим на телефонски број, у већини случајева даје и у односу на „IMEI“⁶¹ број који је јединствен за сваки апарат, чиме се врши потпуна индивидуализација мобилног телефона и на тај начин се може пратити свака комуникација остварена употребом тог мобилног телефона, без обзира на промјену SIM картице у њему⁶². Оваква судска пракса, и поред тога што су задовољени сви формални и материјални услови за добијање наредбе, представља незаконито мијешање у право на приватност, јер се наредба о спровођењу ове посебне истражне радње може односити само на одређени телефонски број. Оваква пракса судова резултат је спровођења надзора и техничких телекомуникација у случајевима када осумњичени мијења телефонске бројеве у истом телефонском апарату. Међутим, у току истраге и спровођења надзора и техничког снимања телекомуникација, може доћи до случајева да лице које користи мобилни телефон који се надзире, поклони или прода другој особи која нема

⁵⁹ ЕСЉП је у предмету Кан против Уједињеног Краљевства из 2000. године једногласно потврдио да постоји потреба да се до одређене разумне мјере прецизира домаћи законодавни оквир којим се регулише како органи гоњења употребљавају софистициране уређаје за прислушкивање. Игњатовић, Д. (2015). *оп. цит.* стр. 8.

⁶⁰ По судској пракси ЕСЉП, меморисање од стране неког државног органа података о приватном животу неког појединца представља мијешање у смислу чл. 8. ЕКЉП (Коп против Швајцарске, 1998.).

⁶¹ IMEI је скраћеница од *International Mobile Equipment Identity* и садржи 15 бројева. На тај начин, сваки уређај има јединствен број, што се може сматрати аналогно матичном броју физичких лица и користе се за идентификацију у GSM, UMTS и LTE мрежама.

⁶² Игњатовић, Д. (2015). *оп. цит.* стр. 19.

везе са кривичним дјелом због кога се врши тајни надзор и стави свој телефонски број који ће се аутоматски надзирати јер се наредба односи на IMEI број. Такође, путем IMEI броја може се у сваком тренутку вршити локација телефонског апарата, а самим тим и лица које га користи. Став да се наредба за надзор телефонске комуникације може односити само на одређени телефонски број, а никако на IMEI број, заузео је и Врховни Суд у Београду, који је навео да, уколико се у току спровођења тајног надзора комуникације дође до сазнања да осумњичени користи други телефонски број, државни орган који спроводи мјеру прошириће тајни надзор и на тај телефонски број и о томе одмах обавијестити јавног тужиоца, који ће поднијети приједлог за накнадно одобрење проширења мјере и на тај број.⁶³

Напретком науке и технологије дошло је до стварања високо софистицираних софтвера којима се на ефикасан начин могу пресрвати телефонске комуникације и без подршке надлежних оператера телекомуникација. Уређаји раде на принципу базних станица и преузимају њихову функцију, чиме се омогућује да полицијске агенције директно пресећу одређену комуникацију. Наравно, ако је оваква активност праћена наредбом суда, онда се и не поставља питање законитости. Међутим, овдје се јавља проблем друге врсте. Већина оваквих уређаја омогућава надзирање разговора и када дође до завршетка телефонске комуникације између осумњичених лица која је предмет надзирања. Уређај омогућава да се даље надзиру разговори преко мобилних телефона којима је претходно била остварена комуникација. Оправдано се може поставити питање како у процесном смислу третирати ове разговоре, с обзиром на то да се надзор и техничко снимање телекомуникација искључиво односи на надзор разговора који се остварују путем телефонског броја, а у наведеном случају та комуникација путем телефонског броја је завршена, а уређај и даље биљежи предметни разговор. Законитост овако прибављеног доказа зависи и од мјеста гдје се комуникација остварује, да ли се радио јавном мјесту или стану и другим просторијама које користи осумњичени. Ово питање је значајно ако би се законитост овако прибављеног разговора тражила у примјени неке друге посебне истражне радње, у конкретном случају радње „Надзор и техничко снимање просторија или тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који су у вези са њима“. Поред наведеног, поменута посебна истражна радња се првенствено односи на усмену комуникацију

⁶³ Решење Врховног суда у Београду, Кв По1 319/14 од 25. јуна 2014, Решење судије за претходни поступак Вишег суда у Београду, Кпп. По2 92/14 од 18. јуна 2014. године.

коју осумњичени без употребе техничких средстава остварује са другим лицем, а у конкретном случају се комуникација надзире преко мобилног телефона када је телефонски разговор завршен, што опет доводи у питање могућност примјене ове посебне доказне радње. Да ли се у овом случају ради о кршењу права на приватност или рјешење треба тражити у некој другој посебној истражној радњи, питање је на које одговор у наредном периоду мора да да и наука и струка.

Постојање могућности надзора и техничког снимања телекомуникација отвара и проблем доказне прихватљивости, односно, нарушавање права на приватност тзв. одложених података – листинга телефонских разговора. Ради се о подацима који се не односе на садржај комуникације, већ се ради о њеним формалним обиљежјима, којима се открива и утврђује врста, извор и одредиште комуникације, вријеме њеног трајања и терминална опрема корисника комуникације, због чега као такви потпадају под заштиту неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања прокламованих уставом.⁶⁴ У вези са наведеним, треба истаћи да се према стандардима ЕСЈП листинг сматра саставним дијелом телефонске комуникације.⁶⁵ Због тога, прикупљање података који се могу означити као евидентирање телефонских бројева и телефонских разговора осумњичене особе представља надзор телефонских разговора, иако се на основу пописа коришћених телефонских бројева не сазнаје садржина телефонских разговора⁶⁶. Питање законитости прибављених доказа на основу листинга телефона и питања повреде права на приватност посебно је изражено у случајевима гдје се листинг телефонских разговора прибавља од стране полицијских органа без учешћа јавног тужиоца или судије за претходни поступак. Одложени подаци или листинзи телефонских разговора односе се на прибављање евиденције остварене телефонске комуникације коришћених базних станица или лоцирање мјеста са којег се остварује комуникација представља задирање у права појединца на приватност и као таква мора бити процесно регулисана, односно, формализована кроз неку од радњи доказивања или посебних доказних радњи како би се могла користити као доказ у кривичном поступку. У пракси се веома често прибјегава набављању одложених података у такозване оперативне сврхе у циљу обезбјеђивања доказа у смислу лоцирања осумњиченог, евентуалним са-

⁶⁴ Види: Решење Вишег суда у Београду Кв. Бр. 601/13 од 13. августа 2013. године

⁶⁵ На примјер, то је изражено у пресуди ЕСЈП у случају Копланд против Уједињеног Краљевства из 2007. године.

⁶⁶ Шикман, М. (2011). *оп. цит.*, стр. 454.

учесницима, локацији базних станица на основу чега се може доћи до података о кретању осумњиченог и саучесника, као и доласка до телефонских бројева са којима је осумњичени у комуникацији. И поред наведеног, потребно је прикупљање података на овај начин формализовати кроз учешће јавног тужиоца који би требало да одлучује о могућности набављања листинга телефонских разговора,⁶⁷ док би доказну вриједност листинга телефонских разговора требало тражити кроз посебну истражну мјеру и радњу „Приступ компјутерским системима и компјутерско срањивање података“. Овдје је важно напоменути и чињеницу да су оператери телекомуникација обавезни према међународним прописима⁶⁸, али и националним законодавствима⁶⁹ чувати одложене податке одређени временски период, након чега су их дужни уништити. Међутим, оваква законска рјешења треба посматрати и у свјетлу Европске директиве о задржавању података⁷⁰ коју је Европски суд правде ставио ван снаге, с образложењем да чување наведених података од стране оператора представља нарушавање права на приватност, тј. сматра да је усвајањем Директиве 2006/24 законодавац Уније прекорачио границе које намеће поштовање начела пропорционалности с обзиром на чл. 7, 8 и 52 с. 1 Повеље.⁷¹

⁶⁷ Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. (2013). *Коментар законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник.

⁶⁸ У том смислу, релевантан међународни документ је Конвенција о високотехнолошком криминалу коју је усвојио Савјет Европе у Будимпешти 2001. године. Њена сврха, поред осталог, јесте да обезбједи доступност података који се преносе путем компјутерских система и мрежа, олакша размјену информација и обезбједи услове за ефикасну и поуздану међународну сарадњу. Види опширније: Convention on Cybercrime, Council of Europe, European Treaty Series - No. 185, Budapest, 23.XI.2001. Доступно путем интернета: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561> приступљено 15. 8. 2018.

⁶⁹ Тако су правна и физичка лица која пружају телекомуникационе услуге, осигуравају телекомуникационе мреже и обављају телекомуникационе дјелатности, обавезна о властитом трошку осигурати одржавање функције законитог пресретања телекомуникационих услуга и/или дјелатности које обављају, као и чување и осигурање телекомуникационих података. Посебне обавезе тих лица у погледу осигуравања капацитета који ће омогућити овлашћеним агенцијама да врше законито пресретање телекомуникација те капацитета за чување и осигуравање телекомуникационих података прописује својом одлуком Савјет министара Босне и Херцеговине, на приједлог Министарства безбједности (чл. 4 ст. 3 Закона о комуникацијама, „Службени гласник БиХ“, бр. 31/03, 75/06, 32/10).

⁷⁰ Директива 2006/24/ЕЗ Европског парламента и вијећа о задржавању података добијених или обрађених у вези с пружањем јавно доступних електронских комуникацијских услуга или јавних комуникацијских мрежа о измјени Директиве 2002/58/ЕЗ од 15. марта 2006. Види: Directive 2006/24/ЕсOf The European Parliament And Of The Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

⁷¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2014. Digital Rights Ireland Ltd v Minister for

На крају можемо навести још неке практичне проблеме када је ријеч о примјени ове мјере. Тако треба поћи од претпоставке да осумњичена лица користе средства телекомуникација у свакодневном животу. Коришћење телекомуникација у одређене криминалне сврхе, као предмет посебне истражне радње надзора и техничког снимања телекомуникација, није спорно. Дакле, полицијски службеници који примјењују ову мјеру, морају пресретати и снимати све разговоре и друге облике комуникација осумњичених лица, да би идентификовали оне дијелове разговора који се односе на криминалне активности, те се фокусирали на њихову анализу и тумачење⁷². Не треба занемарити чињеницу да се овом мјером пресретну и они дијелови разговора који нису повезани са кривичним дјелом, а који могу изазвати заинтересованост лица која реализују ову мјеру⁷³, те да такве информације пренесу трећим лицима. Наравно да ће се у таквим случајевима радити о повреди права на приватност, али и злоупотреби примјене ове посебне истражне радње, што њено коришћење чини нарочито осјетљивом. Због тога је нужан правилан избор полицијских службеника који ће радити на спровођењу ове мјере, њихова адекватна стручна обука и оспособљеност, узимајући у обзир обим њиховог ангажовања у реализацији исте.

У вези са наведеним јесте и питање израде транскрипта снимљених разговора. Заправо, поставља се питање да ли за све надзиране и снимљене разговоре треба урадити транскрипт⁷⁴, тј. извршити дословни запис разговора. Узимајући у обзир законску одредбу⁷⁵, као и упоредноправну судску праксу, јасно је да се технички снимак разговора сматра доказом који је прибављен примјеном ове посебне истражне радње.

Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others. Requests for a preliminary ruling from the High Court (Ireland) and the Verfassungsgerichtshof. Electronic communications — Directive 2006/24/EC — Publicly available electronic communications services or public communications networks services — Retention of data generated or processed in connection with the provision of such services — Validity — Articles 7, 8 and 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Joined Cases C-293/12 and C-594/12.

⁷² Шикман, М. (2011). *оп. цит.*, стр. 464.

⁷³ Осумњичена лица врло често приликом свакодневне комуникације говоре о свом личном животу, што може да буде интересантно лицима која реализују надзор и техничко снимање телекомуникација, нарочито ако се ради о познатим личностима. У тим случајевима припадници агенција за спровођење закона могу да скрену пажњу са примарног задатка, а то је прикупљање информација и доказа о криминалним активностима осумњичених лица. Шикман, М. (2011). *оп. цит.*, стр. 464.

⁷⁴ Кајмаковић, Д. (2010). „Искуства и проблеми у примјени посебних истражних радњи“. *Право и правда* 1/2010, 241–254, стр. 250

⁷⁵ Коришћење доказа прибављених посебним радњама прописано је чл. 240 ЗКП РС, којом је наведено да се техничке снимке, исправе и предмети прибављени под условима и на начин прописан овим законом могу користити као докази у кривичном поступку.

Дакле, суду се увијек доставља изворник техничке снимке, с нужним подацима за могућу провјеру вјеродостојности на тај начин прикупљених сазнања – како би се он током поступка могао користити као доказ, предмет увиђаја или вјештачења⁷⁶. У том смислу, иако постоји и супротна судска пракса⁷⁷, транскрипт се не може сматрати доказом, већ искључиво помоћним средством, при чему је слушање снимака обавезно на главном претресу. На тај начин, задовољиће се елементи непосредности, економичности и брзине, прије свега, истражног поступка, а самим тим и доказног поступка⁷⁸.

Закључак

Посебне истражне радње, поред тужилачког концепта истраге, биле су главна карактеристика ЗКП РС (и осталих процесних закона у БиХ) из 2003. године, када су и уведене у кривичнопроцесно законодавство. Многе од њих (надзор телефонских разговора, специјална опсервација, тајни надзор просторија, контролисана испорука предмета) и раније су имале своју примјену, која је до тада имала искључиво оперативни карактер. Међутим, увођењем ових одредаба у ЗКП РС оне су добиле доказни карактер. То је свакако створило обавезу државе да обезбиједи и адекватну заштиту основних права и слобода, која су овим радњама ограничена. У том смислу, актуелни законски оквир, укључујући и најновије измјене у овом погледу (из 2018. године) може се сматрати задовољавајућим. Наравно, увијек постоји простор за прецизнијим регулисањем појединих одредаба (о неким смо дали приједлоге *de lege ferenda*), чиме се стварају могућности за још ефикаснију примјену посебних истражних радњи, као и још бољу заштиту права и слобода грађана.

⁷⁶ Симовић, М., Симовић, В. (2016). *оп. цит.*, стр. 458.

⁷⁷ Према ставу Врховног суда Републике Српске (Пресуда С 118 0 Кж 06 000079 од 22. 5. 2007 године) транскрипти телефонских разговора (заједно са оригиналним снимком тих разговора – тонским записом) су докази који, као и сваки други, подлијежу слободној оцјени и увјерењу суда, према њиховом садржају и убједљивост. Према томе, на таквим доказима, уколико се из њиховог садржаја види учешће прислушкиваног лица у извршењу кривичног дјела, може се заснивати судска одлука. Према томе, уколико нема незаконитости у прибављању овог доказа и уколико се не оспори аутентичност звучног снимка, транскрипт разговора (заједно са оригиналним снимком тих разговора – тонским записом) је звучна исправа коју суд цијени као и сваки други доказ, јер право осумњиченог на одбрану није повријеђено, не утиче се на вољу осумњиченог, не ради се о обмани. Садржај тог доказа добијеног као звучна исправа суд треба да цијени као и сваки други доказ. Види детаљније: Пресуда Врховног суда Републике Српске, С 118 0 Кж 06 000079 од 22. 5. 2007 године.

⁷⁸ Кајмаковић, Д. (2010). *оп. цит.*, стр. 250.

Такође, практичну примјењивост посебних истражних радњи, од момента њиховог увођења до данас, одликује висок степен динамичности. То значи да су оне често примјењиване, како појединачно, тако и у комбинацији више посебних истражних радњи. Очекивано, најобимнију примјену имала је радња „Надзор и техничко снимање телекомуникација“, али и остале радње, изузев радње „Пристап компјутерским системима и компјутерско срањње података“ чија се масовнија примјена може очекивати у будућности. Због тога се највише развила судска и криминалистичка пракса када је у питању надзор и техничко снимање телекомуникација. Упркос томе, стални развој технологије утицао је и на развој начина и облика комуницирања, који су се у значајном обиму промијенили у односу на прије 15 година. Ово даје потпуно нови поглед на ову посебну истражну радњу, њене могућности и домете, те управо у томе и јесу разлози који упућују на обимнију примјену рачунарског срањња података путем различитих база података, којима се данас обрађују велике количине истих.

Нема сумње да ће посебне истражне радње и даље имати значајну улогу када је у питању сузбијање најтежих кривичних дјела, што је и њихова основна сврха. Исто тако, њихови ефекти могу бити умањени, управо из чињенице да осумњичена лица данас знају да су и/или ће бити предмет примјене посебних истражних радњи, те се понашају у складу са тим. Због тога је потребно стално усавршавати постојеће и изналазити нове начине примјене посебних истражних радњи, уз истовремено поштовање највиших стандарда њихове примјене у погледу заштите права и слобода.

Литература

Бановић, Б. (2006). „Специјалне истражне радње и њихов допринос у откривању и доказивању кривичних дела и извршилаца“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 44(2).

Васиљевић, Т. (1981). *Систем кривичног процесног права СФРЈ*. Београд: Савремена администрација.

Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине. (2006). Модул 1, Кривична област – Истражни поступак, Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине.

Драгојловић, Ј., Ђеранић, М. (2015). „Потребе за безбедношћу и сигурношћу у хијерархији људских потреба“, *Култура полиса*, XII (28).

Ђукић, С. (2016). *Сузбијање тешких облика криминалитета – посебна овлашћења и субјекти*. Добој: Висока пословнотехничка школа.

Игњатовић, Д. (2015). *Мере преиспитивања комуникације задржавања података из перспективе Стразбура и прописа и праксе у Републици Србији*. Београд: Београдски центар за безбедносну политику.

Илић, Г., Бошковић, М. (2015). *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: преглед из правосуђа*. Београд: Београдски центар за безбедносну политику.

Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. (2013). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник.

Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). *Кривично право Републике Српске – посебни дио*, Бања Лука.

Кајмаковић, Д. (2010). „Искуства и проблеми у примјени посебних истражних радњи“. *Право и правда* 1/2010.

Клаић, А., Турек, Ф. (2001). „Национална сигурност и телекомуникације“. *Међународне студије*, 2(4).

Ковачевић, М., (2014). „Тајни надзор комуникације – усклађеност са праксом Европског суда за људска права“, *Анали* 62(2).

Ловрек, И., (2007). „Телекомуникацијска технологија и специфичности телекомуникацијског тржишта“. У: Ловрек, И. и Гледец, Г. (Ур.), *Телекомуникације – технологија и тржиште*, Загреб: Елемент.

Лукић, Т., (2005). „Откривање и доказивање кривичних дела организованог криминала у Србији – контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела као посебна мера откривања и доказивања кривичних дела организованог криминала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 39(3), Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Мусладин М., (2012). „Утјецај друштвених мрежа на националну сигурност“, *Медианали*, 6(11).

Ристић, Б., (2003). Неки аспекти примјене новог кривичног законодавства, са освртом на посебне истражне радње. Зборник радова „Реформа кривичног законодавства у Републици Српској“, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, (293-305).

Роагна, И., (2012). *Заштита права на поштовање приватног и породичног живота, у складу са Европском конвенцијом о људским правима*, Стразбур: Вијеће Европе.

Симовић, М., Шикман, М. (2017). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Симовић, М., Симовић, В. (2016). *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Бихаћ: Правни факултет Универзитета у Бихаћу.

Стојановић, З., (2009). *Коментар кривичног законика*, Београд: Службени гласник.

Стојановић, З. (2011). „Превентивна функција кривичног права“, *Crimen* 2, 1/2011.

Стојановић, З. (2013). „Да ли је Србији потребна реформа кривичног законодавства?“. *Crimen* 4, 2/2013.

Шикман, М., (2017). *Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свјетлу одлука Европског суда за људска права*. Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана послјије) – кривичноправни аспект, Златибор: Српско удружење за кривично правну 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.

Directive 2006/24/EC of The European Parliament And Of The Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/2012, 91/2017 и 66/2018.

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 3/2003, 32/2003 – испр, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009 и 72/2013.

Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине ФБиХ“, бр. 35/2003, 56/2003– испр., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013 и 59/2014.

Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 34/2013 – пречишћен текст и 27/2014.

Закон о казенском постопку (урадно пречишчено беседило) (ЗКП-УПБ8), „Урадни лист РС“, шт. 32/2012.

Законик о кривичном поступку, „Службени лист ЦГ“, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Одлука УС ЦГ, 2/2015 – Одлука УС ЦГ и 35/2015.

Законик о кривичном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

Закон о казеном поступку, „Народне новине“, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11. – прочишћени текст, 91/12. – Одлука Уставног суда Републике Хрватске, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

Закон о комуникацијама, „Службени гласник БиХ“, бр. 31/03, 75/06, 32/10.

Закон о Обавјештајно-безбједносној агенцији Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 22/04, 20/04 и 56/06.

Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2014. Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others. Requests for a preliminary ruling from the High Court (Ireland) and the Verfassungsgerichtshof. Electronic communications — Directive 2006/24/EC — Publicly available electronic communications services or public communications networks services — Retention of data generated or processed in connection with the provision of such services — Validity —

Articles 7, 8 and 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Joined Cases C-293/12 and C-594/12.

Кривични законик Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/2017.

Кривични предмет: Окружни суд Бањалука бр. Кпп-19/05 од 10.06.2005.

Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, „Службени гласник БиХ“, бр. 49/17.

Parliamentary Assembly. (1999). Recommendation 1402, Control of internal security services in Council of Europe member states, CM/Del/Dec(1999)674/3.1. Доступно путем интернета: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/EREC1402.htm> Приступљено 15. 8. 2018.

Правилник о начину провођења посебних доказних радњи, „Народне новине“, бр. 102/09.

Пресуда Врховног суда Републике Српске, С 118 0 Кж 06 000079 од 22.5.2007.

Решење Врховног суда у Београду, Кв По1 319/14 од 25. јуна 2014.

Решење судије за претходни поступак Вишег суда у Београду, Кпп. По2 92/14 од 18. јуна 2014.

Решење Вишег суда у Београду Кв. Бр. 601/13 од 13. августа 2013.

Савјет/Вијеће Европе. (2005). Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини. Сарајево: Савјет/Вијеће Европе.

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950. Доступно путем интернета: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, приступљено 18. 8. 2018.

United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs And Psychotropic Substances, Vienna, 20 December 1988. Доступно путем интернета: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20VI/VI-19.en.pdf> приступљено 15. 8. 2018.

United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, New York, 15 November 2000. Доступно путем интернета: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVIII/XVIII-12.en.pdf>, приступљено 15. 8. 2018.

Устав Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, број 21/92. – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.

Case of Khan v the United Kingdom (Application no. 35394/97), ECHR, 12 May 2000.

Case of Kopp v. Switzerland (Application no. 23224/94), ECHR 25. March 1998.

Case of Dragojević v. Croatia (Application no. 68955/11), ECHR, 15 January 2015.

Case of Bašić v. Croatia (Application no. 22251/13), ECHR, 15 December 2016.

Case of Huvigv. France (Application no. 11105/84), ECHR, 24 April 1990.

Case of Kruslinv. France (Application no. 11801/85), ECHR, 24 April 1990.

Case of Klass and others v. Germany (Application no. 5029/71), ECHR, 6 September 1978.

Case of Malone v. The United Kingdom (Application no. 8691/79), ECHR, 2 August 1984.

Case of Amann v. Switzerland (Application no. 27798/95), ECHR, 16 February 2000.

Halford v. United Kingdom (Application no. 20605/92), ECHR, 25 June 1997.

Case of Copland v The United Kingdom (Application No. 62617/00), ECHR, 3 Apr 2007.

Council of Europe. (2013). Case Law Of The European Court Of Human Rights Concerning The Protection Of Personal Data. DP (2013) Case Law. Strasbourg: Council of Europe. Доступно путем интернета: <https://rm.coe.int/case-law-of-the-european-court-of-human-rights-concerning-the-protecti/168073df85>, приступљено 15. 8. 2018.

Convention on Cybercrime, Council of Europe, European Treaty Series – No. 185, Budapest, 23. XI.2001. Доступно путем интернета: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561>, приступљено 15. 8. 2018.

SPECIAL INVESTIGATION TECHNIQUES – NEW LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICAL ACTIONS

Mile Šikman, PhD*
Velibor Bajičić, PhD**

***Abstrat:** Special investigation techniques, since their introduction into criminal procedural legislation in 2003, have been the subject of scientific and expert debates. It is generally assumed that their implementation is necessary for combating the most severe forms of crime, on the one hand, while at the same such implementation increases the risk of limiting basic human rights and freedom. It is therefore imperative to achieve a balance between the implementation of these measures and procedures (only if it is really necessary) and the protection of guaranteed rights and freedoms of citizens (and their restriction to be used only when necessary). It can be questioned how successful it was, or how adequate these procedures (or measures) were in discovering and proving the most serious crimes. During several years of special investigation techniques (15 years), certain judicial and criminal practice has been established, and it can give the answer to some of the questions, but it can also point to new dilemmas and problems in their practical implementation. At the same time, the European Court of Human Rights has taken a number of stands on these issues, and procedures for the protection of legality have been conducted before the Constitutional Court of BiH, which created an obligation to harmonize the legal framework and the practical procedure in the implementation of special investigation techniques. During 2018, the legislator in the Republic of Srpska made certain changes in the Criminal Procedure Code (with regard to criminal offenses for which specific investigative procedures can be applied and with*

*Ministry of Internal Affairs Republic of Srpska

** Ministry of Internal Affairs Republic of Srpska

regard to the replacement of certain terms used in the law), which can be considered a step forward. On the other hand, dilemmas remain – regarding other provisions, especially those relating to special investigation techniques which are most commonly used, such as surveillance and technical recording of telecommunications. This issue is additionally complicated by the development of electronic communications (primarily the emergence of new forms of communication), which certainly exceeds the legal framework from 15 years ago. The subject of this research is amended legal provisions that we mentioned, as well as practical dilemmas in the implementation of specific investigative procedures.

Keywords: *special investigation techniques, protection of human rights and freedoms, supervision and technical recording of telecommunications.*

ИМОВИНСКОПРАВНИ ЗАХТЈЕВ У КАЗНЕНОМ НАЛОГУ

Др Раденко Јанковић*

***Апстракт:** Почетком XXI вијека радикално су измијењена кривично-процесна законодавства у Босни и Херцеговини. Једна од најзначајних новина је поступак за издавање казненог налога, који је прихваћен под различитим страним утицајима. Иако се ради о новом посебном кривичном поступку, веома добро и брзо је прихваћен и масовно се примјењује. Отприлике у половини оптужница јавни тужилац ставља захтјев за издавање казненог налога. Међутим, он је изазвао и бројне дилеме, како у теорији, тако и у пракси. Једна од њих је могућност усвајања имовинскоправног захтјева пресудом којом се издаје казнени налог. У раду се анализирају ставови наше теорије и праксе ради давања одговора на питање да ли они имају основ у важећим законским одредбама. Осим тога, у њему се указује и на недостатке у одредбама које регулишу поступак за издавање казненог налога који јасно указују на потребу њихових измјена и допуна како би се имовинскоправни захтјев у овом поступку још боље, потпуније и прецизније нормирао.*

***Кључне ријечи:** имовинскоправни захтјев, поступак за издавање казненог налога, пресуда којом се издаје казнени налог, приједлог за остваривање имовинскоправног захтјева.*

1. Увод

Крајем XX и почетком XXI вијека многе државе радикално су измијениле своје кривично процесно законодавство. Превладало је схватање о неминовности измјена традиционалне структуре кривич-

* Окружно јавно тужилаштво у Бањој Луци; radenko.jankovic@pravosudje.ba

ног поступка и његових начела. У савременом кривичном поступку све важнији постају институти који омогућавају његов бржи завршетак на основу признања окривљеног. Међу њима се, као један од најважнијих, истиче казнен налог. Овим институтом странке на специфичан начин „диспонирају“ предметом кривичног поступка. Он се заснива на адаптацији процесне идеје по којој само спорни предмети захтијевају „пуну процесну обраду“. У посљедње вријеме многе државе, међу којима и оне настале распадом бивше СФРЈ, прихватиле су поступак за издавање казног налога. И за њега вриједи констатација која се истиче за споразум о признању кривице (у даљем тексту споразум), да је просто „преплавио“ савремена законодавства и да се може говорити о “plea bargaining infection”. Данас не постоји могућност да се увијек води редовни кривични поступак, чак и када би се то жељело. Консензуалне кривичнопроцесне форме једноставно представљају насушну потребу.

Нови кривичнопроцесни закони у Босни и Херцеговини (у даљем тексту БиХ) су донијели више крупних новина, од којих је једна од најзначајних поступак за издавање казног налога. Он се на овим просторима први пут појавио крајем 2000. године у Закону о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ (у даљем тексту ЗКП БД БиХ).¹ 24. јануара 2003. Године усвојен је нови Закон о кривичном поступку БиХ (у даљем тексту ЗКП БиХ).² Нови Закон о кривичном поступку Републике Српске (у даљем тексту ЗКП РС) ступио је на снагу 1. јула 2003. године³, а нови Закон о кривичном поступку Федерације БиХ (у даљем тексту ЗКП ФБиХ) 1. августа 2003. године.⁴ Сви ови закони су прихватили поступак за издавање казног налога. Иако преовладава схватање да је он у потпуности оправдао очекивања, у теорији и пракси се јављају и многобројне дилеме. Једна од њих се односи на могућност усвајања имовинскоправног захтјева казним налогом.

¹ „Службени гласник БД БиХ“ бр. 7/00; Важећи ЗКП БД БиХ „Службени гласник БД БиХ“ бр. 33/13 и 27/14.

² Донесен Одлуком високог представника у БиХ бр. 100/03; “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 и 93/09 и 72/13.

³ „Службени гласник РС“ бр. 50/03; Важећи ЗКП РС “Службени гласник РС“ бр. 53/12 и 91/17.

⁴ “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.

2. Имовинскоправни захтјев у кривичном поступку

Рјешавање имовинскоправног захтјева у кривичном поступку (глава XII ЗКП РС)⁵ представља истовремено рјешавање кривичне и грађанске ствари. Ту се парница води по правилима кривичног поступка, али се о овом захтјеву одлучује по правилима грађанског права (постојање и обим права, врста и висина штете, одговорност итд.). На овај начин се реализују принципи економичности и цјелисходности, а побољшава положај оштећеног, који не мора да покреће посебну парницу. Тако се избегавају и контрадикције између одлука о кривичноправном и имовинскоправном захтјеву проистеклом из кривичног дјела.⁶ Постављењем и заступањем имовинскоправног захтјева оштећени у кривичном поступку често доприноси правилном и потпуном утврђивању чињеничног стања. Докази о кривичном дјелу и кривичној одговорности су и докази о основаности имовинскоправног захтјева, а висина штете је некада битно обиљежје бића кривичног дјела. Одлука суда у кривичној пресуди да је оптужени дужан накнадити штету проузроковану кривичним дјелом има несумњив криминално-политички значај у смислу ресоцијализације извршиоца дјела и превенције криминалитета.⁷ Поступак за рјешавање имовинскоправног захтјева назива се и „адхезиони“ или „придружени“, мада ту нема посебног поступка, јер суд о њему рјешава истовремено са кривичном ствари. Овај захтјев се расправља у кривичном поступку само ако се тиме знатно не одуговлачи поступак. Његово рјешавање га у правилу одуговлачи, али се то допушта, осим ако је одуговлачење „знатно“, што је тзв. фактичко питање. Лице овлашћено на његово подношење бира да ли ће га остваривати у кривичном или парничном поступку. У кривичном поступку је одлучивање о овом захтјеву факултативно, чему се много приговара.⁸ Судови неоправдано ријетко усвајају овај захтјев и оштећеног у правилу са њим упућују на парницу.

⁵ Идентична рјешења код регулисања имовинскоправног захтјева су прихватили и остали кривичнопроцесни закони у БиХ. У раду се наводе одредбе ЗКП РС, а само уколико о неком питању постоје разлике и одредбе осталих кривичнопроцесних закона у БиХ.

⁶ Х. Сијерчић-Чолић, М. Хаџиомерагић, М. Јурчевић, Д. Кауриновић и М. Симовић, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини* (Сарајево: Вијеће Европе / Европска комисија, 2005), 543.

⁷ *Ibid*, 544.

⁸ Н. Мрвић-Петровић, „Недостаци законског регулисања остваривања имовинскоправног захтева у кривичном поступку“, *Гласник правде*, бр. 6 (2000), 131. наводи да се о њему у пракси одлучује само код имовинских кривичних дјела, а да је накнада нематеријалне штете ту потпуно искључена.

Он се може односити на накнаду штете, поврат ствари или поништавање правног посла и ограничен је само на ове случајеве.⁹

Приједлог за остваривање имовинскоправног захтјева у кривичном поступку може поднијети само лице које је овлашћено да га остварује у парници. Подноси се јавном тужиоцу или суду најкасније до завршетка главног претреса, односно претреса за изрицање санкције. Ако до тада не буде поднесен, а подаци кривичног поступка пружају поуздан основ за његово потпуно или дјелимично усвајање, суд ће у осуђујућој пресуди изрећи мјеру одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом. Мора да садржи елементе тужбе из парничног поступка како би суд тачно знао његову врсту, обим и домет ради оцјене да ли је захтјев остварив у кривичном поступку.¹⁰ Јавни тужилац је дужан да прикупи доказе и извиди све што је потребно за одлучивање о приједлогу. Он и суд пред којим се води поступак обавезни су да испитају осумњиченог, односно оптуженог о чињеницама наведеним у приједлогу, а по потреби и да изведу у њему предложене доказе. Пресудом којом оптуженог оглашава кривим суд може досудити имовинскоправни захтјев у цјелини или дјелимично. Ако подаци кривичног поступка за то не пружају поуздан основ, суд ће подносиоца приједлога упутити на парницу. У кривичном поступку се приједлог не може одбацили или одбити. У бројним судским одлукама заузет је став да постоји битна повреда одредаба кривичног поступка када се у изреци пресуде утврди тачан износ штете проузроковане извршењем кривичног дјела, а оштећени са имовинскоправним захтјевом упутити на парницу. И поред оваквог става, који је неспоран и у теорији и у пракси, наилазимо на одлуке које су погрешно заузеле супротан став, иако су за усвајање захтјева били испуњени сви услови. Он је образложен тиме да „околност да је у току парнични поступак указује да нема потребе за доношењем одлуке о имовинскоправном захтјеву“. Управо супротно, то што се непотребно води посебна парница чини оправданим да се у кривичном поступку овај захтјев усвоји.¹¹

⁹ Нпр. њиме се у кривичном поступку, за разлику од парничног, не може тражити иселјење из стана због кривичног дјела незаконито уселјење или поништај брака због кривичног дјела двобрачност.

¹⁰ Одлука ВС Србије бр. Кж-1842/72 од 17. децембра 1972. године, наведена по Сијерчић-Чолић et al., *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, 553.

¹¹ Пресуда Окружног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 012283 09 Кж од 8. априла 2009. године. У условној осуди је као посебан услов одређено да се она неће опозвати ако оптужени у року провјеравања „измири причињену штету“. Да би се он могао одредити претходно се мора усвојити имовинскоправни захтјев.

3. Рјешења у упоредном законодавству

У упоредном законодавству је питање могућности усвајања имовинскоправног захтјева у поступку за издавање казног налога различито ријешено. Поједина законодавства то допуштају. Пољским казним налогом (*postepowania karnego*)¹² може се усвојити имовинскоправни захтјев ако су прибављени докази довољни за такву одлуку. То је владајуће схватање, мада постоји и супротно, по коме се у овом поступку оштећени са овим захтјевом обавезно упућује на парницу.¹³ Хрватским казним налогом може се усвојити имовинскоправни захтјев под условом да је оштећени ставио такав приједлог и да је државни тужилац изричито то предложио у захтјеву за издавање казног налога. Уколико га тада суд не усвоји, изриче мјеру одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом.¹⁴ Могуће га је усвојити и када то државни тужилац није изричито предложио у захтјеву за издавање казног налога, уколико је предложио изрицање мјере одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом, умјесто те мјере.¹⁵ Ово је ново рјешење у односу на оно из ЗКП из 1998. године којим су права оштећеног „још заштићенија”.¹⁶ Изрека пресуде којом се издаје македонски казни налог садржи и одлуку о имовинскоправном захтјеву, уколико постоји такав приједлог.¹⁷ Та одредба изричито предвиђа могућност усвајања овог захтјева казним налогом. Још нека законодавства изричито предвиђају да се казним налогом може усвојити имовинскоправни захтјев.¹⁸ Важно је истаћи да су она која то допуштају то и изричито прописала. У њима је од одлуке о усвајању имовинскоправног захтјева оптужени потпуно заштићен правом на изјављивање приговора против казног налога, који суд аутоматски усваја, не улазећи у његову оправданост.

¹² *Kodeks postepowania karnego* (ЗКП Пољске).

¹³ Kazimierz Marszał, „W sprawie merytorycznego wurokowania przez sad I instancji poza rozprawa w sprawach karnych“, *Prokuratura i Prawo*, br. 1-2 (2010), 143.

¹⁴ Чл. 540 ст. 4 Закона 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, 152/14 и 70/17).

¹⁵ Детаљније видјети М. Боначић, „Критички осврт на хрватско законодавно уређење института казног налога“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 1 (2015), 211.

¹⁶ Б. Павишић, „Нови хрватски Закон о казном поступку“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2 (2008), 585. истиче да су права оштећеног код казног налога сада прецизније прописана.

¹⁷ Чл. 499 ст. 2 Законот за кривичната постапка Македоније („Службен весник на Република Македонија“ бр. 150/10).

¹⁸ Ово је нпр. предвиђено чл. 354 ст. 1 тач. ф) *Trestny poriadok* (ЗКП Словачке) или чл. 314е ст. 7 тач. е) *Trestni rizeni* (ЗКП Чешке).

Већина законодавстава прихвата супротно рјешење по коме се оштећени са имовинскоправним захтјевом у овом поступку обавезно упућује на парницу, односно по коме се он у њему не може усвојити. Оно полази од става да је циљ што већа примјена овог поступка и да овај захтјев томе не смије бити препрека. По овом схватању, казнени налог због своје природе и изостанка главног претреса није одговарајући за усвајање имовинскоправног захтјева. У Њемачкој се овај захтјев не може усвојити казним налогом,¹⁹ мада није искључена могућност поравнања.²⁰ То није могуће ни у Италији, гдје казнени налог чак нема никакво дејство у парници.²¹ Ни у Швајцарској се казним налогом²² у правилу не усваја имовинскоправни захтјев. Изузетак представља ситуација у којој је прије његовог издавања оштећени поднио грађанску тужбу. Само тада се у њега уноси одлука о усвајању имовинскоправног захтјева, која у случају изостанка приговора представља дефинитиван основ за његово извршење.²³ Ни у Француској се казним налогом²⁴ не може усвојити имовинскоправни захтјев. Казни налог се ни тамо не сматра правоснажно пресуђеном ствари у односу на имовинскоправни захтјев стављен у парници. Ово рјешење је прихваћено због тога што издавању казног налога не претходи било каква расправа. У Словенији се изричито не предвиђа да се казним налогом може усвојити имовинскоправни захтјев.²⁵ Из одредбе која регулише достављање ове пресуде, а не предвиђа достављање оштећеном, произлази да не може.

Најсличнији нашем поступку за издавање казног налога су одговарајући поступци у србијанском и црногорском законодавству, због чега је посебно битно анализирати рјешење овог питања у њима. То су једина законодавства у којима постоји посебно судско рочиште на коме се оптужени изјашњава о захтјеву (приједлогу) јавног тужиоца. У ранијем србијанском поступку за кажњавање пре главног претреса²⁶ изричи-

¹⁹ & 407–412 *Strafprozessordnung – StPO* (ЗКП Њемачке).

²⁰ С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме* (Нови Сад: Правни факултет, 2004), 393.

²¹ Чл. 460 ст. 5 *Codice di Procedura Penale* (ЗКП Италије); Преведени текст видјети Берислав Павишић, *Талијански казнени поступак* (Ријека: Правни факултет, 2002).

²² & 352-356 *Strafprozessordnung – StPO* (ЗКП Швајцарске).

²³ Christof Riedo, *Einführung in das schweizerische Strafprozessrecht* (Фрајбург: Универзитет, 2008), 173.

²⁴ *Code de proc'durepnale* (ЗКП Француске).

²⁵ Чл. 445а–445 Е *Zakona o kazenskem postopku* (“Uradni list Republike Slovenije“ br. 32/12, 47/13 и 87/14).

²⁶ Законик о кривичном поступку Србије (“Службени лист СР Југославије“ бр. 70/01, 68/02 и „Службени гласник Србије“ бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10).

то је било забрањено усвајање имовинскоправног захтјева. Оштећени се са њим обавезно упућивао на парницу. Поједини аутори су заступали схватање да постављени имовинскоправни захтјев може бити и разлог да се судија не сложи са приједлогом јавног тужиоца за доношење рјешења о кажњавању.²⁷ У важећем ЗКП Србије²⁸ више нема одредбе по којој се оштећени са имовинскоправним захтјевом у овом поступку, који се зове рочиште за изрицање кривичне санкције, упућује на парницу. Раније рјешење је недвосмислено указивало на то да овај поступак треба увијек примијенити када су испуњени услови, без обзира на интерес оштећеног. Полазило се од тога да један легитимни јавни интерес за брзим пресуђењем кривичног дјела са циљем растерећења правосуђа не смије устукнути пред интересом оштећеног за усвајањем имовинскоправног захтјева у кривичном поступку. Оштећени тиме ништа не губи јер му остаје парница,²⁹ поготово што је тада, након што је утврђено да је оптужени учинио кривично дјело, његов положај у њој знатно повољнији. Преовладава схватање да се ни на рочишту за изрицање кривичне санкције не може усвојити имовинскоправни захтјев због тога што не постоји могућност заштите оптуженог у случају незаконите или неправилне одлуке. Против такве одлуке оптужени не може изјавити жалбу. Сматра се да се у овом поступку оптужени саглашава са приједлогом јавног тужиоца који није овлашћен да располаже имовинскоправним захтјевом, тако да се не захтијева и саглашавање са таквим захтјевом.³⁰ У црногорском поступку за изрицање кривичне санкције без главног претреса имовинскоправни захтјев се не може усвојити рјешењем којим се у њему изричу кривичне санкције. Оштећени се са њим обавезно упућује на парницу.³¹ Дакле, у поступцима који су најсличнији нашем поступку за издавање казног налога имовинскоправни захтјев се не може усвојити.

²⁷ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Савремена администрација, 2010), 956.

²⁸ Законик о кривичном поступку Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14).

²⁹ С. Бркић, „Поводом деценије постојања мандатног кривичног поступка у Србији“, у *Зборнику радова* (Нови Сад: Правни факултет, 2011), 415.

³⁰ *Ibid.*, 415.

³¹ Чл. 461 ст. 3 Законика о кривичном поступку Црне Горе („Службени лист Црне Горе“ бр. 57/09, 49/10, 47/14 и 27/15).

4. Доминирајуће становиште у нашој теорији и пракси

Није спорно да пресуда којом се издаје казнени налог може да садржи одлуку којом се оштећени са имовинскоправним захтјевом упућује на парницу. Спорно је да ли може да садржи одлуку којом се он у потпуности или дјелимично усваја. ЗКП РС, али ни остали кривичнопроцесни закони у БиХ, за разлику од других законодавстава, ово питање изричито не рјешавају. Одредбе које регулишу поступак за издавање казног налога имовинскоправни захтјев и не спомињу. О овом питању се у нашој теорији веома мало и површно расправљало. У њој се заступа схватање да се казним налогом може усвојити имовинскоправни захтјев, али се оно не образлаже.³² Међутим, и његови заступници уочавају проблем у томе што се оштећени и његов имовинскоправни захтјев не спомињу у одредбама које регулишу поступак за издавање казног налога и истичу да се тиме „ствара утисак да њима ту једноставно нема мјеста“.³³

У пракси Окружног суда у Бањој Луци и основних судова на његовом подручју у бројним одлукама заузет је јединствен став да се имовинскоправни захтјев може усвојити пресудом којом се издаје казнени налог.³⁴ Практичари га често оправдавају тезом да је „у кривичном поступку дозвољено све што није изричито забрањено“.

Усвајање имовинскоправног захтјева казним налогом по оптужницама ОЈТ у Бањој Луци.³⁵

Година	Број лица према којима је издан казнени налог	Број лица која су обавезана на измирење имовинскоправног захтјева	Процент лица која су обавезана на измирење имовинскоправног захтјева
2011.	584	4	0,68%
2012.	703	10	1,42%
2013.	408	15	3,68%
2014.	488	25	5,12%
2015.	528	55	10,42%
2016.	182	19	10,44%

³² Ово схватање заступају нпр. Бркић, „Поводом деценије постојања мандатног кривичног поступка у Србији“, 415; З. Мујкановић, „Оштећени као субјект кривичног поступка“, *Право и правда*, бр. 1 (2005), 282.

³³ *Ibid*, 281.

³⁴ Аутору није позната пракса осталих судова у БиХ о овом питању.

³⁵ Подаци се односе на издавање казног налога по оптужницама ОЈТ у Бањој Луци, осим подручних канцеларија у Приједору и Мркоњић Граду, а добијени су непосредним увидом аутора у предмете.

Истраживање спроведено у Окружном јавном тужилаштву (у даљем тексту ОЈТ) у Бањој Луци показује да се у посљедње вријеме вишеструко повећао број предмета у којима је пресудом којом је издан казни налог усвојен имовинскоправни захтјев. Немогуће је не уочити парадоксалност оваквог стања које се састоји у томе да се много чешће имовинскоправни захтјев усваја у поступку за издавање казног налога, него у редовном кривичном поступку, гдје иначе постоје неупоредиво повољнији услови за то.

5. Критички осврт на доминирајуће становиште

Сматрамо да становиште по коме се пресудом којом се издаје казни налог може усвојити имовинскоправни захтјев није прихватљиво. Оно нема основ у одредбама које регулишу имовинскоправни захтјев и поступак за издавање казног налога. За супротно становиште нудимо сљедеће аргументе:

1. У упоредном законодавству је ово питање различито ријешено. Већина законодавстава ту могућност не допушта полазећи од тога да поступак за издавање казног налога због своје природе и изостанка главног претреса за то није одговарајући. Она која то допуштају, за разлику од нашег, то су изричито и прописала. То су законодавства која су прихватила традиционални поступак за издавање казног налога без судског рочишта и изричитог пристанка оптуженог. У њима се против казног налога изјављује приговор. Приговор оптуженом даје потпуну заштиту од казног налога, па и од неповољне одлуке о имовинскоправном захтјеву. Он се обавезно усваја и не улази се у његову основаност. У нашем законодавству жалба оптуженом такву заштиту не обезбјеђује, што најбоље показује судска пракса. Законодавства која познају поступак који је најсличнији нашем поступку за издавање казног налога са посебним судским рочиштем, србијанско и црногорско, у њему не допуштају усвајање имовинскоправног захтјева. Дакле, рјешења у упоредном законодавству иду у прилог становишту по коме се казним налогом не може усвојити имовинскоправни захтјев.

2. Одредбе које регулишу поступак за издавање казног налога изричито рјешавају питање процесних субјеката који присуствују рочишту на коме се оптужени изјашњава о захтјеву за издавање казног налога (чл. 360 ст. 2 ЗКП РС). То су само јавни тужилац, оптужени и

бранилац. Није предвиђено да се на ово рочиште позива оштећени или његов пуномоћник, нити се они у нашој судској пракси позивају. Ово рјешење иде у прилог становишту по коме се казним налогом не може усвојити имовинскоправни захтјев, а не супротном. Да су законодавци у БиХ имали намјеру да то омогуће, прописали би да се на рочиште позива и оштећени, односно његов пуномоћник, који су једини овлашћени да овај захтјев заступају.

3. Да се имовинскоправни захтјев не може усвојити казним налогом прилично јасно указује одредба која регулише достављање пресуде којом се издаје казни налог, која изражава њену специфичност. Осим ЗКП РС,³⁶ остали кривичнопроцесни закони у БиХ изричито предвиђају да се она не доставља оштећеном (чл. 339 ст. 1 ЗКП БиХ, чл. 355 ст. 1 ЗКП ФБиХ и чл. 339 ст. 1 ЗКП БД БиХ). Ако се таквом пресудом усваја имовинскоправни захтјев она се, без икакве дилеме, мора достављати и оштећеном. Да су законодавци у БиХ имали намјеру да омогуће да се казним налогом усваја овај захтјев, овакву специфичност сигурно не би прописали. Она је у директној супротности становишту по коме се казним налогом може усвојити имовинскоправни захтјев.

4. Одредбе које регулишу поступак за издавање казног налога не прописују да се оптужени на рочишту упознаје са имовинскоправним захтјевом, нити да се о њему изјашњава. Чл. 360 ст. 3 тач. а) и б) ЗКП РС таксативно прописује шта судија на њему утврђује. Он утврђује да ли је испоштовано право оптуженог да га заступа бранилац, да ли је оптужени разумио оптужницу и да ли је разумио захтјев за издавање казног налога. Судија не утврђује да ли је оптужени разумио приједлог за остваривање имовинскоправног захтјева. Чл. 360 ст. 3 тач. в) ЗКП РС прописује са чим се на овом рочишту оптужени упознаје. Он се упознаје само са садржајем доказа које је прикупио јавни тужилац, али не и са имовинскоправним захтјевом. Чл. 360 ст. 3 тач. в), г) и д) ЗКП РС таксативно прописује о чему се на њему оптужени изјашњава. Он се изјашњава о доказима, кривици и предложеној кривичној санкцији или мјери, али не и о приједлогу за остваривање имовинскоправног захтјева.

5. Да би се имовинскоправни захтјев могао усвојити у редовном кривичном поступку потребно је да, поред основних, буду испуњена још два процесна услова: а) да се оптужени са њим упознао и б) да се оптужени о чињеницама и наводима из њега изјаснио. Уколико се захтјев усвоји, а они нису испуњени, постоји битна повреда одредаба кривич-

³⁶ Чл. 363 ст. 1 ЗКП РС предвиђа достављање ове пресуде оштећеном тек од 2012. године.

ног поступка.³⁷ Правило парничног поступка по коме се чињенице које тужилац наводи, а тужени не оспорава не утврђују, важи у кривичном поступку само под условом да је оптужени о њима испитан и да их приликом испитивања није оспоравао.³⁸ Јавни тужилац и судија су обавезни да испитају оптуженог о чињеницама везаним за остваривање имовинскоправног захтјева. То је изричито прописано чл. 107 ст. 2 ЗКП РС. Услови за усвајање овог захтјева у редовном кривичном поступку, без икакве дилеме, морају бити остварени и у поступку за издавање казненог налога. Имовинскоправни захтјев може се усвојити у било ком облику кривичног поступка само ако је са њим оптужени био упознат и ако се о њему изјаснио.

6. Правило по коме је „у кривичном поступку дозвољено све што није изричито забрањено“, које често истичу неки наши практичари као аргументацију за могућност усвајања имовинскоправног захтјева казненным налогом, није одрживо. Њега не налазимо у теорији која се бави проблемом тумачења кривичнопроцесних норми. Ако би се оно прихватило, више нико не би био сигуран како тачно изгледа кривични поступак. Свако правно тумачење мора полазити од норми. Оно које то не чини је тзв. слободно тумачење и не сматра се правим тумачењем. Тумачење које није ограничено самом нормом представља стварање права.³⁹ Заговорници схватања по коме се казненным налогом може усвојити имовинскоправни захтјев примјеном овог правила треба да одговоре на питање зашто се оно не примјењује нпр. у србијанском законодавству. Тамо, исто тако, нема одредбе која то забрањује. За рјешење овог питања неопходно је поћи од основних поставки тумачења кривичнопроцесних одредаба. Није спорно да су ту дозвољени тзв. екстензивно тумачење и примјена аналогије, али са јасним правилима и ограничењима. По становишту ЕСЈП, аналогија је дозвољена само ако иде у прилог оптуженом.⁴⁰ Прихватање могућности усвајања имовинскоправног захтјева казненным налогом аналогијом не иде у корист, већ на штету оптуженог. У одређеним случајевима аналогија је и забрањена. Она се не може примијенити код норми које садрже тзв. таксативно набрајање, у ситуацијама када је законодавац прихватио тачно одређено рјешење без

³⁷ Одлука ВС Хрватске бр. Кж-774/72 од 9. јануара 1973. године и Одлука ВС Војводине бр. Кж 294/60, наведене по Васиљевић и Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, 155.

³⁸ Одлука ВС Хрватске бр. КЖ I 1748/73 од 25. октобра 1973. године, наведена по Васиљевић и Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, 155.

³⁹ Б. Ристивојевић, „Тумачење кривичноправне норме“, *Правни живот*, бр. 9 (2009), 784.

⁴⁰ Пресуда ЕСЈП бр. А.260-А од 25. маја 1993. године у предмету *Kokkinakis*, наведена по М. Симовић, *Кривично процесно право – Увод и општи дио* (Бихаћ: Правни факултет, 2005), 54.

обзира на то да ли је исправно и оправдано и када њена примјена ограничава права учесника у поступку, нарочито право на одбрану.⁴¹ Одредбе које регулишу поступак за издавање казног налога таксативно одређују шта на рочишту судија утврђује и о чему се оптужени на њему изјашњава. То се аналогјом никако не може ширити. Њена примјена у том циљу би свакако ограничавала право оптуженог на одбрану. Не треба посебно образлагати да много тога није изричито забрањено, а да је потпуно јасно да се не може примијенити у овом поступку нпр. саслушање свједока, излагање концепта одбране од стране оптуженог, одлагање рочишта ради прибављања доказа, стављање нових доказних приједлога, доношење ослобађајуће пресуде, продужење рока за жалбу против пресуде.

7. Суд је обавезан да приликом разматрања споразума провјери да ли је до њега дошло након што је оптужени упознат са свим његовим могућим посљедицама, укључујући ту и оне везане за имовинскоправни захтјев, да ли је оштећеном пружена могућност да се пред јавним тужиоцем изјасни о имовинскоправном захтјеву, а обавезан је да о резултатима преговарања о кривици обавијести оштећеног (чл. 246 ст. 6 тач. а) и д) и ст. 9 ЗКП РС). Приликом разматрања изјаве о признању кривице дате судији за претходно саслушање, суд провјерава да ли је оптужени упознат са свим могућим посљедицама признања кривице, изричито наводећи оне везане за имовинскоправни захтјев (чл. 245 ст. 1 тач. г) ЗКП РС). Чињеница да се имовинскоправни захтјев изричито спомиње код прихватања споразума и изјаве о признању кривице, али не и код захтјева за издавање казног налога, води ка закључку да ту овом захтјеву нема мјеста.

8. Приликом рјешавања ове, али и других дилема у поступку за издавање казног налога, мора се увијек поћи од његове правне природе.⁴² Никако се не смије губити из вида његова консензуална природа. Казнени налог се издаје само онда када постоји консензус странака о свим битним питањима, гдје свакако спада и имовинскоправни захтјев. Осим тога, у питању је посебан кривични поступак регулисан посебним одредбама у којима се имовинскоправни захтјев и не спомиње. На њега се примјењују и остале одредбе које важе за редовни кривични посту-

⁴¹ Хајрија Сијерчић-Чолић, *Кривично процесно право, Књига I – Ток редовног кривичног поступка и посебни поступци* (Сарајево, 2008), 56.

⁴² Детаљније Р. Јанковић, „Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине“ (докторска дисертација, Правни факултет у Бањој Луци, 2016), 16–18.

пак, али никако не све и не аутоматски, већ само уколико су у складу са његовом природом.

9. Примјери из наше судске праксе у којима је казним налогом усвајан имовинскоправни захтјев јасно показују да за то нису били испуњени законом предвиђени услови. Оптуженом у њима није предочаван имовинскоправни захтјев, нити се он о њему изјашњавао. При томе, он није био ни упозорен на све последице прихватања захтјева за издавање казног налога, међу којима су посебно битне оне везане за имовинскоправни захтјев.

6. Анализа примјера из наше судске праксе

Анализа многобројних примјера из наше праксе у којима је казним налогом усвојен имовинскоправни захтјев или га је усвојио другостепени суд одлучујући о жалби, јасно показује да се он оптуженом није предочавао, нити се оптужени о њему изјашњавао. Начин на који се овај захтјев усваја је неприхватљив и супротан законским одредбама. Честа формулација из образложења пресуда да су оптуженом предочени докази достављени уз оптужницу и да на њих није имао примједби је недовољна. Докази су углавном само набројани, а међу њима се најчешће и не налази приједлог за остваривање имовинскоправног захтјева. У већини примјера у којима је другостепени суд преиначио пресуду којом је издан казни налог и по жалби јавног тужиоца усвојио имовинскоправни захтјев оптужени није доставио одговор на жалбу, нити је присуствовао сједници вијећа. Дакле, он се у поступку по жалби о овом захтјеву није ни изјашњавао. Усвајањем имовинскоправног захтјева на овакав начин оптужени се на одређен начин доводи у заблуду. Он прихвата предложену кривичну санкцију, несвјестан да ће уз њу бити обавезан и на испуњење овог захтјева. То још више истиче чињеница да је само у око 3% случајева оптужени имао браниоца приликом прихватања захтјева за издавање казног налога. У многим случајевима оптужени га не би ни прихватио да је знао да ће истовремено бити усвојен имовинскоправни захтјев.

Одлука о усвајању имовинскоправног захтјева се у правилу скоро и не образлаже. У образложењу и првостепених и другостепених одлука се углавном не наводи ко је поднио приједлог за остваривање овог захтјева, када и у којој форми. Без навођења ових чињеница немогуће је и

испитати да ли је приједлог уопште стављен и да ли постављен у складу са законским одредбама. Постоји могућност да је у неким случајевима казним налогом усвојен имовинскоправни захтјев, а да оштећени није ни ставио приједлог за његово остваривање, што би било недопустиво.

У пракси Округног суда у Бањој Луци уочавају се и неке недоследности у вези са усвајањем имовинскоправног захтјева казним налогом. За усвајање, дјелимично или потпуно, неопходно је да подаци кривичног поступка за то представљају поуздан основ. Овај услов је увијек испуњен када оптужени призна кривицу за кривично дјело за које је у чињеничном опису кривичног дјела наведен тачан износ проузроковане штете. У више другостепених одлука заузет је овакав исправан став.⁴³ Међутим, постоје и супротни примјери у којима је у чињеничном опису кривичног дјела прецизно наведен износ штете, а другостепени суд је и поред тога погрешно закључио да овај услов за досуђење имовинскоправног захтјева није испуњен јер се нпр. не може утврдити тачна вриједност украдених ствари пошто нису саслушани свједоци,⁴⁴ јер је оптужени приговорио висини дуга сматрајући да је превисоко одмјерен,⁴⁵ јер је оптужени оспоравао количину обореног дрвета, а обрачун штете у пријави за шумску штету за то није неспоран доказ.⁴⁶ Када се у изреци било које осуђујуће пресуде, па и пресуде којом се издаје казни налог, прецизно наведе висина штете, подаци кривичног поступка увијек пружају поуздан основ за досуђење имовинскоправног захтјева у цјелини или дјелимично. У наведеним примјерима образложење пресуде је контрадикторно изреци, јер произлази да је висина штете истовремено и утврђена и неутврђена. Признајући кривицу у поступку за издавање казног налога, оптужени признаје да је учинио кривично дјело управо онако како је чињенично описано у оптужници. Ако тај опис обухвата и висину штете која је проузрокована кривичним дјелом, он признаје и њу. Ако она нема основ у доказима који су достављени уз оптужницу, судија не треба да прихвати захтјев за издавање казног налога. Ни јавни тужилац у оптужници не треба да прецизно наводи висину штете, ако за њу не располаже поузданим доказима. Ако оптужени оспорава висину

⁴³ Нпр. пресуде Округног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 206802 15 Кж од 18. децембра 2015. године, бр. 72 0 К 051895 15 Кж од 9. фебруара 2016. године, бр. 71 0 К 208527 16 Кж од 19. јула 2016. године.

⁴⁴ Нпр. пресуда Округног суда у Бањој Луци бр. 73 0 К 012743 13 Кж од 19. марта 2013. године.

⁴⁵ Нпр. пресуда Округног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 206663 15 Кж од 15. марта 2016. године.

⁴⁶ Нпр. пресуда Округног суда у Бањој Луци бр. 78 0 К 015293 14 Кж од 25. марта 2014. године.

штете признање кривице је непотпуно.⁴⁷ Судија тада треба да констатује да оптужени не прихвата захтјев за издавање казног налога, а не да пресудом издаје казни налог.⁴⁸

7. Неопходност измјена и допуна законских одредаба

Имовинскоправни захтјев у поступку за издавање казног налога неопходно је изричито регулисати. Једна могућност је да се он изричито искључи из овог поступка тако што ће се прописати да се оштећени са овим захтјевом обавезно упућује на парницу, као што су то и урадила нека законодавства. Друга могућност, за коју сматрамо да је боља и да има неупоредиво више присталица, јесте да се то изричито дозволи измјенама и допунама одредаба које регулишу овај поступак. И таква рјешења постоје у упоредном законодавству. На тај начин би се отклониле све дилеме. Прије свега, треба прописати да се на рочиште позива и оштећени, односно његов пуномоћник. Оштећени је у овом поступку „занемарен“, „заборављен“ и „потпуно стављен у страну“.⁴⁹ И у редовном кривичном поступку дошло је до маргинализације и сужавања његових процесних права.⁵⁰ Он је изгубио низ процесних права нпр. да на главном претресу поставља питања свједоцима и вјештацима, али и она која је имао као тужилац. Одредити положај оштећеног у овом поступку није ни мало једноставно. Ако му се додијели сувише важна улога, могу се лако поништити практичне предности консензуалне правде.⁵¹ Њему не треба дозволити да нереалним имовинскоправним или другим захтјевима уцјењује оптуженог и да се због тога предмет не заврши

⁴⁷ О овом услову за прихватање признања кривице у овом поступку детаљније Јанковић, „Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине“, 241–242.

⁴⁸ Нпр. у предмету Основног суда у Бањалуци бр. 71 0 К 209349 15 Кпс оптужени је на рочишту одржаном 18. маја 2015. године признао да је присвојио највише 1.300,00 КМ, иако му је оптужницом стављено на терет присвајање 3.652,92 КМ, након чега је судија погрешно издао казни налог.

⁴⁹ Мујкановић, „Оштећени као субјект кривичног поступка“, 274. ово наводи за споразум, али још више важи за поступак за издавање казног налога.

⁵⁰ Љ. Филиповић, „Положај оштећеног у кривичном поступку“, *Право и правда*, бр. 1 (2009), 297. наводи да ни последње, веома обимне измјене и допуне кривичнопроцесних закона у БиХ, иако садрже извјесна побољшања, не представљају суштинско бављење положајем оштећеног у кривичном поступку.

⁵¹ М. Дамашка, „Напомене о споразумима у казном поступку“, *Хрватски љетопис за казно право и праксу*, бр. 1 (2004), 19., ово наводи за споразум, али важи и за казни налог.

издавањем казног налога, иако су за то испуњени услови. С друге стране, није добро ни рјешење по коме он ту нема било какву улогу. Треба имати у виду да и међународна документа гарантују жртви право да буде обавијештена о правима, али и о току кривичног поступка.⁵² Присуство оштећеног на овом рочишту би представљало и елемент контроле законитости рада јавног тужиоца који, између осталог, заступа оштећеног. Оно би омогућило оштећеном, који то до тада није учинио, да стави приједлог за остваривање имовинскоправног захтјева. Рјешење по коме би се на ово рочиште позивао оштећени, односно његов пуномоћник, при чему њихово присуство не би било обавезно, не би утицало на ефикасност и економичност овог поступка, нити би произвело било какве друге негативне ефекте.

У кривичнопроцесним законима у БиХ, у којима то до сада није учињено, неопходно је прописати да се пресуда којом се издаје казнени налог доставља и оштећеном. Рјешење по коме се она њему не доставља, без обзира на то да ли постоји имовинскоправни захтјев, потпуно је нелогично.⁵³ Све остале пресуде се достављају и оштећеном, па не постоји ни један оправдан разлог да се то не чини и са овом. Поготово је овакво рјешење нелогично у случајевима у којима је казним налогом усвојен имовинскоправни захтјев. Само по ЗКП РС⁵⁴ се пресуда којом се издаје казнени налог доставља и оштећеном. Тиме је отклоњен ранији пропуст и истовремено извршено усклађивање са општом одредбом која предвиђа да се свака пресуда доставља и оштећеном.⁵⁵ Он има право и треба да зна како је завршен кривични поступак, без обзира на то да ли постоји имовинскоправни захтјев. Оштећени мора да зна за одлуку о имовинскоправном захтјеву и у овом поступку, како онда када је са њим упућен на парницу, тако и када је дјелимично или у цијелости усвојен. Он има право да овај захтјев остварује и у парници. Од дана правоснажности пресуде, овдје пресуде којом је издан казнени налог, почиње тећи рок за стављање овог захтјева у парничном поступку.

Уколико се жели дозволити могућност усвајања имовинскоправног

⁵² Нпр. Декларација о основним правима жртава кривичних дјела и злоупотребе моћи УН из 1985. године предвиђа да жртве морају бити обавијештене о датумима, одвијању поступка и исходу њихових предмета.

⁵³ ОСЦЕ, „Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичном поступку који се примјењују у Босни и Херцеговини“, *Право и правда*, бр. 1 (2005), 116. наводи да су то питање поставили учесници на састанку ЛИГ-а у Орашју.

⁵⁴ Ово рјешење је прихваћено измјенама и допунама ЗКП РС из 2012. године.

⁵⁵ М. Симовић и Владимир Симовић, „Савремени развој кривичног процесног права у Републици Српској с посебним освртом на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине“, *Правна ријеч*, бр. 9 (2012), 882.

захтјева казним налогом, мора се изричито прописати да се на рочишту у овом поступку оптужени са њим упознаје и да се о њему изјашњава. Упознавање оптуженог са имовинскоправним захтјевом и изјашњење о њему су и у редовном кривичном поступку услови без којих се овај захтјев не може усвојити.

Треба изричито прописати и обавезу судије да оптуженог прије изјашњења упозна са свим посљедицама признања кривице и прихватања захтјева за издавање казног налога.⁵⁶ Код признања кривице у споразуму и пред судијом за претходно саслушање изричито су истакнуте посљедице везане за имовинскоправни захтјев, трошкове кривичног поступка и одузимање имовинске користи прибављене извршењем кривичног дјела.⁵⁷ Не постоји ни један оправдан разлог због кога би оптуженог требало упозоравати на посљедице признања кривице у ова два случаја, а не и у поступку за издавање казног налога у коме се, исто тако, пресуда доноси на основу признања кривице. То што ова обавеза није изричито предвиђена и код казног налога свакако је пропуст законодаваца у БиХ. Претпоставка је да су оне посљедице признања кривице које законодавци у БиХ изричито предвиђају за оптуженог најважније и најчешће, али то не мора бити тако. Неке од њих могу и изостати. Осим њих могу постојати и друге посљедице, од којих су неке и обавезне нпр. евидентирање осуде у казненој евиденцији. Оптуженог на рочишту у овом поступку прије изјашњења о кривици треба упознати са свим посљедицама признања кривице и прихватања захтјева за издавање казног налога које га погађају у конкретном случају.⁵⁸

Када се ради о посљедицама везаним за имовинскоправни захтјев, можемо разликовати неколико ситуација. Прво, могуће је да због природе кривичног дјела овај захтјев не постоји и тада оне изостају. Друга ситуација је она у којој постоје услови за усвајање имовинскоправног захтјева. Судија тада треба да упозори оптуженог да ће у случају признања кривице и прихватања захтјева за издавање казног налога усвојити имовинскоправни захтјев. Трећа ситуација је она у којој нема законских услова за усвајање овог захтјева. Судија тада треба да упозори оптуженог да у случају признања кривице и прихватања захтјева

⁵⁶ Детаљније: Јанковић, „Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине“, 242–244.

⁵⁷ Посљедице везане за одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом изричито су прописане у свим кривичнопроцесним законима у БиХ, осим у ЗКП РС.

⁵⁸ Детаљније: Јанковић, „Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине“, 242–244.

за издавање казног налога оштећени свој захтјев може поставити у парничном поступку и да ће га тамо лакше остварити због постојања осуђујуће пресуде. На исти начин оптуженог треба упозорити и у четвртој ситуацији, у којој имовинскоправни захтјев није ни постављен. У нашој судској пракси се у поступку за издавање казног налога оптужени о свим овим посљедицама везаним за имовинскоправни захтјев, али и о другим, у правилу не упознаје. Један од разлога за ову погрешну праксу је и то што таква обавеза није изричито прописана. Имовинскоправни захтјев се може усвојити казним налогом само онда када је оптужени претходно на то упозорен, па и поред тог упозорења прихвати захтјев за издавање казног налога.

8. Жалба на одлуку о имовинскоправном захтјеву

По чл. 314 ст. 3 ЗКП РС, одлука о имовинскоправном захтјеву се може побијати када је суд о овом питању донио одлуку противно законским одредбама. Против ове одлуке, осим оптуженог, жалбу по чл. 307 ст. 4 ЗКП РС може изјавити и оштећени. У пракси наилазимо на жалбе оштећеног изјављене због одлуке о имовинскоправном захтјеву у пресуди којом је издан казни налог.⁵⁹

Наша пракса поново отвара питање да ли јавни тужилац може изјавити жалбу због одлуке о имовинскоправном захтјеву. У нашој теорији је општеприхваћено схватање да таква могућност не постоји.⁶⁰ Оно полази од чињенице да непосредни правни интерес за такву жалбу има оштећени и да адхезиони поступак није кривични поступак у правом смислу, већ цивилни спор који се одвија у његовом оквиру. Сматра се да побијање ове одлуке од стране јавног тужиоца прелази границе његове функције и као странке и као државног органа.⁶¹ Истиче се да јавни тужилац не може ни у парничном поступку изјавити жалбу против одлуке о имовинскоправном захтјеву, па му се то право не

⁵⁹ Нпр. жалбе против пресуда Основног суда у Котор Вароши бр. 73 0 К 013495 12 Кпс од 19. јула 2012. године и 73 0 К 012743 12 Кпс од 12. априла 2012. године, које је Окружни суд у Бањој Луци пресудама бр. 73 0 К 013495 12 Кж од 26. фебруара 2013. године и 73 0 К 012743 13 Кж од 19. марта 2013. године одбио као неосноване.

⁶⁰ Ово схватање заступају нпр. Н. Јованчевић, *Правни лек – жалба на кривичну пресуду првостепеног суда* (Београд: Правно истраживачки центар, 1997), 145; Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар закона о кривичном поступку* (Београд: Савремена администрација, 1990), 461.

⁶¹ М. Грубиша, *Кривични поступак – Поступак о правним лијековима* (Загреб: Информатор, 1987), 9.

може дати ни у кривичном.⁶² Ово схватање полази од тога да јавни тужилац није овлашћен да заступа имовинскоправни захтјев у кривичном поступку, што важи и у жалбеном поступку.⁶³ Ово схватање је одавно прихваћено и у пракси.⁶⁴ Оно је било доминантно и у вријеме важења ЗКП СФР Југославије,⁶⁵ по коме ни оштећени није могао изјавити жалбу због одлуке о имовинскоправном захтјеву, мада се спорадично наилазило и на супротно схватање.⁶⁶ Поједини теоретичари су чак предлагали да се омогући јавном тужиоцу да напада одлуку о имовинскоправном захтјеву.⁶⁷ Ако то право јавни тужилац није имао онда када је било ускраћено оштећеном, сада када је изричито дато оштећеном поготово га не може имати.

У пракси ОЈТ у Бањој Луци наилазимо на десетине жалби јавног тужиоца изјављених против одлуке о неусвајању имовинскоправног захтјева у пресуди којом је издан казнени налог.⁶⁸ Окружни суд у Бањој Луци их није одбацио као изјављене од неовлашћеног лица, већ их је одбио као неосноване⁶⁹ или уважио и преиначио првостепене пресуде тако што је овај захтјев усвојио.⁷⁰ Овакав став другостепеног суда је погрешан, супротан ономе који већ деценијама постоји у нашој судској пракси, али и општеприхваћеном ставу свих значајнијих теоретичара са ових простора.

⁶² Горан Илић, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде* (Београд: Службени гласник, 2004), 122.

⁶³ Ово схватање заступају нпр. М. Јемрић, *Закон о кривичном поступку* (Загреб: Народне новине, 1981), 413; Г. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2014), 964.

⁶⁴ Одлука ВС Србије бр. Кж-3164/64 од 15. јануара 1965. године, наведена у *Збирка судских одлука из области кривичног права* (Београд: Републички завод за јавну управу, 1972), 179; Одлука ВС Србије бр. 299/89 од 26. маја 1989. године, наведена по Илић, *Границе испитивања првостепене пресуде*, 123.

⁶⁵ Закон о кривичном поступку СФР Југославије („Службени лист СФРЈ“ бр. 26/86).

⁶⁶ Ово схватање је нпр. заузето у одлуци ВС Хрватске бр. И Кж-60/82 од 28. априла 1982. године, наведена по Јованчевић, *Правни лек – жалба на кривичну пресуду првостепеног суда*, 130; Оно је полазило од тога да јавни тужилац штити законитост и да му то право није ограничено ни једном одредбом.

⁶⁷ И. Јосиповић, „Жалба на одлуку о имовинскоправном захтјеву у кривичном поступку“, *Наша законитост*, бр. 9-10 (1990), 1269.

⁶⁸ Нпр. жалбе ОЈТ у Бањој Луци због одлуке о имовинскоправном захтјеву у предметима бр. Т13 0 КТ 0024860 15, Т13 0 КТ 0018733 13, Т13 0 КТ 0025533 15, Т13 0 КТ 0012583 14.

⁶⁹ Нпр. пресуде Окружног суда у Бањој Луци бр. 78 0 К 015293 14 Кж од 25. марта 2014. године и бр. 71 0 К 206663 15 Кж од 15. марта 2016. године.

⁷⁰ Нпр. пресуде Окружног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 206802 15 Кж од 18. децембра 2015. године, бр. 72 0 К 051895 15 Кж од 9. фебруара 2016. године или бр. 71 0 К 208527 16 Кж од 19. јула 2016. године.

9. Закључци

Иако су одредбе које регулишу поступак за издавање казног налога послуже свега неколико година примјене мијењане, многе дилеме нису разријешене. Једна од њих је могућност усвајања имовинскоправног захтјева казним налогом. Наша теорија, начелно прихватајући ову могућност, овим питањем се није озбиљно бавила, нити је дала аргументацију за тај став. Њега безрезервно прихвата судска и тужилачка пракса на подручју Окружног суда у Бањој Луци. Ни у њој не наилазимо на његову аргументацију. Оне у њему не виде ништа спорно, нити виде потребу да га бране. Ако се мало дубље уђе у ову проблематику, постаје јасно да је ту поприлично тога спорно. У раду се заузима став, супротан прихваћеном, да не постоји законски основ за схватање да се казним налогом може усвојити имовинскоправни захтјев. За њега се у раду дају бројни аргументи. Ову могућност би било пожељно допустити, али је за то неопходно измијенити и допунити одредбе које регулишу овај поступак које имовинскоправни захтјев и не спомињу. То би требало изричито прописати, као што су то учинила и друга законодавства која су се за ову могућност определијелила. Алтернатива је да се она изричито искључи. У нашој пракси су жалбе јавног тужиоца на одлуку о имовинскоправном захтјеву веома честе. Окружни суд у Бањој Луци их сматра дозвољеним. Сматрамо да је такав став погрешан и супротан ономе који је деценијама поштован у нашој теорији и пракси. За ново становиште није дато образложење.

Литература

Боначић, Марин, „Критички осврт на хрватско законодавно уређење института казног налога“, Загреб, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2015.

Бркић, Снежана, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004.

Бркић, Снежана, „Поводом деценије постојања мандатног кривичног поступка у Србији“, Нови Сад, Зборник радова Правног факултета, 2011.

Васиљевић, Тихомир, Грубач, Момчило, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 1990.

Васиљевић, Тихомир, Грубач, Момчило, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2010.

Грубиша, Младен, *Кривични поступак – Поступак о правним лијековима*, Загреб, 1987.

Дамашка, Мирјан, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, Загреб, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2004.

Илић, Горан, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Београд, 2004.

Илић, Горан, Мајић, Миодраг, Бељански, Слободан, Трешњев, Александар, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2014,

Јанковић, Раденко, *Поступак за издавање казног налога у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине*, Бањалука, Правни факултет 2016.

Јемрић, Мато, *Закон о кривичном поступку*, Загреб 1981.

Јованчевић, Недељко, *Правни лек – жалба на кривичну пресуду првостепеног суда*, Београд 1997.

Јосиповић, Иво, „Жалба на одлуку о имовинскоправном захтјеву у кривичном поступку“, Загреб, *Наша законитост* бр. 9-10/1990.

Marszał, Kazimierz, „W sprawie merytorycznego wurokowania przez sąd I instancji poza rozprawa w sprawach karnych“, Варшава, *Prokuratura i Prawo* бр. 1-2/2010.

Мујкановић, Зекерија, „Оштећени као субјект кривичног поступка“, Сарајево, *Право и правда* бр. 1/2005.

ОСЦЕ, Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичном поступку који се примјењују у Босни и Херцеговини, Сарајево, *Право и правда* бр. 1/2005.

Павишић, Берислав, *Талијански казнени поступак*, Ријека, 2002.

Павишић, Берислав, „Нови хрватски Закон о казненом поступку“, Загреб, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 2/2008.

Мрвић-Петровић, Наташа, „Недостаци законског регулисања остваривања имовинскоправног захтева у кривичном поступку“, Бањалука, Гласник правде бр. 6/2000.

Riedo, Christof, Einführung in das schweizerische Strafprozessrecht, Фрајбург, 2008.

Републички завод за јавну управу, Збирка судских одлука из области кривичног права, Београд, 1972.

Ристивојевић, Бранислав, „Тумачење кривичноправне норме“, Београд, Правни живот бр. 9/2009.

Сијерчић-Чолић, Хајрија, Кривично процесно право, Књига I – Ток редовног кривичног поступка и посебни поступци, Сарајево, 2008.

Сијерчић-Чолић, Хајрија, Хаџиомерагић, Малик, Јурчевић, Маринко, Кауриновић Дамјан. и Симовић, Миодраг, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, Сарајево, 2005.

Симовић, Миодраг, Кривично процесно право – Увод и општи дио, Бихаћ, 2005.

Симовић, Миодраг, Симовић, Владимир, „Савремени развој кривичног процесног права у Републици Српској с посебним освртом на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине“, Бањалука, Правна ријеч бр. 9/2012.

Филиповић, Љиљана, „Положај оштећеног у кривичном поступку“, Сарајево, Право и правда бр. 1/2009.

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине.

Закон о кривичном поступку Републике Српске

Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине.

Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.

Закон о кривичном поступку СФР Југославије.

Законик о кривичном поступку Србије из 2001. године.

Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године.

Законик о кривичном поступку Црне Горе.

Закон о казненом поступку Хрватске.

Законот за кривичната постапка Македоније.

Zakon o kazenskem postopku Slovenije.

Kodeks postępowania karnego (ЗКП Пољске).

Strafprozessordnung – StPO (ЗКП Њемачке),

Strafprozessordnung – StPO (ЗКП Швајцарске).

Trestny poriadok (ЗКП Словачке).

Trestni rizeni (ЗКП Чешке).

Codice di Procedura Penale (ЗКП Италије).

Code de proc‘durep‘nale (ЗКП Француске).

Декларација УН о основним правима жртава кривичних дјела и злоупотребе моћи.

PROPERTY REQUIREMENTS IN CRIMINAL ORDER

Radenko Janković, LL.M.*

Summary

At the beginning of the 21st century, criminal procedural legislation in BiH was radically changed. One of the most important newspapers is the procedure for the issuance of a penal order accepted under various foreign influences. Although this is a new special criminal procedure, it is very good and is quickly accepted and applied extensively. In approximately half of the indictments, the public prosecutor puts forward a request for a criminal charge. However, he has caused many dilemmas, both in theory and in practice. One of them is the possibility of adopting a property claim by a judgment ordering a criminal charge. The paper analyzes the views of our theory and practice in order to provide an answer to the question of whether they have a basis in the applicable legal provisions. In addition, it also points to the shortcomings in the provisions governing the procedure for issuing a criminal order that clearly indicate the need for their amendments in order to standardize the property claim in this proceeding even better, more precisely and precisely.

Keywords: *property lawsuit, procedure for issuing a criminal order, judgment issuing a criminal order, proposal for realizing a property claim*

*District Attorney at the District Attorneys Office Banjaluka

Друге кривичноправне науке

OPERATIVNI RAD POLICIJE NA BEZBJEDNOSNOM SEKTORU OSNOV USPJEŠNOG SUZBIJANJA KRIMINALITETA

Prof. dr Mile Matijević*
Mr Marija Markanović**
Miroslav Đukić***

***Apstrakt:** Operativni rad predstavlja jedan od najstarijih i najrasprostranjenijih oblika tzv. neformalne policijske djelatnosti u sektoru bezbjednosti. Bezbjednost kao proizvod sveukupnih aktivnosti nadležnih subjekata i građana predstavlja stalni interes svake države, ali i građanina, kao neposrednog aktera, i korisnika bezbjednosnih efekata. Stoga se kroz periode razvoja društva mijenjao odnos i shvatanje o najefikasnijim metodama, sredstvima zaštite vitalnih društvenih vrednosti u zavisnosti od organizacionih, funkcionalnih i drugih aspekata poimanja ovog društvene funkcije i problema.*

Uz puno uvažavanje značaja i interesa globalnih procesa bezbjednosnih kretanja, poseban interes „običnog“ čoveka jeste bezbjednost u njegovom „mikrolokalitetu“. U kontekstu navedenog, u radu će se prezentirati bitni aspekti aktuelnog preventivno represivnog operativnog djelovanja na bezbjednosnom sektoru, koje predstavlja oficijelni okvir rada „lokalnog policajca“, kao i drugih činioca bezbjednosti.

U radu će se posebno aktuelizirati, problematizovati pozitivni, kao i negativni efekti kvalitetne i nedovoljne operativnosti policijskih struktura koje se manifestuju u pojedinim oblicima operativne djelatnosti na bezbjednosnom sektoru.

* Fakultet pravnih nauka, Univerzitet za poslovne studije Banja Luka, Jovana Dučića 23a, 78000 Banja Luka, e-mail: matijevicdmile@gmail.com

** Policijska uprava Banja Luka

*** Policijska uprava Banja Luka

Na bazi iskustvenih i naučno verifikovanih istraživanja, kao i aktuelnih bezbjednosnih situacija, stanja, daće se ocjena efikasnosti, prednosti, ali i nedostataka određenih oblika operativno bezbjednosnog organizovanja i djelovanja na bezbjednosnom sektoru. Posebno će se problematizovati pitanja kvaliteta i efikasnosti sprečavanja vršenja najtežih krivičnih djela, kao i otkrivanja izvršenih krivičnih djela. mogući oblici ugrožavanja stabilnosti društva, države, kao i mogućnosti efikasnijeg otkrivanja i procesuiranja nosilaca kriminogenih i drugih društveno negativnih pojava i djelovanja.

Ključne riječi: *operativni rad, operativac, bezbjednost, bezbjednosti sektor, policija, građani, sprečavanje, otkrivanje, krivično djelo.*

1. Pojam i osnovne karakteristike operativnog rada policije

Operativna djelatnost¹ policijskih struktura u ostvarivanju sveukupne bezbjednosti u državi, društvu, a posebno na suzbijanju kriminaliteta podrazumijeva primjenu niza oblika, načina, metoda i taktika postupanja u cilju ostvarivanja programskih zadataka i ciljeva. Operativni rad policije je u suštini sistem vanprocesnih radnji i postupka ovlašćenih policijskih službenika sa ciljem lociranja i prikupljanja bezbjednosno interesantnih podataka i obavještenja koji mogu biti od značaja za ostvarivanje preventivno represivnih zadataka u suzbijanju kriminaliteta i ostvarivanju bezbjednosnih funkcija.

Operativni rad može imati karakter preventivne uloge policijskih struktura u svim situacijama kada se može očekivati vršenje krivičnih djela, kao i represivnog sadržaja nakon izvršenog krivičnog djela, kada je potrebno njegovo otkrivanje, razjašnjavanje, dokazivanje i hvatanje učinioca. Poseban značaj operativnih radnji može se sastojati u tzv. operativnom obezbjeđenju relevantnih informacija, podataka, koji će nadležne organe uspješnije dovesti u povoljnu situaciju za pribavljanje kvalitetnih dokaza za uspješno vođenje krivičnog postupka².

Oblike operativne djelatnosti možemo grupisati u četiri sadržaja, koji predstavljaju samo uslovno odvojene i samostalne oblike operativne djelatnosti: 1) teritorijalni ili opšti oblik; 2) linijski ili specijalni oblik; 3) objektni oblik; 4) operativno dežurstvo. Ovakva podjela ili sistematizacija

¹ Matijević, M., Mitrović, D., *Kriminalistika – operativa* (treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Internacionalna asocijacija kriminalista, Banja Luka, 2011.

² Operativni rad predstavlja vanprocesnu djelatnost policije koja se provodi klasičnim policijskim metodama, mjerama i radnjama, koje nisu suprotne zakonskim odredbama, ali nemaju formalnopravno dokaznu snagu.

oblika operativne djelatnosti je prije svega iz razloga edukativne prirode, tj. u cilju što kvalitetnijeg izučavanja svakog oblika pojedinačno. Nakon toga neophodno je sve oblike operativne djelatnosti posmatrati kao jedinstveni operativni front u suzbijanju kriminaliteta. Jedinstvo oblika upravo rezultira i iz jedinstava cilja koji uslovljava da između samih oblika postoji odnos uzajamnosti, koji se u praksi ne može isključiti ako želimo efikasno sprečavanje i suzbijanje kriminaliteta.

1.1. Bezbjednosni sektor

Bezbjednosni sektor je dio teritorije policijske stanice na kojoj se organizuju i obavljaju svi bezbjednosni poslovi (teritorijalni oblik operativne djelatnosti)³. Policijska stanica je podijeljena na određeni broj bezbjednosnih sektora u skladu sa utvrđenim kriterijumima. Ključni kriterijumi se odnose na veličinu područja, broj stanovnika, bezbjednosnu problematiku, kao i specifičnosti u vršenju poslova u bezbjednosnom sektoru. Organizacija i mjere operativne djelatnosti obuhvataju kako preventivnu tako i represivnu djelatnost koja se preduzima od strane ovlašćenih službenih lica – policijskih službenika⁴.

Kao mikroteritorija bezbjednosni sektor predstavlja osnovnu operativnu bezbjednosnu ćeliju policijske organizacije na teritoriji. U svim oblicima organizacije i vršenja poslova javne bezbjednosti, bezbjednosni sektor, kao osnovni oblik operativne organizacije očuvanja bezbjednosti i borbe protiv svih⁵ oblika kriminaliteta, ima veliki značaj jer on suštinski postaje osnov sprovođenja i izvršenja bezbjednosnih zadataka organa unutrašnjih poslova. Preko teritorijalnog oblika operativnog rada policije žele da uspostave stalnu i čvrstu neposrednu vezu sa građanima.⁶

³ Gaćeša, D., *Organizacija i nadležnost policije*, Škondrić, V., Policijska taktika, Viša škola unutrašnjih poslova, Banja Luka,

⁴ Studije pokazuju da je, iako povećanje broja policajaca generalno može biti djelotvorno, daleko je korisnije preispitati način raspoređivanja 26 policajaca na zadatke. Nasumično patroliranje nije djelotvorna taktika za smanjenje kriminala, ali fokusiranje taktike koje koriste bazu dokaza (što je jedna od osnovnih komponenti rada policije vođenog obavještajnim saznanjima) može donijeti koristi u sprečavanju kriminala, otkrivanja krivičnih djela, učinilaca, i to ne samo u pogledu vremena koje policajci provode u žarištu kriminala. „Priručnik OSCE-a o radu policije zasnovan na obavještajnim saznanjima –Ratcliffe“ (2016: 139).

⁵ Kriminalna i druga antidruštvena djelatnost suštinski se manifestuju na mikroprostoru bezbjednosnog sektora kroz razne oblike manifesta (pripremanje, izvršenje, prikrivanje tragova, postdeliktno djelovanje, realizacija materijalne dobiti i niz drugih djelatnosti).

⁶ Stalnost prisustva na terenu omogućava jačanje svih oblika preventivno-represivne djelatnosti policije, a posebno brzu reakciju na konkretne bezbjednosne izazove. U nekim zemljama (Japan) traži se da policijski službenik – sektorski radnik, živi na području na kome radi da bi bio što više integrisan sa problemima na tome području.

Bezbjednosni sektor je dio teritorijalne policijske stanice⁷. Njega čine naseljena mjesta i prostor koji ih spaja. Ovakav pristup u utvrđivanju sektora ima za posljedicu da je područje policijske stanice podijeljeno na mikroteritorije koje čine sektore. Pri utvrđivanju sektora, treba imati u vidu tri pravila: 1) sektor treba da odražava posebne uslove za organizaciju operativne djelatnosti; 2) sektor mora da se podudara sa teritorijom mjesne zajednice koja ne bi smjela da se dijeli na dva ili više sektora; i 3) sektor se može konstituisati od jedne, dvije ili više mjesnih zajednica.

Vršenje poslova kriminalističke operative na bezbjednosnom sektoru je kompleksan i bazni posao u borbi protiv kriminaliteta i sprovođenja bezbjednosti uopšte. Najčešće ovdje mora da se vrši kombinovanje: „policajac i kriminalistički policajac“ (u civilu). Za ovakav kombinovani rad u operativnom zahvatanju problema postoje dva osnovna shvatanja. Jedno je da postoji „podjela rada“ između uniformisanog dijela javne bezbjednosti i civilnog dijela tzv. „kriminalističkih radnika“ a koja proističe iz nekih shvatanja da je „kriminalistički radnik“ – kriminalista, sposobniji, produktivniji u oblasti poslova suzbijanja kriminaliteta⁸ od uniformisanog policajca. Drugo shvatanje se ogleda u necjelishodnosti odvajanja policajca od opštih i kontinuiranih poslova. Orijentisati ga na pojedine posebne poslove koji traže duže vremensko angažovanje radnika, u cjelini, u rješavanju jednog konkretnog problema na pozoriškom rejonu ima za posljedicu demobilizaciju u preventivnom radu i izvršenju niza drugih i posebnih poslova koji moraju da se izvršavaju, bez obzira na to što treba riješiti jednu konkretnu nastalu situaciju. Smatra se da je ovo drugo rješenje ispravnije, jer operativna kontrola⁹ terena od strane kriminalističke policije znači dopunu već postojeće kontrole koju sprovodi uniformisana policija.

Na bezbjednosnom sektoru mogu se vršiti poslovi suzbijanja kriminaliteta kroz tri organizaciona vida operativne djelatnosti: pozoriška djelatnost, patrolna djelatnost, posebna operativna djelatnost¹⁰. U zavisnosti od posebnih

⁷ Policijska stanica je unutrašnja organizaciona jedinica centra službi bezbjednosti u kojoj se obavljaju svi poslovi javne bezbjednosti, kao i ostali unutrašnji poslovi.

⁸ Na osnovu shvatanja o bezbjednosnoj problematici na sektoru i potrebi sveobuhvatnog djelovanja od strane vođe bezbjednosnog sektora u sadejstvu sa drugim pripadnicima policije, drugih policijskih struktura, jasno je da je potrebno podići nivo stručne osposobljenosti vođe sektora. Zbog toga smatramo da ti poslovi zaslužuju viši tretman i po zahtjevima stručne spreme (viša, čak i visoka škola policijsko-bezbjednosnog usmjerenja u kapacitetu 180 ECTS), čime bismo imali kvalifikovani kadar u neposrednom kontaktu sa građanima, bezbjednosnom problematikom.

⁹ Matijević, M., Mitrović, D, *Kriminalistika – operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova 2011. (detaljnije o kriminalističkoj i operativnoj kontroli), str. 126

¹⁰ Detaljnije o pozoriškoj i patrolnoj djelatnosti viditi u udžbeniku *Policijska taktika* autora V. Škondrića.

uslova za organizaciju kriminalističke operative, radnik koji vrši pozorničku djelatnost preduzima sve potrebne operativno-taktičke radnje i druge mjere za izvršenje zadataka na sektoru. Policajac pozornik¹¹ u suštini predstavlja osnovnog operativca, operativnog radnika na terenu. Zaista, riječ je o poslovima koji se obavljaju tokom svih 24 sata, neprekidno i bez obzira na bilo kakve okolnosti, situacije. Pozornik je sinonim stalnog fizičkog, ali i operativnog prisustva na terenu, pozorničkom rejonu, stazi, koji je obavezan da bude u stalnom fizičkom i operativnom kontaktu sa bezbjednosnom situacijom, a time i problematikom na terenu. Operativni rad policajca – pozornika jeste djelatnost koja se posebno odnosi na „kontinuirano“¹² povezivanje sa građanima, primanja i pružanja pomoći građanima, te preduzimanje opštih mjera kriminalistike operative, počev od legitimisanja, mjera opšte opservacije, pa do postavljanja tzv. *ad hoc* zasjeda i izgradnje taktike kretanja i mjesta zadržavanja i osmatranja na području sektora na kome vrši poslove pozornika¹³.

Patrolna djelatnost ili služba obilaska predstavlja najstariji i najčešći oblik policijske djelatnosti. Ona može imati prvenstveno operativno preventivni karakter, koji se značajnije ispoljava ako se služba usmjerava sa sistematskim i studioznim praćenjem bezbjednosne problematike na određenim lokalitetima, mjestima i u vrijeme kada se na bazi analitičkih pokazatelja može očekivati vršenje krivičnih djela i prekršaja.¹⁴ U konkretnoj operativnoj organizaciji patrolne djelatnosti može se definisati i određeni broj patrolnih sektora koji u suštini konkretizuju područje djelovanja patrole u određenom vremenu. Patrolna djelatnost svoju aktivnost prilagođava procjenama stanja bezbjednosti na određenom području, što znači da se iste mogu prilagođavati konkretnim operativnim zahtjevima rada na terenu.¹⁵ Patrolna djelatnost je operativna organizacija očuvanja bezbjednosti i borbe protiv kriminalite-

¹¹ Policajac pozornik – operativni radnik, fizički prisutan na terenu u praktičnom je shvatanju dosta minimiziran kao izvor operativnih podataka, informacija. Sopstveno iskustvo govori da se podaci dobijeni od pozornika ne mogu obezbijediti ni na jedan drugi način, jer predstavljaju autentični proizvod operativno-fizičkog prisustva na terenu.

¹² Aktuelna praksa ukazuje na to da se nestalnost i nekontinuiranost tzv. sektorskog policajca negativno odražava na njegovu operativnost i mogućnost kvalitetnog preventivno-represivnog djelovanja na bezbjednosnom sektoru.

¹³ Prikupljanje obavještenja – Policijski službenik ovlašten je da, u skladu sa zakonom, prikuplja obavještenja od lica za koje je vjerovatno da bi moglo dati obavještenja o: 1) krivičnom djelu ili prekršaju, počiniocu ili o drugim važnim okolnostima u vezi sa krivičnim djelom ili prekršajem 2) okolnostima od značaja za izvršavanje drugih poslova iz nadležnosti Ministarstva (čl. 35 Zakona o policiji i unutrašnjim poslovima Republike Srpske).

¹⁴ Gaćeša, D., *Policija – nadležnost, organizacija, rukovođenje*, Viša škola unutrašnjih poslova, Banjaluka, 1998, 361.

¹⁵ Patrolni obilasci terena veoma su produktivni sa stanovišta prevencije kriminaliteta, jer se mobilne patrole veoma brzo mogu naći na svakoj tački staničnog područja.

ta i pripada teritorijalnom obliku operativne organizacije. Kao takva, ona ne protivrječi sektorskoj organizaciji operativne djelatnosti, već naprotiv, ona predstavlja dio operativne djelatnosti na bezbjednosnom sektoru.

Kriminalistička operativna djelatnost predstavlja vid posebne operativne djelatnosti koja je usmjerena na operativnu detekciju, i operativno fiksiranje početnih i drugih podataka i obavještenja koji su relevantni za otkrivanje i razjašnjavanje konkretnih krivičnih djela i otkrivanje učinilaca. Posebno se to odnosi na otkrivanje učinioca koji su u momentu saznanja za krivično djelo nepoznati (NN učinilac). Ovakvi bezbjednosni problemi predstavljaju veoma složen dio problematike na bezbjednosnom sektoru. U principu se rješavaju u zajedničkom operativnom sadejstvu sa pozorničkom i patrolnom aktivnošću. U vezi sa otkrivanjem nepoznatih učinilaca značajnu ulogu i doprinos mogu dati upravo poslovi kriminalističke operativne djelatnosti na bezbjednosnom sektoru u okviru mjera operativne i kriminalističke kontrole. Za realizaciju zadataka iz oblasti suzbijanja kriminaliteta potrebna je potpuna koordinacija djelatnosti sa pozorničkom i patrolnom djelatnošću u zavisnosti od problema i posebnih uslova za organizaciju kriminalističke operative. U mnogim slučajevima, zavisno od uslova za organizaciju kriminalističke operative, posebna operativna i patrolna djelatnost čine jedinstvenu organizaciju.

Rad na bezbjednosnom sektoru je složen sistem operativnih metoda i zahvata¹⁶ u kome učestvuje više službenih lica, koji u svojim nadležnostima obavljaju određene bezbjednosne poslove¹⁷. Zato je u tom radu i nužno potrebna aktivnost na usmjeravanju i organizovanju istovremenog izvršenja dvaju ili više zadataka koji su međusobno povezani, te je izvršenje jednog uslovljeno izvršenjem nekog prethodnog zadatka, odnosno gdje bezuslovno moraju da se istovremeno izvrše više operativnih zadataka¹⁸. Ovo usmjera-

¹⁶ O mjerama „prvog zahvata“ neiscrpno je pisao doajen kriminalističke nauke prof. dr V. Vodinelić, dajući im veliki značaj u momentu kada postoji velika opasnost od gubljenja početnih dokaznih informacija o krivičnom djelu, učiniocu.

¹⁷ Na jednom bezbjednosnom sektoru može se odvijati koordinirana operativna djelatnost pripadnika svih bezbjednosnih agencija (MUP RS, SIPA; OBA, Granična policija BiH), a indirektno i pripadnici FMUP, tako da je neophodna unaprijed propisana koordinacija, kao i subordinacija svih pripadnika policijskih agencija, kroz primjenu određenih oblika operativne djelatnosti (teritorijalni, linijski, objektni).

¹⁸ Obaveza vode sektora – područnog policajca (iz opisa poslova Policije Brčko distrikta) – Vršilac obilazak sektora i obavlja preventivne, operativne i represivne poslove na sektoru, vrši stalnu procjenu bezbjednosne situacije na sektoru i o svakom značajnijem događaju obavještava pomoćnika za područni sektorski rad, zamjenika odnosno komandira jedinice i predlaže mjere. Aktivno učestvuje u vršenju uvidaja svih složenijih krivičnih djela i preduzima mjere na njihovom rasvjetljavanju, odgovoran je za stanje bezbjednosti na sektoru. Učestvuje u svim bezbjednosnim aktivnostima koje se organizuju na sektoru i pravi periodične planove rada, ostvaruje saradnju sa lokalnom zajednicom, predstavnicima mjesnih zajednica, vaspitnim ustanovama, zdravstveno-socijalnim ustanovama i drugim organima i organizacijama na području sektora, obavještavanih o stanju bezbjednosti i mjerama koje Policija

vanje se realizuje kroz stručno postavljanje zadataka, što se najčešće realizuje u formi koordinacije¹⁹. Ali u ovoj koordinaciji mora biti zastupljen princip subordinacije, odnosno ovaj organizaciono-operativni prilaz zahtijeva postojanje u organizaciji posebnog i stručnog radnika koji mora da poznaje uslove za organizaciju kriminalističke operative i koji predstavlja centralnu stručnu ličnost u operativnom radu. Odgovorno lice za koordinaciju i usmjeravanje odgovorno je i za koordiniranje izvršenja zadatka sa linijskim, kao i objektivnim oblikom u kome se ostvaruje kriminalistička operativna²⁰. Odgovorno lice za koordinaciju i usmjeravanje može biti kako uniformisani, tako i radnik koji ne pripada uniformisanom dijelu javne bezbjednosti. U redovnim okolnostima tj. u obavljanju poslova opšte djelatnosti vođa sektora²¹ predstavlja koordinatora i usmjerivača sveukupne operativne djelatnosti, dok u konkretnim slučajevima tj. u posebnim bezbjednosnim slučajevima, tj. u slučaju izvršenja krivičnih djela i njihovog otkrivanja i razjašnjavanja rukovodilac kriminalističke policije, tj. konkretne akcije, ujedno će biti i rukovodilac sveukupne operativne djelatnosti.

U zavisnosti od uslova za organizaciju kriminalističke operative jedan radnik može da bude odgovoran za usmjeravanje i koordinaciju na jednom sektoru ako na sektoru imamo više određenih radnika. Ali isto tako, jedan radnik na ovom poslu može da odgovara za dva ili više sektora. U slučajevima gdje je nerazučena bezbjednosna problematika, sa manjim bezbjednosnim intenzitetom, može se i rukovodilac organizacione jedinice pojaviti u ulozi konkretnog koordinatora i usmjerivača rada na sektorima.

1.2. Oblici operativne djelatnosti

Borba protiv kriminaliteta na jednoj određenoj teritoriji je pravo koje proističe iz same suštine suvereniteta, koje je formalno uređeno, nekada neposredno, a nekada posredno, samim ustavom, zakonima, a konkretnije preduzima. Prikuplja od njih potrebna bezbjednosna saznanja te građanima daje savjete u pogledu njihove lične i imovinske zaštite, odgovoran je za zakonit i efikasan rad policijskih službenika na sektoru, obavlja poslove područne policijske zaštite, obavlja i druge poslove i zadatke koje mu odredi nadređeni policijski službenik.

¹⁹ Vodinelic, V., „Centralizirani ili ograničeno decentralizirani sistem operativne službe?“, *Kriminalistika – otkrivanje, dokaživanje*, Fakultet bezbednosti i DSZ, Skopje, 1985, str. 377–383.

²⁰ U aktuelnoj organizaciji policijskih organizacionih jedinica (policijska stanica), uspostavljen je praktičan model objedinjavanja rada uniformisane i kriminalističke policije kroz funkcije zamjenika komandira za kriminalitet i uniformisanu policiju, koji su neposredno podređeni komandiru policijske stanice.

²¹ Veoma značajno je da vođa sektora bude iskusan i obrazovan policajac, koji ima afinitet za teritorijalne aspekte bezbjednosnog djelovanja (detaljnije u *Rad policije u zajednici* – Simonović, B., Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, 2006).

razrađeno u specijalnim propisima²² bezbjednosnih agencija, koje neposredno primjenjuju istu u ostvarivanju funkcije suzbijanja kriminaliteta. Prema teritorijalnom rješenju i organizaciji područja od nivoa države, pa do mikroteritorije, djelatnost kriminalističke operative organizuje na: 1) teritoriji Bosne i Hercegovine; 2) teritoriji Republike Srpske; 3) teritoriji regija; 3) teritoriji opština. Teritorijalni oblik operativne djelatnosti u borbi protiv kriminaliteta zasniva se na mikrobezbjednosnom području koji nazivamo „bezbjednosni sektor“²³. On predstavlja osnovni i opšti oblik bezbjednosnog sistema uopšte i organizacije operativne djelatnosti organa unutrašnjih poslova. S obzirom na njegov značaj u pogledu integracije svih oblika operativne djelatnosti nužno je izvršiti njegovu detaljniju analizu.

Linijski rad²⁴ prostorno ne poznaje utvrđene granice, što je posljedica uslova u kojima se kriminalna djelatnost realizuje i sve je dinamičniji kako u prostoru tako i u vremenu. Polazeći od izložene karakteristike vršenja krivičnih djela i njihovog intenziteta, organizacija linijskog oblika rada primjenjuje se na većem prostoru od bezbjednosnog sektora, koja se prilagođava kriminalnim strukturama, radnjama, a ne konkretnoj teritoriji.²⁵ Linijski oblik operativne djelatnosti može se provoditi od mikropodručja tj. policijske stanice, preko regionalnog, republičkog do državnog, pa i međunarodnog nivoa.²⁶

Dejstvo linijskog oblika u sprovođenju kriminalističke operative, za razliku od teritorijalnog, usko je specijalizovano i ograničeno na jedan pojavni oblik ili grupu pojavnih oblika ako imaju zajedničku osnovu, te izvršenje zadataka upućuje na opravdanost primjene jedinstvene organizacije i tehnologije rada. Kada kažemo da je problemsko djelovanje usko, onda se misli na konkretnu organizaciju borbe protiv kriminaliteta jednog ili grupe sličnih oblika kriminalne djelatnosti, a ne u njihovoj sveukupnosti. Odnos

²² Policijske agencije koriste veliki broj propisa, kako iz oblasti krivičnopravnih nauka, tako i iz drugih oblasti koje reguliše određena pitanja, koja direktno ili indirektno utiču na ostvarivanje funkcije bezbjednosti države, građanina, imovine.

²³ Bezbjednosni sektor predstavlja mikroteritorijalno područje izgradnje organizacije borbe protiv kriminaliteta, na kome se vrše osnovni poslovi organa unutrašnjih poslova.

²⁴ Linijski ili specijalistički oblik operativnog rada zahtijeva konkretnu specijalizaciju policijskih službenika za pojedine oblasti (linije) operativnih poslova (krvne delikte, imovinske delikte, krijumčarenja itd.).

²⁵ Lica kao nosioci kriminalne djelatnosti su veoma pokretni, pa se prema njima organizuje i sprovodi linijski oblik operativne djelatnosti.

²⁶ Polazeći od odredaba i Zakona o unutrašnjim poslovima i Zakona o krivičnom postupku BiH i entiteta, koji stavlja službi javne bezbjednosti u zadatak sprečavanje krivičnih djela, otkrivanje krivičnih djela i njihovih učinilaca, slijedi zaključak da je služba javne bezbjednosti obavezna da radi na otkrivanju krivičnih djela i u onim slučajevima kada postoje elementi inostranosti koji su krivičnim zakonima predviđeni, ukoliko drugim propisom nije drukčije predviđeno i ako postoji društveni interes.

prostornog dejstva oblika rada u odnosu na širinu spektra bezbjednosnih problema koji se njime rješava, međusobno stoje u obrnutoj proporciji. Linijski rad, pak, ako se posmatra od entiteta u svom kretanju prema osnovnom organu, u širini i spektru problema se uvećava i pri tom je prisutna latentna tendencija da se spoji sa teritorijalnim oblikom operativnog rada.²⁷

Objektni oblik operativne djelatnosti možemo da podijelimo na djelovanje prema tzv. fizičkim ili stvarnim i prema izvedenim objektima. Fizički *objekti* postoje materijalno, kao što su prostor, zgrade, postrojenja, uređaji, kao i one koji imaju tačno utvrđen identitet kao pravna lica i imaju svoju lokaciju i definisanu funkcionalnost ili niz konkretno definisanih pravnih lica koja imaju zajedničku djelatnost i kao takva predstavljaju i fizičku i funkcionalnu realnost te predstavljaju i jedinstvenu osnovu za operativnu organizaciju borbe protiv kriminaliteta unutar njih, spoljnih (izvan njih) kriminalnih nasrtaja ili postoji društveni zahtjev za njihovo posebno obezbjeđenje. Ove objekte možemo prošireno nazvati kompleksni stvarni ili složeni stvarni objekti. Fizički objekti mogu biti različiti po svojoj namjeni. Oni mogu biti sa prostorom ili bez prostora ili samo može biti prostor. Zgrade i prostor ne moraju činiti i fizičku cjelinu, one mogu biti disperzirane, pa čak i fizički na raznim mjestima locirane, ali moraju da čine funkcionalnu cjelinu, što je posljedica jedinstvene aktivnosti ili djelatnosti²⁸. Kompleksni objekti sačinjavaju zbir zajedničkih operativnih problema u jednoj djelatnosti odnosno grani djelatnosti, kao što su, na primjer: građevinarstvo, spoljna trgovina, zdravstvo, odnosno kriminalna dejstva u građevinarstvu, spoljnoj ili unutrašnjoj trgovini, zdravstvu, i sl. *Izvedeni objekat*, fizički ne postoje, već postoje realni različiti bezbjednosni problemi koji imaju zajedničku osnovu i koji mogu uspješno da se rješavaju cjelovitim operativnim uvidom i strogo koordiniranim operativno-taktičkim preventivnim ili represivnim zahvatima. Zajednička osnova različitih kriminalnih djelatnosti bez obzira na to što je ona i jednim dijelom posljedica objektivno zajedničkih osnova, ne omogućava linijski oblik operativne djelatnosti, jer se presijecaju mnoga krivična djela ili druge društveno patološke pojave od interesa za borbu protiv kriminaliteta, te se cjelovitim operativnim zahvatima mogu da rješavaju problemi, kao što je, na primjer, slučaj sa prostitucijom, taksi službom, itd.²⁹ Radni problemi mo-

²⁷ Linijski oblik rada u bazi ne smije da se stopi sa teritorijalnim, da izgubi suštinsku podjelu, s tendencijom da se nametne kao usmjeravajući faktor teritorijalnom radu, i pri tom sadrži svoju rascjepkanost koju prenosi na teritorijalni oblik, što je neprihvatljivo sa stanovišta opšte bezbjednosti i odgovornosti stanice policije za bezbjednost na staničnom području.

²⁸ Željeznička stanica sa nizom svojih zgrada, prostorijama, podrazumijevajući pod ovim i aerodrom, objekte državnih organa (vlada, skupština, predsjedništvo, i sl.).

²⁹ U jednom izvedenom objektu, po pravilu, presijecaju se mnoge linije kriminalne djelatnosti disperzirane na većem prostoru, što čini neefikasnim kako teritorijalni, tako i linijski oblik u rješavanju

raju da budu vremenski kontinuirani, te kao takvi oni nemaju svoje početno i završno vrijeme kako je to kod konkretnih krivičnih djela, a što je posljedica postojanje uzroka koji je objektivni i kao takav reprodukuje radne probleme.

Metodologija planiranja rada i zadataka na objektu posljedica je specifičnosti objekta³⁰ zbog čega za svaki objekat treba izvršiti metodologiju koje se treba pridržavati. Kompleksni objekat koji u stvarnosti zahvataju bezbjednosne probleme u pojedinim granama djelatnosti ili njegovim najosjetljivijim dijelovima, takođe treba operativno da budu zahvaćeni prethodnim planiranjem. Objekte, čija se zaštita i kontrola ostvaruje u teritorijalnom obliku operativne djelatnosti, treba obuhvatiti planom rada na bezbjednosnom sektoru, s tim što se u zavisnosti od osjetljivosti i složenosti objekta može i dodatno planirati³¹. Kod planiranja treba obavezno predvidjeti djelatnosti u posebnim bezbjednosnim stanjima, a naročito planom razraditi obezbjeđenja osjetljivih dijelova vitalnih i komunalnih objekata, kao i saradnju i međusobnu pomoć organa unutrašnjih poslova i drugih faktora bezbjednosti. Kriminogeni objekti, kako stvarni tako i izvedeni, moraju biti zahvaćeni planovima rada u posebnim bezbjednosnim stanjima. Planom treba predvidjeti operativne i taktičke mjere prema ovakvim objektima i način efikasnog ograničavanja kriminalne djelatnosti u takvim stanjima. Planom treba predvidjeti koordinaciju sa teritorijalnim oblikom, jer bez njega u posebnim stanjima ne može efikasno da se djeluje. Objektni oblik operativnog rada je u njegovoj nužnoj i vrlo jačkoj povezanosti sa teritorijalnim i linijskim oblikom i nužnosti njihove posebne koordinacije³².

Dežurna služba predstavlja tradicionalni sinonim kontinuiranog djelovanja policije u vidu pružanja raznih usluga građanima na području svoje nadležnosti, kroz uspostavljanje dežurnih službi, dežurnih operativnih radnika, jedinica i sl. Poslovi dežurstva imaju veoma značajnu operativnu komponentu u sveukupnom funkcionisanju operativnog rada u policiji. Polazeći od kriminalnih problema, ili kriminalnih problema u jednom, a u drugom paralelno i zaštita, što imamo kao tipičan slučaj kod taksi službe, pa i same prostitucije.

³⁰ Planiranje rada zahtijeva, prvo, identifikaciju objekta, drugo, određivanje sadržine objekata sa bezbjednosnog stanovišta: da li je zaštitni, kriminogeni ili ima karakteristiku zaštite i kriminogenosti, kao i utvrđivanje stepena bezbjednosnih problema na objektu. U planiranju rada treba prethodno riješiti da li će objekat biti zahvaćen formiranjem specijalizovane jedinice, formiranjem posebne grupe ili će biti zahvaćen u organizaciji operativnog rada na sektoru.

³¹ U tom slučaju imamo tipičan primjer objektnog oblika rada, bez obzira na to što objekat može da opslužuje isto lice koje opslužuje i sektor, što je stvar racionalizacije, potrebe i raspoloživog ljudstva u jednom organu.

³² Tako, na primjer, kod objekta, aerodrom ili željeznička stanica, nužna je saradnja i koordinacija na planu borbe protiv tzv. prekograničnog kriminala (trgovina drogom ili oružjem i sl.), sa odgovarajućim teritorijalnim ili odgovarajućom linijama rada raznih policijskih agencija u Bosni i Hercegovini.

taktičko-tehničkih i organizacionih sadržaja dežurne službe, nesporno je da se u njoj upravo koncentrišu prave informacije, podaci, prijave i obavještenja o raznim bezbjednosnim događajima i pojavama.

U kontekstu cjelokupne analize međusobne saradnje, koordinacije, pa i subordinacije oblika operativne djelatnosti, poslovi operativnog dežurstva su svojevrsna koheziorna operativna veza između oblika operativne djelatnosti kroz funkciju policijskih agencija na svih nivoima djelovanja. Iz tog razloga dežurna služba predstavlja svojevrsan oblik operativne djelatnosti koja služi posebnu pažnju. Potrebno je sagledati njen operativni aspekt djelovanja organizacije, a posebno neposrednog doprinosa u funkciji kriminalističke operative kao sastavnog dijela sistema cjelokupne bezbjednosti na području policijske stanice, bezbjednosnog sektora.

1.3. Koordinacija i subordinacija oblika operativne djelatnosti

Ako u razmatranju ovog problema pođemo od činjenice da je teritorijalni oblik rada osnovni oblik sprečavanja i suzbijanja kriminaliteta, a da linijski predstavlja njegovu dopunu, onda se postavlja pitanje njihovog međusobnog odnosa i uloge linijskog rada u omogućavanju veće efikasnosti samog teritorijalnog rada i obrnuto, mjesto i uloga teritorijalnog u povećanju efikasnosti linijskog rada. Smatramo da je linijski rad nemoguć bez teritorijalnog. Zato, umnogome, teritorijalni oblik predstavlja bazu za linijski rad. Teritorijalni oblik rada koji se sprovodi u obliku pozorničke, odnosno patrolne djelatnosti, permanentan je na određenoj teritoriji za razliku od linijskog koji se primjenjuje, po pravilu, u operativno-represivnom radu i zbog toga nema onaj kontinuitet kao teritorijalni. Zato svaki konkretni linijski oblik operativnog rada, po pravilu, mora da bude koordiniran sa teritorijalnim. To praktično znači da onaj ko odgovara za teritorijalnu – opštu bezbjednost, mora biti u toku problema i rada linijskog oblika operativne djelatnosti,³³ i da se aktivno uključi u proces svojih redovnih poslova u razrješenje i problema koji se odvijaju u formi linijskog operativnog rada.

U cilju kvalitetnog operativno preventivno-represivnog zahvatanja teritorije i bezbjednosnih problema potrebno je sistemski, a ne parcijalno, riješiti pitanje organizacije i međusobnih odnosa linijskog i teritorijalnog oblika sprovođenja kriminalističke operative, tj. međusobne operativne uvezanosti

³³ Vođa bezbjednosnog sektora sa svojim operativnim i ljudskim kapacitetima i resursima mora biti uključen u rješavanju svakog bezbjednosnog problema na sektoru. U suštini, od vode sektora najčešće potiču prve operativne informacije o kriminogenim događajima, nosiocima kriminalnih radnji, i drugim bezbjednosno interesantnim pitanjima.

uniformisane policije i pripadnika kriminalističke policije³⁴. Linijski rad mora biti obavezan da saglasno uspostavljenim instrumentima informiše o teritorijalnim problemima i svojim planovima u realizaciji kriminalnih slučajeva na sektoru³⁵. Teritorijalni oblik prema organizaciji linijskog rada ima obaveze da svoj rad u konkretnim slučajevima usaglasi sa potrebama linijskog rada u rješavanju konkretnog problema ili sprovođenju određenog bezbjednosnog zadatka, a o tome informiše odgovarajuću organizaciju linijskog rada (poštujući pri tome izgrađene instrumente informisanja) o činjenicama i indicijama koje se odnose, ili mogu biti interesantne za jedan radni problem ili zadatak linijskog rada³⁶. Teritorijalni oblik, po pravilu, ne smije da preduzima akcije u odnosu na problem koji je predmet linijskog rada,³⁷ ako to nije izričito predviđeno ili pak ako postoje neodložni razlozi koji uslovljavaju neodložno preduzimanje odgovarajuće operativne akcije i mjere. Razmatranje koordinacije nije samo teoretsko, već i praktično pitanje. Od sagledavanja iznijetih principa koji moraju da odražavaju stanje i praktične potrebe, umnogome zavisi obim i efikasnost borbe protiv kriminaliteta.

Neposredne aktivnosti linijskog operativnog rada mogu prelaziti formalne granice opštine, regije, ako je to neophodno za uspješno funkcionisanje u konkretnim kriminalnim slučajevima ili preduzimanje posebnih preventivnih mjera u odnosu na probleme koji se rješavaju linijskim radom, što se može uspješno izvršiti samo koordinacijom dvaju ili više organa na određenom području. Ova područja mogu međusobno da se ograniče i čine jedan region, ali vrlo često je slučaj da su to dvije sasvim odvojene društveno-poli-

³⁴ S obzirom na to da je teritorijalni oblik ograničen prostorno i da je van svog osnovnog područja za akciju nefleksibilan, jer je njegova pokretljivost relativno ograničena, potrebno je prethodno odrediti ciljeve koje treba ostvariti linijskim radom na određenom području, pa u saglasnosti s ciljevima utvrditi: 1) listu pojava oblika vršenja krivičnih djela i drugih bezbjednosnih problema koji će biti predmet linijskog rada; 2) podjelu i organizaciju linijskog rada; 3) obavezu linijskog oblika rada prema teritorijalnom obliku koji je odgovoran za bezbjednost staničnog područja; 4) obaveze teritorijalnog oblika prema linijskom obliku u rješavanju konkretnih kriminalnih slučajeva.

³⁵ U operativnoj praksi se događaju slučajevi da tzv. linijska operativa samostalno, samoinicijativno i bez ikakvog znanja teritorijalne operative obavlja određene poslove na bezbjednosnom sektoru, što može biti višestruko štetno, i na kraju neefikasno. Naime, mora se početi od neophodnog shvatanja da vođa bezbjednosnog sektora, sektorski policajac, jeste najbolji poznavalac stanja bezbjednosti na sektoru.

³⁶ Takođe je bitno da teritorijalni operativni radnik blagovremeno informiše „odgovornog“ linijskog operativca o konkretnim namjerama, radnjama, kada bi njihovo vršenje moglo imati direktni ili indirektni uticaj ili vezu sa tzv. linijskim operativnim projekcijama, radnjama.

³⁷ U kompleksnoj organizaciji operativnih policijskih struktura u Bosni i Hercegovini veoma je bitno dodatnim pravilima, sporazumima i podzakonskim aktima regulisati i precizirati međusobne nadležnosti, odnose i principe koordinacije i subordinacije svih policijskih agencija. Novoformirana Agencija za koordinaciju policijskih struktura u državi ima zadatak da inicira i učestvuje u donošenju operativnih i fleksibilnih pravila o radu policijskih agencija, koji treba da doprinesu efikasnijem radu i postizanju boljih rezultata na suzbijanju kriminaliteta.

tičke zajednice, što u suštini ne mijenja problem. Koordinacija je uslov borbe protiv kriminaliteta, a pogotovo u sprovođenju operativnih mjera u linijskom radu. Ova koordinacija zasniva se na međusobnim odnosima i saradnji organa unutrašnjih poslova. Koordinacija u radu između PU – KMUP-a, kao i između stanica javne bezbjednosti, može da se odvija u materijalnom postupanju sa sljedećim ciljevima: 1) kada jedna policijska uprava – KMUP preduzima operativne mjere na svojoj teritoriji s ciljem rješavanja radnog problema drugog organa; 2) kada jedan organ, preduzimanjem operativnih mjera i rješavanjem svog radnog problema, rješava i problem drugog organa; i 3) kada dva ili više organa, svako na svojoj teritoriji, preduzimaju mjere radi rješavanja zajedničkog radnog problema. Koordinacija u smislu preduzimanja mjera jednog organa, s ciljem rješavanja radnog problema drugog organa, može biti: 1) opšta, koja djeluje instrumentalno, na bazi sistematskih rješenja, kao što su potrage, pojačan nadzor, kriminalistička kontrola³⁸, itd.; 2) posebna, kada se jedan organ obrati drugom u traženju određene radnje koju ovaj treba da izvrši u korist organa tražioca. Da bi se koordinacija mogla operativno da odvija potrebno je, s obzirom na dinamiku kriminaliteta i sve veće obaveze i angažovanje organa u poslovima koordinacije, da se ispune određeni uslovi i poštuju utvrđena pravila, kao što su: 1) potrebno je poznavanje radnog problema i prethodno utvrđen plan; 2) da na drugi način ne može da se riješi radni problem, već u rješavanju moraju biti angažovani dva ili više organa; i 3) da postoji izgrađeni informacioni sistem i sistem veza, čime se omogućava neposredna prisutnost podacima jednog organa od strane drugog poštujući pri tom izgrađena pravila.

Operativna organizacija subordinacije odvija se na najnižem nivou osnovnog organa unutrašnjih poslova policijska stanica – stanica javne bezbjednosti – policijska uprava ili policijska stanica – policijska uprava – KMUP, u odnosu na svoje unutrašnje organizacione jedinice koje pokrivaju teritoriju opštine, dok regionalni i republički – federalni organ postavlja operativnu organizaciju subordinacije na području Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine.

Za ostvarivanje operativne subordinacije nužno je poznavanje radnog problema, postojanje operativnog uvida u najbitnijim dijelovima kriminalne djelatnosti, utvrđena pravila operativnog ponašanja i utvrđena obaveza međusobnog obavještanja, vodeći pri tom računa o načelu blagovremenosti.³⁹

³⁸ Ovi oblici zajedničke djelatnosti policijskih agencija u Bosni i Hercegovini višestruko su korisni i neophodni kao zajednički organizovani, operativno koordinirani, bez prejudiciranja eventualnih kriterijuma subordinacije, što ulazi u oblast unutrašnje organizacije i nadležnosti svakog policijskog organa.

³⁹ U odvijanju poslova koji moraju da imaju za osnovu operativnu subordinaciju postavlja se pitanje

Subordinacija u borbi protiv kriminaliteta u današnjim uslovima je nužnost i kao takva ona predstavlja uslov savremene borbe protiv kriminaliteta i to naročito u suzbijanju onih krivičnih djela koja predstavljaju i najveću društvenu opasnost, kao i kod krivičnih djela čiji: 1) progon zahtijeva jednovremeno, usmjereno djelovanje više organa na raznim područjima regije, entiteta; 2) kada je preventivna djelatnost po svojim ciljevima od značaja za šire područje entiteta ili izvršeno krivično djelo po svojim negativnim posljedicama ili mogućim negativnim posljedicama takvo da ugrožava više opština, odnosno šire područje entiteta; 3) kada rasvjetljavanje krivičnog djela ili utvrđivanje identiteta zahtijeva traženje ili pružanje pomoći međunarodne organizacije kriminalističke policije –Interpol.

2. Operativni i dokazni karakter saznanja, podataka pribavljenih operativnim radom

Pripadnici policije u operativnom radu na bezbjednosnom sektoru primjenjuju brojna tzv. policijska ovlašćenja⁴⁰, kao i ovlašćenja koja im omogućava Zakon o krivičnom postupku. U kontekstu toga veoma je bitno da „operativni radnik“ zna, prepoznaje i u primjeni ovlašćenja ista realizuje kroz prihvatljivu i plodotvornu taktiku, metodiku i operativu primjene istih.

Jedno od najbitnijih pitanja u vezi sa sadržajem i upotrebljivosti podataka, obavještenja i drugih vrijednosti koje se pribave operativnim radom, predstavlja shvatanje o dokaznom karakteru, vrijednosti istih. U vezi sa ovim pitanjem kriminalistička nauka nije se previše bavila, prihvatajući vrijednost i

primjene načela samoinicijative. Operativna subordinacija ne narušava ovo načelo. Naprotiv, ono je u ovim uslovima bitan sastavni dio operativnog rada, ali u zajednici sa primjenom načela preciznog definisanja zadataka i akcija.

⁴⁰ Policijska ovlašćenja, član 29 (1). Osim ovlašćenja propisanih zakonima o krivičnom postupku Republike Srpske i Bosne i Hercegovine i drugim zakonima, policijskim službenicima, radi sprečavanja krivičnih djela, prekršaja, održavanja javnog reda i mira, kontrole bezbjednosti saobraćaja, obezbjeđenja javnih skupova, obezbjeđenja lica i imovine, ovim zakonom daju se i sljedeća ovlašćenja: 1) davanje upozorenja i izdavanje naredjenja, 2) legitimisanje, provjera i utvrđivanje identiteta lica i identifikacija predmeta, 3) prikupljanje obavještenja, 4) pozivanje lica i obavljanje razgovora, 5) privođenje, sprovođenje i dovođenje lica, 6) potraga za licima i predmetima, 7) privremeno ograničavanje slobode kretanja, 8) pregled lica, predmeta i prevoznih sredstava, 9) protivdiverzioni pregled, 10) privremeno oduzimanje predmeta, 11) privremeno korišćenje tuđih prevoznih i komunikacionih sredstava, 12) nadzor i snimanje javnog mjesta, 13) upotreba sile i 14) zaprimanje prijava. (2) Pravilnik o upotrebi sile iz stava 1 tačka 13) ovog člana donosi ministar, na prijedlog direktora. (3) Policijski službenik u okviru svojih nadležnosti propisanih zakonom vrši psihofiziološka ispitivanja, a u skladu sa aktom koji donosi direktor. (4) Ministarstvo može javno raspisati nagradu za određena obavještenja, a u skladu sa aktom koji donosi ministar.

upotrebljivost operativnih produkata, koje pribavljaju ovlaštena službena lica. Tačno je da je izvjesno shvatanje prejudiciralo dokazni karakter operativnih saznanja, smatrajući ih već produktivnim, pa i procesno oformljenim.

Takva shvatanja su produkt nepoznavanja odredaba ZKP u vezi sa radnjama dokazivanja, njihovog sadržaja, zakonske osnove preduzimanja i procesne upotrebljivosti.

Naime, pripadnici policije su u svakodnevnom radu u stalnoj prilici da komuniciraju, da operativno djeluju, i da na bazi brojnih metoda, operativnih radnji, dobijaju tzv. inicijalna operativna saznanja. Takvi podaci ponekad zaista imaju i visok kvalitet tj. dokaznu konstituciju. Međutim, postavlja se pitanje njihove validnosti u dokaznoj proceduri, s obzirom na način njihovog pribavljanja⁴¹.

Pripadnici policije u svakodnevnom radu, komunikaciji sa građanima, mogu samoinicijativno, po nalogu pretpostavljenih, doći da raznih saznanja, podataka koji ukazuju na moguće postojanje krivičnog djela, ili na bližu, dalju vezu između krivičnog djela, učinioca⁴².

Postavlja se pitanje u vezi sa korišćenjem takvih podataka, saznanja u krivičnom postupku, tj. u fazi istrage, optuženja, glavnog pretresa⁴³. U

⁴¹ Brojne operativne radnje koje se preduzmu u tzv. neformalnoj kriminalističkoj kontroli, obradi bez zakonskih osnova, predstavljaju „samo“ operativnu informaciju, koju je neophodno „procesno oformiti“. Npr. pripadnik policije može vršiti tzv. policijsko praćenje lica mimo odredaba ZKP o posebnim istražnim radnjama, s tim što rezultat takve radnje nema dokaznu vrijednost, jer se mora provesti na osnovu odobrenja nadležnog organa.

⁴² Indiciranje moguće kriminalne djelatnosti u svrhu efikasne prevencije, ili konkretno prikupljanje indicija o izvršenom krivičnom djelu, učiniocu.

⁴³ Operativni rad policije ne može se cijeliti i poistovjetiti sa mjerom tajnog nadzora „tajno praćenje i tehničko snimanje lica i predmeta“ iz čl. 157 st. 1 tač. 3 ZKP-a, pa operativni rad policije ne može dovesti u pitanje zakonitost pribavljenih dokaza i obezbijedenih tragova koje je policija našla na licu mjesta prilikom zaticanja sumnjivog izvršioca u vršenju krivičnog djela. Iz obrazloženja: „Naime, po nalaženju Apelacionog suda a imajući u vidu i druge dokaze, i bez iskaza svjedoka E. O., a u dijelu u kom ovaj svjedok iznosi saznanje do kog je kao policijski službenik došao provodeći operativno-tehničke radnje bila bi donijeta ista presuda. Operativna saznanja, do kojih su došli policijski službenici, putem svojih saradnika na terenu tzv. doušnika, od građana po pozivu ili na drugi način, ne mogu se koristiti u krivičnom postupku, niti se na okolnost tih saznanja mogu saslušavati u svojstvu svjedoka policijski službenici. Međutim, od trenutka kada policijski službenici intervišu radi sprečavanja izvršenja krivičnog djela ili hvatanja sumnjivog izvršioca u izvršenju krivičnog djela i tako otkriju tragove i predmete koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku, policajci sprovode radnje na koje su ovlašćeni odredbama ZKP-a, i rezultati tih radnji se mogu koristiti u postupku, a takođe policijski službenici na okolnosti provođenja tih radnji i pronađenih tragova i dokaza, saslušavati u krivičnom postupku kao svjedoci. Dakle, treba razlikovati situaciju kada se provodi mjera tajnog nadzora „tajno praćenje i tehničko snimanje lica i predmeta“ iz čl. 157 st. 1 tač. 3 ZKP-a, u kom slučaju se u krivičnom postupku mogu koristiti svi podaci do kojih se praćenjem i snimanjem lica i predmeta došlo i na okolnosti provođenja ove mjere saslušavati policijski službenici, od situacije kada policijski

kontekstu navedenog, neophodno je problematizovati i dati objašnjenja o nekim aspektima operativnog rada, koje policija provodi apsolutno mimo odredaba Zakona o krivičnom postupku, kao i operativne radnje koje provodi u skladu sa odredbama Zakona o policiji i unutrašnjim poslovima.

Radnje dokazivanja koje su predviđene ZKP predstavljaju isključivo krivično-procesne radnje koje se preduzimaju strogo u skladu sa odredbama ZKP, počev od legitimacije nadležnog organa (policija, tužilaštvo, sud), preko načina njihovog realizovanja i na kraju karakteristika i dokazne vrijednosti rezultata tih radnji⁴⁴. Izvođenje tj. realizacija navedenih radnji vrši se u skladu sa odredbama ZKP, a u neposrednom realizovanju po pravilima i procedurama koje je utvrdila kriminalistička i druge policijske nauke i prakse.

Međutim, u praksi se ponekad javljaju praktični problem, kako u shvatanju pojma operativnih i procesnih radnji, tako i u zakonskoj osnovi njihove realizacije, te shvatanju i tumačenju krivično-procesnih i operativnih karakteristika istih.

Kako radnje dokazivanja imaju isključivo krivično-procesni karakter, pri njihovoj realizaciji apsolutni prioritet je u poštivanju odredaba ZKP, u pogledu zakonitosti, načina izvršenja, kao i procesne ofornjenosti rezultata tih radnji. Međutim, isto tako, u izvršenju krivično-procesnih radnji dokazivanja, tj. u prikupljanju dokaza policijski službenici preduzimaju i određene operativne radnje koje su u neposrednoj ili posrednoj vezi sa krivično-procesnim radnjama. Njihov pravni osnov se ne nalazi u ZKP, već u Zakonu o policiji, unutrašnjim poslovima, pa ih policija može preduzimati samostalno, samoinicijativno, bez upoznavanja ili odobrenja drugih organa (tužilaštva, suda). Konkretni doprinos operativnih radnji u izvršavanju klasičnih krivično-procesnih radnji je veoma plodotvoran, jer se operativnim metodama, radnjama mogu tzv. zakonske procesne radnje efikasnije, kvalitetnije i plodotvornije vršiti.⁴⁵

Ovdje se ponekad stvara konfuzija u shvatanju pojma, sadržine i izvjesne praktične poistovjećenosti, ili pak suprotstavljenosti ovih dviju grupa radnji, koje u sebi sadrže dosta sličnosti, ali i konkretne razlike.

Stoga je neophodno da pripadnici policije odlično poznaju odredbe

službenici provode tehničko-tačtičke radnje, pa i radnju praćenja nekog lica, u kom slučaju ono što policijski službenici saznaju provodeći te radnje ne može se koristiti u krivičnom postupku. Pri tom treba imati u vidu da operativni rad policije ne može dovesti u pitanje zakonitost pribavljenih dokaza i obezbijedenih tragova, koje je policija našla na licu mjesta prilikom zaticanja sumnjivog izvršioca u vršenju krivičnog djela“ (iz presude Apelacionog suda Crne Gore KŽ br. 43/13 od 6. 2. 2013. godine).

⁴⁴ Uvidaj, rekonstrukcija događaja, vještačenje, pretresanje stana i drugih prostorija, privremeno oduzimanje predmeta, posebne istražne radnje.

⁴⁵ Kvalitetnim operativnim informacijama može se doprinijeti bržem i kvalitetnijem pribavljanju dokaza pri pretresu stana, na uvidaju i kod preduzimanja niza drugih istražnih i dokaznih radnji.

ZKP, a pripadnici pravosudnih organa teoriju i praksu kriminalističke nauke, kako bi u međusobnoj korelaciji i upotpunjavanju mjera, sredstava i metoda ove dvije uslovno odvojene grupe radnji bile na istom zadatku, i na kraju doprinijele ostvarenju zajedničkog cilja⁴⁶.

Razumljivo je da pripadnici policije, kao veoma brojna struktura, sa visokim ovlašćenjima prema odredbama Zakona o policiji, unutrašnjim poslovima, kao i ZKP, operativnim radom mogu i moraju biti u stalnoj komunikaciji, i mogućnosti dobijanja brojnih indicijalnih podataka i obavještenja, kako o pripremanju krivičnih djela, tako i o njihovom izvršenju, izvršiocu. Na osnovu tako dobre operativne „baze“ relevantnih podataka preventivno-represivne prirode, pripadnici policije mogu iste „transformisati“ metodama, mjerama i radnjama krivično-procesne prirode u formalne radnje dokazivanja, i time poentirati u dobijanju dokaznih činjenica i dokaza koje će biti od presudnog značaja u procesu otkrivanja i dokazivanja krivičnog djela i učinioca.

Stoga se može izvesti jednostavan zaključak o neophodnosti tzv. funkcionalne integracije operativnog i krivično-procesnog rada policije u samostalnom djelovanju, kao i u „sadejstvu“ sa pravosudnim organima, a u fazi istrage sa tužilaštvom, koje je procesni rukovodilac i nadzornik istrage⁴⁷.

Funkcionalna integracija se mora provoditi prema prethodno utvrđenim pravilima, planom operativnog rada, uz maksimalno poštivanje zakonom utvrđenih postupaka u primjeni radnji dokazivanja⁴⁸.

Zaključak

Na osnovu iznesenih, analiziranih, pa i problematizovanih sadržaja i aspekata operativnog rada policije, vidljivo je da se radi o veoma kompleksnoj praktičnoj djelatnosti, koja nema klasično zakonsko utemeljenje.

Međutim, ipak se može konstatovati da se radi o tzv. vanprocesnim

⁴⁶ Ne smije se dogoditi da se operativnim radom ostvari neki rezultat, a da krivično-procesnim radnjama isti nije verifikovan (slučaj: ubistvo M. Vukelića). Banjaluka – Uroš Pena, direktor Policije Republike Srpske, izjavio je juče da je policija riješila slučaj ubistva Milana Vukelića. Pena je pojasnio da policija RS ima saznanja o ubicama i naručiocima ubistva, ali da je trenutni problem dokazivanje njihove krivice. Nikola Morača, Nezavisne novine, dana 26. 12. 2008, preuzeto na internetu 25. 9. 2018. god.

⁴⁷ Pogrešna je i kontraproduktivna policijska konstatacija o tzv. apsolutnoj poslušnosti i tzv. čekanju zadataka od tužioca, koji „vodi istragu“. Tužilac će sve tzv. operativne podatke, saznanja koja su pribavljena „operativnim radom“ procesno rekonstituisati i dati im krivično-procesnu ocjenu validnosti, upotrebljivosti, uz mogućnost zadavanja i konkretnih krivično-procesnih radnji dokazivanja.

⁴⁸ Operativne radnje ne smiju se preduzimati na nezakonit način, jer bi takvim postupcima dobile karakteristike protivzakonitih radnji, a rezultati istih se ne mogu koristiti u daljem radu.

radnjama koje imaju pravni osnov u tzv. policijskim propisima, koji omogućava izvjesnu širinu i slobodu u primjeni „operativnih zahvata“, ne izlazeći iz krajnjih okvira zakona.

Prezentivni oblici operativne djelatnosti u praksi policijskih struktura prema savremenim shvatanjima kriminalističko-operativne nauke i prakse imaju veliki značaj i doprinos bržem, kvalitetnijem preventivno-represivnom djelovanju na terenu. Posebno se mora istaći doprinos operativnog rada u primjeni krivično-procesnih radnji (uviđaja, pretresanja, ispitivanja, saslušanja lica i dr.). Značajno je istaći da se u realizaciji tih radnji mora ostvariti svojevrsna „funktionalna integracija“, počev od zajedničkog planiranja, preduzimanja mjera, kao i postupka koordinacije i subordinacije istih.

Na kraju je potrebno istaći da se cjelokupna djelatnost operative događa na bezbjednosnom sektoru kao mikropodručju operativno preventivnog i represivnog rada policije. U tom kontekstu tradicionalno je prisustvo najneposrednijih operativaca – pripadnika uniformisane policije, koja se kroz sve oblike operativne djelatnosti integriše sa drugim policijskim strukturama.

U daljoj demokratizaciji policijskog rada na sektoru, kroz svojevrsni proces integracije sa građanima kao „mogućim“ i poželjnim nosiocima bezbjednosnih funkcija, filozofija „community policinga“⁴⁹ omogućava dalekosežne aspekte bezbjednosne integracije svih faktora, koji u domenu svojih mogućnosti i odgovornosti mogu uticati na preventivnu ali i represivnu djelatnost na mikro, ali i širem bezbjednosnom području.

Literatura

Bošković, M., *Kriminalistika operativa*, Viša škola unutrašnjih poslova Beograd, 2004.

Bošković, M., Matijević M., *Kriminalistika operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2007.

Gaćeša, D., *Organizacija rada i rukovođenje u policiji*, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, Bijeljina, 1996.

Kostić, S., *Kriminalistika – operativa*, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 1984.

⁴⁹ Simonović, B., *Rad policije u zajednici „Community policing“*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2006. god.

Matijević, M., *Kriminalistika operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2003.

Matijević, M., Mitrović, D., *Kriminalistika operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2011.

Matijević, M., Škondrić, V., *Bezbjednosni sektor kao osnovna mikroteritorija policijskog rada*, Naučna konferencija, Fakultet bezbjednosti i zaštite, Banja Luka, 2014.

Vodinić, V., *Kriminalistika – otkrivanje, dokaživanje*, Fakultet bezbednosti i DZS, Skopje, 1985.

Perić, V., *Oblici operativne djelatnosti službe javne sigurnosti*, RSUP SR Hrvatske, Zagreb, 1987.

Simonović, B., *Rad policije u zajednici (Community policing)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2006.

Simović, M., Simović, V., *Krivično procesno pravo*, IAK Banja Luka, 2011.

Škondrić, V., *Policijska taktika*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2003.

Priručnik OSCE-a – Rad policije zasnovan na obavještajnim saznanjima, Beč, jun 2017.

Zakon o policiji i unutrašnjim poslovima Republike Srpske, „Sl. glasnik RS“, br. 57/2016 i 110/2016.

OPERATIONAL WORK OF POLICE FORCES WITHIN SECURITY SECTOR IS A BASE FOR SUCCESSFUL CRIME PREVENTION

Ph. D. Mile Matijević*
Mr Marija Markanović**
Miroslav Đukić***

***Abstract:** Operational work is one of the oldest and most widespread forms of so-called informal police activities in the security sector. Security, as a product of overall activities of the competent subjects and citizens, represents permanent interest of every state and a citizen, as an immediate actor and a beneficiary of security effects. Therefore, through the periods of society development, the relationship and understanding of the most effective methods and protection means of vital social values have been changed depending on the organizational, functional and other aspects of understanding this social function and problems.*

With all due respect of importance and interest of the global security processes, special interest of an “ordinary” man is security in his own “micro site”. In the context of the above mentioned, this paper will present essential aspects of the current preventive, repressive and operational activities within security sector, which is represented by official operational framework of a “local police officer” and the other security actors.

This paper will also update both positive and negative effects of the high quality and insufficient functionality of police structures, which is manifested in certain forms of operational activity in the security sector.

Based on experiential and scientifically verified research, as well as current security situations, it will be assessed efficiency, advantages and disadvantages of certain forms of operational security organization and action within security sector. It will be specifically addressed the issues of quality and efficiency of the prevention of the most serious criminal offenses as well as the detection of the criminal offenses, possible forms of endangering the stability of both society and state, as well as the possibilities for more efficient detection and processing of bearers of criminogenic and other socially

* PhD, Faculty of Law, University of Business Studies, Banja Luka

** Police Directorate Banja Luka

*** Police Directorate Banja Luka

negative phenomena and activities.

Key words: *Operational work, operative, security, security sector, police forces, citizens, prevention, detection, criminal offence*

КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТ ПОЛИГРАФСКОГ ИСПИТИВАЊА

Проф. др Урош Пена*

***Апстракт:** Расвјетљавање извршеног кривичног дјела, у реалном животу, борба је за утврђивање истине и борба против лажи. Тежња за прикривање кривичног дјела послје његовог извршења је нормално и уобичајено људско понашање. Пут до материјалне истине је врло тежак и сложен поступак те захтијева много напора, знања, вјештина, упорности и самопожртвовања. Са друге стране, ни настојања да се разним помоћним средствима открије лаж нису нова. Кроз историју људи су се служили различитим начинима да открију лаж и да дођу до материјалне истине. Те методе су биле условљене развојем друштва и науке у времену у којем су се примјењивале.¹ Полиграфско испитивање осумњичених са аспекта криминалистике има значај оперативно-тактичке и техничке радње, која се предузима у циљу откривања непознатих извршилаца и ради разјашњавања кривичног дјела, прикупљања доказа (материјалних и личних) за успјешно покретање и вођење кривичног поступка. Општи циљ ове радње, коју могу предузимати полицијски службеници у истрази, као и прије истраге јесте компатибилан са општим циљевима оперативних, предистражних и истражних активности полиције.² Полиграф у оперативном раду има велики значај, на-*

* Правни факултет Источно Сарајево, Правни факултет Бања Лука, Булевар војводе Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука, e-mail: uros.pena@gmail.com

¹ Звонимир Росо, *Полиграф у криминалистици*, Републички секретаријат за унутрашње послове СР Хрватске, Загреб, 1996. године.

² С обзиром на многобројне квалитативне карактеристике истраге по кривичном закону, у литератури је примјетно да се термин криминалистичка обрада замјењује термином криминалистичка истрага, која добија сасвим нове и криминалистичке, али и кривичнопроцесне карактеристике. У оквиру овако конципиране истраге, полиција (као и тужилаштво), поред формалног поштовања и поступања по одредбама закона о кривичном поступку, има апсолутну криминалистичку димензију рада и поступања, односно истрага је заиста заснована на правилима и учењу криминалистике. Због наведеног, нови модел истражне дјелатности ће

рочито за брзо и рационално дјеловање у погледу висине трошкова, елиминацију погрешно осумњичених код кривичних дјела гдје постоји широк круг осумњичених лица, испитивање вјеродостојности исказа свједока (обично код фингираних кривичних дјела), те прикупљања доказа за покретање кривичног поступка, као и проналажење предмета којима је извршено кривично дјело, предмета који потичу из кривичног дјела, као и проналажења сакривених предмета и лешева.³ Такође, резултати полиграфа, без обзира на то да ли били позитивни, негативни или неутрални, не искључују даљњу оперативну активност полиције.⁴

Кључне ријечи: полиграфски тест, криминалистика, кривично дјело, полиграф, полиграфски испитивач, оперативно-тактичка мјера, радње доказивања.

Увод

Примјена полиграфа у криминалистици се састоји у полиграфском испитивању осумњичених лица, ради потврђивања индиција о њиховој кривици и добијању признања, елиминацији невиних лица из круга осумњичених, а све у циљу успјешног покретања и вођења кривичног поступка.⁵ Примјена полиграфа омогућава ефикасну елиминацију невиних осумњичених лица и утврђивање основаности сумње о учешћу одређеног лица у криминалистичкој дјелатности. Ова оперативно-тактичка мјера и радња примјењива је код свих појавних облика криминалитета и веома битан криминалистички метод и/или средство, поготово у раду са одређеном категоријом осумњичених лица и за одређене извршиоце кривичних дјела. Иако се резултати полиграфа не могу користити као доказ на суду, не треба закључити да је овај метод небитан у оперативном раду полиције. Резултати полиграфа, без обзира на то да ли били позитивни, негативни или неутрални, не искључују даљњу оперативну активност полиције.⁶

захтијевати да полиција више него до сада познаје одредбе закона о кривичном поступку, док ће тужиоци морати далеко више упознати све релевантне институте и тајне криминалистичке науке. Бранислав Симоновић, Миле Матијевић, *Криминалистика тактика*, Интернационална асоцијација криминалиста, Бања Лука, 2007. године, стр. 476.

³ Остоја Крстић, *Заблуде и истине о детектору лажи*, Научна књига, Београд, 1989. година.

⁴ Стево Иветић, Александар Миладиновић, *Јавна безбједност*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, стр. 263.

⁵ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 126–129.

⁶ Стево Иветић, Александар Миладиновић, *Јавна безбједност*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, стр. 263.

Полиграфско испитивање је важан дио поступка полицијске дјелатности, те га не би требало експлоатисати без оправданих разлога у смислу „последњег расположивог средства“. Полиграфско испитивање треба користити у складу са објективном криминалистичком процјеном, плански, тактички и професионално. Потребно је подржати идеју како је самосталност и дискреционо право сваког полиграфског испитивача да просуди постоје ли услови за полиграфско испитивање и да ли је одређено лице подобно за тестирање. На криминалистичким истражитељима је задаћа да у склопу логички састављених свих прикупљених индиција, образложеног мишљења и закључка искористи резултате полиграфског тестирања.⁷

Полиграфско испитивање се одвија кроз сљедеће фазе: прва или припремна фаза је упознавање са предметом и разговор са оперативним радником тј. наручиоцем полиграфисања; друга фаза је пријем испитаника у полиграфску лабораторију и уводни интервју, затим се приступа планирању и изради полиграфских тестова. Главна фаза је полиграфско тестирање. Полиграфско испитивање се завршава интерпретацијом резултата тестирања. То је основни садржај сваког испитивања. Свака од наведених фаза је нужна, али није строго формално прописана. У ствари, све што надограђује ову структуру је у оквиру динамичне интеракције испитивача и испитаника, једног креативног процеса којим управља полиграфски испитивач.⁸

Рад полиграфског испитивача у основи се своди на:

1. упознавање с предметом полиграфског испитивања,
2. анализирање расположивог чињеничног материјала,
3. провођење полиграфског испитивања и
4. извођење закључка.

Наведене стадије треба сматрати полиграфским испитивањем у ужем смислу. У ширем смислу требало би укључити и стадиј планирања те припрему полиграфског испитивања, као и накнадну верификацију налаза полиграфског испитивача од стране криминалистичког истражиоца. У циљу квалитетног полиграфског испитивања нужно је израдити писмени план рада и у њему поставити бројне опште и посебне верзије у вези с конкретним случајем. План је динамичан и подложен промјенама

⁷ Маријан Шуперина, *Концептуализација казненонравних прописа и криминалистички елементи казних дјела код полиграфских испитивања*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001. године, стр. 103.

⁸ Остоја Крстић, *Заблуде и истине о детектору лажи*, Научна књига, Београд, 1989. година.

у зависности од потреба и тока полиграфског испитивања. Планирање верзија значи и тражење путева за обављање полиграфског испитивања.

1. Припремни разговор са испитаником

Уводни интервју се одвија сљедећим редослиједом: упознавање и успостављање контакта са испитаником, евидентирање основних биографских, идентификационих и здравствених података и узимање евентуалне криминалне анамнезе. Битан дио интервјуа је дио разговора о кривичном дјелу које је предмет испитивања, да би се утврдила испитаникова информисаност о околностима настанка и тока кривичног догађаја. На крају, испитанику се презентује поступак испитивања. Циљеви предестног разговора су: остварити контакт с испитаником, оставити утисак високе стручности и вјеродостојности полиграфа, прикупити информације за састављање контролних питања, провјера тренутног физичког и психичког стања и здравља испитаника. Испитанику се предочава да је испитивање дозвољено по Закону о кривичном поступку, уз добровољни пристанак испитаника који се манифестује у форми писане изјаве. Веома мали број људи одбија да се подвргне полиграфском испитивању. То су, обично, извршиоци кривичних дела који се плаше сопственог откривања. Бојазан може постојати и усљед тога да се не открије неко друго кривично дјело које је испитаник раније извршио, а које није предмет испитивања, да се не открију саучесници или родбински блиска лица као извршиоци кривичног дјела. У циљу избјегавања полиграфског испитивања, осумњичени ће се, понекад, правдати да не разумије језик испитивача. У том случају се обезбјеђује службени преводилац. Ако се посумња да испитаник избјегава испитивање, користиће се тест са питањима на која није потребно давати одговоре, само ако се претпоставља да ће се и без давања одговора постићи сврха тестирања.⁹ Ако се испитаник плаши самог апарата, испитивач ће извршити сопствено прикључивање, чиме ће показати да је испитивање нешкодљиво. Приликом полиграфског испитивања могу настати сметње објективне и субјективне природе. Објективне су оне које се односе на просторију, апарат и слично, док би субјективне биле како оне које намјерно или ненамјерно изазива испитивано лице, као и оне које настају пропустима испитивача.¹⁰ Задатак полиграфског испитивача је да се упозна с

⁹ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 126–129.

¹⁰ Исто, стр. 127.

рјечником испитаника и његовим разумијевањем битних ријечи за полиграфско испитивање, да та испитаникова схватања повеже са значењима која она имају у криминалистици, те онима у кривичном праву који у бити одређује предмет полиграфског испитивања, односно цијеле криминалистичке процедуре. Те податке полиграфском испитивачу треба да осигура полицијски службеник, криминалистички истражилац, који треба да знају који су то релевантни подаци, иако ће и сам полиграфски испитивач до тих података доћи провођењем предтестног разговора.¹¹ Након прикупљених релевантних података полиграфски испитивач саставља тестове који одговарају личности испитаника, на начин да ријечи закона у њиховом правном значењу адекватно преточи у „језик полиграфског теста“¹² што увијек у одређеном смислу представља креативан посао.¹³

Сваки интервју зависи од три групе варијабли или фактора:

- варијабле везане за самог полиграфског испитивача, прије свега његову стручност, тактичност, перцептивну осјетљивост, тренутну мотивисаност, тренутну радну ситуацију и друге особине.
- варијабле које се тичу тежине кривичног дјела, односима актера у одређеном кривичном дјелу, степена укључености у одређено кривично дјело, блискост испитаника са оштећеним.
- варијабле које обухватају психофизичко стање испитаника у најширем смислу; социо-културни статус испитаника, степен образовања, ментално здравље, црта личности.¹⁴

На основу личности испитаника, испитивач стиче утисак о томе да ли је испитаник подобан за тестирање путем полиграфа. Свакако је могуће да извршилац кривичног дјела није реаговао на директним и ин-

¹¹ Маријан Шуперина, *Концептуализација казненоравних прописа и криминалистички елементи казних дјела код полиграфских испитивања*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001. године, стр. 92.

¹² Примјер: Ријеч „силовање“ у уобичајеном говору евентуално испитаника може се користити само у смислу: „насилни сполни одношај“, при чему он подразумејева и почињање „*immissio penis in vaginam*“, дакле продирање мушког полног органа у женски, употребом силе. Поред наведеног, Кривични закон инкриминише не само директну употребу силе, већ и пријетњу да ће директно напасти на њезин живот или тијело. Управо због овог посљедњег, законског проширења описа кажњиве радње кривичног дјела силовања, може доћи до неразумијевања и грешака током полиграфског испитивања уколико се ријеч „силовање“ користи у полиграфском тесту (контролно питање) без претходног упознавања и провјеравања са рјечником испитаника (семантички језик средине).

¹³ Росо, З., *Полиграф у криминалистици*. МУП РХ, Загреб, 1996.

¹⁴ Мирко Матејић, *Смисао и могућност продубљивања уводног разговора са испитаником*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, МУП Хрватске, Валбандон, 2001. године, стр. 33.

директним тестовима, а имао је чисту реакцију на стимулативном тесту. На основу наведених параметара испитивач стиче једну заокруженију импресију о томе да ли такав профил личности одговара конкретном почињеном кривичном дјелу. На крају, веома је важно да испитивач стекне детаљнију слику о испитанику са, нпр. неким специфичним синдромом или поремећајем (рецимо фобичним поремећајем личности) када улази у фазу разговора, до признања кривичног дјела.¹⁵

На импресију о особи дјелује низ фактора, те се може обликовати и прије предтестног разговора, због утицаја претходних информација које је полиграфист прикупио (нпр. криминолошки подаци, као што су раније и садашње антисоцијално понашање; криминалистички подаци и др.). Претходне информације могу утицати на начин на који се проводи предтестни разговор. Након што полиграфист током предтестног разговора стекне (или потврди) дојам о испитаниковој кривици/невиности, он може у складу с тим створити хипотезу о исходу полиграфског испитивања. Ова створена хипотеза може пак утицати на каснији ток полиграфског испитивања. Објашњење је следеће: из литературе је познат ефект очекивања експериментатора или тзв. Росентхалов ефект.¹⁶ Истраживања су јасно показала да очекивања која испитивач формира могу утицати на понашање испитаника, а ефект постоји и изван лабораторијских услова, у виду самоиспуњавајућих пророчанстава. Ефекат очекивања би у полиграфској ситуацији значио да би раније знање полиграфиста могло дјеловати на вођење разговора, састављање питања и интерпретацију полиграма.¹⁷

На суд о невиности/кривици особе утиче и утисак о томе да ли особа лаже или не. Другим ријечима, људи већином нису добри у препознавању лажи на основу невербалних знакова (симптомска слика). Нетачна вјеровања о невербалним знаковима превара могу имати значајне посљедице. Прво, она могу резултирати у погрешном негативном процјењивању оних људи чије природно понашање садржи више покрета.¹⁸ Друго, повећане кретње полицијског службеника довешће до повећања у кретњама испитаника, а те повећане кретње испитаника којима је узрок био полицијски службеник биће протумачене као знак

¹⁵ Исто, стр. 34.

¹⁶ Rosenthal, R.R. i Rubin, D.B. (1978), *Interpersonal expectancy effects: The first 345 studies*. The Behavioral and Brain Sciences, 3, стр. 377–415.

¹⁷ Тајана Љубин, *Предтестни разговор у полиграфском испитивању – Улога субјективних фактора*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Балбандон, 2001. године, стр. 19.

¹⁸ Vrij, A., Winkel, (1991), *Cultural patterns in Dutch and Surinam nonverbal behavior: An analysis of simulated police/citizen encounters*. Journal of Nonverbal Behavior, 15, стр. 169–184.

лажи.¹⁹ Полиграфиста не смије користити примјену полиграфа као својеврстан притисак на испитаника или облик обмане (да је реаговао на одређено питање иако то није био случај). Они увијек морају наступати аргументом знања, а не аргументом ауторитета, која произлази из статуса овлашћеног службеног лица полиције.²⁰ Сарадња испитивача и испитаника битан је предуслов за успјешно полиграфисање. Страх од тестирања постоји и код оних испитаника који нису извршиоци кривичног дјела из бојазни да полиграфско испитивање не да погрешну дијагнозу и они ту сумњу обично и изражавају. Невина лица најчешће испољавају задовољство уз увјерење да ће полиграфско испитивање коначно да одагна сумњу. Овакав начин понашања често користе и извршиоци кривичног дјела. Различите симптоме у понашању показиваће повратници и професионални криминалци. Потребно је за таква лица пронаћи полиграме ранијих испитивања, уколико је тестирање обављено, ради упоређивања са садашњим и доношења одређеног закључка.²¹

2. Обављање предтестног (уводног) разговора

Вјештина и стручност полиграфског испитивача је, прије свега, особина која се најчешће назива психолошка осјетљивост, основни предуслов за његово успјешно извођење. У литератури се врло често наводе и смјернице за обављање првог (прелиминарног) разговора са лицем прије полиграфског тестирања, по којима се треба придржавати.²²

Смјернице које се најчешће наводе у литератури од стране домаћих и страних аутора су:

- Разговор треба обавити са јасним циљем, добро планирати и припремати, разговором доћи до ваљаних и поузданих информација о личности, о кривичном догађају;
- Код саговорника створити осјећај уважавања, испитаник треба да се осјећа угодно;
- Са саговорником пронаћи нешто заједничко, усаглашавајући мишљење и ставове, не изазивати сукобе и конфликти у почетку разговора;

¹⁹ Akehurst, L., Vrij, A. (1999), *Creating suspects in police interviews*, Journal of Applied Social Psychology, 29, стр. 192–210.

²⁰ Душко Модли, *Функција полицијског полиграфског испитивача*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001. године, стр. 64.

²¹ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 128.

²² Tiffin, 1962, 3. POCO, 1988.

- Осјећај повјерења код саговорника је веома важан за даљи ток разговора, избјегавати дрскост, строгост, намрштеност лица;
- Створити утисак добронамјерног приступа попраћеног благим осмијехом, показати интерес посебно према ономе што саговорник потенцира у свом говору;
- Разговор усмјеравати у жељеном смјеру, саговорника ословљавати именом при чему ће се створити утисак приснијег приступа и уважавања;
- Избјегавати конфронтације са саговорником, не негирати његово мишљење;
- Изучити списе и друге изворе у циљу прикупљања података о кривичном догађају, коришћење података треба бити опрезно;
- Дискретност и анонимност разговора се не смију нарушити, успоставити и постићи повјерење испитаника кроз вођење разговора/интервјуа;
- Ниво комуникација одржати на највишем могућем нивоу, водитељ разговора треба да слуша, саговорник-испитаник треба да говори;
- Разговор треба водити без журбе и полако;
- На крају долазимо до специфичнијих и ужих области које за потребе једног продубљеног уводног интервјуа о личности, а којима испитивач треба да посвети посебну пажњу:
 - разговор о родитељима, став према породици, став према другим личностима и члановима породице које су за испитаника биле значајне;
 - однос између родитеља, посебна позитивна и негативна искуства у односу на родитеље, интереси, циљеви и планови родитеља у односу на испитаника;
 - понашање у детињству, болести, застоји у развоју, трауматични догађаји, инциденти, појава страха, поремећаја;
 - однос према браћи и сестрама у детињству и касније, сукоби, нетрпељивости, однос према вршњацима, однос према пријатељима и непријатељима;
 - сексуално понашање и брак, сексуални интереси у појединим фазама развоја, момачке (девојачке) године, избор сексуалних објеката, наклоности, незадовољства и тешкоће у браку, однос према хетеросексуалним и хомосексуалним односима;

- историја школовања и запослења; промјене школа, тешкоће у учењу, дисциплини, контактима са дјецом, амбиције и циљеви; промјене запослења, успјеси и тешкоће на послу, сукоби; амбиције, задовољство послом; војска, ратне околности;
- интереси и склоности, став према својим способности-ма; задовољство собом и својим активностима, да ли је прихваћен; како оцењује своје слабости и вриједности;
- страх и несигурност у свакодневном живљењу и доношењу одлука; вјера у себе; степен закупаљености собом, ситница-ма, послом, породицом; које негативне навике има;
- да ли је незадовољан прошлошћу, како види себе у актуелној ситуацији, став према будућности, има ли циљева у животу; чему се непосредно нада, да ли има осјећања кривице, гриже савјести, колико је осјетљив;
- реакција на осујећење, појава нервозе, његов однос према ауторитетима, однос према подређенима; однос према државном апарату, друштву, власти, полицији...²³

Дакле, овај списак тема може да послужи као један од могућих праваца за вођење продубљеног уводног интервјуа са испитаником. У зависности од претходно прикупљених информација до којих је дошао испитивач и испољених симптома током интервјуа, неке области ће бити само додирнуте или чак прескочене, док ће неке бити озбиљно продубљене.²⁴

Намеће се питање да ли уводни интервју може да оствари циљ – стварање једне ваљане слике личности, маркирање осјетљивих зона личности и процјена степена емоционалног оштећења? Многа компаративна истраживања дијагностичких техника и метода говоре у прилог интервјуа и стављају га на прво место најкориснијег дијагностичког метода. Међутим, за нас је охрабрујуће да већ поменута клиничка истраживања налазе да таква слика која је ослобођена одговорности према било каквом техничком или теоријском систему веома често може бити тачнији одраз личности од монтаже парцијалних резултата тестирања гомилом батерија тестова.²⁵

²³ Мирко Матејић, *Смисао и могућност продубљивања уводног разговора са испитаником*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, МУП Хрватске, Валбандон, 2001. године, стр. 37.

²⁴ *Оп. цит.*, стр. 40.

²⁵ Исто, стр. 41.

Сваки интервју је однос који обухвата три начина комуникације: вербални, опсервацију понашања и емпатичку интеракцију. То у пракси значи да испитивач увијек помно прати оно што се дешава на три плана: дијалогски регистар (оно што је речено), регистар видљивог понашања и која су то осјећања тренутно у нама, како и када су се јавила. Трећи дио је свакако у личности испитивача, нарочито у психолошком знању, осјетљивости и тактичности. Сваки отворен испитивач, на почетку продубљеног интервјуа, има мало времена да из нормалне фазе емоционалне неусклађености са испитаником са којом се увијек „судара“ на самом почетку сусрета, пређе у стање које психолози обично називају „емоционална организмичка резонанца“, емоционална усклађеност са клијентом. У емпатичком процесу не допустити да нас казивање и понашање испитаника понесе, не уживјети се у оно што говори, осјећа или чини. Веома је важно да се постигне та контролисаност, тј. да емпатија буде критичка, и да се у процесу емпатичке идентификације постигне дистанцирано-критички однос према испитанику, и према нама самима. Овај проблем се рјешава тренингом и психотерапијом самих стручњака. Ипак, пресудан квалитет за емпатичку комуникацију је личност испитивача, његова флексибилност, осјетљивост и уравнотеженост. У комуникацији са оптерећеним и застрашеним испитаником, који је сав затворен и напет, испитивач повремено препознаје та осјећања и гласно и кратко их изговара, и тако формулише да не одступа много од испитаниковог стила. На тај начин испитивач показује да пажљиво прати и разумије испитаника. Сврха ове интервенције је да испитивачу омогући да испитаника схвати, разумије и доживи из позиције посматрања „изнутра“, а не само споља, онолико колико опажање и регистровање дијалога то допушта.²⁶

Најчешће, разговор треба усмјерити према општим реалним кризним подручјима човјековог живота и функционисања, и то:

Припадање. – Ово кризно подручје обухвата све односе повезаности особе са другим појединцима и групацијама. Та повезаност је трајна одлика живота човјека без обзира на промјене у садржају, процесима и формама. Посебну важност у погледу припадања имају „најважније“ особе из живота испитаника.

Тијело и феноменолошко поље. – Овај концепт обухвата и посебност и међусобне релације ова два човјекова система. Тијело као биоенергетски основ је кључни и базични ослонац личности за сваког

²⁶ Исто, стр. 43.

човјека, баш као и феноменолошко поље или свијест, коју овдје треба посматрати као идентитет о своме ЈА.

Смисао, сврха и вјера. – Ово подразумијева прихватање неког вриједносног система тј. сложену проблематику сврхе постојања, рада, живљења, и ангажовања у животу.²⁷

На импресију о кривици може утицати и физичка, фацијална привлачност особе. Из литературе је познато да постоји стереотип о атрактивним особама, што значи да се физички привлачније особе доживљавају уједно и социјално вјештијима, доминантнијима, друштвенијим и ментално здравијим.²⁸ Физички привлачне особе доживљавају се мање сумњивим од физички непривлачних особа за почињење кривичног дјела,²⁹ често имају бољи третман у криминалистичким и форензичким ситуацијама, нарочито уколико снага доказа није јака.³⁰ Ипак, неке студије нису нашле утицај атрактивности на форензички исход по испитаника,³¹ што упућује на то да се не може дати општи закључак о овом ефекту. Изгледа да постоји и стереотип криминалца, односно за нека лица и лаици и полицајци чешће држе да припадају криминалцима од других, а постоји и слагање које лице иде уз које дјело.³² Свеукупно, изглед лица могао би утицати на процјену о кривици особе. Остаје отворено питање о могућем утицају разних чинилаца у полиграфском испитивању, а посебно у случајевима када би одлука заснована само на полиграфу била неодређен исход.³³ Осим увјерења о испитаниковој кривици, и друге импресије испитивача могу утицати на исход полиграфског испитивања. На примјер, осјећај симпатије за испитаника или осјећај жаљења испитаника могу повећати вјероватност коначне оцјене о искрености.³⁴

²⁷ Исто, стр. 36.

²⁸ Feingold, A. (1992), *Good looking people are not what we think*, Psychological Bulletin, стр. 341.

²⁹ Saladin, M., Saper, Z., Breen, L. (1988), *Perceived attractiveness and attributions of criminality: what is beautiful is not criminal*. Canadian Journal of Criminology, 30, стр. 251–259.

³⁰ Mazella, R., Feingold, A. (1994), *The effect of physical attractiveness, race, socioeconomic status and gender of defendants and victims on judgements of mock jurors: a meta-analysis*, Journal of Applied Social Psychology, 24, стр. 1315–1344.

³¹ Stewart, (1985), *Defendant's attractiveness as a factor in the outcome of criminal trials: an observational study*. Journal of Applied Social Psychology, 10, стр. 348–361.

³² Bull, R. i Green, J. (1980), *The relationship between physical appearance and criminality*, Medicine, Science and the Law, 20, стр. 79–83.

³³ Тајана Љубин, *Предтестни разговор у полиграфском испитивању – Улога субјективних фактора*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Балбантон, 2001. године, стр. 20.

³⁴ Vrij, A. (2000), *Detecting lies and deceit*, Chichester: Wiley.

3. Интервју и разговор са испитаником

Како би се припремила потребна питања, полиграфски испитивач мора располагати са довољно података о: (1) криминалном догађају (начин, мјесто, вријеме и средство извршења, околина, ситуацијски елементи, извршиоци и суучесници, претпостављени мотив и сл.), (2) подаци о задња 24 сата испитаника, (3) дали је био обављен информативни разговор с испитаником, ко га је и када обавио, гдје и садржај исказа, (4) хронологији збивања која чине криминални догађај и др.³⁵

Најважнији предуслови који морају бити испуњени су: просторија са што мање људи, да не буде превелика и да је добро освијетљена. Ако више лица поставља питања, морају једни друге да допуњавају са постављеним питањима, то јест да сви знају шта им је крајњи циљ. Такође, треба настојати да између испитивача и испитиваног лица сто буде што мањи, тако да лице осјећа испитивачеву близину чак и ако их сто раздваја. Наравно, постоје и тренуци када је потребно да се удаљите од осумњиченог. Пожељно је и да столица испитивача буде мало виша, у односу на испитивано лице, јер је испитивач ипак тај који води разговор и контролише цјелокупну ситуацију.³⁶ Не смије се дозволити да испитивано лице води разговор, а поготово не да повисује тон на испитивача. Разговор започиње са темом за коју је осумњичени заинтересован, до које се долази прикупљањем података у припремној фази. Повјерење и пријатељство се постиже увлачењем осумњиченог у разговор о актуелним темама (политика, спорт, скорашња дешавања). Показати позитивне емоционалне реакције и избјегавати изразе неодобравања. Показати уздржаност од идеје да сумњате на њега као могућег извршиоца. Показати заинтересованост и разумијевање за његову забринутост. Треба избјегавати омаловажавање и исмијавање осумњиченог, не треба свјесно давати лажна обећања, не треба се викати, вријеђати и одбацивати осумњичени³⁷.

На самом почетку испитаника треба питати да ли зна зашто је овдје, и ако зна да треба да исприча све што зна о томе. Док лице прича, мора се максимално бити концентрисан на њега. Што значи да испитивач мора пратити шта говори, његово невербално понашање, затим маркирати дијелове изјаве које је сигурно слагао, како би му се касније то-

³⁵ Душко Модли, *Функција полицијског полиграфског испитивача*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001. године, стр. 78.

³⁶ Мајкл Ј. Даниро, *Испитивање и исљеђивање*, Полиграфски институт министарства одбране САД, јуни 1991. године, стр. 26.

³⁷ Исто, стр. 27.

ком даљег разговора и ислеђивања то предочило. Том приликом ништа не записивати, јер обично записивање затвара лице и он ће бити обазрив приликом давања изјаве. Када се разјасне све релевантне чињенице током разговора, сачинити записник о испитивању.³⁸ Оспособљеност криминалисте за успјешан интервју подразумејева и стрпљивост и отпорност на отежавајуће факторе. Не смије бити било каквог притиска на саговорника (нпр. пријетња, уцјена, везивање, и сл.). Крут и нефлексибилан однос код саговорника ствара одбојност и усмјерава га на отпор и несарадњу. Погодна психолошка атмосфера је кључни предуслов да се ваљано осмисле изјаве и дају јасне информације. У разговору треба избјећи емпатије, звања, а поготово, прозирне вјештачке симпатије (нпр. додворавање, љубазност, пријатељство, познаничко поздрављање, обећавање и сл.). Водитељ интервјуа треба да усмјерава ток и исход интервјуа. Битно је постављати адекватна питања и повремено резимирати изјаве ради помоћи саговорнику током интервјуа, како би се усмјерио на оно о чему се говори. Тиме се даје значај саговорнику, мотивише се за даљи ток интервјуа. Пријатељски израз лица, стрпљивост и уважавање повремених пауза, начин је за придобијање саговорника. Личност испитивача је основа успјешног функционисања. Успјешно обављање разговора претпоставља познавање основа психологије исказа, метода опште и криминалне психологије, општих правила вођења разговора, одређеног криминалистичког искуства и квалитетне појединачне припреме³⁹.

Разговор и испитивање су два повезана, али темељно различита процеса. Разговор је процес прикупљања информација, који је најлакше описати као конверзацију између двоје или више људи, најбоље очи у очи, са циљем прикупљања свих расположивих релевантних информација. Испитивање је, са друге стране, покушај да се кривац наведе на то да призна своју улогу.⁴⁰ Сврха испитивања је прибављање информација од појединца, за кога се сматра да зна податке од значаја за истрагу. Сврха ислеђивања се у знатној мјери поклапа са сврхом испитивања – прибављење информација. Међутим, ислеђивање има и један додатан циљ, а то је прибављање дјелимичног или потпуног признања од особе која је извршила кривично дјело. Основни циљ је откривање истине.⁴¹

³⁸ Горан Келеман, *Испитивање и ислеђивање осумњичених на околности извршења кривичних дјела*, Часопис Безбједност – Полиција – Грађани, МУП РС, број 3-4/13, стр. 75.

³⁹ Милан Жарковић, *Криминалистика тактика*, КПА Београд, 2009. године, стр. 112.

⁴⁰ Гордон Флајшер, *Ефикасне технике вођења разговора и испитивања*, Национална и универзитетска библиотека, Сарајево, 2004. године, стр. 27.

⁴¹ Мајкл Ј. Цениро, *Испитивање и ислеђивање*, Полиграфски институт министарства одбране, јуни 1991. године, стр. 23.

Приликом испитивања и ислеђивања осумњичених, субјективност свести на најмању могућу мјеру. Испитивач се мора придржавати методолошких стандарда приликом испитивања осумњичених, и да свој став о осумњиченом и његовом евентуалном учешћу и кривичном дјелу заснива на аргументима, чињеницама, доказима, а некада и детаљна анализа и логичко повезивање може дати позитиван резултат.⁴²

4. Завршетак и тумачење полиграфског испитивања

О полиграфском испитивању води се досије који садржи: податке о кривичном дјелу, тестирању, медицинске контраиндикације, податке о кажњавању, индиције о кривици испитаника, који су тестови употребљени, методе тестирања, разговор пре тестирања, изјаву испитаника о добровољном приступању на тестирање, разговор у току тестирања, разговор након тестирања, кратак коментар реакције испитаника, мишљење испитивача и потпис испитивача. По извршеном тестирању, испитивач саставља и детаљан извјештај. На овај начин сачињен, извјештај се доставља наручиоцу испитивања уз извјештај, самоиницијативно или по његовом захтјеву. Досије као и извјештај има криминалистичко-оперативни значај, а сем тога ова документација пружа увид у начин примјене полиграфа и поступања према испитиваном лицу, па је могућност злоупотребе и примјене супротно етичким и правним нормама, минимална.⁴³ Најважнији дио налаза полиграфског испитивача је полиграм. Полиграм је облик службене и јавне исправе у графичком облику. Под интерпретацијом полиграма подразумијева се примјена научних и стручних спознаја и метода из подручја полиграфске науке на расположиво чињенично стање, примарно полиграм. Полиграм се јавља као предмет испитивања полиграфског испитивача. Интерпретација полиграма од стране полиграфисте одвија се по правилима полиграфске струке. Та правила нису и не могу бити предмет правног регулисања, јер су правне норме статичне, а у подручју науке и технике свакодневно се јављају нова открића, спознаје и иновације. Зато се правним нормама могу прописати само оквири примјене неког постулата науке и технике, како у односу на поштовање људских права, тако и у односу на поузданост методе или средства и сл. Полиграфски испитивач је дужан изложити на јасан начин, како коначни резултат, тако

⁴² Горан Келеман, *Оп. цит.*

⁴³ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 128.

и историјат полиграфског испитивања, јер се не цијени само коначни резултат него и путеви који су довели до њега. Полиграфски испитивач је дужан у току припрема полиграфског испитивања и касније у његовом току постављати бројне верзије, овисно о карактеристикама конкретног случаја на којем ради. Постављене и коришћене верзије путем метода елиминације, кумулације и дифундирања полиграфист је дужан навести у свом извјештају (налазу и мишљењу) на увјерљив начин. Планирање верзија полиграфског испитивача у основи значи тражење правилних путева у оквиру полиграфског испитивања.⁴⁴

Генерално, два су могућа приступа тумачењу односно евалуацији полиграма: глобално оцјењивање и нумеричко оцјењивање.⁴⁵ Приликом глобалног оцјењивања испитивач ствара општу импресију о физиолошким реакцијама испитаника на полиграфске тестове. У коначној оцјени о искрености испитаника улогу играју и друге информације. То су информације које је испитивач стекао о самом случају, ранији подаци о испитанику, али и информације које је стекао на темељу понашања испитаника у предтестном разговору, и заправо је немогуће одвојити ефекте појединих извора информација једне од других. Односно, немогуће је одвојити утицај физиолошких информација од нефизиолошких на глобалну оцјену полиграма. Нефизиолошке информације могу утицати на полиграфског испитивача приликом анализе и тумачења полиграма, будући да је сама полиграфска анализа субјективна и импресионистичка процедура. Бројна истраживања указала су на недостатке глобалне методе, првенствено њезину субјективност те стога и недостатну поузданост и ваљаност.⁴⁶ Нумеричко оцјењивање методе настало је као побољшање глобалне методе, у настојању да се смање утицаји других извора информација те да се полиграм темељитије вреднује. Често се назива објективном, будући да су разрађени системи бодовања полиграма и њиховог претварања у коначну оцјену о истини тј. лажи.⁴⁷ Но, ни нумеричка метода није у потпуности лишена субјективности⁴⁸, будући да нема егзактних

⁴⁴ Душко Модли, *Функција полицијског полиграфског испитивача*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001. године, стр. 76.

⁴⁵ Тајана Љубин, *Предтестни разговор у полиграфском испитивању – Улога субјективних фактора*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Балбандон, 2001. године, стр. 22.

⁴⁶ *Оп. цит.*, стр. 24.

⁴⁷ Backster, C. (1962), *Methods of strengthening our polygraph technique*. Police, 6, стр. 61–68.

⁴⁸ Ben-Shakhar, G., Furedy, J.J. (1990), *Theories and Application in the detection of deception. A psychophysiological and international perspective*, New York: Springer-Verlag.

правила за придодавање одређених нумеричких вриједности полиграму. Слагање између различитих оцјењивача у оцјени коју ће дати појединој разлици креће се од умјереног слагања до доброг слагања. Дакле, висока увјежбаност испитивача је предуслов квалитетног полиграфисања.⁴⁹ Интерпретација резултата полиграфских испитивања отежана је немогућношћу извођења сасвим одређене и прецизне дијагнозе као што је, на пример, то могуће при утврђивању папиларних линија, у балистици, елиминацији осумњиченог на основу вјештачења крвних мрља и слично. Сасвим прецизно дешифровање снимљених графикона, као и утврђивање критичних тачака није могуће, јер такав апарат, за сада, не постоји. Прецизну дијагностику и нека утврђена правила није могуће донијети због индивидуалних разлика које постоје између лица која се испитују, као психолошких јединки. Стога интерпретација добијених резултата и захтијева детаљну анализу, упоређивање појединих питања и добијених реакција на њих.⁵⁰ У свом закључку полиграфски испитивачи треба да буду што прецизнији. Проблеми се јављају код закључака типа: (1) могуће је, (2) дозвољава се, (3) вјеројатно, (4) врло вјеројатно, (5) вјеројатно које граничи с извјесношћу и сл. Наручилац полиграфисања жели знати шта поједини изрази које у закључку користи полиграфист стварно значе у оквиру полиграфије. То им треба описно објаснити. Полиграфист треба стално имати у виду да се извјесност и вјероватност у његовом закључку разликују не само у квантитативном, него и у квалитативном смислу. На то је полиграфист дужан упозорити у свом извјештају, као и друге кориснике резултата полиграфског испитивања.⁵¹ Из извјештаја полиграфисте треба бити видљив степен тачности и поузданости полиграфског инструментарија и на чему се он темељи као и примијењене методе као и њихови домети. Примијењени полиграфски инструментариј и методе морају бити у складу с позитивним прописима и људским правима и слободама. Значајно је оцијенити да ли се из налаза и закључка полиграфског испитивача налази његово чврсто „морално увјерење“. Уколико је полиграфски испитивач узимао у обзир и поштовао обичаје неког краја, навике људи и сл., то мора бити видљиво из његовог извјештаја. За елиминацију субјективности у полиграфском

⁴⁹ Тајана Љубин, *Предтестни разговор у полиграфском испитивању – Улога субјективних фактора*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Балбандон, 2001. године, стр. 22.

⁵⁰ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 127.

⁵¹ Душко Модли, *Функција полицијског полиграфског испитивача*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001. године, стр. 77.

испитивању у литератури се појављују различите методе: (а) независно оцјењивање полиграма од стране другог полиграфисте; (б) непровођење предтестног разговора, или провођење од стране независног испитивача; (ц) провођење полиграфског испитивања у институцији независној од полиције; (д) употреба бодовања путем рачунарског програма; (е) примјена унапријед одређеног, стандардизованог формата питања. Помоћу тог формата питања могуће је одвојити оне које лажу од оних који говоре истину, да се различити, међусобно независни, испитивачи добро слажу у погледу бодова које су дали поједином полиграму (поузданост међу процјењивачима), те да исти испитаник у поновљеном мјерењу има исту реакцију (тест-ретест поузданост).⁵²

5. Поступак са резултатима полиграфског испитивања

Полиграфско испитивање представља једну од радњи из оквира криминалистичке обраде, обухваћене оперативним планирањем чији резултати имају релативан значај у односу на резултате осталих радњи.⁵³ Све наведене радње, укључујући и полиграфско испитивање, предузимају се у циљу откривања кривичног дјела и учиниоца, па морају бити међусобно оперативно усклађене и синхронизоване.⁵⁴

Понашање лица током полиграфског испитивања има значај допуњујуће методе уз полиграфско тестирање.⁵⁵ Значај понашања испитаника, тј. његове симптоматске слике, утолико је већи уколико тестирање не може да пружи одређене резултате, ако се код испитаника не отклоне страх, нервоза, грижа савјести и слично. У том случају, симптоматска слика надокнађује недостатак полиграфске методе.⁵⁶ Индиције које је могуће стећи на основу понашања лица током полиграфског испитивања могу да послуже као основа за предузимање појединих оперативно-тактичких мјера и радњи, првенствено обављања информативног разговора са осумњиченим односно оптуженим у кривичном поступку. У том циљу, са испитаником треба водити разговор како прије полиграфског

⁵² *Оп. цит.*

⁵³ В. Кривокапић, *Оп. цит.*, стр. 342.

⁵⁴ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 128.

⁵⁵ Ж. Алексић, *Оп. цит.*, стр. 254.

⁵⁶ Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010. године, стр. 126–129.

испитивања, тако и послје њега. Врло често испитивано лице је склоно да прије полиграфског испитивања или током разговора између два испитивања, призна кривично дјело, убојеђено да је његова лаж полиграфски већ откривена. Испитивач, у договору са оперативним радником, треба да процијени да ли ће испитанику открити резултате тестирања. Испитанику се пружа могућност самосталног признања кривичног дјела, коме може допринијети аргументовано истицање чињеница у разговору. Током полиграфског испитивања, испитивач и оперативни радник треба да сарађују, нарочито када су у питању информативни разговори прије тестирања, у паузама између тестова и на крају тестирања, под условом да сарадња ни у ком смислу не омета тестирање, а стручњак на полиграфу у сваком тренутку буде искључиво испитивач. Криминалистичко-оперативни значај полиграфског испитивања је у томе што се његовом благовременом употребом, као и уз примјену одговарајућих услова, може потврдити индиција о осумњиченом, односно извршити брза елиминација невиних од осумњичених лица. Полиграфско испитивање на тај начин доприноси рационализацији оперативног рада. Полиграф је, ипак, помоћно криминалистичко средство које не може да замијени интелект и оперативну креативност криминалисте, али може знатно да скрати пут прикупљања и обезбјеђења личних и материјалних доказа.

Закључак

Иако примјена полиграфа у криминалистици има дугу традицију, чини се да на нашим просторима још увијек има „порођајне тегобе“. То се посебно односи на одређене фаме о могућностима и дометима полиграфа, до коришћења полиграма у доказне сврхе. Оно што је суштинско питање примјене полиграфа у спречавању и откривању кривичних дјела јесте оперативна употребљивост полиграма као криминалистичког метода и средства криминалистике и примјене полиграма у оперативном раду полиције. Проблем прецизности, тачности и концизности полиграма се свакако поставља у први план. Стандардизација и мјерљивост полиграфских тестова су други сегмент. Оперативна припрема полиграфског испитивања свакако да има своје мјесто у наведеној перцепцији проблема. Однос између криминалистичких полицајаца и полиграфских испитивача свакако да треба подићи на квалитативно виши ниво. Перцепција полиграма као оријентационо-елиминационе индиције, а не као верзије,

такође је сегмент на који се мора обратити пажња. Уколико би се у наредном периоду наведени парцијализовани проблеми елиминисали или свели на најмању могућу мјеру, свакако да би се то позитивно одразило и на цјелокупну криминалистичку активност на плану откривања кривичних дјела и извршилаца и документовања криминалне активности. Управо стандардизација и право јавности полиграфских испитивања би свакако утицали на погрешну перцепцију и негативан став јавности на примјену полиграфа у оперативне сврхе. Стандардизација и транспарентност су свакако неодвојиви сегменти будуће употребе полиграфа у криминалистици, чија нужност је у развијеним државама свијета, а поготово она које се сматрају „колијевком полиграфа“, препозната још прије пола вијека. Како би се превазишли констатовани проблеми у раду са полиграфом на откривању кривичних дјела и извршилаца и проналажењу и прикупљању доказа, те како би се унаприједила актуелна полиграфска пракса, предлажемо следеће:

- Демистификовати полиграф као криминалистички метод и средство у полицији, те јавности предочити начине његовог функционисања;
- Полиграфско испитивање треба бити транспарентно, како у погледу саме процедуре полиграфског испитивања, тако и у погледу права и обавеза, а и резултата полиграфског испитивања;
- Нормативно уређење полиграфског испитивања предуслов је законитости и транспарентности. С обзиром на домете овог метода у раду полиције, пожељно би било да се то регулише подзаконским актом;
- У циљу уједначавања примјене полиграфа у цивилном и нецивилном сегменту, пожељно би било оснивање струковних удружења самих полиграфиста, те прописивање и прилагођавање одређених смјерница у вези са полиграфским поступањем;
- Усавршавање полицијских службеника о властитој улози и дометима полиграфског испитивања ће допринијети и квалитету а и утицати на повјерење у овај метод рада;
- Полиграфски испитивачи морају константно да се усавршавају, и то мултидисциплинарно, имајући у виду мултидисциплинарност полиграфског испитивања.

Уколико не преузмемо одговорност у овом послу, лични пропусти и грешке других, због великог напретка науке и техничких иновација у

будућности, преплавиће нас и изазвати рестриктивне законске прописе. У свему овоме запоставља се човјек, као људско биће и као креатор свих радњи. Поново је актуелно питање: да ли ће човјек овладати техником или ће техника овладати човјеком?

Литература

Akehurst, L., Vrij, A. (1999). *Creating suspects in police interviews*, Journal of Applied Social Psychology, 29.

Backster, C. (1962). *Methods of strengthening our polygraph technique*. Police, 6.

Ben-Shakhar, G., Furedy, J.J. (1990). *Theories and Application in the detection of deception. A psychophysiological and international perspective*. New York: Springer-Verlag.

Akehurst, L., Vrij, A. (1999). *Creating suspects in police interviews*, Journal of Applied Social Psychology, 29.

Бранислав Симоновић, Урош Пена, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010.

Bull, R., Green, J. (1980). *The relationship between physical appearance and criminality*. Medicine, Science and the Law, 20.

Vrij, A., Winkel (1991). *Cultural patterns in Dutch and Surinam nonverbal behavior: An analysis of simulated police/citizen encounters*. Journal of Nonverbal Behavior, 15.

Флајшер, Г., *Ефикасне технике вођења разговора и испитивања*, Национална и универзитетска библиотека, Сарајево, 2004.

Келеман, Г., *Испитивање и ислеђивање осумњичених на околности извршења кривичних дјела*, Часопис Безбједност – Полиција – Грађани, МУП РС, број 3-4/13.

Модли, Д., *Функција полицијског полиграфског испитивача*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001.

Росо, З., *Полиграф у криминалистици*, Републички секретаријат за унутрашње послове СР Хрватске, Загреб, 1996.

Feingold, A. (1992). *Good looking people are not what we think*. Psychological Bulletin, 1992.

Мајкл, Ј. Цениро, *Испитивање и исљеђивање*, Полиграфски институт министарства одбране, јуни 1991.

Mazella, R., Feingold, A. (1994). *The effect of physical attractiveness, race, socioeconomic status and gender of defendants and victims on judgements of mock jurors: a meta-analysis*. Journal of Applied Social Psychology, 24.

Шуперина, М., *Концептуализација казненоправних прописа и криминалистички елементи казних дјела код полиграфских испитивања*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Валбандон, 2001.

Жарковић, М., *Криминалистика тактика*, КПА Београд, 2009.

Матејић, М., *Смисао и могућност продубљивања уводног разговора са испитаником*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, МУП Хрватске, Валбандон, 2001.

Крстић, О., *Заблуде и истине о детектору лажи*, Научна књига, Београд, 1989.

Иветић, С., Александар Миладиновић, *Јавна безбједност*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2011.

Rosenthal, R.R., Rubin, D.B. (1978). *Interpersonal expectancy effects: The first 345 studies*. The Behavioral and Brain Sciences, 3.

Saladin, M., Saper, Z. i Breen, L. (1988). *Perceived attractiveness and attributions of criminality: what is beautiful is not criminal*. Canadian Journal of Criminology, 30.

Stewart, (1985). *Defendant's attractiveness as a factor in the outcome of criminal trials: an observational study*. Journal of Applied Social Psychology, 10.

Љубин, Т., *Предтестни разговор у полиграфском испитивању – Улога субјективних фактора*, Зборник радова са међународног семинара полиграфских испитивача, Балбандон, 2001.

CRIMINALISTIC ASPECT OF POLYGRAPH EXAMINATION

Uroš Pena, PhD, Full Professor*

Summary

Illuminating the perpetrated crime, in real life, is the struggle for truth and fight against lies. The attempt to conceal a criminal offense after its execution is normal and usual human behavior. The path to material truth is a very difficult and complex process and requires a lot of effort, knowledge, skills, persistence and self-sacrifice. On the other hand, even the efforts to uncover a lie by various means of assistance are not new. Throughout history, people have used different ways to discover lies and come to a material truth. These methods were conditioned by the development of society and science at the time in which they were applied. The polygraph investigation of suspects from the aspect of criminalistics has the importance of operational tactical and technical actions, which is undertaken in order to detect unknown perpetrators and to clarify the criminal offense, collect evidence (material and personal) for the successful initiation and conduct of criminal proceedings. The general objective of this action, which can be undertaken by police officers in the investigation, as well as before the investigation, is compatible with the general objectives of the police's operational, pre-investigative and investigative activities. Polygraph in operational work is of great importance, especially for quick and rational action in terms of the level of costs, elimination of wrongful suspects in criminal offenses where there is a wide circle of suspects, examination of the credibility of testimonies of witnesses (usually with fingered criminal offenses), and the collection of evidence for initiating a criminal the procedure, as well as the finding of cases for which the criminal offense was committed, cases arising from the criminal offense, as well as the finding of hidden objects and corpses. Also, the results of the polygraph, regardless of whether they were positive, negative or neutral, do not exclude the further operational activity of the police.

Key words: *polygraph test, criminalistics, criminal offense, polygraph, polygraphic examiner, operative-tactical measure, actions of proving*

* Faculty of Law East Sarajevo

* Faculty of Law Banja Luka

УДК 343.6:341.231.14(4)

doi 10.7251/PR5618471D

Прегледни научни чланак

ГОВОР МРЖЊЕ И СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА¹

Дарко Димовски*
Миомира Костић**
Лука Анђелковић***

Апстракт: Тема чланка јесу фактори које међународни и национални судови разматрају приликом прављења разлике између екстремног говора и легитимног изражавања. Често је тешко повући границу између ова два. Не постоје општа правила која би се могла аутоматски применити у таквим случајевима. Међутим, у пракси су се развили поједини фактори који могу служити као руководна начела судовима: контекст, садржај говора, намера говорника, позиција говорника и публике, домаћај говора, као и вероватноћа да ће говор довести до штетних последица. Чланак истражује примену ових фактора у конкретним случајевима, и то углавном случајевима Европског суда за људска права, чија је пракса по овом питању најразвијенија. Аутори дају своје критичко мишљење о појединим одлукама и, коначно, оцењују стварни значај ових фактора у пракси.

Кључне речи: слобода изражавања, говор мржње, подстицање на насиље, ЕСЉП.

* Универзитет у Нишу, Правни факултет, Трг Краља Александра 11, 18000 Ниш, Србија, e-mail: darko@prafak.ni.ac.rs

** Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш, Србија.

*** Универзитет у Нишу, Правни факултет, Виши суд у Нишу.

¹ Истраживање је реализовано у оквиру пројеката бр. 179046 које финансира Министарство образовања, науке и технолошког развоја Републике Србије

Увод

Слобода изражавања често се посматра као један од темеља демократског друштва. Међутим, она није апсолутна и трпи ограничења у одређеним ситуацијама, нпр. у случају клевете, објављивања информација о нечијем приватном животу или у случају екстремног говора. Као екстремни говор подразумевамо посебно подстицање на мржњу, насиље, тероризам и дискриминацију.

Овакав говор је забрањен многим међународним документима. Међународни пакт о грађанским и политичким правима предвиђа да свако заговарање националне, расне или верске мржње које представља подстицање на дискриминацију, нетрпељивост или насиље треба бити законом забрањено.² Конвенција о забрани свих облика расне дискриминације иде корак даље. Она обавезује државе потписнице да криминализују ширење идеја заснованих на расној супериорности или мржњи, подстицање на расну дискриминацију, као и акте насиља или подстицање на такве акте према било којој раси или групи лица другачије боје коже или етничког порекла.³ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода имплицитно овлашћује државе уговорнице да ограниче екстремни говор. Она у члану 10 прописује да мешање државе у слободу изражавања може бити нужно, између осталог, и ради заштите интереса националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминалитета, или ради заштите угледа и права других.⁴

Танка је линија између говора који може бити посматран као легитиман израз слободе изражавања, и оног који може бити посматран као нелегитимни екстремни говор. Како би се направила разлика, потребно је ценити већи број фактора. Комитет УН за елиминацију расне дискриминације предлаже да треба ценити садржај и форму говора, преовлађујућу климу у друштву, позицију, односно статус говорника, као и домаћај и циљеве говора (УНКЕРД, 2013). Овај чланак прати сличну листу фактора коју је дала Article 19, једна од водећих невладиних организација специјализованих за заштиту слободе изражавања.

² Међународни пакт о грађанским и политичким правима (усвојен 16. децембра 1966, ступио на снагу 23. марта 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), чл. 20.

³ Конвенција о елиминацији свих облика расне дискриминације (усвојена 21. децембра 1965, ступила на снагу 4. јануара 1969) 660 UNTS 195 (ICERD) чл. 4(а)

⁴ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (усвојена 4. новембра 1950, ступила на снагу 3. септембра 1953) (ECHR) чл. 10

Њихова листа фактора укључује: контекст говора, позицију говорника, његову намеру, садржај говора, домашај говора, као и вероватноћу да ће акција коју говорник заговара бити остварена (Article 19, 2012: 27).

1. Контекст говора

Први фактор који треба ценити јесте контекст у коме се одређени говорник изразио. Према пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП), анализа контекста садржи неколико питања.

Постојање већих сукоба и тензија у друштву свакако је отежавајући фактор. У предмету *Zana v. Turkey*⁵, ЕСЉП је истакао чињеницу да су изјаве подршке Курдистанској радничкој партији, од стране подносиоца представке, коинцидирале са фаталним нападима у југоисточној Турској од стране ове групе, коју је турска влада означила као терористичку организацију. Стога су овакве изјаве могле само да додатно подгреју, одраније запаљиву, ситуацију у региону. Суд је дао слично образложење у предмету *Leroy v. France*.⁶ Главни аргумент због кога је суд пресудио против подносиоца представке, била је чињеница да је он глорификовао терористички акт од 11. септембра 2001. године. Међутим, суд је нагласио да не треба да буде занемарен ни утицај оваквих порука у Баскији, политички веома осетљивом региону.

Треба обратити пажњу не само на сукобе и тензије, већ и на проблеме који се тичу интеграције у друштво одређене групе, која је мета говора. Такав је био случај у предмету *Le Pen v. France*,⁷ који се тичао изјава познатог француског политичара против исламске популације у тој земљи.

Историја насиља и дискриминације у једној земљи такође треба бити узета у обзир. Тако је у предмету *Vona v. Hungary*,⁸ ЕСЉП подржао забрану екстремистичке организације која је била позната по организовању маршева у селима са великом ромском популацијом. Овакви маршеви одавали су утисак да би организација могла да прерасте у парамилитарну организацију, налик на мађарски нацистички покрет који је био одговоран за масовна страдања Рома у Мађарској то-

⁵ Case Ap. 18954/91 *Zana v. Turkey*

⁶ Case Ap. 36109/03 *Leroy v. France*

⁷ Case Ap. 18788/09 *Le Pen v. France*

⁸ Case Ap. 35943/10 *Vona v. Hungary*

ком Другог светског рата. Овај случај такође показује да су општи принципи, који се односе на слободу изражавања, примењиви и на слободу удруживања.

Осим поменутих отежавајућих фактора, говорник, са друге стране, не би требало да буде кажњен уколико његове изјаве доприносе дебати од јавног интереса. Тако је ЕСЉП у предмету *Gunduz v. Turkey*⁹ пресудио у корист апликанта, који је, као лидер једне екстремистичке верске секте, учествовао у телевизијској емисији како би представио своје ставове. Апликант је, том приликом, између осталог, изјавио да су демократске вредности неспојиве са исламом. Међутим, публика је већ од раније била упозната са оваквим ставовима који су у то време били предмет широке дебате у Турској.

Конечно, осим фактора који су потврђени од стране суда, предлаже се низ других околности које се могу узети у обзир приликом анализе контекста. Зависно од природе случаја, може бити важно да ли се говорник изразио у земљи у којој постоји одсуство критике власти, као и да ли до публике допиру различити ставови и погледи о одређеном питању (Article 19, 2012: 30).

2. Говорник и публика

У случајевима екстремног говора, судови треба да узму у обзир позицију говорника, његов политички статус и позицију у јавном животу, као и утицај који он има на публику.

Иако политички говор генерално ужива велику заштиту, политичари и владини званичници не уживају исти степен слободе у случајевима наводног говора мржње и подстицања на насиље. Од њих се очекује да покажу већу одговорност, због позиције и утицаја који имају. Тако је у предмету *Feret v. Belgium*,¹⁰ ЕСЉП пресудио против апликанта који је био лидер политичке партије која је делила антиимигрантске летке током предизборне кампање. Суд је нагласио да је кључно да политичари, у свом јавном изражавању, избегну поруке које могу подстаћи нетолеранцију. Ово се односи и на друге јавне званичнике, верске лидере, али и учитеље и наставнике. У предмету *Malcolm Ross v. Canada*,¹¹

⁹ Case Ap. 35071/97 *Gunduz v. Turkey*

¹⁰ Case Ap. 15615/07 *Feret v. Belgium*

¹¹ Case Comm. 736/1997 *Malcolm Ross v. Canada*

који се тицао антисемитских изјава, Комитет УН за људска права је до-нео мишљење против подносиоца петиције. Комитет је нагласио да је подносилац наставник и да, као такав, има посебну одговорност због ауторитета који ужива међу својим ученицима.

Са друге стране, чињеница да одређени говорник нема велики утицај представља један од разлога против мешања у његову слободу изражавања. Пример из судске праксе јесте одлука ЕСЉП у предмету *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*.¹² Суд је одлучио у корист подносиоца представке имајући у виду да антибугарски прогласи ове организације нису имали чак ни локалног утицаја. Стога је било мало вероватно да скупови ове организације постану платформа за пропагирање мржње и насиља.

Нема много судских одлука које се фокусирају на публику, тј. на оне којима је говор намењен. По нашем мишљењу, у појединим случајевима ово може бити подједнако важан фактор. Судови би требало да анализирају ниво рањивости и страха од одређених заједница, поготово од оних које су на мети говорника, као и ниво покорности који публика показује према ауторитетима (Venesh, 2011). У вези са тим се наглашава да је један од разлога, који је утицао на масовно учешће Хуту становништва у геноциду у Руанди, била култура потпуне послушности према власти (Prunier, 1999: 245). То је, заједно са јаком пропагандом, утицало да обични људи узму оружје у своје руке и убијају своје комшије који су припадали другом народу.

Најзначајнији предмет у коме је ЕСЉП истакао фактор публике јесте *Vejdeland and others v. Sweden*.¹³ Он се тицао остављања летака у ђачким ормарима у школама. Леци су носили поруке против хомосексуалаца; конкретно, поруке да су хомосексуалци главни разлог за ширење вируса ХИВ и да они желе да умање значај и опасност од педофилије. Суд је одлучио против подносиоца представке узимајући у обзир чињеницу да су леци остављени у ормарима младих људи, осетљивих година, који нису имали могућност да одбију да прихвате ове летке. Како је судија Жупанчич истакао у свом издвојеном мишљењу, ако би исте поруке биле објављене у водећим шведским новинама, оне вероватно не би биле предмет кривичног гоњења.

Образложење суда да ђаци “нису имали могућност да одбију да прихвате” летке преставља примену стандарда “заробљене публике”,

¹² Case Ap. 29221/95 29225/95 *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*

¹³ Case Ap. 1813/07 *Vejdeland and others v. Sweden*

који је развијен у америчкој пракси. Заробљена публика је она која се налази у безизлазној ситуацији и која је „бомбардована“ информацијама које су увредљиве за њене поједине делове. Пре случаја *Vejdeland*, овај стандард је био примењен од стране мањине судија у горепоменутом предмету *Feret*. За већину судија, отежавајући фактор за подносиоца представке у овом случају је била и чињеница да је садржај са летака, за које је подносилац представке осуђен, такође био доступан на веб-сајту, што је чинило утицај ових порука јачим. У одговору на то, мањина судија је у издвојеном мишљењу истакла да је садржај са веб-сајта могао бити преузет само од стране оних који су активно тражили такву врсту информација. Стога се не може рећи да су овакве идеје, њиховим стављањем на веб-сајт, биле наметнуте било којој публици. Годину дана након одлуке у предмету *Vejdeland*, у горепоменутом предмету *Vona v. Hungary*, ЕСЉП се и експлицитно позвао на стандард “заробљене публике”. Суд је истакао да су маршеви апликантске организације у селима са ромском популацијом имали ефекат застрашивања становништва, нарочито због тога што је становништво било у својим кућама и, као такво, представљало „заробљену публику“.

Случај *Vona* је сличан познатом случају *Skokie*¹⁴ из америчке праксе. Одлуку је донео Врховни суд Илиноиса, али са другачијим исходом. Суд је дозволио марш чланова нацистичке партије у униформама са свастикама у селу Скоки, у коме је живело много јеврејских породица које су преживеле холокауст. Он није сматрао да је ово случај „заробљене публике“, из разлога што су нацисти унапред најавили своје намере и о томе издали обавештење. Ни сама чињеница да су нацисти носили свастике није била довољна за забрану њиховог марша. Оваква одлука је имплицитно представљала поруку јеврејским породицама да напусте своје село током марша, уколико се осећају угроженим. Међутим, такво напуштање домова би се могло посматрати као победа нациста (Cohen-Almagor, 2001:17). На крају, и поред, за њих, повољне одлуке, нацисти су одлучили да не одрже марш. Овај случај је један од најбољих показатеља различитих концепција слободе изражавања на супротним странама Атлантика, и уједно врло широке заштите коју ова слобода ужива у америчкој пракси.

Чињеница да је одређени говор усмерен на „заробљену публику“ свакако представља отежавајући фактор. Међутим, то не значи *a contrario* да говор који објективно може бити избегнут аутоматски не

¹⁴ National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie

треба да буде санкционисан. Један од циљева забране говора мржње јесте да заштити угрожене мањинске групе од застрашивања. Међутим, ове забране имају други, једнако битан циљ – да спрече ширење идеја заснованих на мржњи и њихово прихватање од стране шире популације. Када је у питању овај други циљ, питање ко је у публици (чланови групе која је мета говора или генерална популација) није од претераног значаја јер говор у оба случаја има једнако штетне ефекте.

3. Намера говорника

Судови треба да утврде и да ли је говорник имао намеру да подстакне мржњу или насиље. Широко је прихваћен принцип да само намерно подстрекавање треба да буде кажњиво.¹⁵ Значајан изузетак у односу на овај стандард је Антитерористички закон Уједињеног Краљевства. Он криминализује охрабривање тероризма, чак и онда када је говорник само неопрезан у односу на то да ли његов говор може подстаћи тероризам или не.¹⁶ Овакво законско решење у теорији трпи знатне критике (Barendt, 2009: 456).

Приликом утврђивања намере, судови би требало да истраже циљеве и сврху изражавања. Треба одговорити на питање да ли је говорник могао да има одређени други циљ, осим подстицања мржње; нпр. да иницира историјску дебату, да представи научно истраживање, да пренесе важне вести или да укаже на пропусте власти (Article 19, 2012: 33).

Како је постојање намере тешко утврдити, судови се, у том смислу, могу ослонити на речник који је користио говорник. Тако је у случају *Faurisson*¹⁷ Комитет УН за људска права утврдио да термин „магичне гасне коморе“, које је користио подносилац петиције, сугерише да подносилац није био мотивисан трагањем за историјском истином, већ анти-семитизмом. Супротно томе, у предмету *Lehideux and Isorni v. France*¹⁸, ЕСЉП је пресудио у корист апликанта који су бранили политику маршала Петена током Другог светског рата у Француској. Суд је утврдио да је њихова намера била “да учине заокрет у јавном мишљењу који би, по

¹⁵ Види на пример: Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма, чл. 6 и Оквирна одлука Савета ЕУ 2008/919/ЈНА од 28. новембра 2008. којом се мења оквирна одлука 2002/475/ЈНА о борби против тероризма [2008] OJ L330/21, чл. 1 ст. 1

¹⁶ UK Terrorism Act 2006, section 1

¹⁷ Case Comm. 550/1993 Robert Faurisson v. France

¹⁸ Case Ap. 24662/94 Lehideux and Isorni v. France

њиховом мишљењу, утицао на повећање подршке за поновно отварање овог случаја.”

У предмету *Aksu v. Turkey*,¹⁹ ЕСЉП је разматрао слободу научних радника да врше истраживања и објављују њихове резултате. Представку је поднео Ром који је тврдио да одређене научне публикације, финансиране од стране власти, представљају ромски народ у лошем светлу. Публикације су повезивале Роме са криминалним активностима и давале негативну дефиницију појмова “Циганин” и “цигански новац”. Међутим, суд је прихватио да аутори нису били мотивисани расизмом, већ жељом да истраже живот ромске заједнице у Турској, која је дуго живела одсечена и била омаловажавана на основу предрасуда. На основу овога можемо закључити да слобода научног изражавања ужива посебну заштиту.

ЕСЉП је пажљиво разматрао циљеве говора и у предмету *Jersild v. Denmark*.²⁰ Подносилац представке је, као новинар, осуђен због телевизијске емисије која је садржала интервју са једном екстремистичком групом. Суд је закључио да намера новинара није била да пружи подршку овој групи и њеним ставовима, већ да представи јавности одређене проблеме у друштву, у вези којих је већ постојала широка забринутост.

Такође, понављање одређеног говора може да укаже на намеру говорника. Ако говорник понавља одређене изјаве током дужег периода времена, вероватније је да он има намеру да подстакне одређену акцију (Article 19, 2012: 33).

4. Садржај говора

Садржај говора јесте централни фактор који треба узети у обзир приликом одлучивања о његовој допуштености. Судови треба да анализирају изречене речи, форму говора, групу против које је говор усмерен и начин на који је она представљена. У том смислу, ЕСЉП не пружа заштиту говору који се може схватити као непосредан или посредан позив на насиље, или као оправдање насиља, мржње и нетолеранције. Тако је у предмету *Zana v. Turkey*²¹ одлучио против апликанта који је изразио подршку Курдистанској радничкој партији, иако је изричито навео да не подржава

¹⁹ Case Ap. 4149/04 41029/04 *Aksu v. Turkey*

²⁰ Case Ap. 15890/89 *Jersild v. Denmark*

²¹ Case Ap. 18954/91 *Zana v. Turkey*

масакре које је ова група починила. Суд је навео да овакве контрадикторне изјаве и даље представљају оправдање насиља које врши ова група.

У случајевима говора са двосмисленим значењем, ЕСЉП је спорне изјаве тумачио у смислу контекста у коме су изречени, што показује да је анализа ова два фактора неодвојива. У предмету *Surek v. Turkey* (No. 4),²² ЕСЉП је утврдио да фраза “време је да се изравнају рачуни”, у књижевном и метафоричком тону у коме је написана, не може бити виђена као позив на насиље. У случају *Yagmurdereli v. Turkey*²³ подносилац представке је, у свом говору, навео да ће број људи који се налазе у планинама (центру побуне која је у то време била у току) бити све већи и већи. Суд је пресудио у његову корист налазећи да се оваква изјава може разумети и као “имплицитан позив на окупљање ради постављања одређених политичких захтева, иако се не може искључити да овакве речи носе неке друге скривене поруке и циљеве.”

Одлуке донете од стране националних судова у Европи по овом питању генерално рефлектују јачу заштиту слободе изражавања, што је и очекивано будући да ЕСЉП поставља само минимум стандарда заштите ове слободе (Keller, 2011: 277). Један од најилустративнијих примера из националне праксе јесте случај²⁴ пољског Врховног суда из 2007. године који се тицао говора мржње. Овај суд је ослободио лица оптужена због тога што су носили транспарент на коме је писало “Ослободићемо Пољску од [између осталих] Јевреја”. Суд се осврнуо на уобичајено и примарно значење речи “ослободити” и на то што су подносиоци представке користили футур, као глаголски облик, а не императив. Пресуда је критикована од стране Европске комисије за борбу против расизма и нетолеранције.²⁵ Још једна национална одлука која је била критикована од стране ове комисије јесте ослобађајућа пресуда холандском политичару Герту Вилдерсу, од стране Округног суда у Амстердаму.²⁶ Он је био оптужен за подстицање мржње према Муслиманима, између осталог и због објављивања једног увредљивог антиисламског филма. Холандски суд је нагласио да “иако филм садржи делове који би могли подстаћи мржњу, они морају бити посматрани у вези са остатком филма, и у контексту јавне дебате која се води о питањима којима се филм

²² Case Ap. 24762/94 *Surek v. Turkey* (No. 4)

²³ Case Ap. 29590/96 *Yagmurdereli v. Turkey*

²⁴ IV КК 406/06 (Пољска)

²⁵ Види извештај од 2010. године за Пољску, доступан на <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/escr/Country-by-country/Poland/POL-CbC-IV-2010-018-ENG.pdf> приступљено 14. јула 2016.

²⁶ ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001 (Холандија)

бави”. Једноставније речено, речи не смеју бити насумично биране и анализиране у изолацији од контекста у коме су изречене.

Посебну пажњу треба посветити питању групе или лица према коме је говор усмерен. Да ли је говор усмерен против владе и њене политике или против неке мањинске угрожене групе? У већем броју предмета против Турске²⁷, ЕСЉП је истакао да су границе дозвољене критике шире када је реч о власти због доминантног положаја који она заузима у друштву. Са друге стране, мањинске групе уживају већу заштиту. Као посебно опасне се посматрају изјаве које читаве етничке или верске групе представљају у негативном светлу.²⁸ У горепоменутом предмету *Feret*, изјава да ”избеглички центри трују животе људи” је виђена као таква, иако она истовремено представља критику владине имиграционе политике. У случају *Mohammed Hassan Gelle v. Denmark*²⁹, Комитет УН за елиминисање расне дискриминације је дао мишљење да се не може толерисати ни индиректно поређење одређене етничке групе са криминалцима. Случај се тичао изјаве једне данске посланице. Она је истакла да етничке мањине не би требало да буду консултоване поводом забране сакаћења гениталија јер би то било исто као када би ”питали педофиле да ли имају нешто против забране сексуалних односа са децом или питали силоватеље да ли су за повећање казне за силовање.” Сматрамо да овакво мишљење УН комитета сувише ограничава слободу изражавања, пре свега из разлога што је предметна изјава дата као део изузетно значајне друштвене дебате. Чак и осетљиве етничке и верске групе не би требало да буду изузете од сваког непријатног или офанзивног коментара. ЕСЉП у својој пракси често понавља да се слобода изражавања односи и на изјаве које провоцирају, шокирају или узнемирују власт или поједине делове популације.

Најопасније су оне изјаве које дехуманизују потенцијалне жртве, оне које их представљају као инсекте или звери (Article 19, 2012: 33). Током геноцида у Руанди 1994. године, злогласна радио станица РТЛМ је константно означавала припаднике народа Тутси као бубашвабе.³⁰ Циљ је био приказати да су њихови животи безвредни. Овакав облик пропаганде је утицао на то велики број обичних људи узме учешће у масовним убиствима.

Приликом анализе садржаја говора, судови би требало да обратe пажњу и на његову форму. Одређене форме изражавања уживају посеб-

²⁷ Види на пример: *Arslan v. Turkey*, Ap. 23462/94 и *Karataş v. Turkey*, Ap. 23168/94

²⁸ Case Ap. 27510/08 *Perinçek v. Switzerland*

²⁹ Case Comm. 34/2004 *Mohammed Hassan Gelle v. Denmark* (CERD)

³⁰ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (ICTR)

ну заштиту. Једна од њих је и уметничка форма. ЕСЈП истиче да свако мешање у уметничку слободу изражавања мора бити пажљиво размотрено.³¹ Међутим, чини се да суд не обраћа превише пажње на овај принцип у својој пракси. У предмету *Leroy v. France*,³² апликант је осуђен као аутор цртежа објављеног у локалном недељнику одмах након терористичког акта од 11. септембра 2001. године. Цртеж је представљао рушење кула близнакиња са коментаром: “Сви смо сањали о томе, Хамас је то и урадио” (што је била пародија на популарни маркетиншки слоган у то време). ЕСЈП је пресудио против апликанта и прихватио аргументацију домаћих судова да је апликант глорификовао терористичке акте. По нашем мишљењу, суд је требало да пружи већи значај чињеници да је намера апликанта била да изнесе критику америчког империјализма, и на сатиричну природу цртежа. Овај случај такође отвара питање да ли и просто оправдање или слављење аката насиља, које се не може схватити као подстрекавање, треба да буде санкционисано. Слична кривична дела су предмет критике од стране међународних тела која надзиру поштовање слободе изражавања (Специјални извештај УН, 2006).

У случају *Otto-Preminger-Institut v. Austria*,³³ ЕСЈП је пресудио против апликанта чији је филм представљао карикатуру “тривијалног приказа и апсурда хришћанске вере”. Суд је нагласио да респондентска држава има широко поље слободне процене када је у питању очување верског мира у региону и спречавање напада на верска убеђења већине популације на увредљив начин. У скоријем случају *I.A. v. Turkey*,³⁴ суд је такође пресудио против апликанта, директора издавачке куће која је објавила контроверзни роман о животу исламског пророка Мухамеда. По мишљењу суда, границе слободе изражавања су, у конкретном случају, прекорачене јер је роман садржао, не само шокантне и провокативне приказе исламског пророка, већ и увредљив напад на њега. Према нашем мишљењу, суд је пропустио да направи разлику између говора који је усмерен против одређене идеологије, религије и важних религијских личности, са једне стране, и говора који је усмерен на саме чланове одређене верске групе, са друге стране. Први говор не би требало да буде санкционисан јер закони против blasfemiје нису у сагласности са савременом концепцијом слободе изражавања (Hare, 2009: 303).

³¹ Case Ap. 68354/01 Vereinigung Bildender Künstler v. Austria

³² Case Ap. 36109/03 Leroy v. France

³³ Case Ap. 13470/87 Otto-Preminger-Institut v. Austria

³⁴ Case Ap. 42571/98 I.A. v. Turkey

ЕСЉП је пружио заштиту контроверзном уметничком изражавању у предметима *Karataş*³⁵ и *Alinak*.³⁶ Међутим, суд није донео овакву одлуку због уметничке природе ових дела. Он је нагласио да се у конкретним случајевима радило о поезији, односно о роману, који су намењени ужој публици у односу на поруке које се преносе преко масовних медија. Тако је суд, заправо, у овим случајевима нашао повреду слободе изражавања због уског домашаја спорног говора, што је посебан фактор о коме ће касније бити речи.

На овом месту напомињемо и да Врховни суд САД заузима врло либералан став када је у питању садржај говора. Контроверзни или непримерени садржај говора је ирелевантан све док се говор тиче питања од општег интереса.³⁷ Овај суд је заузео став да држава не сме да интервенише у „тржиште идеја“ (Heuman, 2009: 168). Управо из овог разлога не постоји експлицитна забрана говора мржње у САД. Само најозбиљнији случајеви подстицања на насиље могу бити санкционисани. Према *Brandenburg*³⁸ тесту, конгрес не може усвојити закон који “зобрањује заговарање употребе силе или кршење закона, све док такав говор није усмерен на подстрекавање непосредног противправног деловања, при чему мора бити вероватно да ће говор заиста и произвести насилну реакцију.”

5. Домашај говора

Када је у питању домашај говора, општи је принцип да само говор изнет у јавности може бити санкционисан. Тако, оквирне одлуке ЕУ обавезују државе чланице да криминализују јавно позивање на вршење терористичких аката и јавно подстицање на насиље или мржњу према одређеној групи.³⁹ У појединим случајевима може бити спорно да ли је говор јавне природе или не. Судови, тада, треба да утврде да ли је изјава циркулисала у оквиру затвореног круга људи или је, пак, била доступна свим заинтересованим лицима, као и да ли је иста била намењена тачно одређеном кругу људи или члановима шире јавности (Article 19, 2012: 37).

³⁵ Case Ap. 23168/94 *Karataş v. Turkey*

³⁶ Case Ap. 40287/98 *Alinak v. Turkey*

³⁷ *Rankin v. McPherson*, 483 U.S. 378, 387

³⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447

³⁹ Оквирна одлука Савета ЕУ 2008/913/ЈНА од 28. новембра 2008. о борби против расистичког и ксенофобног изражавања путем кривичног законодавства [2008] OJ L 328/55, чл. 1, ст. 1.

Сам домашај спорног говора ЕСЈП је анализирао у предмету *Perinçek v. Switzerland*.⁴⁰ Суд је заузео став да је утицај изјава подносиоца представке, за које је он био осуђен, био ограничен јер су исте дате на свега три јавна скупа. Са друге стране, у предмету *Féret v. Belgium*, суд је посебно нагласио чињеницу да су поруке биле садржане на ледима који су дељени током предизборне кампање, па су на тај начин стизале до целокупне популације. Стога треба обратити пажњу на средство које је коришћено за преношење информација у сваком конкретном случају. Као што је већ речено, књига песама нема исти домашај као телевизија, интернет и други масовни медији.

Конечно, судови би требало да утврде интензитет и учесталост говора. У предмету *Radio France and Others v. France*,⁴¹ ЕСЈП је као посебно отежавајући фактор ценио то што је спорна изјава емитована шездесет два пута од стране радио станице која се емитује на читавој територији Француске.

6. Вероватноћа наступања штетних последица

Последњи фактор који треба утврдити јесте вероватноћа да ће говор произвести одређене штетне последице. Насупрот намери говорника која је субјективни елемент, ову вероватноћу треба ценити објективно. Овај фактор је посебно важан у случајевима подстицања на насиље. Суд треба да утврди да ли спорни говор повећава ризик од насиља. Говор мржње, са друге стране, не укључује нужно позив на одређену акцију.⁴² У тим случајевима, било би тешко утврђивати вероватноћу прихватања идеја заснованих на мржњи од стране публике. Међутим, судови би требало да, макар, утврде да ли се говор може разумно схватити као позив на мржњу или насиље.⁴³

Овај фактор не подразумева да противправни акт мора бити учињен као поседица говора, да би говор био санкционисан. Подстицање на насиље јесте кривично дело које не зависи од тога да ли је у конкретном случају дошло до реализације насилне идеје. Чињеница да је до насиља заиста и дошло може бити посматрана само као отежавајућа околност приликом одлучивања о санкцији.⁴⁴

⁴⁰ Case Ap. 27510/08 *Perinçek v. Switzerland*

⁴¹ Case Ap. 53984/00 *Radio France and Others v. France*

⁴² Case Ap. 1813/07 *Vejdeland and others v. Sweden*

⁴³ Case Ap. 27510/08 *Perinçek v. Switzerland*

⁴⁴ Види на пример: Кривични законик Републике Србије (2005), чл. 317, ст. 3.

Такође, могућност наступања штетних последица мора бити непосредна. Период између времена говора и времена када би намеравани акти требало да се догоде не би требало да буде превише дуг, како не би дошло до неразумног кажњавања говорника за евентуалне далеке последице његовог говора (Article 19, 2012: 40). Овај захтев са правда из два разлога. Прво, апстрактно заговарање употребе силе у неодређеном временском тренутку не може бити схваћено као подстрекавање. У питању је пре врста политичког говора, какво је нпр. учење марксиста о неопходности револуције. Друго, ефекат таквог заговарања насиља може бити у дужем временском периоду неутрализован изношењем супротних идеја (Barendt, 2009: 457). Овај други аргумент је сродан концепту „тржишта идеја”, који почива на оптимистичком схватању да ће најбоља идеја бити прихваћена у „конкуренцији тржишта”.⁴⁵

Захтеви вероватноће и непосредности су најдоследније спроведени у америчкој пракси. Према већ поменутом бранденбуршком тесту, влада може забранити заговарање употребе силе једино ако је оно усмерено на подстицање непосредног противправног деловања и ако постоји вероватноћа да ће оно заиста проузроковати такву акцију. У предмету *Brandenburg v. Ohio*,⁴⁶ Врховни суд САД је пресудио у корист жалиоца, вође Кју Клукс Клана, који је био осуђен за заговарање употребе силе. Током скупа ове групе, оне је запретио да ће група између осталог, “марширати на конгрес”, “закопати црнце” или их протерати заједно са Јеврејима. Суд је закључио да овакве изјаве представљају апстрактно заговарање употребе силе које не може да буде санкционисано по тада формулисаном тесту.

Са друге стране, ЕСЉП не примењује ове стандарде систематично. Предмет *Leroy* је најбољи пример. Апликант је осуђен за глорификовање терористичких аката путем сатиричног цртежа, што се не може ни квалификовати као подстицање на насиље. Међутим, чини се да је дошло до одређене промене у пракси суда током последње деценије. У случају *Erbakan v. Turkey*,⁴⁷ суд је нашао да је повређена слобода изражавања подносиоца представке. Он је осуђен за подстицање верске и националне мржње јер је на политичком скупу промовисао визију друштва које је саздано искључиво на религијским вредностима. Кривични поступак је покренут четири године након овог догађаја. Суд је заузео став да, у

⁴⁵ *Abrams v. United States* 250 US 616, 630 (1919), J. Holmes, издвојено мишљење.

⁴⁶ *Brandenberg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447

⁴⁷ Case Ap. 59405/00 *Erbakan v. Turkey*

том моменту, спорни говор није представљао непосредну опасност за друштво. У предмету *Gül and Others v. Turkey*,⁴⁸ суд је одлучио да повици на једном митингу (као што су “политичка моћ произилази из оружја”), иако имају насилни тон, представљају добро познате, стереотипне левичарске слогане. Суд је закључио да они, као такви, не представљају заговарање насиља, нити представљају јасну и непосредну опасност за друштво. Даље, у предмету *Vajnai v. Hungary*,⁴⁹ суд је одлучио у корист апликанта који је осуђен због ношења комунистичког симбола, петокраке црвене звезде, на политичким демонстрацијама. ЕСЉП је истакао да је Мађарска у време ових демонстрација била стабилна демократија и да, стога, није било стварне и непосредне опасности да ће комунистичка диктатура бити поново инсталирана. Ови случајеви указују на могући утицај америчке праксе на праксу ЕСЉП (Keller, 2011: 275).

Закључак

Као што је речено у уводу, танка је линија између екстремног говора и легитимног изражавања. Одговор на питање да ли је та граница прекорачена често зависи од субјективног осећаја судије. Шест фактора, који су анализирани у чланку, не нуде принципе који су аутоматски примењиви у случајевима екстремног говора. Судови неизбежно морају да одлучују на основу околности сваког конкретног случаја. Може се такође закључити да значај ових фактора зависи од природе говора. Штавише, међународни и национални судови нису конзистентни у примени ових фактора, као ни у оцени њихове важности. Међутим, ови фактори могу служити као руководни принципи судовима, поготово у случајевима у којима постоје јаки аргументи и за санкционисање говора, али и за његову заштиту. У свим случајевима подстрекавања на мржњу или насиље, судови морају бити свесни чињенице да одлучују о ограничењу основног људског права на слободу изражавања. Уношење ових фактора у образложење судских одлука би доказало да су судови са дужном пажњом размотрили питања легитимности, неопходности и пропорционалности ограничења.

⁴⁸ Case Ap. 4870/02 *Gül and Others v. Turkey*

⁴⁹ Case Ap. 33629/06 *Vajnai v. Hungary*

Литература

Article 19 (2012) *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*.

Barendt, E. (2009) Incitement to, and glorification of, terrorism; in Hare I and Weinstein. J. (eds), *Extreme Speech and Democracy* (OUP 2009).

Benesh, S. (2011) *Dangerous Speech: A Proposal To Tackle Violence*.

Cohen-Almagor R, *Speech Media and Ethics The Limits of Free Expression: Critical Studies on Freedom of Expression: Freedom of the Press and the Public's Right to Know* (Palgrave 2001).

Hare, I. (2009) Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free Speech Dogma and Doctrine; in Hare I and Weinstein J (eds), *Extreme Speech and Democracy* (OUP 2009).

Heyman, S. (2009) Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment; in Hare I and Weinstein J (eds), *Extreme Speech and Democracy* (OUP 2009).

Keller P. (2011) *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade and New Media*, OUP.

Prunier, G. (1999). *The Rwanda Crisis: History of a Genocide* (2nd ed.). Kampala: Fountain Publishers Limited.

УНКЕРД Општа препорука бр. 35, *Борба против расистичког говора мржње* (2013) CERD/C/GC/35.

УНГС, 'Извештај специјалног известиоца за промоцију и заштиту људских права и основних слобода у борби против тероризма' (2006) UN Doc A/61/267.

Случајеви из судске праксе:

Abrams v. United States 250 US 616, 630 (1919)

Brandenberg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447

Case Ap. 13470/87 Otto-Preminger-Institut v. Austria

Case Ap. 15615/07 Feret v. Belgium

Case Ap. 15890/89 Jersild v. Denmark

Case Ap. 1813/07 Vejdeland and others v. Sweden

Case Ap. 18788/09 Le Pen v. France

Case Ap. 18954/91 Zana v. Turkey

Case Ap. 23168/94 Karataş v. Turkey

Case Ap. 23462/94 Arslan v. Turkey

Case Ap. 24662/94 Lehideux and Isorni v. France

Case Ap. 24762/94 Surek v. Turkey (No. 4)

Case Ap. 27510/08 Perinçek v. Switzerland

Case Ap. 29221/95 29225/95 Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria

Case Ap. 29590/96 Yagmurdereli v. Turkey

Case Ap. 33629/06 Vajnai v. Hungary

Case Ap. 35071/97 Gunduz v. Turkey

Case Ap. 35943/10 Vona v. Hungary

Case Ap. 36109/03 Leroy v. France

Case Ap. 40287/98 Alınak v. Turkey

Case Ap. 4149/04 41029/04 Aksu v. Turkey

Case Ap. 42571/98 İ.A. v. Turkey

Case Ap. 4870/02 Gül and Others v. Turkey

Case Ap. 53984/00 Radio France and Others v. France

Case Ap. 59405/00 Erbakan v. Turkey

Case Ap. 68354/01 Vereinigung Bildender Künstler v. Austria

Case Comm. 34/2004 Mohammed Hassan Gelle v. Denmark (CERD)

Case Comm. 550/1993 Robert Faurisson v. France (HRC)

Case Comm. 736/1997 Malcolm Ross v. Canada (HRC)

ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001 (Холандија)

IV КК 406/06 (Пољска)

National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie (САД)

Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (ICTR)

Rankin v. McPherson, 483 U.S. 378, 387 (САД)

Међународни уговори и национално законодавство:

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (усвојен 16. децембра 1966, ступио на снагу 23. марта 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

Конвенција о елиминацији свих облика расне дискриминације (усвојена 21. Децембра 1965, ступила на снагу 4. јануара 1969) 660 UNTS 195 (ICERD).

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (усвојена 4. новембра 1950, ступила на снагу 3. септембра 1953) (ECHR).

Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма.

Оквирна одлука Савета ЕУ 2008/919/ЈНА од 28. новембра 2008. којом се мења оквирна одлука 2002/475/ЈНА о борби против тероризма [2008] OJ L330/21.

UK Terrorism Act (2006).

Оквирна одлука Савета ЕУ 2008/913/ЈНА од 28. новембра 2008. о борби против расистичког и ксенофобног изражавања путем кривичног законодавства [2008] OJ L 328/55.

Кривични законик Републике Србије (2005).

HATE SPEECH AND FREEDOM OF EXPRESSION IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Darko Dimovski, LL.D.*

Miomira Kostić, LL.D.**

Luka Anđelović, LL.M.***

***Abstract:** The article focuses on the factors which national and international courts take into consideration when making distinction between extreme speech and legitimate expression. It is often difficult to draw the line between these expressions. There are no general rules which can be automatically applied in such cases. However, certain factors, which can serve as guiding principles for courts, have been developed in the jurisprudence: the context of the speech, the content, intent of speaker, the position of speaker and audience, extent of speech and likelihood of harm occurring. The article explore the application of these factors in particular cases, mostly ECtHR's cases as this court has the most developed case-law on this matter. The authors give their critical opinion on certain decisions and, finally, they evaluate the real significance of these factors.*

***Keywords:** freedom of expression, hate speech, incitement to violence, ECtHR*

* University of Niš

** University of Niš

*** Higher court in Niš

УДК 347.772(4-672EU)
doi 10.7251/PR5618491L

Прегледни научни чланак

THE USE OF ELECTRONIC OPTIC TOOLS IN HUNTING (NIGHT VISION SCOPES, THERMAL CAMERAS)

Prof. Dr. Gál István László*

Introductory thoughts

The ethicality of the use of night vision scope in hunting has been debated for long years. My grandfather, who started hunting in the 1940s, had a 4x magnification power scope on his hunting rifle, which was an excellent German scope, corresponding the technological standards of that era. The old hunters who were born at the beginning of the 20th century or at the second half of the 1800s often said to him, that it is not ethical to hunt with a scope, the game should be given a chance. My grandfather's opinion about this was that primarily those people who could not afford a scope, argued for the use of iron sight...

Night vision tools in 2000s and nowadays thermal cameras are starting to spread on the market at a fast rate. Since then the hunting community is split into two factions: those who possess these tools fiercely argue for the use of them (primarily those who are interested in trading), and those who cannot afford these tools are stoutly against them. Arguments for and against clash, let us see some typical ones. Arguments for using electronic optic tools: they are more humane, than to spotlight the game and to shoot at it immediately. Also they are safer to use, because we make sure that it is not a man who comes out of the corn field before aiming our rifle at them. Controlling damages caused by game (in the case of wild boars) is much less efficient without the use of these technical tools. Argument against them is that the game needs tranquility at least at night. It is not ethical, the game is given no chance. Another argument against is that a hunter equipped with these tools can 'massacre' a lot of game at night, and during these hunts not

* Head of department, professor, attorney at law PTE ÁJK Department of Criminal Law

necessarily all the game takes its place in the refrigerator, one or two might collapse directly in the trunk... Of course, we must add immediately: the person who lacks ethics, who is greedy, who steals is going to behave this way even without night vision tools. I emphasize that I do not wish to take position in the debate about the ethicality of electronic optic tools. My intent is only to introduce the present state of the legal regulation, objectively and judgement free, in a way, that is comprehensible even to the layman. As an attorney at law dealing with the topic at hand in practice, and as a university professor, I have come in contact with the problem of electronic optic tools several times.

We do not have official statistics, of course, but according to my own conservative estimate, at least every third Hungarian sports hunter, that is, more than ten thousand people own some kind of night vision tool or thermal camera. In my lecture, based on my practice as attorney at law, I am also going to present that the possession of these tools is not considered a crime, but the use of them during hunting (if the person who uses them is not a professional hunter) may be a crime, but only after the 1st of July 2016.²

Is every electronic optic tool also „a scope suitable for nocturnal shooting”?

The question in the subhead is obviously provocative. Not every electronic optic tool is suitable for shooting at night, and obviously not all of them are scopes. But the question can neither be answered by saying, that by using common sense, everybody knows what can and cannot be used for shooting anyway. Since criminal liability may depend on the answer, with the principle of *in dubio pro reo* taken into account, the interpretation cannot be extensive in any degree. That is: the wider category, the electronic optic tool involves every night vision tool, thermal cameras, and even the conventional scopes with illuminated red dot sight. According to the provision of the Act on Hunting³ only the „scopes that consist of electronic image magnifier or image modifier suitable for nocturnal shooting” are banned hunting equipment. Interpreted by the principle of *in dubio pro reo* only those tools belong in this category, that are markedly scopes, not just tools suitable for aiming.

² The Act CLXXXIII. of 2015's 20. § paragraph stated that the scopes that consist of electronic image magnifier or image modifier suitable for nocturnal shooting are banned hunting equipment.

³ Act. LV. of 199.6 37/A §. (1) 11.

Therefore binoculars and electronic optic tools that can be attached in front of, or behind field glasses intended for daytime use, in other words night vision monoculars and thermal cameras, can be excluded. Namely these are not scopes. Practically night vision telescopic sight or thermal image generator devices manufactured specifically to be scopes belong in this category, and no other tools. Although 37/A. § (3) paragraph of the Act on Hunting states that „The professional hunter during his or her work related duties may also use night vision binoculars”, from that by grammatical and logical interpretation it can be assessed, that only the professional hunter may possess night vision binoculars legally, still if the sports hunter possesses such a tool, that is not a banned hunting equipment, because it is not a scope. The act states nothing about thermal cameras that are not scopes, so they may even be used by a nonprofessional hunter during hunting. However according to my interpretation of the Act thermal cameras may not even be used by a professional hunter, but if anyone hunts with these tools (if they are not scopes!) they do not commit a criminal offense by using them. We must make a strict distinction between contravention of hunting related non-criminal law regulations, the violation of the order of hunting (misdemeanor) and poaching game (criminal offense). For easier understanding, we created a chart:

	night vision telescopic sight or thermal scope	night vision tool or thermal imaging binoculars (every tool which does not have a telescopic sight)
professional hunter	criminal offense (poaching game)	legal
sports hunter	criminal offense (poaching game)	illegal, but not a criminal offense

Finally the definition of electronic optic tools and military items, which is a legal term, must be separated. A least 90% of optic tools used by hunters can be classified as military items, at least according to my estimate. The economic sanctions imposed under international commitment for reasons of public security contain such prohibitions and codes of conduct for Hungary, as an EU member state and as one of the members of the international community, that the observation of these rules are necessary not primarily for national, but for international public security. As an extraneous expert by the

request of the Ministry of Public Administration and Justice, I personally had the opportunity to take part in the codification of our new Criminal Code, the Act C of 2012. which partly re-regulated these criminal offenses.⁴ From these criminal offenses I am going to introduce the criminal offenses with military items and services, because of its connection to the topic. I am also going to present the definition of military item here.

Criminal Offenses with Military Items and Services

Section 329

(1) Any person who:

a) engages in the manufacture and marketing of military items or in the supply of military services without authorization, or by exceeding the scope of the authorization;

b) uses military items in an unauthorized way;

c) manufactures, obtains, uses, possesses, transfers or places on the market prohibited military items, or imports or exports, or transports such items in transit through the territory of Hungary; is guilty of a felony punishable by imprisonment between two to eight years.

(2) Any person who:

a) provides technical assistance for the development, production, handling, operation, maintenance, repair, detection, identification or dissemination of chemical, biological or nuclear weapons or other nuclear explosive devices, including the missiles capable of delivering such weapons;

⁴ Emphasizing the importance and partial differentiation of these criminal offenses from other criminal offenses against public safety and economic criminal offenses, the Criminal Code placed these criminal acts in a separate chapter. The common protected legal objects of the criminal offenses regulated by the act are the communities' interest in the non-violation of prohibitions (for example: manufacturing or putting into circulation of weapons prohibited by international convention, embargo) for reasons of public security by the legislation of The European Union or by international convention, which also serve the purpose of actions of coordinated foreign policy by international communities. The statutory provisions under the chapter ensures protection, even in the case of the production, possession, distribution etc. of dangerous military products like the previous Criminal Code. The crimes come from the crimes against public order (From the the XVI Chapter First title of the previous CC). The property of this is that they shall be investigated according to international law obligation. The chapter's structure is built up from the lenient crimes to the serious ones. It is important modification that the listing is much more accurate in the light of the weight of the crimes in the CC. So the Criminal Offenses with Military Items and Services and the Criminal Offenses with Dual-Use Items are regulated separately. The punishments follow the crimes risk weight and they are evenly proportionate to each other (According to the justification of the Act C of 2012).

b) provides technical assistance in connection with any military application other than what is contained in Paragraph a) with respect to a country that is subject to an arms embargo imposed by a resolution that is considered binding upon Hungary under international commitment; shall be punishable according to Subsection (1).

(3) The penalty shall be imprisonment between five to ten years if the criminal act described in Subsection (1) is committed in criminal association with accomplices or on a commercial scale.

(4) Any person who engages in preparations for criminal offenses with military items and services is punishable by imprisonment between one to five years.

(5) For the purposes of this Section:

a) authorization shall also cover the International Import Certificate and equivalent documents;

b) military items shall also cover the goods defined in Annex III to Regulation (EC) No. 1236/2005;

c) 'prohibited military item' shall mean the goods defined in Annex II to Regulation (EC) No. 1236/2005.

The protected legal subject of the offense was the state monopoly and licensing system for the production, distribution and supply of military technology products. The subject of the offense can be anyone and can only be deliberately followed with either straight or adventurous intent.

The subject of the offense is a military product or a banned military product. These are covered by the Criminal Code based on EU standards, Regulation 1236/2005. The relevant Hungarian law, the CIX. Act on the Law on Military Equipment was repealed by the legislator from 1 January 2012. This law defines the concept of military technology product as follows: it is a fundamental security interest in the defense area, specifically for military, national security, law enforcement and law enforcement purposes. In this way, it would be possible for national interests to expand the list of military technology products beyond the EU list, but this would raise serious legal certainty concerns, so we can virtually consider the EU list to be relevant in this field.

A military technology product prohibited by paragraph 1 (c) shall be considered as a military technical product in accordance with the relevant legal norms of the EU II. the following products:

1. Goods intended for execution by persons:

1.1. Hangers and necklaces.

1.2. An electric chair for executing people.

1.3. Air-tight, e.g. made of steel and glass chambers that use deadly gas or other deadly materials.

1.4. In order to achieve the intended or modified goals, the automatic syringe systems produced by the administration of deadly chemicals to humans.

2. Fighting People Designed Goods:

2.1. With low current, there are 10,000 V surges with electric shocks, which people must prevent electrons.

In addition, objects of perpetration are chemical, biological, nuclear, other nuclear explosives or rocket propulsion devices that can be targeted to them under paragraph (2).

Behaviour in a military technology product for the production, placing on the market or military technology service, without permission or the scope of the license, and the use of the military technology product in the same way. This turn is similar to the abusive firearms as a criminal offense, so here we are merely referring to the offenses described therein.

In the case of prohibited military technology products, production, acquisition, use, holding, transfer, placing on the market, import, export or transit of the country shall be punished. These perpetrators practically cover everything, producing, possessing or even acquiring a banned military product is a criminal offense. It is also punishable that such prohibited military technology products, that is, the most dangerous chemical, biological, etc. providing technical assistance or support for weapons.

We emphasize that possession and possession of military technology is not a criminal offense unless it is otherwise committed (for example, a firearm or an explosive substance). Acquisition and holding are only circumstantial for the use of illicit military goods (goods listed in the display of committing offenses, designed to execute or curb people).

Particular emphasis is placed on the issue of so-called night vision devices, especially those that are second, third or higher generation devices, as well as weapons. Such devices are clearly a military technology instrument under applicable law, and therefore, in connection with the acquisition and retention of such devices, such as the second and third generation night

vision telescopes, there may be a misdemeanour abuse or abuse of a dual-use product.

The obtaining, use, and the possessing of the Military product or double-use product by individuals is not a crime. So every modern night vision or thermal camera may be in anyone's possession.

On the contrary the production, the distribution and the providing of service without a license is a criminal offense. So an individual can possess it without a license but who trades or repairs it etc. will commit a crime.

Poaching Game

Section 245

Any person who:

a) is engaged in activities for the killing or capturing of wild game on a hunting ground without hunting right, or as a hunter on the hunting ground of others without authorization,

b) kills or captures during the close season for game - provided for in specific other legislation covering all species of game - any wild game of that species,

c) is engaged in activities for the killing or capturing of wild game, or any vertebrate animal under special protection or any protected animal using unauthorized hunting equipment and methods provided for in specific other legislation, or on restricted hunting grounds, is guilty of a felony punishable by imprisonment not exceeding three years.

Before the first of July of 2016 poaching was not established when someone was using night vision or thermal camera during the hunting due to the CC. 245. § c) section which did not contain these in the prohibited hunting tools. Furthermore the Hunting Act also did not contain the electronic optical device. Even though the use of is not legal (even if the possession of them was and still is today) because the use of them during the hunting was an illegal conduct it was considered as the breach of the hunting orders it was a regulatory offence and it was punished by administrative law sanctions like withdrawal of the hunting license for a period of time.

The CC did not change but the background norm, the hunting act has incorporated in to the illegal hunting means the night time targeting devices

with electronic image enhancers. Thus it became a crime if the hunter holds the night vision and thermal targeting device during the hunting (from the beginning of the hunting in the case of individual hunting, between the two dates in the register). It can be established even in the case of moving to the hunting area or going from it to home.

Summary

During my attorney work I see in the practice it is rare that someone is charged with a crime because of the use of night vision and thermal camera during the hunting. But it can be a negative tendency if the authorities will interpret the law incorrectly and charge crimes where there is no legal establishment. The trading of night vision and thermal cameras can be considered as crimes but the use and hold of them can not be. Any sport huntsman can hold any type of it at home. He or she can even bring it to the forest if he or she does not go for hunting just for touring the in the nature, like night time wild animal surveillance, night time photography etc. If they find these types of devices at a sport huntsman during a police control but the after the hunting period in my opinion it is not considered as a crime. Finally it is not considered as a crime but it is considered as a regulatory offence if the night vision and thermal camera is in the possession of the sport huntsman which can be only used by professional hunter legally.

УДК 342.726-057.16:331.108.26(094.5)

doi 10.7251/PR5618499J

Информативни прилог

ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ ОКО УСАГЛАШАВАЊА БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОГ ПРАВНОГ ОКВИРА СА ЗАКОНОМ О ЗАШТИТИ ТАЈНИХ ПОДАТАКА

Доц. др Дарко Јокић*

Апстракт: У овом раду даје се приказ нормативне заштите тајности података у Босни и Херцеговини након 2005. године, односно послје доношења Закона о заштити тајних података. Након краћег осврта на рјешења која се нуде овим „крвним“ законом, указује се на различитости у постојању врста тајни и њиховом дефинисању у босанскохерцеговачком законодавству, са посебним освртом на кривично законодавство, чија реформа је започета неколико година раније. Потом, аутор даје упоредноправни приказ постојања врста тајни у државама које имају слично историјско правно наслеђе, односно које су настале дисолуцијом бивше Југославије. Послје проблематизовања постојања и нормативног дефинисања службене тајне у законима и подзаконским прописима у БиХ, указује се на потребу усаглашавања кривичних и других закона, као и подзаконских прописа у Босни и Херцеговини са Законом о заштити тајних података, а све у циљу остварења адекватне заштите класификованих и неклассификованих података на јединственим основама. Рад је намијењен стручној и научној јавности и садржи конкретне приједлоге за хармонизацију кривичноправних и других прописа са Законом о заштити тајних података.

Кључне ријечи: тајни податак, службена тајна, Закон о заштити тајних података, хармонизација прописа.

* Министарство унутрашњих послова Републике Српске, Трг Републике Српске бр. 1, 78000 Бања Лука, e-mail: darko.jokic@mup.vladars.net

Увод

Неспорно је да су поступци и одлуке државних органа, усљед утицаја опште демократизације друштвених односа на крају 20. и на почетку 21. вијека, под све већом лупом јавности. Поље људских слобода и права све више захтијева нове стандарде који обезбјеђују услове да се, приликом доношења одлука и поступака органа власти, појачано води рачуна да оне не буду само одраз државне моћи исказане доношењем и провођењем обавезујућих норми, него и да буду израз интереса и потреба шире заједнице. Једно од таквих начина контроле и оцјењивања рада државних органа јесте право на доступност информација. Са друге стране, све више постоји потреба за институционалном заштитом информација о неком физичком лицу, односно његових личних података, док са треће стране постоји интерес државних институција да прикупљају и обрађују што више информација, те да их, након што им додијеле ознаке тајности, задрже за себе и сакрију од свих неовлашћених субјеката. На овај начин манифестује се једно од основних средстава моћи јавне власти, а то је прикупљање и обрада класификованих информација, односно тајних података. Нико не спори да треба да постоје подаци које држава може да означи као тајне, те да исте уступи на коришћење само ограниченом кругу људи ради неопходног обављања јавних овлашћења, јер логично је да између броја људи који располажу са одређеним информацијама и степена опасности од злоупотребе истих постоји директна корелација. Међутим, направити јасну дистинкцију између оправданих захтјева научне и опште јавности за приступом одређеним информацијама, и са друге стране потребе за заштитом података о личности, као и за очувањем интегритета информација и процеса рада државних органа, постаје све већи изазов праћен доношењем бројних закона, усвајањем и примјеном конвенција, директива, али и одлука различитих судова, органа и институција. У таквом контексту је 2005. године од стране Парламентарне скупштине БиХ донесен Закон о заштити тајних података („Службени гласник БиХ“, број 54/05), који се уз одређене измјене и допуне 2009. године („Службени гласник БиХ“, број 12/09) примјењује до данас. Овим законом дате су заједничке основе јединственог система одређивања, приступа, коришћења, чувања и заштите од неовлашћеног откривања, уништавања и злоупотребе тајних података у Босни и Херцеговини. Имајући у виду да се, на путу приступања Европској унији, Босна и Херцеговина суочава са бројним политичким и економским из-

азовима, направљен је очигледан напредак у усаглашавању легислативе из области заштите података са стандардима Европске уније. Рад са подацима уређен је у више системских прописа, од којих су најзначајнији закони о слободном приступу информацијама¹, Закон о заштити личних података („Службени гласник БиХ“, број 49/06, 76/11 и 89/11) и наведени Закон о заштити тајних података. Поред ових закона, обрада и заштита података уређена је и прописима из области послова безбједности, унутрашњих послова, здравства и др. Овај склоп закона и подзаконских прописа представља својеврсни нормативни троугао у чијем средишту се налази информација, а поступање са одређеном информацијом захтијева спровођење одређених тестова одмјеравања супротстављених интереса. Спроведени тестови би требало да, у складу са наведеним системским законима, дају одговоре на сљедећа питања: а) да ли су информације од јавног значаја, б) да ли информације садрже какав податак о личности, в) да ли је таква информација проглашена тајном. Као и у многим другим областима, посебна пажња државе усмјерена је на кривичноправну заштиту одређених тајни. С обзиром на то да је реформа кривичног законодавства у Босни и Херцеговини започета 2003. године, односно двије године прије ступања на снагу Закона о заштити тајних података, због потпуне неусклађености кривичноправних прописа створене су одређене нелогичности, које су дијелом ријешене, а дијелом су и даље остале у босанскохерцеговачком „правном животу“. Стога је циљ овог рада да се, након указивања на наведене проблеме, дâ приједлог начина њиховог рјешавања.

Уопште о Закону о заштити тајних података

Након тринаест година примјене Закона о заштити тајних података, може се констатовати да не само да није заживјела у потпуности његова примјена, него да су отворена бројна питања безбједносног и правног карактера. С обзиром на наслов овог рада и карактер скупа на којем се презентује, овом приликом ћемо се задржати на правним аспектима примјене Закона о заштити тајних података и питањима усаглаше-

¹ У Босни и Херцеговини постоје три закона којима се регулише област слободе приступа информацијама, и то: Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини („Службени гласник БиХ“, број 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13), Закон о слободи приступа информацијама („Службени гласник Републике Српске“, број 20/01) и Закон о слободи приступа информацијама у Федерацији БиХ („Службене новине Федерације БиХ“, број 32/01 и 48/11).

ности са њим других прописа којима је циљ заштита тајности одређених информација. Значајно је истаћи да постоји висок ниво хармонизације између, са једне стране, Закона о заштити тајних података и, са друге стране, закона којим се регулише слободан приступ информацијама и Закона о заштити личних података, али да се у практичној примјени наведени закони доводе у питање, највише због неспремности органа јавне власти на свим нивоима у Босни и Херцеговини да их примјењују.

Законом о заштити тајних података првенствено су уређене заједничке основе јединственог система одређивања, приступа, коришћења, чувања и заштите од неовлашћеног откривања, уништавања и злоупотребе тајних података из надлежности Босне и Херцеговине, ентитета и осталих нивоа државне организације Босне и Херцеговине. Поред осталог, овим законом је регулисан поступак престанка тајности таквих података, те поступак сигурне провјере и издавања безбједносне дозволе за приступ тајним подацима. Наведене одредбе односе се на јавну безбједност, одбрану, вањске послове или обавјештајну и безбједносну дјелатност (члан 1), а примјењују се, са једне стране, на све институције, органе, правна лица и грађане Босне и Херцеговине, и с друге стране, на међународне или регионалне организације (члан 2). Закон о заштити тајних података је требало да у правни систем Босне и Херцеговине уведе један нови системски приступ заснован на безбједносним, правним и техничким стандардима који се примјењују у Европској унији, НАТО, али и земљама у окружењу. При томе је важно напоменути да је у овој области у БиХ наслијеђено хетерогено стање из разлога што је материја везана за степене тајности, мјере заштите, као и друга слична питања, до тада била уређена у већем броју различитих прописа, од којих су већина донесени још за вријеме бивше СФРЈ и СРБиХ. Када су у питању критеријуми за одређивање степена тајности, модел заштите тајних података био је заснован на концепту општенародне одбране и друштвене самозаштите и законима и прописима СФРЈ и СРБиХ, док су органи и институције различитих нивоа власти из области одбране, државне безбједности, унутрашњих послова и спољњих послова самостално доносили проведбене акте за заштиту тајних података.

Тајни податак је Законом о заштити тајних података дефинисан као чињеница или средство које се односи на јавну безбједност, одбрану, вањске послове или обавјештајну и сигурносну дјелатност БиХ. Међутим, таква чињеница или средство сама по себи неће представљати тајни податак, него ће то постати тек када је овлашћено лице, а које црпи овлашћења из наведеног закона или подзаконског акта, у прописаној

процедуре означи једним од предвиђених ознака тајности. Процедура одређивања степена тајности неког податка огледа се у томе што се првенствено врши процјена, а потом и донесе оцјена о могућој штетности за безбједност БиХ, односно одговарајуће институције и органа, под условом да би тај податак био доступан неовлашћеном лицу. При одређивању степена тајности податак се класификује најнижим степеном који ће осигурати заштиту података, а што се мора образложити у оцјени. У погледу степена тајности Закон је недвосмислен и с обзиром на могућност угрожавања интереса и безбједности и извјесности наступања посљедица може имати један од сљедећих степена тајности:

а) „врло тајно“ – чије би неовлашћено откривање угрозило интегритет БиХ и нанијело држави *непоправљиву штету*,

б) „тајно“ – чије би неовлашћено откривање нанијело *изузетно штетне посљедице* по сигурносне, политичке, економске или друге интересе БиХ,

в) „повјерљиво“ – чије би неовлашћено откривање *нанијело штету* сигурности и интересима БиХ,

г) „интерно“ – чије би неовлашћено откривање *могло штетити* дјеловању државних, ентитетских или органа, организација и институција на осталим нивоима државне организације БиХ.

С обзиром на то да је систем прије ступања на снагу Закона о заштити тајних података познавао три врсте тајни (државна, војна и службена) и три степена повјерљивости (строго повјерљиво, повјерљиво и интерно), наведени закон је у члану 86 прописао да се подацима којима је раније одређена тајност и који још имају употребну вриједност мора у року од три године од дана његовог ступања на снагу промијенити степен тајности, и то:

а) подацима са ознаком „државна тајна“ у „врло тајно“,

б) подацима са ознаком „службена тајна – строго повјерљиво“ или „војна тајна – строго повјерљиво“ у „тајно“,

в) подацима са ознаком „службена тајна – повјерљиво“ или „војна тајна – повјерљиво“ у „повјерљиво“, и

г) подацима са ознаком „службена тајна – интерно“ или „војна тајна – интерно“ у „интерно“.

Међутим, питање заштите тајних података и спровођење одредаба „кровног закона“ у Босни и Херцеговини и даље доводи до бројних конфузних ситуација и противрјечних ставова. Посебно наглашавамо да је

Закон о заштити тајних података прописао да су надлежни органи у Босни и Херцеговини дужни да, у року од шест мјесеци од дана ступања на снагу овог закона, усагласе одговарајуће одредбе других закона и проведбених прописа. У погледу тренутно важећих прописа, чланом 87 Закона о заштити тајних података је прописано да ће се исти примјењивати упоредо са овим законом, а у случају различитих рјешења, примјењиваће се одредбе „кровног“ закона. На тај начин је предметни закон сам себи дао већу снагу у области заштите тајних података у односу на све друге законе, уколико примјеном истих дође до било каквих противрјечних рјешења.

Неспорно је да Закон о заштити тајних података не познаје државну тајну, војну тајну, нити службену тајну, а што је у складу са стандардима ЕУ и НАТО. Међутим, питање постојања различитих врста тајни је кривичним законодавством у Босни и Херцеговини ријешено на различите начине. Нико не спори да кривичноправна заштита државе и власти, али и интереса службе и правилног функционисања јавних служби, треба да и даље има значајно мјесто у кривичном законодавству Босне и Херцеговине, јер је *ratio legis* инкриминације неовлашћеног одавања одређених података који се односе на различите области, као што су јавна безбједност, одбрана, правосуђе, јавна управа и др., управо несметано функционисање институција, односно јавних служби и безбједносних структура на свим нивоима. Али сигурно је да нема оправдања за постојање неусаглашености између кривичних закона унутар једне државне заједнице, као и неусаглашености са основним законом којим се регулише заштита тајних података, што ћемо детаљније објаснити у сљедећем поглављу.

У погледу одређивања круга лица који могу имати приступ тајним подацима, односно који се могу упознати са његовим садржајем, Закон о заштити тајних података примјењује принцип „потребно знати“ (енг. *need to know*). Наиме, принцип „потребно знати“, као један од најважнијих принципа рада са тајним подацима, подразумијева да ће само овлашћеним лицима бити дозвољен увид у тајне податке искључиво у циљу обављања њихових службених дужности или радних задатака (чл. 64 став 2 Закона). За обезбјеђење овог услова одговорни су руководни радници у државном органу, организацији или институцији. Приступ тајном податку степена тајности „интерно“ имају сви запослени који обављају дужност или раде у органу, али под условом да претходно, при ступању на дужност, потпишу изјаву о упознавању са законским и другим одговарајућим прописима из области заштите тајних података. Примјена овог законског рјешења може се, са становиш-

та функционисања администрације, недвосмислено сматрати ефикасним. Приступ тајним подацима степена „повјерљиво“ без безбједносне провјере могу имати представници законодавне и извршне власти у Босни и Херцеговини наведени у члану 6 Закона о заштити тајних података, док остала лица имају приступ тајним подацима степена „повјерљиво“ након безбједносног провјеравања и добијања безбједносне дозволе. Поступак безбједносног провјеравања и добијања безбједносне дозволе спроводи се за сва лица у погледу приступа тајним подацима степена „тајно“ и „врло тајно“. У зависности од карактера тајних података којима ће одређено лице имати приступ прије издавања дозволе спровешће се један од три различита вида безбједносних провјера. Тако ће се за приступ подацима степена тајности „повјерљиво“ извршити основна безбједносна провјера, за приступ подацима степена „тајно“ проширена безбједносна провјера, док ће се за приступ подацима степена тајности „врло тајно“ спровести проширена безбједносна провјера са безбједносним истраживањем. Наведене провјере разликују се по обиму захвата провјераваних података, а услов за вршење провјера је попуњавање одговарајућег упитника од стране провјераваног лица и његовог давања писмене сагласности за вршење провјеравања. Дозволу за приступ тајним подацима издаје министар безбједности Босне и Херцеговине или по његовом овлашћењу замјеник министра безбједности, а рок важења дозволе за приступ тајним подацима степена тајности „повјерљиво“ износи 10 година, а дозволе за приступ тајним подацима степена тајности „тајно“ и „врло тајно“ пет година.

Врсте и степени тајне у кривичним законима у Босни и Херцеговини

Као што је наведено, ступањем на снагу Закона о заштити тајних података дошло је до укидања државне, војне и службене тајне, али с обзиром на то да је 2003. године извршена реформа кривичног законодавства у Босни и Херцеговини, наступиле су обавезе додатног усклађивања материјалног кривичног законодавства Босне и Херцеговине, Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта БиХ са одредбама наведеног закона.

У том циљу, измјенама Кривичног закона БиХ („Службени гласник БиХ“, број 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 и 8/10) од јула 2006. године извршена је наведена хармонизација, па је

истим укинуто постојање државне тајне, службене тајне и војне тајне.² Можемо констатовати да је овим законом тајни податак дефинисан свеобухватније него што је то учињено Законом о заштити тајних података. Тако је у члану 1 став 22 Кривичног закона БиХ тајни податак одређен као информација из области јавне сигурности, одбране, вањских послова и интереса, обавјештајне и безбједносне дјелатности или интереса Босне и Херцеговине, комуникационих и других система важних за државне интересе, правосуђе, пројекте и планове значајне за одбрамбену и обавјештајно-безбједносну дјелатност, научних, истраживачких, технолошких, привредних и финансијских послова од важности за сигурност и функционисање институција Босне и Херцеговине, односно безбједносних структура на свим нивоима државне организације Босне и Херцеговине, а која је одређена као тајна законом, другим прописом или општим актом надлежног органа донесеним на основу закона или која је одређена као тајни податак у складу са одредбама закона и прописа о заштити тајних података, укључујући и тајни податак друге државе, међународне или регионалне организације. Наведеним измјенама и допунама Кривичног закона БиХ из 2006. године дошло је до измјене члана 164 тако што је кривично дјело одавање државне тајне замијењено кривичним дјелом одавање тајних података. Према ставу 1 наведеног члана, дјело чини службено или одговорно лице у институцијама Босне и Херцеговине или војно лице, које је овлашћено за одређивање тајности података или за приступ тајним подацима. Радња дјела је одређена алтернативно, а састоји се у неовлашћеном саопштавању, предаји или на други начин чињењем доступним тајног податка другом лицу, или у прибављању тајног податка с циљем саопштавања или предаје неовлашћеном лицу. У ставу 2 предвиђен је посебан облик овог дјела, које чини лице које противправно прибави тајни податак са циљем да га неовлашћено употреби, или које другоме саопшти, преда или на други начин учини доступним тајни податак без дозволе, као и које другоме саопшти, преда или на други начин учини доступним или посредује у саопштавању, предаји или на други начин другоме учини доступним чињенице или средства која садржи информацију. Објекат радње су дакле тајни подаци за које учинилац зна да су тајни и у чији је посјед дошао противправно. Напомињемо да су, поред осталих, у ставу 3 и 7 предвиђени тежи облици дјела уз навођење „старих“ и „нових“ еквивалената тајности. Тако, квалификовани облик дјела постоји у погледу по-

² Законом о измјенама и допунама Кривичног закона Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 53/06) брисани су појмови државне, војне и службене тајне, како у општем дијелу (приликом дефинисања основних појмова), тако и у посебном дијелу.

датака означених као „строго повјерљиво“ односно степеном „тајно“, или као „државна тајна“ односно степеном „врло тајно“.

За разлику од Кривичног закона БиХ, у материјалним кривично-правним законима Републике Српске, Федерације БиХ и Брчко дистрикта БиХ није извршено потпуно усклађивање са Законом о заштити тајних података. Наиме, у истима је извршено брисање војне тајне, али и даље постоји службена тајна, као и облици државне тајне као што су: тајна Републике Српске, тајна Федерације, кантона, града и општине и тајна Брчко дистрикта. По питању постојања и дефинисања пословне и професионалне тајне, као и берзанске тајне, овом приликом се нећемо посебно бавити, јер њихово даље егзистирање у кривичноправним прописима има легитимно оправдање и ни у ком случају се не доводи у колизију са Законом о заштити тајних података.

У Кривичном законнику Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 64/17) у општем дијелу, у члану 123, дефинисано је постојање тајне Републике Српске, службене тајне, професионалне тајне и пословне тајне, док је разноврсност и хетерогеност кривичних дјела у којима је дата инкриминација одавања различитих врста тајне наметнула њихову класификацију и систематизацију у посебном дијелу наведеног законика (неовлашћено откривање професионалне тајне – члан 154, одавање и неовлашћено прибављање пословне тајне – члан 259,³ одавање тајне Републике Српске – члан 292, и одавање службене тајне – члан 323).⁴ Појам тајне Републике Српске у Кривичном законнику Републике Српске одређен је у члану 123 став 1 тачка 11 као податак или документ који је законом, другим прописом или општим актом надлежног органа донесеним на основу закона, одређен тајном Републике Српске, а чијим би откривањем наступиле штетне посљедице за безбједност или интерес Републике Српске. Кривичноправна заштита је детаљније прописана у посебном дијелу законика, у члану 292 (одавање тајне Републике Српске), којим су предвиђени основни облик дјела (став 1), тежи облик дјела (став 2) и два лакша облика (став 3 и 4).

³ Принцип тајности у банкарском пословању, односно банкарске тајне, штити се у оквиру кривичног дјела одавање и неовлашћено прибављање пословне тајне, у члану 259. Кривичног законика Републике Српске. Више о томе: Васиљевић, З. и Васиљевић, Д., *Банкарска тајна – границе заштите*, Зборник реферата са међународног научног скупа „Савремени правни промет и услуге“, Крагујевац, 2018, стр. 999–1016.

⁴ О кривичноправној заштити у Републици Српској (професионалне тајне, пословне тајне, тајне Републике Српске и службене тајне) видјети: Јовашевић, Д., Митровић, Ј. и Икановић, В., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Бања Лука, 2018. и Бабић, М., Марковић, И., *Кривично право – посебни дио*, Бања Лука, 2009.

Службена тајна је Кривичним закоником Републике Српске, за разлику од тајне Републике Српске, двапут дефинисана и то у општем дијелу, у члану 123 став 1 тачка 12 (значење општих израза), као и у посебном дијелу у члану 323 став 6 (кривично дјело одавање службене тајне). Овом приликом уочавамо да законописац у истом законнику различито дефинише појам службене тајне. Тако се, уз незнатну разлику, слично дефинише формални елемент службене тајне, док се у ставу 6 члана 323 додаје и материјални елемент, а то је постојање или могућност постојања штетне последице за службу. Занимљиво је да је у ставу 3 члана 323 дефинисан тежи облик дјела у којем се као један од објеката радње предвиђају и „нарочито повјерљиви подаци“. Очигледно је да се ради о остатку једног архаичног рјешења, те да се под „нарочито повјерљивим подацима“ подразумијевао неки од виших степена тајности.

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“, број 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 76/14) у члану 2 дефинише појам сљедећих врсти тајни: тајна Федерације, кантона, града и општине, војна тајна, службена тајна, пословна тајна и професионална тајна, док се у посебном дијелу инкриминише одавање тајне Федерације (члан 158), професионалне тајне (члан 158), пословне тајне (члан 254), службене тајне (члан 388), али и берзанске тајне (члан 255). Такође су војна и службена тајна у оквиру кривичног дјела шпијунаже (члан 157) наведени као алтернативни објекти радње. И поред тога што је у посебном дијелу Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине избрисано кривично дјело одавање војне тајне, може се закључити да појам војне тајне из закона у потпуности није избрисан. То образлажемо чињеницом да се у кривичном дјелу шпијунаже, у ставу 1 члана 157 наведеног закона, као могући облик извршења радње, наводи саопштавање, предаја или чињење доступним војне тајне. Овом приликом истичемо да се у кривичном дјелу одавање тајне Федерације, у његовом квалификованом облику (члан 158 став 3) наводи, поред осталог, „угрожавање војне моћи Федерације“. И ово је још један доказ да се ради о „остацима“ старог законодавства из времена када нису постојале заједничке оружане снаге БиХ, него када су ентитети имали своје војске.

Кривични закон Брчко дистрикта БиХ („Службени гласник БД БиХ“, број 10/03, 6/05, 21/10 и 9/13) појам тајне Брчко дистрикта дефинише у члану 2, док у посебном дијелу, поред тајне Брчко дистрикта (члан 157), познаје и постојање професионалне тајне (члан 184), пословне тајне (члан 248), берзанске тајне (члан 249) и службене тајне (члан

382). Службена тајна се, поред тајне Брчко дистрикта, као објекат радње кривичног дјела наводи и у оквиру кривичног дјела шпијунаже (члан 156). Интересантно је да у Кривичном закону Брчко дистрикта БиХ није дата дефиниција појма службене тајне, како у општем дијелу (у члану 2), тако ни у посебном дијелу у оквиру кривичног дјела одавање службене тајне (у члану 382).

Анализом поменутих босанскохерцеговачких материјалних кривичноправних прописа може се констатовати да постоји очигледна неусклађеност између истих, као и неусклађеност ентитетских кривичних закона и Кривичног закона Брчко дистрикта са Законом о заштити тајних података. Наиме, као што смо приказали у овом поглављу, док у КЗ БиХ не постоји службена, нити државна тајна, у КЗ Републике Српске, КЗ Федерације БиХ, као и у КЗ Брчко дистрикта БиХ наведене двије врсте тајне и даље егзистирају.

Упоредноправни приказ постојања тајни у земљама насталих дисолуцијом СФРЈ

У погледу начина на који је извршено усклађивање кривичноправних закона са посебним законима којима се успоставља генерална заштита тајних података, земље настале распадом бивше Југославије могу се подијелити у три групе.

У прву групу би се могле сврстати Словенија и Црна Гора, које су хармонизовале кривичне законе са „кровним“ законима о заштити тајних података и којима је укинута постојање државне, војне и службене тајне.

Тако је Словенија Законом о тајним подацима – пречишћени текст („Урадни лист Републике Словеније“, број 50/06) у члану 2 дефинисала тајни податак као дјеловање или средство из подручја дјелокруга органа јавне власти, одбране, спољњих послова или обавјештајне дјелатности државе, који се имају заштитити од неовлашћеног откривања, и који су у складу са законом одређени као тајни.

Истим законом је прописано да се тајном податку могу одредити четири степена тајности: „строго тајно“, „тајно“, „заушно“ и „интерно“, а уједно је укинута постојање државне тајне, службене тајне и војне тајне (члан 48). У складу са наведеним законом, у Кривичном законнику

– пречишћени текст („Урадни лист Републике Словеније“, број 50/12) инкриминисано је неовлашћено одавање тајних података (члан 260), док су у истом закону брисани појмови службена тајна, државна тајна и војна тајна.

Појам тајног податка у Црној Гори је Законом о тајности података („Службени лист Црне Горе“, број 14/08, 76/09, 41/10, 40/11, 38/12, 44/12, 14/13, 18/14 и 48/15) одређен као податак чијим би откривањем непозваном лицу наступиле или могле наступити штетне последице за безбједност и одбрану, вањску, монетарну и економску политику Црне Горе (члан 3.). С обзиром на то да је члановима 85 и 88 наведеног закона укинута постојање државне тајне, службене тајне и војне тајне, Кривични законик Црне Горе („Службени лист Републике Црне Горе“, број 70/03, 12/04 – испр., 47/06 и „Службени лист Црне Горе“ број 40/08, 25/10, 32/11, 64/11 – др. закон, 40/13, 56/13 – испр., 14/15, 42/15, 58/15 – др. закон и 44/17) је усаглашен са овим измјенама и не познаје наведене врсте тајни. Дефинисање тајног податка извршено је у члану 369 Кривичног законика Црне Горе (одавање тајних података), на тај начин што је тајни податак одређен као податак који је означен једним од сљедећих степена тајности: „строго тајно“, „тајно“, „повјерљиво“ и „интерно“, а чије би одавање проузроковало или би могло да проузрокује штетне последице по безбједност, одбрану или политичке или економске интересе Црне Горе. У ставу 2. наведеног члана је предвиђен као један од облика квалификованог дјела одавање тајних података означених као „строго тајно“.

За разлику од других држава насталих дисолуцијом бивше Југославије, хрватски Закон о тајности података („Народне новине“, број 79/07 и 86/12), у погледу одређивања тајности, разликује класификовани податак од не класификованог. Под класификованим податком подразумијева се онај податак који је надлежно тијело у прописаном поступку таквим означило и за који је одређен степен тајности, као и податак који је Републици Хрватској тако означеног предала друга држава, међународна организација или институција с којом Република Хрватска сарађује. Тајни податак се класификује са једним од четири степена тајности: „врло тајно“, „тајно“, „повјерљиво“ и „ограничено“. Истим законом су укинута појмови државне тајне, службене тајне и војне тајне (члан 32).

Сваки други податак који се користи у службене сврхе, а који је без утврђеног степена тајности, као и податак који је Републици

Хрватској, такође без одређеног степена тајности, предала друга држава, међународна организација или институција, сматра се неklasификованим податком.

Казнени закон („Народне новине“, број 125/11 и 144/12), као и Закон о тајности података, дефинише тајни податак као класификовани податак, док је службена тајна неklasификовани податак који је прикупљен и користи се за потребе тијела јавне власти, а који је законом, другим прописом или општим актом надлежног тијела донесеним на темељу закона проглашен службеном тајном. Стога је логично да, у складу са наведеним, Казнени законик, поред неовлашћеног откривања професионалне тајне (члан 145), и одавања и неовлашћеног прибављања пословне тајне (члан 262), чије постојање се не доводи у питање, даје инкриминацију одавању службене тајне (члан 300) и одавању тајних података (члан 347), док су у истоме непознати појмови државна тајна и војна тајна.

У трећу групу држава, по овој подјели, спадају Србија, Македонија и Босна и Херцеговина, чију смо ситуацију претходно елаборисали. Наведене државе посебним законима којим се уређује област заштите података укидају појмове државна тајна, војна тајна и службена тајна, али у кривичном законодавству, још увијек, познају овакве врсте тајни.

Србијански Закон о тајности података („Службени гласник РС“, број 104/09) дефинише тајни податак као податак од интереса за Републику Србију који је законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесен у складу са законом, одређен и означен одређеним степеном тајности. Истим законом су предвиђена четири степена тајности: „државна тајна“, строго повјерљиво“, „повјерљиво“ и „интерно“. Кривични законик Србије („Службени гласник РС“, број 85/05, 88/05 – испр., 107/09 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16) не познаје државну тајну као врсту тајне, него као највећи степен тајности, али зато, поред неспорних категорија професионалне тајне (члан 141) и пословне тајне (члан 240), познаје постојање службене тајне (члан 369), као и војне тајне (члан 415).

Македонским Законом о класификованим информацијама („Службени весник Републике Македоније“, број 9/04) појам тајног податка је одређен као класификована информација која се штити од неовлашћеног приступа или употребе, а којој је одређен један од четири степена тајности: „државна тајна“, „строго повјерљиво“, „повјерљиво“ и „интерно“. Истим законом је у прелазним и завршним одредбама укинута

постојање државне тајне (као врсте тајне), службене тајне и војне тајне (члан 77). Међутим, Кривични законик Македоније („Службен весник Републике Македоније“, бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12 и 55/13), поред неспорних професионалне тајне (члан 150) и пословне тајне (члан 281), познаје сљедеће врсте тајни: државну тајну, службену тајну и војну тајну. Наведени појмови, поред кривичних дјела одавање државне тајне (члан 317), одавање службене тајне (члан 360) и одавање војне тајне (члан 349), представљају биће кривичних дјела злоупотреба државне, службене и војне тајне (члан 360а) и шпијунаже (члан 316).

Проблематизовање постојања службене тајне у другим законима и подзаконским актима у БиХ

Да у босанскохерцеговачком правном систему, поред кривичне области, ни у другим областима није извршена нормативна хармонизација са посебним законом којим се уређује заштита тајних података, илуструјемо краћом анализом постојања службене тајне у појединим законима и подзаконским актима.

Тако је Законом о Агенцији за идентификациона документа, евиденцију и размјену података Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 56/08) у члану 11 став 2 прописано да сви подаци и евиденције из дјелокруга Агенције представљају службену тајну, осим ако законом или другим прописом није другачије прописано. Уједно се, у истој одредби, сви запослени обавезују да чувају све податке и евиденције до којих дођу током рада у Агенцији као службену тајну. Мишљења смо да се овдје очигледно ради о подацима о личности које прикупљају надлежни, односно изворни органи, а који се електронским путем достављају наведеној агенцији, гдје се врши њихова похрана и даља обрада. Напомињемо да је у Босни и Херцеговини обезбијеђена кривичноправна заштита од неовлашћеног коришћења личних података у четири кривична закона⁵.

И Закон о заштити личних података није извршио потребно усаглашавање са Законом о заштити тајних података, па је у члану 16

⁵ Видјети: члан 149 Кривичног закона Босне и Херцеговине, члан 157 Кривичног законика Републике Српске, члан 193 Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине и члан 190 Кривичног закона Брчко дистрикта БиХ.

став 3 прописано да лични подаци који се обрађују од стране контролора или обрађивача података за запослене представљају службену тајну. Истим законом се у члану 41 став 4 говори о постојању како службене, тако и државне тајне, које неће представљати препреку да представници Агенције извршавају своје обавезе у циљу вршења контроле, док су одредбе о тајности за исте обавезујуће.

Постојање службене тајне је „по природи ствари“ најлогичније у органима државне управе. Тако је Законом о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 45/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12 и 93/17) предвиђено, као једна од повреда службене дужности државног службеника, одавање службене тајне, односно прописа о чувању те тајне (члан 54 став 2 тачка б). Напомињемо да се истом одредбом, поред службене тајне, обезбјеђује нормативна заштита државне и војне тајне. Слично рјешење постоји и на ентитетском нивоу, па Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16) обавезује државног службеника да чува службену или другу тајну утврђену законом или другим прописом и да чува као тајну све податке које је сазнао у току поступка о странкама и њиховим правима, обавезама и правним интересима, у складу са законом (члан 21 став 7). Уједно је истим законом прописано да руководилац може државног службеника ослободити обавезе чувања службене или друге тајне у судском или управном поступку ако је ријеч о подацима без којих у том поступку није могуће утврдити чињенично стање и донијети закониту одлуку (члан 21 став 8).

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 12/10, 117/11, 98/13 и 44/16) у члану 53 утврђује дужност свих запослених у Министарству правде и установама за извршење кривичних санкција и мјере притвора да чувају службену тајну (став 1), а која обавеза траје и по престанку радног односа (став 2). Истим чланом је службена тајна тројако дефинисана у зависности од врсте података и докумената у којима се појављује, и то:

а) подаци и документи до којих је запослени дошао у вршењу или поводом вршења радних задатака који су законом, односно прописом донесеним на основу закона и општег акта, предвиђени као службена тајна,

б) подаци и документи, мјере и радње до којих је запослени дошао у вршењу или поводом вршења радних задатака, а чијим саопштавањем

или одавањем на други начин неовлашћеном лицу би се могао осујетити или отежати рад установе, или би било штетно по интерес установе или другог правног лица, и

в) подаци и документи који се по прописима о управи сматрају службеном тајном.

Одређена мјешавина нормативне заштите података дата је у Закону о трансплантацији људских органа („Службени гласник Републике Српске“, број 14/10). Наиме, због очигледне осјетљивости података, законодавац је у члану 22 став 1 наведеног закона прописао да су подаци о даваоцу и примаоцу људских органа заштићени и да представљају службену, али и професионалну тајну. Законодавац је у ставу 4 истога члана извршио још једно додатно упозорење, наводећи да се заштита даваочевих и примаочевих података врши у складу са прописом којим се уређује заштита личних података. Ово упозорење има своју основаност у чињеници да се ради о посебној категорији личних података из члана 3 Закона о заштити личних података. На први поглед би се могло протумачити да би здравствени радник, уколико неовлашћено ода податке о лицима која донирају и/или која примају људске органе, могао да по принципу идеалног стицаја буде кривично одговоран за извршење кривичних дјела неовлашћеног откривања професионалне тајне из члана 154 КЗ Републике Српске, неовлашћеног коришћења личних података из члана 157 КЗ Републике Српске и одавања службене тајне из члана 323 КЗ Републике Српске, или да се ради о неком облику привидног идеалног стицаја наведених кривичних дјела.

Сматрамо да се у конкретном случају, првенствено, ради о обавези чувања професионалне тајне у области здравства, а која је законска, али и етичка обавеза свих здравствених радника. Прије свега, здравствени радници су свјесни обавезе да морају да чувају податке о здравственом стању пацијента као професионалну тајну, на чему се заснива међусобно повјерење између њих, а које представља основну претпоставку за рад како љекара, тако и другог здравственог особља. По нашем мишљењу, у оваквим ситуацијама се професионална тајна може сматрати као специјална врста службене тајне, те се у њиховом односу конкуренције примјењује само специјално дјело по принципу привидног идеалног стицаја у случају специјалитета (*lex specialis derogat legi generali*). Стога се, у случају да здравствени радник ода податке о даваоцу и/или примаоцу људских органа, не ради о кривичном дјелу одавања службене тајне из члана 323 КЗ Републике Српске, него о кривичном

дјелу неовлашћеног откривања професионалне тајне из члана 154 КЗ Републике Српске.

Као што смо већ навели, подаци који се прикупљају и обрађују у поступку трансплантације органа, прије свега, представљају осјетљиве податке о личности и ради се о посебној категорији података који откривају здравствено стање донора и примаоца. Ипак, сматрамо да се у конкретној ситуацији одавања података од стране здравственог особља ради о конзумирању кривичног дјела неовлашћеног коришћења личних података из члана 157 КЗ Републике Српске у бићу криминалног садржаја кривичног дјела неовлашћеног откривања професионалне тајне из члана 154 КЗ Републике Српске по принципу привидног идеалног стицаја у случају консумпције (*lex consumens derogat legi consumptae*). Јер немогуће је замислити да се личне информације пацијента које су саопштене надлежном здравственом раднику, укључујући и оне које се односе на трансплантацију органа, не би првенствено сматрале као обавеза здравственог особља, која има шири контекст од одавања посебне категорије личних података. Као образложење ове тврдње наводимо чињеницу да је и у члану 9 став 1 тачка д) Закона о заштити личних података наведено да је, приликом пружања и управљања медицинских услуга, као и медицинске дијагностике, професионално медицинско особље дужно да податке до којих дође чува као професионалну тајну. Поред тога, законодавац здравствене раднике (љекара, бабицу и друге) ставља у посебну групу лица која имају дужност чувања професионалне тајне, те се у кривичном поступку не могу саслушати у својству свједока, осим ако су ослобођени те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију корист је установљено чување тајне (видјети члан 147 став 1 тачка в. Закона о кривичном поступку Републике Српске). Стога смо мишљења да би било довољно да је законодавац у конкретном закону прописао да су подаци о даваоцу и примаоцу људских органа заштићени и да представљају професионалну тајну.

Да чување службене тајне није ексклузивно право и обавеза државних службеника, него свих запослених потврђује нам Закон о раду Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 1/16), који предвиђа у члану 179 став 2 тачка 4 да послодавац може да откаже уговор о раду раднику који својом кривицом, поред пословне тајне, ода службену тајну, а што представља тежу повреду радне обавезе. Постојање овако дефинисане службене тајне у Закону о раду Републике Српске представља правни основ за њено навођење у бројним подзакон-

ским актима, као што су статуту, правилници о дисциплинској одговорности и сл.

У циљу приказа нормирања службене тајне у подзаконским актима, овом приликом ћемо навести неколико примјера.

Као доказ да и даље егзистирају шаролике дефиниције и начини одређивања тајности можемо навести Уредбу о канцеларијском пословању републичких органа управе („Службени гласник Републике Српске“, број 1/04 и 13/07), која познаје три врсте тајни: државну, војну и службену и два степена повјерљивости: строго повјерљиво и повјерљиво (члан 12).

Да појам службене тајне није „споран“ само у појединим члановима одређених нормативних аката „свједочи“ комплетан садржај, али и назив Правилника о службеној тајни службеника и намјештеника Министарства правде Босне и Херцеговине и завода за извршење кривичних санкција и притвора и других мјера Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 42/05) и Правилника о службеној тајни службеника и намјештеника судске полиције Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 89/07). Тако је Правилником о службеној тајни службеника и намјештеника судске полиције Босне и Херцеговине дефинисан тајни податак сходно Закону о заштити тајних података, а поред њега је дефинисан и појам службене тајне, који је дат у два одређења, општем и посебном. Опште одређење се огледа у генерализовању података и докумената који су формално проглашени као службена тајна (члан 3 тачка а), односно који се по прописима о управи сматрају службеном тајном (члан 3 тачка ц) или чијим би се саопштавањем или одавањем на други начин неовлашћеном лицу могао осујетити или отежати рад (члан 3 тачка б). У погледу посебног одређења, овим правилником су таксативно наведене врсте података, односно евиденција које садрже наведене податке и који се сматрају службеним подацима (члан 4 став 1 тачка а–х), односно које се односе на малолетнике као специфичну категорију (став 2), док је у посљедњој тачки члана 4 став 1 (тачка и) дата широка формулација: „као и други повјерљиви подаци и исправе који се појаве у вршењу службе“.

Да се ситуација у овако неусклађеном правном систему чини још компликованијим доприноси и Правилник о чувању службене и пословне тајне Агенције за лијекове и медицинска средства Босне и Херцеговине број 01-07-399-1/10 од 26. 1. 2010. године. Наведеним правилником су дефинисани појмови службене и пословне тајне, али је у анексу 1 дата

листа од 15 врста докумената, исправа и података „који представљају службену и пословну тајну“. Постојање службене тајне овај правилник црпи из члана 21 Закона о лијековима и медицинским средствима („Службени гласник БиХ“, број 58/08).

Закључак

И поред тога што је у Босни и Херцеговини прије тринаест година ступио на снагу Закон о заштити тајних података, стиче се утисак да и даље егзистира као „фикција“, а не као дио једног хармонизованог правног поретка. Као главни узроци неоживотворења прописа из области заштите тајних података, поред сложене босанскохерцеговачке државне структуре и правног система, могу се навести и постојање одређеног институционалног „отпора“, али и страха од новог. Законом о заштити тајних података предвиђена је јединствена номенклатура класификације – „интерно“, „повјерљиво“, „тајно“ и „врло тајно“, док су укинута до тада важеће три врсте тајне (војна тајна, државна тајна и службена тајна) и три степена повјерљивости (строго повјерљиво, повјерљиво и интерно). Међутим, индикативно је да се од стране бројних органа на свим нивоима јавне власти и даље шаролико и несистематично употребљавају наведени „елиминисани“ појмови. Иако су били дужни да у року од шест мјесеци од ступања на снагу Закона о заштити тајних података усагласе одговарајуће одредбе других закона и provedбених прописа донесених на основу закона, надлежни органи у Босни и Херцеговини нису извршили ову обавезу. Тако су у протеклих тринаест година од ступања на снагу наведеног закона, усвајани, мијењани и допуњавани многи законски и подзаконски прописи, а у истима и даље егзистирају ови појмови, односно архаични облици класификације.

У актуелном босанскохерцеговачком правном систему дата је одговарајућа кривична и прекршајна заштита личним подацима, али се и даље ствара забуна како извршити одговарајућу нормативну заштиту службених података. Уочена је очигледна неинформисаност запослених у јавним службама у погледу заштите таквих података, односно постојања могућности да се одређивањем степена тајности обезбиједи њихова квалитетна заштита, наравно уз поштовање принципа „потребно знати“ (енг. *need to know*). Сигурно је да овакав нехармонизован правни систем у области заштите тајних података, који није у складу са безбједносним

политикама Европске уније и НАТО, и који не обезбјеђује правну сигурност, представља сметњу да Босна и Херцеговина докаже да испуњава критеријуме за чланство у Европској унији.

Стога предлажемо да се од стране Министарства правде Босне и Херцеговине, Министарства правде Републике Српске, Министарства правде Федерације БиХ и Правосудне комисије Брчко дистрикта, у циљу обезбјеђивања пуне усклађености закона и других прописа, направи детаљан попис свих прописа у којима се на неки начин, углавном у мањем броју чланова, уређује област заштите тајних података. Након тога потребно је извршити анализу и приступити спровођењу одговарајуће процедуре да се наведени прописи измијене и хармонизују са Законом о заштити тајних података, те да се на тај начин дефинитивно укине постојање војне тајне, државне тајне и службене тајне.

Литература

Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини („Службени гласник БиХ“, број 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13).

Закон о слободи приступа информацијама („Службени гласник Републике Српске“, број 20/01).

Закон о слободи приступа информацијама у Федерацији БиХ („Службене новине Федерације БиХ“, број 32/01 и 48/11).

Законом о измјенама и допунама Кривичног закона Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 53/06).

Кривични закон Босне и Херцеговине.

Кривични закон Републике Српске.

Кривични закон Брчко дистрикта БиХ.

PRACTICAL PROBLEMS REGARDING HARMONIZATION OF BOSNIAN AND HERZEGOVINIAN LEGAL FRAME WITH LAW ON CONFIDENTIAL INFORMATION PROTECTION

Darko Jokić, PhD, Assistant Professor*

Conclusion

Despite the fact that Law on Confidential Information Protection came into force thirteen years ago, there is impression that it still exists as “fiction” and not as a part of harmonized legal system. As main reason of non-appliance of the confidential information protection regulation, beside complex structure and legal system of Bosnia and Herzegovina, there are existence of institutional “resistance” as well as fear of innovation and new. Law on Confidential Information Protection prescribes unified classification nomenclature – „restricted“, „confidential“, „secret“ and „top secret“, while three types of secrets, existing prior this nomenclature (military secret, state secret and official secret), as well as three levels of confidentiality (strictly confidential, confidential and internal) are abolished. However, it is indicative that at any level of public authority, many bodies and institutions continue to use the mentioned „eliminated“ terms in a wider and non-systematic way. Although they were obliged to harmonize the relevant provisions of other laws and bylaws adopted based on the Law on Confidential Information Protection within six months from the entry into force of that law, the competent authorities in Bosnia and Herzegovina failed to fulfill this obligation. In the past thirteen years, since the mentioned law entered into force, many laws and bylaws were adopted, changed and amended, but these archaic terms and levels of classification are still prescribed by those laws and bylaws.

In the actual Bosnian and Herzegovinian legal system personal data have criminal and misdemeanor protection, but it is still confusing how to make adequate legal protection of official information. There is a clear lack of public services employee’s information regarding protection of the confidential information, that is, the existence of the possibility to ensure their

* Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska

quality protection by determining the level of secrecy, of course with respect to the „need to know“ principle.

Such unharmonized legal system of protection confidential information, which is not in accordance with security policies of the European Union and NATO, and which does not ensure legal security, represents interference for Bosnia and Herzegovina to prove fulfilment of criteria for EU membership. This is why we recommend that Ministry of Justice of Bosnia and Herzegovina, Ministry of Justice of Republic of Srpska and Ministry of Justice of Federation of BH, as well as Judiciary Commission of Brcko District, should make detailed list of all regulations by which, in some way by minor number of provisions, the protection of confidential information is regulated, all with purpose of complete harmonization of laws and bylaws.

After that it is necessary to carry out an analysis and to start with the implementation of the appropriate procedure in order to amend mentioned regulations and harmonize with the Law on Protection of Classified Information, in order to definitely abolish the existence of military secrets, state secrets and official secrets.

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: оригинални научни рад, прегледни научни чланак, кратко или претходно саопштење, научна критика, информативни прилог, приказ књиге.

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;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив адресу установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), (преведено и на енглески језик на крају рада) излагање суштине рада и закључак (до једне странице).

Извори (литература) се наводе у фуснотама, списак кориштене литературе на крају рада;

- 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
Немања Штакић
Драгиша Благић

Штампа:
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

За штампарију:
Звонко Савић, дипломирани правник

Тираж:
400 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.