



ЗБОРНИК РАДОВА
„ПРАВНА ТРАДИЦИЈА И ИНТЕГРАТИВНИ
ПРОЦЕСИ“

COLLECTION OF PAPERS
„LEGAL TRADITION AND INTEGRATION
PROCESSES“

ТОМ I / 2020

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Научни скуп са међународним учешћем
„ПРАВНА ТРАДИЦИЈА И ИНТЕГРАТИВНИ ПРОЦЕСИ“

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Зборник радова
„ПРАВНА ТРАДИЦИЈА И ИНТЕГРАТИВНИ ПРОЦЕСИ“

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица, тел. 028.425.336, www.pra.pr.ac.rs

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Доц. др Душко Челић

Заменик главног и одговорног уредника

Доц. др Здравко Грујић

Секретар Уређивачког одбора и технички уредник

Доц. др Срђан Радуловић

Уређивачки одбор

Чланови из иностранства:

Академик САНУ Елена Јурјевна Гуськова (Институт за славистичке студије Руске академије наука, Руска Федерација), Dr. Valerio Massimo Minale (University of Naples “Frederico II”, Italy), Prof. dr Gábor Hamza (Eötvös Loránd University), Проф. др Горан Марковић (Правни факултет, Универзитет у Источном Сарајеву), Prof. dr Barbara Novak (Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani), Prof. dr Damjan Korošec (Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani), Prof. dr Dragan Bolanča (Pravni fakultet, Sveučilišta u Splitu), Prof. dr Tina Pržeska (Pravni fakultet „Justinijan I“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“, Skopje).

Чланови из Републике Србије:

Проф. др Борис Беговић, Проф. др Андреја Катанчевић, Доц. др Далибор Ђукић (Правни факултет Универзитета у Београду), Проф. др Душанка Јововић, Проф. др Љубомир Митровић, Проф. др Ђорђије Блажић, Проф. др Сава Аксић, Проф. др Слободанка Ковачевић-Перић, Проф. др Дејан Мирковић, Проф. др Јелена Беловић, Проф. др Огњен Вујовић, Доц. др Драган Благић, Доц. др Бојан Бојанић, Доц. др Саша Атанасов (Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици).

Дизајн корица: Димитрије Милић

Штампа: Кварк, Краљево

Тираж

100 примерака

ISBN 978-86-6083-064-9

Штампање овог Зборника помогло је
Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



ЗБОРНИК РАДОВА

„ПРАВНА ТРАДИЦИЈА И ИНТЕГРАТИВНИ
ПРОЦЕСИ“

COLLECTION OF PAPERS

„LEGAL TRADITION AND INTEGRATION
PROCESSES“

I TOM

Косовска Митровица
2020.

С А Д Р Ж А Ј

РЕЧ УРЕДНИКА	7
КРИВИЧНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ	
1. Др Миодраг СИМОВИЋ, Др Миле ШИКМАН ОГРАНИЧАВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И СУЗБИЈАЊЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА	11
2. Др Милена ПОЛОЈАЦ ПОВРЕДА ГРОБА – НЕКАД И САД	35
3. Др Драган ЈОВАШЕВИЋ ПРЕВЕНЦИЈА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	55
4. Др Зоран ПАВЛОВИЋ ВИКТИМИЗАЦИЈА ОСУЂЕНИКА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА	73
5. Др Жељко НИКАЧ, Др Божидар ФОРЦА МЕЂУНАРОДНА ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА СРБИЈЕ И ДРЖАВА РЕГИОНА У БОРБИ ПРОТИВ КРИМИНАЛА	89
6. Др Ивица ЈОСИФОВИЋ, Др Игор КАМБОВСКИ THE EUROPEAN ARREST WARRANT AND THE ROLE OF REPUBLIC PROCESUTORS	111
7. Др Горан ЈОВАНИЋ, Вера ПЕТРОВИЋ УСЛОВНИ ОТПУСТ, ТРАДИЦИЈА И МОДИФИКАЦИЈЕ	125
8. Др Милица КОВАЧЕВИЋ, Марија МАЉКОВИЋ, Драгица БОГЕТИЋ КАЗНА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА – ОПШТА РАЗМАТРАЊА И УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД	145
9. Др Ванда БОЖИЋ, Др Сузана ДИМИЋ, Др Мирјана БУКИЋ ПОРЕСКА УТАЈА КАО ЈЕДНО ОД КРИВИЧНИХ ДЕЛА У ЛАНЦУ ОРГАНИЗОВАНЕ КРИМИНАЛНЕ ДЕЛАТНОСТИ	157

10. **Др Иван МИЛИЋ, Жарко КЕШАНСКИ**
ИЗВРШЕЊЕ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНО
ПСИХИЈАТРИЈСКО ЛЕЧЕЊЕ И ЧУВАЊЕ У ЗДРАВСТВЕНОЈ
УСТАНОВИ – ПРАКСА ЈЕДНЕ
СПЕЦИЈАЛНЕ БОЛНИКЕ 175

11. **Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ**
ПРАВИЧАН ПОСТУПАК – ОСНОВА ЗА ПРАВИЧНО
И ФЕР СУЂЕЊЕ 197

12. **Никола ПАУНОВИЋ**
БЛАНКЕТНА ДИСПОЗИЦИЈА ЕКОЛОШКИХ КРИВИЧНИХ
ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ –
ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ОДАБРАНА СПОРНА ПИТАЊА 219

ГРАЂАНСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

13. **Др Родна ЖИВКОВСКА, Др Тина ПРЖЕСКА**
THE RIGHT TO BUILD IN MACEDONIAN LEGISLATION 239

14. **Др Самир МАНИЋ**
ПОЈАМ И КЛАСИФИКАЦИЈА МЕДИЦИНСКИХ
СРЕДСТАВА У МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВНИМ АКТИМА 257

15. **Др Душко Челић**
ОДГОВОРНОСТ ЦИВИЛНЕ МИСИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ
НАЦИЈА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ ЗБОГ ПРИСИЛНИХ
НЕСТАНАКА И УБИСТАВА СРБА НАКОН 10. ЈУНА 1999.
ГОДИНЕ – ЗАБОРАВЉЕНО ПРАВНО НАСЛЕЂЕ
САВЕТОДАВНОГ ВЕЋА ЗА ЉУДСКА ПРАВА 275

16. **Бошко ТРИВУНОВИЋ**
ФОРМА ЈАВНО ПОТВРЂЕНЕ ИСПРАВЕ У ПРАВУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 295

17. **Јована Миловић**
ВАНРЕДНИ ОБЛИЦИ ЗАВЕШТАЊА У ПРАВУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 311

18. **Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ**
SENATUS CONSULTA DE INIURIIS 327

19. **Др Мирјана МИШКИЋ**
ДЕЛИКТНА ОДГОВОРНОСТ ГОСПОДАРА ПОСЛА
НА ОСНОВУ АСТИО ЕХЕСИТОРИА 341

РЕЧ УРЕДНИКА

Овогодишњи тематски зборник радова посвећен је Х, јубиларној научној конференцији са међународним учешћем, која ће се одржати на Правном факултету Универзитета у Приштини чије је привремено седиште у Косовској Митровици. Чињеница да у сложеним друштвеним и правним околностима у којима делају Факултет и чланови његове академске заједнице успевамо да одржимо десетогодишњи континуитет научних скупова на којима учешће узимају научни посленици из Србије, земаља региона, као и из других земаља, говори много више од номиналног јубилеја, поготово уколико имамо у виду да се овогодишњи зборник поводом научне конференције предаје на увид научне и опште јавности у предвечерје 60. годишњице оснивања и рада Факултета. Континуитети на Косову и Метохији – заветној земљи на којој су државноправни дисконтинуитети дужи и многобројнији него на било ком делу територије Србије, из тих и бројних других разлога имају додатан значај. С тога смо се, као савременици и баштеници тих континуитета, определили за симболички назив овогодишње научне конференције и зборника радова - *"Правна традиција и интегративни процеси"*. Тема сагледава (нашу) правну баштину, правно предање (традицију), у контексту неминовних динамичних промена примерених праву као друштвеном феномену, али и у светлу глобализације у коју српско и друга "друштва транзиције" некритички хрле путем интегративних процеса. Праву је примерен развој и прилагођавање променљивим друштвеним токовима, но оно није "слепи пратилац" тих токова. Критичко преиспитивање "класичних" правних института, њихово усклађивање са друштвеним променама, као и настанак нових правних института, су неминовност. У тој неминовности се ни у ком случају не могу занемарити вредности упоредне правне традиције – миленијумско правно наслеђе људске цивилизације, као ни национална правна традиција, на чијим темељима уосталом почива и савремена правна грађевина. Могуће је да је у том "осећају за меру", била тајна дуговечног опстајања великих правних система и да из те мудрости могу учити и генерације савремених правних делатника. Придруживање Европској унији има за последицу реформу правног система земље-кандидата и прихватање "правних тековина" ове заједнице европских држава. Правна наука и струка у таквим околностима нису нити могу да буду по страни - "ресавска школа" комунитарног права, већ онај креативни део друштва који у складу са његовом (правном) традицијом критички преиспитује и указује на предности и недостатке предложених промена, указујући на упоредноправна искуства и специфичности сваког друштва. Идеја очувања правне традиције и континуитета никако није у

опреци са потребом да се нови правни институти инкорпорирају у постојеће (националне) правне системе, "ако то прилике свакидашњег живота неминовно изискују". Интегративни процеси те посебности морају уважавати, а не потирати. Ваљало би, Богишићевски речено, да између тих полова - "господује најбоља хармонија". Правна наука и струка требало би да укажу на предности и недостатке позитивноправне регулативе у Републици Србији у односу на упоредноправне системе, као и да, на основу поштовања наведених критеријума, предложи промене *de lege ferenda*.

Тематски зборник радова "Правна традиција и интегративни процеси", окупио је 50 аутора и коаутора, који су у 39 позитивно рецензираних научних радова учинили напор да интердисциплинарно сагледају ову интересантну тему. Поред 42 аутора из Србије, 8 аутора са 4 факултета су из иностранства, као и из Републике Српске. Аутори из Републике Србије су са 9 Универзитета и 2 научна института. Изражавајући задовољство чињеницом да је тема изазвала значајну пажњу правне науке и струке у Србији и земљама региона, у име уредништва захваљујем свим ауторима на њиховом доприносу да Тематски зборник радова буде садржајан и научно вредан, као и на доприносу у континуитету остваривања значајних научних резултата под окриљем Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. Верујем да је то много више од научног доприноса аутора. То је сведочанство колегијалности и пријатељства, које представља подстрек свима нама да наставимо да ширимо правничку образовну и научну мисију на простору Косова и Метохије, опстајући у сложеним друштвеним и политичким условима. На жалост, због пандемије изазване вирусом COVID-19 и противепидемијских мера државе и локалних власти, овогодишњи, X научни скуп са међународним учешћем, одржаће се у складу са тим околностима и техничким могућностима на Факултету. Тиме ћемо и у промењеним околностима, настојати да одржимо континуитет одржавања научних скупова са међународним учешћем, као и публикавања тематских зборника радова.

На крају, али не и вредносно, посебну захвалност дугујем драгим и поштованим колегама доц. др Здравку Грујићу и доц. др Срђану Радуловићу, на *dare, facere et pati*, на самопрегорном уређивачком раду којим су допринели да Тематски зборник радова буде предат научној и општој јавности.

Главни и одговорни уредник
Доц. др Душко Челић

КРИВИЧНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

ОГРАНИЧАВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И СУЗБИЈАЊЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА

Апстракт

Људска права сматрају се једним од највећих домета савременог свијета. Њиховим прокламовањем и увођењем у законодавства (међународно и домаће) пружена је гаранција уживања права и слобода свима. Истовремено, организовани криминал је феномен који је у сталном порасту чије последице често превазилазе оквире појединачних држава, узрокујући истовремено енормне материјалне последице, као и угрожавање физичког интегритета и здравља људи. Због тога се од држава, али и међународне заједнице очекује да изграде ефикасне мјере против организованог криминала. Оне често обухватају привремено ограничавање гарантованих људских права у ту сврху. Ово је уједно и једна од највећих дилема савременог кривичног процесног права: у којем обиму је нужно ограничити људска права осумњичених за потребе ефикасног кривичног поступка? С друге стране, пракса домаћих и међународних судова (прије свега Европског суда за људска права) указује да су у многим случајевима нарушена начела супсидијарности и сразмјерности када је у питању сузбијање организоваог криминала. То конкретно значи да су права и слобода осумњичих (а често и трећих лица) ограничена изван потребе откривања и доказивања кривичних дјела организованог криминала. То је тема овог рада, чији је циљ да одговори на два питања: *прво*, када и у којем обиму је оправдано привремено ограничавање гарантованих права и слобода и *друго*, када сузбијање организованог криминалитета излази из граница потребног ограничавања права и слобода и прелази у другу сферу (најчешће окарактерисану као кршење права и слобода).

Кључне ријечи: људска права, организовани криминал, начела, посебне истражне радње.

* Академик, Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, miodrag.simovic@pf.unibl.org. Судија Уставног суда Босне и Херцеговине.

** Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, mile.sikman@pf.unibl.org. Министарство спољних послова Републике Српске.

1. УВОД

У раду полазимо од двије кључне премисе: прве да је организовани криминалитет пријетња савременом добу и друге, да су људска права и слобода највеће вриједности истог тог доба. Није тешко пронаћи везу између ова два феномена. Она се огледа у томе да је неопходно пронаћи баланс између сузбијања организованог криминалитета и привременог ограничавања људских права и слобода у ту сврху. Дакле, не доводи се у питање потреба ограничавања усвојених права и слобода у сврху сузбијања организованог криминалитета, већ се тражи њено ограничавање у границама потреба. Из овога произилазе и основни принцип на којима је заснован данашњи концепт сузбијања организованог криминалитета, а то су супсидијарност и сразмјерност, јер су управо они, поред начелна законитости и судског надзора, кључни у остваривању поменутог циља. Међутим, у пракси овај баланс није једноставно остварити. Заправо, у питању су супротстављени интереси, с једне стране откривање и доказивање кривичних дјела организованог криминалитета, а с друге стране заштита гарантованих људских права и слобода. Нарочит изазов је постављен пред правосудне институције, које вршећи своју основну функцију (откривање и доказивање кривичних дјела, пресуђење у кривичној ствари) треба да осигурају и заштиту основних људских права и слобода. Због тога, ни данас, након више од 70 година прокламованих људских права и слобода и преко 30 година међународног ангажмана на плану сузбијања организованог криминалитета - немамо ријешену наведену ситуацију. Зато и не изненађују многобројни судски поступци, како пред Европским судом за људска права, тако и пред домаћим судовима (апелационе и више надлежности) путем којих се тражи заштита људских права и слобода.

Литература о посматраној проблематици је заиста обимна и свеобухватна¹. Обухвата академске садржаје (књиге, дисертације, уџбенике,

¹ Вид. R.K. Smith, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2018; Вијеће Европе, Европски суд за људска права 2018; S. Ruggeri, *Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Berlin, 2015; A. Amatrudo, W. Leslie, *Human Rights and the Criminal Justice System*, Routledge, London, 2014; A. Fagan, *The Atlas of Human Rights: Mapping Violations of Freedom Around the Globe*, University of California Press, Berkely, 2010; R. Crawshaw, L. Holmström, *Essential Texts on Human Rights for the Police: A Compilation of International Instruments*, Brill, Leiden, 2008; T.D. Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression, and the Law of Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1998; R.S. Clarke, *The United Nations Crime Prevention and Criminal*

чланке), стручне радове, институционална документа (прије свега, публикације међународних и регионалних организација, као што су Уједињене нације, Европска унија, Савјет Европе и др.). Не упуштајћи се у појединачно навођене референтне литературе, неке од садржаја користили смо и у овом раду, а за даље истраживање упућујемо заинтересоване на ширу литературу о организованом криминалитету и људским правима и слободама.

Циљ насловљеног рада је да одговори на два питања: *прво*, када и у којем обиму је оправдано привремено ограничавање гарантованих права и слобода и *друго*, када сузбијање организованог криминалитета излази из граница потребног ограничавања права и слобода и прелази у другу сферу (најчешће окарактерисану као кршење права и слобода). Како би понудили одговоре на постављена питања извршићемо анализу поједине одредаба Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП) и судске праксе Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП). Као примјер домаћег законодавства и судске праксе користићемо кривично законодавство Босне и Херцеговине² и праксу Уставног суда Босне и Херцеговине (даље: Уставни суд БиХ³), с обзиром на то да овај суд има у одређеним случајевима апелациону надлежност⁴. Због ограниченог обима

Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

² У овом смислу мислимо на Кривични закон Босне и Херцеговине (даље: КЗ БиХ) и Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине (даље: ЗКП БиХ), уз напомену да у Босни и Херцеговини, на принципима паралелне и подијељене надлежности постоје још три кривична закона (Кривични законик Републике Српске, Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине и Кривични законик Брчко дистрикта Босне и Херцеговине) и три кривична процесна закона (Закон о кривичном поступку Републике Српске, Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине и Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине).

³ Види опширније М. Симовић, „Посебне истражне радње у борби против најтежих облика криминалитета - у контексту међународних стандарда и одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине број у 5/16 од 1. јуна 2017. године“. У *Посебне истражне радње*, Уставни суд Босне и Херцеговине, Бања Лука, 2018, 67-114 и М. Шикман, „Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свијетлу одлука Европског суда за људска права“. У *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана послје) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2017, 401-416.

⁴ Према Одлуци Уставног суда БиХ, број У-34/01 од 22. јуна 2001. године, овај суд, као домаћа институција која има апелациону надлежност у погледу права и слобода загарантованих Уставом БиХ, мора указати на повреду права загарантованих ЕКЉП,

анализа неће бити потуна, већ ће бити изведен закључак, а у попису литературе биће наведена анализирана судска пракса.

2. ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ КАО ПРИЈЕТЊА САВРЕМЕНОГ ДОБА

Како смо у нашим ранијим истраживањима констатовали⁵, организовани криминалитет је у последњих 25 година постао глобална пријетња и достигао је макроекономске димензије: незаконита роба потиче из једног континента, тргује се преко другог, а продаје на тржишту трећег. Организоване криминалне групе су данас транснационални проблем: пријетња међународној безбједности, али и безбједности националних држава, посебно у сиромашним и конфликтима оптерећеним земаљама⁶. Према подацима Уједињених нација, „организовани криминалитет подстиче корупцију, инфилтрира се у легалан бизниса, утиче на политичке односе, омета развој држава, али и подрива владавину права, оснаживањем оних који раде мимо закона; нарко картели шире насиље у Централној Америци; на Карибима, у Западној и Централној Африци, те југоистоку Азије организоване криминалне групе наносе штету природним ресурсима нелегално тргујући дивљим животињским врстама и биљним свијетом; кријумчарење мигрантима и трговина људима се проширила у Источној Европи колико и у Југоисточној Азији и Латинској Америци; у многим урбаним центрима власти су изгубиле контролу на организованим криминалним групама; високотехнолошки криминалитет угрожава виталну инфраструктуру и безбједност државе, али и наноси штету грађанима крађом идентитета и преварама путем Интернета; пирати из најсиромашнијих земаља свијета (на Рогу Африке) врше отмице и траже откупе за бродове најбогатијих земаља; кријумчарењем и нелегалном трговином фалсификованом робом подрива се легална трговина и слобода тржишта; све више је присутно прање новца у неконтролисаним економским

па самим тим и права загарантованих Уставом БиХ без обзира на чињеницу да поступак није окончан.

⁵ М. Симовић, М. Шикман, *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2017, 206.

⁶ На тај начин организовани криминалитет представља изражен изазов не само унутрашњој, већ и глобалној безбједности и јавља се, не само као кривичноправни, већ и као глобални безбједносни проблем, с обзиром на његову транснационализацију (М. Шикман, *Организовани криминалитет*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2011, 3).

секторима, путем корумпираних банкарских сектора широм свијета, итд⁷. Исто тако, према извјештају SOCTA⁸ (2017)⁹, „тешки и организовани криминалитет у Европској унији се одликује великом разноликошћу криминалних активности, које су повећали сложеност и обим у њиховом испољавању. Добит који стварају поједине организоване криминалне гупе у Европској унији је огроман и конкурентан приходима мултинационалних корпорација“¹⁰.

Криминалне дјелатности организованог криминалитет које представљају пријетњу савременом добу могу се посматрати кроз традиционалне облике организоаног криминалитета и оне који се испољавају засновани на злоупотребама савремених, нарочито трансформативних технологија. Тако су криминалне дјелатности у вези са опојним дрогама и даље најозбиљнија пријетња данас, јер је према према Извјештају Уједињених нација (2019) током 2017. године 5,5 одсто свјетске популације или 271 милион људи широм свијета користило опојне дроге¹¹. Такође, у различитим дијеловима свијета се појављују различити обрасци трговине људима, укључујући различите облике експлоатације, који су у порасту (сексуална, радна, присилни брак, трговина дјецом ради илегалног усвајања, итд)¹². У директној повезаности

⁷ UNODC, *The Globalization Of Crime - A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, United Nations Office on Drugs and Crime, Wien, 2010, 1

⁸ *Serious and Organised Crime Threat Assessment*. Процјена пријетње од озбиљног и организованог криминала Европске уније (SOCTA) је производ систематске анализе информација о спровођењу закона о криминалним активностима и групама које утичу на Европску унију. SOCTA је осмишљена да помогне стратешким доносиоцима одлука о приоритетима у погледу пријетњи организованог криминала.

⁹ <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>, 12.4.2020.

¹⁰ У прилог наведеној пријетњи говори и процјена SOCTA (2017), да „на подручју Европске уније дјелује више од 5.000 међународних организованих криминалних група, које су укључене у вршење низа кривичних дјела. Веома су флексибилне, прилагођавају свој *modus operandi* промјенама у окружењу, а криминалне активности укључују од високотехнолошког криминалитета до класичних кривичних дјела организованог криминалитета у вези са опојним дрогама или кријумчарења мигрантима“ (European Police Office, *Serious And Organised Crime Threat Assessment. Crime in the age of technology*, European Police Office, Hague, 2017, 11-12).

¹¹ UNODC, *World Drug Report 2019*. United Nations publication, Sales, No. E.19.XI.8., 2019, 7.

¹² UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. United Nations publication, Sales, No. E.19.IV.2., 2018a, 11.

са трговином људским бићима јесте и чињеница да се у актуелној мигрантској кризи¹³ илегални канали и руте трговине људима у великој мјери користе и за илегалне миграције. Тако се у Глобалној студији Уједињених нација о кријумчарењу миграната (2018.) констатује да „као што трговина људским бићима, тако и кријумчарење миграната погађа све регионе свијета, при чему постоје докази да је, у најмању руку, 2,5 милиона миграната кријумчарено ради економског профита, који се процјењује на 5,5 до седам милијарди америчких долара у 2016. години“¹⁴.

Остали облици транснационалног организованог криминалитета, као што су илегална трговина ватреним оружјем и експлозивним средствима, илегална трговина дивљим животињама, илегална трговина фалсификованим производима, илегална производња и трговина фалсификованим медицинским производима, илегална трговина културним добрима, односно криминална тржишта која постоје за овакве криминалне дјелатности широм свијета - с правом потврђују тезу о друштвеној опасности и штетности овог криминалног феномена. С друге стране, континуирано се развијају различити облици високотехнолошког криминалитета, који заправо данас доминирају у феноменолошкој основи криминалитета¹⁵. Високотехнолошки криминалитет

¹³ „Мигрантска криза“ или „европска мигрантска криза“ је колоквијални термин којим се описују кретање избјеглица и мигранта према земљама Европске уније од 2015. године па до данас. Само те године је више од милион људи илегално ушао у земље Европске уније. Тај процес довео је до многих отворених питања у самој Европској унији, али и земљама транзита, што је изазвало кризу која још траје. Чини се да је француски демограф Philippe Fargues (2016.) исправно констатовао да „мигрантска криза такође тестира неке од најважнијих вриједности Европе, од слободе кретања на њеним територијама, до међународне заштите изван њених граница“ у вези с чиме је поставио и неколико важних питања: „Каква је природа кризе? Да ли је то мигрантска или избегличка криза? Да ли мигранти који улазе у Европу нередовно траже економске прилике или траже међународну заштиту? У првом случају постоји консензус влада да се морају вратити. У другом, чим поднесу захтјев за азил, законска је дужност задржати их док захтјеви не буду у потпуности обрађени. И последње, како најбоље да изађемо из кризе?“ - о којима изгледа нема ни до данас јасних одговора (P. Fargues, „Un million de migrants arrivés sans visa en Europe en 2015: Qui sont-ils?“, *Population & Societies* No. 4, 2016, 1).

¹⁴ UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. United Nations publication, Sales No. E.18.IV.9, 2018b, 5.

¹⁵ У прилог томе најбоље свједочи изјава Christopher Wray, директора FBI (2019): „Готово свака пријетња националној безбједности и криминална активност с којима се FBI суочава темељи се на *cyber* основи. Суочавамо се с пријетњама државних хакера,

испољава се подједнако против појединаца, компанија/организација и државних органа, чиме се остварују вишеструко негативни по друштву у цјелини¹⁶.

Томе треба додати и облике криминалитета који се испољавају у вези са трансформативним технологијама, као што су манипулација подацима која подразумева злоупотребу информационе технологије у сврху прикривеног утицаја на доношење одлука другог човјека, на начин да се искориштава његова слабост. На концу треба додати и масовне злоупотребе *blockchain* технологија (децентрализована, дистрибуирана и отворена база података, која омогућава реализацију дигиталних трансакције без посредника) унутар којих се на мрачном Интернету (*darknet*) врши снажна повезаност са криминалним активностима, с обзиром на широку доступност свега оног што је према важећим прописима забрањено (дрога, оружје, фалсфиковани документи, итд.), а на којој *cyber* криминалци нуде своје услуге (*Dos* напади¹⁷, вируси, нежељене кампање, и др.)¹⁸.

унајмљених хакера, организованих *cyber* синдиката и терориста. Свакодневно, ови актери настоје отуђити државне и пословне тајне, технологију и најповјерљивије податке о грађанима - ствари које су за нас од највеће вриједности и од велике су важности за вођење државне политике и националне безбједности. Они покушавају угрозити критичну инфраструктуру, наштетити економији и ограничити слободу говора“ (C.Wray, „Global Terrorism: Threats to the Homeland“, *Statement Before the House Homeland Security Committee*. Washington, D.C. October 30, 2019).

¹⁶ Према подацима Уједињених нација, преваре у финансијском пословању чине скоро трећину свих кривичних дјела високотехнолошког криминалитета (преваре приликом финансијских трансакција, преваре у електронској трговини, преваре путем електронске поште, преваре усмјерене према личним подацима). Деликти у вези са дјечијом порнографијом обухватају другу трећину кривичних дјела ове врсте криминалитета (производња, дистрибуција, посједовање садржаја дјечије порнографије, навођење дјецe и малолетника на дјечију порнографију); кривична дјела усмјерена против компјутерских система и остала кривична дјела (тероризам, говор мржње, итд.). (UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*. New York, United Nations. 2013).

¹⁷ *Denial-of-service attack (DoS attack)*.

¹⁸ Према подацима Европског центра за праћење дрога и зависности од дрогама (2019.), организоване криминалне групе које дјелују у Великој Британији генеришу више новца од продаје илегалних дрога на мрачном Интернету него у било којој другој земљи у Европи (процјењује се да су продали опојне дроге у вриједности већој од 24 милиона фунти, укупне тежине од 2.825 килограма). Исто тако, као примјер се наводи међународна полицијска акција 2019. године у Њемачкој под називом „Wall Street Market“ у којој је затворено једно од највећих илегалних тржишта мрачног интернета

3. ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ КАО ВРИЈЕДНОСТ САВРЕМЕНОГ ДОБА

Нема много вриједности које заједнички дијеле већина нација данас, као што су људска права и слободе. Она се сматрају највећим достигнућем у развоју људске цивилизације. То произилази и из Опште декларације о људским правим и слободама (1948.) у којој је у преамбули наведено да је признавање урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице темељ слободе, правде и мира у свијету. Затим, можемо додати ЕКЉП (1950.) којом је дефинисана обавеза у погледу поштовања људских права (чл. 1), укључујући појединачно наведена поједина права и слободе, као што су право на живот (чл. 2), забрана мучења (чл. 3), забрана ропства и принудног рада (чл. 4), право на слободу и безбједност (чл. 5), право на правично суђење (чл. 6), кажњавање само на основу закона (чл. 7), право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке (чл. 8), слобода мисли, савјести и вјероисповести (чл. 9), слобода изражавања (чл. 10), слобода окупљања и удруживања (чл. 11), право на склапање брака (чл. 12), право на дјелотворан правни лијек (чл. 13) и забрана дискриминације (чл. 14). Такође, у уводу Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966.) прокламовано је да идеал слободног људског бића које ужива грађанске и политичке слободе и ослобођеног од страха и биједи може бити постигнут само ако се створе услови који омогућавају свакоме да ужива своја грађанска и политичка права, исто тако као и своја економска, социјална и културна права.

Из ових међународноправних документа и многа других произилазе темељи људских права и слобода у националним законодавствима. Тако је једно од основних начела на којима се темељи устав у националном праву гарантовање и заштита људских слобода и права, а у складу са међународним стандардима, која имају статус универзалних вриједности које прихвата и поштује велика већина држава чланица међународне заједнице¹⁹. Тако је у Уставу БиХ (1995.) у чл. II Људска права и основне слободе, изричито наведено да Босна и Херцеговина и оба ентитета ће осигурати највиши ниво међународно

које се углавном користило за продају кокаина, хероина, канабиса и амфетамина, као и за размјену хакованих податка, фалсификованих документа и малвара. Ово тржиште је двије године било у функцији, са више од 1.150.000 купаца (налози су регистровани на мрежи тржишта) и више од 63.000 понуда, у преко 5.400 продавца (EMCDDA - European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction and Europol, *EU Drug Markets Report 2019*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, 70).

¹⁹ М. Пајванчић, „Међународни извори људских права – статус у унутрашњем правном поретку“, *Правна ријеч*, Бања Лука, број 27, 2011, 71.

признатих људских права и основних слобода (ст. 1), те да се права и слободе предвиђени у ЕКЉП и у њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини. Ови акти имају приоритет над свим осталим законима (ст. 2). Управо наведене, као и друге, изричите уставне норме које се нарочито односе на казнену политику, гоњење и заштиту људских права у кривичном поступку - условљавају и одређују границе кривичног законодавства, а тиме и кривичног права²⁰.

Због тога кривичноправе одредбе, прописане КЗ БиХ (2003), одређују да се кривична дјела и кривичноправне санкције прописују само за она понашања којима се тако угрожавају или повређују личне слободе и права човјека, те друга права и друштвене вриједности зајемчене и заштићене Уставом БиХ и међународним правом, да се њихова заштита не би могла остварити без кривичноправне принуде (чл. 2 ст. 1), при чему се прописивање кривичних дјела и врсте и распона кривичноправних санкција заснива на неопходности примјене кривичноправне принуде и њеној сразмјерности јачини опасности за личне слободе и права човјека, те друге основне вриједности (чл. 2 ст. 2). Наведене норме додатно су гарантоване одредбама које су садржане у ЗКП БиХ (2003.) којим треба да се обезбиједи да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дјела изрекне кривичноправна санкција под условима прописаним у КЗ БиХ и у другим законима БиХ у којима су прописана кривична дјела и у законом прописаном поступку (чл. 2 ст. 1). Истим законом одређена је и претпоставка невиности *in dubio pro reo* (чл. 3), начело *ne bis in idem* (чл. 4), права лица лишеног слободе (чл. 5), право осумњиченог, односно оптуженог (чл. 6), право на одбрану (чл. 7) и друга права.

Због његове важности, нарочито смо издвојили начело законитости доказа (чл. 10), које је основа за доношење судске пресуде, тј. директна последица њихове незаконитости јесте немогућност њиховог коришћења за доношење пресуде у кривичном поступку²¹. Оно подразумева да је забрањено од осумњиченог, оптуженог или било којег другог лица које учествује у поступку изнуђивати признање или какву другу изјаву (чл. 10 ст. 1), те да суд не може засновати своју одлуку на доказима прибављеним повредама људских права и слобода прописаних уставом и међународним уговорима које је Босна и Херцеговина ратификовала, нити на доказима који су прибављени битним

²⁰ Р. Кузмановић, М. Дмичић, *Уставно право*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2002, 26.

²¹ Х. Сијечић-Чолић *et. al.*, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, Сарајево, 2005, 66.

повредама овог закона (чл. 10 ст. 2), као и да суд не може заснивати своју одлуку на доказима који су добијени на основу доказа из ст. 2 овог члана (чл. 10 ст. 3). Ова забрана је апсолутна, јер се, с једне стране, односи на све незаконите доказе, без обзира да ли су у корист или на штету осумњиченог, односно оптуженог и, с друге стране, поменути докази су забрањени, без обзира на то да ли су поуздани, истинити или вјеродостојни и вриједи у цијелом кривичном поступку, од његовог започињања до завршетка и односи се на све предмете (главне и споредне), односно на све облике поступка²².

Анализом ове законске одредбе произилази да су незаконити докази они који су прибављени најчешће повредом права на слободу и сигурност (чл. 5 ЕКЉП), права на правично суђење (чл. 6 ЕКЉП) и повредом права на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке (чл. 8 ЕКЉП), односно они који су прибављени на начин супротан прописаним одредбама ЗКП БиХ²³.

4. ПРИВРЕМЕНО ОГРАНИЧАВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА КАО ИЗАЗОВ СУЗБИЈАЊА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Осим егзактног прописивања ограничавање људских права и слобода у случају рата или друге изузетне опште опасност која пријети опстанку нације (чл. 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима и чл. 15 ЕКЉП), међународноправни акти познају и друге разлоге ограничавања гарантованих права и слобода. То су изузеци, посебне рестрикције и резерве које се односе на ограничавање људских права и слобода, наведени према ЕКЉП. Изузеци су прописани код права на живот и права на слободу и безбједност личности, посебне рестрикције су садржане у чл. 8-11 ЕКЉП, док се резерве односе на право државе да стави резерву на сваку појединачну одредбу ЕКЉП у обиму у коме неки закон који је тада на снази на њеној територији није у сагласности са том одредбом (чл. 57 ЕКЉП). Суштина посебних рестрикција је у томе да допушта држави ограничења одређених људских права и да у исто вријеме омогућава европским органима да остваре контролу над тим активностима државе²⁴. Јасно је да је главна сврха ових

²² М. Симовић, В. Симовић, *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Правни факултет, Бихаћ, 2016, 324.

²³ Незаконитости ове врсте углавном се огледају у поступању супротно одредбама ЗКП БиХ којима се прописује примјена радњи доказивања и посебних истражних радњи.

²⁴ На овај начин посебне рестрикције које су садржане у чл. 8-11 ЕКЉП имају двоструку функцију што представља основ за државу да врши рестрикцију одређених људских

ограничења заштита од произвољног мијешања државе у приватни и породични живот, дом и преписку. То је класична негативна обавеза коју ЕСЉП описује као основни циљ члана, при чему државе чланице такође имају позитивне обавезе обезбиједити поштовање овог права (нпр. усвајање мјера чији је циљ обезбјеђивање поштовање приватног живота, чак и у подручју односа између појединаца). Наведену праксу, прихватио је и Уставни суд БиХ наводећи да „нема кршења права на правично суђење из чл. III/3е) Устава БиХ и чл. 6 ст. 1 ЕКЉП када оспорена коначна одлука није заснована на незаконитим доказима, те када судови остале изведене доказе оцијене појединачно и у међусобној вези, те на основу брижљиве и савјесне оцјене тих доказа изведу закључак да су апеланти починили кривична дјела која су им стављена на терет“²⁵.

У контексту овог рада посебно су значајне посебне рестрикције, и то оне прописане у чл. 8 ст. 2 ЕКЉП којим је прописано 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 безбиједности, јавне безбиједности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других. Из овога произилази да је ограничавање права на приватност и породични живот могуће, уз кумулативно испуњавање три услова: прво, да је наведена могућност прописана законом или да су у складу са законом; друго, да су та ограничења у интересу демократског друштва и треће да за то постоје одређени, јасно изражени легитимни циљеви. У том смислу, ЕСЉП најприје испитује представља ли радња прибављања или употребе доказа ограничење тога права “прописано законом”²⁶, а затим да ли је предузета у легитимном циљу, те је ли била нужна “у демократском друштву”²⁷. При томе, државе могу самостално да одреде претпоставке за примјену тих мјера, али је та

права: прву, одступа од своје основне обавезе да штити људска права из ЕКЉП и другу, основ за заштиту појединца од арбитрарности државе у погледу рестрикције датих људских права - ако је држави већ допуштена рестрикција тих права.

²⁵ Одлука Уставног суда БиХ, број АП-5409/10 од 27. фебруара 2014. године.

²⁶ То је наведено у пресуди *Круслин против Француске*, при чему законски основ мора да буде „приступачан и прецизан” за грађане, а не да се састоји, нпр., само од непредвидивих административних обичаја (*Kruslin v France*, Series A No 176-B; Application No 11801/85, European Court of Human Rights (1990) 12 EHRR 547 24 April 1990).

²⁷ Види Д. Крапац, „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Еуропског суда за људска права“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 60, број 6, 2010, 1220.

самосталност ограничена конвенцијским начелима која грађанима гарантују адекватна и ефикасна јемства против самовоље и злоупотребе, као што је наведено у пресуди *Клас и други против Њемачке* (1979²⁸) и *Weber u Saravia против Њемачке* (2006²⁹). То подразумијева уређивање поступка контроле у току примјене мјере, укључујући састављање извјештаја о извршењу мјере, заштиту тајности њених резултата и њиховом уништавању након обустављања поступка или изрицања ослобађајуће пресуде, а према пресуди *Szabo u Vissy против Мађарске* (2016).

Дакле, неопходно је задовољити и критеријуме начела сразмјерности³⁰ које подразумијева да се довољно јасно одреди обим и начин примјене дискреционих овлашћења државних органа који те мјере примјењују³¹ (пресуда *Малоне против Велике Британије*, 1984). ЕСЈП из тог разлога узима у обзир околности предмета, као што су природа, обим и трајање могућих мјера, основе за њихово одређивање, тијела надлежна за њихово одобравање, извршавање и надзирање, те врсту правног лијека прописаног националним правом (*Роман Захаров против Русије*, став 232.; *İrfan Güzel против Турске*, 2017, став 85 и *Centrum för rättvisa против Шведске*, ст. 99-110).

Када је ријеч о предметима организованог криминалитета, онда су апелације углавном усмјерене на оспоровање законитости прикупљених доказа по основу повреда гарантовних права. Радње прибављања доказа које представљају ограничење конвенцијског права на правично суђење (чл. 6) и права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8) су углавном посебне истражне радње прописане ЗКП БиХ³². Првенствено се мисли на

²⁸ ЕСЈП је пресудио да када држава покрене тајни надзор којег особа под надзором није свјесна, те се тај надзор не може оспорити, појединци могу бити лишени својих права из члана 8, а да тога нису свјесни, па не могу искористити правни лијек било на националном нивоу било пред установама ЕКЈП (*Klass u други против Њемачке*, 1979, 36.).

²⁹ ЕСЈП је потврдио да државе уговорнице не могу, у име борбе против шпијунаже и тероризма, усвајати било које мјере које сматрају прикладним. Умјесто тога, без обзира на то који се систем надзора усвоји, морају постојати одговарајућа и ефикасна јемства против злоупотребе (*Weber u Saravia против Њемачке*, 2006, 49-50).

³⁰ Примјењено на случај организованог криминала у пресуди *Малоне против Уједињеног Краљевства*, 1984.

³¹ Обим и начин примјене подразумијева одређивање круга лица која могу да буду подвргнута тајној опсервацији и одређивање крајњег рока примјене.

³² М. Шикман, “Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свијетлу одлука Европског суда за људска права”. У *Реформски процеси и поглавље 23*

надзор и техничко снимање телекомуникација [чл. 116 тач. а)], надзор и техничко снимање просторија [чл. 116 тач. ц)], тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који стоје у вези с њима [чл. 116 тач. д)] и коришћење прикривених истражитеља и информатора [чл. 116 тач. е)]. Судска пракса ЕСЈП у овом подручју појам незаконитих доказа схвата условно, тј. Суд не провјерава је ли одређени доказ незаконит према националном праву, него да ли кориштење тог доказа супротно ЕКЈП³³. Разлог је што ЕКЈП не садржи правна правила о законитости и незаконитости доказа, што и сам ЕСЈП редовно истиче у својим одлукама³⁴.

Ипак, како наводи Крапац, ЕСЈП примјеном еластичног критерија правичног поступка из чл. 6 ст. 1 ЕКЈП процјењује да ли се у националном поступку начин прибављања или извођења доказа у неком конкретном случају одразио на “правичност” поступка у цјелини или је том приликом повријеђено и неко друго конвенцијско право³⁵. Дакле, незаконитим прибављањем доказа може доћи до повреде конвенцијских права, као што је нпр. право на поштовање приватног и породичног живота, при чему ће у том случају ЕСЈП утврдити повреду чл. 8 ЕКЈП, а не аутоматски и повреду чл. 6 ЕКЈП који гарантује право на правично суђење. На наведено упућује и став ЕСЈП изражен у предмету *Schenk против Швајцарске*, 1988., у којем је прихватио да право на поштено суђење није нужно прекршено када је доказ прибављен кршењем права на поштовање приватног живота, с обзиром на то да суд испитује поступак као цјелину, што је поновљено и разрађено у низу других пресуда, као што су *Khan против Уједињеног Краљевства*, 2000., *Allan против*

(годину дана после) – кривичноправни аспект, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2017, 404.

³³ И. Мартиновић, Д. Кос, „Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у свјетлу праксе Еуропског суда за људска права“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, број 2, 2016, 319.

³⁴ М. Пајчић, Ј. Валковић, „Пресуде Еуропског суда за људска права против Републике Хрватске због повреде права на правично суђење (чланак 6 Конвенције за заштиту људских права и темељних слобода)“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, 19, број 2, 2012, 756.

³⁵ Нпр. у предмету предмет *П. Г. и Ј. Х. против Уједињеног Краљевства* оспорени су докази прикупљени мјерама тајног надзора телекомуникација. ЕСЈП је утврдио да у конкретном случају спорни доказ није био једини доказ у поступку и постојала је ефикасна могућност оспоравања доказа.

Уједињеног Краљевства, 2002., *Jalloh против Њемачке*, 2006., *Лисица против Хрватске*, 2010. и др.³⁶.

С друге стране, могуће су повреде права на приватност и породични живот ако су докази прибављени супротно законским прописима. То је утврђивао ЕСЈП и у случају *Драгојевић против Хрватске*, 2015. и *Башић против Хрватске*, 2016., у којима је 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 образложени иако су према изричитој законској одредби то морали бити. У предмету *Nițulescu против Румуније*, 2015., подносиатељка се жалила да је њена осуда углавном утемељена на аудиоснимцима успркос чињеници да су снимљени без претходног судског одобрења. ЕСЈП је у пресуди у овом предмету истакао да се аутентичност снимка није могла испитати јер оригинал није био доступан суду, постојале су контрадикције у осталим доказима против подносиатељке, те домаћи суд није непосредно испитао неке од свједока. На крају је ЕСЈП закључио да поступак у подносиатељкином случају, посматран у цијелости, није задовољио услове правичности³⁷.

Истовремено, како је ЕСЈП заузео низ ставова поводом ових питања, вођени су и поступци за оцјену уставности одговарајућих одредби ЗКП БиХ пред Уставним судом БиХ. У својој досадашњој пракси Уставни суд БиХ је био преокупиран и важним уставним споровима у вези са примјеном посебних истражних радњи. Као прво, Уставни суд је подсјетио да телефонски разговори, иако нису изричито наведени, а у складу са праксом ЕСЈП³⁸, потпадају под

³⁶ На примјер, када добијени доказ (незаконито прислушкивање телефона) није био једини доказ против оптуженог у предмету који укључује озбиљан злочин, није било кршења права на поштено суђење, што је и наведено у предмету ЕСЈП *Khan против Уједињеног Краљевства*, 2000.

³⁷ К. Камбер, Е. Думањић, „Посебне истражне радње и право на поштено суђење у складу са чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода“. У *Посебне истражне радње*, Уставни суд Босне и Херцеговине, Бања Лука, 2018, 61.

³⁸ ЕСЈП је утврдио да је надзор комуникација и телефонских разговора (укључујући позиве из пословних простора, као и из дома) обухваћен појмом приватног живота и дописивања на основу члана 8 (*Халфорд против Уједињеног Краљевства*, 1997, ст. 44.; *Малоне против Уједињеног Краљевства* 1984, ст. 64 и *Weber u Saravia против Њемачке*, 2006, ст. 76-79).

појам приватног живота и кореспонденције у смислу члана 8 ЕКЉП, те да пресретање телефонских разговора представља мијешање јавних власти у право на поштовање приватног живота. С тим у вези. Уставни суд је поступао у свакој конкретној ствари појединачно и утврђивао постоји ли повреда права.

Тако у свој Одлуци о допустивости и меритуму број АП-1758/15 од 30. јуна 2015. године Уставни суд БиХ закључује да није повријеђено апелантично право на приватни живот и кореспонденцију из чл. II/3ф) Устава БиХ и чл. 8 ЕКЉП када је апелантица, на темељу чл. 119 ст. 3 ЗКП БиХ, обавијештена о проведеним посебним истражним радњама одмах након што је суд обуставио провођење тих радњи, а не у вријеме када је она од неовлаштене особе сазнала за провођење тих радњи, односно када је Тужилаштво БиХ ставило приједлог суду за одређивање притвора против ње, те када је Суд БиХ јавности омогућио увид у снимку цијелог рочишта за одређивање притвора. Уставни суд је оцијенио да интерес јавности да буде обавијештена о овом случају, претеже над апелантичним правом за заштиту права из чл. 8 ЕКЉП јер су обје врсте мијешања биле „у складу са законом” и „неопходне у демократском друштву” у смислу чл. 8 ст. 2 ЕКЉП. Исто тако, Уставни суд БиХ закључује да не постоји повреда апелантова права на приватни живот из чл. II/3ф) Устава БиХ и чл. 8 ЕКЉП када је мијешање у приватни живот остварено кориштењем транскрипата и снимки пресретнутих апелантових телефонских разговора, извјештајем прикривених истражитеља и телефонских листинга за које је утврђено да представљају законите доказе у смислу важећих прописа и било је неопходно у демократском друштву у сврху остваривања легитимног циља спречавања и откривања кривичног дјела и заштите права других. Уз то, не постоји повреда апелантичног права на приватни живот из чл. II/3ф) Устава БиХ и чл. 8 ЕКЉП с обзиром на то да се наведени докази нису односили на апелантицу³⁹.

Слично, и у предмету број АП-3312/13 Уставни суд БиХ запажа да је апелант проглашен кривим да је починио кривично дјело организовани криминал из чл. 250 ст. 2 у вези са кривичним дјелом неовлашћени промет опојним дрогама из чл. 195 ст. 1 КЗ БиХ. Према образложењу оспорене првостепене пресуде, у преслушаним телефонским разговорима није коришћена ријеч дрога, али је један свједок појаснила „шифровану комуникацију”, на основу чега је првостепени суд и закључио да су се разговори односили на предузимање радњи међународног промета опојним

³⁹ Одлука о допустивости и меритуму, број АП 1655/11 од 25. јуна 2014. године.

дрогама и др. Суд је у овом предмету закључио да прибављени доказ није је прибављен супротно одредбама ЗКП БиХ.

5. ЗАКЉУЧАК

Људска права и слободe, као највеће вриједности савременог доба, гарантоване су како највишим међународним правним актима, тако и домаћим правним прописима. У том погледу нема одступања, осим у законом прописаним случајевима. Ти случајеви подразумијевају стање непосредне опасности, као што је ратно стање или стање узроковано природним непогодама, као и у сврху сузбијања тешких облика криминалитета. У том смислу недвосмислена је могућност привременог ограничавања гарантованих права и слобода како би се успјешно супротставили организованом криминалитету. Наиме, овај криминални феномен има све елементе транснационалног криминалитета, угрожава безбједности људи и њихове имовине, а многе државе су га одредиле и као пријетњу националној безбједности. Ипак, остаје обавеза државе да ограничавање људских права и слобода спроводи у скалду са стандардима међународноправних документа. У првом реду мислимо на стандарде прописане ЕКЉП и судском праском ЕСЉП који подразумијевају да таква могућност мора бити одређена законом, у интересу демократског друштва (сузбијање организованог криминалитета чини такав интерес оправданим), на начин који је сразмјеран, неопходно потребан (супсидијаран), уз обезбјењен судски надзор. Само под овим условима може се гарантовати да привремено ограничавање људских права и слобода појединих лица неће истовремено бити и угрожавање њихових права. То је оно што називамо балансом ограничавање права и потребе ефикасног сузбијања организованог криминалитета.

Ситуација о овом питању у Босни и Херцеговини има позитиван тренд. То значи да су створене законске претпоставке за сузбијање организованог криминалитета на описани начин. Оно што се нарочито истиче јесте мали број апелација пред ЕСЉП када су у питању кривични предмети организованог криминалитета. Разлог можемо тражити у чињеници да Уставни суд БиХ, у дијелу своје надлежности, поступа и у овим предметима, због чега се највећи број поступака управо и окончава пред овим судом. Због тога су и многи недостаци, који су се прије свега огледали у примјени посебних истражних радњи, отклоњени. Мислимо прије свега на садржај наредбе којом се одређује њихова примјена, који је имао недостатке у погледу ненавођења свих потребних података и чињеница (нпр. разлоге за примјену посебних истражних

радњи), који су под утицајем пресуде ЕСЈП у предмету *Драгојевић против Хрватске* и *Башић против Хрватске*, у највећој мјери отклоњене. Наравно, поштовање гарантованих права и слобода је континуиран процес, подложен другим изазовима, чиме се пред правосудне институције поставља обавеза и њиховог континуираног поштовања.

Academician Miodrag Simović, LL.D

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, full-time professor of the School of Law, University of Banja Luka, Active Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina

Mile Šikman, LL.D

Ministry of Internal Affairs of the Republika Srpska and associate professor of the School of Law of the University in Banja Luka

LIMITATION OF HUMAN RIGHTS AND PREVENTION OF ORGANISED
CRIME

Summary

Human rights are considered one of the greatest achievements of the modern world. Their promotion and introduction into legislations has ensured enjoyment of rights and freedoms for everyone. At the same time, organised crime is a phenomenon that is constantly growing and its effects oftentimes overstep the boundaries of states, causing enormous material consequences and jeopardising people's physical integrity and health. This is why, countries and the international community are expected to create efficient measures to fight organised crime. Such measures usually mean limiting guaranteed human rights to that end. This is also one of the greatest challenges and dilemmas of the contemporary criminal procedure. On the other hand, the practice of domestic and international courts (primarily the ECtHR) indicates that the principles of subsidiarity and proportionality are violated in many cases when it comes to the prevention of organised crime. The topic of this paper is: *firstly*, when and to what extent is temporary limitation of safeguarded rights and freedoms justified, and *secondly*, when does the prevention of organised crime overstep the boundaries of a necessary limitation of rights and freedoms and acquires a different dimension.

Key words: human rights, organised crime, principles, special investigative actions.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Библиографске референце

Amatrudo A., Blake L.W., *Human Rights and the Criminal Justice System*, Routledge, London, 2014.

Бабић М. *et. al.*, *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини*, Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, Сарајево, 2005.

Вијеће Европе/Европски суд за људска права, „Водич кроз члан 8 Европске конвенције о људским правима, Право на поштовање приватног и породичног живота, дома и дописивања“, 2018, available from <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Edukacija/Vodi%C4%8D%20kroz%20%C4%8Dlanak%208.%20Konve ncije.pdf>, 25. фебруар 2020.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction and Europol. *EU Drug Markets Report 2019*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019. available from http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/12078/20192630_TD03193_32E_NN_PDF.pdf, 12. март 2020.

European Court of Human Rights Council of Europe, available from https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 10. фебруар 2020.

European Police Office. *Serious And Organised Crime Threat Assessment. Crime in the age of technology*, European Police Office, Hague, 2017. available from <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>, 12. фебруар 2020.

International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 19 December 1966. *United Nations, Treaty Series*, vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407. available from treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clan=en, 15. фебруар 2020.

Jones T. D., *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression, and the Law of Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1998.

Камбер К., Думањић Е., „Посебне истражне радње и право на поштено суђење у складу са чланком 6. Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода“. У *Посебне истражне радње*, Уставни суд Босне и Херцеговине, Бања Лука, 2018, 53-65.

Крапац Д., “Незаконити докази у казненом поступку према пракси Еуропског суда за људска права”, *Зборник Правног факултета у Загребу*, Загреб, 60, број 6, 2010, 1207-1240.

Кузмановић, Р., Дмичић, М., *Уставно право*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2002.

Мартиновић, И., Кос, Д., „Незаконити докази: теоријске и практичне двојбе у свјетлу праксе Еуропског суда за људска права“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, број 2, 2016, 311-338.

Опсерваториј људских права, „Ограничења и дерогација људских права“, <https://opservatorij.wordpress.com/ogranicenja-i-derogacija-ljudskih-prava/>, 20. март 2020.

Пајванчић М., „Међународни извори људских права – статус у унутрашњем правном поретку“, *Правна ријеч*, Бања Лука, број 27, 2011, 71-84.

Пајчић М., Валковић Л., „Пресуде Еуропског суда за људска права против Републике Хрватске због повреде права на правично суђење (чланак 6 Конвенције за заштиту људских права и темелних слобода)“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, 19, број 2, 2012, 751-794.

Ruggeri S., *Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Berlin, 2015.

Сијечић-Чолић Х. *et. al.*, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, Сарајево, 2005.

Симовић М., „Посебне истражне радње у борби против најтежих облика криминалитета - у контексту међународних стандарда и одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине број у 5/16 од 1. јуна 2017. године“. У *Посебне истражне радње*, Уставни суд Босне и Херцеговине, Бања Лука, 2018, 67-114.

Симовић М., Шикман, М., *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2017.

Симовић М., Симовић В., *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Правни факултет, Бихаћ, 2016.

Smith R. K., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2018.

Шикман М., „Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама у свјетлу одлука Европског суда за људска права“. У *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана послје) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2017, 401-416.

Шикман М., *Организовани криминалитет*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2011.

The Universal Declaration of Human Rights, Paris, 10 December 1948, *General Assembly Resolution 217A*, available from treaties, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, 15. фебруар 2020.

UNODC, *World Drug Report 2019*. United Nations publication, Sales No. E.19.XI.8., 2019, available from https://wdr.unodc.org/wdr2019/prelaunch/WDR19_Booklet_1_EXECUTIVE_SUMMARY.pdf, 18. фебруар 2020.

UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. United Nations publication, Sales No. E.19.IV.2., 2018a, available from https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf, 20. фебруар 2020.

UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. United Nations publication, Sales No. E.18.IV.9. 2018b, available from https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf, 22. фебруар 2020.

UNODC, *The Globalization Of Crime - A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Wien: United Nations Office on Drugs and Crime, 2010. available from http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf, 15. фебруар 2020.

UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*. New York, United Nations. 2013. available from https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf, 15. фебруар 2020.

Wray C., *Global Terrorism: Threats to the Homeland. Statement Before the House Homeland Security Committee*“, Washington, D.C. October 30, 2019, available from <https://www.fbi.gov/news/testimony/global-terrorism-threats-to-the-homeland-103019>, 27. фебруар 2020.

Fagan, A., *The Atlas of Human Rights: Mapping Violations of Freedom Around the Globe*, University of California Press, Berkely, 2010.

Fargues P., „Un million de migrants arrivés sans visa en Europe en 2015: Qui sont-ils?“, *Population & Societies* No. 4, 2016, 1-4.

Clarke R.S., *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

Crawshaw R., Holmström L., *Essential Texts on Human Rights for the Police: A Compilation of International Instruments*, Brill, Leiden, 2008.

Правни прописи

European Convention on Human Rights, Rome, 4 November 1950. (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 10. март 2020).

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13 и 65/18.

Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 и 35/18.

Устав Босне и Херцеговине, Сарајево. OHR, Office of the High Representative, 1995. available from http://www.ohr.int/?page_id=68220, 27. фебруар 2020.

Судске одлуке и остали документи

Allan v. United-Kingdom, Application no. 48539/99, ECHR, 5 November 2002.

Affaire Irfan Güzel v. Turquie, Requête, Application no. 35285/08, ECHR, 7 février 2017.

Башић против Републике Хрватске, захтјев број 22251/13, ЕСЈП, 25. октобар 2016.

Gabriele Weber and Cesar Richard Saravia against Germany, Application no. 54934/00, ECHR, 29 June 2006.

Драгојевић против Хрватске, Захтјев број 68955/11, ЕСЈП, 15. јануар 2015.

Jalloh v Germany, Application no. 54810/00, ECHR, 11 July 2006.

Klass and others v. Federal Republic of Germany, Series A, NO 28 (1979-80) 2, ECHR, 6 September 1978.

Khan v. The United Kingdom, Application no. 35394/97, ECHR, 12 May 2000.

Kruslin v France, Series A No 176-B; Application No 11801/85, ECHR, 24 April 1990.

Лисица против Хрватске, Захтјев број 20100/06, ЕСЈП, 25. фебруар 2010.

Malone v. The United Kingdom, Application no. 8691/79, ECHR, 2 August 1984.

Nițulescu v Romania, Application no. 16184/06, ECHR, 22 September 2015.

Одлука Уставног суда БиХ о допуствости и меритуму, број АП-1758/15 од 30. јуна 2015. године, став 123, објављена у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“ број 58/15.

Одлука Уставног суда БиХ о допуствости и меритуму, број АП-1655/11 од 25. јуна 2014. године, став 55, објављена у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“ број 71/14.

Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-5409/10 од 27. фебруара 2014. године.

Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број У-34/01 од 22. јуна 2001. године, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број 20/01.

P.G. and J.H. v. the United Kingdom, Application no. 44787/98, ECHR 25 September 2001.

Roman Zakharov v. Russia, Application no. 47143/06, ECHR, 4 December 2015.

Szabó and Vissy v. Hungary, Application no. 37138/14, ECHR 12 January 2016.

Schenk v. Switzerland, Application no. 10826/84, ECHR 12. July 1988.

Halford v. The United Kingdom, Application no. 20605/92, ECHR 25 June 1997.

Centrum för rättvisa v. Sweden, Application no. 35252/08, ECHR, 19 June 2018.

ПОВРЕДА ГРОБА - НЕКАД И САД

Апстракт

Повреда гроба је данас инкриминисана као посебно кривично дело (чл. 354 Кривичног законика Републике Србије). Овом инкриминацијом се штите различите вредности: имовина, осећај пијетета према мртвом, јавни ред и мир. Такође, скрнављењем гробова може бити изазвана национална и верска мржња (члан 317), што је виђено и још увек присутно на просторима бивше Југославије, нарочито на простору Косова и Метохије. У раду се скреће пажња на санкционисање скрнављења гробова кроз историју. Римски правни извори дају обиман и занимљив материјал који се односи на скрнављење гробова. Те норме показују комплексну природу овог деликта. Као и данас, и тада су се штитиле различите вредности; светост гробова, имовина, јавни ред и мир. Један део тих норми реципиран је у наше средњовековно право и примењује се као део црквеног казног права до данас.

Кључне речи: Повреда гроба, Члан 354 Кривичног законика Републике Србије, Sepulchrum violation, Sacrilegium.

1. УВОД

Повреда гроба санкционисана је чланом 354. Кривичног законика Републике Србије заједно с кривичним делима против јавног реда и мира:

- (1) Ко неовлашћено прекопа, разруши, оштети или грубо повреди гроб или друго место у којем се умрли сахрањује, казниће се новчаном казном или затвором до три године.
- (2) Казном из става 1. овог члана казниће се и ко неовлашћено уништи, оштети или уклони или грубо повреди споменик или спомен-обележје умрлом лицу.
- (3) Ако су делом из ст. 1. и 2. овог члана остварена обележја неког тежег кривичног дела, учинилац ће се казнити за то дело.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, polojac@ius.bg.ac.rs.

Наведеном систематизацијом у оквиру главе тридесетпрве у први план је стављена заштита јавног реда и мира. Међутим, санкционисањем овог дела штите се и друге вредности; пијетет према мртвима и имовина.¹

Скрнављење гробова изричито се спомиње у члану 317. којим се инкриминише изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости. Један од начина почињања овог кривичног дела је и скрнављењем гробова када је забрањена строжа казна. Оваква кривичноправна заштита гробова од скрнављења свакако је оправдана ако се имају у виду искустава и догађаји који су се одигравали на Косову и Метохији као и широм бивше Југославије почевши од деведесетих година прошлог века.²

1. Ко изазива или распирује националну, расну или верску мржњу или нетрпељивост међу народима или етничким заједницама које живе у Србији, казниће се затвором од 6 месеци до 5 година
2. Ако је дело из става 1 овог члана учињено принудом, злостављањем, угрожавањем сигурности, излагањем порузи националних, етничких или верских симбола, оштећењем туђих ствари, **скрнављењем** споменика, спомен обележја, или **гробова**, учинилац ће се казнити затвором од 1 до 8 година.

Осим што се гробови и надгробни споменици скрнављења из верске и/или националне мржње или ради изазивања мржње и нетрпељивости, мотив скрнављења је често стицање материјалне користи. Такође, деструктивност и вандализам могу бити пориви за ово кривично дело. Начини извршења су такође различити; рушење надгробних споменика, ломљење крстова, ломљење плоча, откопавање гроба, отварање ковчега, гажење цвећа, па чак и минирање гробница, као и паљење крстова.

Скрнављење (оскрвнуће или оскврнуће) односи се на недела која се првобитно вежу за религију. То је физички чин којим се свети предмети, а ту пре свега спадају цркве и гробља, настоје лишити светих или посвећених особина, оштећењем или уништењем на пример.

Скрнављење касније добија и шире значење. Односи се на сваки чин који за циљ или последицу има уништење, оштећење или тешку увреду,

¹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, седмо измењено издање, Београд 2018, 1015.

² Ј. Ђирић, “Богомоље у пламену”, *Државно-црквено право кроз векове*, Зборник радова са међународне научне конференције (ур. В. Чоловић и др), Институт за упоредно право и Православна Митрополија Црногорско-приморска, ИИУ Светигора, Београд-Будва 2019, 806. Аутор истовремено изражава критички став због тога што овим чланом није инкриминисано скрнављење цркава и вјерских објеката.

деградирање неке особе или предмета према којима друге особе осећају посебно поштовање.

Као синоними за скрнављење користе се и изрази богохуљење или бласфемија. Ипак, ови изрази се чешће користе за вербално скрнављење, тј. вређање, омаловажавање речима.³

Дистинкција између бласфемije и скрнављења се може уочити у члану 317. став 2, у којем законодавац говори о излагању порузи националних, етничких или верских симбола (бласфемија), и скрнављењу (физичком) споменика спомен обележја, или гробова.

Латински еквивалент за скрнављење, *sacrilegium*, у класичном римском праву односио се на крађу светих ствари из храма. Касније се израз користи у значењу отпадничтво од Христовог учења и непослушност према императору.⁴ Временом су се изгубиле јасне правотехничке границе између појединих облика светогрђа.⁵

Повреда гроба је кривично дело за које је била заинтересована држава и црква. У црквеном кривичном праву скрнављење гробова, као и скрнављење црква сматра се кривичним делом против богопоштовања.⁶ Истовремено, то је и преступ против имовине других, а пљачкање гробова се често изједначава са светокрадством (*sacrilegium*).⁷

Римски извори дају обиман и занимљив материјал који се односи на скрнављење гробова. Те норме показују комплексну природу овог деликта. Као и данас, и тада су се штитиле различите вредности; јавни ред и мир, светост

³ I. Vuković, "Blasfemija i krivično pravo – uporedno zakonodavstvo i judikatura", *Crimen*, IX, 2/2018, 134.

⁴ *Codex Just.* 9.29.

⁵ *Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike in fünf Bänden, Band 4*, Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG, München 1979, 1490.

⁶ "Важан део богопоштовања састављају света мјеста, у којима се извршују богослужбени чини. Света мјеста, према побожној сврси, ради које она постоје, морају бити од свакога штована. Ово захтијевају од свију не само канони, него и државни закони. У света мјеста спадају прије свега цркве, у којима се врши богослужење и у којима се чувају светитељске мошти, и које, као јавна мјеста за богослужење, зову се католика еκκλησια. Спадају даље у света мјеста приватне богомоље, ευκτηρια, које су посвећене прописаним црквеним обредом, затим гробља, и најпослије свете ограде, а то је све оно што окружава цркве и дотичне богомоље." Н. Милаш, *Црквено казнено право*, Мостар 1911, 401.

⁷ *Ibid.*, 467.

гробова, имовина. Један део тих норми реципиран је у наше средњовековно право и примењује се као део црквеног казненог права до данас.

2. СКРНАВЉЕЊЕ ГРОБОВА У РИМСКОМ ПРАВУ

Статус гробова као и њихову заштиту регулишу два римска правна система која су паралелно постојала и развијала се од постанка Рима. То су световне норме *ius civile* као и норме сакралног права (*ius sacrum*).⁸ Ова два система називају се такође *ius humanum* и *ius divinum*.⁹ Статус гробова регулисан је Законом дванаест таблица у оквиру десете таблице.¹⁰ Ту су узаконени обичаји приликом сахрањивања. О овоме највише података даје Цицерон у филозофском спису „О законима“.¹¹ Готово цела таблица десета реконструисана је с ослонцем на ово Цицероново дело. Како сведочи Цицерон, забрана скрнављења гробова постојала је и у Солоновим законима.¹²

Нарочито пада у очи забрана луксуза приликом сахрањивања под утицајем Солонових закона.¹³ Осим на обичаје приликом сахрањивања,

⁸ *Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike in fünf Bänden, Band 3*, Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG, München 1979, 17-18; M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2008¹⁷, 105.

⁹ Овој подели, с више детаља о религији, религијским обредима, о стварима божанског права и о њихвој подели и другим темама везаним за *ius divinum*, читалац може наћи у монографији: Антун Маленица, *Ствари божанског права у римском претхришћанском периоду*, Нови Сад 2014.

¹⁰ *Zakonik XII plača* (prevod, uvod, komentar Ante Romac), Latina et Graeca, Zagreb 1994, 98-101.

¹¹ Cicero, *De re publica, De legibus*, Loeb Classical Library, London 1977; Цицерон, *Закони*, превела с латинског Бојана Шијачки-Маневић, Београд 2002., II.XXII. О гробовима Цицерон каже: „Гробови су толико свети да кажу како је грех сахрањивати не водећи рачуна о светости обичаја и о роду...”

¹² II.XXVI. „О гробовима пак, код Солона стоји само тај захтев да их нико не уништава и да у њих не сахрањује туђинца, а предочена је и казна „ако неко хумку (мислим да је називају τριψον), споменик или стуб уништи, повреди или разбије...”

¹³ II.XXVI: Мало касније, због величине тих гробница које смо видели на Керамејку, законом је установљено да нико не гради гробницу која захтева више времена него што десет људи може да изгради за три дана. Не беше дозвољено да се гробнице украшавају осликаним зидовима, да се на њих постављају такозване херме, ни да се говори у похвалу покојника осим при јавним сахранама- а то је могао да учини само онај ко беше јавно овлашћен да то обави.....Деметрије саопштава о учесталости велелепних сахрана и гробница, скоро као што је и сада случај у Риму.“

Цицерон се детаљно осврће на сакрално право у целини дајући примат овим нормама у односу на *ius civile*.¹⁴

Грбови су ствари божанског права – *res divini iuris*. Они нису у правном промету са становишта римског имовинског права (*res extra commercium*). Грбови су *res religiosae*, ствари посвећене боговима подземља (*diis Manibus*) односно култу покојника, за разлику од храмова који су *res sacrae*, посвећене вишим (небеским) божанствима.¹⁵ Гроб *sepulchrum* (*sepulcrum*)¹⁶ има интересантну правну природу. Од момента када је у њему сахрањен покојник, било да је слободан човек или роб, гроб не може бити у приватној својини, али се на њега примењује *ius sepulchri*, право које припада бившем власнику земљишта на којем је покојник сахрањен.¹⁷ На основу *ius sepulchri* он има право да одржава гроб и обавља пригодне церемоније. Такође, он пре свих има право да затражи деликтну заштиту од претора уколико гроб буде оскрнављен. Ако титулар „права гроба“ земљиште прода, он и даље задржава ово право.¹⁸ *Ius sepulchri* је било наследиво. Грбови непријатеља нису били *res religiosae*.¹⁹

У периоду класичног римског права, претор је својим едиктом санкционисао повреду грובהва уводећи деликт *sepulchrum violatum*. О њему сазнајемо путем Јустинијанових Дигеста, у 47. књизи, титулус 12. Такође је један титулус Јустинијановог Кодекса посвећен скрнављењу грובהва (*De sepulchro violato* 9.19).

Титулус *De sepulchro violato* из Дигеста састоји се од свега једанаест фрагмената. Основне информације о деликту даје трећи фрагмент из Улпијанове књиге коментара преторовог едикта:

¹⁴ Сакралном праву посвећена је друга књига, главе VIII-XXVII. Ту су, поред осталог, и прописи који се тичу начина сахрањивања и грובהва, с напоменом да они улазе у оквир цивилног права (*ius civile*), али да су уско повезани с религијом (II.XIX.47). Вид. и М. Полојац, „Цицерон и Платон – узор Цицеронових „Закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1995, 51-52.

¹⁵ Гај, *Институције* 2.3.

¹⁶ У овом облику М. Divković, *Latinsko-hrvatski rječnik*, Zagreb 1900, reprint 1980, 971. Овако и А. Ромас, *Rimsko pravo*, Zagreb 1981, 135. Чешће се користи облик *sepulchrum*, а тако је и у Дигестама. У Василикама пак користи се *sepulcrum*.

¹⁷ Вид. М. Kaser, „Zum römischen Grabrecht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (ZSS-RA), Weimar 1978, 13-92, Основне информације и у титулусу Дигеста D.11.7. *De religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*. Вид. А. Маленица, „*Res sanctae* у римском претхришћанском периоду“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLVIII, 1(2014), Нови Сад 2014, 7-24.

¹⁸ D.47.12.5 *Pomponius libro sexto ex Plautio*.

¹⁹ D. 47.12.4 *Paulus libro 27 ad edictum praetoris*.

D. 47.12.3 pr. Ulpianus libro 25 ad edictum praetoris: Praetor ait: "Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. Si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. Si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo". (Претор каже: “За кога се каже да је злонамерно оскрнавио гроб, против њега ћу дати тужбу на основу чињеница [*actio in factum*], тако да ће бити осуђен на онолико колико се у овој ствари сматра правичним за онога који је тиме повређен. Ако не би било никога, коме би припадало [*ius sepulchri*], или не би хтео да тужи, когод хоће да тужи, њему ћу дати тужбу на сто златника. Ако више њих хоће да туже, онеме ћу дати право да тужи који се сматра да има најправичнији разлог. Ако неко злонамерно живи у гробу или у каквој другој грађевини која је направљена као гроб, против њега ћу дати тужбу на двестотине златника онеме ко жели да тужи у то име.)

Скрнављење гробова могло се извршити злонамерним оштећивањем, али и тиме што се неко злонамерно усели у гробницу и у њој живи. Што се тиче преторског деликта о коме је овде реч, право да подигне тужбу због скрнављења гроба има пре свега онај ко је титулар *ius sepulchri*, а то је најближи сродник односно агнат сахрањеног. Супсидијарно међутим, уколико таквог лица нема или оно не жели да тужи, тужба се даје свакоме ко жели (*cui volet* тј. *cuivis ex populo*). У случају да има више заинтересованих, онда ће право да тужи добити онај који има најправичнији разлог.

Тужба је пенална и популарна.²⁰ Ово није необично с обзиром на то да заштита гроба може бити у ширем интересу заједнице.²¹ Осим тога, делинквента је стизала инфамија, губитак части.

Владари у принципату (овде се спомињу Септимије Север и Марко Аурелије) су својим конституцијама регулисали начин сахрањивања. Кршење ових наредби је такође било један вид скрнављења тела умрлих:

D.47.12.3.4 Non perpetuae sepulturae tradita corpora posse transferri edicto divi severi continetur, quo mandatur, ne corpora detinerentur aut vexarentur aut prohiberentur per territoria oppidorum transferri. Divus tamen Marcus rescripsit nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt, quamvis talia fieri sine permissu eorum, quibus permittendi ius est,

²⁰ *D. 47.12.10; D.47.12.3.12.*

²¹ Детаљније о недоумицама везаним за популарне тужбе у римском праву вид. Ј. Даниловић, *Популарне тужбе од римског до савременог права*, Београд 1968.

non debeant. (У едикту божанског Севера је прописано да се могу преносити тела која још нису трајно сахрањена, иако је (овим едиктом) налагано да се тела не смеју задржавати, скрнавити или да је забрањен транспорт кроз територију градова. Међутим, божански Марко је прописао да не заслужају никакву казну они који носе тела кроз место или град, на путу до гроба, иако такве ствари не треба чинити без одобрења оних који су овлашћени да дају право на то).

У следећем параграфу се спомиње и тежи облик скрнављења који се састоји у пљачки тела положених у гроб:

D.47.12.3.7. Adversus eos, qui cadavera spoliant, praesides severius intervenire, maxime si manu armata adgrediantur, ut, si armati more latronum id egerint, etiam capite plectantur, ut divus Severus rescripsit, si sine armis, usque ad poenam metalli procedunt. (Против оних који пљачкају тела, управници провинција строже интервенишу, најстроже ако с оружјем у рукама упадају, ако наоружани као банда разбојника (пљачкаша) то ураде, тада се изриче смртна казна, као што је прописао божански Север у рескрипту, ако без оружја, осуђују се на казну рада у рудницима).

Смртна казна као и казна присилног рада у рудницима (*poena metalli*), свакако указују на то да се овај облик не третира као приватни деликт него као кривично дело (*crimen, delictum publicum*).

Последњи фрагмент указује такође на кривичну одговорност скрнавитеља за вид скрнављења који се састоји у вађењу тела из гробова и разбацивању костију сахрањених. Текст је преузет из Паулових Сентенција у којима се ово дело сматра светогрђем.²²

D. 47.12.11 Paulus libro quinto sententiarum: Rei sepulchrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint vel ossa eruerint, humilioris quidem fortunae summo supplicio adficiuntur, honestiores in insulam deportantur. Alias autem relegantur aut in metallum damnantur. (Тужени за повреду гробова, ако сама тела ваде или кости разбацују, казниће се најтежом казном ако су из нижег сталежа [*humiliores*], а ако су из вишег сталежа [*honestiores*] депортоваће се на острво. У другим случајевима биће протерани или осуђени на рад у рудницима).

У Јустинијановом Кодексу је такође један титулус – *C.9.19, De sepulchro violato* – посвећен скрнављењу гробова. Овај деликт се пореди са светогрђем (*sacrilegium*) или се с њим изједначава.²³ Вид скрнављења је и одношење (крађа) камења, мермера, стубова или другог материјала с гробова:

²² Упор. *Pauli Sententiae*, 5.19a *De sacrilegis*.

²³ *Qui ex sepulchris materias auferunt sacrilegii crimine teneantur.*

C.9.19.4.1. Imperator Constantius. Si quis igitur de sepulchro abstulerit saxa vel marmora vel columnas aliamve quamcumque materiam, fabricandi gratia sive id fecerit venditurus, decem pondo auri cogatur fisco inferre, sive quis propria sepulchra defendens hanc in iudicium querellam detulerit sive quicumque alius accusaverit vel officium nuntiaverit. (Ако неко с гроба односи камење или мермер или стубове или неки други материјал, ради грађења или да га прода, мора да плати десет фунти (либри) злата у корист фиска, било да неко бранећи властите гробове поднесе суду кверелу или оптужи другог или га пријави из моралне дужности.) У Пауловим Сентенцијама, посткласичној преради насталој у 4. веку, велики је простор посвећен прописима о гробовима, њиховом статусу, начину сахрањивања умрлих, о забрани скрнављења гробова и тела умрлих као и жаљењу умрлих. Наслов прве књиге *De sepulchris et lugendis* садржи 16 фрагмената. 1.21.1-12:

1. Код опасности од поплаве реке или страха од одроњавања (рушења) може се тело умрлог које је трајно сахрањено, уз приношење свечаних жртава, током ноћи пренети на друго место. 2. Тело (леш) се не сме покопати унутар града да се тиме не би оскврнула градска светишта, па онога који супротно томе поступи треба казнити у ванредном поступку. 3. Унутар градских зидина не може се допустити сахрана тела (леша), нити се оно ту може спалити. 4. Ако неко тело, које је трајно сахрањено у гроб или привремено смештено на одређено место, откопа и изложи сунчаним зрацима чини тешки злочин, па због тога бива прогнан на острво, ако је из виших друштвених слојева, а ако је из нижих, кажњава се осудом на рад у рудницама. 5. Ко оскрнави гроб или с гроба нешто узме (украде), зависно од личног својства, биће осуђен на казну рада у рудницама или изгнан на острво. 6. Ко насилно провали у туђи гроб или га отвори, па ту свога или туђег мртваца сахрани, сматра се да је оскрнавио гроб. 7. Продајом земљишта део посвећен мртвима не прелази у власништво купца, па он (услед тога) нема право на том месту сахранити умрлог. 8. Кад неко избрише натпис на гробници, поруши статуу или нешто одатле скине, однесе камен или стуб, сматра се да је оскрнавио гроб. 9. У саркофаг или у земљу где је већ положено тело не може се сахранити други леш, па је онај ко то учини кривац због оскрнављења гроба.12. Нико нема права да станује ни уз гробницу нити над гробом, јер се таквим боравком људи чини тежак злочин, па сви они који супротно поступе, зависно од личних својстава, бивају кажњени упућивањем на јавне радове или на прогонство.²⁴

²⁴ Julije Paulo *Sentencije* (priređio i preveo A. Romac), Latina et graeca, Zagreb 1989, 72-73.

3. О ГРОБОКРАДИЦАМА У ЗАКОНОПРАВИЛУ СВЕТОГА САВЕ

Одредбе о скрнављењу гробова налазе се у три средњовековна правна извора византијско-српског права и то у Законоправилу Светога Саве у глави 47, у Синтагми Матије Властара, Т 10 (У Скраћеној Синтагми Матије Властара Т, 2), као и у Закону цара Константина Јустинијана.

Текст о гробокрадицама уврштен у Законоправило Светога Саве гласи²⁵:

Глава 47, грана 9, глава 27: „О гробокрадицама начелно говори дванаеста грана четрдесет осме књиге, у којој се каже да подлежу одговорности – и имовинској и кривичној. Казна за имовину је понекад сто перпера, понекад двеста, а понекад зависно од учињене штете, и ништа да не узме онај ко победи на суду. А они који прекопавају гробове, уколико беху са оружјем, мачем главе да им се одсеку; уколико, пак, без оружја – на копање златне руде да бивају слати. Уколико тела мртвих, или кости, подижу и преврћу – ако су, дакле, убоги, биће крајње кажњени, а ако су уважени и богати, одузеће им се њихова имовина и, пошто кроз град буду осрамоћени, послаће се у заточеништво. А они који се на други начин огреше о гробове, шаљу се у заточење или осуђују на копање златне руде.“

У поднаслову је означено да је глава 47. избор „из разних наслова то јест грана новела цара Јустинијана“ чиме је недвосмислено истакнута веза с Јустинијановим законодавством. Међутим, поднаслов наводи на погрешан закључак. Одредбе о скрнављењу гробова тј. о гробокрадицама, заједно са одредбама о крађи и скрнављењу цркава, потичу из Јустинијанових Дигеста²⁶.

Није тешко закључити да је овај текст настао парафразирањем, скраћивањем или преузимањем фрагмената из титулуса *De sepulchro violato* Јустинијанових Дигеста. Реципирани су текстови с почетка титулуса

²⁵ *Законоправило или Номоканон светог Саве: Иловички препис 1262. године* (прир. и прилоге написао М. Петровић), Дечје новине, Горњи Милановац, Историјски институт САНУ, Републички завод за међународну научну, просветну, културну и техничку сарадњу, Народна библиотека Србије, Београд 1991. *Законоправило Светог Саве 1* (прир. и прев. М. М. Петровић, Љ. Штављанин Ђорђевић), Историјски институт, Београд 2005.

²⁶ Пре гробокрадица санкционисана је (обична) крађа преузета из Јустинијанових Дигеста, (D. 47.2.2 и 47.2.3-6). Затим следи одељак о посебном облику крађе у случају пожара, рушења зграде и бродолома видљиво повезан с једним фрагментом из Јустинијанових Дигеста. (D.47.9.1).

(D.47.12.3pr) из средине (D.47.12.3.7) и из последњег фрагмента који је готово дословно преузет (D.47.12.11).

Компилатор је најпре нагласио двоструку природу одговорности скрнавитеља гробова; приватноправну (имовинску) и кривичноправну зависно од тога на који начин је гроб оскрнављен. За оштећење или уништење гроба, плаћа се новчана казна у износу 100 односно 200 перпера, али не иде у корист тужиоца, што указује на то да је тужба популарна. Прекопавање гробова је тежи облик скрнављења и представља кривично дело које се кажњава смртном казном уколико је реч о тежем облику дела уз употребу оружја. То је дакле вид разбојништва. Смртна казна извршава се одсецањем главе мачем. Извршење смртне казне модификовано је у односу на Дигеста. За лакши облик, без употребе оружја, казна је рад у руднику.

Скрнављење тела мртвих, вађење тела и разбацивање костију ради пљачке је тешко кривично дело које се кажњава зависно од статуса делинквента. Смртна казна је предвиђена за сиромашне, а за богате конфискација имовине и прогон у заточеништво.

На крају је предвиђена казна депортације или рада у руднику за све друге облике скрнављења.

4. СИНТАГМА МАТИЈЕ ВЛАСТАРА: О ПЉАЧКАШИМА ГРОБОВА

Номоканон је задржао своје место у систему српског права и у време Душана, и није ниједним другим правним актом, па ни Душановим законодавством, поништен. Међутим, у Византији се у првој половини четрнаестог века појавио номоканонски зборник - Синтагма Матије Властара. Солунски монах и канониста Матија Властар унео је у зборник одабрану грађу црквеног и световног права и распоредио је у 24 поглавља, састава, слова, према грчком алфавету. Овај номоканон је у интегралном облику преведен на српскословенски језик.²⁷ Данас је он преведен и на савремени српски језик.²⁸

²⁷ *Матије Властара Синтагмат, (азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила, словенски превод времена Душанова), издао С. Новаковић, Српска краљевска академија, Зборник за историју, језик и књижевност српског народа, прво одељење, споменици на српском језику књига IV, Београд 1907; такође вид. А. Соловјев, 1998, 310.*

²⁸ Матија Властар *Синтагма* (превела са старословенског Т. Суботин- Голубовић), САНУ, Одељење друштвених наука, Београд 2013.

У интегралној верзији, правила која се односе на пљачку тј. скрнављење гробова су под словом Т.10. Ту су најпре правила црквених отаца Василија и Грогорија Нискога:

Василијево шездесет шесто (правило): „Шездесет шесто правило Василија Великог заповеда да пљачкашу гробова, то јест онеме ко отвара гробове и краде ствари сахрањене са мртвима, на десет година буде ускраћено примање свете причести.“

(Григорија) Нискога седмо (правило): „Велики Григорије Ниски у седмом правилу каже: пљачкање гробова се дели на оно које се може опростити и оно које не може. Ако неко, штедећи сахрањене мошти, остави тело неопљачкано и покривено да се на сунцу не би показала његова ружноћа, те, да би нешто сазидао, узме неко камење које лежи на гробу – то није за похвалу, али пошто је уобичајено, може се опростити, ако та ствар буде употребљена за нешто боље и што је од опште користи.

А онај ко пребира по праху тела које се у земљу претворило и премешта кости у нади да ће просвојити неки од украса који је са њим сахрањен треба да се осуди истом казном као и прости блуд – на девет година. Ако примењено лечење покаже да се преобратио, онај ко је уредио његово лечење (преваспитање) може да скрати трајање казне коју прописују правила.“²⁹

Након ових правила црквених отаца следе закони:

„Онај ко из гробова украде ствар да буде оптужен као богохулник.“

Ова норма потиче из Јустинијановог Кодекса (С.9.19.5)³⁰, а затим преузета у Василике, 60.23.15.³¹ Скрнављење гробова је овде изједначено с кривичним делом светогрђа – *sacrilegium*. У схолији анонимног коментатора наводи да је то деликт сличан сакрилегијуму.

„Ако неко са гроба украде камење или стубове или мермер или било коју другу ствар, да плати двадесет литара у царину.“

И ова норма потиче из Јустинијановог Кодекса, одакле је преузета у Василике, 60.23.14.

„Они који раскопавају гробове и пљачкају тела умрлих, ако су то са оружјем учинили, кажњавају се смрћу; ако ли без оружја – (осуђују се) на рад у руднику.“

²⁹ М. Властар *Синтагма*, 2013, 366 и даље.

³⁰ *Qui ex sepulcris materias auferunt sacrilegii crimine teneantur*.

³¹ *Basilicorum libri LX*. (cum scholiis, ed. D. Carolus Guilielmus Ernestus Heimach), Lipsiae 1850, tom V, 652.

Текст потиче и Јустинијанових Дигеста³², преузет је у Василике³³, а уврштен је и у Законоправило Светога Саве.³⁴

„Онима који пљачкају мртве у гробовима, да се одсеку руке.“

Телесне казне су новина византијског законодавца.³⁵

„Ако себри померају мошти или кости, кажњавају се смртном казном; ако су угледни људи, бацају се у тамницу или се шаљу у рудник.“

Овај пропис има порекло у Пауловом фрагменту из Јустинијанових Дигеста (D.47.12.11). Из Василика (60.23.11) је вероватно преузет у Синтагму. Норма се налази и у Законоправилу Светога Саве (47.9.27).

„Не приличи земне остатке покојника пипкати и отимати; оне који су привремено сахрањени, допуштено је пренети (на друго место).“

„Никоме није допуштено да без царске заповести пренесе људско тело на друго место.“

Обе норме имају извориште у Јустинијановим Дигестима (D.47.12.3.4), а преузете су по свему судећи посредством Василика (60.23.3. схолија 9).³⁶

Након што је на српскословенски преведена Синтагма Матије Властара у интегралном облику, убрзо је настала и скраћена Синтагма, српска скраћена и прерађена верзија грчког зборника, која је чинила део Душановог законодавства. Скраћена Синтагма садржи идентичне законе у оквиру слова Т.2 као и интегрална верзија.

5. ЗАКОН ЦАРА КОНСТАНТИНА ЈУСТИНИЈАНА

У рукописима млађе редакције законодавства цара Стефана Душана³⁷ налазе се два правна текста, тзв. *Codex bipartitus*, а то су Закон цара

³² D.47.12.3.7

³³ У Василикама (превод на латински), 60.23.3: *Sepulcrorum violatores et qui spoliunt corpora defunctorum, si cum armis, capite puniuntur: si sine armis, usque ad metallum.* У схолији 12 непознатог аутора додато је објашњење да се смртна казна извршава мачем (*gladio*). *Basilicorum libri LX*, том V, 649.

³⁴ *Законоправило Светога Саве* 47.9.27.

³⁵ Прόχ. Νόμος, XXXIX, 57.

³⁶ *Basilicorum libri LX*, том V, 648.

³⁷ Петнаест рукописа спада у млађу редакцију (Раванички, Софијски, рукопис Борђошких, Текелијин, Стратимировићев, Ковиљски, Паштровски, Патријаришијски, Карловачки, Грбаљски, Вршачки, Попиначки, Јагићев, Богишићев, Руднички рукопис који је изгорео у пожару приликом немачког бомбардовања Београда 6. априла 1941. године). Рукопис Борђошких, који је овде кориштен један је од рукописа млађе редакције. Спада у групу северносрпског огранка и то у новију (подновљену верзију). Постоје два огранка млађе редакције, приморски и северносрпски огранак. Овај други

Константина Јустинијана и Душанов законик. У Закону цара Константина Јустинијана, проширеном Јустинијановом закону, сада названом по најважнијим византијским царевима Константину и Јустинијану, додате су одредбе чије је порекло углавном у Синтагми Матије Властара.³⁸ Изабране одредбе су углавном прерађене и поједностављене.³⁹

Закон царски (препис Борђошких), 76⁴⁰:

Ако ко краде гробове, ако буде дошао са оружјем, смрћу да умре, а прво да буде мучен. Ако ли (дођу) без оружја, у тамницу да се баце, или да копају руду.⁴¹

И ономе који мртве у гробу свлачи да се руке одсеку.⁴²

Не смеју се мошти или кости умрлога преметати, него је довољно у време полагања пренети (их).⁴³

И не треба сахрањивати (никога) тамо где су мошти или кости мученичке.

Нико из гроба да (се не) пренеси осим (по) царевом наређењу да (се) на тајно место пренесе.

има пак две верзије, старију и новију (подновљену). Б. Марковић, Јустинијанов закон, средњовековна византијско-српска правна компилација, Српска академија наука и уметности, одељење друштвених наука, извори српског права XV, Београд 2007, 7-8.

³⁸ „Соловјев је закључио да би један од разлога за такве измене могло бити удаљавање од времена настанка Синтагме. Име Матије Властара, монаха из XIV века, није могло обезбедити ауторитет овом правном извору у XVII или XVIII веку, па се у прерађени текст унесе два најзвучнија имена са царским титулама из славне хришћанске прошлости.“ А. Соловјев, *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, (приредио и предговор написао проф. др Сима Аврамовић), Службени лист СРЈ (Класици југословенског права), Београд 1998, 27.

³⁹ „Грађа која је преузета из Синтагме је непотпуна, неки делови су испуштени, а неки скраћени или преиначени. Није било никаквог механичког преписивања или преузимања текста. Изабране одредбе су углавном прерађене и поједностављене. Постоје грешке не само у преписивању него и у формулацијама, јер неке норме нису биле јасне преписивачу, било због тога што нису примењиване или што су одударале од начина живота у то време.“ Б. Марковић, 40.

⁴⁰ Превод са српкословенског Б. Марковић, 130.

⁴¹ D.47.12.3.7, В.60.23.3, Номоканон Светог Саве 47.9.27, Синтагма Матије Властара Т.10, Скраћена синтагма Матије Властара Т.2.

⁴² Прόχ. Νόμος, XXXIX, 57. Синтагма Матије Властара Т.10, Скраћена синтагма Т.2.

⁴³ D.47.12.3.4, В.60.23.3. sh. 9, Синтагма Матије Властара Т.10, Скраћена синтагма Т.2.

Онај који из гроба неку ствар узме исти је као лопов црквени.⁴⁴

Ако ко узме са гроба камен или дрво, или било коју ствар, да да 20 литара злата за царину.⁴⁵

6. ДУШАНОВ ЗАКОНИК

Одредба чл. 20 Душановог законика се може схатити као вид скрнављења гробова, али њен садржај се не може довести у везу с римско-византијским правом, него с народним обичајима и веровањима.⁴⁶

Чл. 20: „И људи који с враџбином ваде (тела) из гробова те их спаљују, село које то учини да плати вражду. И ако буде поп на то дошао да му се одузме поповство.“

Овај члан санкционише плаћањем глобе (вражда) оне који из гробова ваде тела умрлих и спаљују их, а свештеника ако том чину присуствује одузимањем положаја. Ово је био раширени обичај у народу повезан с веровањем у вукодлаке односно вампире. Из гробова се ваде тела умрлих за које се верује да су се повампирили и њихова се тела спаљују. „У симболичном смислу спаљивањем се поново предају смрти.“⁴⁷

7. КАЗНЕНИ ЗАКОНИК ЗА КЊАЖЕВСТВО СРБИЈУ ИЗ 1860

У Казнителном законнику за Књажество Србију из 1860. године, не постоји посебно кривично дело повреде гроба, али је скрнављење инкриминисано у неколико чланова као посебан облик крађе и повреде туђих ствари, као и у оквиру престапа против вере. У оквиру кривичног дела крађе, у § 222 став 1. санкционисано је светотатство, светогрђе (*sacrilegium*) тј. крађа у здањима за службу Божју у које спадају, поред цркава, и гробља. У оквиру кривичног дела повреде туђих ствари, повреда гробова и надгробних споменика је посебно санкционисана у § 290 заједно са оштећењем или уништењем ствари посвећених Богу. Скрнављење гробова санкционисано је у оквиру престапа против вере и обичаја у § 365 став 5, док је у ставу 3 кажњиво

⁴⁴ Упор. Јустинијанов закон, чл. 28. атонског рукописа: Ако ко украде нешто из цркве или по ноћи или по дану, да се ослепи. Ако ли на двору што црквено украде, да се бије и осмуди и протера из тога места.“

⁴⁵ С.9.19.4, В.60.23.14, Синтагма Матије Властара Т.10, Скраћена синтагма Т.2.

⁴⁶ Душанов законик, приредио Ђ. Бубало, Завод за уџбенике, Београд 2010, 156.

⁴⁷ *Ibid.*

празноверјем мотивисано ископавање мртваца, што у великој мери асоцира на одредбу члана 20 Душановог законика.

8. ЗАКЉУЧАК

Повреда гроба је данас инкриминисана као посебно кривично дело чланом 354. Кривичног законика Републике Србије јер се њиме штите различите вредности: туђа имовина, осећај пијетета према мртвом, јавни ред и мир. Такође, у посебним случајевима овим делом може бити изазвана национална и верска мржња (члан 317). Зависно од начина на који су гроб, гробница или надгробни споменик повређени односно оскрнављени, дело се може сматрати видом злонамерног оштећења или уништења туђе ствари или крађом. Из тих разлога је повреда гроба кривично дело супсидијарног карактера. Закон изричито даје предност другом кривичном делу, ако су остварена и његова обележја, под условом да се ради о тежем кривичном делу од кривичног дела повреде гроба (став 3).

Због супсидијарног карактера овог кривичног дела, могло би се поставити питање оправданости његовог посебног инкриминисања. Историјски разлози говоре у прилог позитивном одговору на ово питање.

Заштита гробова од скрнављења је постојала од античких времена. Из римског права сачуван је богат материјал. У римским изворима на казуистички начин су описани начини скрнављења. То су на пример, злонамерно оштећење, усељење у гробницу, преношење тела умрлих, пљачка тела положених у гроб, разбацавање костију умрлих, брисање натписа на гробници, рушење статуе, насилно проваљивање и сахрањивање мртвог у туђу гробницу, сахрањивање леша у саркофаг или земљу где је већ сахрањен други умрли, одношење камења, мермера, стубова или другог материјала са гробова.

Највише података сачувано је о преторском деликту *sepulchrum violatum*. Иако је у питању приватни преторски деликт, извор облигација, тужба *de sepulchro violato* је пенална и популарна тако да активну легитимацију има сваки грађанин. Осим тога, делинквента би, поред новчане казне, стизала и казна губитка части, *infamia* јер се тим делом вређа осећај дубоког поштовања према покојнику. Тежи облици скрнављења гробова сматрани су кривичним делом упоредивим са светогрђем (*sacrilegium*). Ови тежи облици скрнављења се кажњавају смртном казном, изгонством, радом у рудницима. У посткласичном праву врста казне зависила је и од статуса делинквента.

Добар део ових норми преузет је у српсковизантијске средњовековне правне зборнике. У Законоправику Светога Саве, књига 47, рецепција је извршена сажимањем и скраћивањем изворних одредби из Јустинијанових

Дигеста. У каснијим зборницима римско-византијског права примењиванима у средњовековној Србији (Синтагма Матије Властара, Скраћена синтагма Матије Властара, Закон цара Константина Јустинијана) скрнављење гробова се кажњава зависно од тежине и статуса делинквента у распону од смртне казне, казне рада у руднику, депортације. Такође, под утицајем Византије уведене су и телесне казне као што је на пример одсецање руку. Једино се за блаже облике скрнављења као што је одношење камења, мермера, стубова и другог материјала с гробова предвиђа новчана казна. Реципирано римсковизантијско право које се односи на скрнављење гробова је у доброј мери присутно и данас у казненом праву Српске православне цркве.

Скрнављење гробова било је увек комплексног карактера, а за санкционисање је била заинтересована и држава и црква. Зато овај историјски поглед говори у прилог посебном инкриминисању повреде гроба и данас.

Milena Polojac, PhD

Full time Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

DESECRATION OF TOMBS – IN THE PAST AND NOWADAYS

Summary

The protection of tombs against desecration is provided by the article 354 of the Serbian Criminal Code. This incrimination protects different values such as deep respect for the deceased, public order and property. The graves can be violated by destruction and deterioration, or by perpetrating theft or robbery. Because of its subsidiary character, one may ask whether violation of tombs deserves particular incrimination. Author gives the examples from legal history which suggest positive answer to this question.

Key words: Article 354 of the Serbian Criminal Code, Desecration of tombs, sepulchrum violation, sacrilegium.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Даниловић Ј., *Популарне тужбе од римског до савременог права*, Београд 1968.

Душанов законик, приредио Ђорђе Бубало, Завод за уџбенике, Београд 2010.
Законоправило или Номоканон светога Саве: Иловички препис 1262. године (прир. и прилоге написао М. Петровић), Дечје новине, Горњи Милановац, Историјски институт САНУ, Републички завод за међународну научну, просветну, културну и техничку сарадњу, Народна библиотека Србије, Београд 1991.

Законоправило Светога Саве I (прир. и прев. Миодраг М. Петровић, Љубица Штављанин Ђорђевић), Историјски институт, Београд 2005.

Маленица А., „*Res sanctae* у римском претхришћанском периоду“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLVIII, 1(2014), Нови Сад 2014.

Маленица А., *Ствари божанског права у римском претхришћанском периоду*, Нови Сад 2014.

Марковић Б., „Облици кривичног дела крађе у неким српским споменицима византијског порекла“, *Историјски часопис*, XLVIII (2002).

Марковић Б., Јустинијанов закон, средњовековна византијско-српска правна компилација, Српска академија наука и уметности, одељење друштвених наука, извори српског права XV, Београд 2007.

Матија Властар *Синтагма* (превела са старословенског Татјана Суботин-Голубовић), САНУ, одељење друштвених наука, Београд 2013.

Матије Властара Синтагмат, (азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила, словенски превод времена Душанова), издао Стојан Новаковић, Српска краљевска академија, Зборник за историју, језик и књижевност српског народа, прво одељење, споменици на српском језику књига IV, Београд 1907.

Милаш М., *Црквено казнено право*, Мостар 1911.

Соловјев А., *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, (приредио и предговор написао проф. др Сима Аврамовић), Службени лист СРЈ (Класици југословенског права), Београд 1998.

Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, седмо измењено издање, Београд 2018.

Тирић Ј., „Богомоље у пламену“, *Државно-црквено право кроз векове*, Зборник радова са међународне научне конференције (ур. Владимир Чоловић и др), Институт за упоредно право и Православна Митрополија Црногорско-приморска, ИИУ Светигора, Београд-Будва 2019.

Цицерон, *Закони*, превела с латинског Бојана Шијачки-Маневић, Београд 2002.

„Путеви рецепције римско-византијског права у средњовековно српско право: скрнављење гробова и цркава“, Зборник Матице српске за класичне студије, 19, Нови Сад 2017, 161-186.

Cicero, *De re publica, De legibus*, Loeb Classical Library, London 1977.

Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike in fünf Bänden, Band 3, Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG, München 1979.

Julije Paulo *Sentencije* (priređio i preveo Ante Romac), Latina et Graeca, Zagreb 1989.

Kaser M., „Zum römischen Grabrecht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS-RA)*, Weimar 1978, 13-92.

Kaser M., Knütel R., *Römisches Privatrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2008.

Polojac M., “Ciceron i Platon – uзор Ciceronovih 'Zakona'”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1995.

Vuković I., “Blasfemija i krivično pravo – uporedno zakonodavstvo i judikatura“, *Crimen*, IX, 2/2018, 133-154.

Zakonik XII plača (prevod, uvod, komentar Ante Romac), Latina et Graeca, Zagreb 1994.

ПРЕВЕНЦИЈА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт

Насиље у породици, не само у Републици Србији, већ и у другим правним системима представља опасно кривично дело у оквиру криминалитета насиља које се дешава унутар круга блиских сродника. Зато се у сузбијању овог опасног друштвеног зла, поред система кривичних санкција, према учиниоцима насиља све чешће примењују различите мере превентивног карактера. Оне имају за циљ да спрече извршење насиља у породици уопште или да спрече његово понављање. Слична је ситуација у Републици Србији где се од 2016. године примењује посебан закон.

Кључне речи: насиље у породици, кривично дело, превенција, мере заштите, полиција, јавни тужилац

1. УВОД

У циљу предузимања организованих и систематских активности различитих друштвених субјеката, а посебно државних органа на спречавању (превенцији) и сузбијању (репресији) насиља у породици или у партнерским односима у Републици Србији је Влада у току 2011. године донела: "Националну стратегију за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима"¹. Ова Стратегија представља израз одлучности Владе Републике Србије да, поштујући међународне стандарде и акте о заштити основних људских права, унапреди заштиту жена од насиља у породици и партнерским односима пружањем подршке свим субјектима на активностима спречавања и сузбијања тих видова насиља.

Управо на тај начин, Стратегија подстиче примену међународних и домаћих правних норми и стандарда којима се штите људска права, промовише родну равноправност и забрањује сваки вид насиља над женама у породици и партнерским односима, као облик насиља који у највећем обиму погађа жене.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, jovas@prafak.ni.ac.rs.

¹ Службени гласник Републике Србије број 27/2011.

Израда Стратегије потврђује укључивање Републике Србије у заједничке активности Савета Европе и Европске уније с циљем подизања свести у друштву о проблему насиља над женама у породици и стварања реалних претпоставки за ефикасну превенцију тих видова насиља. У основи ове Стратегије налазе се закључци који су заузети на Националној конференцији о борби против насиља над женама која је одржана 2007. године у оквиру кампање Савета Европе за борбу против свих видова насиља над женама, укључујући и насиље у породици.

Донета Стратегија Владе Републике Србије посебну пажњу посвећује групама жена које су изложене (или потенцијално могу бити) вишеструкој дискриминацији, као и рањивим групама жена као што су: жене са инвалидитетом, Ромкиње, мајке деце са инвалидитетом, жене са сметњама у развоју или са хроничним болестима, жене са села, старије жене, избегле и интерно расељене жене и др. При томе, ова Стратегија посебно узима у обзир и Препоруку Савета Европе 1905 (2010) о неопходности заштите деце као сведока породичног насиља, која је усвојена у марту 2010. године, а која се ослања на Декларацију Парламентарне скупштине Савета Европе 1714 (2010) о деци – сведоцима насиља у породици).

2. СТРАТЕГИЈА СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Но, Стратегија није само одредила циљеве и задатке у спречавању и сузбијању насиља у породици или насиља у партнерским односима. Она, напротив, садржи и механизме за њено спровођење. С друге стране, да би се координисано спроводиле акције на локалном нивоу није увек потребно или није увек могуће преузети моделе, структуре тела и одбора који су успостављени на државном нивоу. Понекад је потребно и практично сагледати постојеће сродне локалне одборе и координациона тела. То је посебно значајно када се ради о мањим заједницама са ограниченим људским и материјалним ресурсима.

Због тога су Стратегијом утврђени носиоци активности и сарадници на државном и на локалном нивоу и међуинституционална сарадња (садржај и начини међусобне сарадње), као и одговорност појединих актера у спровођењу Стратегије. Као најзначајнији разлози за доношење Стратегије, нарочито се истичу, да насиље у породици представља најзаступљенији облик насиља над женама чије се последице одражавају на многе сегменте живота жртава насиља – становање, здравље, образовање и слободу да живе своје животе без страха и

на начин на који то желе (преорука Парламентарне скупштине Савета Европе 1582 из 2002. године).

Но, ово насиље може такође и да означава разне контролне обрасце понашања који нису очигледно насилни. Насиље у породици, стога, представља јавни, а не приватни "кућни" проблем. Ради се о појави која је данас широко распрострањена и заједничка је свим европским државама (како то наглашава и Препорука Парламентарне скупштине Савета Европе 1582 из 2002. године). Зато је на држави и обавеза да пружи сву потребну заштиту жртвама насиља у породици.

Слично становиште заступа и Европски суд за људска права када сматра да држава није дужна само да обезбеди одговарајући правни оквир за борбу против насиља у породици, већ је у обавези и да осигура његово ефективно спровођење. У том смислу се и међународна пракса снажно залаже за ефикасно, законито, квалитетно и благовремено кривично гоњење учинилаца насиља у породици, под условом да постоји довољно релевантних личних и материјалних извора доказа, чак и у ситуацијама када жртва насиља повуче поднету кривичну пријаву против насилника или одустане од ње.

Насиље у породици укључује различите облике и манифестације као што су:

1) физичко насиље које подразумева: гурање, одгуривање, повлачење за косу, ударање, ударање ногама, угризе, давлeње, убоде, физичко мучење, непружање неопходне неге и помоћи женама са инвалидитетом, премлаћивање и убиство, али не искључује и друге манифестације. Тежина повреда варира од најмањих до озбиљних (преломи, подливи, модрице), трајних повреда и смрти,

2) сексуално насиље представља сваку сексуалну активност без пристанка, што укључује: сексуално задиркивање, непожељне коментаре, нежељене сексуалне предлоге, присилу на учешће или гледање порнографије, нежељено додиривање, болни и понижавајући сексуални чин, присилан сексуални однос, силовање и инцест,

3) психичко (ментално, емотивно) насиље подразумева: омаловажавање, вређање, игнорисање, коришћење привилегија, псовке, исмевање, подругивање, приговарање, претње и принуде (са употребом или без употребе оруђа и оружја којима се могу изазвати телесне повреде), застрашивање, изолацију, презир, малтретирање, окривљавање, манипулације децом, вербалне нападе, али не искључује и друге манифестације и

4) економско насиље представља: неједнаку доступност заједничким средствима, ускраћивање, односно контролисање приступа новцу, спречавање запошљавања или образовања и стручног напредовања, ускраћивање права на

власништво, присиљавање на одрицање власништва или тражење власништва од којег се жртва насиља одрекла, односно намеравала да се одрекне, продају ствари без сагласности власника/це – продају под принудом, али не искључује и друге манифестације.

3. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Истанбулска Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици², која је донета у Истанбулу 11. маја 2011. године³ има посебан значај за сва национална законодавства држава чланица Савета Европе, као што је и Република Србија, у спровођењу мера превенција насиља над женама. Наиме, ова Конвенција посебно инсистира на систему мера опште и специјалне превенције како до насиља у породици или насиља над женама не би уопште дошло или би било смањено на прихватљив минимум. У том смислу државе потписнице Конвенције су у смислу члана 12. преузеле следеће обавезе:⁴

1. да предузму све неопходне мере у промоцији промена друштвених и културних образаца понашања жена и мушкараца с циљем искорењивања предрасуда, обичаја, традиције и других пракси, које се заснивају на идеји инфериорности жена, односно на стереотипним улогама жена и мушкараца,

2. да предузму неопходне законодавне или друге мере у превенцији свих облика насиља у породици или насиља над женама које је извршено од сваког физичког, односно правног лица,

3. да се посебна пажња посвети одговарајућим специфичним потребама лица угрожених одређеним околностима и да се они поставе у средиште људска права свих жртава,

4. да предузму све неопходне мере у подстицању свих чланова друштва, посебно мушкараца и дечака, да активно доприносе спречавању свих облика насиља у породици или насиља над женама,

5. да се култура, обичаји, религија, традиција или такозвана „част” не сматрају оправдањем за извршење или толерисање било којег дела насиља и

б. да предузму све неопходне мере у промоцији програма и активности за оснаживање жена.

² Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори број 12/2013.

³ Д.Јовашевић, В.Икановић, *Међународно кривично право*, Бања Лука, 2015, 89-94.

⁴ А.Човић, "Значај ратификације Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици", Страни правни живот, бр. 3, Београд, 2013, 279-292.

4. ПРЕВЕНЦИЈА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Превенција насиља над женама представља основни приоритет у борби против насиља над женама у породици и у партнерским односима. Имајући у виду то да насиље производи озбиљне економске последице, програми превенције се морају развијати и укључивати структурно у националне системе социјалне, здравствене и правне заштите. Та се превенција јавља у три облика. То су: а) примарна, б) секундарна и в) терцијарна превенција.

Према дефиницији Светске здравствене организације, примарна превенција подразумева све активности којима је циљ спречавање појаве насиља уопште, у било ком облику или виду испољавања. Секундарна превенција подразумева систем мера, средстава, начина и поступака реаговања на већ извршено насиље са нагласком на ограничавање штетних последица насиља. И на крају, терцијарна превенција подразумева дугорочнији третман, као и подршку жртвама насиља да би се спречили даљи штетни ефекти већ извршеног насиља, али и да би се спречило понављање насиља (рецидив). Тако постављена три нивоа превенције одређена су брзином њиховог спровођења у односу на то да ли се мере за спречавање насиља спроводе пре него што се насиље уопште догодило, непосредно после већ извршеног насиља или на дугорочној основи.

Стога је потребно да се у Републици Србији створи такво друштво (односно стање друштвене свести) које јавно осуђује насиље над женама или насиље у партнерским односима као тешко кривично дело, уз истовремену промоцију ненасилног понашања, родне равноправности и борбе против дискриминације свих врста и облика испољавања. Наиме, насиље над женама у породици и у партнерским односима још увек се налази на маргинама јавности. Оно се често, до скоро, и није сматрало као општедруштвени проблем. Да би се обезбедио адекватан политички и друштвени амбијент у системској борби против насиља, неопходно је подизати свест јавности кроз промоцију ненасилног понашања, родне равноправности и антидискриминације. Тиме се на посредан начин остварује примарна превенција насиља над женама и родно заснованог насиља.

Други сегмент важан за спречавање насиља над женама и насиља у партнерским односима се огледа у успостављању, развијању и унапређењу институционалног одговора који би уследио непосредно после извршеног насиља. На овом месту посебан значај се придаје систему заштите жртва насиља. Он има двоструку улогу. С једне стране, овај систем треба да покаже спремност да се хитно реагује непосредно после сазнања да је извршено насиље.

С друге стране, овај систем мора да има могућност дугорочног планирања и деловања на спречавању насиља и заштити жртава насиља. Ове активности представљају део мера у оквиру секундарне превенције насиља.

Терцијарна превенција, иако на последњем месту, не значи да је мањег значаја од претходних активности на спречавању и сузбијању насиља над женама и насиља у партнерским односима (или како то домаће породично, кривично и прекршајно законодавство назива – насиље у породици). Наиме, од посебне је важности да се спречи понављање већ извршеног насиља. Наиме, ако не постоји системско деловање против насиља над женама у породици и насиља у партнерским односима у пракси се дешава понављање насиља у великом броју случајева (без обзира да ли је раније насиље уопште ријављено надлежним органима или не). Стога је од посебног значаја систем дугорочне подршке и помоћи жртвама након претходне изложености насиљу. То се може постићи на различите начине као што су:

- а) спровођење програма оснаживања жртава насиља,
- б) мере за превазилажење трауме и
- в) смањивање дугорочних неповољних последица по жртве насиља.

4.1. Закон о спречавању насиља у породици

Законом о спречавању насиља у породици⁵ из новембра 2016. године (који се примењује од 1. јуна 2017. године) се уређује спречавање насиља у породици, као и поступање државних органа и установа у спречавању насиља у породици и пружању заштите и подршке жртвама насиља у породици. При томе је изричито одређено да се овај Закон не примењује на малолетна лица која учине насиље у породици. Циљ је донетог Закона, сходно члану 2., да на општи и јединствен начин уреди организацију и поступање државних органа и установа и тиме омогући делотворно спречавање насиља у породици, као и хитну, благовремену и делотворну заштиту и подршку жртвама кривичног дела насиља у породици.⁶

Законом⁷ је изричито (у одредби члана 3.) одређено да се спречавање насиља у породици⁸ или превенција састоји од следећих елемената као што су: а) скуп мера којима се открива да ли прети непосредна опасност од насиља у породици и б) скуп мера које се примењују када је непосредна опасност од

⁵ Службени гласник Републике Србије број 94/2016.

⁶ Д. Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2017, 117-119.

⁷ Р. Роскић, *Коментар Закона о спречавању насиља у породици*, Београд, 2016, 56-69.

⁸ М.Тешовић, "Насиље у породици", *Правни живот*, бр.10, Београд, 2006, 119-127.

насиља у породици већ откривена. Тако непосредна опасност од насиља у породици постоји када из понашања могућег учиниоца и других околности произлази да је он спреман да у времену које непосредно предстоји по први пут учини или понови насиље у породици. Како се ова "спремност" утврђује, представља фактичко питање које се решава у сваком конкретном случају од стране надлежног државног органа узимајући у обзир све објективне и субјективне околности.

Као и Породични закон,⁹ односно Кривични законик,¹⁰ тако и Закон о спречавању насиља у породици у члану 3. став 3. дефинише насиље у породици. Према овом законском решењу насиље у породици представља акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству¹¹.

За спречавање насиља у породици и пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела у смислу члана 7. надлежни су следећи државни органи:¹² 1) полиција, 2) јавна тужилаштва, 3) судови опште надлежности и 4) прекршајни судови, односно 5) центри за социјални рад, као установе. Поред надлежних државних органа и центара за социјални рад, у спречавању насиља у породици,¹³ преко давања помоћи и обавештавања о насиљу, као и у пружању подршке жртвама насиља учествују и друге установе у области дечје и социјалне заштите, образовања, васпитања и здравства, као и тела за родну равноправност на нивоу локалних самоуправа. Но, подршку жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела која су

⁹ Службени гласник Републике Србије број 18/2005.

¹⁰ Службени гласник Републике Србије број Службени гласник Републике Србије број : 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

¹¹ М. Шкулић, "Насиље у породици – недовољно квалитетно решење, недоследна пракса, бројни проблеми и дилеме", Ревивија за криминологију и кривично право, бр.1-2, Београд, 2012, 117-141.

¹² Д. Јовашевић, *Насиље у породици*, Београд, 2018, 78-89.

¹³ Д. Дардић, *Студија о насиљу у породици у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2005, 34-59.

одређена овим Законом могу да пруже и друга правна и физичка лица и удружења.¹⁴

Руководилац подручне полицијске управе (члан 8.) одређује полицијске службенике који су завршили специјализовану обуку, да би спречавали насиље у породици и пружали заштиту жртвама насиља. У сваком јавном тужилаштву (члан 9.), осим тужилаштава посебне надлежности (нпр. за организовани криминал, високотехнолошки криминал или ратне злочине), јавни тужилац одређује заменике јавног тужиоца који су завршили специјализовану обуку да би остваривали надлежности јавног тужилаштва у спречавању насиља у породици и гоњењу учинилаца кривичних дела одређених овим Законом. Председник сваког суда опште надлежности, као и председник прекршајног суда (члан 10.) одређује судије које су завршиле специјализовану обуку да суде у предметима спречавања насиља у породици и за кривична дела одређена Законом.

Као предмети спречавања насиља у породици сматрају се нарочито (члан 36.): 1) поступци за продужење хитне мере, 2) поступци за одређивање мера заштите од насиља у породици које су предвиђене Породичним законом и 3) прекршајни поступци за прекршаје предвиђене чланом 36. Закона о спречавању насиља у породици. Руководилац сваког центра за социјални рад (члан 11.) одређује међу запосленима у центру тим стручњака са задатком да помажу другим државним органима у спречавању насиља у породици, као и да пружају подршку жртвама насиља. Државни органи и установе надлежне за примену овог "специјалног" Закона дужни су да брзо, делотворно и координисано спречавају насиље у породици, као и вршење других кривичних дела која су одређена Законом, али и да пружају заштиту, правну помоћ и психосоцијалну и другу подршку жртви ради њеног опоравка, оснаживања и осамостаљивања (члан 12.).

4.2. Поступак спречавања насиља у породици

Закон из 2016. године је изричито прописао и поступак за спречавање насиља у породици, као и обавезе надлежних државних органа или установа.¹⁵ Тај поступак започиње радњом пријаве и препознавања насиља у породици (о чему говори члан 13.). Тако свако лице мора да полицији или јавном тужиоцу

¹⁴ А. Ацајлић, И. Делџић, М. Лучић Цатић, Н. Бојанић, Е. Хасковић, *Полиција и насиље у породици у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2007, 129-151.

¹⁵ Д. Николић Здравковић, "Примена Закона о спречавању насиља у породици", *Билтен Вишег суда у Београду*, бр. 88, Београд, 2017, 66-76.

пријави без одлагања насиље у породици или непосредну опасност од његовог вршења. Такође су и државни и други органи, организације и установе обавезни да неодложно пријаве полицији или јавном тужиоцу свако сазнање о насиљу у породици или непосредној опасности од њега.

Надлежни државни органи и центри за социјални рад дужни су да у оквиру својих редовних послова препознају насиље у породици или опасност од њега. То препознавање већ извршеног насиља у породици или опасности од његовог вршења (започињања или настављања) може да произађе из проучавања пријаве коју је било ком органу или установи поднела жртва насиља, уочавањем трагова физичког или другог насиља на жртви и других околности које указују на постојање насиља у породици или непосредне опасности од њега. Јавни тужилац коме је пријављено насиље или непосредна опасност од таквог насиља, дужан је да пријаву одмах проследи полицијским службеницима, да би они о томе обавестили надлежног полицијског службеника.

Задржавање у надлежној организационој јединици полиције ради вођења поступка за дело насиља у породици или опасности од његовог вршења може да траје најдуже осам часова. Током поступка у надлежној организационој јединици полиције могући учинилац насиља мора да се поучи и да му се омогући контакт и коришћење услуга браниоца и правне помоћи у складу са Уставом и законима Републике Србије.

Надлежни полицијски службеник¹⁶ мора да могућем учиниоцу породичног, сродничког или партнерског насиља који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције пружи прилику да се изјасни о свим битним чињеницама, да прикупи потребна обавештења од других полицијских службеника, да одмах "процени ризик" непосредне опасности од насиља у породици и да, под условима одређеним Законом, изрекне хитну меру за спречавање насиља у породици (члан 15.). Ако могући учинилац није доведен у надлежну организациону јединицу полиције, надлежни полицијски службеник "процењује ризик" одмах када прими од полицијских службеника обавештење о извршеном насиљу у породици или о непосредној опасности од њега. Пре окончања "процене ризика", надлежни полицијски службеник може, по потреби, да затражи и мишљење надлежног центра за социјални рад.

"Процена ризика" (члан 16.) заснива се на доступним обавештењима и одвија се у што краћем року. При "процени ризика" нарочито се води рачуна о

¹⁶ Д. Модли, "Полиција и насиље у обитељи", Полиција и сигурност, бр.1-6, Загреб, 2001, 167-180.

томе да ли је могући учинилац раније или непосредно пре "процене ризика" већ учинио насиље у породици и да ли је спреман да га понови, да ли је претио убиством или самоубиством, да ли поседује ли оружје, да ли је ментално болестан или злоупотребљава психоактивне супстанце, да ли постоји сукоб око старатељства над дететом или око начина одржавања личних односа детета и родитеља који је могући учинилац, да ли је могућем учиниоцу изречена хитна мера или одређена мера заштите од насиља у породици, да ли жртва доживљава страх и како она "процењује ризик" од насиља¹⁷.

Надлежни полицијски службеник одмах доставља сва доступна обавештења о насиљу у породици или непосредној опасности од њега и "процену ризика" – ако она указује на непосредну опасност од извршења насиља у породици – основном јавном тужиоцу на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, центру за социјални рад и групи за координацију и сарадњу. Ако надлежни полицијски службеник установи постојање опасности од насиља, али која није непосредна, сва доступна обавештења о насиљу у породици или опасности од њега и своју "процену ризика" доставља основном јавном тужиоцу и центру за социјални рад¹⁸.

4.3. Изрицање хитних мера

Ако после "процене ризика" установи непосредну опасност од појаве и извршења насиља у породици, надлежни полицијски службеник доноси наређење којим изриче хитну меру учиниоцу који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције (члан 17.). Закон о спречавању насиља у породици прописује следеће хитне мере. То су: 1) мера привременог удаљења учиниоца из стана и 2) мера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и да јој прилази. Наређењем могу да се изрекну једна или обе, кумулативно, хитне мере. Наређење треба да садржи следеће елементе: а) назив органа који доноси наређење, б) податке о лицу коме се изриче хитна мера, в) врсту хитне мере која се изриче и њено трајање, г) дан и час изрицања хитне мере и д) обавезу лица коме је изречена хитна мера да се по њеном истеку јави полицијском службенику који ју је и изрекао.

Овакво наређење се одмах уручује лицу коме је хитна мера изречена. Ако оно одбије да прими такво наређење, надлежни полицијски службеник

¹⁷ И. Еинвалтер, Т. Симоновић, "Насиље над женама у обитељи", Правник, бр.1-2, Загреб, 2001, 20-58.

¹⁸ Н. Галић, *Спречавање и сузбијање насиља у породици у Републици Српској*, Бања Лука, 2009, 89-105.

саставља о томе белешку, чиме се сматра да је наређење уредно, по закону, уручено. Надлежни полицијски службеник доставља наређење, одмах после његовог уручења, основном јавном тужиоцу на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, центру за социјални рад и групи за координацију и сарадњу. Такође се и жртва конкретног насиља у породици писмено обавештава о врсти хитне мере која је изречена учиниоцу дела.

После пријема обавештења, "процене ризика" и наређења, основни јавни тужилац проучава обавештења и вреднује "процену ризика" надлежног полицијског службеника (члан 18.). Ако и после тога установи у конкретном случају да постоји непосредна опасност од насиља у породици, дужан је да суду поднесе предлог да се изречена хитна мера продужи, у року од 24 часа од часа уручења наређења лицу коме је изречена хитна мера. Уз предлог, основни јавни тужилац доставља суду и "процену ризика" надлежног полицијског службеника, своје вредновање његове "процене ризика", као и друге доказе који указују на непосредну опасност од насиља у породици.¹⁹

Предлог да се хитна мера продужи подноси се основном суду на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, а о предлогу у сваком случају одлучује судија појединац (члан 19.). Суд продужава хитну меру ако после вредновања "процене ризика" надлежног полицијског службеника, вредновања такве "процене ризика" које је учинио основни јавни тужилац, оцене приложених доказа и тврдњи из предлога основног јавног тужиоца и оцене изјашњења лица коме је хитна мера изречена, установи непосредну опасност од насиља у породици. У противном, суд такав предлог одбија као неоснован. Решење о предлогу за продужење хитне мере доноси се без одржавања рочишта, у року од 24 часа од пријема предлога да се таква хитна мера продужи.

Основни јавни тужилац, али и лице коме је изречена хитна мера (члан 20.) могу против решења основног суда поднети жалбу вишем суду, у року од три дана од дана пријема решења, а преко основног суда који је донео решење. У том случају основни суд дужан је да жалбу и све списе предмета проследи вишем суду у року од 12 часова од пријема жалбе. О жалби одлучује веће вишег суда у саставу од тројице судија, у року од три дана од дана када је примило жалбу од основног суда. Поступајући по поднетој жалби, виши суд може да донесе следеће одлуке²⁰: а) да одбије жалбу и потврди решење основног суда или б) да усвоји жалбу и преиначи решење основног суда.

¹⁹ Ј. Радуловић, *Насиље у породици*, Подгорица, 2003, 45-71.

²⁰ Л. Сркоц, "Насиље у обитељи", *Правник*, бр. 3-4, Загреб, 1997, 227-238.

Но, виши суд приликом разматрања поднете жалбе ниуком случају не може да укине решење основног суда и предмет врати на поновно поступање. Иначе, поднета жалба не одлаже извршење решења основног суда. На поступак одлучивања о продужавању хитне мере сходно се примењује закон којим се уређује парнични поступак, ако Законом о спречавању насиља у породици није другачије одређено. Хитна мера²¹ коју изриче надлежни полицијски службеник траје 48 часова од уручења наређења (члан 21.). Но, суд може хитну меру продужити за још 30 дана. Ако буде продужена хитна мера привременог удаљења учиниоца из стана, лице коме је таква мера изречена може да у пратњи полицијских службеника узме из стана неопходне личне ствари.

4.4. Сарадња државних и других органа

Паралелно са поступком који се води за спречавање насиља у породици, у смислу члана 22. Закона свако лице које има сазнања о извршеном кривичном делу насиља у породици је дужно да то пријави или полицији или јавном тужиоцу. У кривичном поступку који се води за кривична дела насиља у породици, суд је дужан да у року од 24 часа одлучи о предлогу јавног тужиоца за одређивање мере забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посеђивања одређених места, мере забране напуштања боравишта и мере забране напуштања стана (члан 23.).

У циљу спречавања насиља у породици законом је прописана обавезна сарадња између надлежних државних органа и установа²². У циљу обезбеђења ефикасне, квалитетне и благовремене сарадње (члан 24.) у надлежним органима и установама се именују "лица одређена за везу". Тако се лица одређена за везу именују у полицијској управи, основном и вишем јавном тужилаштву, основном и вишем суду, као и надлежном центру за социјални рад. Ова лица именује руководилац полицијске управе, јавни тужилац, председник суда и руководилац центра за социјални рад, из реда надлежних полицијских службеника и судија и заменика јавних тужилаца који су завршили специјализовану обуку, односно из реда запослених лица у центру за социјални рад.

Лица која су одређена за везу свакодневно размењују обавештења и податке битне за спречавање насиља у породици, откривање, гоњење учинилаца ових кривичних дела, као и за суђење учиниоцима таквих кривичних дела, те

²¹ Н. Пантелић, *Насиље у породици – практикум за поступање полицијских службеника*, Београд, 2007, 61-78. .

²² А. Спасојевић, *Насиље у породици – мултисекторска сарадња и поступак доказивања*, Београд, 2015, 98-115.

за пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици, односно другим жртвама кривичних дела одређених овим Законом. Министар надлежан за унутрашње послове, министар надлежан за послове правосуђа и министар надлежан за послове породичне заштите споразумно прописују начин размењивања обавештења и података између лица одређених за везу. На подручју сваког основног јавног тужилаштва образује се група за координацију и сарадњу (члан 25.).

Ова група има следеће обавезе да: 1) разматра сваки случај насиља у породици који није окончан правноснажном судском одлуком у грађанском или кривичном поступку, 2) разматра случајеве када треба да се пружи заштита и подршка жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела из овог закона, 3) израђује индивидуални план заштите и подршке жртви и 4) предлаже надлежном јавном тужилаштву мере за окончање покренутих судских поступака. Група за координацију и сарадњу одржава састанке најмање једном у 15 дана, а о току састанка води записник. Састанцима могу, по потреби, да присуствују и представници образовних, васпитних и здравствених установа, као и Националне службе за запошљавање, односно представници других правних лица и удружења и појединци који пружају заштиту и подршку жртвама.

Групу за координацију и сарадњу²³ (члан 26.) чине представници основних јавних тужилаштва, полицијских управа и центара за социјални рад, са подручја за које се група образује. Чланове групе за координацију и сарадњу именују руководиоци органа, из реда заменика основног јавног тужиоца који су завршили специјализовану обуку и надлежних полицијских службеника и запослених у центрима за социјални рад који раде на случајевима насиља у породици. Групом за координацију и сарадњу председава члан групе из реда заменика основног јавног тужиоца. Ако је за гоњење учинилаца кривичних дела насиља у породици надлежно више јавно тужилаштво, виши јавни тужилац именује свог заменика, који је завршио специјализовану обуку, да учествује у раду групе и њоме председава.²⁴

5. ЗАКЉУЧАК

Закон о спречавању насиља у породици из новембра 2016. године је изричито предвидео низ мера, радњи и поступака за заштиту и подршку

²³ С. Јеремић, В. Симић, *Правни водич за насиље у породици*, Крагујевац, 2011, 78-92.

²⁴ Д. Јовашевић, Д. Миладиновић Стефановић, *Прекршајно право*, Ниш, 2017, 117-129.

жртвама насиља у породици. То су у првом реду следећа права: 1) Право на обавештавање (члан 29.) - државни органи и установе који су надлежни за примену овог Закона дужни су да већ приликом првог контакта са жртвом насиља у породици или жртвом кривичног дела исту обавесте у потпуности о органима, правним лицима и удружењима који јој пружају заштиту и подршку, на начин и на језику који жртва насиља разуме, 2) Право на бесплатну правну помоћ (члан 30.) - жртва насиља у породици и жртва кривичног дела из овог Закона има право на бесплатну правну помоћ, према посебном закону и 3) Индивидуални план заштите и подршке жртви (члан 31.) - по пријему "процене ризика" којом је установљена непосредна опасност од насиља у породици, група за координацију и сарадњу израђује индивидуални план заштите и подршке жртви, који садржи целовите и делотворне мере заштите и подршке жртви, али и другим члановима породице којима је подршка потребна.

У изради индивидуалног плана заштите и подршке жртви учествује и жртва, ако то жели и ако то дозвољава њено емотивно и физичко стање. Овај план обухвата две врсте мере од значаја за жртве кривичних дела насиља у породици. То су: а) мере заштите и б) мере подршке. Мере заштите морају да пруже безбедност жртви, да зауставе насиље, односно да спрече да се оно понови и заштите права жртве. С друге стране, мере подршке треба да омогуће да се жртви пружи психосоцијална и друга подршка ради њеног опоравка, оснаживања и осамостаљивања. Индивидуалним планом заштите и подршке жртви одређују се извршиоци конкретних мера и рокови за њихово предузимање, као и план праћења и процене делотворности планираних и предузетих мера.

Закон о спречавању насиља у породици из новембра 2016. године у глави девет под називом: "Казнене одредбе" прописује одговорност и кажњивост за учиниоце прекршаја које сам Закон прописује.

Тако је у члану 36. прописан прекршај који се састоји у кршењу – неизвршењу неке од изречених или продужених хитних мера за спречавање насиља у породици. Објект заштите је код овог прекршаја законито, благовремено, квалитетно и ефикасно спровођење хитних мера које прописује Закон, а изриче надлежни основни суд. Радња извршења прекршаја је одређена као кршење. То је свако противправно поступање: а) у виду чињења (позитивне, активне радње) – одбијања да се поступи уопште, у одређено време, на одређеном месту, одређена врста или према одређеном лицу изречена мера или б) у виду нечињења (негативне, пасивне радње) – пропуштање да се уопште или у одређено време, на одређеном месту поступи по изреченој хитној мери.

За постојање прекршаја је битно испуњење три елемента: а) да је хитну меру изрекао или продужио надлежни државни орган, б) да је хитна мера извршива, дакле, подобна за извршење и в) да учинилац дела зна, да је свестан изречене, односно продужене мере и њене садржине, те да и поред тога предузима своју радњу. У погледу кривице потребан је умишљај учиниоца. За овај прекршај је прописана казна затвора у трајању до шездесет дана. Изречена казна се може извршити и пре правноснажности пресуде којом је изречена од стране прекршајног суда.

Други прекршај из Закона о спречавању насиља у породици је прописан у одредби члана 36. став 2. То је дело за које одговара одговорно лице у државном или другом органу, организацији или установи. Само прекршајно дело се састоји у предузимању неке од алтернативно предвиђених радњи нечињења: а) непријављивању – пропуштању да се благовремено поднесе усмена или писмена пријава о извршеном насиљу у породици надлежном органу - полицији или јавном тужиоцу. Битно је за постојање дела да се радња односи на "неодложно" (одмах, без одлагања) пријављивање које се пропушта из неоправданих разлога, иако је учинилац био у могућности да то дело пријави, б) нереаговању надлежног органа на поднету пријаву насиља у породици – пропуштању да се уопште или благовремено предузме све или поједине мере које су прописане Законом о спречавању насиља у породици и ц) опструирању пријављивања или реаговања на свако сазнање о насиљу у породици или непосредној опасности од њега.

Извршилац овог прекршаја може бити само одређено лице - делицта проприа- одговорно лице у државном органу, другом органу, организацији или установи. У погледу кривице потребан је умишљај. За овај прекршај је прописана новчана казна у износу од 50.000 до 150.000 динара коју такође изриче прекршајни суд.

Dragan Jovašević, LL.D

Full time professor, Faculty of Law
University of Niš

PREVENTION OF FAMILY VIOLENCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The Domestic Violence Prevention Act of November 2016 explicitly provided for a series of measures, actions and procedures to protect and support victims of domestic violence. These are, in the first place, the following rights: 1) The right to be informed (Article 29) - state bodies and institutions competent for the implementation of this Law are obliged to inform the victim fully in the first contact with the victim of domestic violence or the victim of a crime. on bodies, legal entities and associations providing protection and support in a manner and in a language that the victim of violence understands, 2) The right to free legal aid (Article 30) - the victim of domestic violence and the victim of a criminal offense under this Law is entitled to free legal aid under special law and 3) Individual Victim Protection and Support Plan (Article 31) - upon receipt of a "risk assessment" establishing an imminent threat of domestic violence, the Coordination and Cooperation Group develops an individual victim protection and support plan containing comprehensive and effective protection measures and support for the victim, but also for other family members who need support.

The victim also participates in the development of an individual plan for the protection and support of the victim, if he wishes to do so and if his emotional and physical condition allows it. This plan covers two types of measures of relevance to victims of domestic violence offenses. These are: a) protection measures and b) support measures. Safeguards must provide security for the victim, stop the violence, or prevent it from happening again and protect the victim's rights. On the other hand, support measures should enable the victim to be provided with psychosocial and other support for her recovery, empowerment and independence. The individual protection and support plan for the victim determines the perpetrators of the concrete measures and the deadlines for their taking, as well as the plan for monitoring and evaluating the effectiveness of the planned and taken measures.

Keywords: domestic violence, crime, prevention, protection measures, police, public prosecutor.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Ацајлић, А., Делџић, И., Лучић Цатић, М., Бојанић, Н., Хасковић, Е., *Полиција и насиље у породици у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2007.

Галић, Н., *Спречавање и сузбијање насиља у породици у Републици Српској*, Бања Лука, 2009.

Дардић, Д., *Студија о насиљу у породици у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2005.

Еинвалтер, И., Симоновић, Т., "Насиље над женама у обитељи", *Правник*, бр.1-2, Загреб, 2001.

Јеремић, С., Симић, В., *Правни водич за насиље у породици*, Крагујевац, 2011.

Јовашевић, Д., Икановић, В., *Међународно кривично право*, Бања Лука, 2015.

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

Јовашевић, Д., Миладиновић Стефановић, Д., *Прекршајно право*, Ниш, 2017.

Јовашевић, Д., *Насиље у породици*, Београд, 2018.

Модли, Д., "Полиција и насиље у обитељи", *Полиција и сигурност*, бр.1-6, Загреб, 2001.

Николић Здравковић, Д., "Примена Закона о спречавању насиља у породици", *Билтен Вишег суда у Београду*, бр.88, Београд, 2017.

Пантелић, Н., *Насиље у породици – практикум за поступање полицијских службеника*, Београд, 2007.

Радуловић, Ј., *Насиље у породици*, Подгорица, 2003.

Роскић, Р., *Коментар Закона о спречавању насиља у породици*, Београд, 2016.

Сркоц, Л., "Насиље у обитељи", *Правник*, бр.3-4, Загреб, 1997.

Службени гласник Републике Србије број 18/2005.

Службени гласник Републике Србије број Службени гласник Републике Србије број : 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Службени гласник Републике Србије број 27/2011.

Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори број 12/2013.

Службени гласник Републике Србије број 94/2016.

Спасојевић, А., *Насиље у породици – мултисекторска сарадња и поступак доказивања*, Београд, 2015.

Тешовић, М., "Насиље у породици", Правни живот, бр.10, Београд, 2006.

Човић, А., "Значај ратификације Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици", Страни правни живот, бр. 3, Београд, 2013.

Шкулић, М., "Насиље у породици – недовољно квалитетно решење, недоследна пракса, бројни проблеми и дилеме", Ревизија за криминологију и кривично право, бр.1-2, Београд, 2012

ВИКТИМИЗАЦИЈА ОСУЂЕНИКА НА ИЗДРЖАВАЊУ
КАЗНЕ ЗАТВОРА

Апстракт

Општи контекст људских права и виктимолошко пенолошко оквир намећу питање положаја и права на физички интегритет осуђеника на издржавању казне затвора као важну тему. Неадекватан однос и/или неразумевање професионалаца у затворима на психичко, физичко и сексуално насиље унутар осуђеничког колектива често је истицан проблеми. Ставови лица на издржавању казне, а у вези са феноменологијом и етиологијом сексуалне виктимизације осуђеничке популације у пеналним установама сведоче о неповољном положају не само истополно орјентисаних осуђеника као посебне субгрупе, већ и генерално дискриминативној и насилној култури која није одређена примарно сексуалним склоностима. Прећутна толеранција на насиље над делом осуђеничке популације чини неспорном потребу активнијег приступа датој теми. Едукацију запослених професионалаца у пеналним установама, те формирање обавезујућих протокола поступања у случајевима суспектне хомосексуалности или насиља које је у вези са сексуалном орјентацијом су неминовни. Промене односа према овој теми у пеналним установама допринеће и јачању безбедности и заштити људских права уопште у њима.

Кључне речи: Затворска субгрупа, хомосексуалност, насиље, људска права.

УВОД

Психичко, физичко и сексуално насиље међу осуђеницима који се налазе на издржавању казне затвора представља пенолошку тему којој се пажња посвећује још од половине прошлог века¹. Ова појава приказана је у

* Редовни професор, Business Academy, Novi Sad.

Honoris Professor of Law School, Southeast University, Nanjing, Kina

¹ В. Karpman, Sex life in prison, *J. Crim. L. & Criminology*, 1947, 38, 475; W. H. Haines & J. J. McLaughlin, Treatment of the homosexual in prison. *Diseases of the nervous system*,

складу са друштвеним контекстом и владајућим ставовима посебно када се ради о истополно оријентисаним лицима. Јер виђење хомосексуалности (у затворима) као болести², као форме проституције³ или безбедносног проблема⁴ пратило је како еволуцију пенолошке мисли, тако и остваривање глобалног стандарда заштите људских права у пеналним установама. Основно је питање, шта се дешава у затвору, кад год се врата затворе и припадника безбедносних служби више нема на видуку, колико је јак закон онога који је јачи, колико је виктимизованих осуђеника сексуално злостављано односно постало жртвом „политике затворског дворишта“. У последњих неколико година у Републици Србији смештајни пенални капацитети су и квантитативно и квалитативно подигнути на врло висок ниво, проширујући и садржаје и просторе који омогућавају виши ниво остваривања људских права. Но, подручја где нема камера, како би се понекад осигурала приватност затвореника, врло често се сурово злоупотребљавају. Места за обављање хигијене и сличне затворске просторије представљају подручја где слабији морају страховати за своју сигурност.⁵ Зато у пеналном оквиру ова тема почетком 21. века постаје интересантна не само из безбедносне, већ и из здравствено епидемиолошке позиције. Популација лица на издржавању казне је неспорно под повећаним ризиком од трансмисије Хепатитиса или ХИВ-а,

1952, 13(3), 85; D. A. Ward & G. G. Kassebaum, Homosexuality: A mode of adaptation in a prison for women, *Social Problems*, 1964, 12(2), 159-177; C. A. Saum, Et al., Sex in prison: Exploring the myths and realities. *The Prison Journal*, 1995, 75(4), 413-430; G. J. Knowles, Male prison rape: A search for causation and prevention. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 1999, 38(3), 267-282.

² V. Dhikav, More on treating homosexuality as a sickness: Homosexuality is punishable in India. *BMJ: British Medical Journal*, 2004, 328(7450), 1261; R. Green, Homosexuality as a mental illness. *International Journal of Psychiatry*, 1972, 10(1), 77-98.

³ D. Boyer, Male prostitution and homosexual identity. *Journal of homosexuality*, 1989, 17(1-2), 151-184 ; S. E. Caukins & N.R. Coombs, The psychodynamics of male prostitution. *American Journal of Psychotherapy*, 1976, 30(3), 441-451.

⁴ D. Lockwood, Prison sexual violence. New York: Elsevier, 1980; P. L. Nacci & T. R. Kane, Incidence of Sex and Sexual Aggression in Federal Prisons, *The Fed. Probation*, 1983, 47, 31; C. Hensley, Attitudes toward homosexuality in a male and female prison: An exploratory study. *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 434-441.

⁵ Закон джунгле иза њемачких реšetака, јаћи преживљава, <https://www.vijesti.me/svijet/evropa/zakon-dzungle-iza-njemackih-resetaka-jaci-preziviljava>, посећено 01.маја 2020. године

што може да мотивише истраживаче да спроведу низ различитих студија у овом конексту⁶.

Пратећи радове домаћих аутора, предметни проблем налази тек успутну пажњу, углавном у оквиру ширег оквира поштовања људских права⁷, права затвореника⁸, односно генералног проблема сексуалног насиља у пеналним установама⁹. Нешто ближи фокус даје тек Мршевић¹⁰, која инсистира на сложености проблема трансродних жена у домаћим затворима.

Поштујући претходно, аутор ће у овом раду представити краћи преглед доктринарних и емпиријских запажања у контексту положаја хомосексуално орјентисаних или боље речено сексуално злостављаних осуђеника. Интегришући теоријске поставке и истраживачке показатеље, формулисаће се предлози унапређења националне праксе извршења казне затвора.

1. ПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ И ФЕНОМЕНОЛОГИЈА ХОМОСЕКСУАЛНОСТИ У ЗАТВОРИМА

Анализа теме хомосексуалности у криминолошком, пенолошком и шире социјалном контексту носи различите перспективе, не само у Србији, већ и у другим државама Европе и света. Дати облик сексуалне оријентације доста

⁶ T. W. Harding, AIDS in prison. *The Lancet*, 1987, 330(8570), 1260-1263; P. A. Thomas & M. Moerings, *AIDS in Prison* (p. 50). Hants., England: Dartmouth, 1994; S. Naeem Et al., Assessment of knowledge and perception of risk factors regarding HIV/AIDS in prison at district Jail Sargodha, *Pakistan Journal of Public Health*, 2014, 4(4), 18-26;

⁷ O. Račić, B. Milinković, M. B. Paunović, *Ljudska prava*, Beograd, 1998; A. Jerosimić & V. Dimitrijević, *Ljudska Prava u Srbiji 2007. Ljudska Prava Izveštaj*, 2007, (01), 1-330; M. Isaković & Ž. Lazar, Problem diskriminacije LGBT populacije u Srbiji. *Godišnjak Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*, 2016, 41(2), 397-413

⁸ S. M. Soković, Много правила, мало права? - заштита права осуђених лица и контрола извршења казне затвора. *Истраживања у дефектологији*, 2004, (4), 225-238; J. Igrački Et. Al., *Ljudska prava zatvorenika u Srbiji*. U Stevanović, I. & Batrićević, A. (Ur.) *Međunarodni naučni tematski skup. Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, 2016, 331-349

⁹ Z. Pavlović & Z. Radojković, Sexual violence in prisons, *Vojno delo*, 2016, 68(2), 72-83

¹⁰ Z. Mršević, Transgender women in prisons. *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, 2016, 25

дуго је био криминализован, док су у неким државама исполни сексуални односи и даље кажњиви (чак смрћу).¹¹

Кажњивост хомосексуалности наравно важила је дуго и у домаћим легислативним оквирима. Тек изменама Кривичног закона из 1994. године долази до декриминализације наведених понашања, уз ограничење да ће се истополне сексуалне релације казнити у случају да је један партнер малолетан.

Изједначавање права хомосексуално оријентисаних лица са хетеросексуалном популацијом ступило је тек 2006. године, када је истим законом одређена родно неутрална граница ступања у сексуалне односе. И мада се ово може посматрати као значајнији искорак, мора се имати на уму да је у Немачкој још 1898. године покренута петиција за укидање инкриминишућег параграфа 175 којим су хомосексуални односи одређени као кажњиви¹².

У Србији су приметни су и други позитивни законодавни помаци. Ово се најпре односи на Закон о забрани дискриминације¹³ и Закон о равноправности полова¹⁴, али и низ других закона, попут Закона о раду¹⁵, Закона о високом образовању¹⁶, Закона о радиодифузији¹⁷ и других. Наведени акти тако јасно поштују принцип да је сексуална оријентација приватна ствар, те да се нико не може позвати да јавно изјасно о истој, односно да буде дискриминисан по основу датог избора.

Када је у питању пенолошки контекст тема хомосексуалности се на законском нивоу не додирује директно. Тако се рецимо Законом о извршењу кривичних санкција¹⁸ у члану 7 наводи да лице према коме се извршава кривична санкција не сме бити стављено у неравноправан положај. При томе се као дискриминативни окриви забране наводе раса, боја коже, пол, језик,

¹¹ L. Crompton, *Homosexuals and the death penalty in colonial America*, *Journal of homosexuality*, 1976, 1(3), 277-293; G. Agoramoorthy & J. H. Minna, *India's homosexual discrimination and health consequences*, *Revista de saúde pública*, 2007, 41(4), 657-660.

¹² E. Mancini, *Magnus Hirschfeld and the quest for sexual freedom: A history of the first international sexual freedom movement*, Springer, 2010; J. D. Steakley, *The homosexual emancipation movement in Germany*, Ayer Co Pub, 1993

¹³ „Сл.гласник РС“, бр. 22/2009

¹⁴ „Сл.гласник РС“, бр. 104/2009

¹⁵ „Сл.гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017

¹⁶ „Сл.гласник РС“, бр. 88/2017 и 27/2018 - др. закон

¹⁷ „Сл.гласник РС“, бр. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 - др. закон, 62/2006, 85/2006, 86/2006 - испр. и 41/2009

¹⁸ „Сл.гласник РС“, бр. 55/2014

вера, политичка и друга уверења, национално или социјално порекло, имовно стање, образовање, друштвени положај и друга лична својства, не наводећи посебно критеријум сексуалне оријентације.

Оквир односа према (хомосексуалним) лицима на издржавању казне затвора одређен је и стандардима међународног карактера. Ово се односи на низ извора којима се забрањује тортура и дефинишу општи минимални услови издржавања дате казне, уз истицање забране дискриминативности¹⁹.

Законски оквир и феноменолошка слика положаја и права хомосексуално оријентисаних осуђеника неретко може бити у колизији. Примера ради, док је хомосексуалност декриминализована, у појединим државама САД, хомосексуални односи у затворима представљају основ дисциплинског кажњавања, без обзира на консензуалну природу²⁰.

Наиме, бројна опажања су довела до закључка да поједина (физички слабија) осуђена лица пристају на сексуални чин, како би избегли озбиљније облике насилне виктимизације. Заправо, коерсивни образац односа, и безбедносни изазови који се намећу у заједничком смештају у затвору доводе до тога да неретко није потребна ни претња насиљем, већ се иста подразумева у датом ситуационом оквиру²¹.

Дефинисање јасног и униформног одговора на хомосексуалне односе у затвору усложњава се и из других аспеката. Наиме, премда је силовање редовно опажена појава у пеналном контексту, приметан је значајан отпор у погледу пријављивања овог типа виктимизације. Тако аутори попут Гарланд и Вилсона²² упућују да се свако пријављивање безбедносним службама заправо означава као „динкарење“, те у том смислу жртву још више деградира у неформалној хијерархији.

¹⁹ I. Janković, *Zabrana zlostavljanja-priručnik za policiju i zatvorsko osoblje*, Beogradski centar za ljudska prava, 2010

²⁰ H. M. Eigenberg, *Correctional officers and their perceptions of homosexuality, rape, and prostitution in male prisons*, *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 415-433;

²¹ H. M. Eigenberg, *Correctional officers and their perceptions of homosexuality, rape, and prostitution in male prisons*, *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 415-433; C. Weiss & D. J. Friar, *Terror in the prisons: Homosexual rape and why society condones it*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1974

²² B. Garland & G. Wilson, *Prison inmates' views of whether reporting rape is the same as snitching: An exploratory study and research agenda*, *Journal of interpersonal violence*, 2013, 28(6), 1201-1222.

Додатно, према студији Еигенберга²³ која је обухватила узорак од 166 професионалаца запослених у затворима, запажа се да припадници службе за обезбеђење у 46% случајева сматрају да поједини осуђеници заслужују да буду силовани. Такође, исти аутор упућује да се некада у затворима намерно кажњавају осуђена лица, било у смислу да се смештају са сексуално агресивним осуђеницима, а како би се „подстакли“ на сарадњу са безбедносним службама, односно како би се наградила лица која могу бити од „утицаја“ у осуђеничком колективу.

Посматрано из нешто другачије перспективе, док Пинкертон и сарадници²⁴ упућују на ризик трансмисије ХИВ-а при незаштићеним хомосексуалним односима и силовањима у затвору, идеја да се осуђеницима деле презервативи често се види као промоција истополних односа. У том смислу, подржавање сигурног секса водило би опет безбедносним изазовима разликовања коерсивних и консезуалних односа. Ипак, на другој страни, аутори попут Гарланда и сарадника²⁵ не налазе потврду дате хипотезе упућујући да презервативи воде редукацији здравствених изазова, али не утичу заправо на учесталост хомосексуалне усмерености.

2. МЕТОДОЛОГИЈА ИСТРАЖИВАЊА

Ставови лица на издржавања казне затвора у погледу права и положаја хомосексуално орјентисаних осуђеника налазила су се у фокусу истраживања коришћењем технике анкетања. Испитаници су били лица, пенолошки повратници, која су издржавали казну затвора у Окружном затвору у Новом Саду. Прикупљање података вршено је у периоду од две године, почевши од априла 2015. године. Целокупни узорак чинила су лица мушког пола (78 испитаника), просечне старости од око 36 година, који су се изјаснили као

²³ H. M. Eigenberg, Rape in male prisons: Examining the relationship between correctional officers' attitudes toward male rape and their willingness to respond to acts of rape, *Prison violence in America*, 1994, 145-165; H. M. Eigenberg, Correctional officers and their perceptions of homosexuality, rape, and prostitution in male prisons, *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 415-433.

²⁴ S. D. Pinkerton, C. L. Galletly & D. W. Seal, Model-based estimates of HIV acquisition due to prison rape, *The Prison Journal*, 2007, 87(3), 295-310.

²⁵ B. Garland & G. Wilson, Prison inmates' views of whether reporting rape is the same as snitching: An exploratory study and research agenda, *Journal of interpersonal violence*, 2013, 28(6), 1201-1222.

хетеросексуално орјентисани. Сви испитаници су до тренутка истраживања имали преко три и по године раније издржане казне затвора.

Валидација упитника остварена је кроз фокус групу коју су чинили професори Правног факултета за привреду и правосуђе у Новом Саду, те професионалци у Служби за третман у Окружном затвору у Новом Саду.

3. РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА

Положај хомосексуално орјентисаних лица на издржавању казне затвора анализиран је и у контексту објашњења узрочности наведеног сексуалног опредељења. При томе, испитаницима је дозвољено да слободно уписују одговоре, ограничавајући их максимално на три, а након чега су исти груписани у јединствене чиниоце.

Тако су анализом добијених резултата издвојена три доминантна виђења природе хомосексуалности у затвору. Наиме, од укупног броја испитаника практично сви испитаници су хомосексуалност окарактерисали као болест (97,4%, $n=76$). Надаље, 74,3% ($n=58$) испитаника сматрало је да хомосексуалност последица сексуалне депривације, односно недостатка контакта са особама супротног пола. Коначно, 69,2% ($n=54$) лица сматрало је да је хомосексуалност израз рентног односа и начин на који поједина лица задовољавају своје материјалне потребе.

Положај хомосексуалаца нотиран је у доњим партицијама постављане неформалне хијерархије. Према перцепцији осуђених нижи ступањ заузимају само „цинкароши“, „педофили“ и „силоватељи“. Добијени резултати упућују да су хомосексуално орјентисана лица на издржавању казне затвора најчешће, а практично свакодневно, изложена различитим облицима психичког насиља.

Када су у питању пак физички облици насиља, а у смислу шамара, удараца песницом или пребијања са тежим повредама исти су процењени као релативно ретки.

Коначно, у погледу сексуалног насиља исто је такође процењено са учесталошћу мањом од једном у шест месеци. Наведени резултати изнети су како у погледу принуде на сексуални однос, тако и у контексту кажњавања за одбијање сексуалног контакта.

Поштовање права хомосексуално орјентисаних осуђеника анализирано је и у контексту понашања припадника Службе за обезбеђење према истима. Тако су испитаници давали изјаве у односу на поједине облике психичког, физичког и сексуалног насиља, а означавајући их у погледу учесталости на

горе представљеној скали распона 0 до 5 (никада се не дешава/дешава се свакодневно). Добијени резултати упућују да припадници наведене службе врло ретко или никако не врше насиље те врсте према истополно оријентисаним осуђеницима.

Анализа података у овом истраживању упућује да је хомосексуалност појава која се јасно нотира у пеналном контексту. Ипак, процене учесталости ове појаве реалтивно су ниске, а на нивоу од приближно 6%. Тек компарација добијених резултата у овом контексту доста је проблематична. Тако рецимо Хари²⁶ у телефонски спроведеном истраживању упућује да се удео хомосексуално или бисексуално оријентисаних лица, у општој популацији, креће на нивоу од 3,7%. Отуда би се могло закључити да је утврђена учесталост у пеналним условима скоро дупло виша, а што би могло носити импликације ситуационог контекста.

Ипак, када су наведене процене у питању треба бити прилично пажљив. Наиме, аутори попут Гагнона и Симона²⁷, те Пиларда и Вајнриха²⁸ упућују да у општој популацији удео лица који имају макар једно хомосексуално искуство иде до 30%, док у пеналним условима овај удео и до 45%.

Изнети подаци, као и резултати презентованих студија захтевају тумачање у ширем контексту. Различити критеријуми хомосексуалности заправо и упућују на значајна одступања. Са друге стране, приликом спровођења самог истраживања, треба имати на уму осетљивост теме у специфичном контексту, те оптерећење искрености испитаника. Коначно, имајући у виду сазнања о лошем положају хомосексуалаца у затворима, није искључено да значајан удео оних који су дате оријентације заправо не испољава или не изражава своје сексуално опредељење. Јасно, ово је нарочито вероватно на кратким казнама, где је и лакше подносити сексуалну апстиненцију или депривацију.

Проблеми у наведеном нивоу процене односе се и на чињеницу да није необично да се у пеналном контексту појединим осуђеницима „залепи“ етикета хомосексуалца, премда исти то није. Ово се најпре односи на она лица која по физичким или понашајним карактеристикама одступају од агресивно маскулине културе затвора.

²⁶ J. Harry, A probability sample of gay males, *Journal of Homosexuality*, 19901, 9(1), 89-104.

²⁷ J. H. Gagnon, & W. Simon, The social meaning of prison homosexuality, *Fed. Probation*, 1968, 32, 23;

²⁸ R. C. Pillard & J. D. Weinrich, *Evidence of familial nature of male*, 1986.

Представљени резултати морају се тумачити уз извесно ограничење. Наиме, подаци прикупљени током интервјуа са осуђеним лицима сведоче да се опажање положаја хомосексуалаца управо односи на пасивне субјекте, односно оне који су препознати у „улози жене“. Тако испитаници сведоче о различитим случајевима у којима су „*вође блока*“ биле сексуално насилне према другим осуђеницима, али их наведена понашања нису деградирала у хијераријском смислу, нити су обележени као „*ледери*“.

У односу на права осуђених лица хомосексуалне оријентације чини се да је иста могуће посматрати у два смера. Тако, када се ради о правима која се остварују кроз писмену кореспонденцију или која имају јасан писани траг, а у смислу пресуда, решења или сличног, не опажа се дискриминативно понашање. Другим речима, осуђена лица без обзира на сексуалну оријентацију имају могућност правне помоћи, улагања правних лекова или поступања пред судовима. Исто се коначно односи и на право здравствене заштите, а које се не поставља упитним с обзиром на предметни критеријум.

Нешто другачији резултати запажају се у погледу заштитне функције различитих унутар и ванзаводских инстанци. Наиме, добијени подаци упућују да служба обезбеђења и Кривични законик заправо представљају најснажније чиниоце одвраћања насиља према хомосексуалној популацији. При томе ове се по правилу тумачи у пежоративном контексту и то на начин да се припадницима наведене службе придодају једнаки (негативни) атрибути хомосексуалности.

С обзиром на чињеницу да затвор представља арену „неформалног окршаја“ осуђеника и Службе за обезбеђење, тешко је наведену протективну улогу констатовати као објективно опажену. Ово констатујемо више као начелно виђење, да припадници исте службе врше неку врсту психолошког насиља над хомосексуално оријентисаним осуђеницима, тако да неретко „окрену главу на другу страну“ пред случајевима виктимизације.

Важне напомене чине се и у контексту функције Заштаника грађана и улоге у НПМ-у или Судије за извршење кривичних санкција. Наиме, улога наведених инстанци опажена је врло ниско у протективном смислу, јер сем редовних и ванредних контрола они не егзистирају перманентно у пеналним установама. Став осуђеника јесте да се исти генерално не одговарају позитивно по притужбама осуђеника, те да су незаинтересовани за права свих лица у затвору, а не само истополно оријентисаних.

О положају предметне субгрупе коначно сведоче и објашњења етиологије наведеног облика сексуалног усмерења, као и разлози због којих хетеросексуални осуђеници не желе да буду у истом смештају са истополно

орјентисаним лицима. Ово се при томе најпре односи на снажно уверење да је хомосексуалност болест, као и да заједничко присуство носи повишен ризик трансмисије инфективних болести.

У контексту претходног занимљива је селективност оваквих опажања. Наиме, с обзиром да значајан удео испитника сведочи о случајевима сексуалног насиља над хетеросексуалним осуђеницима, а нарочито за време побуне у Казнено поправном заводу у Сремској Митровици, починиоци овог насиља се не опажају кроз призму истополне сексуалности. Аргумент „*заслужили су да буду силовани*“ отуда заправо поништава чињеницу да су силоватељи имали неки вид сексуалног узбуђења истополне природе.

У коначном, док постоји изјашњавање у погледу страха од „*заразе*“, занимљиво је да, приликом интервјуа, осуђеници дају прилично неуједначене изјаве када су у питању HCV позитивна лица, а у контексту праксе тетовирања, заједничког прибора за јело или коришћења справа за рекреацију. Тако, док на једној страни не постоји нарочита анксиозност у односу на оне који су доказано потенцијални извор болести, хомосексуалци су нарочито провицирајући у датом оквиру.

Поред чињенице да испитаници извештавају о свакодневной пракси (психолошког) насиља над хомосексуално орјентисаним лицима, стиче се утисак да наведени облик понашања није искључиво мотивисан сексуалном склоношћу. Ово се може поткрепити опажањем да се насиље у затвору не врши према свим лицима хомосексуалног опредељења, као и да се врши према другим маргинализованим групама. Опажање да заправо насиље у затвору има опортунистички карактер, а пре свега према физички слабијим лицима, припадницима ромске мађине или лицима изузетно неповољног економског статуса.

Да претходни наводи коначно имају извесно поткрепљење може се закључити и из неформалних изјава професионалаца из пеналних услова. Према тим изјавама, чак и лица осуђена за сексуалне деликте (над децом) не морају априорно бити изложена насиљу. Ово се при томе односи на лица која својом криминалном каријером, социјалним вештинама или насилничким потенцијалом осигурају виши положај у неформалној хијерархији.

ЗАКЉУЧАК

Положај истополно орјентисаних лица на издржавању казне затвора свакако се не може окарактерисати као повољан посматрано у националним

оквирима. Премда у формалноправном смислу не постоји дискриминација по основу сексуалног опредељења, сасвим је јасно да је извршење кривичних санкција оптерећено овим проблемом у значајној мери.

Ипак, положај ове субгрупе није нарочито посебан, без обзира на податке из истраживања спроведеног над делом осуђеничке популације у само једној установи. Негативна позиција унутар осуђеничког колектива одређена је низом посредујућих криминолошких, пенолошких и личних варијабли. Дискриминација, стигматизација и виктимзација представљају заправо константу која је изражена према различитим маргинализованим или стереотипима оптерећеним групама.

Имајући у виду раније изнете напомене да се у српским затворима ипак дешавају случајеви различитих форми насиља, као и да професионалци из Службе за обезбеђење некада исте гледају са ставом прећутне толеранције чини се недвосмисленим потреба активнијег приступа датој теми. Ово се најпре односи на едукацију запослених, те формирања обавезујућих протокола поступања у случајевима суспектне хомосексуалности или насиља које је у вези са сексуалном оријентацијом.

У прилог потребе проширивања подзаконске регулативе говоре и ставови осуђених сходно којима професионалци у Служби за третман нерадо комуницирају са истополно оријентисаним осуђеницима који су на издржавању казне затвора. У том смислу намеће се једнака потреба континуиране едукације, као и формулисања препорука у стручном раду. Тако рецимо нека опажања из праксе упућују да се осуђеници по доласку у затвор не упознају са безбедносним ризицима, као и могућностима поверљиве комуникације у случајевима виктимизације.

Додатно, ако се прихвате наводи Кнежића²⁹ који у истраживачком раду упућује да су у српским затворима, у Служби за третман, по правилу упуслена лица која немају у академском образовању никаквих додира са пенологијом и пенолошким изазовима, поставља се питање обучености професионалаца да препознају знаке изложености насиљу. У том смислу сасвим је оправдано очекивати да стручне службе неће правовремено и адекватно одговорити на случајеве виктимизације лица истополног сексуалног усмерења. Тек постојање специјализованих програма едукације, како за реализаторе третмана, тако и за припаднике службе за обезбеђење, носе извесни потенцијал у овом смислу.

²⁹ В. Кнежић, *Образовна не(прикладност) васпитања у КПЗ. Кривичне и прекршajне санкције и мере: изрицање, извршење и условни отпуст*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2016.

На крају, положај и права хомосексуално орјентисаних лица у Републици Србији сасвим јасно носе негативне атрибуте. Ипак, ово се не односи само на затворски већ и шире друштвени контекст. У том смислу, без развоја ефективних механизма заштите људских права, као и атенуирања предрасуда у вези са датом популацијом на нивоу целокупног српског друштва, тешко да се може очекивати целовитије поправљање ситуације.

Zoran S. Pavlović, PhD

Full Professor, University of Business Academy, Law Faculty Novi Sad
Honoris Professor of Law School, Southeast University, Nanjing, Kina

VICTIMIZATION OF CONVICTS SERVING A
PRISON SENTENCE

Summary

The general context of human rights as well as the victimologically penological framework raise the issue of the position and right to the physical integrity of convicts serving a prison sentence as an important topic. Inadequate attitude and / or prison professionals' misunderstanding regarding mental, physical and sexual violence within the prison population are very often highlighted problems. Persons serving their sentences regarding the phenomenology and etiology of sexual victimization of prisoners in penitentiary institutions testify about the disadvantage not only of same-sex convicts as a separate subgroup, but also of a generally discriminatory and violent culture not determined primarily by their sexual preferences. The tacit tolerance to violence against a part of the convicted population makes the need for a more active approach to the topic indisputable. Education of employed professionals in penal institutions, and the establishment of binding protocols for dealing with suspected homosexuality or violence in connection to sexual orientation, are inevitable. Changes in attitudes regarding this topic, in penal institutions, will also contribute to strengthening the security and protecting human rights in general in those institutions.

Keywords: Prison subgroup, homosexuality, violence, human rights.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Agoramoorthy G. & Minna J. H., India's homosexual discrimination and health consequences, *Revista de saúde pública*, 2007, 41(4), 657-660.

Boyer B., Male prostitution and homosexual identity. *Journal of homosexuality*, 1989, 17(1-2), 151-184 ;

Caukins S. E. & Coombs N. R., The psychodynamics of male prostitution. *American Journal of Psychotherapy*, 1976, 30(3), 441-451.

Crompton I., Homosexuals and the death penalty in colonial America, *Journal of homosexuality*, 1976, 1(3), 277-293;

Dhikav V., More on treating homosexuality as a sickness: Homosexuality is punishable in India. *BMJ: British Medical Journal*, 2004, 328(7450), 1261;

Eigenberg H. M., Correctional officers and their perceptions of homosexuality, rape, and prostitution in male prisons, *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 415-433;

Eigenberg H. M., Correctional officers and their perceptions of homosexuality, rape, and prostitution in male prisons, *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 415-433;

Eigenberg H. M., Correctional officers and their perceptions of homosexuality, rape, and prostitution in male prisons, *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 415-433.

Eigenberg H. M., Rape in male prisons: Examining the relationship between correctional officers' attitudes toward male rape and their willingness to respond to acts of rape, *Prison violence in America*, 1994, 145-165;

Gagnon J. H., & Simon W., The social meaning of prison homosexuality, *Fed. Probation*, 1968, 32, 23;

Garland B. & Wilson G., Prison inmates' views of whether reporting rape is the same as snitching: An exploratory study and research agenda, *Journal of interpersonal violence*, 2013, 28(6), 1201-1222.

Garland B. & Wilson G., Prison inmates' views of whether reporting rape is the same as snitching: An exploratory study and research agenda, *Journal of interpersonal violence*, 2013, 28(6), 1201-1222.

Green R., Homosexuality as a mental illness. *International Journal of Psychiatry*, 1972, 10(1), 77-98.

Haines W. H. & McLaughlin J. J. , Treatment of the homosexual in prison. *Diseases of the nervous system*, 1952, 13(3), 85

Harding T. W. , AIDS in prison. *The Lancet*, 1987, 330(8570), 1260-1263;

Harry J., A probability sample of gay males, *Journal of Homosexuality*, 1990, 9(1), 89-104

Hensley C., Attitudes toward homosexuality in a male and female prison: An exploratory study. *The Prison Journal*, 2000, 80(4), 434-441.

Igrački J. Et. Al., Ljudska prava zatvorenika u Srbiji. U Stevanović, I. &

Batrićević, A. (Ur.) Međunarodni naučni tematski skup. Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust, 2016, 331-349

Isaković M. & Lazar Ž., Problem diskriminacije LGBT populacije u Srbiji. *Godišnjak Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*, 2016, 41(2), 397-413

Janković I., *Zabrana zlostavljanja-priručnik za policiju i zatvorsko osoblje*, Beogradski centar za ljudska prava, 2010

Jerosimić A. & Dimitrijević V., *Ljudska Prava u Srbiji 2007. Ljudska Prava Izveštaj*, 2007, (01), 1-330;

Karpman B., Sex life in prison, *J. Crim. L. & Criminology*, 1947, 38, 475

Knežić B., *Obrazovna ne(prikladnost) vaspitača u KPZ. Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2016

Knowles G. J., Male prison rape: A search for causation and prevention. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 1999, 38(3), 267-282.

Lockwood D., *Prison sexual violence*. New York: Elsevier, 1980;

Mancini E., Hirschfeld M. and the quest for sexual freedom: A history of the first international sexual freedom movement, Springer, 2010;

Mršević Z., *Transgender women in prisons. Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, 2016, 25

Nacci P. L. & Kane T. R., Incidence of Sex and Sexual Aggression in Federal Prisons, *The. Fed. Probation*, 1983, 47, 31;

Naeem S. Et al., Assessment of knowledge and perception of risk factors regarding HIV/AIDS in prison at district Jail Sargodha, *Pakistan Journal of Public Health*, 2014, 4(4), 18-26;

Pavlović Z. & Radojković Z., Sexual violence in prisons, *Vojno delo*, 2016, 68(2), 72-83

Pillard R. C. & Weinrich J. D., Evidence of familial nature of male, 1986.

Pinkerton S. D., Galletly C. L. & Seal D. W., Model-based estimates of HIV acquisition due to prison rape, *The Prison Journal*, 2007, 87(3), 295-310.

Račić O., Milinković B., Paunović M. B., *Ljudska prava*, Beograd, 1998;

Saum C. A., Et al., Sex in prison: Exploring the myths and realities. *The Prison Journal*, 1995, 75(4), 413-430

Soković S.M., Mnogo pravila, malo prava? - zaštita prava osuđenih lica i kontrola izvršenja kazne zatvora. *Istraživanja u defektologiji*, 2004, (4), 225-238;

Steakley J. D., *The homosexual emancipation movement in Germany*, Ayer Co Pub, 1993

Thomas P. A. & Moerings M., *AIDS in Prison* (p. 50). Hants, England: Dartmouth, 1994;

Ward D. A. & Kassebaum G. G., Homosexuality: A mode of adaptation in a prison for women, *Social Problems*, 1964, 12(2), 159-177;

Weiss C. & Friar D. J., *Terror in the prisons: Homosexual rape and why society condones it*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1974

Zakon džungle iza njemačkih rešetaka, jači preživljava, <https://www.vijesti.me/svijet/evropa/zakon-dzungle-iza-njemackih-resetaka-jaci-prezivljava>, 01.maj 2020. godine.

МЕЂУНАРОДНА ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА СРБИЈЕ И ДРЖАВА РЕГИОНА У БОРБИ ПРОТИВ КРИМИНАЛА***

Апстракт

У реферату су изложени најважнији аспекти међународне полицијске сарадње Србије и држава региона, посебно чланица некадашње СФРЈ у борби против најтежих појавних облика криминала. У првом делу је дат кратак осврт на настанак и развој међународне полицијске сарадње. Даље су наведени међународни и национални легислативни оквир, субјекти, видови и облици међународне полицијске сарадње Србије и држава у окружењу. Регионална полицијска и кривична сарадња су изложени кроз актуелне механизме сарадње, као и истакнута сарадња са Еурополом као специјализованом организацијом у оквиру ЕУ. Такође је указано на проблематику сарадње са међународним снагама на АП КиМ, у смислу Резолуције СБ УН бр.1244/99. У закључним разматрањима су наведене перспективе сарадње Србије и држава ех Југославије у контексту евро-атлантских интеграција и апликације Србије за пријем у чланство ЕУ.

Кључне речи: криминал, међународна полицијска и кривична сарадња, Србија и ЕУ.

1. УВОД

Крајем прошлог века дошло је до пада „гвоздене завесе комунизма“ и започете су друштвене реформе у земљама некадашњег социјалистичког блока. Промене су захватиле и некадашњу СФРЈ која је имала релативно уређен и стабилан друштвено-политички и економски систем. Промене у ех Југославији, нажалост, нису биле мирно артикулисане већ је дошло до грађанског рата, великих разарања и енормне штете, избеглиштва и других катастрофалних последица.

* Редовни професор, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, zeljko.nikac@kpu.edu.rs

** Редовни професор, Факултет за пословне студије и право Универзитета „Унион-Никола Тесла“, Београд, bozidar.forca@fpp.edu.rs

*** *Реферат је резултат рада на пројектима „Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција“ бр.179045 и „Иновирање форензичких метода и њихова примена“ бр.34019, које подржава МПНТР РС.

После распада заједничке државе настале су нове самосталне и независне државе, које су са мање или више успеха покренуле друштвене реформе и економску транзицију. Нове државе су се сусреле са бројним проблемима јер је стари друштвено-политички систем био срушен, а нови још није био успостављен. Посебан проблем за све нове (мале) државе представљала је чињеница да нису били изграђени парламентаризам, вишепартијски систем, плурализам, владавина права и механизми заштите. Дошло је до ерупције криминала у свим срединама, развоја најопаснијих појавних облика организованог криминала и тероризма те развоја транснационалног организованог криминала.

Република Србија је прошла вероватно најтежи пут у својој новијој историји који су обележили ратни сукоби, санкције међународне заједнице и оружани сукоб против НАТО. После окончања ратних сукоба успостављен је мир потписивањем Дејтонско-париског мировног уговора (1995) и потом Кумановског споразума (1999), када је део територије Србије стављен под међународну (УН) јурисдикцију и српске безбедносне снаге су се поуевекле са територије АП КиМ.

Након демократских друштвених промена уследили су нови изазови међу којима су највећи били атентат на председника Владе РС др Зорана Ђинђића (2003) и рушилачке демонстрације албанских националиста на КиМ (2004), уперене против државе и преосталих малобројних Срба. Започете друштвене реформе су у великој мери успорене што је ишло на руку организованим криминалним групама које су појачале активности, посебно производње и продаје опојних дрога и извршења других тешких кривичних дела. Транснационални организовани криминал је окупио под исту заставу све веће регионалне организације које је спојио заједнички циљ – екстра профит, уз минималне ризике. Проблем је посебно значајан ако се има у виду чињеница да су организоване криминалне (нарко)групе финансирале теористе, њихове организације и активности.

У одговору на нове изазове, ризике и претње Србија и друге државе из састава некадашње СФРЈ су постале свесне да *организовани криминал* није изоловано (државно) питање, већ да је то данас прворазредни међународни проблем који захтева антикриминалну солидарност и заједничко деловање.

Србија је као и остале државе из састава некадашње СФРЈ и региона предузела мере на унутрашњем плану и успоставила мултиагенцијски приступ у решавању проблема нарастајућег криминала. То наравно није довољно и било је неопходно развијати све облике и видове међународне полицијске и кривичне сарадња у борби против криминала, пре свега облика који имају транснационалну димензију. Регионална сарадња држава и међународних организација је важан део свеукупне сарадње и доприноси јачању даљег поверења у правосудне и друге органе.

2. МЕЂУНАРОДНА ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА, ИСТОРИЈСКИ ОСВРТ

Међународна полицијска и кривична сарадња су познате од најранијих дана успостављања дипломатских, политичких и економски односа држава. Крајем XIX века дошло је до појаве *анархизма* који је претеча данашњем теоризму, када су анархистичке групе прибиле насиљу и атентатима на носиоце власти у владајућим монархијама.¹ Заједничка опасност је указала на потребу међународне сарадње држава ради заштите друштва од субверзивних активности, што је међу првима иницирала тадашња Пруска (Немачка). У Риму (1898) је одржана II анти-анархистичка конференција на којој је усвојена Резолуција која предвиђа оснивање анти-анархистичких јединица, полицијску сарадњу и размену информацију. На конференцији у Ст. Петербургу (1904) је усвојен Тајни протокол за међународни рат против анархизма, а након тога су потписани Међународна полицијска конвенција (1905) и Конвенција о заштити друштва и полицијској сарадњи (1920).²

У Бечу (1923) је одржан конгрес Међународне криминалистичке полиције на којем је основана *Међународна комисија криминалистичке полиције*. На скуповима су учествовали представници тадашње Краљевине Србије (Југославије) којом приликом су разматрана важна питања, као што су: међународни полицијски односи, борба против међународних криминалаца, борба против кријумчарења опојних дрога, екстрадиција и коришћење техничких средстава у сузбијању криминала.

После II светског рата обновљен је рад међународних специјализованих организацаја за борбу против криминала (Брисел, 1946) када су државе исказале спремност да наставе сарадњу на универзалним начелима, антикриминалној солидарности и принципу аполитизма.³ На наредној конференцији (Беч, 1956) је формално основан данашњи *Интерпол* као светски позната међународна организација криминалистичке полиције, којој је признат посебан статус у оквиру ОУН (1982).⁴ У раду конференције су учествовали и ФНР Југославије која је у то време била једина социјалистичка земља чланица Интерпола.

Након тога дошло је до политичке одлуке о искључењу СРЈ из чланства Интерпола (Аруба, 1993) због ратног сукоба на просторима некадашње СФРЈ и међународних санкција СРЈ, да би се СРЈ (Србија) вратила у чланство након друштвених промена и побољшања међународних околности (Будимпешта, 2001).⁵

¹ В. Лазаревић, *Међународна полиција – историја, рад и резултати*, Интерно, Београд 1933, 7-11.

² R.A.Wright, J.M.Miller, *The Encyclopedia of Criminology*, Routledge, New York, 2005, 795-798.

³ Ж. Никач, *Транснационална сарадња држава у борби против криминала: Европол и Интерпол*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2003, 63-65.

⁴ Ж. Никач, *Међународна полицијска сарадња*, КПА, Београд, 2015, 115-142.

⁵ *Ibid*, 137-143.

У периоду од повратка у Интерпол до данас дошло је до енормног раста свих појавних облика криминала код нас и у свету, што је пре свега резултат велике економске кризе и развоја нових технологија. У скоро свим статистикама најчешћи су имовински деликти, насилнички криминал, најтежи појавни облици организованог криминала – производња и промет опојних дрога, изнуде, рекетирање, корупција и тероризам. Од новијих појавних облика који имају рефлексију на међународном плану значајни су хулиганизам, високо-технолошки (cyber) криминал, еколошки криминал, илегалне миграције и кријумчарење људи.

3. ЛЕГИСЛАТИВНИ ОКВИР, СУБЈЕКТИ И ВИДОВИ МЕЂУНАРОДНЕ ПОЛИЦИЈСКЕ САРАДЊЕ

Нормативно-правни оквир међународне полицијске и кривичне сарадње чине норме међународног и националног права, који се у Србији примењују у складу с Уставом Републике Србије.⁶ *Међународни* извори обухватају опште норме међународног права и друге изворе међународног јавног права, док се појединачни извори односе на акте у форми резолуција, декларација, конвенција, меморандума и уговора.⁷ Најважнији међународни извори од значаја за полицијску и кривичну сарадњу су Статут и други акти Интерпола,⁸ Конвенција УН против транснационалног организованог криминала („Палермо конвенција“),⁹ бројни акти против тероризма и други.¹⁰ Најзначајнији регионални правни основи међународне полицијске сарадње су Конвенција о међународној полицијској сарадњи у ЈИЕ („Бечка конвенција“),¹¹ Конвенција SELEC¹² и др. Изузетан значај имају и поједине регионалне иницијативе и механизми као што су Пакт за стабилност ЈИЕ (SPSEE), Савет за регионалну сарадњу (RCC) и Процес сарадње земаља ЈИЕ

⁶ Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. (*Устав Републике Србије*, чл.194 ст.4, „Сл.гласник РС“бр.98/06).

⁷ Вид. М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд,2016.

⁸ Статут Интерпола, интерно издање, ССУП, Београд,1956 (основни текст). www.interpol.int/public/ (20.04.2020).

⁹ UN Convention against Transnational Organized Crime, UN, Treaty Series, vol.2225. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOC_ebook-e.pdf, (21.04.2020).

¹⁰ Вид. В. Forca, F. Djokovic, *Normative framework of the Serbian national security system*, International Monograph COMPARATIVE SECURITY SYSTEMS OF NEIGHBOURING COUNTRIES: SIMILARITIES, DIFFERENCES AND COOPERATIVE, Faculty of Business and Law, University “UNION-Nikola Tesla”, Belgrade,2018.

¹¹ Закон о потврђивању Конвенције о полицијској сарадњи у ЈИЕ, „Сл.гласник РС“ бр.70/07.

¹² Закон о ратификацији Конвенције SELEC, „Сл.гласник РС - Међународни уговори“ бр.08/11.

(CPSEE).¹³ У циљу имплементације Конвенције о међународној полицијској сарадњи у ЈИЕ Србија је најпре закључила билатералне споразуме о сарадњи са Хрватском и БиХ, а потом и са осталим државама некадашње СФРЈ и региона.¹⁴ Такође, наша земља је закључила и друге бројне билатералне споразуме са другим земљама о полицијској и кривично-правној сарадњи у борби против криминала.¹⁵

Национални правни извори обухватају норме унутрашњег законодавства које регулишу међународну полицијску и кривично-правну сарадњу. Код нас су најважнији извори Устав Републике Србије,¹⁶ Законик о кривичном поступку (ЗКП),¹⁷ Казнени законик,¹⁸ Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима,¹⁹ Закон о полицији,²⁰ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције,²¹ Закон о спољним пословима.²²

Закон о полицији је неспорно најважнији унутрашњи правни извор за међународну полицијску сарадњу и ангажовање. Према чл.19 Закона о полицији РС МУП остварује међународну сарадњу на нивоу министра и представника са иностраним органима, међународним и другим организацијама. Међународну оперативну полицијску сарадњу остварује полиција (Дирекција полиције) на основу потврђених међународних уговора, уз поштовање принципа узајамности и на основу чланства у међународним полицијским организацијама. Са становишта садржине међународна полицијска сарадња обухвата размену информација, предузимање мера против тероризма, организованог криминала, илегалних миграција, нарушавања безбедности границе, успосваљење заједничких радних тела са ино партнерима, едукацију припадника полиције.²³

Субјекти међународне полицијске и кривичноправне сарадње су пре свега државе и њихови овлашћени органи - полиција, тужилаштво, суд, агенције за примену закона и др. Поред држава значајну улогу имају и међународне организације које могу бити државне (владине) и недржавне

¹³ Вид. Ж. Никач, Д. Јурас, Међународна полицијска сарадња у ЈИЕ у функцији безбедности, *Страни правни живот*, бр.03/15, Београд, 2015,283-302.

¹⁴ МУП РС, официјелни сајт, Документи-Међународни споразуми, <http://www.mup.gov.rs> (22.04.2020)

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Устав Републике Србије, „Сл.гласник РС“ бр.98/06.

¹⁷ Законик о кривичном поступку, „Сл.гласник РС“ бр.72/11,101/11,121/12,32/13,45/13, 55/14 и 35/19.

¹⁸ Кривични законик, „Сл.гласник РС“ бр.85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

¹⁹ Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, „Сл.гласник РС“бр.20/09.

²⁰ Закон о полицији, „Сл.гласник РС“ бр.06/16, 24/18 и 87/18.

²¹ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције, „Сл.гласник РС“ бр.94/16 и 87/18.

²² Закон о спољним пословима „Сл.гласник РС“бр.116/07,126/07 и 41/09.

²³ Закон о полицији, фн.21,чл.19.

(невладине), а међу њима Интерпол као најважнија специјализована међународна организација за борбу против криминала. На старом континенту једна од најпознатијих организација је Еуропол, али она окупља представнике националних полиција чланица ЕУ. У оквиру ове организације има и гостујућих чланова као што је Србија и још неке земље које нису чланице ЕУ, али су укључене због проблематике, геостратегијског положаја и других разлога. Одређени аспекти сарадње у Европи одвијају се и преко Савета Европе као кровне организације и ОЕБС-а. На америчком и осталим континентима постоје такође специјализоване организације за међународну полицијску и кривичну сарадњу, као и сличну организацију имају арапске земље.²⁴

Видови и облици међународне полицијске сарадње према карактеру и обиму могу бити билатрални, регионални и мултилатерални.

Према садржини најважнији видови, облици и механизми сарадње су размена информација, предузимање мера и радњи на молбу стране државе, заједничке акције, заједнички истражни тимови (*JITs - Joint Investigation Teams*), стручно-техничка помоћ, едукација кадрова.²⁵ Процесно-правне и фактичке мере и радње које се предузимају на молбу страних држава (органа) углавном обухватају међународне потернице, хапшење, саслушање, притвор, екстрадицију и поједине мање процесне радње.

Као значајни механизми међународне полицијске сарадње у пракси су веома присутни официри за везу, полицијски аташеи и мисије (мировне и полицијске за успостављање реда и закона).²⁶

4. МЕХАНИЗМИ РЕГИОНАЛНЕ ПОЛИЦИЈСКЕ САРАДЊЕ

Након окончања ратних сукоба на просторима некадашње СФРЈ новонастале државе су започеле „ресетовање“ међусобних политичких, економских и других односа које су оптерећивали проблеми из прошлости. Свест о мирном (су)животу на истом простору је ипак преовладала и покренута су бројна питања везана за будуће односе, економску и другу сарадњу између нових држава.

На пољу безбедности било је очигледно да су се променили изазови, ризици и претње по националну, регионалну и међународну безбедност.²⁷ У измењеним околностима једино је криминал напредовао и јавили су се најтежи појавни облици са међународним елементом, чији су носиоци организоване криминалне групе из свих држава региона. Значајну предност су

²⁴ Ж. Никач, *op.cit.*.137-189.

²⁵ С. Нешковић, Међународна полицијска сарадња, *Безбедност*, бр.05/05, Београд, 2005, 754-769.

²⁶ ЗОНДОСОКТК, *op.cit.*, фн.22.

²⁷ Вид. Б. Форца, Теоријски и практични аспекти савремених изазова, ризика и претњи безбедности, *Зборник са међународног научног скупа „Србија и стратегијска раскрића“*, Медија центар „Одбрана“, Београд, 2016.

имале *организоване криминалне групе* и криминалци са простора ех Југославије који су познавали територију, културу, менаталитет, језик и обичаје народа који живе на овим просторима. То све је омогућавало већу мобилност и повезивање криминалних група чак и током трајања ратних сукоба на просторима некадашње СФРЈ, а после окончања рата везе су интензивирание заједничким криминалним активностима на територији новонасталих држава. Томе у прилог иде и геостратегијски значај Балкана као раскрснице важнијих путева и криминалних рута које спајају запад и исток. Организованим криминалним групама са простора некадашње СФРЈ је посебно погодно да су односи међу државама били озбиљно нарушени, услед чега су полицијска и кривична сарадња биле на најнижем могућем степену. Рат и ратно окружење су укинули све границе и баријере за сарадњу и и заједничке активности организованих кримионалних група. Снажне везе и послови криминалаца са простора некадашње заједничке државе су озбиљно запретили да обезвреде резултате које су постигле новонастале државе на плану демократизације друштва и економске транзиције.

По нашем мишљењу важнији механизми, облици и организације регионалне полицијске и правосудне сарадње су: Регионална иницијатива за миграције, азил и избеглице, Регионална антикорупцијска иницијатива, Центар за сарадњу служби за спровођење закона, Асоцијација шефова полиције, Мрежа полицијских службеника и Полицијски форум.

Регионална иницијатива за миграције, азил и избеглице - MARRI (Migration, Asylum, Refugees, Regional Initiative) је покренута после фузионисања Иницијативе о миграцијама и азилу и Иницијативе о регионалном повратку расељених лица.²⁸ У средишту њених активности су управљање миграцијама и контрола граница, азил и визних режим сходно европским стандардима. Организација је успоставила мрежу органа и сарадњу са UNHCR, EU, OESC, PECS, IOM.²⁹ Под патронатом организације су и међународни пројекти успостављања јединствене базе података за сузбијање трговине људима и подршку жртвама, повећање безбедности докумената, сузбијања илегалних миграција и сарадње држава ЈИЕ.³⁰ Организација је посебно добила на значају поводом актуелне мигрантске кризе од 2015.године до данас и еномног броја избеглица који се крећу преко територија држава ЈИЕ ка ЕУ. То је довело до снажније сарадње земаља ЈИЕ, ЕУ и MARRI у циљу појачане контроле граница и бржи поступак

²⁸ <http://www.marri-rc.org> (22.04.2020).

²⁹ Joint Statement, Ministerial SEECF Meeting/Regional Forum of MARRI, Herceg Novi, 2004.

³⁰ Д. Лопандић, Ј. Кроња, Регионалне иницијативе и мултилатерална сарадња на Балкану, *Европски покрет у Србији и Фондација Фридрих Еберт*, Београд, 2010, 205-207.

реадмисије миграната који су фиктивни мигранти. У функцији сузбијања криминала на границама су распоређене мешовите полицијске патроле земаља ЈИЕ и ЕУ, што је случај са Србијом којој су помоћ пружиле полиције држава чланица ЕУ.³¹

Регионална антикорупцијска иницијатива - RAI (Regional Anti-Corruption Initiative) је успостављена као вид шире сарадње држава региона ради сузбијања корупције, изградње демократских институција и механизма заштите. Организација је покренула истраживање о независности правосуђа, пројекат у сарадњи са UNODC о механизмима за надзор правосудних органа и органа за спровођење закона.

Србија је усвојила неколико важних докумената за сузбијање корупције као што су Стратегија борбе против корупције и Акциони план, као и извршене су новеле КЗ РС и формирана посебна одељења за сузбијање корупције при ЈТ и полицији.³² Једна

од најважнијих мера која је још раније предвиђена било је одузимање имовине стечене кривичним делом, па су по узору на развијене државе Србија и земље региона основале посебне органе и специјализоване тимове.³³ Велики значај имају препоруке које државама периодично упућује GRECO (*The Group of States against Corruption*), органазација под окриљем Савета Европе.³⁴

Центар за сарадњу служби за спровођење закона ЈИЕ – SELEC (*Southeast European Law Enforcement Center*) је најзначајнији механизам сарадње држава региона за борбу против прекограничног криминала, иначе правни следбеник ранијег SECI (Regional Center for Combating Transborder Crime) центра.³⁵ Поред држава са простора ех Југославије чланице Центра су и друге државе региона, Турска и САД као најважнији финансијер. Државе чланице су се обавезале да ће остваривати међусобну сарадњу, размењивати информације, водити заједничке истраге и предузимати радње у функцији процесуирања извршилаца и кривичних дела прекограничног криминала.

³¹ МУП РС, www.mup.gov.rs (22.04.2020).

³² ЗОНДОСОКТК, *op.cit.*, фн.20.

³³ Ж. Никач, Место и улога МУП РС у борби против корупције – међународни и унутрашњи аспекти, *Корупција и људске слободе, УМКП РС*, Зборник радова, Тара 2009,408-424.

³⁴ Савет Европе је 1999.године основао GRECO са циљем надгледања процеса усаглашавања стандарда чланица са стандардима СЕ у области борбе против корупције. У раду организације поред држава чланица (47) учествују и САД. Вид. www.coe.int/greco (23.04.2020).

³⁵ <http://www.secicenter.org/m106/About+SELEC> (23.04.2020)

Државе чланице имају у седишту организације официре за везу који су припадници полиције и царине, који одржавају везе са својим националним контакт тачкама (*National Focal Point*) за сарадњу са Центром.³⁶ Према одредбама Конвенције о Центру за спровођење права у ЈИЕ (*Convention on Southeast European Law Enforcement Centre-SELEC*, 2009) организације у свом саставу има сталне представнике (13) и већи број посматрача (23).³⁷

Најзначајнији механизми и облици сарадње SELEC-а су размена информација, заједнички истражни тимови (*Joint Investigations Teams*) и кажњавање за кривична дела прекограничног криминала.³⁸

Вероватно најзахтевнији део су регионалне операције поводом којих се успоставља Оперативна координациона јединица (*OCU-Operational Coordination Unit*), у који улазе официри за везу држава чланица.³⁹

Важан облик рада су Радне групе за борбу против: трговине људима и кријумчарења миграната; илегалне производње и промета опојних дрога; превара и кријумчарења, високо-технолошког и привредног криминала; трговине украденим возилима; тероризма и транспорта опасних материја.⁴⁰

Остали механизми регионалне сарадње нису институционализовани и у питању су невладине организације (НВО) и правно гледано удружења грађана. Такве организације су Асоцијација шефова полиције - SEPCА (*Southeast Europe Police Chiefs Association*) и Полицијски форум – PF (*Police Forum*)⁴¹ као неформални облици сарадње. Највећи део активности одвија се преко пројеката едукације кадрова, развоја мреже жена у полицији, сузбијања конкретних појавних облика криминала (крађе возила), WEB пројеката, развоја полицијског обавештајног модела.⁴²

³⁶ Вид. Ж. Никач, В. Божић, Сузбијање казних дела илегалних миграција на подручју Регије с посебним освртом на РХ и РС, *Октобарски правнички дани, Правна ријеч* бр.48/16, година XIII, Бања Лука, 2016, 193-220.

³⁷ Д. Лопандић, Ј. Кроња, фн.31,208.

³⁸ „Agreement on Cooperation to Prevent and Combating Transborder Crime“, Bucharest, 26 May 1999, Internet, http://www.seccenter.org/p169/Legal_framework_SECI_Agreement (23.04.2020).

³⁹ У. Пена, Н. Сикимић, Настанак и развој међународне полицијске сарадње, *Интернационална асоцијација криминалиста*, Бања Лука 2011, 184-191.

⁴⁰ <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/spoljna-politika/eu/regionalna-saradnja/seci?lang=lat> (23.04.2020)

Вид. Статут SEPCА, Стратегија за период 2010-2013, оперативни документи, извештаји и информације из Архиве Центра.

⁴¹ Ж. Никач, Б. Симић, Асоцијација шефова полиције ЈИЕ - SEPCА, ЕУ и западни Балкан – изазови и перспективе, *ИМПП* и „Ханс Зајдел“, Зборник радова, Београд 2014, 424-436.

⁴² Б. Лештанин, В. Божић, Ж. Никач, Правни оквир за успостављање криминалистичко обавештајног модела према стандардима ЕУ, *Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама (Acquis Communautaire) ЕУ - стање у БиХ и искуства других*, Зборник, Бања Лука, 2018, 241-254.

5. МЕЂУНАРОДНА ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА МУП РС СА ЕУРОПОЛОМ

Поред сарадње са државама из састава некадашње СФРЈ и Балкана Србија има развијену међународну полицијску и кривичноправну сарадњу са државама и органима ЕУ, посебно агенцијама за примену закона. Најважнију сарадњу наша земља је успоставила са Еурополом као специјализованом полицијском канцеларијом ЕУ. Као један од приоритета за наредни период Еуропол (срб. Европол) је истакао успостављање пуне сарадње са државама Западног Балкана (ЈИЕ), како на политичком тако и на оперативном (полицијском) нивоу.⁴³

Потреба свеобухватније међународне и кривично-правне сарадње је заснована на опасностима од безбедносних изазова, ризика и претњи који се периодично процењују и уврђују посебним актима о процени претње од организованог криминала.

Подсећамо да је Еуропол 2017 године усвојио акт о Процени ризика од веома тешких (озбиљних) кривичних дела организованог криминала – СОСТА.⁴⁴

Полазећи од апликације Србије и других држава некадашње СФРЈ за пријем у ЕУ истакнута је неопходност сарадње са Еурополом, што је артикулисано усвајањем *Мане пута за Западни Балкан* (2007) у којем су дефинисани специфични циљеви за јачање улоге Европола у региону. У првом тренутку Еуропол је имао оперативни споразум о сарадњи са РХ и скромну безбедносно-информатичку везу са БЈРМ, док је касније потписао стратешке споразуме о сарадњи са Албанијом, БиХ, БЈРМ и Србијом.⁴⁵

Република Србија је потписала *стратешки споразум* са Еурополом 2008. године, који је потом ратификован и ступио је на правну снагу.⁴⁶ У акту се истиче потреба свестране међународне полицијске садање у борби против организованог криминала, тероризма и других најтежих појавних облика криминала. Према документу најважнији „алат“ је *размена стратешких и техничких информација о најтежим кривичним делима и извршиоцима*, које су подлога за предузимање полицијских оперативних мера и кривичног прогона. У складу са наведним интецијама

⁴³ European Parliament: *Europol, priorities of Europol in western Balkans*- speaking points for lászló salgó (europol assistant director),2009.

⁴⁴ СОСТА 2017, EU Organized Crime Threat Assessment, Europol. (24.04.2020). <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment>

Током 2019 године сувојени су посебни акти безбедносних процена за област втк - ИОСТА (Internet Organised Crime Threat Assessment) и др.

⁴⁵ Ж. Никач, оп.цит, фн.5,172-189.

⁴⁶ Закон о потврђивању Споразума о стратешкој сарадњи РС и Европске полицијске канцеларије, „Сл.гласник РС – Међународни уговори“бр.38/09.

је сачињена и истематика акта која обухвата конкретне облике криминала, класификацију информација у процесу размене, националне контакт тачке, надлежне органе, процедуру подношења захтева за помоћ и извршење, официре за везу и др.⁴⁷ Носилац сарадње испред МУП РС је Дирекција полиције и Управа за међународну оперативну полицијску сарадњу (УМОПС) која у свом саставу има Одељењез а сарадњу са Еурополом, као и друге линије рада пре свега Управа криминалистичке полиције (УКП).⁴⁸

На основу стратешког документа Србија је почетком 2014.године потписала са Еурополом *Споразум о оперативној сарадњи*, коме су претходили „претприступни“ документи (2010) – Мапа пута сарадње Еуропа и РС, Меморандум о разумевању и успостављању безбедне комуникационе линије и Билатерални споразум о повезивању рачунарских мрежа. На тај начин наша земља се придружила групи земаља региона и осталих које су закључиле идентичне споразуме о сарадњи са Еурополом.⁴⁹ Оперативни споразум обухвата размену података, размену официра за везу и друге познате облике и видове међународне полицијске сарадње. Предмет сарадње је заједничка борба против организованог криминала, тероризма и најтежих појавних облика криминала. На основу овог споразума РС је учествовала у неколико пројеката. Активности Србије и њених органа (МУП РС) су посебно значајне због апликације за пријем у ЕУ и с тим у вези израде значајних докумената – планова, стратегија, извештаја⁵⁰ и акционих планова.⁵¹

Мишљења смо да је перспектива сарадње Србије и ЕУ (Еуропа) неспорна због значајног геостратегијског положаја Србије. У том контексту потребно је извршити неопходну хармонизацију националних правних норми са правом ЕУ, затим успоставити сталну контакт тачку за сарадњу и укључити се према могућностима у Еурополов информациони систем.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Ж. Никач, Б. Симић, Полицијска сарадња Републике Србије и Европа, *Међународни научни скуп КПА и Ханс Зајдел фондације*, Тара, Зборник радова, Том 2, Београд, 2016, 367-384.

⁴⁹ <https://www.europol.europa.eu/content/page/information-exchange-1848> (24. 04.2020).

Идентичне споразуме са Еурополом закључили су: Албанија, Аустрија, БиХ, Канада, Колумбија, БЈР Македонија, Исланд, Норвешка, Швајцарска, Линхенштајн, Монако, Молдавија, Русија, САД, Турска, Украјина, Црна Гора.

⁵⁰ Извештај о скринингу Србија, Поглавље 24 – Правда, слобода и безбедност. MD 46/14 од 15.05.2014.

/Екпланаторни скрининг 02.10.–04. 10. 2013 и билатерални састанак 11.12.–13.12.2013/.

⁵¹ Action plan for chapter 24 – Introduction, 21.01.2015.

Извор: www.mup.gov.rs (24.04.2020).

6. ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА МУП РС СА МЕЂУНАРОДНИМ СНАГАМА НА ТЕРИТОРИЈИ АП КиМ

Ратни сукоби на просторима некадашње СФРЈ завршени су након престанка НАТО агресије на СРЈ и потписивања *Кумановског споразума* 30.06.1999.године, којим се СРЈ обавезала на повлачење војних и полицијских снага са АП КиМ и размештање међународних снага безбедности - KFOR (*Kosovo force*).⁵² *Резолуцијом СБ УН бр.1244* успостављена је међународна администрација за КиМ - цивилне и безбедносне снаге, као и успостављене су Копнена зона безбедности и Ваздушна зона безбедности. Генерални секретар УН је овлашћен да именује Специјалног представника за контролу спровођења међународног цивилног присуства и координацију са међународним снагама безбедности UNMIK (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*).⁵³

Након тога успостављена је ЕУ мисија под називом *EULEX (European Union Rule of Law Mission)*, која има задатак да обезбеди владавину права на КиМ.⁵⁴ МУП РС је успоставио сарадњу са мисијом EULEX-а након размене писама и потписаног Протокола о полицијској сарадњи (11.09.2009) на основу Резолуције бр.1244 СБ УН, Одлуке Савета ЕУ бр.2008/124/ЦФСП и Извештаја Генералног секретара о Мисији УН на КиМ бр.С/2008/692 (24.11.2008).⁵⁵ Најважнији елемент споразума је размена информација у функцији борбе против организованог криминала, посебно производње и продаје наркотика и осталих тешких кривичних дела.

Потом је 2012.године усвојен је *Технички протокол о интегрисаном управљању административном линијом* према којем су успостављене Заједничке тачке преласка (6) и дефинисани послови контроле преласка који обављају службеници Београда и Приштине, уз присуство EULEX-а. Убрзо затим је почетком 2013.године закључен Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа.⁵⁶

⁵² О. Стевановић, *Кумановски споразум*, КПА, Београд, 2016,11-56.

⁵³ Б. Лештанин, Сарадња МУП РС и Међународних снага безбедности на КиМ, са посебним освртом на ПУ Краљево, *НБП*, бр.02/17, vol.22,iss.2,61-78.

⁵⁴ <http://www.eulex-kosovo.eu/> (24.04.2020).

⁵⁵ МУП РС, официјелни сајт, www.mup.gov.rs (25.04.2020).

⁵⁶ Д. Ђукановић, Односи Београда и Приштине: од техничког до политичког дијалога, *Међународни проблеми*, бр. 3/2013, Београд,365-385

<http://kim.gov.rs/pregovaracki-proces.php> (25.04.2020)

а) Према Кумановском споразуму на АП Ким су распоређене међународне снаге (50.000 војника) са којима је успостављена сарадња и координација активности преко Заједничке комисије за спровођење Војнотехничког споразума⁵⁷. Крајем марта 2011. године међународне снаге су редуковане и трансформисане у две мултинационалне борбене групе.⁵⁸

Најважнији механизми *сарадње са KFOR*-ом су радни састанци на различитим нивоима, патролна делатност (једновремена), редовна комуникација и путем „врхних линија“. Носилац сарадње с наше стране је Војска Србије, док МУП (полиција) партиципира у поткомисији за полицијско-безбедносна питања и на састанцима различитог нивоа.⁵⁹ Сарадња обухвата размену информација, разматрање стања безбедности на административној линији. бројно стање ефектива на терену и друга оперативна питања.

б) *Сарадња са EULEX*-ом је формализована Протоколом о сарадњи МУП и EULEX-а који је посвећен заједничкој борби против организованог криминала, других тешких појавних облика криминала, заштити јавног реда и остварењу безбедности.⁶⁰ На основу одлуке Савета Европе Мисија EULEX-а има око 1500 припадника (судије, тужилаци и полицајци) који су задужени за успостављање владавине права, демократске стандарде у заједници и јавни ред и мир.⁶¹

Према Протоколу најважнији механизми сарадње су размена информација, изградња ефикасних истражних механизма, међусобно обавештавање о активностима и догађајима који имају прекогранични карактер (трговина људима, илегални преласци границе и административне линије, кријумчарење опојних дрога) и могуће заједничке акције. Предвиђено је да се полицијска и кривична сарадња одвијају по начелима чувања тајности података, конспиративности, поверљивости и осталим оперативним стандардима.⁶²

в) Велики значај за преговарачки процес у целини и с тим у вези међународну (полицијску) сарадњу имају потписани документи под патронатом ЕУ, колоквијално познати као „*Бриселски споразуми*“. У контексту полицијско-безбедносних питања

⁵⁷ О. Стевановић, *op.cit.*, фн.53,169-206.

⁵⁸ Вид. <http://jfcnaples.nato.int/kfor/about-us/history/conflict-background> (25.04.2020).

⁵⁹ Б. Лештанин., *op.cit.*, фн.54,61-78.

⁶⁰ МУП РС, Протокол о сарадњи МУП и EULEX-а, Београд,2009, (интерно)

⁶¹ Council Joint Action on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX KOSOVO”, Brussels, 2008/124/CFSP.

⁶² МУП РС, фн.56.

најважнији документ је *Договор о слободи кретања*⁶³ који предвиђа пуну слободу кретања грађана са обе стране административне линије, уз коришћење личних карата издатих од стране Приштине (Привремених институција самоуправе у Приштини). Приликом уласка у Србију овим лицима се издаје *Документ о уласку и изласку* са роком важности 60 дана.⁶⁴ Сви преласци административне линије се електронски бележе (од 21.09.2015) ради спречавања злоупотреба права о слободи кретања, сузбијања илегалних прелазака и вршења кривичних дела. Такође су договорене поједине конкретне мере ради заустављања негативног тренда масовног иселјавања са КиМ у земље ЕУ.⁶⁵

На основу Договора о слободи кретања омогућено је коришћење возачких дозвола и регистарских таблица издатих од стране Привремених институција самоуправе у Приштини. Међутим, у пракси је и даље проблем коришћења регистарских ознака Приштине (тзв.РСК) јер је став Србије да то нарушава статусну неутралност, па се захтева привремено маркирање возила („пробне“ таблице МУП РС, рок 60 дана).⁶⁶ На идентичан начин је привремено регулисано и питање осигурања возила за случај саобраћајних несрећа и настанка штете.⁶⁷ Закључком Владе РС привремено је регулисано питање контроле *преласка административне линије према АП КиМ* и издавање појединих докумената до доношења адекватног правног акта.⁶⁸

⁶³ <http://kim.gov.rs/p11.php> (25.04.2020).

⁶⁴ Б. Лештанин, *op.cit.*, фн.50,61-78.

⁶⁵ Izveštaj o napretku u dijalogu Beograda i Prištine za period april – oktobar 2015.godine [online] dostupno na: <http://www.kim.gov.rs/doc/pregovarackiprocес/Izvestaj%20o%20dijalogu%20oktobar%20015%20SRPSKI%20fin.pdf> (17.05.2016).

⁶⁶ Влада РС, Закључак 05 бр. 021-6653/11 од 01.09.2011.

⁶⁷ Влада РС, Закључак 05 бр. 423-9394/11 од 08.12.2011.

Извештај о напретку у дијалогу Београда и Приштине за период октобар 2015.године – април 2016.године [online] , <http://www.kim.gov.rs/doc/pregovarackiprocес/1.1%20Izvestaj%20okt-mart%20%202016%20SR.pdf> (25.04.2020).

⁶⁸ Влада РС, Закључак 05 бр. 27-9727/15 од 10.09.2015.

Вид.Одлука Народне скупштине РС о прихватању Извештаја о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање ЕУ, укључујући процес имплементације постигнутих договора, „Сл. гласник РС“ бр.38/13.

*Договор о интегрисаном управљању административном линијом*⁶⁹ је постигнут 02.12.2011.године, али је имплементација сачекала усвајање *Техничког протокола* 10.12.2012.године којим су успостављене заједничке тачке преласка (ЗТП): 1. Рудница-Јариње (ПУ Краљево), 2. Табалије-Брњак (ПУ Нови Пазар), 3. Бела Земља-Кончуљ (ПУ Врање), 4. Мердаре (ПУ Прокупље), 5. Мутиводе (ПУ Лесковац) и 6. Децпе-Мучибаба (ПУ Врање). Подручје административне линије подељено је у три региона које обухватају наведене прелазе, док су у међувремену договорена два нова ЗТП: 7. Рајетићи/Извор (ПУ Нови Пазар) и 8. Капија/Врапце (ПУ Лесковац). ЗТП су основање са циљем да се поједностави процедура преласка административних линија и олакшају активности везане за контролу лица, добара и возила, као и спрече, открију и процесуирају криминалне активности и носиоци. Стране потписнице су се обавезале да једна другу обавештавају о процедурама везаним за обраду лица, возила и добара као и измену процедура. Обе стране су установиле механизме за размену информација значајних за спречавање, откривање и истрагу криминалних активности, као и заштиту живота и здравља људи, животиња и биљака, животне средине и безбедности хране. Стране потписнице су усвојиле и посебне *Планове за непредвиђене околности*, када на захтев пружају помоћ једна другој.⁷⁰

Сарадња са Привременим институцијама самоуправе у Приштини је потом прешла на терен политичких преговора, али су исти убрзо застали због унутрашњих политичких питања пре свега Приштине. Народна скупштина РС је усвојила *Резолуцију о основним принципима за политичке разговоре са Привременим институцијама самоуправе у Приштини* (2013),⁷¹ која је званична политичка платформа за политички дијалог. Влада РС је потом парафирала „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“ који има 15 тачака међу којима се налазе Заједница српских општина, полиција, регионални шеф полиције за четири српске општине на северу КиМ, судска власт, општински избори.⁷²

Мишљења смо да је полицијска сарадња са међународним снагама и представницима Привремених институција самоуправе у Приштини нужна због решавања свакодневних проблема обичних грађана, економских токова и посебно због подршке српској заједници на АП КиМ. Сарадња је изузетно важна и због пресецања криминалних активности организованих криминалних група које користе политичку и сваку другу нестабилност, актуелну мигрантску кризу и друге околности.

⁶⁹ <http://kim.gov.rs/p13.php> (25.05.2020).

Вид.Влада РС, Закључак 05 бр. 021-9607/11-1 од 22.12.2011.

⁷⁰ Технички протокол и Технички аранжман о функционисању привремених ЗТП (Технички аранжман), МУП РС, интерни документ.

⁷¹ "Сл.гласник РС" бр.04/13.

У Резолуцији се наводе као основни принципи за разговоре: непризнавање једнострано проглашене независности Косова, стварање услова за сигурност и пуна заштита људских права за српску заједницу и све друге националне заједнице на КиМ.

⁷² Влада РС, Закључак бр.02-3570/13 од 22.4.2013.

7. ЗАКЉУЧАК

Криминал је данас неспорно глобални феномен који има снажну међународну димензију, посебно организовани криминал и теоризам. Стога и борба против криминала има снажну интернационалну црту и захтева ангажовање, антикриминалну солидарност и сарадњу сих држава и специјализованих међународних и других организација.

Балкански регион и посебно државе чланице некадашње СФРЈ су били у блиској прошлости погођени ратним сукобима и њиховим погубним последицама, када је дошло до експлозије криминала у свим срединама и повезивању регионалних криминалних организација. То је захтевало и адекватан одговор свих држава и условило међународну сарадњу која је успостављена на билатералном, регионалном и мултилатералном плану. Регионална сарадња је добила на значају након потписивања Конвенције о међународној полициској сарадњи у ЈИЕ и Конвенције SELEC, те закључењу бројних билатералних уговора за њихову имплементацију и кроз механизме регионалне сарадње.

Република Србија је имала један од најтежих периода у својој новијој историји када су је погодили грађански рат, међународне санкције, НАТО агресија, сецесија КиМ и друге неповољне околности. Након успостављања мира актуелизована је међународна сарадња у свим областима и с тим у вези полицијска и кривична сарадња у борби против криминала. Савремени појавни облици тероризма, организованог и других тешких облика криминала нису омеђени државним и географским баријерама, већ имају снажну интернационалну димензију и присутни су и у нашем региону. Стога је регионална сарадња Србије и држава чланица некадашње СФРЈ данас нужност у време бројних изазова, ризика и претњи по националну и међународну безбедност.

Мишљења смо да треба олакшати актуелне процедуре размене информација, побољшати мобилност ефектива и квалитет оперативних информација у функцији успешније међународне сарадње.

Željko Nikač, PhD

Full time Professor,

The University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

Božidar Forca, PhD

Full time Professor, Faculty of Business Studies and Law

„Union-Nikola Tesla“ University, Belgrade

INTERNATIONAL POLICE COOPERATION BETWEEN SERBIA AND THE
STATE OF THE REGION IN THE FIGHT AGAINST CRIME

Summary

The paper presents the most important aspects of international police cooperation between Serbia and the countries of the region, especially the members of the former SFRY in the fight against the most serious forms of crime. The first part gives a brief overview of the emergence and development of international police cooperation. The following are the international and national legislative framework, subjects, types and forms of international police cooperation between Serbia and the surrounding countries. Regional police and criminal co-operation is exposed through current co-operation mechanisms, as well as prominent co-operation with Europol as a specialized organization within the EU. The issue of cooperation with international forces in the Autonomous Province of Kosovo and Metohija was also pointed out, in the sense of UN Security Council Resolution No. 1244/99. The concluding remarks set out the perspectives of cooperation between Serbia and the countries of the former Yugoslavia in the context of Euro-Atlantic integration and Serbia's application for EU membership.

Key words: crime, international police and criminal cooperation, Serbia and the EU.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

- Влада РС, Закључак 05 бр. 021-6653/11 од 01.09.2011.
- Влада РС, Закључак 05 бр. 423-9394/11 од 08.12.2011.
- Влада РС, Закључак 05 бр. 021-9607/11-1 од 22.12.2011.
- Влада РС, Закључак бр.02-3570/13 од 22.4.2013.
- Влада РС, Закључак 05 бр. 27-9727/15 од 10.09.2015.

-Ђукановић Д, Односи Београда и Приштине: од техничког до политичког дијалога, *Међународни проблеми*, бр. 3/2013, Београд,365-385

- Крећа М, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд, 2016.
- Лазаревић В, *Међународна полиција – историја, рад и резултати*, Интерно, Београд 1933.
- Закон о потврђивању Конвенције о полицијској сарадњи у ЈИЕ, „Сл.гласник РС“ бр.70/07.
- Закон о ратификацији Конвенције SELEC, „Сл.гласник РС - Међународни уговори“ бр. 08/11.
- Законик о кривичном поступку (ЗКП), „Сл.гласник РС“ бр.72/11,101/11,121/12,32/13,45/13, 55/14 и 35/19.
- Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима (ЗМПШКС), „Сл.гласник РС“ бр.20/09.
- Закон о полицији, „Сл.гласник РС“ бр.06/16, 24/18 и 87/18.
- Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције (ЗОНДОСОКТК), „Сл.гласник РС“ бр.94/16 и 87/18.
- Закон о спољним пословима „Сл.гласник РС“ бр.116/07, 126/07 и 41/09.
- European Parliament: *Europol, priorities of Europol in western Balkans-speaking points for lászló salgó* (europol assistant director), 2009.
- Закон о потврђивању Споразума о стратешкој сарадњи РС и Европске полицијске канцеларије, „Сл.гласник РС – Међународни уговори“ бр. 38/09.
- Joint Statement, Ministerial SEECР Meeting/Regional Forum of MARRI, Herceg Novi, 2004.
- Кривични законик (КЗ) , „Сл.гласник РС“ бр.85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.
- Лештанин Б, Божић В, Никач Ж, Правни оквир за успостављање криминалистичко обавештајног модела према стандардима ЕУ, *ИЦ Бања Лука и ИУП Београд, Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама (Acquis Comunitaire) ЕУ - стање у БиХ и искуства других*, Зборник, Бања Лука, 2018,241-254.

-Лештанин Б, Сарадња МУП РС и Међународних снага безбедности на КиМ, са посебним освртом на ПУ Краљево, *НБП* бр.02/17, vol.22,iss.2,61-78.

-Лопандић Д, Кроња Ј, Регионалне иницијативе и мултилатерална сарадња на Балкану, *Европски покрет у Србији и Фондација Фридрих Еберт*, Београд 2010, 205-207.

-МУП РС, Протокол о сарадњи МУП и EULEX-а , Београд, 2009, (интерно)

- Никач Ж, *Транснационална сарадња држава у борби против криминала: Европол и Интерпол*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд,2003.

- Никач Ж, *Међународна полицијска сарадња*, КПА, Београд, 2015.

- Никач Ж, Јурас Д, Међународна полицијска сарадња у ЈИЕ у функцији безбедности, *Страни правни живот*, бр.03/15, Београд, 2015,283-302.

-Никач Ж, Симић Б, Асоцијација шефова полиције ЈИЕ - СЕРСА, *ЕУ и западни Балкан – изазови и перспективе, ИМПП и „Ханс Зајдел“*, Зборник радова, Београд 2014,424-436.

- Никач Ж, Симић Б, Полицијска сарадња Републике Србије и Европола, *Међународни научни скуп КПА и Ханс Зајдел фондације, Тара*, Зборник радова, Том 2, Београд, 2016, 367-384.

- Нешковић С, Међународна полицијска сарадња, *Безбедност*, бр.05/05, Београд, 2005,754-769.

- Одлука Народне скупштине РС о прихватању Извештаја о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање ЕУ, укључујући процес имплементације постигнутих договора, „*Сл. гласник РС*“, број 38/13

- Пена У, Сикимић Н, Настанак и развој међународне полицијске сарадње, *Интернационална асоцијација криминалиста*, Бања Лука 2011,184-191.

- Резолуција о основним принципима за политичке разговоре са Привременим институцијама самоуправе у Приштини, Народна скупштина РС, "*Сл.гласник РС*" бр. 04/13.

- Статут Интерпола, интерно издање, ССУП, Београд, 1956 (основни текст).

- Статут СЕРСА, Стратегија за период 2010-2013, оперативни документи, извештаји и информације из Архиве Центра.

- Стевановић О., *Кумановски споразум*, КПА, Београд, 2016.

- Технички протокол и Технички аранжман о функционисању привремених ЗТП (Технички аранжман), МУП РС, интерни документ.

- Устав Републике Србије, „Сл.гласник РС“ бр.98/06.

- UN Convention against Transnational Organized Crime, UN, Treaty Series, vol. 2225.

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>

- Forca b, Djokovic f, *Normative framework of the serbian national security system*, International monograph Comparative security systems of neighbouring countries: similarities, differences and cooperative, Faculty of business and law, University “Union-Nikola Tesla”, Belgrade, 2018.

- Форца, Б., Теоријски и практични аспекти савремених изазова, ризика и претњи безбедности, *Зборник са међународног научног скупа „Србија и стратегијска раскршћа“*, Медија центар „Одбрана“, Београд, 2016.

- Council Joint Action on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX KOSOVO”, Brussels, 2008/124/CFSP.

-Wright R.A, Miller J.M, *The Encyclopedia of Criminology*, Routledge, New York, 2005,795-798.

Интернет и други извори

-Izveštaj о napretku u dijalogu Beograda i Prištine за период април – октобар 2015.godine [online] доступно на <http://www.kim.gov.rs/doc/pregovaracki-proces/Izvestaj%20o%20dijalogu%20oktobar%202015%20SRPSKI%20fin.pdf>

-Извештај о напретку у дијалогу Београда и Приштине за период октобар 2015.године – април 2016.године [online] , <http://www.kim.gov.rs/doc/pregovaracki-proces/1.1%20Izvestaj%20okt-mart%202016%20SR.pdf>

- МУП РС, официјелни сајт, <http://www.mup.gov.rs>

- SOCTA 2017, EU Organized Crime Threat Assessment, Europol.
<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment>

- www.interpol.int/public/

- <http://www.marri-rc.org>

- <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/spoljna-politika/eu/regionalna-saradnja/seci?lang=lat>

- <https://www.europol.europa.eu/content/page/information-exchange-1848>

- <http://www.eulex-kosovo.eu/>

- <http://kim.gov.rs/pregovaracki-proces.php>

- <http://jfcnaples.nato.int/kfor/about-us/history/conflict-background>

- <http://kim.gov.rs/p11.php>

- <http://kim.gov.rs/p13.php>

Ivica JOSIFOVIĆ, PhD*
Igor KAMBOVSKI, PhD**

341.44/.45(4-672EU)
341.645(4-672EU)

THE EUROPEAN ARREST WARRANT AND THE ROLE OF PUBLIC PROSECUTORS

Abstract

The European Arrest Warrant (EAW) is one of the most used mechanisms in judicial cooperation in criminal matters. It consists of simplified procedure for cross-border surrender for purposes of prosecution or executing a prison sentence or detention order, thus replacing the traditional system on cooperation including the political authorities of member-states.

The paper aims to explain the role of Public Prosecutors in the procedure of issuing the EAW through the practice of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The paper deals with two parts: first, it elaborates case law by which the Court secured additional clarification of the long-standing question regarding the definition of “judicial authority” responsible for issuing the EAW and second, it elaborates the jurisdiction of public prosecutors in member-states in their capacity to issue the EAW. Both parts explain court cases and judgements brought upon. With these judgment, the CJEU further develops its jurisprudence regarding the functioning of the EAW in the criminal justice area.

The conclusion explains the impact of these judgments in national law of member-states, as well as on the whole area of criminal justice in the EU, implying the need of evaluation and possible reform of criminal justice organization in certain member-states.

Key words: arrest warrant, public prosecutor, Court of Justice, case-law

1. INTRODUCTION

The European Arrest Warrant (EAW) is a measure of EU’s criminal law, applicable among judicial authorities of EU member-states, according the principle of mutual recognition, where the extradition procedure is replaced by simplified and expedited procedure.¹ A member-state issuing the EAW may request that it be carried

* Associate Professor, Faculty of Law at “Goce Delčev” University Štip, ivica.josifovik@ugd.edu.mk .

** Full-time Professor, Faculty of Law at “Goce Delčev” University Štip, igor.kambovski@ugd.edu.mk .

¹ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190/1; Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions

out in any other EU member-state. The Framework Decision for the European Arrest Warrant (FDEAW) provides for a catalogue of 32 offences in which mutual trust is at a higher level, meaning that extradition (or using the correct terminology – surrender) may only be refused on limited grounds.

The basis for the FDEAW system is simple: EAW issued by one member-state must be executed in another member-state, unless the FDEAW requests or allows non-execution. For other offences not provided for in the catalog, the national provisions of criminal law apply. More importantly, the surrender is a judicial proceeding, unlike extradition, which is a political decision most often made by the Minister of Justice, rather than by a judge. A precondition for such cooperation is mutual trust and the assumption that the same legal criteria are applied through the provision of fundamental rights, especially the right to a fair trial.

The warrant refers to offenses punishable by imprisonment of more than one year or imprisonment for more than four months or a warrant for detention of more than four months. The decision of the court ordering the deprivation of liberty and return of the person for the purpose of conducting a criminal procedure, execution of imprisonment or detention shall be carried out without delay by the court of the state in which the person is at the latest within 90 days. The surrender of a person may be refused only under the following conditions: if it is convicted of the same offense; in case of amnesty; or the person cannot be held criminally responsible due to his/her age. The State requesting the extradition of a convicted person may, instead of extraditing him, execute the judgment sought by the requesting State itself.

The FDEAW text leaves numerous unanswered question. These refer, above all, to the very notion of the EAW. As the National Arrest Warrant (NAW), the EAW is a decision of a competent court or judicial authority or arrest order of a person for purposes of conducting criminal investigation or execution of sentence or detention order. However, the Court of Justice of the European Union (CJEU) made it clear that for the purposes of FDEAW it is crucial to distinguish between NAW and EAW.

Further, the FDEAW requires the EAW to be issued by judicial authority. The same applies to the execution of the EAW and the NAW on which it must be based. The FDEAW envisions a “judicial” system in which key decisions are made by the judiciary and the role of government or executive bodies are only limited to providing administrative and practical assistance to the judiciary. Therefore, it is important to determine what constitutes a “judicial authority”. The FDEAW requires member-states to determine which judicial authority will be competent to issue or execute the EAW, but does not define the very term of “judicial authority”. In practice, this has led to differences between member-states, with some of them having established bodies that look more like political rather than judicial.

2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81/24.

2. PREVIOUS CASE LAW

2.1. National Arrest Warrant

In its judgment of *Bob-Dogi* case, brought on June 1, 2016, the CJEU had the opportunity to decide on Article 8, paragraph 1, point c of the FDEAW regarding the consequences of the absence of the NAW issued before and separately from the EAW in case of a request for surrendering a person based on the EAW.²

In the present case, the Romanian executive authority received a request for extradition from a Hungarian body based only on the EAW, which was not based on a previous, separate NAW. The Romanian court, as an executive authority, found that the EAW had also expanded into Hungary and assumed that the EAW was also the NAW. This assumption turned out to be correct. Hungarian law provides for a “simplified procedure” in cases where the concerned person is already outside the territory of Hungary when the EAW is issued. In such a case, no separate NAW has been issued.

At the same time, the EAW constitutes an NAW. The Romanian court has questioned whether this is compatible with Article 8, paragraph 1 of the FDEAW, which stipulates that the EAW, *inter alia*, must comply with “evidence of an enforceable judgment, an arrest warrant or other enforcement decision with the same effect”. The concerned court decided to refer to the CJEU in a preliminary ruling procedure on whether the FDEAW requests a previous and special arrest warrant and if that is the case, whether the absence of such an arrest warrant implies grounds for non-execution of the EAW. The CJEU confirmed that the FDEAW requires the EAW to contain evidence of NAW or a comparable decision. The CJEU has interpreted this to imply that the EAW must be based on a national judicial decision that takes the form of a decision to issue an NAW or a similar decision.

According to the Court, where the EAW is issued for purposes of conducting criminal investigation does not contain a reference to the existence of the NAW, the executive judicial authority cannot give effect to it if, upon request from the issuing authority, it submits all additional information as a matter of urgency, that authority confirmed that the arrest warrant had in fact been issued in the absence of any NAW. The CJEU clarified that the compliance with the requirement that there be an NAW different from the EAW is of particular importance because it means that, where the EAW was issued in order to prosecute, the person concerned should already benefit, at the first level of the proceedings, from procedural safeguards and fundamental rights, the protection of which is the task of the issuing authority to ensure in accordance with applicable national law. That judicial protection is lacking, in principle, when the issue of the EAW is not preceded by a decision made by a national judicial authority.

Referring to these goals, the CJEU explained that the FDEAW imposes a double level of protection for procedural and fundamental rights of the requested

² Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-241/15 *Niculaie Aurel Bob-Dogi v Curtea de Apel Cluj*, 2016, ECLI:EU:C:2016:385.

person: the first concerns on judicial protection provided at the level at which the NAW was issued; the second refers to the protection that must exist when adopting the decision to issue the EAW. This double level of judicial protection was lacking, in principle, according to the simplified procedure that existed in Hungary as only one decision was adopted, and not two according the FDEAW.

At the end, the CJEU found that the absence of any indication in the EAW of the existence of the NAW was not one of the grounds for non-execution listed in the FDEAW. However, the CJEU stressed that the FDEAW is based on the premise that EAW mentions a national arrest warrant or a comparable decision. Failure to do so implies that the EAW is invalid, which in turn means that the executing authority must refuse the execution of the EAW.

2.2 The Concept of Judicial Authority

In the cases of *Poltorak*,³ *Kovalkovas*⁴ and *Ozcelik*⁵, the Amsterdam Court, as competent to prosecute EAW under Dutch law, decided to refer to the CJEU in preliminary ruling procedure for a legal explanation of the exact meaning of the “judicial authority”. These cases relate to the pre-trial proceedings filed by the Amsterdam District Court, which received three ENAs. Specifically, in the *Poltorak* case, the EAW was issued by the Swedish Police Board. In the *Kovalkovas* case, the EAW was issued by the Lithuanian Ministry of Justice. Finally, in the *Ozcelik* case, the EAW was issued by the Hungarian police, but later confirmed by the public prosecutor. The Amsterdam District Court referred to the CJEU to clarify whether the police authorities in *Poltorak* and *Kovalkovas* case could be considered as bodies covered by the term “judicial authority” under Article 6, paragraph 1 of the FDEAW. The referring court, also asked the CJEU whether the public prosecutor’s confirmation of the intentions to issue the EAW, previously issued by the police, could be considered to be covered by the term “judicial decision” under Article 8, paragraph 1 of the FDEAW.

In cases of *Poltorak* and *Kovalkovas*, the CJEU held that the terms “judicial authority” and “judicial decision” are an autonomous concept of the EU law and “are not limited to designating only the judges or courts of a member-state, but may extend, more broadly, to the authorities required to participate in administering justice in the legal system concerned” This includes criminal courts and judges of a member-state, but not police services and executive such as ministers. The CJEU explained that the term “judicial” must be distinguished from the executive, in accordance with the principle of separation of powers. Hence, judicial bodies are traditionally explained as authorities for delivering justice, unlike administrative or police bodies,

³ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-452/16 Openbaar Ministerie v. Krzysztof Marek Poltorak, 2016, ECLI:EU:C:2016:858.

⁴ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-477/16 Openbaar Ministerie v. Ruslanas Kovalkovas, 2016, ECLI:EU:C:2016:861.

⁵ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-453/16 Openbaar Ministerie v. Halil Ibrahim Ozcelik, 2016 ECLI:EU:C:2016:860.

which fall under the mandate of the executive branch. The issue of issuing EAWs by “central authorities” such as the police service or ministries does not provide the judicial authority with the certainty that the decisions related to EAW “cover all judicial guarantees” and therefore cannot provide a “high level of trust” between states-members as required by mutual recognition principle.

After finding that the term “judicial authority” is an autonomous concept of the EU, the CJEU continued to broadly construct the notion by covering national bodies that administer criminal justice, but not the police service. As a result of this reasoning, the CJEU concluded that, in the *Ozcelik* case the confirmation by the public prosecutor of the issued EAW for the purposes of conducting criminal proceedings by the national police authority is a legal act that the public prosecutor verifies and confirms the issue of the EAW and thus constitutes a “judicial decision” within Article 8, paragraph 1, point c of the FDEAW.

The CJEU conclusions are logical. Common sense simply dictates that police and ministries cannot be considered as judicial authorities. It would be strange and really undesirable if the courts of the member-states executing the EAW were obliged to act on the orders of foreign police officers or politicians. For the whole system to be legitimate, there must be guarantees that the EAW is issued with respect to the right to a fair trial and other fundamental rights. Such guarantee could not be given to the police or other politically controlled bodies. In the *Ozcelik* case, the CJEU found that the public prosecutor’s office could be considered as a judicial authority for the FDEAW’s purposes. However, the precise powers and duties of public prosecutors in other member-states may vary and not all offices may provide the guarantees of procedural and fundamental rights required to satisfy the CJEU. Therefore, in determining whether public prosecutors can be labeled as a “judicial authority” authorized to issue an EAW, a case-by-case analysis is required.

3. THE EAW AND THE ROLE OF PUBLIC PROSECUTORS

After explaining the role of the NAW when issuing the ENAW, as well as the concept of “judicial authority” through the CJEU’s case law, it is more controversial that the issuing judicial authority must act “impartially” and “objectively” from the executive when issuing the ENA. As the CJEU has already ruled in the cases of *Poltorak* and *Kovalkovas*, the term “judicial authority” does not have to be strictly interpreted as referring only to judges and courts of member-state, but also covers “the authorities participating in the administration of criminal justice in that member-state”, such as the Hungarian prosecutors in the *Ozcelik* case. This broad interpretation is supported by the EAW’s explanation, which aims to facilitate the free movement of judicial decisions, including those before the judgment regarding the conduct of criminal proceedings. With regard to the functions performed by prosecutors in these three cases, the Court considered that this criterion was easily met, as the authorities in question play an essential role in the conduct of criminal proceedings in their member-states.

Following the principles of separation of powers, this basic requirement aims to ensure that the rule of law prevails and that the fundamental rights of the person concerned are effectively protected, in the absence of any political considerations.

For example, in the *LM* case from 2018, involving the extradition of a Polish citizen in Ireland, the CJEU had already taken a stand on the independence of the judiciary in the context of the EAW, which is especially important if such a mechanism allows deprivation of liberty.⁶ The Court, relying on applicable EU protection standards, examined whether the competent authorities were able to provide a sufficient level of judicial protection when issuing an EAW. Moreover, it reaffirmed that, as a matter of principle, the judicial authority competent to execute the EAW must refuse the extradition if it considers that there is a real risk that the person concerned will suffer a violation of his fundamental rights before an independent tribunal, and thus the essence of his fundamental right to a fair trial, because of the shortcomings that may affect the independence of the judiciary in the member-state.

On May 27, 2019, the CJEU, through a new ruling, provided further clarification on the long-standing question of the definition of “judicial authority” responsible for issuing the EAW and decided on the independence to be determined under the EU law. It responded to the doubts regarding the capacity of the public prosecutor's offices of member-states to issue EAWs, a doubt raised by the cases explained above.

In May 2016, the Germany's Public Prosecutor's Office of Lübeck issued an EAW against a Lithuanian citizen residing in Ireland for premeditated murder and serious injury in 1995. Also, in March 2018, the Germany's Public Prosecutor's Office of Zwickau issued an EAW against a Romanian citizen who is also residing in Ireland for the crime of organized or armed robbery. The two cases were merged into one due to the referral of a common question concerning Article 6, paragraph 1 of the FDEAW regarding the identification of a “judicial authority”.⁷ More specifically, before the Irish courts, the defendants challenged the execution of the EAWs, claiming that the public prosecutors of Lübeck and Zwickau were not a “judicial authority” under Article 6, paragraph 1 of the FDEAW. Before the CJEU were presented a number of question in preliminary ruling procedure concerning the position and role of the German Public Prosecutor's Office in its connection with the executive branch. The last and key question is: are Lübeck's or Zwickau's public prosecutors judicial authorities under Article 6, paragraph 1 of the FDEAW?

3.1 German Law and the EAW

As noted, the EAW is based on the idea that EU member-states recognize the decisions of their judicial authorities and implement them as soon as possible. The system is based on mutual trust, but not every member-state has the same authority for issuing the EAW. As for the abovementioned, the procedure in Germany is not a special case. In most member-states, it is common practice for a public prosecutor to issue an EAW after a judge issues a NAW. It is different in countries like France and

⁶ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-216/18 Minister for Justice and Equality v. LM, 2018, ECLI:EU:C:2018:586.

⁷ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-508/18 and C-82/19 Minister for Justice and Equality v OG and PI, 2019, ECLI:EU:C:2019:337.

Spain, where investigative scrutiny is responsible. However, persecution in most member-states is organized strictly independently and there is no jurisdiction or influence from the executive. Other member-states where their public prosecutors are responsible for issuing the EAW are, for example, Austria, Bulgaria, the Netherlands, Portugal, Romania and, in some cases, Sweden. Furthermore, in Belgium, Luxembourg and Italy, public prosecutors are responsible for issuing the EAW in connection with the execution of the sentence, while in Estonia and France, public prosecutors are responsible for prosecution under the EAW.

In Germany, public prosecutors are responsible for prosecution and are subordinate to the Ministry of Justice and may be subject, directly or indirectly, to specific guidelines or instructions from that body in connection with the adoption of the decision to issue the EAW. Unlike the judges, whose independence is guaranteed by the Constitution, prosecutors are not free to work. The German prosecutor's office is organized in a hierarchical structure, headed by the Minister of Justice of the *Land* in which the prosecutor works. There is one public prosecution office each at the Regional Courts and these public prosecution offices are subordinate to the Regional public prosecution office. The Regional public prosecutor is subordinate to the Minister of Justice of the *Land*. On the federal level, the Federal Public Prosecution Office is subordinate to the Federal Minister of Justice. According to sections 146 and 147 of the Courts Constitution Act, prosecutors are required to follow instructions from the authorities, including their Minister of Justice.⁸

A longer answer would require giving a certain nuance to this strict image, including the fact that the right to issue instructions on ministerial level are extremely rare and, when they occur, are always accompanied by considerable public attention or by transparency requirements. However, it is fair to conclude that in light of the CJEU's strict approach to the criterion of independence, the German public prosecutor's office is not, in fact, independent in the broadest sense required of the FDEAW. Under these conditions, is a German public prosecutor sufficiently independent to be considered as judicial authority within the meaning of Article 6, paragraph 1 of the FDEAW? The Irish Court referred this question to the CJEU.

The right of the executive to issue instructions to public prosecutors has been controversial in Germany, and the reasons are obvious, as the politicians can theoretically influence who is under investigation and who is accused. The counter-argument is also known for a long time, as the right to give instructions exists so that one can take political responsibility if the state allows its powers to enforce the law against certain individuals.

So what does this mean in the context of the EAW? For a member-state to execute an EAW on its territory and with its authorities requires a great deal of trust. The Ministry of Justice so-called "external right to instructions" on German public prosecutors have been debated in Germany for decades, and although there have been few cases in which the minister has actually taken advantage of this, the very existence and use of that right casts a shadow over the prosecution's independence.

⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/englisch_gvg.html.

3.2 The CJEU Judgment

In this regard, the Court reiterates that the EAW mechanism is based on a dual level of protection of procedural rights and fundamental rights, referring to the judgment of *Bob-Dogi* from 2016, regarding the distinction between the NAW and the EAW. It requires effective judicial protection of the right of the person concerned to be granted at the time the NAW is adopted and at the stage when the EAW is issued.

Although it is the responsibility of the “issuing judicial authority” to guarantee a second level of protection, the Court requires that it be able to perform its responsibilities objectively and impartially. So, the CJEU continued to test those claims against the situation in the German public prosecutor's office. In the joined case of the two German EAWs (C-508/18 and C-82/19 PPU), the German public prosecutor does not meet the requirements to act independently of the executive branch in issuing the EAW.

In its judgment of May 27, 2019, the CJEU confirmed, based on its previous case-law that the public prosecutors are bodies involved in the administration of criminal justice. It also confirmed that the concept of “judicial authority” is not limited only to judges or courts but more broadly to bodies “involved in the administration of criminal justice” in each member-state, other than the ministers and police services that are part of the executive branch. This concept is being extended to the public prosecutor's offices, which are competent, in criminal proceedings, to prosecute persons suspected of having committed a crime so that that person can be brought before a court. Accordingly, the CJEU has ruled that German public prosecutors do not provide a sufficient guarantee of independence from the executive branch when issuing the EAW. The Court has found that the “issuing judicial authority” must be able to carry out its responsibilities objectively and its independence must be guaranteed by statutory rules and an institutional framework.

According to the judges, the executive cannot, under any circumstances, give the judicial authority any instructions or guidelines for an investigation, even if those powers are not applied in practice. In the case of Germany, the two public prosecutors who have issued extradition requests and are responsible for prosecution have been found to be subordinate to the German Ministry of Justice, which means they may be subject, directly or indirectly, to guidance and instruction in certain cases.

Furthermore, the CJEU emphasized the double level of protection of procedural and fundamental rights in the EAW system: first, the person must benefit from the protection of procedural and fundamental rights in respect of the decision to issue the NAW; and second, these rights must also be protected at the stage when the decision to issue the EAW is made. The issuing judicial authority must confirm the proportionality of the issued EAW in each case individually. The second level of protection of the rights of the affected person means that the judicial authority must evaluate, in particular, the compliance with the conditions required for the issue of the EAW and examine whether, in the specific circumstances of each case, it is proportionate to issue that warrant, even when the EAW is based on a national decision made by a judge or court. In addition, where the right of the issuing member-state gives the authority to issue an EAW to a body which, while participating in the

administration of justice in that member-state, is not in itself a court, the decision to issue such an arrest warrant, *inter alia*, and the proportionality of such a decision must be able to be subject of a court proceeding that fully meets the requirements inherent in effective judicial protection in the member-state.

The “issuing judicial authority” must be able to carry out its responsibilities objectively. In order to perform its role, the judicial authority must be able to take into account all the incriminatory and exculpatory evidence, without exposing itself to the risk that its decision-making authority may be subject to external instructions, in particular by the executive, so there is no doubt that the decision to issue the EAW lies within that authority, not within the executive. The independence of the issuing judicial authority must be guaranteed by statutory rules and an institutional framework. The issuing judicial authority must be in a position to provide a guarantee to the executive judicial authority that, in respect of the guarantees given by the legal order of the issuing member-state, it shall act independently in carrying out the responsibilities inherent in issuing the EAW. In particular, the issuing judicial authority must demonstrate that there is a statutory rule and institutional framework capable of ensuring that it is not exposed when the decision to issue an arrest warrant is made, at any risk of being subject to *inter alia*, at instructions from the executive in a particular case.

On the other side, the German government argued that the decisive criterion is not the complete independence of the public prosecutor, but his participation in the judiciary. The independence of the prosecutor should not be confused with the independence of the judiciary. Contrary to the judge's actions, the prosecution did not request a full separation from the executive branch, with the result that oversight and instructions are permissible. According to this argument, there is a double standard for independence, and the public prosecutor's office is gradually less independent. Despite such arguments from the German government that such authorization for instructions is covered by the German law, these guarantees were considered insufficient by the CJEU. As a result of this strict interpretation, German public prosecutors are no longer allowed to issue EAWs.

4. ADDITIONAL CJEU CLARIFICATION – THE CONCEPT OF “EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION”

The question of who is authorized to issue the EAW has been re-addressed through the courts in Luxembourg and the Netherlands which referred to the CJEU, in a preliminary ruling procedure, whether the prosecutors of Belgium, France and Sweden are qualified as “judicial authorities” for the purposes of issuing the EAW. The questions were raised in relation to the EAW issued by the Belgian Public Prosecutor for the purposes of serving a prison sentence⁹ and in relation to the EAW

⁹ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-627/19 ZB v. Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1079.

issued by the prosecutors of Sweden¹⁰ and France¹¹ for the purposes of conducting a criminal investigation. More specifically, the courts of the Netherlands and Luxembourg have requested further clarification of the CJEU's judgments of May 27, 2019, in respect of German public prosecutors who have been found not to provide sufficient guarantee of independence from the executive branch when issuing the EAW.

According to the principle of procedural autonomy and Article 6 of the FDEAW, the member-states are the ones who determine the competent “issuing judicial authority” for the purposes of the EAW, but the CJEU has determined that this requires uniform and autonomous interpretation. Public prosecutors will qualify as a judicial authority when two conditions are met: first, the public prosecutor must enforce or participate in the administration of justice; and second, the independence of public prosecutors must be legally established by organizational rules that will prevent prosecutors from being subject to the instructions from the executive.

The CJEU set a third condition regarding the concept of “effective judicial protection” through the ability of prosecutors to assess the necessity and proportionality of issuing EAW. In these judgments, the CJEU focuses on national legal framework for assessing the independence of the prosecution and is satisfied when legal and organizational rules formally prevent the government from issuing individual instructions to the prosecuting authority.

The executing authority must confirm that the decision to issue the EAW is subject to prior judicial protection, i.e. that the court or judge has assessed the proportionality of the EAW and that the conditions for issuing the EAW have been met. In other words, the decision of the prosecutor, who is not a judge, to issue an EAW must be able to be a subject, in a member-state, in court proceedings that fully meet the requirements for effective judicial protection. In these cases, the CJEU considered that each of the surveyed national systems in Belgium, Sweden and France met the requirements for effective judicial protection.

First, in the Swedish case, national law requires the decision to issue an EAW to be preceded by a court decision to order pre-trial detention. The CJEU confirmed that effective judicial protection is provided when the court confirms the conditions and proportionality of the EAW before it is issued by the prosecutor, i.e. during the hearing in relation to pre-trial detention. The Court also emphasized that the pre-trial detention order could be challenged after it is issued, and when the challenge is successful, the EAW is automatically suspended. For the CJEU, this system meets the requirements for effective judicial protection, even in the absence of an independent appeal procedure against the prosecutor's decision to issue the EAW.

Second, in the French case, the CJEU considered that under French law, the EAW for criminal investigation purposes could be issued after a judge, usually an investigating judge, had issued a NAW. In this case, the CJEU noted that a judge who

¹⁰ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-625/19 XD v. Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1078.

¹¹ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-566/19 and C-626/19 JR and YC v. Cour d'appel and Rechtban Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1077.

issued the NAW also asked the public prosecutor to issue the EAW at the same time. At this point in the proceedings, the judge ruled that the conditions for issuing the EAW were met, including its proportionality. According to the CJEU, this procedure demonstrates that the proportionality of EAW can be assessed at the time the NAW is issued, which occurs before or at the same time when issuing the EAW, and notes that the decision to issue the EAW may also be subject to additional procedure for annulment. As a result, the French system meets the requirements for effective judicial protection.

Third, where the EAW has been issued for the purpose of serving a prison sentence, as in the Belgian case, the EAW derives from a court decision to impose a prison sentence. The existence of a court proceeding with a prison sentence allows the executive to assume that the decision to issue the EAW stems from a national procedure in which the person's rights are respected; and the proportionality of the EAW stems from the FDEAW's claim that EAW can only be issued regarding imprisonment of at least 4 months. In such circumstances, the request for effective judicial protection is met by the decision to punish the concerned person.

5. CONCLUSION

German prosecutors can no longer issue EAW. After the CJEU judgment, it was emphasized that in the future EAW should be issued by judges according to the German judicial organization. This can lead to additional work, but it can have less serious consequences than it appears at first glance. Effective EAW assumes that an executive judgment, arrest warrant or other executive judicial decision has legal effect under Article 8, paragraph 1 of the FDEAW. In order to continue participating in the ENA system, German law must transfer jurisdiction either to the courts (for example, to the investigating judge at the request of the public prosecutor) or to the public prosecutor's office by abolishing the external instructions.

With these judgments, the CJEU further develops its jurisdiction regarding the EAW in the field of criminal justice, in which mutual trust should not be confused with "blind" trust. The Court has taken a more balanced approach between the fundamental rights of the person subject to an EAW and the EU's goal to guarantee the free movement of judicial decisions, an orientation that seems to be confirmed by the recent case law.

Behind the influence of the individuals affected by EAW, the decisions of the Court significantly contribute to the clarification of the term "judicial authority" through an autonomous definition. First, it confirms that this notion may extend beyond the courts and involve public prosecutors. Second, with regard to the standards of protection of fundamental rights, it clarifies the guarantees arising from the role of the "issuing judicial authority", namely the need for independence. While this is a significant step towards effective judicial protection, it includes new issues for consideration by the competent authorities of member-states. It implies that the executive authorities will have to confirm whether the issuing authorities are qualified as independent judicial bodies, within the meaning of the CJEU case law, before deciding to surrender over the requested person.

The EAW is always based on a previous NAW or sentence, both of which must be issued by a court, which must presume the strictest level of independence from the beginning. However, in its judgment, the CJEU confirmed the double level of protection. The first level of protection is granted when a national court decision has been made; the second, when the national decision is transformed into EAW. Hence, the CJEU argued that when a second decision is not made by a court or judge, it must be confirmed that the responsible authorities give the requested person the same level of protection of rights as a court – this requires strict independence from external influences such as instructions or directions, especially at the political level.

Др Ивица Јосифовић

Ванредни професор, Правни факултет
Универзитет „Гоце Делчев“, Штип

Др Игор Камбовски

Редовни професор, Правни факултет
Универзитет „Гоце Делчев“, Штип

ЕВРОПСКИ НАЛОГ ЗА ХАПШЕЊЕ И УЛОГА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА

Сажетак

Европски налог за хапшење (ЕНХ) један је од најчешће коришћених механизма у правосудној сарадњи у кривичним стварима. Састоји се од поједностављеног поступка прекограничне предаје у сврху кривичног гоњења или извршења затворске казне или притвора, чиме се замењује традиционални систем сарадње, укључујући политичке органе држава -чланица.

Циљ рада је објаснити улогу јавних тужилаца у поступку издавања ЕНХ-а кроз праксу Суда правде Европске уније (СПЕУ). Овај рад има два дела: први у којем разрађује судску праксу којом је Суд осигурао додатна појашњења дугогодишњег питања у вези са дефиницијом „правосудног органа“ одговорног за издавање ЕНХ и други у којем разрађује надлежност државних тужилаца у државе чланице у својству издавања ЕНХ. Оба дела објашњавају судску праксу и донесене пресуде. Са пресудама, СПЕУ даље развија своју јуриспруденцију у погледу функционисања ЕНХ у кривично-правосудне области.

Закључак објашњава утицај ових пресуда на национално право држава-чланица, као и на читаво подручје кривичног правосуђа у ЕУ, имплицирајући потребу за евалуацијом и могућном реформом кривично-правне организације у одређеним државама чланицама.

Кључне речи: налог за хапшење, јавни тужилац, Суд правде, судска пракса

BIBLIOGRAPHY

Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190/1;

Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81/24;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-216/18 Minister for Justice and Equality v. LM, 2018, ECLI:EU:C:2018:586;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-241/15 Niculaie Aurel Bob-Dogi v Curtea de Apel Cluj, 2016, ECLI:EU:C:2016:385;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-452/16 Openbaar Ministerie v. Krzysztof Marek Poltorak, 2016, ECLI:EU:C:2016:858;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-453/16 Openbaar Ministerie v. Halil Ibrahim Ozcelik, 2016, ECLI:EU:C:2016:860;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-477/16 Openbaar Ministerie v. Ruslanas Kovalkovas, 2016, ECLI:EU:C:2016:861;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-625/19 XD v. Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1078;

Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-627/19 ZB v. Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1079;

Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-508/18 and C-82/19 Minister for Justice and Equality v. OG and PI, 2019, ECLI:EU:C:2019:456;

Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-566/19 and C-626/19 JR and YC v. Cour d'appel and Rechtban Amsterdamt, 2019, ECLI:EU:C:2019:1077;

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/englisch_gvg.html.

УСЛОВНИ ОТПУСТ, ТРАДИЦИЈА И МОДИФИКАЦИЈЕ

Апстракт

Угледајући се на законодавства појединих европских држава у којима је уведен прогресивни систем извршења казне затвора, Књажевина Србија је увела условни отпуст као мотивациону пеналну фазу извршења, маја месеца 1869. године. Тако је Закон о условном отпуштању криваца из казнителних заведења, нормиран у девет чланова, допринео да се Србија интегрише у модерне токове пеналног законодавства и праксе у Европи, уводећи условни отпуст пре многих америчких и европских држава. У периоду од 150 година хабитације у нашем законодавству, условни отпуст је модификован у више наврата и по различитим основима. Мењани су формални предуслови, титулари доделе, дисквалификационе околности, али се задржала основна интенција законодавца, садржана у условљању осуђеног коме је додељен, да се суздржи од чињења нових кривичних дела у периоду трајања условног отпуста. Циљ рада је да се укаже на извесне неусаглашености актуелног нормативног уређења предуслова доделе условног отпуста у односу на различите категорије осуђених према пресуђеној дужини затворске казне. С друге стране, намера нам је да укажемо и на потенцијална нормативна побољшања у погледу ускраћивања могућности доделе код релативно краткотрајних казни, немогућности подношења молбе за извесан период код одбијања молбе осуђеног, недодељивања код негативног става пеналне институције или услед субјективних околности које указују на неоправданост његове доделе.

Кључне речи: казна затвора, условни отпуст, Србија, нормативно уређење.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Казнено законодавство у Србији, због усклађивања са европским стандардима и прилагођавања потребама за контролом најопаснијих типова криминалитета, дуже време пролази кроз период интензивног трансформисања. Такво стање је проузроковало да се одредбе казног законодавства често мењају, што није својствено ни новонасталим државама,

* Ванредни професор, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, goranjovanic@fasper.bg.ac.rs.

** Асистент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, verapetrovic@fasper.bg.ac.rs.

које тек граде правни систем.¹ Последње измене законодавне материје у Србији су се десиле усвајањем Закона о изменама и допунама Кривичног законика. Те измене су усвојене на заседању Народне скупштине Републике Србије, 21. маја 2019. године, а законик је ступио на снагу 1. децембра исте године. Најзначајније промене које су уведене јесу могућност изрицања доживотног затвора за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела, чиме је из казненог регистра брисана затворска казна у трајању од 30 до 40 година, као и опредељење законодавца за ретрибутивни концепт, изражен елиминацијом могућности доделе условног отпуста за таксативно набројана кривична дела, уколико је изречена казна доживотног затвора. Овакво нормативно опредељење је изазвало бројне критике,² јер условни отпуст представља општеприхваћени институт са дугом традицијом, који код нас, са извесним модификацијама, егзистира више од 150 година, а представља једно од најјачих мотивационих средстава за укључивање осуђеног у пенални третман. Ранија искуства су показала штетност дугорочног затварања по осуђене, у смислу настанка психичких обољења, самоповређивања и самоубистава, услед незнања и строгог затворског режима.³ Чини се да је актуелно, заштита јавне безбедности у фокусу активности криминално-политичких мера, при чему је примарни циљ ретрибуција, застрашивање, изолација и онеспособљавање, чиме се избегава штета по заједницу, а занемарује се квалитет третмана и живота извршиоца.⁴ Претпоставка да ће се на тај начин смањити криминалитет је у супротности са подацима који указују да је у многим државама, у којима преовладава ретрибутивни приступ у кажњавању, криминалитет у порасту.⁵ На пример, у САД је више од три и по милиона људи осуђено у претходних пет година. Говоримо о држави у којој постоји смртна казна, супермаксимално обезбеђени затвори, доживотне казне са и без условног отпуста, паралелно са пробационим системом који надзире дупло више осуђених него што их је у затворима. Готово сви они (97%) бивају пуштени на слободу. Међутим, етикета „криминалца“ или „бившег осуђеника“ не помаже бољој реинтеграцији. Процене су да у року од три године након изласка из затвора, две трећине отпуштених бива поново ухапшено. Број је и већи, када се

¹ Ђ. Игњатовић, „Критичка анализа стања и тенденција у кривичном и извршном праву“, *Crimen*, бр. 1-2, Београд, 2010, 168.

² G. Jovanić, V. Petrović, “Lifelong Segregation by Prison Sentence – Pros and Cons”, “6th International Scientific Conference Social Changes in the Global World” (Ed. M. Ampovska), University in Shtip, Faculty of Law, Goce Delchev, 2019, 234.

³ Г. Јованић, *Казни, затвори, запосли*, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2017, 36.

⁴ Г. Јованић, В. Жунић-Павловић, „Примена принципа ризика, потреба и респонзивности у пеналном третману сексуалних преступника“, *Универзално и особено у праву* (ур. О. Вујовић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2018, 132.

⁵ Н. Crowell, “A Home of One’s Own: The Fight Against Illegal Housing Discrimination Based on Criminal Convictions, and Those Who Are Still Left Behind”, *Texas Law Review*, 95-5, 2016, 1104.

посматра дужи временски период, тако да у периоду од пет година након отпуста, око три четвртине отпуштених бива ухапшено.⁶

2. О УСЛОВНОМ ОТПУСТУ

Порекло института *условни отпуст* налази се у француском језику, потиче од речи *parole d'honneur*, што у преводу значи часна реч. Примарно се односио на ратне затворенике, којима би након пуштања на слободу био наметнут услов да не користе оружје у сукобима. Временом, он почиње да се односи на осуђене који су пре истека изречене казне напуштали затвор.⁷ Условни отпуст настаје и посебно се развија у периоду када рехабилитација доминира над ретрибуцијом. Претечу идеје условног отпуста, налазимо у реформама затворских система и залагањима за хуманије поступање према осуђенима, која су потекла од Џона Хауарда. Он је критиковао нехигијенске услове, доминацију болести, глади и сурово поступање затворског особља према осуђенима. Настојао је да се осуђени, који се добро владају и залажу на раду, отпуштају и пре истека целокупне казне.⁸

Генеза и шира примена условног отпуста везују се за системе извршења казне затвора, који настају у првој половини деветнаестог века. Тада су услови и дужина боравка у затвору зависили од понашања осуђеног током извршења казне. Одрживост ове идеје најпре је показао Маконокијев бодовни систем.⁹ Након тога, исти концепт је разрађен 1853. године кроз Енглески прогресивни систем, који се састојао од три фазе, а последња је била фаза условног отпуста. Она је имала факултативни карактер, те је додељивана осуђенима који су се добро владали и залагали на раду.¹⁰ Осуђени који би био условно отпуштен, неретко се сусретао са проблемима прилагођавања на живот на слободи. То је, 1854. године, резултирало модификацијом Енглеског у Ирски прогресивни систем, увођењем одељења за слободњаке, стадијума који се примењивао пре фазе условног отпуста, а који је карактерисало постепено прилагођавање на живот на слободи.¹¹

Како је данас дефинисан, условни отпуст подразумева отпуштање из затвора пре истека времена осуде, када се процени да, с обзиром на сврху кажњавања, даљи боравак у затвору није нужан. Иако условни отпуст дуго

⁶ *Ibid*, 1142.

⁷ Д. Димовски, И. Поповић, „Условни отпуст – нормативни и практични аспект“, *Наука, безбедност, полиција*, бр. 22-2, Београд, 2017, 49.

⁸ Г. Јованић, *Стандардизација поступка као мера заштите од рецидива*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2012, 178.

⁹ С. Соковић, „Условни отпуст – спорна питања и савремена нормативна решења“, *Crimen*, 5-1, Београд, 2014, 36.

¹⁰ З. Илић, Г. Јованић, *Затвор и/или слобода под надзором – стање и перспективе третмана осуђених лица у Србији*, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2011, 53.

¹¹ Ђ. Игњатовић, „Условни отпуст – правна и пенилошка анализа“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. LXIV, 1, Београд, 2016, 35.

егзистира у казненом праву, присутне су бројне дилеме, концепцијске и нормативне природе, у погледу модела условног отпуштања, начина одлучивања, о релевантном временском периоду извршене казне, условима под којима се врши условно отпуштање, оправданости и облицима супервизије осуђеног на условном отпусту, о садржини обавеза и забрана које евентуално треба поставити условно отпуштеном.¹²

У данашњој пракси постоје три модела условног отпуста: обавезни (мандаторни), факултативни (дискрециони) и мешовити модел.¹³ Код мандаторног модела, констатовање испуњености предвиђених услова од стране надлежног органа значи и отпуштање осуђеног.¹⁴ Овај модел се заснива на принципу једнакости, а као један од главних недостатака наводи се да не мотивише осуђене на добро владање и залагање током извршења казне.¹⁵ Дискрециони модел, који се заснива на принципу индивидуализације, подразумева да, без обзира на испуњеност услова, надлежни орган у сваком конкретном случају цени да ли је оправдано или не доделити условни отпуст. Међутим, недостатак прецизних критеријума доводи до незадовољства осуђених, услед постојања неједнаког положаја приликом доношења одлуке о додели условног отпуста.¹⁶ Истиче се да је у државама у којима се примењује овај модел, дошло до опадања броја одобрених условних отпуста.¹⁷ Мешовити модел, најчешће комбинује дискрециони систем, за дуготрајне казне и мандаторни за кратке казне.¹⁸ Настао је као покушај превазилажења негативних страна дискреционог и мандаторног модела.¹⁹ Избор модела у највећој мери зависи од дефинисања сврхе условног отпуштања. Стога, дискрециони модел, конципиран на циљевима рехабилитације, најчешће има за сврху награду за добро владање. С друге стране, мандаторни модел погодује потребама растерећења затворских капацитета.²⁰

Према критеријуму који се односи на надлежност одређеног органа у поступку давања условног отпуста постоје два модела: административни

¹² С. Соковић, *op. cit.*, 35.

¹³ Р. Tournier, *Systems of Conditional Release (Parole) in the Member States of the Council of Europe*, 2004, <https://journals.openedition.org/champpenal/378?lang=en>, 01. март 2020. године.

¹⁴ С. Соковић, *op. cit.*, 39.

¹⁵ Игњатовић, 2016, *op. cit.*, 42.

¹⁶ Г. Јованић, В. Петровић, „Условно отпуштање у пракси окружног затвора и надлежних судова“, *Специјална едукација и рехабилитација*, бр. 16-1, Београд, 2017, 101.

¹⁷ Игњатовић, 2016, *op. cit.*, 42.

¹⁸ Р. Tournier, *Systems of Conditional Release (Parole) in the Member States of the Council of Europe*, 2004, <https://journals.openedition.org/champpenal/378?lang=en>, 01. март 2020. године.

¹⁹ Игњатовић, 2016, *op. cit.*, 43.

²⁰ С. Соковић, *op. cit.*, 41.

(управни) и судски.²¹ У оквиру административног модела, о условном отпусту одлучује комисија за условни отпуст, која се формира при надлежном министарству правде, а коју чине представници правосуђа, затвора и стучњаци из пенолошке области.²² Уколико се условни отпуст посматра као пенолошки институт, оправдано је да о њему одлучује управни орган. Такође, чињеница да је основ одлуке о условном отпусту квалитет владања осуђеног у затвору, на основу којег се цени ли је остварена сврха кажњавања, иде у прилог одлучивању од стране управног органа, јер суд нема непосредан увид у владање и понашање осуђеног током извршења казне, нити поседује стручне компетенције за такву процену.²³ Имајући у виду оптерећеност судова редовним предметима, оправдано је и да одлучивање о неким формама обавезног отпуштања буде у надлежности управних органа.²⁴ За разлику од управног, у судском моделу, условно отпуштање је у надлежности суда. Постоје различити модалитети, па тако надлежност за одлучивање може бити на: суду који је у првом степену донео пресуду, суду на чијој територији се налази затвор или на суду који се бави специјалним питањима.²⁵ Уколико се условни отпуст посматра као кривичноправни институт којим се под одређеним условима суспендује судска одлука, оправдано је да о њему одлучује суд. Додатно, одлука о условном отпусту се заснива на испуњености сврхе кажњавања, а орган надлежан за питање остварености сврхе кажњавања јесте суд, стога се у оквиру дискреционог модела намеће да одлуку о условном отпусту треба да доноси суд.²⁶

3. САЖЕТИ ПРИКАЗ РАЗВОЈА УСЛОВНОГ ОТПУСТА У СРБИЈИ

Од увођења условног отпуста у Србији до данас, законске одредбе мењане су више пута. Мењани су формални услови за доделу, титулари доделе, као и лимитирајући услови за доделу условног отпуста. С друге стране, претпоставке материјалне природе од увођења условног отпуста до последњих измена закона нису мењане и усмерене су на позитивну промену понашања током извршења затворске казне.²⁷ У наредном делу рада биће дат приказ најзначајних промена које се тичу условног отпуста, од његовог настанка до последњих измена законодавне материје у Србији.

²¹ Љ. Митровић, „Примјена условног отпуста у Републици Српској“, *Годишњак факултета правних наука*, бр. 5, Бања Лука, 2015, 8.

²² С. Соковић, *op. cit.*, 42.

²³ *Ibid*, 43.

²⁴ В. Петровић, Г. Јованић, „Додела условног отпуста и фактори ризика рецидивизма“, *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, бр. 36-2, Београд, 2017, 50.

²⁵ Љ. Митровић, *op. cit.*, 8-9.

²⁶ С. Соковић, *op. cit.*, 42-43.

²⁷ Г. Јованић, В. Петровић, 2017, *op. cit.*, 98.

Условни отпуст је у Србији уведен Законом о условном отпуштању криваца из казнителних заведења, 1869. године.²⁸ Формални услови за доделу условног отпуста су били изречена казна робије или заточења преко две године или казна затвора дужа од годину дана. Услов код примарно осуђених је био протек више од половине казне, или више од две трећине, ако се ради о рецидивистима. Постојали су и лимитирајући услови, према којима условни отпуст није могао бити додељен вишеструким повратницима, свештеницима или чиновницима који су осуђени због злоупотребе власти, осуђеном којем је претходни условни отпуст опозван, као и осуђенима на релативно кратке казне. Материјални услови су се односили на позитивну промену понашања током извршења, као и на понашање пре доласка на извршење казне.²⁹ Наведеним законом је било предвиђено да се „условни отпуст прекида ако би отпуштени учинио какво год, ма и најмање казнено дело или се бар могло основано сумњати да га је он морао учинити, а нико други“.³⁰

Измена законодавне материје по питању условног отпуста је извршена 1929. године, када је на снагу ступио Закон о извршавању казни лишења слободе. Тим законом је уведен Ирски прогресивни систем на подручју Краљевине Југославије. Предлоге за условни отпуст је давао управник затвора, уз консултовање Саветодавног одбора, а одлуку је доносио министар правде.³¹ Условни отпуст је могао бити додељен након извршене половине казне (код примарних учинилаца), или две трећине изречене казне, ако су у питању повратници. Осуђени на смртну казну, која је замењена казном лишења слободе, условни отпуст је могао добити након проведених двадесет година у затвору.³²

Даљи ток догађаја је био усмерен на регулисање условног отпуста одредбама Кривичног Законика Федеративне Народне Републике Југославије из 1947. године. Законом је прецизирано да, уколико је изречена казна лишења слободе са принудним радом, казна лишења слободе или казна поправног рада, осуђени може добити условни отпуст након протекла једне половине казне. Уколико се осуђени налазио на извршењу казне лишења слободе са принудним радом у доживотном трајању, могао се условно отпустити након извршених најмање петнаест година казне.³³ Материјални услов за доделу условног отпуста је предвиђао да је осуђени својим радом и владањем показао да се толико поправио да се од њега не може очекивати даље вршење кривичних дела. Додатно, ако се осуђени нарочито истакао

28 М. Павловић, „Слабост кривичне пресуде у Србији крајем XIX и почетком XX века“, *Анали Правног факултета у Београду*, 55-2, Београд, 2007, 93.

29 Г. Јованић, *op. cit.*, 50.

30 З. Илић, Г. Јованић, *op. cit.*, 216.

31 Игњатовић, 2016, *op. cit.*, 50.

32 В. Петровић, *Пракса условног отпуштања у пеналној рехабилитацији*. Мастер рад. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016, 18.

33 Кривични Законик Федеративне Народне Републике Југославије - КЗФНРЈ, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 106/47, чл. 85, ст. 1.

радом и владањем могао је бити условно отпуштен и пре него што је извршио половину изречене казне.³⁴ Законом о извршењу кривичних санкција из 1961. године уводи се и нова форма факултативног аутоматског условног отпуста месец дана пре истека казне, под условом да је осуђени извршио три четвртине казне и да се добро владао, о чему одлучује управник затвора.³⁵

Ступањем на снагу Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, 1977. године, предвиђено је да осуђени може добити условни отпуст, уколико су испуњене материјалне претпоставке, након извршења једне половине изречене казне. Изузетно је, уколико је постигнута сврха кажњавања, било могуће доделити условни отпуст и након извршења једне трећине казне.³⁶ Двадесет година касније, донет је Закон о извршењу кривичних санкција, којим је предвиђено додељивање условног отпуста од стране Комисије за условни отпуст (након половине казне) или управника затвора. Управник је могао условно отпустити осуђеног којем је протекло најмање четири петине казне, али најраније три месеца пре истека целокупне казне. На одлуку о додели условног отпуста је утицала и чињеница да се против осуђеног не води нови кривични поступак, или да не постоји пресуда за друго кривично дело која није постала правноснажна. Закон је предвиђао и могућност поновног разматрања одлуке о условном отпусту, уколико се осуђеном од дана доношења одлуке о условном отпусту до дана отпуштања безусловно изрекне дисциплинска казна упућивање у самицу.³⁷

Прва промена законских норми у погледу доделе условног отпуста у двадесетпрвом веку десила се 2001. године. Надлежност за доношење одлуке се преноси са Комисије за условни отпуст на судове који су донели одлуку у првом степену.³⁸ Осуђени се могао условно отпустити када протекне половина казне или изузетно трећина, као и уколико протекне најмање двадесет година од изречене казне затвора у трајању од четрдесет година.³⁹ Промена услова који се тичу условног отпуста, поново је уследила 2005. године. Законом је било прописано да суд може условно отпустити осуђеног, који је извршио половину изречене казне, ако се у току извршења казне толико поправио да се са основном може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до времена за које му је изречена казна неће рецидивирати. При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узимало се у обзир владање за време извршења казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на радну способност, као и друге околности које показују да је постигнута сврха кажњавања.⁴⁰ Исте године се укида отпуст одлуком

³⁴ КЗФНРЈ, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 106/47, чл. 85, ст. 2.

³⁵ С. Соковић, *op. cit.*, 44.

³⁶ Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, „Службени лист СФРЈ“, бр. 36/77“, чл. 8.

³⁷ З. Илић, Г. Јованић, *op. cit.*, 218.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ С. Јовановић, „Могући правци преиспитивања института условног отпуста с освртом на француска решења“, *Темид*, бр. 6-36, Београд, 2003, 22.

⁴⁰ Кривични законик Републике Србије – КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 85/05, чл. 46.

управника затвора, али се уводи превремено отпуштање, о коме одлучује директор Управе за извршење кривичних санкција, на предлог управника затвора. Превремено отпуштање је могло наступити најраније три месеца пре истека казне, под условом да је осуђени извршио девет десетина казне, да се добро владао и да није добио условни отпуст.⁴¹

Наредна измена законских норми у погледу условног отпуста десила се 2009. године, када су прописани рестриктивнији услови за доделу условног отпуста. Чланом 46. је предвиђено да се осуђени који је извршио две трећине казне може условно отпустити, уз испуњење материјалних претпоставки. Новина је и да се не може условно отпустити осуђени који је покушао бекство или је побегао из затвора. Такође, чланом 46. је прописано да суд може у одлуци о условном отпусту одредити да је осуђени дужан да, током трајања условног отпуста, испуни одређене обавезе које су прописане кривичноправним одредбама.⁴²

Изменама законодавства из 2012. године уводи се обавезни условни отпуст. Додатно, законодавац таксативно наводи листу кривичних дела и ситуација за које је предвиђен факултативни условни отпуст.⁴³ Такође, законом из 2012. године строже су прецизирани лимитирајући услови, па је тако наведено да се не може условно отпустити осуђени који је током извршења казне затвора два пута дисциплински кажњаван или коме су одузете додељене погодности. Годину дана касије, Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, предвиђа да се особа која је извршила кривично дело против полне слободе према малолетном лицу не може условно отпустити.⁴⁴ Закоником о кривичном поступку из 2014. године је прописано да у случају усвајања молбе и доделе условног отпуста, веће суда може осуђеном одредити да за време условног отпуста буде под електронским надзором.⁴⁵ Изменама Кривичног законика из 2016. године,⁴⁶ лимитирајући услов за доделу се мења, те постоји забрана условног отпуста за осуђеног који је два пута кажњаван за теже дисциплинске преступе. Паралалено са тим, уводи се и могућност да се осуђеном уз условни отпуст одреди да је дужан да, током трајања условног отпуста, испуни одређене обавезе, које се примењују код изрицања условне осуде са заштитним надзором.

⁴¹ С. Соковић, *op. cit.*, 44.

⁴² КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 72/2009 и 111/2009, чл. 46.

⁴³ КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 121/2012, чл. 46.

⁴⁴ Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, "Службени гласник РС", број 32/13, чл. 5

⁴⁵ Законик о кривичном поступку – ЗКП, „Службени гласник РС“, бр. 55/2014, чл. 567.

⁴⁶ КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 94/2016, чл. 46.

4. КРИТИЧКА АНАЛИЗА АКТУЕЛНОГ ЗАКОНСКОГ РЕШЕЊА УСЛОВНОГ ОТПУСТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Изменама и допунама Кривичног законика, који је ступио на снагу 1. децембра 2019. године, уведена је могућност изрицања доживотног затвора за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела. Измењене су и одредбе које се тичу условног отпуста, а односе се на елиминацију могућности доделе условног отпуста за таксативно набројана кривична дела, уколико је изречена казна доживотног затвора. Ради се о кривичним делима тешког убиства детета или бремените жене (чл. 114. ст. 1. тачка 9); силовању које је за последицу имало смрт лица према којем је дело извршено или је дело учињено према детету (чл. 178. ст. 4); обљуби над немоћним лицем, ако је услед дела наступила смрт немоћног лица или ако је дело учињено према детету (чл. 179. ст. 3); обљуби са дететом, ако је услед дела наступила смрт детета (чл. 180. ст. 3); и код осуде за кривично дело обљубе злоупотребом положаја, када је извршилац наставник, васпитач, старалац, усвојилац, родитељ, очух, маћеха или друго лице, које злоупотребом положаја или овлашћења изврши обљубу или са њом изједначен чин према детету, па услед тог дела наступи смрт детета (чл. 181. ст. 5). У осталим ситуацијама у којима је изречена казна доживотног затвора, остављена је могућност условног отпуста након 27 година извршене казне.⁴⁷

Поставља се питање, да ли забрана условног отпуста за таксативно наведена кривична дела, са аспекта људских права, доводи до неједнаког положаја грађана пред законом.⁴⁸ Према ставу Европског суда за људска права, није спојиво са људским достојанством лишити слободе некога без покушаја рехабилитовања, што би пружио шансу за излазак на слободу. Поред тога се истиче да све особе које се налазе у затвору, имају право да, ступањем на извршење, буду обавештене шта треба да учине да би се размотрило пуштање на условну слободу, под којим условима и када ће се извршити ревизија казне.⁴⁹ Међународни стандарди стоје на становишту да ниједном осуђеном, па ни онима којима је изречена казна доживотног затвора, не треба ускратити могућност условног отпуста.⁵⁰ У том контексту, рехабилитација, и последично условно отпуштање осуђених на казну доживотног затвора не представља обавезу, већ могућност, при чему је, уколико нису испуњени услови за условни отпуст и сврха кажњавања, оправдано да особа остане на извршењу казне. Додатни аргументи који су у супротности са лимитирањем условног отпуста код ове казне, леже у чињеници да је он снажан инструмент мотивације осуђених за позитивну

⁴⁷КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, чл. 46, ст. 2.

⁴⁸ В. Илић, „(Не)помириљивост казне доживотног затвора и људских права“, *Crimen*, бр. 2, Београд, 2019, 157.

⁴⁹ *Ibid*, 159-160.

⁵⁰ Игњатовић, 2016, *op. cit.*, 59.

промену понашања,⁵¹ али и средство дисциплиновања, које доприноси придржавању норматива и захтева који су наметнути. Искључивањем могућности доделе условног отпуста, поставља се питање шта осуђеног, који је на извршењу доживотног затвора, мотивише да се понаша у складу са захтевима који су му наметнути, када зна да без обзира на понашање, не постоји ни најмања могућност да ће напустити затвор. Такав начин извршења би потенцијално могао бити окидач за погоршање дисциплине у затвору, јер би осуђени био свестан да „тежу“ казну не може добити.

Поставља се и питање шта је сврха доживотног затвора без могућности условног отпуста. Увођењем ове казне, законодавац се у извесној мери вратио ретрибутивном приступу у кажњавању, који се заснива на застрашивању, изолацији и одмазди. Међутим, у Закону о извршењу кривичних санкција се наводи да се извршењем кривичних санкција остварује њихова општа и индивидуална сврха у циљу успешне реинтеграције осуђених у друштво.⁵² Овако одређена сврха извршења кривичних санкција није у сагласности са постојањем казне доживотног затвора без могућности условног отпуста. Законоводац не прописује ни сврху извршења казне доживотног затвора, са и без могућности условног отпуста, али истовремено са увођењем ове казне, проширује сврху кажњавања, која се односи на остваривање праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине санкције.⁵³

Увођењем обавезног условног отпуста, за претежан број кривичних дела, који је присутан и у важећем закону, требало је променити праксу неоправдано рестриктивне примене условног отпуштања.⁵⁴ Овакав модел би требало да подразумева да исупуњење материјалних и формалних претпоставки значи и додељивање условног отпуста. Међутим, широко постављене материјалне претпоставке, остављају простора за субјективну процену и неједнако поступање, што за последицу некада има некомпатибилност процене испуњености материјалних претпоставки за доделу условног отпуста између затвора и надлежних судова.⁵⁵ Са аспекта пеналног третмана, проблем се усложњава чињеницом да суд приликом доношења одлуке не мора уважити предлог затвора. Кроз игнорисање предлога затвора, доводи се у питање ауторитет затворских стручњака, третмански процес, као и мотивација осуђених да учествују у процесу сопствене промене,⁵⁶ јер постају свесни да њихово како позитивно, тако и негавитно понашање у затвору не мора утицати на исход одлуке.

⁵¹ Б. Петровић, А. Ферхатовић, „Увјетни отпуст у савременом кривичном законодавству“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево, 2013, 91.

⁵² Закон о извршењу кривичних санкција - ЗИКС, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, чл. 2.

⁵³ КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, чл. 42, ст. 4.

⁵⁴ С. Соковић, *op. cit.*, 46.

⁵⁵ Г. Јованић, В. Петровић, 2017, *op. cit.*, 89.

⁵⁶ *Ibid*, 118.

Додатно, уважавајући резултате научних истраживања и пеналну праксу других држава, намеће се потреба за увођењем одређених ограничења за подношење молбе за доделу условног отпуста. У том смислу, потребно је спецификовати критеријуме у зависности од тога да ли се ради о примарно осуђенима или рецидивистима. Како код рецидивиста постоји већи степен друштвене опасности и виши ниво ризика, њима је потребан и интензивнији третман,⁵⁷ како би евентуално била остварена сврха кажавања. Имајући то у виду, неке државе, попут Француске, Белгије, Немачке и многих других, предвиђају виши законски минимум извршене казне за подношење молбе за условни отпуст уколико је реч о повратницима, а сличне законске одредбе су постојале и у Србији до 1947. године.⁵⁸ Инсистирање на посебном статусу повратника је у складу и са последњим законским изменама које предвиђају посебан статус рецидивиста у погледу узимања те околности као отежавајуће, забрану изрицања казне затвора испод законског минимума, као и обавезу судије да у случају вишеструког поврата изрекне казну изнад половине распона прописане за учињено дело.⁵⁹ Има оправдања да се у наш правни систем уведу и одреднице које се тичу минималног боравка у затвору и могућности подношења молбе за условни отпуст. Такво законско решење има Швајцарска, где је минимум извршене казне три месеца, Данска и Немачка, где осуђени не може поднети молбу ако није минимално извршио два месеца казне.⁶⁰ Ово је посебно важно уколико се ради о краткотрајним казнама затвора, где осуђени релативно кратко након ступања на извршење стичу право на подношење молбе за условни отпуст. Самим тим, јавља се проблем упознавања индивидуалних карактеристика осуђених, јер време које проведу на извршењу казне није довољно за утврђивање ризика, формирање и реализацију програма третмана и праћење насталих промена⁶¹, што би резултирало одбијањем молбе, али паралелно са тим и додатним оптерећењем затворских стручњака и судија, јер би требало да се изјашњавају о молби чији је исход унапред познат.

У Енглеској, осуђени уколико једном затражи условни отпуст и буде одбијен, може поново поднети молбу, тек након што протекне тринаест месеци од претходно поднесене молбе.⁶² Како у Србији оваква законска одредба не постоји, неретко се дешава да осуђени, чим буду одбијени за доделу условног отпуста, истог дана или у кратком року, поново подносе молбу. Евидентно је да ће таква молба поново бити одбијена, јер како није прошао одређени временски период, тако није могла ни наступити позитивна

⁵⁷ В. Петровић, Г. Јованић, *op. cit.*, 49.

⁵⁸ *Ibid.*, 49.

⁵⁹ КЗРС, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, чл. 55 и чл. 55а.

⁶⁰ Б. Петровић, А. Ферхатовић, *op. cit.*, 97.

⁶¹ В. Петровић, „Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин“, *Национално и међународно право – Актуелна питања и теме* (ур. О. Јовић-Прлаиновић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017, 121.

⁶² С. Јовановић, *Условни отпуст у југословенском кривичном праву*. Магистарска теза. Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет, 2003.

промена код осуђеног, која би утицала да доношење другачијег решења. Стога се, као оправдана, намеће потреба законског дефинисања протекла времена, након кога осуђени, коме је молба за доделу условног отпуста одбијена, може поново поднети молбу.⁶³

Одређивање рочишта за одлучивање о молби је регулисано Законом о кривичном поступку⁶⁴, где се наводи да ће председник већа на рочиште позвати представника завода у којем осуђени извршава казну, уколико је извештај о владању и понашању осуђеног позитиван, што ствара одређене проблеме у пеналној пракси. Пре свега, поставља се питање зашто је присуство представника затвора обавезно уколико је извештај позитиван, што није случај уколико је извештај негативан, посебно ако нам је позната чињеница да суд ни у једном случају није везан мишљењем затвора. Такође, чланом 566⁶⁵ је прецизирано да ће председник већа испитати представника затвора о владању осуђеног, извршавању радних обавеза с обзиром на радну способност, као и о другим околностима које би указивале да је постигнута сврха кажњавања, односно о подацима који су саставни део затворског извештаја. Додатно, осуђени често извршавају казну у неком од затвора који је релативно много удаљен од суда који одлучује о молби. Такво стање имплицира да представници затвора знатан део времена морају издвојити за одлазак на рочишта, што се одражава на третмански процес у затвору. Као додатни проблем се може појавити немогућност затворских службеника да физички постигну да буду присутни на свим рочиштима на која су позвани, посебно имајући у виду бројност предмета ове врсте.⁶⁶ Имајући у виду све напред наведено, мишљења смо да би било практичније да законодавац предвиђа могућност позивања представника затвора, без обзира на то да ли је извештај позитиван или негативан, само ако подаци из извештаја нису довољни за доношење коначне одлуке.

У литератури се истиче и једна нелогичност која се односи на доношење одлуке о условном отпуста. Тако је предвиђено законом, да ће суд приликом доношења решења о условном отпуста посебно имати у виду процену ризика осуђеног, успешност у извршавању програма поступања, ранију осуђиваност, животне околности и очекивано деловање условног отпуста на осуђеног. Имајући у виду критеријуме на основу којих се врши процена ризика (врста и тежина кривичног дела, висина изречене казне, облик кривице, начин ступања на извршење казне, однос према извршеном кривичном делу и казни, ранија осуђиваност, да ли се води нови кривични поступак, понашање током ранијег извршења казне, психолошке, социјалне и здравствене способности) запажа се да су сви критеријуми који се цене

⁶³ В. Петровић, Г. Јованић, *op. cit.*, 50.

⁶⁴ Законик о кривичном поступку – ЗКП, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, чл. 565.

⁶⁵ ЗКП, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, чл. 566.

⁶⁶ Н. Вуковић, „Изузеће судије и други процесноправни проблеми у примени условног отпуста“, *Анали Павног факултета у Београду*, бр. LXIV, 2, Београд, 2016, 189.

приликом одлуке о условном отпусту садржани у процени ризика, што би представљало двоструко вредновање истог.⁶⁷

5. ПРАКСА ДОДЕЛЕ УСЛОВНОГ ОТПУСТА У СРБИЈИ

Ставови о опасности по друштвену заједницу, због изласка опасних преступника на условни отпуст нису реално одрживи јер се институт условног отпуста релативно ретко примењује. Анализе података, разликују се зависно од истраживача, узорка испитивања и времена посматрања, али се може констатовати да у односу на број поднетих молби од стране свих осуђених, судови одобравају условни отпуст највише до једне трећине укупно поднетог броја молби.⁶⁸

Истраживањем у форми експертске анализе саглеавана је додела условног отпуста у три највећа затвора у Србији (Ниш, Сремска Митровица и Пожаревац) у периоду од 2011. до 2015. године. Од укупно 11.349 поднетих молби за условни отпуст, суд је позитивно одговорио у 1.583 случаја (13,9%), при чему је најмање позитивно решених молби било 2011. године (4,7%), а највише 2015. године (23,5%). Аутори истичу да је највећи број осуђених (56,5%) који су условно отпуштени, извршавао затворску казну у распону од две до пет година, док је најмање условно отпуштених са извршења затворске казне до шест месеци (0,3%). Ранија осуђиваност није била фактор који је правио дистинкцију између оних који јесу/нису условно отпуштени, те је 49,8% условно отпуштених раније било осуђивано. Мишљење затвора о додели условног отпуста је било позитивно или неутрално. Не постоји ни један извештај у коме је дато децидно негативно мишљење. Код неусвојених молби, у 86,5% случајева, дато је неутрално мишљење, док је код усвојених у 98% случајева мишљење било позитивно.⁶⁹ У посматраној популацији, просечна дужина условљене казне износи 4 месеца и 21 дан, при чему минимална дужина условљене казне износи 1 дан, а максимална 4 године 9 месеци и 27 дана.⁷⁰

Истраживање које је вршено 2016. године у Окружном затвору у Ужицу, показује да су предлози затвора категорисани у три групе: позитивни (17,6%), негативни (16,2%) и ресоцијализација у току (66,2%). С друге стране, судови су у 33,8% случајева позитивно одлучили о молби за доделу условног отпуста. Неусаглашеност предлога затвора и одлуке суда је

⁶⁷ *Ibid*, 193 – 195.

⁶⁸ G. Jovanić, V. Petrović, 2019, *op. cit.*, 242.

⁶⁹ Н. Вујичић, З. Стевановић, Љ. Илијић, *Примена института условног отпуста од стране судова у Републици Србији-експертска анализа*, Организација за европску безбедност и сарадњу - Мисија у Србији и Институт за криминолошка и социолошка истраживања Београд, Београд, 2017, 13- 17.

⁷⁰ *Ibid*, 28.

постојала у 19,2% случајева.⁷¹ Ни затвор ни надлежни судови нису у обзир узимали рецидивизам приликом давања мишњења/доношњеа одлуке.⁷²

Истраживање које је вршено на узорку од 121 осуђеног у Казнено-поправном заводу Падинска Скела и Окружном затвору у Ужицу, указује на чињеницу да је суд позитивну одлуку, по молби за доделу условног отпуста, донео у 27,3% случајева. Међутим, битно је истаћи да у овом истраживању третмански фактори нису показали статистички значајну повезаност са одлуком суда о додели условног отпуста, иако законске норме имплицирају да се приликом доношења одлуке у обзир узимају фактори који указују да је код осуђених наступила позитивна промена понашања. Додатно, ни претходна осуђиваност није имала утицаја приликом доношења одлуке. С друге стране, судови су уважавали процену ризика, те су чешће додељивали условни отпуст осуђенима са нижим нивоом ризика.⁷³ Како се процена ризика врши на основу врсте и тежине кривичног дела, висине изречене казне, облика кривнице, начина ступања на извршење казне, односа према извршеном кривичном делу и казни, раније осуђиваности, чињенице да ли се води нови кривични поступак, понашања током ранијег извршења казне, психолошке, социјалне и здравствене способности, може се закључити да су судови кроз ризик рецидивизма у извесној мери обухватили и појединачне факторе који представљају елементе процене ризика.

Оно што се запажа јесте да у данашње време постоји рестриктивнија пракса доделе условног отпуста у односу на раније периоде. Либералнији режим доделе условног отпуста је постојао и у тренутку његовог увођења у наше законодавство, па је тако током 1869. године, проценат условно отпуштених у односу на сва отпуштена лица био је скоро 39%, а у временском периоду између 1924. и 1937. године, то учешће је износило 46,12%.⁷⁴ Процент условно отпуштених је растао из године у годину, од 21,2% 1954. године, 43% 1960. године, до 52,6% 1972. године.⁷⁵

6. ЗАКЉУЧАК

У циљу изналажења најадекватнијег законског решења, од којег би корист требало да имају осуђени, али и друштвена заједница, условни отпуст, као општеприхваћени институт, који у Србији егзистира више од 150 година, претрпео је бројне модификације. Последња у низу измена јесте забрана условног отпуста за таксативно набројана кривична дела, што је у једном делу стручне јавности изазвало бројне критике. Међутим, забрана условног отпуста није једина мањкавост која постоји у важећем законодавству које регулише ову материју.

⁷¹ Г. Јованић, В. Петровић, 2017, *op.*, 104-105.

⁷² *Ibid*, 114.

⁷³ В. Петровић, Г. Јованић, *op. cit.*, 55.

⁷⁴ Г. Јованић, В. Петровић, 2017, *op.cit.*, 105.

⁷⁵ С. Соковић, *op. cit.*, 44.

У данашње време постоји рестриктивнија пракса доделе условног отпуста, него у тренутну његовог увођења у Србији. На такво стање утицало је више фактора. Пре свега, тадашњи закони су правили бољу дистинкцију у погледу доделе условног отпуста примарно осуђенима и рецидивистима, осуђенима на кратке и дуге казне. Данашње законодавство не познаје такве лимитирајуће услове, па се стиче утисак да судови неретко одлучују о молбама за које се унапред већ зна да ће бити одбијене. Реч је о молбама које осуђени поднесу уколико већи део казне, или чак две трећине изречене казне проведу у притвору. Иако такав осуђени формално испуњава услове за подношење молбе, како програм поступања није сачињен, није било времена да се спроведе третман и прати напредак у третману, таква молба ће најчешће бити одбијена. Сличан проблем се уочава и код краткотрајних казни затвора, па тако не изненађују резултати истраживања у форми експертске анализе, у којима се наводи да је најмањи број условно отпуштених који су извршавали краткотрајне затворске казне. Још један од проблема јесте непостојање дефинисања протекла времена, након кога осуђени, коме је молба за доделу условног отпуста одбијена, може поново поднети молбу. Осуђени, чим буду одбијени имају праву да поднесу нову молбу, која ће бити одбијена јер, како није прошао одређени временски период, тако није могла ни наступити позитивна промена код осуђеног, која би утицала на доношење другачијег решења. Такво стање доприноси да затворски службеници пишу мишљења, а судови доносе одлуке о молбама за које се унапред зна да ће бити одбијене, што оптерећује оба система, али и утиче на стварање утиска да је примена условног отпуста у данашње време у великој мери рестриктина.

С друге стране, претпоставка је да постоји и одређен број молби за условни отпуст које се неосновано одбијају. Због страха да ће особа која је условно отпуштена учинити ново кривично дело, док траје условни отпуст, судови се ретко одлучују да доделе условни отпуст, иако су законски услови испуњени. Своје одлуке у тим ситуацијама лако могу оправдати широко постављеним материјалним претпоставкама које морају бити испуњене да би конкретан осуђени условни отпуст и добио. Затворски стручњаци су такође, све више неради да дају како позитивно, тако и негативно мишљење поводом молбе осуђеног. Стога се у пракси све чешће срећу извештаји у којима је дато неутрално мишљење или се наводи да је ресоцијализација у току. На тај начин се они оградају од давања било каквог децидног става. Један од разлога за такву праксу јесте чињеница да судови нису везани мишљењем затвора, приликом одлучивања о молби осуђеног. У извесном броју случајева постоји некомпатибилност између мишљења затвора и одлука судова. Таква ситуација код затворских стучњака ствара осећај незадовољства, а њихов ауторитет слаби. Још један од аргумената који иде у прилог чињеници да ауторитет затворских стручњака слаби и да се третмански процес доводи у питање, јесте чињеница да у одређеном броју истраживања третмански фактори нису остварили статистички значајну повезаност са одлукама судова о молбама за доделу условног отпуста. На тај начин се смањује мотивација осуђених да учествују у процесу сопствене промене, свесни чињенице да њихово понашање, изражено кроз позитивну промену у

понашању, можда неће бити фактор који ће допринети и њиховом пуштању на условну слободу. С друге стране, у нашој држави се у одређеним случајевима обесмишљава институт условног отпуста, уколико дужина условљене казне, како то и истраживања показују, у неким случајевима траје један или неколико дана.

Из свега наведеног закључује се да условни отпуст, како је конципиран у нашем законодавству и поред бројних модификација и даље има велики број мањкавости. Како је условни отпуст један од најснажнијих инструмената који осуђене мотивише на позитивне промене током извршења затворске казне, потребно је више се ослањати на резултате научних истраживања и примере добре праксе, како би овај институт био у законодавству конципиран најбоље могуће, што би омогућило и ефективнију примену у судској пракси.

Goran Jovanić, PhD

Associate Professor, Faculty for Special Education and Rehabilitation
University of Belgrade

Vera Petrović

Assistant, Faculty for Special Education and Rehabilitation
University of Belgrade

PAROLE, TRADITION AND ALTERATIONS

Summary

Following legislature of certain European countries which introduced the progressive system of prison sentence serving, in May 1869, the Principality of Serbia established parole as a motivational penal phase of sentence serving. Thus, the Law on parole of convicts from penal institutions, formed in nine acts, contributed to Serbia's integration into modern courses of penal legislature and practice in Europe, by adopting parole before many American and European countries had. In the course of 150 years of its presence in our legislature, the parole has been modified several times in different ways. Formal conditions have been altered, along with titular of granting, disqualification circumstances, however, what has remained the same is the basic intention of the legislator which conditions the convict who is granted parole to refrain from committing new crimes in the course of the parole itself. The aim of this paper is to accent certain mismatches between the today's normative structures of conditions for being granted parole and different convicts' categories classified according to the longevity of the prison time they have been sentenced to. On the other hand, it is our intention to emphasize potential normative improvements in the fields of denying the possibility of parole for relatively short sentences, inability of submitting new appeals for a certain period of time when the original appeal of a convict has been rejected, rejection of the appeals due to negative attitude of penal institutions or due to subjective circumstances which prove the parole to be unjustified.

Key words: prison sentence, parole, Serbia, normative structure.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Вујичић, Н., Стевановић, З., Илијић, Љ., *Примена института условног отпуста од стране судова у Републици Србији-експертска анализа*, Организација за европску безбедност и сарадњу - Мисија у Србији и Институт за криминолошка и социолошка истраживања Београд, Београд, 2017.

Вуковић, Н., „Изузеће судије и други процесноправни проблеми у примени условног отпуста“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. LXIV, 2, Београд, 2016, 171-199.

Димовски, Д., Поповић, И., „Условни отпуст – нормативни и практични аспект“, *Наука, безбедност, полиција*, бр. 22-2, Београд, 2017, 47-60.

Закон о извршењу кривичних санкција, „*Службени гласник РС*“, број 35/19.

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, „*Службени гласник РС*“, број 32/13.

Законик о кривичном поступку, „*Службени гласник РС*“, број 35/19.

Законик о кривичном поступку, „*Службени гласник РС*“, број 55/2014.

Игњатовић, Ђ., „Критичка анализа стања и тенденција у кривичном и извршном праву“, *Crimen*, бр. 1-2, Београд, 2010, 168-201.

Игњатовић, Ђ., „Условни отпуст – правна и пенолошка анализа“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. LXIV, 1, Београд, 2016, 33-66.

Илић, В., „(Не)помириљивост казне доживотног затвора и људских права“, *Crimen*, бр. 2, Београд, 2019, 156-173.

Илић, З., Јованић, Г., *Затвор и/или слобода под надзором – стање и перспективе третмана осуђених лица у Србији*, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2011.

Јованић, Г., *Казни, затвори, запосли*, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2017.

Јованић, Г., Жунић-Павловић, В., „Примена принципа ризика, потреба и респонзивности у пеналном третману сексуалних преступника“, *Универзално и особено у праву (ур. О. Вујовић)*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2018, 115-136.

Јованић, Г., Петровић, В., „Условно отпуштање у пракси окружног затвора и надлежних судова“, *Специјална едукација и рехабилитација*, бр. 16-1, Београд, 2017, 95-122.

Jovanić, G., Petrović, V., “Lifelong Segregation by Prison Sentence – Pros and Cons”, “6th International Scientific Conference Social Changes in the Global World” (Ed. M. Ampovska), University in Shtip, Faculty of Law, Goce Delchev, 2019, 233-246.

Јованић, Г., *Стандардизација поступка условног отпуста као мера заштите од рецидива*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2012.

Јовановић, С., „Могући правци преиспитивања института условног отпуста с освртом на француска решења“, *Темида*, Београд, 2003, 21-26.

Јовановић, С., *Условни отпуст у југословенском кривичном праву*. Магистарска теза. Београд, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2003.

Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, „Службени лист СФРЈ“, број 36/77.

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 121/2012.

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 35/19.

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 72/2009 и 111/2009.

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 85/05.

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 94/2016.

Кривични Законик Федеративне Народне Републике Југославије, „Службени лист ФНРЈ“, број 106/47.

Митровић, Љ., „Примјена условног отпуста у Републици Српској“, *Годишњак факултета правних наука*, бр. 5, Бања Лука, 2015, 5-21.

Павловић, М., „Слабост кривичне пресуде у Србији крајем XIX и почетком XX века“, *Анали Правног факултета у Београду*, 55-2, Београд, 2007, 86-97.

Петровић, Б., Ферхатовић, А., „Увјетни отпуст у савременом кривичном законодавству“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево, 2013, 89-113.

Петровић, В., *Пракса условног отпуштања у пеналној рехабилитацији*. Мастер рад. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016.

Петровић, В., „Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин“, *Национално и међународно право – Актуелна питања и теме* (ур. О. Јовић-Прлаиновић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017, 111-129.

Петровић, В., Јованић, Г., „Додела условног отпуста и фактори ризика рецидивизма“, *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, бр. 36-2, Београд, 2017, 45-60.

Соковић, С., „Условни отпуст – спорна питања и савремена нормативна решења“, *Crimen*, 5-1, Београд, 2014, 35-49.

Tournier, P., *Systems of Conditional Release (Parole) in the Member States of the Council of Europe*, 2004, преузето са: <https://journals.openedition.org/champpenal/378?lang=en>.

Crowell, H., “A Home of One’s Own: The Fight Against Illegal Housing Discrimination Based on Criminal Convictions, and Those Who Are Still Left Behind”, *Texas Law Review*, 95-5, 2016, 1103-1143.

КАЗНА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА - ОПШТА РАЗМАТРАЊА И УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД

Апстракт

Увођење казне доживотног затвора у позитивноправни оквир Србије отворило је извесна питања у вези са криминалнополитичком оправданошћу ове казне, али и у вези са усклађеношћу овакве кривичне санкције са међународноправним оквиром и пре свега Европском конвенцијом о заштити основних људских права и слобода. Стога су излагања у раду посвећена општим разматрањима о појму и природи казне доживотног затвора, а потом и упоредноправним решењима која су заступљена у том погледу. Циљ рада јесте да се укаже на сличности и разлике које постоје у законским решењима Србије и других држава, те да се одговори на питање да ли је и у којој мери законски оквир у Србији усклађен са релевантним међународним стандардима.

Кључне речи: казна доживотног затвора, нечовечно поступање, Србија.

1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА О ДОЖИВОТНОЈ КАЗНИ ЗАТВОРА И МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИР

Кривична законодавства великог броја европских држава предвиђају доживотну затворску казну. Тако доживотну казну познају земље попут Француске, Немачке, Холандије, Бугарске, Молдавије, Италије, Мађарске и Аустрије. Међутим, међу државама постоје битне разлике у погледу (не)могућности условног отпуштања доживотно осуђених, тако да се у суштини може говорити о земљама у којима се у затвору и фактички борави до краја живота и о онима у којима то заправо није случај.

Иако се мотивација за доживотно затварање, између осталог, огледа у жељи да се загарантује потпуна неприкосновеност живота, те да се систем кривичних санкција учини хуманијим, ипак се постављају комплексна питања у вези са човечношћу, оправданошћу и сврховитошћу доживотне затворске казне. Наиме, у савремено доба кажњавањем се настоје остварити и сврхе које

* Доцент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, bucak80@gmail.com

** Асистент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду.

*** Асистент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду.

превазилазе просто депривирање и контролисање осуђеног, или се макар тежи остваривању и таквих сврха, оличених пре свега у рехабилитацији. Ретрибуција неминовно остаје један од основа кажњавања, али се сасвим јасно уочава да је казнени систем који инсистира само на одмазди суштински супротстављен савременом начину гледања на друштво и човека као титулара одређених права стечених самим рођењем. Све више се прихвата идеја да кажњавање не треба да зависи тек од тежине кривичног дела, степена кривице и других индивидуалних чинилаца, већ и од шире схваћених социјалних, економских и политичких околности у датом друштву које и те како утичу на криминалитет,¹ како у етиолошком, тако и у феноменолошком смислу. Управо начин на који се у једној држави кажњава много говори о досегнутом цивилизацијском нивоу,² па је само по себи разумљиво да пенални систем не може почивати на негирању било чије личне вредности и потенцијала за промену на боље.

С наведеним у вези, кључни циљ имплементације пеналног третмана у казним заводима јесте остваривање рехабилитације и реинтеграције у редовне друштвене токове, без обзира на то што савремена наука указује на бројне препреке на путу до остваривања тако опредељеног циља. До седамдесетих година прошлог века углавном се веровало да се адекватним приступом у казним установама могу постићи задовољавајући резултати и сузбити рецидивизам. Потом је, делимично и услед утицаја одређених пенолошких промишљања,³ отпочео период доминације предубеђења да је сваки рад са затвореницима осуђен на пропаст. Разуме се да су овакви ставови пре свега преовладали у широј јавности, те да су у годинама које су уследиле јављала и оптимистичнија размишљања.⁴ Било како било, од затворске казне и примењивања одређеног појединцу прилагођеног третмана не може се одустати, просто зато што такав приступ не познаје алтернативу. Стога се логично поставља питање како се доживотна казна, као казна која подразумева и бројне додатне проблеме уз оне који стандардно прате затворску казну, уклапа у оквире које исцртавају савремена пенолошка мисао и међународни стандарди о поштовању људских права.

Проблематика права и положаја осуђених лица као врло рањиве категорије у фокусу је бројних међународних докумената. Са становишта Савета Европе, од значаја је неколико препорука. Прво, Препорука број 76 (2) о поступању са осуђенима на дуготрајне казне, од 17. фебруара 1976. године. Између осталог, ова препорука сугерише да у случају свих осуђених треба створити претпоставке за што раније преиспитивање потребе за даљим лишавањем слободе и одлучивање о могућности условног отпуста, те да до ревизије треба да дође у најкраћем прихватљивом року, а свакако не касније но

¹ D. Scott, *Penology*, Sage publicatons, London, 2008, 9.

² П. Новоселец, *Onћи дио казног права*, Правни факултет, Загреб, 2009.

³ Вид. R. Martinson, „What works?-Questions and answers about prison reform“, *The Public Interest*, 22-50.

⁴ Вид. S. Duguid, *Can prisons work? The prisoner as object and subject in modern correcitons*, University of Toronto Press, Toronto, 2000.

што истекне између осам и четрнаест година од почетка издржавања казне. Након прве евалуације реевалуације треба поново вршити периодично. Препорука изричито наглашава да би на доживотно осуђене требало да се, уз неминовне модификације, примењују правила која важе за осуђене на дуготрајне казне.

Следећи релевантан документ Савета Европе јесте Препорука број 2003 (22) о условном отпусту (паролу), од 24. септембра 2003. године, којом се сугерише омогућавање предуслова за условно отпуштање свих осуђених лица, па тако и осуђених на доживотне казне затвора. Штавише, препорука у основним начелима, предвиђа да би затвореници већ при ступању на издржавање казне требало да буду упућени у то након коликог временског периода или коликог одслуженог дела казне, и у складу са којим пропозицијама, могу да буду условно отпуштени. Од значаја је и Препорука Савета Европе 2003 (23) о управљању установама за дуготрајно и доживотно затворене, од 9. октобра 2003. године која такође концептуално подржава условни отпуст и креирање услова за његову реализацију.

Европска затворска правила, из Препоруке Савета Европе 2006 (2) од 11. јануара 2006. године, инсистирају на сачињавању реинтегративних планова и осмишљавању режима за дуготрајно и доживотно осуђене. Правило број 30.3. предвиђа да се при ступању на издржавање казне сви осуђеници обавештавају о могућностима ранијег отпуштања са издржавања казне.

Но, када је реч о Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода (Рим, 1950, скраћено: ЕКЉП) она се ни начелно не бави положајем затвореника и затворском казном. Заправо, члан 3. ЕКЉП утврђује да нико не сме бити подвргнут мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, те у том смислу затвореници несумњиво могу тражити заштиту својих права пред Европским судом за људска права (скраћено: ЕСЉП). Конкретно када је реч о доживотној казни, релевантан је чл. 5. ст. 4. ЕКЉП сходно коме свако ко је лишен слободe има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободe и наложити пуштање на слободу уколико је релевантан основ престао да постоји. Имајући у виду наведено, поставља се питање да ли је реч о нечовечном кажњавању онда када се доживотно осуђенима не оставља ни трачак наде да ће се наћи на слободи, те да ли је законито доживотно затварање без периодичног преиспитивања валидности основа по коме је осуђени у једном прошлом моменту лишен слободe.

2. ДОЖИВОТНА КАЗНА ЗАТВОРА У СРБИЈИ

У наш кривичноправни систем казна доживотног затвора је инкорпорирана путем измена и допуна Кривичног законика РС (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019, скраћено: КЗ) из 2019. године. Члан 44а предвиђа да се за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела уз казну затвора изузетно може прописати и казна доживотног

затвора. Казна се може изрећи лицима која су у време извршења кривичног дела имала навршену макар 21 годину живота.

Представљено решење упућује на то да казна доживотног затвора нема карактер обавезне казне ни за једно кривично дело, већ да се она прописује, и то само изузетно, уз казну затвора у одређеном трајању. Стога суд, у складу са начелом слободног судијског уверења, према укупним околностима процењује да ли би казна доживотног затвора била примерена у сваком конкретном случају, и то само ако казна у фиксном трајању не би била адекватно решење. Тиме се српска доживотна казна налази у категорији дискреционих доживотних казни, што је чини нешто мање подобном за нарушавање чл. 3 ЕКЉП у односу на обавезну доживотну казну коју познаје један број европских кривичних законодавстава.⁵

Осуђени на доживотну казну затвора ипак може бити отпуштен уколико је издржао 27 година казне и уколико се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна неће учинити ново кривично дело, при чему ће суд узети у обзир владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на радну способност и друге околности (чл. 46. ст. 1 и 2 КЗ). Наведено је у складу са критеријумима које је ЕСЉП конципирао путем својих пресуда о усклађености доживотне казне са међународним стандардима о људским правима. При томе, о условном отпусту одлучује суд руководећи се низом околности који указују на пенолошке разлоге за (не)продужавање боравка у затвору, што додатно чини ово законско решење компатибилним са одредбама које забрањују нечовечно кажњавање.

Међутим, КЗ у чл. 46. ст. 5 предвиђа и да суд не може условно отпустити осуђеног за кривична дела: тешко убиство (члан 114. став 1. тачка 9), силовање (члан 178. став 4), обљуба над немоћним лицем (179. став 3), обљуба са дететом (члан 180. став 3) и обљуба злоупотребом положаја (члан 181. став 5). Осуђени у овим случајевима једину наду могу полагати у помиловање које даје Председник РС.

Сходно Закону о помиловању (*Службени гласник РС*, бр. 49/95 и 50/95 - испр.) поступак за помиловање се покреће по молби осуђеног или по службеној дужности. Детаљнијих појашњења о томе на чему се базира одлука Председника РС нема. У случају затворских казни у трајању преко три године нова молба за помиловање се може поднети најраније пошто истекне једна година од дана када је донета одлука по ранијој молби (чл. 6, ст. 1), из чега произлази да не постоји одређени минимални рок након чијег истицања осуђени могу први пут аплицирати за помиловање. У случају осуђених на доживотне казне то свакако не би могао бити неки краћи рок, али се може поставити питање да ли рок од 27 година након кога се може тражити условни отпуст са „стандардне“ доживотне казне има неког значаја и у случају

⁵ Вид. Винтер и остали против Уједињеног Краљевства, представке бр. 66069/09, 130/10 и 3896/10, пресуда од 9. јула 2013. године.

специфичне категорије доживотно осуђених који су иницијално лишени права на условни отпуст.

Молба за помиловање се подноси суду који је изрекао првостепену пресуду, док Упутство о поступању судова и установа за издржавање казне затвора у поступку помиловања (*Службени гласник РС*, бр. 6 од 9. марта 1998, 7 од 20. марта 1998 – исправка), у члану 5. ст. 1, прецизира који ће се све подаци наћи у извештају који завод доставља суду. Поред података о пресуди, издржаном делу казне, владању осуђеног и његовом здрављу, извештај садржи и податке о: ставу осуђеног према извршеном кривичном делу, запажања завода о личним особинама осуђеног и мишљење о утицају издржане казне на постизање сврхе кажњавања. Суд, уз своје виђење оправданости молбе, исту прослеђује министарству надлежном за правосудје, одакле министар молбу, са својим мишљењем и свим прилозима, прослеђује Председнику РС.

Треба одговорити на питање да ли се постојећа законска решења супротстављају члану 3. ЕКЉП који искључује нечовечно кажњавање осуђених. Мишљења смо, да и поред тога што дато решење није у целости усклађено са свим препорукама међународних докумената у домену извршења кривичних санкција, ипак нема непосредне неусаглашености са ЕКЉП, нити са ставовима заузетим у пресудама ЕСЉП.

Наиме, ЕСЉП у образложењу својих одлука наводи да се одређивање броја година након кога доживотно осуђени могу тражити условни отпуст практично може сматрати стандардом, као што је непорециви стандард и усмеравање читавог пеналног система ка рехабилитацији. Прецизније, ЕСЉП издваја пет кључних стандарда чије поштовање обезбеђује човечност доживотне казне: принцип легалитета (закон јасно и концизно дефинише пропозиције кажњавања), принцип уважавања пенеолошких стандарда (даље задржавање у затвору почива на јасним и унапред познатим критеријумима), принцип периодичне реevaluације (након истека унапред одређеног временског периода, не дужег од 25 година приступа се реevaluацији), принцип правичног суђења (одбијање молбе мора бити образложено) и принцип гарантовања права на жалбу (одлука може бити преиспитана, а препоручује се да о жалби одлучује суд).⁶

Међутим, и поред тога што инсистира на могућности редуковања доживотне казне, ЕСЉП истовремено стоји и при ставу да свака држава има неприкосновено право да криминалнополитичка питања решава на начин примерен сопственим приликама и потребама, ограничавајући се при томе само начелом законитости и садржином и смислом међународних уговора којима је та држава приступила.⁷ Следствено томе ни једна држава није у формалној

⁶ Вид. Мареј против Холандије, представка бр. 10511/10, пресуда од 26. априла 2016. године, Харакачјев и Толумов против Бугарске, представке бр. 15018/11 и 61199/12, пресуда од 8. јула 2014. године.

⁷ Вид. Хачинсон против Уједињеног Краљевства, представка бр. 57592/08, пресуда од 17. јануара 2017. године.

обавези да децидно предвиди институт условног отпуста доживотно осуђених након одређеног броја година, нити да уопште предвиди могућност примене тог института у односу на ову категорију осуђеника. Са друге стране, ЕСЈП оцењује да уколико се доживотно осуђеном не остави баш никаква нада у слободну будућност да тада постоји поступање државе које јесте противно начелу човечности. Таквим поступањем се суштински негира лична вредност осуђеног. Ипак, постојања наде је једно, а формалноправно уређење института условног отпуста нешто сасвим друго. Сходно ставу ЕСЈП, довољно је да постоји фактичка и правна могућност да осуђени у неком тренутку буде отпуштен из затвора, а таква могућност постоји и онда када закон изричито предвиђа могућност изласка из затвора на основу помиловања или другог сличног акта. Истовремено не треба губити из вида да ЕСЈП није конзистентан у својој пракси, те да у одеђеним случајевима помиловање сматра инситутом који омогућава редуковање доживотне казне, док га у неким другим случајевима изједначава са чином милосрђа који не почива на транспарентним правилима. Дакле, далеко од тога да је ЕСЈП црно на бело објаснио стање ствари и прогласио доживотну казну несагласном са ЕКЈП.

Српски Закон о помиловању се ни једном речи не фокусира на болест, позно животно доба или друге тешке индивидуалне околности независне од воље осуђеног као одлучујуће разлоге за отпуштање доживотно осуђеног, те смо става да будући подносиоци представки ипак не би имали успеха у доказивању тврдње да позитивно законско решење обесмишљава напоре осуђених да активно партиципирају у пеналном третману.

3. УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД

3.1 Холандија

Холандско кривично законодавство (Criminal Code of the Kingdom of Netherlands (1881, amended 2012)) предвиђа могућност изрицања доживотне казне за најтежа кривична дела, попут напада на представнике највиших државних органа, изазивања опште опасности и убиства. Осим тога, за одређена кривична дела се уобичајено изриче затворска казна у фиксном трајању, али постоји могућност да уместо такве казне буде изречен доживотни затвор уколико кривично дело садржи елементе терористичког деловања.

Занимљиво је то да осуђени на доживотне затворске казне чак немају прилику ни да учествују у одређеним активностима усмереним на реинтеграцију у друштво, с обзиром да се сматра да би њихово инволвирање у такве активности било бесмислено, јер се реинтегрисање у друштво једноставно не планира.⁸ Такође, у Холандији не постоји одређени временски период од почетка издржавања доживотне казне након кога би се могло приступити преиспитивању даље сврсисходности лишавања слободе. Ова

⁸ D. Van Zil Smit, C. Appleton, *Life Imprisonment-A Global Human Rights Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2019, 216.

категорија осуђених могла би се молбом за помиловање обратити само холандском монарху.⁹ Тиме је *de iure* омогућена суспензија доживотне казне, мада када је реч о *de facto* аспекту, треба имати у виду да је монарх почев од 1970. до 2016. године дао свега три таква помиловања.¹⁰ Последњих година актуелна је иницијатива да се нормира обавезно преиспитивања даље сврсисходности затворске казне након издржаних првих 25 година казне.

3.2. Велика Британија

У Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске систем кривичних санкција уређен је Законом о кривичном правосуђу (*Criminal Justice Act 2003*) који начелно предвиђа да суд при самом изрицању доживотне казне затвора мора дефинисати трајање минималног периода након кога осуђени може аплицирати за условни отпуст. Трајање наведеног периода, познатог под називом „тарифа“ (*tariff*), зависи од тога како суд процењује потребу за ретрибуцијом и застрашивањем, што је природно условљено пре свега тежином кривичног дела и степеном кривице осуђеног. Када опредељени период истекне о условном отпусту одлучује одговарајући одбор који је практично у обавези да условно отпусти осуђеног уколико интерес заштите опште безбедности не изискује његов даљиостанак у затвору.

Међутим у случају посебно тешких кривичних дела, као и у случају стицаја више тешких кривичних дела, под условом да је реч о учиниоцу старијем од 21 године у време извршења кривичног дела, не постоји тарифа, односно и фактички је реч о издржавању доживотне казне. У таквим случајевима никада не долази до процедуре пред одбором („*post tariff review*“), па се осуђени може надати само отпусту из милосрдних разлога, при чему треба имати у виду да такав отпуст, сходно подацима закључно са 2014. годином, никада није забележен у пракси.¹¹

3.3. Италија

Када је реч о Италији, кривични закон (*Codice Penale*) у начелу омогућава условни отпуст у случају изрицања свих врста затворских казни, при чему условни отпуст пре свега зависи од остваривања рехабилитативних циљева, односно од труда и залагања осуђеног. Иначе је у овој земљи смртна казна укинута 1944. године и тада је као њен супститут уведена доживотна затворска казна.¹² Како би се конструктивно одговорило на замерке оних који кажу да се доживотна казна супроставља рехабилитативном концепту, остављена је могућност да се и доживотно осуђенима након одслужених 26

⁹ Мареј против Холандије, представка бр. 10511/10, пресуда од 26. априла 2016. године.

¹⁰ D. Van Zyl Smit, P. Weatherby, S. Creighton, Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 63,4.

¹¹ D. Van Zyl Smit et al, *op.cit.*, 64.

¹² A. Manna, E. Infante, *Criminal Justice Systems in Europe and North America (Italy)*, HEUNI, Helsinki, 2000, 40.

година казне дозволи полуслобода (слобода уз одређени степен надзора) или условни отпуст.¹³ Међутим, законски оквир у Италији такође подразумева и одредбе које се тичу припадника организованих криминалних група и терористичких организација. Таквим посебним одредбама је предвиђено да организатор наведених група може аплицирати за условни отпуст само уколико је вољан да сарађује са државним органима у циљу откривања и процесуирања других тешких кривичних дела. С тим у вези је у предмету Виола против Италије (представка број 77633/16, пресуда од 13. јуна 2019. године) ЕСЉП оценио да Италија поступа супротно одредбама ЕКЉП када искључује могућност условног отпуста за припаднике мафије који нису вољни да сарађују са државом, при чему се залагању таквих осуђеника при остваривању пеналних третмана у заводу не придаје никакав значај.

3.4. Немачка

Немачки кривични закон (Strafgesetzbuch, скраћено: StGB) омогућава изрицање доживотне казне за најтежа кривична дела као што су убиство, кривична дела на штету деце са тешким последицама и смртним исходом, те тешка кривична дела из домена политичког криминалитета. Међутим, немачки уставни суд је заузео став да изрицање доживотне казне није у супротности са уставом једино уколико оно истовремено подразумева и постојање могућности да осуђени у неком моменту буде условно отпуштен. То практично значи да у највећем броју случајева доживотна казна подразумева служење казне током одређеног броја година, при чему немачко министарство правде у својим анализама констатује да доживотно осуђени у казним заводима најчешће проведу нешто мање од 20 година.¹⁴ Наведно иплицира да је служење изузетно дуготрајних казни неуобичајено, мада Hans-Georg Neumann, осуђен за убиство двоје људи, и данас издржава казну на коју је ступио 1963. године, што га чини осуђеником са најдужим затвореничким стажом у овој земљи.

Доживотно осуђена лица могу аплицирати за условни отпуст након одслужених 15 година казне, с тим што је неопходно да се процени да испољени степен кривице не изискује дуготрајније затварање и да отпуштање осуђеног не би било у супротности са интересом заштите опште безбедности. Не врши се било какво периодично преиспитивање казне по службеној дужности, а уколико молба за условни отпуст буде одбијена суд истовремено одређује период након кога ће осуђени бити у могућности да поново поднесе молбу, с тим да тај период не може бити дужи од две године (чл. 57а, ст. 4 StGB).

3.5. Хрватска

Хрватска спада међу малобројне земље у Европи које не познају институт доживотне казне. Наиме, сходно члану 46 Казненог закона (*Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 и 126/19), најтежа казна у овој држави јесте казна дуготрајног затвора. Ова казна не може бити краћа од

¹³ А. Manna, Е. Infante, op. cit, 41.

¹⁴ J. Jehle, *Criminal Justice in Germany, Facts and Figures*, Federal Ministry of Justice, Berlin, 2009.

21, нити дужа од 40 година, с тим што се изузетно за стицај кривичних дела може изрећи јединствена казна дуготрајног затвора у трајању до 50 година. Казна дуготрајног затвора не може се изрећи учиниоцу који у време извршења кривичног дела није навршио 18 година.

У Хрватској је током претходних година било одређених полемика о криминалнополитичким разлозима за и против увођења доживотне казне,¹⁵ што је донекле актуелизовано скорашњим увођењем казне доживотног затвора у Србији. Ипак, позитивни законски оквир није измењен у том смислу.

Осим у Хрватској, у Европи доживотна казна није предвиђена у системима кривичних санкција следећих земаља: Андора, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Португал и Сан Марино, а у Линхенштајну и на Исланду, и поред постојања законске могућности, таква казна није никада изречена.¹⁶

4. ЗАКЉУЧАК

Мишљења смо да позитивни законски оквир у Србији не доводи у питање поштовање људских права, и поред тога што је уведена доживотна затворска казна као институт који несумњиво отвара бројна спорна питања. Међутим, исто тако смо становишта да није постојала релевантна сметња да законодавац ипак предвиди могућност условног отуста за све категорије осуђених лица. Наиме, уколико доживотно осуђени у начелу имају могућност да након протека 27 година од почетка издржавања казне аплицирају за условни отпуст, можда је такву могућност требало предвидети и за осуђене за веома тешка дела која разумљиво изазивају опште гнушање и узнемиреност. Објективно посматрано, 27 година заиста представља значајан временски период, па се након истицања толиког броја година логично може поставити питање да ли су остварени рехабилитативни циљеви пеналног третмана. Са друге стране, нема препрека да се доживотно осуђеном условни отпуст не одобри уколико ретрибутивни и рехабилитативни циљеви нису остварени, или уколико постоји бојазан да ће се давањем условног отуста довести у питање безбедност грађана. У том смислу је законодавац могао поставити и додатне услове које би доживотно осуђени морао задовољити пре евентуалног пуштања на слободу.

Решење за које се законодавац определио стога указује на фокусирање на ретрибутивне и генералнопревентивне аспекте казне.¹⁷ Ови аспекти казне су

¹⁵ Види: М. Сведровић, „Криминалнополитичка оправданост промјена казних санкција с освртом на увођење доживотног затвора и на сустав изрицања казне“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, 2003, 2, 341-428.

¹⁶ Види: Европски одбор за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања (СРТ), Ситуација затвореника осуђених на доживотни затвор, Извод из 25. Општег извештаја, Савет Европе, 2016.

¹⁷ Вид. Z. Grujić, „Life imprisonment as an answer to contemporary security challenges-The (in)adequacy of the retributive approach“, *Теме*, 4, 2019, 1116-1117.

несумњиво веома значајни са становишта заштите друштва од најопаснијих облика криминалитета, али та околност не би требало да оправдава занемаривање рехабилитативне и реинтегративне функције кажњавања, нити нерестриktivно сужавање права осуђених лица.

Milica KOVAČEVIĆ, PhD

Assistant professor, Faculty for Special Education and Rehabilitation,
University of Belgrade

Marija MALJKOVIĆ

Assistant, Faculty for Special Education and Rehabilitation,
University of Belgrade

Dragica BOGETIĆ

Assistant, Faculty for Special Education and Rehabilitation,
University of Belgrade

LIFE IMPRISONMENT - GENERAL CONSIDERATIONS AND
COMPARATIVE LAW REVIEW

Summary

The introduction of the imprisonment for life in the positive legal framework of Serbia has raised a number of questions regarding the criminal political justification of this sentence, but also regarding the compliance of such a criminal sanction with the international legal framework and above all regarding the compliance with the European Convention on Human Rights (ECHR). Therefore, the paper is devoted to general considerations about the concept and nature of the sentence of life imprisonment and then to the overview of the comparative solutions presented in this respect. The aim of the paper is to point out to the similarities and differences that exist in the legal framework of Serbia and other countries, and to answer the question whether and to what extent the legal framework in Serbia is in line with relevant international standards.

Key words: life imprisonment, inhuman treatment, Serbia

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Van Zil S. D., Appleton C., *Life Imprisonment-A Global Human Rights Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2019.

Van Zyl S. D., Weatherby P., Creighton S., „Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?“, *Human Rights Law Review*, 14, 2014, 59-84.

Grujić Z., „Life imprisonment as an answer to contemporary security challenges-The (in)adequacy of the retributive approach“, *Teme*, 4, 2019, 1109-1124.

Duguid S., *Can prisons work? The prisoner as object and subject in modern corrections*, University of Toronto Press, Toronto, 2000.

Европски одбор за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања (СРТ), *Ситуација затвореника осуђених на доживотни затвор, Извод из 25. Општег извештаја*, Савет Европе, 2016.

Jehle Jorg-Martin, *Criminal Justice in Germany, Facts and Figures*, Federal Ministry of Justice, Berlin, 2009.

Manna A., Infante E., *Criminal Justice Systems in Europe and North America (Italy)*, HEUNI, Helsinki, 2000.

Martinson R., „What works?-Questions and answers about prison reform“, *The Public Interest*, 1974, 22-50.

Новоселец П., *Опћи дио казненог права*, Правни факултет, Загреб, 2009.

Scott D., *Penology*, Sage publicatons, London, 2008.

Сведровић М., „Криминалнополитичка оправданост промјена казних санкција с освртом на увођење доживотног затвора и на сустав изрицања казне“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, 2, 2003, 341-428.

Др Ванда БОЖИЋ*,
Др Сузана ДИМИЋ**
Др Мирјана ЂУКИЋ***

343.359.2
343.9.022:336.225.68

ПОРЕСКА УТАЈА КАО ЈЕДНО ОД КРИВИЧНИХ ДЕЛА У ЛАНЦУ ОРГАНИЗОВАНЕ КРИМИНАЛНЕ ДЕЛАТНОСТИ

Апстракт

Као једна опасна и комплексна појава, организовани криминалитет већ дуже време егзистира у готово свакој држави. С обзиром на тенденцију усмеравања ка прекограничним активностима, према процени међународне заједнице, прети да угрози човечанство. Поље његовог деловања осим имовинских и многих других кривичних дела која доносе висок профит, јесу и кривична дела која за објекат напада имају привредне структуре једне државе. Аутори у раду анализирају пореску утају као једно од кривичних дела типично за ланац организоване криминалне делатности. Циљ рада јесте да се употребом правно-догматског, метода анализе садржаја, установи колики степен опасности носи вршење пореске утаје на организован начин, односно од стране криминалних организација и да ли овакав начин извршења заслужује да се оквалификује као тежи облик овог противправног понашања.

Кључне речи: пореска утаја, организовани криминалитет, организовани привредни криминалитет

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Једно од честих кривичних дела које се налази у ланцу организоване криминалне делатности је пореска утаја, код које друштвена опасност није тако транспарентна као код већине других кривичних дела. Мада је у савременим демократијама пореска свест грађана на релативно задовољавајућем нивоу, о

* Доцент, Правни факултет, Универзитет Привредна академија у Новом Саду, vanda.bozic@pravni-fakultet.info.

** Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, suzana.dimic@pr.ac.rs.

*** Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици mirjana.djukic@pr.ac.rs.

потпуном испуњавању пореских обавеза од стране свих лица готово је незамисливо. Од настанка пореза па до данашњих дана одређени број пореских обвезника настоји да у потпуности избегне или делимично умањи своју пореску обавезу.

Испуњавањем својих пореских обавеза порески обвезници умањују свој расположиви доходак. Управо због смањење економске снаге, опорезивање изазива отпор пореских обвезника. Међутим, у већини случајева порески обвезници поступају у оквирима закона, испуњавајући своје пореске обавезе или прибегавају неком од облика легалног избегавања плаћања пореза (пореске евазије), као што су промена пребивалишта, седишта делатности, и сл. Један број пореских обвезника се одлучује да поступа противно пореским прописима и извршава неких од пореских деликата, као што су прекршаји, привредни преступи и пореска кривична дела.

Разлози за избегавање плаћања пореза могу бити веома различити, у зависности од државе до државе, почев од дизајна пореског система до развијености пореске свести у дотичној држави. Висина пореског оптерећења негативно утиче на испуњавање пореских обавеза, јер са јачањем пореског оптерећења повећава се и отпор пореских обвезника. Такође, неповољна економска кретања негативно утичу на испуњавање пореских обавеза. На пореску евазију утичу и економска снага пореског обвезника, јер се опорезивањем захвата део оствареног дохотка. Поред бројних фактора који се тичу обликовања пореза (попут пореске стопе, пореских подстицаја), сложености и честих мењања прописа, на лојалност пореских обвезника у великој мери утиче и пореска свест у једној друштвеној заједници. Уколико је присутан такав порески менталитет да се на избегавање плаћања пореза гледа са одобравањем, мање су могућности за уредно и благовремено испуњавање пореских обавеза.

Поред "традиционалних" разлога за евазивно понашање, које се у крајњем може објаснити потребом пореских обвезника да својим понашањем сачувају ону величину дохотка коју си имали пре опорезивања, у последње време све чешће је присутна намера да се избегавањем плаћања пореза стекну високи приходи. У таквој ситуацији се њихово незаконито порекло прикрива стапањем са легалним финансијским токовима. Тада пореска утаја представља кривично дело предикатно прању новца. Прикривањем нелегално стечених прихода (који су стечени пореском утајом), отварају се могућности за даље спровођење разних финансијских трансакција, што угрожава финансијске интересе државе јер вишеструко штети државном буџету.

1. ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ ПОРЕСКЕ УТАЈЕ КАО НАЈТЕЖЕГ ПОРЕСКОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Уколико порески обвезници, кршењем пореских прописа, не испуне своје пореске обавезе примењиваће се репресивне мере. Мере казнене политике ће се предузети у зависности од врсте пореског деликта. Најтежи облици противправних понашања пореских обвезника инкриминисани су као пореска кривична дела, међу којима и пореска утаја. У погледу њеног нормирања пракса држава је разнолика, јер је у већини држава прописана кривичним законодавством, док је у неким државама пореским законодавством. У време постојања СФРЈ ово кривично дело било је регулисано кривичним законодавством, као и неко време након распада СФРЈ у оквиру кривичног законодавства Србије. Након тога наступа период када је њена инкриминација препуштена пореском законодавству, од доношења закона којим је у једном општем акту регулисана целокупна материја пореског поступка и пореске администрације.¹ Ступањем на снагу Кривичног законика из 2005. године нормирање кривичног дела пореске утаје је враћено у домен кривичног законодавства.² У пореској литератури има мишљења да би требало размислити о томе да се пореска кривична дела уврсте у посебну групу кривичних дела у Кривичном законнику Србије под називом кривична дела против фискаса. Тако би се сва пореска кривична дела објединила у једном закону.³ Док за пореску утају, као и остала пореска кривична дела судови изричу казне затвора и новчане казне, за лакше облике пореских деликата прописане су прекршајне казне и заштитне мере (на пример, одузимање дозволе за обављање делатности). Линију разграничења између пореске утаје и пореских прекршаја представља износ неплаћеног пореза⁴. То је објективни услов за инкриминацију кривичног дела пореске утаје, јер уколико је износ неплаћеног пореза испод прописаног износа, активне или пасивне делатности од којих се састоји радња извршења овог кривичног дела неће представљати кривично дело, већ порески прекршај.

¹ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Сл. гласник РС“, бр.80/02, 84/02, 79/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/14, 112/15, 15/16, 108/16 и 30/18.

² Чл. 225, 226 и 236 Закона о изменама и допунама Кривичног законика, „Сл. гласник РС“, бр.94/2016.

³ Г. Илић-Попов, Пореска кривична дела у српском пореском законодавству, *NBP - Journal of Criminalistics and Law*, 1/2016, 54

⁴ Према важећим одредбама Кривичног законика Србије то је износ од милион динара (односно око 8500 евра).

Процесуирањем и кажњавањем пореског утајивача за кривично дело пореске утаје, као најтежег облика пореских кривичних дела, требало би не само да се постигне његово кажњавање за незакониту пореску евазију, већ и специјална превенција. Његовим кажњавањем, изрицањем казне затвора и новчане казне, требало би га одвратити од вршења таквих криминалних радњи у будућности. Висина изречене новчане казне требало би да прелази износ неплаћеног пореза, зато што порески утајивач процењује очекивану корист од неплаћања пореза и евентуални трошак који ће имати уколико буде ухваћен и кажњен.⁵ Такође, откривање, процесуирање и адекватно кажњавање пореских утајивача је битно и са аспекта генералне превенције, јер представља опомену за остале пореске обвезнике да уредно и благовремено извршавају своје пореске обавезе.

Вршењем пореске утаје, као и осталих пореских кривичних дела, државна благајна остаје ускраћена за износ средстава које би имала да су порески обвезници уредно и благовремено испунили своје пореске обавезе. Са друге стране, извршењем пореске утаје порески утајивачи остварују корист, јер увећавају свој расположиви доходак за износ пореза који су били дужни да плате. Отуда је законодавац изричито прописао да ће суд бити дужан да уз казну затвора изрекче и новчану казну, чиме се посебно наглашава њихова лукративна природа.⁶

Од уредног и блавременог испуњавања пореских обавеза зависи континуирано обезбеђивања средстава неопходних за оптимално функционисање друштвене заједнице. Упркос чињеници да потреба живљења у заједници захтева одређене трошкове, опорезивање је одувек изазивало отпор, јер га грађани доживљавају као терет. Иако је опорезивање у општем интересу, јер се порески обвезници појављују као корисници разних јавних услуга, због тога што се опорезивањем смањује њихов расположиви доходак грађани настоје да кроз различите начине избегну или умање опорезивање. Код пореске утаје, као и код осталих пореских кривичних дела ради се о једној специфичности у односу на остала кривична дела, а то је чињеница да њихова последица није транспарентна (као на пример, код кривичних дела против живота и тела). Треба узети у обзир и присутан порески менталитет, као што је случај код нас, када преовлађује такво схватање јавности којим се порески деликти не сматрају криминалитетом (него се чак и глорификују као "успешно" пословање). Бројне

⁵ Г. Милошевић, Економски аспекти евазије пореза, *Економски хоризонти*, 2006, 8,(1-2), 76.

⁶М. Кулић, Г. Милошевић, Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку у српском кривичном праву, *Анали Правног факултета у Београду*, LIX, 2/2011, 323.

мере превенције које су предузете у протеклом периоду, као што је кампања о корисности пореза, требало би да утичу на промену пореске свести, која је на врло ниском нивоу. Са друге стране, адекватни систем казнене политике треба утицати на постизање пореске дисциплине, јер се у пракси показује да активности државе на добровољном повиновању пореској обавези у нашим условима не могу постићи адекватне резултате. Чини се, међутим, да управо та друга страна активности државе у домену опорезивања, односно, казнена политика у пракси нема обресе озбиљније борбе против ове врсте криминалитета. Примена неких од савремених института кривичнопроцесног законодавства (попут споразума о признању кривичног дела) фактички доводи до тога да ионако блага казнена политика буде још блажа.⁷ То може призвести само негативне ефекте са аспекта генералне превенције. Када се извршен број пореских утајивача "извукао" са врло малим или готово никаквим казнама то може да психолошки утиче на остале пореске обвезнике. Отуда, имајући у виду друштвену опасност пореске утаје, која се састоји у угрожавању буџетских прихода, тај тзв. ефекат угледања на пореске утајиваче од стране осталих пореских обвезника може имати вишеструке последице по фискалне интересе државе.

2. ПОРЕСКА УТАЈА – КРИВИЧНОМАТЕРИЈАЛНИ АСПЕКТ

Кривично дело пореске утаје прописано је чл. 225. Кривичног законика Републике Србије.⁸ Налази се међу кривичним делима против привреде⁹ те се сматра основним фискалним кривичним делом. Радња кривичног дела односи се на давање лажних података о стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање пореских обавеза (*delicta*

⁷Види: S. Dimić, M. Đukić, Tax fraud and Plea Bargaining, *Archibald Reiss Days*, Volume III, 2017, 65.

⁸ Кривични законик Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

⁹ Види упоредно: V. Božić, *Gospodarska kaznena djela u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu s posebnim osvrtom na prijevaru u gospodarskom poslovanju kao najučestalijim gospodarskim kaznenim djelom u sudskoj praksi*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Pravosudna akademija i Institut za uporedno pravo, *Zbornik radova - Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 - norma, praksa i mere harmonizacije)*, Zlatibor, 2016, 263-279.

comissiva) или на непријављивање стеченог прихода, предмета или других чињеница ако се ради о облигаторној пореској пријави (*delicta omissiva*), као и на прикривање стеченог прихода, предмета или чињеница. Уз описану радњу, потребно је да се испуне још и два додатна услова, први, да се ради о утаји износа вишој од милион динара те други, да је учинилац поступао с директним умишљајем (*dolus directus*) да он или друго лице потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Није од утицаја за постојање кривичног дела да ли је учинилац поступао са умишљајем да за себе или за друго лице избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, као нити да ли се ради о делимичном или потпуном избегавању законски прописане обавезе.

Иако је пореска утаја самостално кривично дело, поставља се једно занимљиво питање, да ли је пореска утаја само једна врста преваре, јер учинилац у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист доводи пореске органе лажним приказивањем или прикривањем чињеница у заблуду. Када се не пријави и не плати порезна обавеза, доста је тешко у пракси разграничити умишљај од ненамерне чинидбе избегавања обрачуна, пријављивања и плаћања порезне обавезе, па тиме и кривичну одговорност од административне одговорности.¹⁰

Суд ће за темељни облик кривичног дела пореске утаје осуђеном лицу изрећи кумулативну казну, новчану казну и казну затвора. Висина затворске казне зависиће од висине утајеног пореза. Ако је висина утајеног пореза, доприноса или других прописаних дажбина већа од милион динара, Кривични законик налаже да се учинилац осуди, уз новчану казну, и на казну затвора од једне до пет година. Висина утајеног пореза посматра се у оквиру временског периода од једне календарске године.

„Радња извршења кривичног дела пореска утаја, као и пореске обавезе чије се плаћање избегава, морају се посматрати у оквиру временског периода од једне фискалне, односно календарске године, те се не могу сабирати појединачни износи пореских обавеза чије се плаћање избегава у две календарске године.“¹¹

Кривичним закоником су, уз овај основни облик кривичног дела пореске утаје, прописана и два квалификаторна облика, о којима ће се радити уколико

¹⁰ А. Vranko, Sprječavanje porezne utaje i izbjegavanja plaćanja poreza, *Porezni vjesnik*, Zagreb, broj 7-8/2015, str. 112-125.

¹¹ Из пресуде Врховног касационог суда, Кзз 196/2016 од 14. априла 2016. год.

је износ утајеног пореза већи од 5 милиона динара, односно 15 милиона динара.¹² У првом случају, Кривичним закоником прописана је казна затвора од две до осам година и новчана казна, а у другом, казна затвора од три до десет година и новчана казна. Да би се радило о квалификованом облику пореске утаје учинилац мора да буде свестан, шта подразумева да учинилац мора да зна да својом радњом чини утају пореза, доприноса или других дажбина у већем износу, међутим не треба да буде свестан тачне висине утајеног пореза.¹³

Наведена инкриминација и прописане кривичноправне санкције за кривично дело Пореске утаје видљиве су у табели под ред. бр.1.

Табела бр. 1. Инкриминација и кривичноправне санкције за кривично дело
Пореске утаје

ПОРЕСКА УТАЈА			
	ОСНОВНИ ОБЛИК	I КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК	II КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК
РАДЊА	- давање лажних података о стеченим приходима, предметима или другим чињеницама - непријављивање стеченог прихода, предмета или других чињеница - прикривање стеченог прихода, предмета или чињеница		
КРИВИЦА	Директан умишљај (<i>dolus directus</i>)		
ИМОВИНСКА КОРИСТ	Прелази милион динара	Прелази пет милиона динара	Прелази петнаест милиона динара
КАЗНА	Затвор од 1 до 5 година и новчана казна	Затвор од 2 до 8 година и новчана казна	Затвор од 3 до 10 година и новчана казна

¹² Чл. 225. ст. 2 и 3.КЗ РС.

¹³ Више види: В. Đerek, Kaznena odgovornost za povrede poreznih zakona, *Financijska teorija i praksa*, Zagreb, broj 1/2003, str. 83-112.

Прописаним кривичном делом пореске утаје штити се фискални систем државе који се сматра објектом заштите кривичног дела. Наиме, утајом пореза, доприноса и других прописаних дажбина директно се оштећује фискални систем државе. Сходно наведеној тези, неки су теоретичари мишљења да је објект заштите кривичног дела управо дужност плаћања пореза, доприноса и других дажбина.¹⁴

Пореска утаја је кривично дело које упућује на кршење прописа из пореског законодавства. Законом о порезу на доходак је тако прописана обавеза лица која самостално обављају делатност да подносе обавезну годишњу пријаву о свом доходу.¹⁵ С обзиром да је активност у смислу пријаве оствареног годишњег дохода на страни пореског обвезника, о којој порески орган *a priori* нема у потпуности увид, порески обвезник врло лако пада у искушење на давање лажних података о својим стеченим приходима, на непријављивање целокупног стеченог прихода односно на прикривање одређеног свог стеченог прихода, све како би умањио основицу за обрачун пореза. Непријављивање стеченог прихода сматра се кривичним делом пореске утаје уколико посебан пропис (*lex specialis*) прописује обавезу пријављивања прихода путем подношења пријаве у одређеном року, па порески обвезник пропуштањем рока да изврши наметнуту обавезу остварује и радњу извршења кривичног дела.

3. ОРГАНИЗОВАНО ВРШЕЊЕ УТАЈЕ ПОРЕЗА – ОСВРТ НА МРЕЖНУ СТРУКТУРУ

Утаја пореза је врло често једно од кривичних дела у ланцу организоване криминалне делатности. Организованом криминалном групом сматра се група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи,¹⁶ док се групом у кривичном смислу сматра најмање три лица која су повезана ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова,

¹⁴ В. Павишић, В. Грозданић, Р. Веић, *Кomentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007, str. 636.

¹⁵ Чл. 3. ст. 1. т. 2. Закона о порезу на доходак грађана, „Сл. гласник РС“, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр.,

¹⁶ Чл. 112. т. 35. КЗ РС.

континуитет чланства или развијену структуру.¹⁷ За кривично дело удруживања ради вршења кривичних дела кривично су одговорни и организатор и припадници групе односно организоване криминалне групе. Ко организује групу која има за циљ вршење кривичних дела за које се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна, ако законом за такво организовање није предвиђена тежа казна, казниће се затвором од шест месеци до пет година, док ће се припадник групе казнити казном затвора од три месеца до три године.¹⁸ Ко организује организовану криминалну групу, ако законом за такво организовање није предвиђена тежа казна, казниће се затвором од једне до осам година, док ће се припадник организоване криминалне групе казнити казном затвора од шест месеци до пет година.¹⁹

У ланцу организоване криминалне делатности организована криминална група уз пореску утају из чл. 225. КЗ углавном врши више кривичних дела као што су: удруживање ради вршења кривичних дела из чл. 346. КЗ, прање новца из чл. 245. КЗ, злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 227. КЗ. У контексту финансијских трансакција, криминална организација уз удруживање ради вршења кривичних дела, може вршити поједина кривична дела против привреде са намером да избегне плаћање пореза, или, са намером да тако стечен приход прикрије, стапањем са легалним финансијким токовима. У наставку наводимо један пример из праксе:

„Припадници Службе за борбу против организованог криминала (СПБОК) по налогу Тужилаштва за организовани криминал и у сарадњи са службеницима Пореске полиције ухапсили су петнаест (15) лица – чланова организоване криминалне групе ради постојања сумње да су извршили више кривичних дела: удруживање ради вршења кривичних дела, злоупотреба положаја одговорног лица, пореска утаја и прање новца.

Стављено им је на терет да су незаконитим и противправним радњама оштетили државу за 30.530.538 динара на начин да су у периоду од 2016. до 2018. године сачињавали и оверавали пословну документацију са неистинитим садржајем у којој су неистинито приказивали промет добара и услуга између привредних друштава под контролом организоване криминалне групе, да би потом вршили пренос новца и

¹⁷ Т. 22. Ibid.

¹⁸ Чл. 346, ст.1. и 3. Ibid.

¹⁹ Ст. 2. и 4. Ibid.

подизање готовине са рачуна физичких лица, који је након тога предаван организатору групе и потом враћан одговорним лицима привредних друштава, која су без стварног правног основа новац и уплатила, уз задржавање провизије за себе и за припаднике криминалне групе у износу од три до осам одсто од уплаћеног новца. На овај начин привредна друштва, која су била под контролом ове криминалне групе, примила су уплате у износу од 1.017.684.628 динара и за себе прибавила противправну имовинску корист у износу од 30.530.538 динара.

Такође, за новац у износу од најмање 936.269.857 динара, који је враћен одговорним лицима или власницима привредних друштава која су вршила уплате, основано се сумња да је задржан и уложен у покретну и непокретну имовину, знајући да потиче из кривичног дела пореске утаје и злоупотребе положаја одговорног лица.²⁰

Чланови организоване криминалне групе су, дакле, оснивали већи број привредних субјеката да би на њихове рачуне уплаћивали новац до којег су дошли темељем фиктивне пословне сарадње са уплатиоцима с намером да им се врати чист новац и на тај начин избегне плаћање пореза.“

Неминовна је у овој сфери смена нелегалних и такозваних легалних активности, на који начин криминалне организације обезбеђују опстанак високо стеченог профита. Не само да нелегално стечен профит улажу у легалне послове (хотелијерство, оснивање предузећа, грађевинарство, и томе слично), већ и легалне државне институције финансирају привредну делатност криминалних организација.²¹ На тај начин долази до преплитања активности главних и споредних актера, те се уочава одсуство стандардног (пирамидалног) модела хијерархије у којем је прецизно дефинисана улога сваког појединог члана. Наиме, према истраживању UNODC које је обухватило четрдесет криминалних организација у шеснаест земаља, уочена је разноликост структуралних облика, која је послужила као основ за типологију криминалних организација у пет категорија: стандардна, регионална, кластер хијерархија, језгро структура и мрежна структура.²² Према њиховим основним карактеристикама и начину

²⁰ Извор: Влада Републике Србије, доступно на: <https://www.vlada.gov.rs/vesti/vest.php?id=325048>, pregledano 01.07.2020.

²¹ М. Бошковић, *Организовани криминалитет-криминолошки и криминалистички аспекти*, Полицијска академија, Београд, 1998, 89.

²²United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Global programme against transnational organized crime, Results of a Pilot Survey of a Fourty Selected Organised Criminal Groups in Sixteen Countries*, 2002, 19, 34-42.

функционисања у унутрашњости, чини се да мрежна структура најбоље одсликава начин функционисања криминалних организација на пољу привредног криминалитета.

У односу на велике формалне организације, мрежну структуру одликује нехијерархијски карактер, моћ је разасута, углавном неједнако распоређена.²³ Пошто не постоје институционализоване линије заповедања, компоненте мрежне структуре су независне и имају висок степен аутономије. Као лабаво организовану и у исто време прилагодљиву организацију, мрежу чине појединци који иначе немају криминалну каријеру, запослени у јавном сектору (банка, царина, пореска служба), због чега су од велике користи криминалној организацији, а у том контексту су се окупили и повезали око криминалног пројекта.²⁴ Ради се заправо о утицајним појединцима на државном нивоу, које су постојеће криминалне организације придобиле коруптивним методима. Сврха коруптивног придобијања јесте да невршећи своје дужности, ослободе пут за успешну реализацију циљева криминалних организација, а као и сваке друге, то је стицање економске користи.²⁵ Када дође до директног укључивања у криминалне организације, утицајни појединци који некада нису имали криминалне каријере, кроз своју делатност унутар организација, почевши од самог припадништва, па до вршења кривичних дела иначе типичних за представнике организованих криминалних група, и сами постају криминалци.²⁶ Тако, некадашњи „легитимни“ чланови друштва, добијају двоструку улогу.²⁷ За разлику од традиционалних хијерархијских структура, унутар којих је јасно дефинисана улога сваког појединог члана, код мрежне структуре присутне су испреплетане везе (одакле и потиче њихов назив „мрежа“) које воде у неку врсту конфузије, где заправо органи гоњења не могу са сигурношћу прецизирати ко је у одређеној ситуацији починио кривично дело. Из наведеног произилази не само проблем дефинисања овог типа организације, већ као кључни, проблем доказивања кривичних дела чији су актери припадници мрежних структура.

Приликом прелаза нелегално стечених прихода у легалну сферу, долази до изражаја преплитање активности утицајних појединаца из државног сектора

²³Преузето са: <http://hrcak.srce.hr/file/145112> , посећено 02.04.2020.

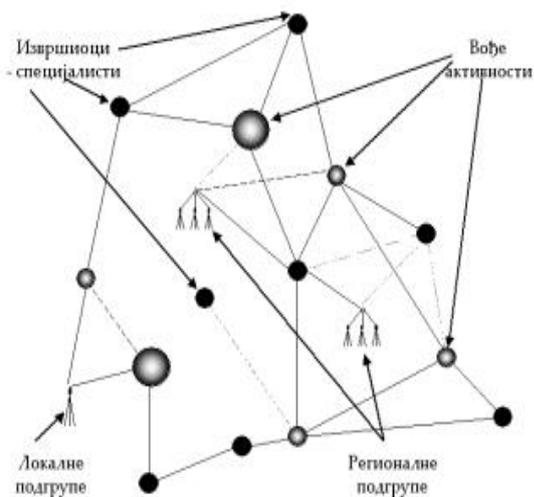
²⁴А. Булатовић, *Људска права у савременој политици борбе против савременог транснационалног криминала*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 67-68.

²⁵ М. Шкулић, *Организовани криминалитет - појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015, 46.

²⁶Ibid.

²⁷Ibid.

и са друге стране саме криминалне организације, и на неки начин њиховог стапања у мрежну структуру. Када дође до фазе интеграције, веома је тешко доказати утају пореза, као и порекло нелегално стечених прихода.²⁸ Тада се као проблем јавља немогућност утврђивања одакле прецизно потиче директива за спровођење оваквих малверзација. Обично се ради о већем броју особа које контролишу поједине фирме, или сами оснивају такозване „фантом фирме“. Мрежна структура која у низу криминалних активности укључује и област финансијског пословања, могла би се сликовито приказати у **фигури 1:**



Фигура 1.²⁹

Имајући у виду већи број вођа активности, не може се говорити о обезглављености, али је моћ свакако разасута. Епитет вође би се могао дати лицима од којих потиче иницијатива за оснивање фантом или перачких фирми, а којима иначе припада улога налогодавца у спровођењу других врста криминалних активности, док би утицајне појединце из државног сектора могли сврстати у регионалне и локалне подгрупе. Категорији специјалних извршилаца би могли припадати чланови криминалне организације самостално или у спрези

²⁸Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors, OECD, 2009, 29.

²⁹Скица мрежно структуриране криминалне организације преузета из: UNODC, op. cit, 41.; Називи група и подгрупа преузети из: А. Булатовић op. cit, 69.

са стручњацима из области финансијског пословања који подлежу утицају криминалне организације, зарад богаћења.³⁰ Реч је о универзалној шеми којом се сликовито приказује сплет активности на пољу финансијског пословања, које обухватају не само стицање добити утајом пореза, већ и његово улагање у легалне активности, стапањем лица која потичу из криминалног подземља и утицајних појединаца владајуће државне структуре у мрежно структурирану криминалну организацију.

Неизмирење пореских обавеза доводи до стицања високих профита,³¹ што је и сврха постојања криминалних формација. У овој се области не може ни очекивати постојање пореске свести и савесно понашање особа које за собом имају криминалну каријеру, те је утаја пореза самим тим саставна компонента њиховог криминалног деловања. У спрези са прањем новца и другим кривичним делима, посебно имајући у виду чињеницу да је унутар организације моћ разасута, пореску утају је веома тешко доказати у пракси. Са друге стране, посебно питање се односи на висок степен друштвене опасности која се манифестује кроз оштећење државног буџета, а притом је последица кумулације (здруживања) криминалне енергије.

4. АНАЛИЗА СУДСКЕ ПРАКСЕ ЗА УТАЈУ ПОРЕЗА

У табели бр. 1. приказали смо број пријављених и осуђених учинилаца за кривично дело пореске утаје из чл. 225. Кривичног законика. У 2018. години имамо нешто већи број поднетих кривичних пријава (967) у односу на 2019. годину (777), што износи смањење у прошлој години за 19,65%, међутим уколико погледамо број осуђених лица у наведеним годинама, онда ћемо да приметимо већи број осуда у 2019. години (274) у односу на 2018. годину (266), што је повећање за 3%.

³⁰ Типологије прања новца у Републици Србији, Мисија ОЕБС-а у Србији, 5, доступно на: http://www.apml.gov.rs/REPOSITORY/977_tipologije-pranja-novca-u-republici-srbiji-13-09-2011.pdf, посећено 15.05.2020.

³¹Фантом фирме се и оснивају у намери вршења утаје пореза, а та је намера поред директног умишљаја, субјективни елемент овог кривичног дела, вид.: Приручник за сузбијање привредног криминалитета и корупције, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017, 53.

Табела бр. 1. Пријаве и осуде за кривично дело *Пореске утаје* у 2018. и 2019. години³²

ПОРЕСКА УТАЈА- чл .225. КЗ РС		
	2018	2019
ПРИЈАВЕ	967	777
ОСУДЕ	266	274

У табели под ред. бр. 2. приказали смо изречене казне за кривично дело пореске утаје у 2018. и 2019. години. Судови су учиниоцима кривичних дела пореске утаје највише изрицали условне осуде, 185 (69,55%) у 2018. години и 191(69,71%) у 2019. години. На другом месту по броју изречених казни у 2018. години је казна затвора (50), 18,80% у односу на остале изречене казне, док је у 2019. години на другом месту казна кућног затвора (37), 13,50%у односу на остале изречене казне. На трећем месту по броју изречених казни у 2018. години је казна кућног затвора (17), 6,39% у односу на остале изречене казне, док је у 2019. години на трећем месту казна затвора (34), 12,41% у односу на остале изречене казне у истој години. На последњем месту по учесталости изрицања кривичноправних санкција у обе посматране године је новчана казна, у 2018. години имамо 14 изречених новчаних казни, (5,26%)у односу на остале изречене казне у истој години, а у 2019. години забележен је број од 11новчаних казни, (4,02%)у односу на остале изречене казне у истој години.

³²Извор: Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2018, пријаве, оптужења и осуде, Саопштење, Билтен број 653, Београд, 2019. година.

Извор: Пунолетни учиниоци кривичних дела, 2019., Саопштење, број 202, год. LXX, 23.07.2020

Табела бр. 2. Изречене казне за кривично дело *Пореске утаје* у 2018. и 2019. години³³

	Укупно	Затвор	Новчана казна	Условна осуда	Укупном затвору	Рад у јавном	Судска опомена	Васпитна мера	Проглашено
2019	274	34	11	191	37	-	-	1	-
2018	266	50	14	185	17	-	-	-	-

ЗАКЉУЧАК

Ако узмемо у обзир само неке од карактеристика на пољу деловања криминалних организација (повезаност са привредно структурираним државним институцијама, утицај на најважније сегменте државног апарата, стицање што већег профита и његово укључивање у праће новца), можемо констатовати да привредни криминалитет чини погодно тле за спровођење финансијских малверзација на организован начин. Овакав вид криминалитета презетује се као организовани привредни криминалитет. Један од његових најосетљивијих сегмената представља утаја пореза. Овом облику противправног понашања се са пуним правом придаје епитет најтежег облика пореске евазије, с обзиром на то какве последице узрокује. Још више добија на значају и тежини, када се врши плански и организовано у склопу чврсто структурираних криминалних организација. Другим речима, вероватноћа да ће добро испланирана активност криминалних организација довести до озбиљнијег оштећења/умањења државног буџета, далеко је већа, него да се у улози извршиоца нађе само једно лице.

Моменат кумулације (удруживања) криминалне енергије игра значајну улогу код готово сваког кривичног дела. Међутим, он није узет у обзир код пореске утаје, већ се као једини параметар приликом прописивања њених тежих облика, узима висина утајеног пореза. Имајући то у виду, препоруке аутора крећу се у правцу употпуњавања ове празнине, уз аргумент да сам елемент организованости у спрези са штетом која се наноси државном буџету, може изазвати двостручавање, односно појачавање степена друштвене опасности и штетности.

³³Извор: Пунолетни учиниоци кривичних дела, 2018., Саопштење, број 192, год. LXIX, 16.07.2019.

Извор: Пунолетни учиниоци кривичних дела, 2019., Саопштење, број 202, год. LXX, 23.07.2020.

Vanda Božić, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law
University of Business Academy in Novi Sad, Belgrade

Suzana Dimić, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law,
University in Priština - Kosovska Mitrovica

Mirjana Đukić, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law
University in Priština - Kosovska Mitrovica

TAX FRAUD AS ONE OF THE CRIMINAL OFFENSES IN THE CHAIN OF
ORGANIZED CRIMINAL ACTIVITY

Summary

As a dangerous and complex phenomenon, organized crime has existed for a long time in almost every country. Given the tendency to focus on cross-border activities, according to the assessment of the international community, it threatens to endanger humanity. Apart from property and many other criminal acts that bring high profits, the field of his activity is also criminal acts that have the economic structures of a state as the object of attack. The authors analyze tax fraud as one of the criminal acts typical of a chain of organized criminal activity. The aim of this paper is to use the legal-dogmatic method of content analysis to establish the degree of danger of tax fraud in an organized manner, by criminal organizations, and whether this method of execution deserves to be qualified as a more serious form of this illegal behavior.

Key words: tax fraud, organized crime, organized economic crime

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Бошковић М., *Организовани криминалитет-криминолошки и криминалистички аспекти*, Полицијска академија, Београд, 1998;

Булатовић А., *Људска права у савременој политици борбе против савременог транснационалног криминала*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016;

Božić V, *Gospodarska kaznena djela u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu s posebnim osvrtom na prijevaru u gospodarskom poslovanju kao najučestalijim gospodarskim kaznenim djelom u sudskoj praksi*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Pravosudna akademija i Institut za uporedno pravo, *Zbornik radova - Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 - norma, praksa i mere harmonizacije)*, Zlatibor, 2016, 263-279.

Vranko A, *Sprječavanje porezne utaje i izbjegavanja plaćanja poreza*, *Porezni vjesnik*, Zagreb, broj 7-8/2015, str. 112-125;

Vlada Republike Srbije,

<https://www.vlada.gov.rs/vesti/vest.php?id=325048>

Dimić S, Đukić M., *Tax fraud and Plea Bargaining*, *Archibald Reiss Days*, Volume III, 2017;

Derek B, *Kaznena odgovornost za povrede poreznih zakona*, *Financijska teorija i praksa*, Zagreb, broj 1/2003, str. 83-112;

Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Сл.гласник РС", бр. 94/2016;

Закон о порезу на доходак грађана, Сл. гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн., 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 - усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 86/2019 и 5/2020 - усклађени дин. изн.;

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, Сл. гласник РС, бр.80/02, 84/02, 79/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/14, 112/15, 15/16, 108/16 и 30/18;

Илић-Попов, Г., *Пореска кривична дела у српском пореском законодавству*, *NBP - Journal of Criminalistics and Law* 1/2016;

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, 94/16 i 35/19;

Кулић М., Милошевић, Г., Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку у српском кривичном праву, *Анали Правног факултета у Београду*, LIX, 2/2011;

Милошевић Г., Економски аспекти евазије пореза, *Економски хоризонти*, 2006, 8,(1-2).

Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors, OECD, 2009;

Pavišić B, Grozdanić V, Veić P, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 196/2016 od 14. aprila 2016. god.

Приручник за сузбијање привредног криминалитета и корупције, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017;

Punoletni učinioci krivičnih dela, 2018., Saopštenje, broj 192, god. LXIX, 16.07.2019

Punoletni učinioci krivičnih dela, 2019., Saopštenje, broj 202, god. LXX, 23.07.2020

Republički zavod za statistiku RS: *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji u 2018, prijave, optuženja i osude*, Saopštenje, Bilten broj 653, Beograd, 2019. Godina;

Stojanović Z, Perić O, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2000;

Типологије прања новца у Републици Србији, Мисија ОЕБС-а у Србији, доступно на:http://www.apml.gov.rs/REPOSITORY/977_tipologije-pranja-novca-u-republici-srbiji-13-09-2011.pdf, посећено 15.05.2020;

Шкулић М., *Организованикриминалитет - појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015;

ИЗВРШЕЊЕ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНО ПСИХИЈАТРИЈСКО ЛЕЧЕЊЕ И ЧУВАЊЕ У ЗДРАВСТВЕНОЈ УСТАНОВИ – ПРАКСА ЈЕДНЕ СПЕЦИЈАЛНЕ БОЛНИЦЕ

Апстракт

На X 16 Одељењу Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац налази се педесет лица која су учинила противправно дела законом одређена као кривично дело, и то пре свега убиство. Она се налазе на извршењу мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи.

У фокусу пажње аутора су поједини аспекти које се тичу извршења мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи. Централа део рада посвећен је истраживању у вези са педесет лица у X-16 Одељењу Специјалне болнице.

Кључне речи: санкција, извршење, мера безбедности, лечење, чување, специјална болница.

УМЕСТО УВОДА

Мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи је једина кривична санкција која је *неодређеног трајања* - која може да траје до краја живота лица којем је изречена. До 1. децембра 2019. године то је била једина кривична санкција која је могла да траје све до смрти лица којем је изречена. Од наведеног датума, уведена је казна доживотног затвора, чије је трајање увек одређено судском одлуком - до краја живота осуђеника. Напоменућемо и то да се и учиниоцима прекршаја може изрећи заштитна мера *обавезно психијатријско лечење*, која се по правилу извршава на слободи, а само изузетно у здравственој установи.

У погледу мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи треба разликовати три аспекта: материјални, процесни и извршни. То најмање подразумева неколико најважнијих питања - коме се и под којим условима мера може изрећи, време трајања, поступак у којем се изриче и на крају сам поступак извршења мере.

* Асистент са докторатом, Правни факултет у Новом Саду, i.milic@pf.uns.ac.rs.

** Руководилац за правне, кадровске и административне послове - начелник одељења, Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“.

Иако смо на крају навели поступак извршења мере, он никако није најмање важан. Он је на крају наведен само зато што по логици ствари он следи након доношење правноснажне судске одлуке. Поступак извршења по правилу траје дуго, јер је реч о мери која је временски неодређеног трајања. Лице према којем се извршава мера се упућује у специјализовану болницу.

На самом почетку рада аутори ће указати на то коме се и под којим условима може изрећи мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи. Како би указали на значај теме, аутори ће предочити колико се често ова мера безбедности изриче у судској пракси. Имајући у виду чињеницу да се рад односи на извршење мере, у раду ће бити речи и о проблемима извршења мере, пре свега, у погледу питања – где се мера извршава. Главни део рада посвећен је истраживању извршења мере на медицинском одељењу X-16 које представља Центар за форензичку психијатрију Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац.¹

1. ОСНОВНЕ НАПОМЕНЕ О МЕРИ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНО ПСИХИЈАТРИЈСКО ЛЕЧЕЊЕ И ЧУВАЊЕ У ЗДРАВСТВЕНОЈ УСТАНОВИ

Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи је мера безбедности која се може изрећи лицима која су учинила кривично дело или противправно дело законом одређено као кривично дело.² Према нашем Кривичном закону³ разликујемо две категорије учинилаца којима се ова мера може изрећи. Мера безбедности се може изрећи (чл. 81 КЗ):

1. Учиноцу који је кривично дело учинио у стању *битно смањене урачуњливости*, ако суд с обзиром на учињено кривично дело и стање душевне поремећености, утврди да постоји *озбиљна опасност* да ће учинити теже кривично дело и да је ради отклањања ове опасности потребно његово лечење у таквој установи. Учиноцу кривичног дела ова мера се може изрећи ако му је изречена *казна* или *условна осуда*. Учиноцу који је кривично дело извршио у стању битно смањене урачуњливости и који је осуђен на казну затвора, време проведено у здравственој установи урачунава се у време трајања изречене казне. Мера изречена уз казну затвора може трајати и дуже од изречене казне. Ако је време проведено у здравственој установи краће од трајања изречене казне, суд ће, по престанку мере безбедности, одредити да се осуђени упути на издржавање остатка казне или да се пусти на условни отпуст. При одлучивању о пуштању на условни отпуст суд ће, поред услова из члана 46. КЗ, нарочито

¹ У даљем тексту и медицинско одељење X 16.

² У литератури се наводи да су принудне мере медицинског карактера самостални институт кривичног права. Вид. Г. В. Назаренко, Принудительные меры медицинского воздействия: раздел „Меры общественной безопасности“, *Lex russica (Русский закон)*, № 8, 2017, с. 102.

³ Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

узети у обзир успех лечења осуђеног, његово здравствено стање, време проведено у здравственој установи и остатак казне коју осуђени није издржао;

2. Учиниоцу који је у стању *неурачунљивости* учинио противправно дело предвиђено у закону као кривично дело, ако суд с обзиром на учињено кривично дело и стање душевне поремећености, утврди да постоји *озбиљна опасност* да ће учинити теже кривично дело и да је ради отклањања ове опасности потребно његово лечење у таквој установи.⁴

Према статистичким подацима у 2018. години изречено је укупно 82 мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи. Посматрано по регионима подаци су следећи:⁵

Београдски регион	укупно 12 мушкарци 11 жене 1
Регион Војводине	укупно 36 мушкарци 32 жене 4
СРБИЈА – ЈУГ Регион Шумадије и Западне Србије	укупно 15 мушкарци 13 жене 2
Регион Јужне и Источне Србије	укупно 19 мушкарци 18 Жене 1

⁴ Како се у литератури наводи: Могло би се закључити да се ова мера изриче уколико су формално испуњена три услова: 1. Да је противправно дело које је у закону предвиђено као кривично, односно кривично дело, извршило неурачунљиво односно битно смањено урачунљиво лице; 2. Да постоји озбиљна опасност да ће учинилац извршити неко теже кривично дело; 3. Да је у циљу отклањања ове опасности неопходно његово лечење у здравственој установи. Када су испуњени законски услови суд је обавезан да изрекне ову меру, те не може по сопственом нахођењу одлучивати о целисходности њеног изрицања. Драгиша Дракић, Психијатријске мере безбедности у кривичном праву Србије – садашње стање и перспективе, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Тематски зборник, 2015. стр. 408.

⁵ Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен 653, Београд, 2019. Доступан на: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf> (14.01.2020.).

Међутим, на основу ових статистичких података не може се доћи до закључка коме је мера изречена - да ли учиниоцу који је кривично дело учинио у стању битно смањене урачунљивости или учиниоцу који је у стању неурачунљивости учинио противправно дело предвиђено у закону као кривично дело.

2. ОСНОВНЕ НАПОМЕНЕ О ИЗВРШЕЊУ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНО ПСИХИЈАТРИЈСКО ЛЕЧЕЊЕ И ЧУВАЊЕ У ЗДРАВСТВЕНОЈ УСТАНОВИ

Извршење кривичних санкција следи након завршеног кривичног поступка. Извршење кривичних санкција уређује се многобројним прописима различите правне снаге. У погледу извршење мере безбедности која је предмет овог рада, такође, постоје многобројни прописи. Ти прописи се могу поделити по основу више критерија. Један од критеријума јесте и тај да ли пропис уређује само где се извршава мера или и сам положај *лица* за време извршења мере. Тако се, пре свега, у следећим прописима налазе одредбе о томе где се мера извршава: Кривичном законнику, Закону о извршењу кривичних санкција⁶, Правилнику о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција,⁷ Уредби о Плану мреже здравствених установа.⁸

Правилник о упућивању, који уређује где се лица упућује на извршење мере, прописује да се лица *оба пола* којима је изречена мера безбедности *обавезно психијатријског лечења и чувања у здравственој установи*, а која имају пребивалиште, односно боравиште на територији виших судова у Републици Србији упућују у *Специјалну затворску болницу у Београду (СЗБ)*. На основ оваквог решења Правилника долази се до закључка да постоји само једна установа/болница у којој се мера извршава.

Имајући у виду, пре свега чињеницу да постоје *две категорије лица* којима се мера изриче, укупну територију Републике Србије, разноврсност учињених кривичних дела или противправних дела законом одређених као кривична дела, разноврсност биолошког основа неурачунљивости или битно смањене урачунљивости, пол лица којима се изриче мера, различито пребивалиште или боравиште лица која треба да издржавају мере (да се обавезно лече и чувају), чини се да не би било неоправдано да се само у Специјалној затворској болници извршава мера.

⁶ Закон о извршењу кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2014 и 35/2019. (у даљем тексту и ЗИКС).

⁷ Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2015. (у даљем тексту: Правилник о упућивању).

⁸ Уредба о Плану мреже здравствених установа, *Сл. гласник РС*, бр. 42/2006, 119/2007, 84/2008, 71/2009, 85/2009, 24/2010, 6/2012, 37/2012, 8/2014, 92/2015, 111/2017, 114/2017 - испр., 13/2018, 15/2018 - испр. и 68/2019. (у даљем тексту и Уредба).

Са друге стране, Уредбом о Плану мреже здравствених установа прописује се: Болничко лечење оболелих од психијатријских болести користи се до 3.250 болничких постеља у специјалним болницама у: Новом Кнежевцу, Вршцу, Ковину и Горњој Топоници и у делу Клинике за психијатријске болести „Др Лаза Лазаревић” у Београду.

У оквиру болничких постеља из става 1. овог члана, до 1.500 постеља користиће се за збрињавање и лечење психотичних поремећаја у акутној фази, болести зависности, за форензичку психијатрију, психогеријатрију и психосоцијалну рехабилитацију, а до 1750 постеља за хоспитализацију пацијената оболелих од хроничних психијатријских болести.⁹ Дакле, и у овим специјалним болницама постоји могућност да се мера безбедности извршава. Положај лица која се налазе на лечењу и чувању разликује се у зависности у којој специјалној болници се мера извршава.

Иако смо рекли, да се на основу Правилника о упућивању може закључити да постоји само једна установа за извршење мере, *можда* је интенција законодавца била таква да се свако лице којем је изречена наведена мера безбедности мора прво упутити у СЗБ, а да се након тога под одређеним условима може преместити у неку другу специјализовану установу/болницу.¹⁰ Можда би заиста требало да постоји једна *специјална болница*, у коју би се упућивала лица којима је изречена мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи.¹¹ У тој болници би могло, да се у одређеном року утврди да ли је лице потребно да остане у њој на лечењу и чувању или се лечење и чување може спровести у неку другу специјалну болницу.¹² Овде се намеће још једно - ако је могуће да лице од почетка издржава меру у некој другој специјалној болници (а не СЗБ) ко о томе одлучује? Да ли је суд у обавези да у судској пресуди одреди и где се извршава мера, да ли ће то учинити на предлог вештака или се о томе одлучује касније? Одговоре на ова

⁹ Чл. 27 Уредбе.

¹⁰ О проблемима у вези извршења мере вид. Дарко Димовски, Миомира Костић, Иван Милић, Установе за извршење мере безбедности – обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, *Теме*, бр. 4/2016, стр. 1441–1454. Такође, вид. С. Н. Шишков, С. В. Полубинская, Законодательные проблемы принудительных мер медицинского характера (глава 15 УК РФ), *Lex russica (Русский закон)*, № 6, 2019, с. 161-172.

¹¹ То би била установа у којој би се вршила индивидуализација извршења ове мере безбедности, тј. након извршених одговарајућих испитивања стручни тим би донео одлуку у коју специјалну болнице се лице упућује на извршење мере. У нашој држави је постојао завод за испитивање личности *осуђених*. Вид. Иван Милић, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспект*, Нови Сад, 2017. стр. 362. (докторска дисертација).

¹² Мада, можда би било економичније и ефикасније када би суд у пресуди утврдио где ће се мера извршавати.

питања није лако дати, имајући у виду чињеницу да законодавац, а ни доносиоци нижих правних аката о овоме нису много водили рачуна.¹³

3. СПЕЦИЈАЛНА БОЛНИЦА ЗА ПСИХИЈАТРИЈСКЕ БОЛЕСТИ „ДР СЛАВОЉУБ БАКАЛОВИЋ“ ВРШАЦ

Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац је основана Решењем Извршног већа Народне Републике Србије од 29. децембра 1953. године, када постаје самостална установа. Постојање Болнице за душевно оболеле датира од 1952. године, у адаптираним објектима бивше касарне – пастувске станице, када је ова Болница била депаданс београдске психијатријске болнице. Временом је Болница проширивала своје капацитете и 1970. године отворено је Неуролошко одељење, тако да Болница добија назив Неуропсихијатријска болница. Од 1979. године Болница носи назив Неуропсихијатријска болница „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац чиме је одато признање лекару који је био један од најзначајнијих твораца ове институције, Др Славољуб Бакаловић (1927-1976). У том периоду у бившој Југославији (СФРЈ) било је 20 специјалних психијатријских Болница. Ова Болница, са капацитетом од 1.040 постеља, била је једна од највећих у то време. Болница је примала на лечење пацијенте из читаве Југославије и тада је имала 450 запослених свих профила за рад у оваквој институцији. Током 1981. године урађена је реконструкција и адаптација постојећих павиљона и изграђени су савремени објекти амбулантно-поликлиничког тракта, кухиње и топлане. Болница је у претходном периоду била организатор многих стручних скупова, семинара, едукација, од којих су неки постали и традиционални. Болница је била домаћин спортских игара душевних болесника са територије СФРЈ 1970. и 1983. године и четири стручна скупа под називом „Психијатрија и религија“, од којих је последњи одржан 2006. године. Дневна болница са капацитетом за лечење од 30 болесника основана је 1999. године. Од 2007. године, изменом Статута болнице, Болница носи назив Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац. Данас је Болница, са капацитетом од 900 постеља, једна од највећих психијатријских институција у Србији.¹⁴

Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац са капацитетом од 900 постеља је једна од највећих

¹³ Ми ћемо настојати да утврдимо како се у пракси решава ово питање.

¹⁴ Извор: Извештај о ревизији правилности пословања Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“, Вршац у 2018. години у делу који се односи на: - увођење скраћеног радног времена за послове на радним местима са повећаним ризиком - набавку оброка и намирница намењених за исхрану болесника у стационарним здравственим установама - обрачун и исплату накнаде за рад члановима управног и надзорног одбора. Број: 400-114/2019-05/8 Београд, 24. октобар 2019. године. Доступан на: <https://www.dri.rs/revizije/izvestaji-o-reviziji/arhiva-2019.457.html> (21.02.2020.).

психијатријских институција у Србији.¹⁵ У овој Специјалној болници постоји и медицинско одељење Х 16. Како се наводи: у оквиру овог Одељења врши се спровођење мера обавезног психијатријског лечења у здравственој установи затвореног типа и код душевно оболелих пацијената по пресуди суда.¹⁶ Управни одбор Болнице донео је Правилник о кућном реду Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац.¹⁷ Међутим, медицинско одељење Х 16 има свој Правилник о кућном реду којим се ближе уређује положај лица над којима се извршава мера безбедности.

3.1. Извршење мере безбедности у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац

Истраживање је спроведено на медицинском одељењу Х 16 у којем се извршава мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи.¹⁸ Истраживање је извршено на основу увида у „расположиву документацију“ која постоји у Болници о лицима која су хоспитализована на медицинском одељењу Х 16. Реч је о *исправама* која су од појединих органа достављани Болници, као и *исправама* које о лицима води Болница. У овом Одељењу су смештена само лица над којима се извршава мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи. Имајући у виду да је обим рада ограничен одређеним бројем страна, истраживање се односи на пол лица, начин упућивања, врста учињеног противправног дела у закону одређеног као кривично дело, дужину боравка на медицинском одељењу Х 16, да ли је лицима раније изрицана иста мера безбедности, пребивалиште/боравиште, старост, брачни статус, да ли имају деце, образовање и прихват од стране породице. Како би истраживање било прегледно, у раду ће се подаци приказати кроз одговарајуће табеле и графиконе.

3.1.1. Пол лица која се налазе на медицинском одељењу Х 16

Пол	
Мушки	Женски
50	/

Видимо да се на медицинском одељењу Х 16 налазе само лица мушког пола, што је за очекивати. Наиме, један од основних принципа извршења

¹⁵Извор: http://www.spbvrsac.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=27 (10.01.2020.).

¹⁶ Извор: http://www.spbvrsac.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=208&Itemid=65 (10.01.2020.).

¹⁷ Правилник о кућном реду Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, Дел бр:01-12/30, од: 16.09.2008.

¹⁸ Истраживање је спроведено на основу Одлуке Стручног савета Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац. Број Одлуке 01-37/2, од 31.01.2020.

санкција која се састоје у лишењу слободе је индивидуализација по полу. Дакле, не могу се у истом одељењу налазити и мушкарци и жене.

3.1.2. Упућивање лица на медицинско одељење X 16

Као што смо напоменули, у прописима није јасно дефинисан сам начин упућивања лица на извршење мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи. С тим у вези, значајно је видети начин на који су 50 лица *дошла* на извршење мере на медицинско одељење X 16. На основу истраживања подаци су следећи:

Одакле лица долазе на медицинско одељење X 16		
Централна затворска болница	Општинска болница	Са слободе
38	1	11



Посматрано у процентима:

Евидентно је да највећи број лица долази из Специјалне затворске болнице, и то укупно 38 лица, што је 76%. Можда је разлог тај што је и највећи број лица прво био упућен у СЗБ, па су након одређеног времена премештени на медицинско одељење X 16. Наиме, у току извршења ове мере лице може да се из једне специјалне болнице премести у другу, уколико су испуњени услови који су установљени прописима.

3.1.3. Да ли је у пресуди наведено где ће се мера извршавати?

Када се лице осуђује на казну затвора која се извршава у казненом заводу у пресуди се не наводи у којем казненом заводу ће се извршавати казна. Кривичним извршним прописима се уређује где ће се осуђеник упутити на

издржавање казне. Осуђено лице на издржавање казне затвора упућује надлежан суд по одређеним критеријумима. Када је реч о томе да ли је у пресудама према лицима хоспитализованим на медицинском одељењу X 16 наведено где се мера извршава подаци су следећи:

Да ли је у пресуди наведено где се лице упућује	
Јесте	Није
49	1



Само у једној пресуди није наведено где ће се лице упутити на извршење мере. На основу тога се долази до закључка да је правило да се у пресуди наводи где ће се мера издржавати, а само изузетно судови то у пресудама не чине.

3.1.4. Врста учињеног противправног дела законом одређеног као кривично дело

Кривична дела													
Убиство	Тешко убиство	Покушај убиства	Тешка телесна пов.	Лаке телесне пов.	Неовлашћено кори. туђег возила	Насиље у породици	Угрожавање сигурности	Крађа	Тешка крађа	Напад на сл. лице у вршењу сл. дужности	Полно узнемиравање	Злостављање и мучење	Дела у вези са оружјем и муницијом
13	2	5	4	3	1	12	2	1	2	1	2	2	1

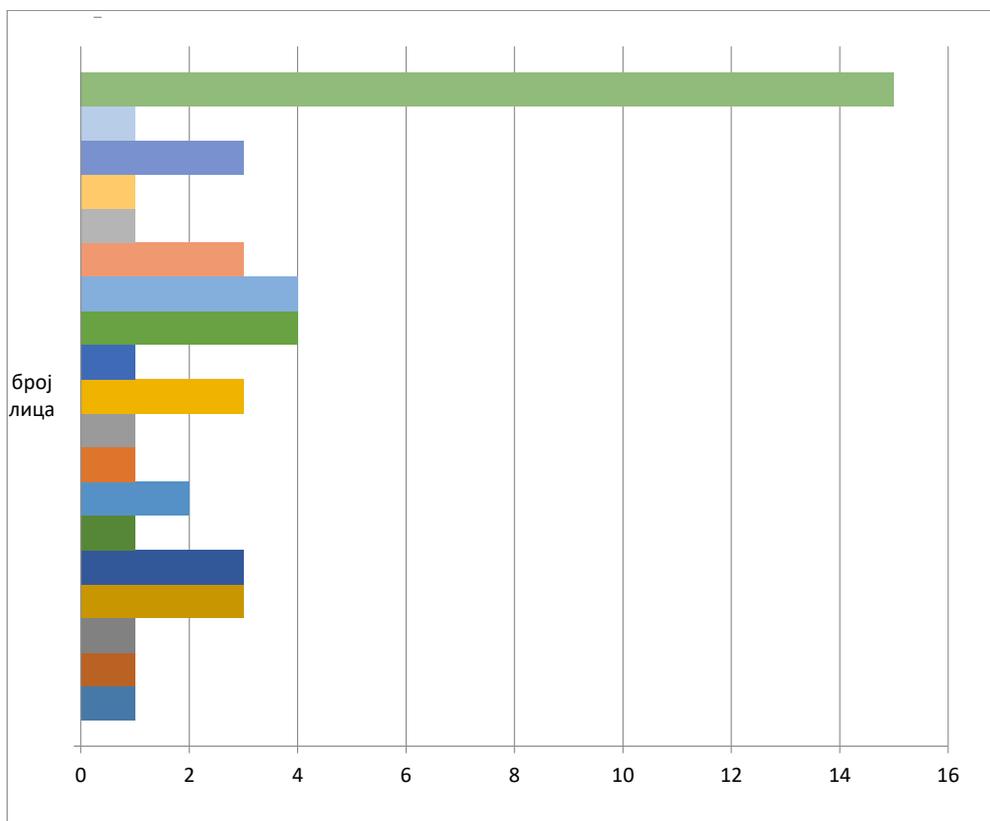
Највећи број лица која су хоспитализована на медицинском одељењу X 16 су учинили противправно дело законом одређена као кривично дело и то



убиство, затим насиље у породици. Најмањи проценат чине дела у вези са оружјем и муницијом, као и напад на службено лице у вршењу службене дужности, крађе и неовлашћено коришћење туђег возила. Процент учињених дела у стицају је незнатан.

3.1.5. Дужина боравка на медицинском одељењу X 16

Мера безбедности која се извршава на медицинском одељењу X 16 је неодређеног трајања. Дакле, лице које се налази у овом одељењу може остати у њему до краја живота. У том делу истраживање се односи на то колико дуго се лица налазе на извршењу мере на медицинском одељењу X 16.



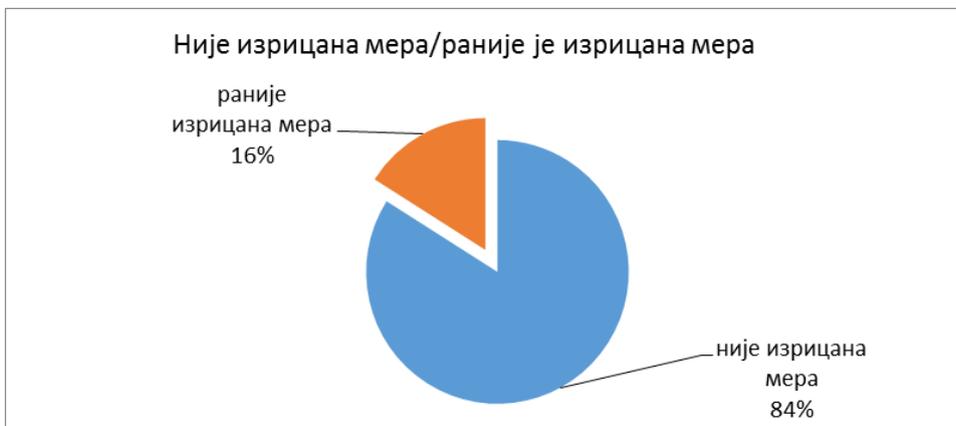
Види се да има неколико лица која се дуго налазе не извршење мере. Најдуже се налази једно лице, које је на медицинском одељењу X 16, 28 година, док је највећи број лица примљен 2019. године, и то укупно 15 лица.

3.1.6. Да ли је лицу раније изрицана мера безбедности?

Колико лица којима је раније изречена мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи поново учине противправно дело предвиђено у закону као кривично дело одређен је показатељ успешног лечења. С тим у вези, истражили смо колико је према лицима хоспитализованим на медицинском одељењу X 16 раније била изречена наведена мера безбедности.

Да ли је лицу раније изрицана мера безбедности	
Није	Јесте
42	8

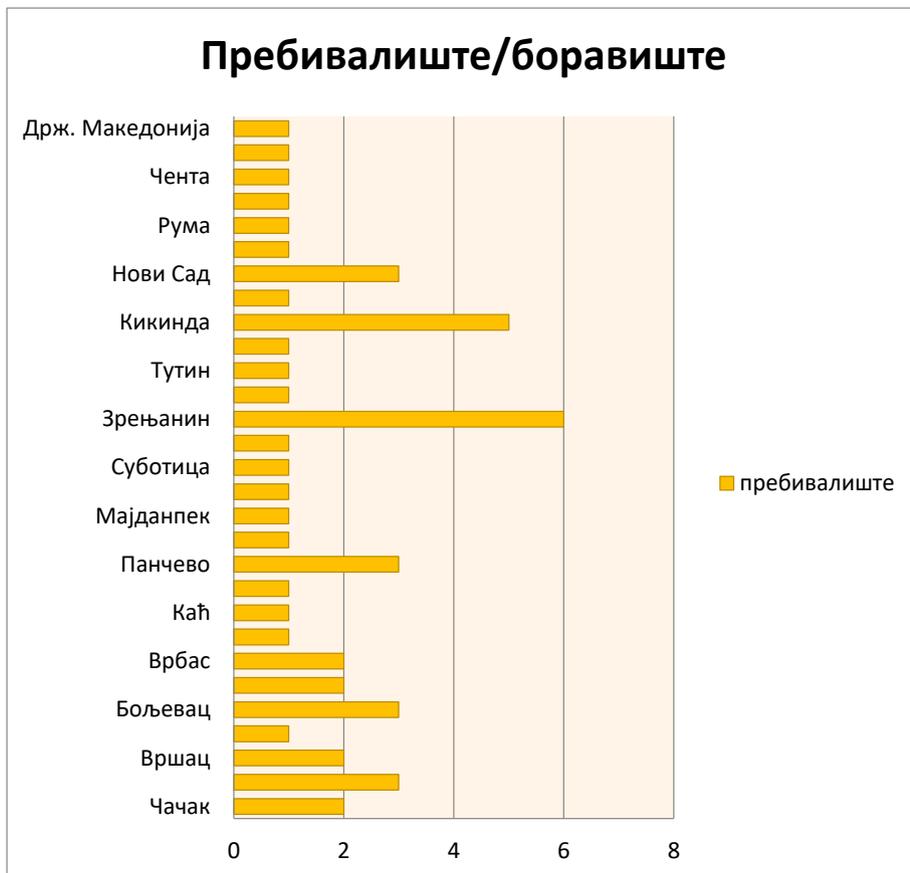
Посматрано у процентима:



Видимо да према 42 лица (што чини 84%) није раније изрицана мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, док је према 8 лица (што чини 16%) раније била изречена мера безбедности.

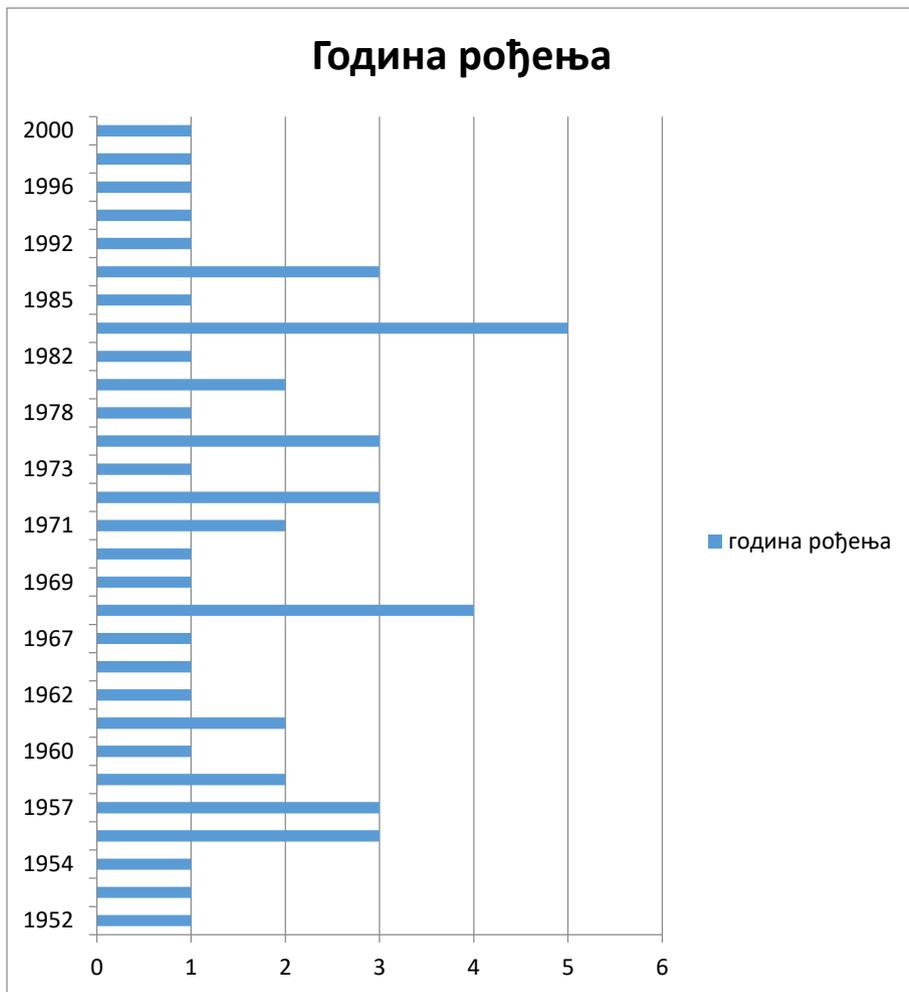
3.1.7. Место становања пре доласка на извршење мере

У овом делу значајно је видети где су лица имала пребивалиште или боравиште пре доласка на извршење мере (место становања у овом делу приказан је на начин како је то наведено у судским одлукама).



Највећи број лица хоспитализованим на медицинском одељењу X 16 је из Зрењанина, затим из Кикинде, Новог Сада, Панчева, Бољевца и Ужица.

3.1.8. Старост лица која се налазе на медицинском одељењу X 16.

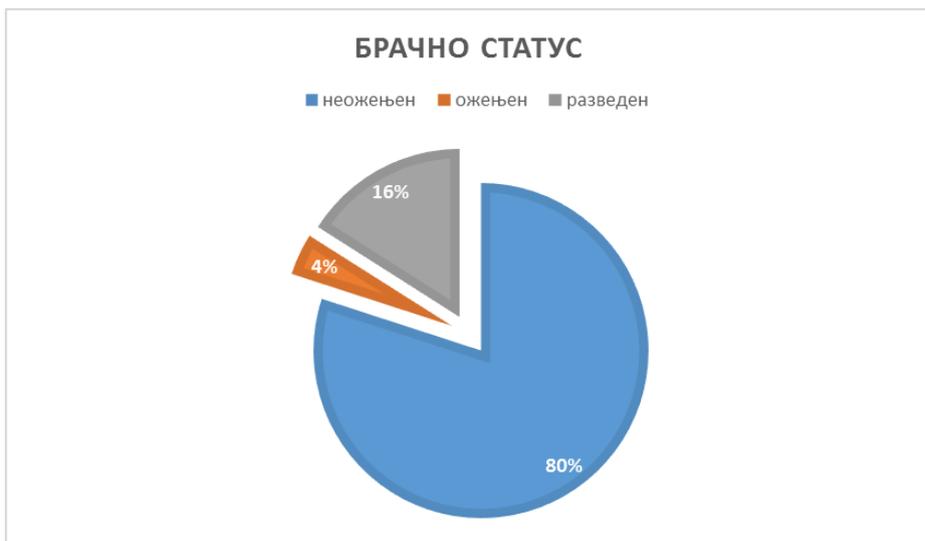


Најстарије лице је рођено 1952. године, док је најмлађе рођено 2000. године. Највећи број лица је рођено 1984.

3.1.9. Брачни статус лица на медицинском одељењу X 16.

Брачно стање		
Неожењен	Ожењен	Разведен
40	2	8

Посматрано у процентима:



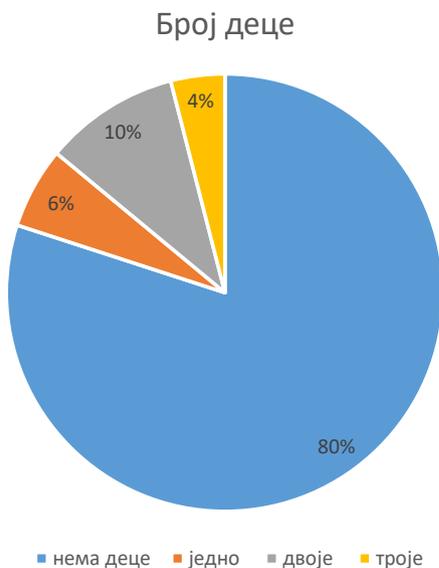
Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 је неожењено, и то њих 40 што чини 80%, разведених има осам што чини 16%, док су два лица ожењена што чини 4%.

3.1.10. Да ли лица у X-16 Одељењу Болнице имају децу?

3.1.11.

Број деце			
Без деце	Једно	Двоје	Троје
40	3	5	2

Посматрано у процентима:



Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 нема деце, и 40 лица (што чини 80%), три лица имају по једно дете, пет лица имају по двоје деце и два лица имају по троје деце.

3.1.12. образовање лица на медицинском одељењу X 16.

Образовање лица					
4 разреда основне	Основна школа	курс	Средња стручна	Виша стручна спрема	Висока стручна спрема
1	10	1	35	2	1

Посматрано у процентима:



Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 имају завршену средњу школу и то њих 35 (што чини 70%). Са друге стране, најмање има лица са завршеним факултетом, курсом и четири разреда основне школе (по један).

3.1.13. Прихват од стране породице у случају обустављања мере

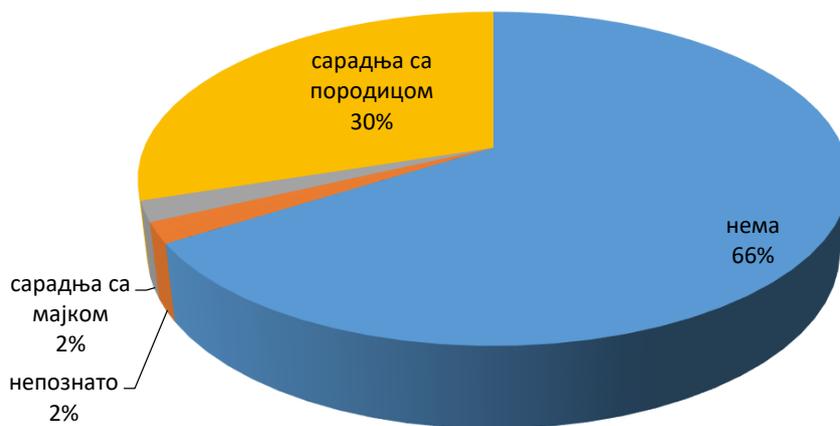
Иако је мера неодређеног трајања, то не значи да ће свако лице остати на лечењу до краја живота, Наиме, на предлог Специјалне затворске болнице или друге здравствене установе у којој се мера извршава, суд може у току трајања мере одлучити да се мера обавезног психијатријског лечења и чувања у психијатријској установи обустави или изрећи меру обавезног психијатријског лечења на слободи.¹⁹ Међутим, иако се осуђено лице отпусти из специјалне болнице поставља се питање како ће оно живети на слободи? Поставља се питање да ли ће неко од чланова породице прихвати лице у случају обустављања мере? У овом делу истражили смо колики је проценат лица која се налазе на медицинском одељењу X 16 који би имали прихват од стране породице у случају да се мера безбедности обустави.

¹⁹ Чл. 199 ст. 1 ЗИКС.

Прихват у случају обустављања мере			
Нема	Непознат	Сарадња са мајком	Сарадња са породи
33	1	1	15

Посматрано у процентима:

Прихват



Највећи број лица не би имало прихват породице у случају да се мера обустави, и то 33 лица (што чини 66%).

ЗАКЉУЧАК

На основу предочених чињеница која се тичу прописа у вези са извршењем мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, евидентно је да их треба изменити и ускладити. Потребно је прецизно уредити где се које лице упућује на обавезно лечење и чување (на извршење мере). Положај лица којем је изречена наведена мера у току извршења се разликује у зависности од тога у којој се специјалној болници мера извршава. На основу спроведеног истраживања видимо да се на медицинском одељењу X 16 Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац упућују лица из Специјалне затворске болнице. То може да значи, да је правило да се лица на извршење мере прво упућују у СЗБ. Тај закључак важи за медицинско одељење X 16.

Када је реч о лицима на извршењу мере, на основу истраживања може се закључити:

1. На медицинском одељењу X 16 мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи извршава се према лицима мушког пола;
2. На медицинском одељењу X 16 извршава се мера која је изречена учиниоцу који је у стању *неурачунљивости* учинио противправно дело предвиђено у закону као кривично дело;
3. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 долази из Специјалне затворске болнице, и то укупно 38 лица (што чини 76%);
4. Правило је да се у судској одлуци наводи где ће се мера извршавати;
5. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 су учинили противправно дело законом одређена као кривично дело и то убиство;
6. На медицинском одељењу X 16 једно лице се налази на извршењу мере 28 година, док је највећи број лица примљен 2019. године, и то укупно 15 лица.
7. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 имало је место становања у Зрењанину;
8. Већини лица на медицинском одељењу X 16 (42 лица - што чини 84%) раније није била изрицана мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи;
9. Најстарије лице на медицинском одељењу X 16 је рођено 1952. године, док је најмлађе рођено 2000. године;
10. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 рођени су 1984 године;
11. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 је неожењено, и то 40 лица (што чини 80%);
12. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 нема деце, и 40 лица (што чини 80%);
13. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 имају завршену средњу школу, и то 35 лица (што чини 70%);
14. Највећи број лица на медицинском одељењу X 16 не би имало прихват породице у случају да се мера обустави, и то 33 лица (што чини 66%).

Ivan D. MILIĆ, Ph. D.

Assistant, Faculty of Law
University of Novi Sad

Žarko M. KEŠANSKI

Manager of legal, staffing and administration - Head of department
Special Hospital for Psychiatric Diseases „Dr Slavoljub Bakalović“ Vršac

IMPLEMENTATION OF SAFETY MEASURE OBLIGATORY PSYCHIATRIC TREATMENT AND KEEPING IN A HEALTH INSTITUTION - THE PRACTICE OF ONE SPECIAL HOSPITAL

Summary

The H-16 Department of the Special Hospital for Psychiatric Illness „Dr Slavoljub Bakalovic“ in Vrsac contains fifty persons who have committed unlawful acts prescribed as criminal offenses by law, primarily murder. They are placed on execution of a security measure obligatory psychiatric treatment and keeping in a healthcare facility.

In the focus of the author's attention are certain aspects concerning the implementation of the security measure obligatory psychiatric treatment and keeping in a health care institution. The centerpiece of the work is research regarding fifty individuals in the H-16 Specialty Hospital Department.

Keywords: sanction, execution, security measure, treatment, keeping, special hospital.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Димовски Д., Костић М., Милић И., Установе за извршење мере безбедности – обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, *Теме*, бр. 4/2016.

Дракић Д., Психијатријске мере безбедности у кривичном праву Србије – садашње стање и перспективе, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Тематски зборник, 2015.

Милић И., *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспект*, Нови Сад, 2017. (докторска дисертација).

Назаренко Г. В. Принудительные меры медицинского воздействия: раздел „Меры общественной безопасности“, *Lex russica (Русский закон)*, № 8, 2017.

Шишков С. Н. Полубинская С. В. Законодательные проблемы принудительных мер медицинского характера (глава 15 УК РФ), *Lex russica (Русский закон)*, № 6, 2019.

Закон о извршењу кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2014 и 35/2019.

Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Правилник о кућном реду Специјалне болнице за психијатријске болести "Др. Славољуб Бакаловић" Вршац, Дел бр:01-12/30. од: 16.09.2008.

Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, број 31/2015.

Уредба о Плану мреже здравствених установа, *Сл. гласник РС*, бр. 42/2006, 119/2007, 84/2008, 71/2009, 85/2009, 24/2010, 6/2012, 37/2012, 8/2014, 92/2015, 111/2017, 114/2017 - испр., 13/2018, 15/2018 - испр. и 68/2019.

Одлука Стручног савета Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац. Број Одлуке 01-37/2, од 31.01.2020.

http://www.spbvrsac.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=27 (10.01.2020.).

http://www.spbvrsac.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=208&Itemid=65 (10.01.2020.).

Извештај о ревизији правилности пословања Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“, Вршац у 2018. години у делу који се односи на: - увођење скраћеног радног времена за послове на радним местима са повећаним ризиком - набавку obroка и намирница намењених за исхрану болесника у стационарним здравственим установама - обрачун и исплату накнаде за рад члановима управног и надзорног одбора. Број: 400-114/2019-05/8 Београд, 24. октобар 2019. године. Доступан на: <https://www.dri.rs/revizije/izvestaji-o-reviziji/арhива-2019.457.html> (21.02.2020.).

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен 653, Београд, 2019. Доступан на: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf> (14.01.2020.).

ПРАВИЧАН ПОСТУПАК – ОСНОВА ЗА ПРАВИЧНО И ФЕР СУЂЕЊЕ

(*Right to a fair trial*) у светлу Европске конвенције
за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године

Апстракт

Правичан поступак је основа за „правично и фер суђење“ и „правичне и јавне расправе“. То су једна од фундаменталних начела „правичног поступка“, савременог кривичног поступка, који су утемељени на међународним и националним документима. Без успостављеног „правичног поступка“ није могуће провести правично и фер суђење.

Правичан поступак је онај који својим субјектима јемчи неколико темељних процесних права, у првом реду оних који странкама омогућују остваривање њихових функција и контролу над поступком. То подразумева правичност у читавом току поступка, равноправност странака, праву на доказ, „једнакост оружја“, поштено и фер суђење, пред непристрасним и неовисним судом, и поступање у разумном року уз поштовање темељних људских права.

Законик о кривичном поступку из 2011. године иако садржи одређене одредбе које би требало дорадити или мењати ради успостављања равнотеже и суштинске равноправности странака у поступку, ипак је успостављен тако да би требао да осликава „правичан поступак“, са свим атрибутима о којима је било излагања.

С обзиром да се ради о потпуно новој архитектоници кривичног поступка и да још нема довољно искуства у провођењу тако конципираног страначког поступка који прописује равноправност странака у поступку, требаће још времена и праксе да се сагледа његова вредност и сврсисходност.

Кључне речи: правичан поступак, правично и фер суђење, законит суд, независан, непристрасан, Европска конвенција, ЕСЉП.

1. УВОДНИ ПРИСТУП

Основне карактеристике Законика о кривичном поступку од 2011. године,¹ да је то једна варијанта акузаторског поступка тзв. *адверзијални*

* Адвокат из Београда.

¹ Законик о кривичном поступку, од 2011, („Сл. гласник, РС“, бр. 72/11, 101/11, бр. 32, од 8 априла 2013, бр. 45 од 22. маја 2013). бр. 55/2014, од 23 маја 2014, Законик се примењује за сва дела и пред свим судовима од 1. октобра 2013. Измене и допуне ЗКП „Сл. гласник, РС“, бр. 35/19. које су ступиле на снагу 1. 12. 2019. (скраћено ЗКП/2011). Приликом израде Законика о кривичном поступку вођено је рачуна о његовој усклађености са међународним правним документима а првенствено са: Европском

поступак,² који је изнедрила англо-америчка процесна култура. То је страначки поступак где су строго одвојене три основне функције – оптужбе, одбране и суђења. Ипак, у тој изградњи у националним законодавствима се не ствара чист акузаторски систем, већ се задржавају елементи мешовитог типа поступка и у исти уносе „позајмљују“ одређене установе из англо-америчког система, без јасних и научно прихватљивих критеријума. Због тог микса, не постоје једнообразни поступци по структури у различитим државама на континенту.³ Овај систем правила наглашава улогу странака и њихову суштинску равноправност у “правичном поступку”, правичне и јавне расправе. Захтев за адверзијалним поступком, подразумева пружање могућности свакој страни да се упозна и на суђењу прокоментарише све напомене које је претходно доставила и све доказе које на суђењу предочава друга страна.⁴ “Правичан поступак”, садржи право на јавно, правично и фер суђење (*Right to a fair trial*), пред непристрасним, независним и законом успостављеним судом. Поред одлучног значаја странака у поступку, прописују се и темљна начела као што су: оптужбе, одбране, претпоставка невиности, *ne bis in idem*, суђење у присућности окривљеног, суђење у разумном року, једнакост у оружју, унакрсно испитивање и друга већ позната начела.

Разни постулати који су преузети из англо-америчког система и уграђени у српски процесни закон, као што су консенсуални споразуми: споразум о признању кривице тзв. „нагодбена правда“, споразум о сведочењу окривљеног, споразум о сведочењу осуђеног, доношење одлуке ван претреса и суђења, „условни опортунитет“, ограничена права на извођење доказа, прихватање концепта о „неспорним чињеницама“ тј. чињенице које странке учине неспорним, коначно напуштање принципа истине као циља поступка, - удаљавају овај нови концепт од вековима познатог континенталног, савременог мешовитог кривичног поступка, који је владајући не само у Европи, већ и у бројним другим државама и читавој Јужној Америци.

конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, из 1950. (ЕКОЉП) и Пактом о грађанским и политичким правима из 1966 године, (скраћено, Пакт, 1966), иначе, за Законик о кривичном поступку прибављена је анализа експерата Савета Европе, као и мишљење ОЕБС-ове Канцеларије за демократске институције и људска права са седиштем у Варшави.

² Реч *адверзијални* потиче од лат. *adversus*, – чит. адверзус, противан, супротан. У нашој стручној употреби често се користи израз и „адверсијалан“, из нејасних разлога. Европски суд за људска права је у више наврата потврдио могућност да адверзијални (акузаторски) и инквизиторни правни системи коегзистирају у складу са разним стандардима који су постављени чл. 6 Европске конвенције из 1950. Нпр. није у складу са „правичношћу“, чињеница да у инквизиторном систему је ограничена могућности страначког извођења сведока.

³ Истина је да теоријски модел чистог страначког поступка захтева такав положај суда и с њим повезану искључиву контролу странака над доказним материјалом, али се стварно постојећа казнена правосуђа устручавају усвојити тај екстремни режим. М. Дамашка, „Хрватски доказни поступак у поредбеноправном свјетлу“, *ХЉК/III*, (Загреб), број 2/2010, год. 823-824.

⁴ „*Адверзијални*“ у суштини значи да се релевантан материјал или докази стављају на увид обема странкама у спору. Одлука у предмету, *Ruiz-Mateos v. Spain*.

Уз покушај изградње једног система „правичног поступка“, у новом ЗКП од 2011, темељна новина је ради „ефикаснијег поступка и равноправности странака“ пред судом, да се претходни поступак - предистражни и истражни поступак спроводи од стране јавног тужиоца, дакле, истрага се издваја из надлежности суда. У Зконик се уноси нова установа која раније није постојала – *судија за претходни поступак*, (чл. 22 ст. 2) који има строго одређена права у сфери мера обезбеђења присутности окривљеног и извођењу доказа, споразума о кривици и др. Право на извођење доказа преноси се са суда на странке које су равноправне у том смислу, (чл. 15 ст. 1 и 2) и др.

У овој краткој расправи наводе се основне карактеристике Законика о кривичном поступку из 2011, у светлу међународних конвенција, кроз које провејава идеја „правичног поступка“, права на правично и фер суђење, пред непристрасним, независним и суду установљеном на основу закона, који су донешени на демократски начин.

2. ПРАВИЧАН ПОСТУПАК

Правичан поступак, по идеји тог појма, треба да буде, тако структурално уређен, да је могуће провести поштено и фер суђење и пресуђење. У поступку се тежи равноправности странака, равноправности при извођењу доказа, ограниченом праву суда у погледу права на доказ, правично задовољење оштећеној страни, правичној одлуци и сл. шта све може сублимирати у појам “правичног поступка”.

Правичан поступак, може се сагледавати као законом уређен процесни закон на основу којег се проводи суђење, а може се имати и у виду конкретан поступак у конкретној кривичној ствари. Због тога је “правичан поступак” шири и свеобухватнији систематичнији у односу на појам “правично и фер суђење”, које је исто могуће гледати уопште, али оно треба да се односи на конкретни процесни предмет. Дакле, и једно и друго могу бити и опште и посебне категорије, тј. да се односе на конкретну кривичну ствар.⁵

Овде се уочавају два правна појма “правични поступак” и “правично суђење”, па се намеће питање да ли су истог ранга и значења?⁶ Правични поступак је структурално уређен тако да омогућава провођење “правичног суђења” и пресуђења. У пракси ЕСЈП, (чл. 6. ст. 1. Европске конвенције), се наглашава да када је у питању поступак; када је у домаћем правном систему дат неки назив том поступку, “није битан назив, већ оно што је одлучујуће, природа и домашај поступка о којем се ради”.⁷

⁵ По Крапцу, “исправно је употребити израз правичан и тиме у свој пунини исказати поступовну /процедуралну/ праведност“, види, Д. Крапац, *Казнено процесуално право*, Загреб, 2010, 205;

⁶ По Павловићу, „Семантички гледано “правични поступак” је појам вишег ранга, општији, док “правично суђење” означава судски поступак у којем се доноси судска одлука. Правични поступак пресумира у себи и правично суђење што у обрнуто не мора бити“. Ш. Павловић, *Три начела казног поступка – правични поступак – non bis in idem – in dubio pro reo*, Ријека, 2012. Вид. 8 – 10. и др.

⁷ *San Leonard Band Club v. Malta*, br. 77562/01. St. 41. ECHR 2004 - IX.

У одлукама Уставног суда Србије, се налази да се ради о повреди права на правично суђење, када се у истој правној и чињеничној ситуацији решава на различите начине.⁸ ЕСЉП, сматра да таква неуједначеност, проузрокована „дубоком и упорном правосудном неизвесношћу“, коју суд више инстанце не исправља, доводи до неправичног суђења.⁹

Начело правично и фер суђење, обухвата више процесних правила и права странака у поступку, тако да се ту може говорити о једном „сложеном људском праву“. То начело служи за изградњу једног „правичног поступка“.

Нови Законик о кривичном поступку из 2011. године, по својој архитектоници и основној филозофској тежњи је покушај изналажења и изградња једног „правичног поступка“.¹⁰ У том правцу законодавац је очито водио рачуна о темељним међународним документима који су послужили за изградњу новог Законика. Зато је потребно истаћи она важна међународна и домаћа документа у којима се налазе основе за изградњу једног правичног поступка, поготову што су по чл. 16 ст. 2 Устава Србије, „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“.

Полазећи од *Универзалне декларације о правима човека*, из 1948. године,¹¹ која није обавезујућа и која има програмски и деклараторни карактер, између осталог прокламује да: Свако има потпуно једнако право на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега (чл. 10). Управо ова Декларација је била темељ за доношење многих међународних уговора.

*Међународни пакт о грађанским и политичким правима*¹² из 1966. године, који има обавезујућу снагу за потписнице држава, у ст. 1. чл. 14. између

⁸ US, Už. 1849/09, od 30 juna 2011; Už. 290/09 od 5 maja 2011; Už.1147/08. od 3. juna 2010.

⁹ ЕСЉП, *Живић против Србије*, 37204/08, од 13 септембра 2011.

¹⁰ Основна карактеристика англо-америчког система је *порота и поротно* суђење. Без пороте се не може створити такав паравичан поступак који је конципиран у англо-америчком праву. Без обзира на формално преузимање многих решења везаних за оптужбу и одбрану и деклараторну равноправност, тешко се може у нашем праву (нашим условим) остварити правичан поступак. О овом опширније види, Н. Јованчевић, *Ново кривично процесно парво* (сходно ЗКП/2011), Досије, Београд, 2015, 22 - 25.

¹¹ Усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине УН, 217. А (III), од 10 децембра 1948 (*Universal Declaration of Human Rights*). Иако је прихваћена од свих чланица Уједињених нација она нема непосредну и обавезну снагу већ има декларативни и програмски карактер.

¹² *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* из 1966. /скраћено Пакт,1966/, (*International Covenant an Civil and Political Rights*), усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. Бивша СФРЈ га је ратификовала, 1971, Пакт је ступио на снагу 23. 3. 1976. год. Пакт су прихватиле бројне државе, а Пакт је Србија прихватила, након распада СФРЈ и СРЈ. Овде се ради о међународном уговору, који потписују представници извршних власти држава, а ратификују уставом одређени органи (скупштине).

осталог прописује, да свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана, од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати о основаности ма какве оптужбе кривичноправне природе уперене против њега. Установљена су и друга бројна права окривљеног као нпр. начело законитости кривичних дела и казни, забране самовољног покретања кривичног поступка (чл. 15. ст. 1. Пакта), суђења у разумном року, притвор не сме бити опште правило и може бити условљено јемством, а уз то свако има право на жалбу суду због хапшења и притварања и др. (чл. 9 т. 3 и 4. Пакта). Коначно, *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода*, из 1950 године,¹³ у чл. 6, ст. 1. полази од темељних постулата наведених међународних докумената те прописује, да свако има право поводом кривичне оптужбе, „на правично суђење и јавну расправу у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона“. У чл. 17, се говори о забрани злоупотребе права из ове Конвенције, а у чл. 18 се говори о правилима код ограничавања права и слобода која су дозвољена Конвенцијом и неће се примењивати ни у које друге сврхе сем оних због којих су прописане. У Конвенцији, се говори о обавезности и извршењу пресуде. Наиме, Високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правоснажној пресуди Суда у сваком предмету у ком су странке. Правоснажна пресуда Суда се доставља Комитету министара који надгледају њено провођење (ст. 2. чл. 46).

Да би се обезбедио „правичан поступак“, сходно захтевима из чл. 6. Европске конвенције, потребно је да национална законодавства кроз систем кривичног поступка осигурају те захтеве, те да се омогући правично и фер суђење у пракси.¹⁴

Устав Србије од 2006. године, у чл. 32. ст. 1. прописује да, „свако има право на независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима..., основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против

¹³ *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода*, Рим, 4 новембра 1950. ратификована од стране Републике Србије, 3/3/2004, ступила на снагу 3/3/2004). (скраћено, „Европска конвенција“ или ЕК). Да би се обезбедило поштовање обавеза из Конвенције које су прихватиле Високе стране уговорнице образује се: Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права /чл. 19. прве верзије Конвенције/. ЕСЉП, установљен је 21 јануара 1959 године, пошто је осам земаља уговорница доставило декларације којима признају обавезну надлежност суда, како се тражило по тадашњој верзији Конвенције. *Протоколом бр. 11.* од 11. маја 1994. /ступило на снагу новембра 1998/, измењена је Конвенција и у делу где се конституише нови стални Суд, *Европски суд за људска права*. Европска комисија је започела са радом 1954 године и трајало је до 1998. године, када њене надлежности преузима ЕСЉП (чл. 4. Протокола бр. 9. од 6 новембра 1990). Постоје бројне судске одлуке ЕСЉП, које се односе на право на правично суђење.

¹⁴ Важност уградње у поступке, пре суђења, које уређују домаћи закони о кривичном поступку, одговарајућих јемстава из чл. 6 Конвенције, Европски суд посебно је јасно назначио у случају *Salduz protiv Turske*, пресуда великог већа од 27. XI 2008, захтев, бр. 36391/02.

њега“. Ове одредбе су нормативно, а и суштински готово идентичне, са одредбама из чл 6. ст. 1. Европске конвенције.¹⁵

Дакле, „правичан поступак“ утемељен је на међународним правним документима (Пакт-1966, и ЕК-1950), који су ратификовани и прихваћени од Србије, сходно Уставу она су „саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“, с тим што морају бити у складу са Уставом (чл. 16 ст. 2. УС). Управо се на томе темеље бројне одредбе у ЗКП/11, које садрже „правичност у поступању“.

Законик о кривичном поступку,¹⁶ од 2011 године, који у суштини преноси одредбе из чл. 32 и 34 Устава, је идејно установљен на наведеним међународним стандардима и начелима који осликавају модел изражено страначког поступка. У Законику се утврђују правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне правична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка (ст. 1. чл. 1. и чл. 10 ЗКП).

У наведеним одредбама се види да се овде не ради само о сегменту „поштеног и фер суђења“, или права на правичну и јавну расправу, суђења у разумном року, већ и о суду који је образован на основу закона, те судској независности и непристрасности. Дакле, дух и смисао ове одредбе налаже уређење једног „правичног поступка“, у којем би се могло спровести „правично суђење“. ¹⁷ Тако уређен поступак где се наглашава „правичност“, сублимира у себи и бројна друга правила и начела.¹⁸ Правичан поступак треба да буде слика демократски уређеног правног поретка.

Правичан поступак се не огледа само у фази главног претреса, већ у уређености свих фаза кривичног поступка. Сходно пракси ЕСЈП, одредбе чл. 6. ст. 1. ЕК, се односе и на предистражни, истражни и главни поступак, као и поступање поводом уложеног правног лека, будући да поштено суђење може бити озбиљно нарушено ако дође до пропуста у почетним фазама поступка и надаље.¹⁹

¹⁵ Став судске праксе домаћих судова је да се приликом расправљања неког спорног правног питања и образложења одлуке, суд може позивати на одлуке ЕСЈП, и УС, (АСБ, Кж,2 По1, бр. 339/12 од 7. VIII 2012; АСБ, Кж.2. По1 бр. 347/12 од 13. VIII 2012).

¹⁶ Законик о кривичном поступку, од 2011, („Сл. гласник, РС“, бр. 72/11, 101/11, бр. 32, од 8 априла 2013, бр. 45 од 22. маја 2013). бр. 55/2014, од 23 маја 2014, и измене и допуне бр. 35/19. које су ступиле на снагу 1. 12. 2019. (скраћено ЗКП/2011).

¹⁷ У ЗКП/01, правичност се не налази у смислу „правично“ уређеног поступка, већ у чл. 4, где се говори о правима окривљеног. Сваки окривљени /осумњичени/, има право; „да у најкраћем року буде изведен пред суд и да му буде суђено непристрасно, правично и у разумном року“. Ово је изменама ЗКП, 2009.

¹⁸ КОМЕНТАР ЗКП, група аутора, VII издање, Београд, 2014, коментар уз чл. 1. стр. 44. „... правичност се поставља заправо као општи и надређени појам...“.

¹⁹ Према устаљеној пракси ЕСЈП, примарна сврха чл. 6 ЕК, је пре свега поштено суђење током кривичног поступка, али из одредби тог члана не произилази да се не односи и на поступке пре суђења (*pre-trial proceedings*), већ могу бити релевантни и на предмет који још није послат суду (посебно ст. 3. т. ц). Пресуда *Курталић против Хрватске*, бр. 50700/07, од 15 X 2009. Исто, *Cobianchi v. Italy* (н.1), бр. 43434/98, ст. 8 и 11, од 9.

ЕСЈП, у својој пракси у поступке пре самог суђења убраја: предистражни стадиј или претходно истраживање у које убраја и полицијско испитивање (*police questioning*) или друго истраживање и различите извиде (*inquiry*) те истрагу (*investigation*). Све те поступке посматра као јединствену целину и међусобно их не разликује.²⁰

С обзиром да у теорији а ни у пракси, не постоји јединствен став о појму „правичног поступка“, ипак треба истаћи да према Конвенцијској пракси; „*правичан поступак је онај који својим субјектима јемчи неколико темељних процесних права, у првом реду оних који странкама омогућују остваривање њихових функција и контролу над поступком*“.²¹ Ово је једна и сувише уопштена дефиниција код које недостаје прецизност у многим деловима, тако да од ње пракса неће имати неке користи.

На XVIII конгресу Међународног удружења за кривично право (AIDP), одржаном у Истанбулу 2009 године, због велике важности ове теме донешена је резолуција која осликава „правичан поступак“ и то; „*Национални кривични поступци морају осигурати једнакост оружја, бити правични, јемчити поштену, непристрасну и неовисну поступање у разумном року и поштовање темељних људских права*“.²² Ова дефиниција обухвата главне принципе и правила која могу послужити као основа за теоретска разматрања.

Водећи рачуна о наведеним захтевима, међународним и уставним стандардима, питање је да ли је законодавац, кроз нови законски пројекат (ЗКП/2011), испунио суштински идеју „правичног поступка“ у свим фазама поступка, предистражног, истраге, главног претреса, посебно фазама поступка поводом уложеног правног лека /редовног или ванредног/. На ово питање ће дати одговор ипак време које је пред нама и пракса коју ће донети како домаћи тако и међународни судови.

3. НАЧЕЛО ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

3.1. Правично суђење. Начело правичног и фер суђења (*Right to a fair trial*) је једно од фундаменталних начела савременог кривичног поступка, које је утемељено на најзначајнијим међународним и националним документима.²³ Правично и фер суђење као темељно право странака у правичном поступку,

новембра 2000. *Imbrioscia v. Switzerland*, 24. Новембра 1993. § 36. Серија А бр. 275, те *Salduz v. Turkey* (GC) б. 36391/02, § 50, 27 новембра 2008. Исто, ЕСЈП, *Maresti protiv Hrvatske*, од 23. 07. 2009. Захтев бр. 55759/07.

²⁰ Ш. Павловић, *op. cit.*, 59 и др.

²¹ К. Ambos, G. Ruegenberg, „*Novija praksa međunarodnih sudova u kaznenom i kaznenom procesnom pravu*“, НЛЈП, 2/1999, 969. Нека од њих заједничка су свим судским поступцима (па тако вреди и у казненом поступку) нека од њих вреде само за казнени поступак.

²² У поглављу IV, тачка 2. „вршење универзалне правде“, усвојена је резолуција, у којој се наводи, на којим темељним одредницама би требао бити заснован кривични поступак.

²³ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Досије, Београд, 2006. год. 191 и др.

законом није појмовно дефинисано. Ово начело обухвата више процесних правила и права окривљеног, тако да се ту може говорити и о једном „сложеном људском праву“.²⁴ Са таквим садржајем начело правичног суђења, које се састоји од више правила, намеће се као главни процесни принцип, уместо - принципа истине.

Законска одредба која садржи „законито и правично провођење поступка“ (чл. 1. ст. 1. ЗКП/11), као и одредба из чл. 6. ст. 1. Европске конвенције, је у функцији принципа „права на правично суђење. Овде се очито не мисли на филозофски појам „правичности“, већ на процедуралну једнакост у третману код супростављених страначких интереса оптужбе и одбране. Како је напред наведено да би се спровело правично и јавно суђење, потребно је да је Законик о кривичном поступку тако концепиран да се кроз исти може спровести „право на правично суђење“, или право на „правичан поступак“.

Правичност се сагледава кроз анализу свих фаза, а не само кроз анализу одређеног инцидента или неког процесног недостатка.²⁵ Правичност подразумева не само равноправан третман странака у поступку у сваком погледу, већ и потребу придржавања правичности оних који га примењују у погледу страначких процесних права. Готово је неизводиво правично суђење у поступку који није уређен тако да буде “правичан поступак”. Међународни стандарди и одлуке ЕСЈП, су били основа за изградњу националног кривичног поступка, као правичног поступка, у којем ће се осигурати: страначка равноправност, посебно право на доказ, једнакост оружја, јемчити поштено и фер суђење, пред непристрасним и независним судом, у разумном року и уз поштовање темељних људских права.

У одлукама Уставног суда Србије, се налази да се ради о повреди права на правично суђење, када се у истој правној и чињеничној ситуацији решава на различите начине.²⁶ ЕСЈП, држи да таква „неуједначеност, проузрокована ‘дубоком и упорном правосудном неизвесношћу’, коју суд више инстанце не исправља, доводи до неправичног суђења“.²⁷

3.2. Начело равноправности. Равноправност у коришћењу процесних средстава (*equality of arms*) је једно од темељних постулата права на правично суђење. Овде се ради о страначкој једнакости, где свака страна има право да јој се омогући да би се супроставила наводима друге стране. Стране у поступку, морају бити заступљене равноправно у сваком тренутку расправе (*Böisch против Аустрије*, 1985). „Једнакост оружја“ налаже да се свакој страни пружи разумна могућност да предочи свој случај под условима који је не доводе у суштински неповољнији положај у односу на другу страну. Пре свега тужилац

²⁴ М. Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, 255 - 256.

²⁵ Захваљујући томе, недостаци на једном нивоу или у једној фази могу се исправити у некој доцнијој фази. *Monnell and Morri v. the United Kingdom*, 55-70.

²⁶ УС, Уж. 1849/09, од 30 јуна 2011; Уж. 290/09 од 5 маја 2011; Уж.1147/08. од 3. јуна 2010.

²⁷ ЕСЈП, *Живић против Србије*, 37204/08, од 13 септембра 2011.

треба да буде непристрасан и да нема предност зато што је државни орган у поступку и што заступа оптужбу.²⁸

Иако не постоји исцрпна дефиниција минималних захтева у погледу „једнакости оружја“, јасно је да морају постојати одговарајуће процесне гаранције за суштинску равноправност странака у погледу права на доказ. У пракси се спомињу критеријуми као: да се има право на доказ, да се оспорава „непријатељски доказ“ и да се пред судом предочи доказни материјал о битним питањима.²⁹ У пракси се наводи случај неравноправности када Суд даје „суштински значајнију улогу вештаку којег је суд одредио“, у односу на оног којег је ангажовала странка,³⁰ када усваја предлоге једне стране, а одбија доказне предлоге друге стране,³¹ када једној странци дозвољава да директно поставља питања сведоку, док противној то не дозвољава.³² и сл.

Када су у питању разни процесни недостаци у погледу правичног поступања у току суђења ЕСЉП, је поступак пред домаћим судовима оцењен као неправичан због кумулативног дејства разних процесних недостатака – упркос чињеници да сваки од тих недостатака, сагледан засебно, сам за себе, не би могао да убеди Суд да је поступак био „неправичан“.³³

Кад се сагледају темељна права окривљеног у Законнику о кривичном поступку, пре свега она права у “Основним одредбама”, (чл. 1 до 19) те права која има “Окривљени и бранилац” (Глава VI, чл. 68 и др), види се да су, сходно међународним документима и Уставу Србије, у Законик доследно уграђена темељна права странака у поступку. У законнику се поштује принцип равноправности странака у разним сегментима, а нарочито праву на доказ, “једнакости оружја”, праву на браниоца, или да се сам брани за сва дела, да се у најкраћем могућем времену изведе пред суд и да му буде суђено непристрасно, правично и у разумном року (чл. 68 ст. 1. тач. 5 ЗКП, и др).

3.3. Право да се испитују сведоци (чл. 6. ст. 3д ЕК, и чл. 91 и др. ЗКП). У оквиру начела равноправности се налази и право да оптужени испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитују и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега (чл. 6. ст. 3д. ЕК). ЕСЉП је донео одлуку којом утврђује кршење чл. 6. ст. 3д, када су пресуде биле донешене на основу

²⁸ У начелу Комисија и ЕСЉП, прихватају да је прокуратор (тужилац) непристрасан и за то не сматрају да је његово учешће предност за тужбу (*Delcourt против Белгије* - 1970).

²⁹ Одговорност за извођење доказа пренета је са суда на странке. Суд само позива странке да предложе доказе. И ово правило се извитоперило у пракси па судови одбијају предложене доказе странака (у правилу окривљеног и браниоца), држећи да су предлози “или сувишни или да су усмерени у правцу одговорачења поступка”.

³⁰ Када вештак којег је одредио суд изненада промени мишљење, пред поротом, шта је имало одлучујући утицај на одлуку пороте, а суд је одбио да спроведе друго вештачење. О овом види, *D. Vitkayskas – G. Dikov*, Заштита права на правично суђење према Европској конвенцији о људским правима, Вијеће Европе Страсбуорг, 2012, 57.

³¹ *Albert and Le Compte*, пресуда од 1983. Серис А, но. 58. бр. 68.

³² *Hentrich Series A*, но. 296 А, бр. 53.

³³ *Barberá, Masegué and Jabardo v. Spain*, 67 - 89.

сведочења анонимнох сведока који су дали исказе ван главног претреса, а који нису били доступни испитивању одбране.³⁴ Исто тако суд сматра да осуђујућа пресуда не може да се заснива на исказу посредног анонимног сведока.³⁵ Противно је чл. 6. ст. 3. д. ЕК, када се осуђујућа пресуда темељи само на исказу сведока сарадника, саизвршиоца, који је исказ дао пред истражним судијом, а за време главног претреса није био доступан суду.³⁶ Међутим, треба имати у виду да суд није у могућности обезбедити присуство сваког сведока, тако да се ту не би могло радити о повреди права из чл. 6. ст. 3д, јер то право није апсолутно, него подлеже инхерентним ограничењима.³⁷ Под сведоком оптужбе сматра се сведок када га одреди тужилац или суд *ex officio*.³⁸ Ускраћивање права из чл. 6. ст. 3д, могуће је из фактичких разлога: смрт, болест, непознато пребивалиште сведока, као и његово одбијање да сведочи.³⁹ Како у пракси ЕСЈП, тако и у националном праву, противно је чл. 6. ст. 3д коришћење доказа који су прибављени на недозвољен начин.⁴⁰

У Законику о кривичном поступку, усвојена су углавном правила и стандарди из међународних и уставних докумената, када је у питању испитивање сведока, способности и дужности сведочења, искључење и ослобађање дужности од сведочења, заштита сведока и др. (чл. 91-112).

3.4. Доказ вештачењем (чл. 6. ст. 3д ЕК, и чл. 91 и др. ЗКП/2011). Веома је осетљиво питање доказа вештачењем којег именује суд, због тога што се они морају третирати као и сваки други сведок, а у традиционалној пракси придавао се већи значај том вештаку него оном којег је ангажовала странка. То је поготову актуелно када вештак „има суштински значајну процесну улогу“. Но, захтев за неутралошћу вештака ипак се у новијој судској пракси ЕСЈП, посвећује већа пажња, посебно тамо где мишљење вештака има пресудну улогу у поступку.⁴¹ Тако ЕСЈП, налази да Аустријски суд мора да на исти начин испитује вештаке које је сам позвао и оне које је довела одбрана (Бемиш (Bömiş) против Аустрије – 1985). Ако се из начина именованог вештака као и његовог својства (припадност одређеном државном телу) произилази *de facto* да се у поступку појављује као сведок оптужбе, постојаће повреда принципа равноправности странака⁴² и др.

Улога стручног саветника (чл. 125 и 126). У ЗКП/2011 се покушава успоставити равноправност путем стручног саветника. Наиме, у Законик се уводи та правна установа, да би се избегла „паралелна вештачења“ и уједно да се успостави законска равноправност странака у поступку. Стручни саветник има идентична права као и вештак који је на предлог једне од странака одређен

³⁴ *Костовски против Холандије – 1989, и Виндич (Windich) против Аустрије - 1990.*

³⁵ *Костовски против Холандије - 1989, и Windich против Аустрије - 1990.*

³⁶ *Barbera, Massegus and Jabardo*, пресуда од 6. 12. 1989, Series A, no. 146, br. 68.

³⁷ *Asch*, пресуда од 26. 04. 1991. Series, A, no. 203, br. 28.

³⁸ *Velu/Erges*, La convention europeenne des droits de l'homme, Bruxelles, br. 616;

³⁹ *Unterpringer*, пресуда од 24. 11. 1986, Series A, no 110, br. 30. и *Asch*, пресуда од 26. 04. 1991. Series, A, no. 203, br. 28.

⁴⁰ *Klass*, Series A, no. 28.

⁴¹ *Sara Lind Eggertsdottir v. Iceland*, 55-54.

⁴² *Boenisch*, пресуда од Series A, no 92. br. 41.

од стране суда (чл. 125 ст. 1). Друга страна тиме стиче право да из редова судских вештака изабере себи стручног саветника. Стручни саветник има право да буде обавештен о вештачењу и да присуствује вештачењу, као и бранилац и окривљени, те да у току поступка вештачења прегледа списе и предмет вештачења, предлаже вештаку предузимање одређених радњи и даје примедбе на налаз и мишљење вештака, да на главном претресу поставља питања вештаку и да буде испитан о предмету вештачења (чл. 126). Оваква стручна контрола вештачења је неопходна ради једнакости права на доказ и равноправности странка у поступку. Међутим, евидентно је у пракси судова да се погрешно третира стручни саветник као „приватни саветник“, па му се не придаје дужна пажња ради оцене тог доказа, иако су његова законска овлашћења и обавезе идентичне као и вештака којег је одредио суд. Сматрамо да је потребно, после пажљиве анализе налаза и ако се аргументовано оспорава налаз вештака који је одређен по налогу суда, одлучити о другом вештачењу.

3.5. Суђење у разумном року (чл. 14 ЗКП). Суђење у разумном року (*judgment „in a reasonable time“*) подигнуто је на ниво принципа што указује на његов значај као и обавезу да се све друге одредбе Законика тумаче у складу с њим. Наиме, „суд је дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка“ (ст. 1. чл. 14 ЗКП). Ова законска одредба преузета је из чл. 32 Устава Србије, а која је утемељена на међународним документима.⁴³ Циљ овог принципа је да свака правна држава својим грађанима обезбеди брзо, ефикасно, законито и делотворно правосуђе. Због тога су важни рокови у процесном праву, да би се одредило оптимално време за предузимање одређене процесне радње.⁴⁴

Према стајалишту Европског суда за људска права, „разумни рок“ је време од почетка поступка до његовог окончања. Рок се рачуна од момента када је особа оптужена, а то укључује и тренутак хапшења када је обавештена да ће бити процесуирана или од времена предузимања прве процесне радње.⁴⁵ Када је реч о завршетку кривичног поступка Европски суд узима да, „...раздобље које је покривено чл. 6. обухваћа целовити поступак о којем је реч, укључујући и поступак по жалби“⁴⁶....,

Стандард „разумног рока“, прописује се у чл. 6, ст. 1. ЕК, је субјективан и може да се разликује у грађанским и кривичним стврима. У Законнику о кривичном поступку је подигнут на ниво начела (чл. 14). Појмовна дефиниција ни у Конвенцији ни у ЗКП, се не наводи. Ово начело представља и значајан вид заштите учесника у поступку, нарочито окривљеног, што доприноси скраћивању трајања кривичног поступка и смањењу трошкова поступка. То је

⁴³ Одредба преузета из чл. 6, *Европска конвенције* из 1950. године, која говори о праву на правично суђење и суђењу у разумном року, те чл. 9. ст. 3. и 14. ст. 3. ц) *Међународног пакта* из 1966. године.

⁴⁴ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Досије, Београд, 2006, 210 и др.

⁴⁵ *Eckle v. Germany* – 8130/78 (1982) ECHR 4.

⁴⁶ ЕСЈП, Хорват против Хрватске, пресуда од 26. 07. 2001. захтев бр. 51585/99.

значајно због заштите права учесника на предузимање одређене радње, али и равноправности учесника пред законом.⁴⁷

Треба приметити да се ни у Законику о кривичном поступку не одређује шта је то „разумни рок“, па није јасно колико одређена радња може трајати, да би се могло радити о повреди ове законске одредбе, иако се истиче да кривични поступак треба спровести „без одуговлачења“ и да треба спречити сваку злоупотребу права, која је усмерена на одуговлачење поступка.

У пракси судова налазимо да је „разумни рок“, оптимално потребно време да се одлучи о неком праву странке које је спорно, да би се отклонила неизвесност и странка имала сазнање о томе да ли јој то право припада или не, чиме се постиже и правна сигурност.⁴⁸

Бројне процесне одредбе у ЗКП/2011, указују да је потребно одређену радњу провести у одређеном временском размаку без непотребног одуговлачења. Нпр. одлука о задржавању осумњиченог, доношење наредбе о спровођењу истраге, рок у којем се подиже оптужница, рок за одговор на оптужницу, одлучивање о предлогу за одређивање притвора, одређивање припремног рочишта, одређивање главног претреса, изразу пресуде, право на употребу правног лека и др., везано је за одређене рокове у којима их је потребно предузети. У законском тексту се на више места прописују мере за спречавање злоупотреба и одуговлачења поступка и суђења у неразумном року. Смисао овог начела је повећање ефикасности остваривања циљева кривичног поступка, да би правда била благовремена и извесна, да се избегну штетне последице због неразумног пробијања рокова у суђењу.⁴⁹

Време које се узима за рачунање разумног поступања, почиње од дана када је дато “званично обавештење појединцу од стране надлежног органа да постоји тврдња да је он извршио кривично дело”.⁵⁰ Према стајалишту Европског суда за људска права, рок се рачуна од момента када је особа оптужена, а то укључује и тренутак хапшења када је обавештена да ће бити процесуирана или од времена предузимања прве процесне радње.⁵¹ Када је реч о завршетку кривичног поступка Европски суд узима да, “...раздобље које је покривено чл. 6. обухвата целовити поступак о којем је реч, укључујући и поступак по

⁴⁷ Наведене одредбе су од посебног значаја када се има у виду да се велики број уставних жалби пред Уставним судом, као и представки пред Европским судом за људска права у Стразбуру против Републике Србије управо води по том основу. С друге стране, подизањем овог правила на ниво начела указује се на његов значај, као и обавезу, да се све друге одредбе Законика тумаче у складу с њим.

⁴⁸ У овом смислу одлуке које се одесе на заштиту права на суђење у разумном року, сходно Закону о уређењу судова (чл. 8а, 8б, 8в), *Врховни касациони суд* одређује „разумни рок“, нпр. Р. 4/р, 12/2014, као и одлуке ВКС, Р4 г 14/2014. и Р4 г 11/2014. По схватању тог суда, „оптерећеност суда и судија“, не узима се у обзир код оцене дужине трајања поступка који не испуњава захтев „разумног рока“. *Судска пракса* ВКС, за јуни 2014 годину.

⁴⁹ Још је давно *Jering (Rudolf von Jhering)* у свом чувеном делу „Циљ у праву“ (*Der Zweck im Recht*) прокламовао да „нема веће неправде од закаснеле правде“.

⁵⁰ *Deweert protiv Belgije* – 1980.

⁵¹ *Eckle v. Germny* – 8130/78 (1982) ECHR 4.

жалби”.⁵² У погледу утврђивања да ли је право на суђење у разумном року повређено, ЕСЉП-а је заузео одређена схватања која у суштини представљају мерила за оцену трајања суђења у разумном року. У више предмета заузима се становиште, да се оправданост дужине трајања поступка мора ценити у светлу околности предмета и позивањем на следеће критеријуме: релевантно раздобље, сложеност случаја, понашање подносиоца представке и релевантних власти, и значај предмета за подносиоца у спору“.⁵³

Ови критеријуми су усвојени и у нашој пракси као и у Закону о заштити права на суђење у разумном року.⁵⁴ При одлучивању о правним средствима којима се штити право на суђење у разумном року уважавају се све околности предмета суђења, пре свега сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, природа и врста предмета суђења или истраге, значај предмета суђења или истраге по странку, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза, затим поштовање редоследа решавања предмета и законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и израду одлука (члан 4). У закону се прецизно одређује надлежност за поступање и процедура, све до правоснажности пресуде.

Углавном, пракса Суда је, за лакше случајеве разуман рок за пресуђење је до две године, док је за теже случајеве четири године. Често истицани аргументи Влада, да је разлог дужег трајања поступка услед недостатка особља и административне тешкоће, ЕСЉП је одбацио.⁵⁵

Спровођење поступка без „одуговлачења“ и „спречавање злоупотреба“, има упориште у неколико изричитих законских одредби, нпр. кривични поступак против окривљеног који је у притвору је хитан, (чл. 14. ст. 2. ЗКП и др.), али и бројним другим који указују на потребу вођења рачуна о суђењу и трајања поступка, који се може сматрати „разумним“. Мере се односе према главним учесницима у поступку, јавном тужиоцу и окривљеном али и према: браниоцу, оштећеном, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу, као и законском заступнику и пуномоћнику, који предузима радње очигледно

⁵² ЕСЉП, *Хорват против Хрватске*, пресуда од 26. 07. 2001. захтев бр. 51585/99.

⁵³ У наведеном смислу заузети су такви критеријуми за одређивање дужине трајања поступка, вид. предмете, *Frydender protiv Francuske* [VV], број 30979/96, став 43., ЕCHR 2000-VII; *Humen protiv Poljske* [VV], број j 26614/95, став 60., без извештаја, и *Comingersoll S.A. protiv Portugala* [VV], број 35382/97, ЕCHR 2000-IV; *Philis protiv Grčke* (број 2), пресуда од 27. јуна 1997. год. (Извештаји о пресудама и одлукама, 1997-ИВ, ст. 35).

⁵⁴ „Службени гласник, РС“, бр. 40/2015. Пре овог закона, на основу Закона о изменама и допунама закона о уређењу судова, из 2013 године, странка у судском поступку која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту, а у том захтеву може се тражити и накнада за повреду права на суђење у разумном року.

⁵⁵ *DeeCubber protiv Belgije – 1984 i Guincho protiv Portugala – 1984*. Н. Јованчевић, *op. cit.*, 71-75.

усмерене на одуговлачење поступка.⁵⁶ И у другим законским одредбама се тежи бржем и ефикаснијем поступању као што су одредбе о „садржају завршних речи“, посебно када оптужбу заступа више лица или окривљеног брани више бранилаца, који су дужни да се договоре о подели задатака и тема о којима ће говорити, поштујући време које им председник већа одреди (чл. 413 ЗКП).

3.6. Начело правичне и јавне расправе (*fair and public hearing*). Начело јавне расправе,⁵⁷ намеће се као интегрални део начела правичног и фер суђења. Практично уколико би суђење било тајно ту се не би могло говорити о правичном суђењу. Члан 6. ст. 1. и 2. Европске Конвенције гласе: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на *правичну и јавну расправу*,⁵⁸ у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона (општа права).

Јавност суђења, је стандардно начело, које у пракси не доводи до неких проблема. Интереси за јавно суђење нису само интереси странака већ и ширег круга грађана. Оно се налази у оквиру чл. 6. ст. 1. ЕК, захтева да се омогући приступ јавности суђењу, која је контролор правичног суђења и тако својим присуством се стиче поверење у правосуђе од стране грађана. Суд је утврдио да се начело јавности односи на сваку фазу поступка која може да утиче на коначну одлуку.⁵⁹ Суд или Комисија, одлучује којој од посебних околности из чл. 6 ст. 1 ЕК, треба дати предност да би се искључила јавност, нпр. интереси морала, јавног реда, националне безбедности или извесни приватни интереси. У свим случајевима пресуда се мора јавно изрећи.⁶⁰

У Уставу Србије (чл. 32), међународним документима (Пакту из 1966 и ЕК, 1950) као и у Законнику о кривичном поступку, јавност главног претреса се појављује као стандард (чл. 362 ст. 1.). У правилу претреси су јавни и јавном претресу могу присуствовати сва лица осим оних који су млађи од 16 година. Изузетно јавност се може искључити одлуком суда, и то за цео одређени главни претрес или за неки његов део: ако је то потребно ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника у поступку и других оправданих интереса у демократском друштву (чл. 363).

4. ПРАВО НА СУД ОБРАЗОВАН НА ОСНОВУ ЗАКОНА,

⁵⁶ Закоником се одређује и начин поступања суда у односу на уредно позваног браниоца, сведока, вештака или стручног саветника, па све до кажњавања због неоправданог недоласка, новчано и до 150.000 динара, те да носе трошкове одлагања (чл. 382 ст. 3 и чл. 384 ст. 3).

⁵⁷ Н. Јованчевић, *op. cit.*, 60 - 65.

⁵⁸ Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

⁵⁹ *Slučaj Axsen protiv Nemačke* - 1983

⁶⁰ А. Јакшић, *op. cit.*, 191 и др.

НЕЗАВИСАН И НЕПРИСТРАСАН

4.1. Суд образован на основу закона. Када је у питању право на суд, мисли се на суд који је образован и заснован на основу закона, тако да се отклања могућност суђења пред тзв. специјалним судовима или судовима основаним *ad hoc*. Под појмом „Суд“, у смислу чл. 6. ст. 1. ЕК, има се тумачити функционално тело, тако да није битно формални назив суда, већ у материјалноправном смислу да је то тело независно и непристрасно у суђењу и доношењу одлука.⁶¹

Везано за организовање судова, ЕСЈП, сходно чл. 6 ЕК, не обавезује државе уговорнице да оснују жалбене или касационе судове, међутим када такви судови постоје, они морају поштовати јемства садржана у чл. 6. нпр. да се странкама у поступку гарантује делотворно право на приступ судовима.⁶² На ове обавезе, ЕСЈП у својим одлукама подсећа све потписнице Конвенције које учествују у поступку. Изнимно, ЕСЈП може наложити и конкретне мере и дати налог законодавцу државе уговорне стране да отклони структуралне недостатке.⁶³

Правично суђење, могуће је спровести пред тако организованим судом, који је уређен и заснован на закону, који независан и непристрасан.⁶⁴ Суд који је основан на закону обухвата питања: његове организације, питање надлежности суда и састава суда. Суђење мора бити тако организовано да окривљени има право на правично и фер суђење, страначку једнакост, непосредно суђење, право на доказ, “једнакост оружја”, право на поштовање његове личности и принципа невиности, право на ограничење права на слободу само у мери неопходној за остваривање циља поступка и читав корпус права предвиђених у Законику (чл. 3-19 и др ЗКП).

4.2. Независан и непристрасан суд су различите категорије, које одражавају различите вредности и правно-политичке циљеве, али су тако повезани да их пракса ЕСЈП посматра као нераскидиву целину. Оба ова појма чине предуслов за правично и фер суђење. У чл. 6. ст.1. Европске конвенције се говори и о независном и непристрасном суду, а то: захтева поштено испитивање случаја сваке казнене оптужбе од стране независног и непристрасног суда.

⁶¹ Вид., *Belilos*, пресуда од 29. 04. 1988, Series A, no. 132, br. 64; те, *Sramek*, пресуда од 22. 10. 1984, Series A, no. 84, br. 36.

⁶² *Brualla Gomez, de la Torre v. Spain*, пресуда од 4. 12. 1996, захтев бр. 26737/95. Извештај пресуда и одлука 1997. *Izveštaj presuda i odluka 1997 – VIII; Ange Angelov v. Bulgaria*, br. 51343/99 st. 31, 15. II 2007.

⁶³ Нпр. може се поставити захтев да се туженој држави у осуђујућој пресуди наложи да у националном праву уведе право на реституцију или право на одштету (*Broniowski protiv Poljske1*); или у једном случају ЕСЈП, дао налог да немачки законодавац у року од једне године мора увести правни лек за поступке који трају несразмерно дуго (*Rumpf protiv Nemačke2*).

⁶⁴ Под „судом заснованим на закону“, подразумева се да је основан легислативним актом, дакле, у парламенту, а оснивање да је засновано на уставу државе, али губи ово својство када суд није уређен законом већ подзаконским актом.

а) Независност, је уставни захтев, да би суд био независан од неке друге гране власти. Сходно слову закона судија је независан у поступању и доношењу одлука (чл. 1. ст. 1. Закона о судијама⁶⁵). То је иначе последица одвојености три гране власти законодавне, управне и судске, и уставне забране утицаја на рад судова. У Закону о судијама, се говори о дужности судије да обезбеди правично суђење и поштовање процесних правила. Дакле, то правично поступање је везано за правилну примену бројних процесних правила, али и материјалног права.

Судија мора бити слободан од утицаја било којег ауторитета или извршене власти. Судија суди и пресуђује само на основу Устава, закона и других општих аката, те потврђених међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права (чл. 1. ст. 2. ЗС). Судија је дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност. Независност судије се огледа у сигурности која му даје сталност и непреместивост, материјална независност, затим ужива имунитет, право на удруживање, учешће у доношењу одлука од значаја за рад суда, право на стручно усавршавање, и др. Судија је дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност.

По пракси ЕСЉП, независност судије, подразумева слободу од разних утицаја, па чак и од стране вишег суда, који може уследити кроз директиве из укидајуће одлуке. Европски суд за људска права је поставио критеријуме по којима оцењује да се једно судеће тело сматра независним у смислу чл. 6. ст. 1. ЕК и то: начин избора чланова судећих тела, дужина трајања њихове службе, постојање гаранција да је судеће тело слободно од сваког спољног притиска, те да ли суд већ на први поглед ствара поверење у своју независност.⁶⁶

б) Непристрасност, значи одсуство предрасуда (*prejudice*) или пристрасност у односу на странке (*bias*). Непристрасност у правилу значи непостојање прејудуцирања или пристрасности⁶⁷. Коначно, судија је дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност (чл. 3. ЗС).

За постојање и оцену пристрасности одлучујућа су конкретна чињенична и процесноправна питања у појединим стадијумима поступка. Постоје субјективне и објективне пристрасности судије.

Субјективна пристрасност је лични став судије према странкама и предмету спора, који даје конкретан повод за постојање основане сумње у његову непристрасност. Као таква се тешко доказује, а и ЕСЉП, често доноси неконзистентне одлуке. Субјективна пристрасност се обично третира када се

⁶⁵ Закон о судијама, "Сл. гласник РС", бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС и 101/2013.

⁶⁶ А. Јакшић, *op. cit.*, 182-183.

⁶⁷ L. Wildahera, Судска непристрасност према Европској конвенцији о људским правима /*Judicial Impartiality Under the Euroean Conventian on Human Rights*/ (2001). Чланак је значајан јер је аутор у време објављивања био председник ЕСЉП. Наведено према, Š. Pavlović, *op. cit.*, 101.

ради: о изузетно високом степену блискости судија са странкама,⁶⁸ када судија даје процену о резултату спора, или о изгледу на успех поводом уложеног правног лека,⁶⁹ када расправља о правним питањима са једном странком, а претходно је одбио да расправља о тим питањима са другом странком.⁷⁰

Објектина непристрасност, се своди на питање да ли суд односно понашање судије нуди довољно гаранција које су неопходне да се искључи постојање разумне сумње у његову пристрасност.⁷¹ Објективна пристрасност ће увек бити када судија у спору има лични интерес, који не мора да буд уједно и финансијски. „Пристрасност ће увек постојати када суд у истом саставу одлучује у кривичном и у грађанско-судском поступку по захтевима из истог чињеничног стања“.⁷²

Судија је дужан да непристрасно води поступак по својој савести, у складу са властитом проценом чињеница и тумачењем права, уз обезбеђење правичног суђења и поштовања процесних права странака гарантованих Уставом, законом и међународним актима (чл. 3. ст. 2. ЗС).

и) Коначно и најправичнији поступак, за себе није гаранција да ће бити спроведено “поштено и фер суђење”. Тај део овиси од више фактора, правног образовања и стручности судија, савесности и осећању за правичност и сл. Поштено и фер суђење подразумева не само поступак суђења већ и доношење одлуке. Без уређеног правичног поступка није могуће спровести правично суђење.

5. УТИЦАЈ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ И ОДЛУКА ЕСЉП НА ДОМАЋЕ ПРАВО

У чл. 6. ст. 1. Конвенције, се ради о општим правима, док се у ст. 3. чл. 6. под одговарајућим тачкама, таксативно наводе минимална права оптуженог.

Овде се у најкраћим цртама приказује садржај из чл. 6. Европске конвенције и њено дејство на уређење националних кривичних поступака, који *de lege ferenda* треба да буду правично уређени, тј. да буде по својој структури “правичан поступак”. Темељни постулати из Европске конвенције се остварују преко деловања ЕСЉП и његових одлука, на изградњу „правичног поступка“ и „правичног суђења“. У том правичном поступку, поред тога што ЕСЉП, може утврдити повреду Конвенције и исплату правичне накнаде, могуће последице пресуда се не завршавају на томе.

Наиме, иако начелно Европски суд за људска права (ЕСЉП) доноси деклараторне пресуде и нема касацијске овласти, то јест не може окинути пресуде националних судова или одлуке јавних тела, правне последице одлуке

⁶⁸ ЕСЉП испитује блискост и дуготрајност веза, те ако су чвршће и дуготрајније, то је већа могућност о оцени да се ради о постојању субјективне непристрасности. Види, *Harris/OBoyle/Warbrick*, Law on the European Convention on Human Rights, London/Dublin/Edinburgh, 1995, 234.

⁶⁹ *Frowein/Peukert*, бр. 129, за чл. 6. ЕК.

⁷⁰ *Michler/Vogler*, бр. 304, за чл. 6. ЕК.

⁷¹ А. Јакшић, *op. cit.*, вид. 184 – 190.

⁷² *Gillow*, пресуда од 24. II, 1986, Series A, no. 109, бр. 73.

Европског суда за људска права су вишеструке.⁷³ Према чл. 46. ст. 1 ЕКЉП, постоји обавеза осуђене државе да се повинује пресудама ЕСЉП-а између осталог и изменом (спорног) закона. Осуђена држава у правилу може самостално одабрати средство, односно начин на који ће извршити пресуду,⁷⁴ али ЕСЉП нема стварну могућност извршења пресуде.

ЕСЉП није „*надревизијска инстанца*“. Дакле, он у правилу не контролише правоваљаност чињеница или правних оцена о националном праву домаћих тела или судова, већ изузетно, када утврђивање чињеница или погрешна примена права саме по себи представљају повреду права из Конвенције.⁷⁵ Осим тога суд се не упушта у разматрање приговора због „малих грешака“ у извођењу доказа, међутим изнимку представља случај када извођење доказа није у складу са захтевима правичног поступка према члану 6. ЕКЉП.

Одлуке суда немају значај преседента, али оне обавезују стране у поступку. Међутим, суд води рачуна о својим решидбама да би имали уједначену судску праксу. ЕСЉП, сматра да неуједначеност, проузрокована „дубоком и упорном правосудном неизвесношћу“, коју суд више инстанце не исправља, доводи до неправичног суђења.⁷⁶

Сходно надлежности тог суда, постоји и могућност вођења тзв. *пилот поступка* и доношења тзв. *пилот пресуде*, у случају који се односи на начелни проблем у правном систему неке државе. У том би случају држава, а не ЕСЉП, требала решити такве даљње случајеве (*repetitive cases*) на темељу начелне пресуде ЕСЉП-а тиме што ће нпр. изменити закон.⁷⁷

Уколико је то предвиђено националним правом, постоји могућност *обнове поступка* пред националним судом као последица пресуда ЕСЉП, ако је повређена Европска конвенција. У новом Законику је предвиђен разлог за подношење *захтева за заштиту законитости* између осталог и уколико је Уставни суд или ЕСЉП, својим одлукама утврдио да је повређен закон, када та одлука није у сагласности са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, или је *повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку* које је

⁷³ Поред могућности да пресудом утврди повреду Европске конвенције, ЕСЉП може доносити пресуду у којој налаже исплату правичне накнаде, чиме се држава уговорна страна у правилу осуђује на новчану накнаду штете и др. (чл. 41 ЕКЉП).

⁷⁴ О изузетку се ради када ЕСЉП у својој пресуди наложи конкретне мере као што је то био случај у предмету *Assanidze protiv Gruzije 3*, када је ЕСЉП наложио да се затвореника пусти на слободу, или у предмету *Görgülü protiv Njemačke 4*, када је ЕСЉП дао налог да се оцу мора омогућити право посећивања детета. Ако држава не изврши такав налог, ЕСЉП.

⁷⁵ *Broniowski protiv Poljske*, 31433/96, RDJ 2004, V, Evropski bilten za temeljna prava (EuGRZ) 2004, 472 2 *Rumpf protiv Njemačke*, 46344/06, Presuda od 2. 09. 2010, Evropski bilten za temeljna prava (EuGRZ) 2010, 700299.

⁷⁶ ЕСЉП - *Живић против Србије*, 37204/08, од 13 септембра 2011.

⁷⁷ Горе наведени поступак *Rumpf protiv Njemačke* ЕСЉП је водио као тзв. *pilot judgment procedure*. Уколико то држава не би учинила, ЕСЉП у неколико скраћених поступака у „случајевима који се понављају“ (*repetitive cases*) у кратком року може донети пресуде у поступку доношења пилот пресуде.

зајамчено Уставом или Европском конвенцијом и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или ЕСЉП (чл. 485 ст. 1 т. 1 и 2 ЗКП).⁷⁸

Ако ЕСЉП утврди да је до повреде Конвенције дошло у пресуди, пресуда се не укида, а могућност обнове поступка овисиће о националном праву. Но код поновног бављења меритумом, национални суд мораће испоштовати пресуду ЕСЉП-а.⁷⁹

Када ЕСЉП утврди повреду Конвенције у неком закону, дотична је држава обавезна тумачити тај закон у складу са Конвенцијом. Ако такво тумачење није могуће према националним правилима о тумачењу, држава је обавезна одговарајуће законе изменити на начин да буду у складу са Европском конвенцијом.

Ако ЕСЉП утврди да је национални Устав противан Конвенцији, постоји обавеза измене устава.

Захтев постављен ЕСЉП нема суспензиван učinak, али постоји могућност да се од ЕСЉП-а *затражи доношење привремене мере*.

*Аутентично тумачење пресуде даје ЕСЉП.*⁸⁰ Пошто се правоснажна пресуда доставља Одбору министара, „аутентично тумачење“ како би се отклониле нејасноће, на њихово тражење, може уследити од стране ЕСЉП (чл. 46. ст. 3. Конвенције). Члан. 46. ст. 4. и 5. Европска конвенција је „живи инструмент“, то јест стално се развија кроз судску праксу ЕСЉП-а, дакле не остаје на оној разини тумачења од које је законодавац пошао у доба настанка Конвенције. Значи, постоји обавеза свих државних инстанци, дакле, свих јавних тела и свих судова, да примењују Конвенцију у складу с актуалним тумачењем на које је меродавно утицао ЕСЉП.⁸¹

Прегледом структуре и садржаја новог ЗКП - *de lege lata*, види се да су творци овог новог ЗКП, настојали усвојити захтеве и стандарде Европске конвенције, као и праксу ЕСЉП.

⁷⁸ Ако ЕСЉП установи да је повреда Конвенције уследила у неком управном акту, начелно вреди обавеза државе да се та повреда мора отклонити укидањем управног акта.

⁷⁹ Пример за то је одлука *3 Assanidize protiv Gruzije*, ESLJP, Пресуда великог већа од 08.04.2004, 71503/01, *Evropski bilten za temeljna prava (EuGRZ) 2004, 268 4 Görgülü protiv Njemačke*, ESLJP, Пресуда од 26.02.2004, 74969/01 § 64300 немачког Уставног суда (BVerfG) о сигурносној мери задржавања у установи затвореног типа након одслужења затворске казне.

⁸⁰ У захтеву за тумачење пресуде, странке могу тражити само тумачење одређених тачака или тачке из изреке пресуде. За поступак тумачења вид. чл. 79 Пословника суда. Вид. М. Пауновић *et al.*, *op. cit.*, 75.

⁸¹ Од тога не смеју одступити ни национални врховни, ни уставни судови. 5 BVerfG / Њемачки уставни суд, Пресуда од 04. 5. 2011 – 2 BvR 2365/09 и др., *Evropski bilten za temeljna prava (EuGRZ) 2011, 297 ff.*) О овом види „Правне последице одлуке ЕСЉП“, *Stefan Von Raumer, Berlin 7.*, и М. Пауновић *et al.*, „ЕСЉП основна начела и ток поступка“, Београд, 2006, 24-25.

ЗАКЉУЧАК

Начело „правичног и фер суђења“ (*Right to a fair trial*) и „правичне и јавне расправе“ (*fair and public*) су једна од фундаменталних начела „правичног поступка“, савременог кривичног поступка, који је утемељен на међународним и националним документима. Без успостављеног “правичног поступка” није могуће спровести правично и фер суђење.

Правичан поступак, је онај који својим субјектима јемчи неколико темељних процесних права, у првом реду оних који странкама омогућују остваривање њихових функција и контролу над поступком. То подразумева правичност у читавом току поступка, равноправност странака, праву на доказ, “једнакост оружја”, поштено и фер суђење, пред непристрасним и независним судом, и поступање у разумном року уз поштовање темељних људских права.

У кривични поступак, ЕСЈП у својој пракси поред главне расправе убраја: предистражни стадиј или претходно истраживање у које убраја и полицијско испитивање (*police questioning*) или друго истраживање и различите извиде (*inquiry*), те истрагу (*investigation*). Све те поступке посматра као јединствену целину и међусобно их не разликује.

Законик о кривичном поступку из 2011, године иако садржи бројне одредбе које би требало мењати, ради успостављања равнотеже и суштинске равноправности странака у поступку, ипак је успостављен тако да би требао да осликава “правичан поступак”, са свим атрибутима о којима је било излагања.

Nedeljko Jovančević, LL.D.

Lawyer in Belgrade.

FAIR CRIMINAL PROCEEDINGS – A BASIS FOR FAIR TRIAL
(*Right to a fair trial*) in the light of European Convention for the Protection
of Human Rights and Fundamental Freedoms as of 1950

Summary

A fair criminal proceeding is one that guarantees several fundamental procedural rights to its parties, primarily those that allow parties to exercise their functions and to have control over proceedings. This includes fairness in the proceedings, equality of parties, the right to proof, "equality of arms", and fair trial before an impartial and independent court, and within a reasonable time, with respect of fundamental human rights.

The ECtHR, in its practice, in addition to the main hearing, in the criminal proceeding includes: a pre-investigation procedure, including police questioning or other investigation, and various inquiries and investigation. All these proceedings are considered as a whole, and the ECtHR does not differentiate them.

The Criminal Procedure Code as of 2011, based on international and national documents, emphasizes the role of parties, hence shall represent "fair criminal proceeding".

Considering that this is a completely new construction (prevenla sam konstrukcija ako ti odgovara, arhitektonika ne znma zaista, nema smisla na engleskom) of criminal proceedings and that there is no yet sufficient experience in conducting procedure that emphasize such role of the parties, that prescribe equality of the parties in the proceedings, it will require more time and practice to perceive its value and purpose.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Ambos K., Ruegenberg, G., „Novija praksa međunarodnih sudova u kaznenom i kaznenom procesnom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (HLJKPP)*, Zagreb, br. 2/1999.

Damaška, M., „Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu“, *HLJKPP* (Zagreb), broj 2/2010.

Dovydas Vitkauskas, Grigory Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Veće Evrope*, Strasburg, 2012.

Đurđević Z., Floyd Feeney - Joachim Herrmann, One Case - Two Systems, *HLJKPP*, Zagreb, vol. 13, broj 2/2006, 1169-1175.

Грубач, М., *Кривично процесно право, Београд, 2009.*

Збирка одлука о људским правима бр. 4. и бр. 5., „Београдски центар за људска права“, Београд, 2006. и 2007.

Јакшић, А., *Европска конвенција о људским правима – коментар*, „Досије“, Београд, 2006.

Јованчевић, Н., *Ново кривично процесно право, сходно ЗКП из 2011*, Досије, Београд 2015.

Крас, D., *Kazneno procesualno pravo*, Zagreb, 2010. 205.

Крас, D., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995.

Пауновић, М., Царић, С., *Европски суд за људска права – основна начела и ток поступка*, „Службени гласник“, Београд, 2006.

Пауновић, М., Кривокапић, Б, Крстић, И., *Међународна људска права*, Београд, 2010.

Равловић, Ш., *Tri načela kaznenog postupka – pravični postupak – non bis in idem - in dubio pro reo*. Rijeka, 2012.

Поповић, Д., *Европско право људских права*, Београд, 2012.

Тадић, М., *Одлуке у казненоправним стварима*, Брчко, 2015.

Wildahera L., „Sudska nepristranost prema Evropskoj konvenciji o људским правима“, *Judicial Impartiality Under the Euroean Conventian on Human Rights*, 2001.

БЛАНКЕТНА ДИСПОЗИЦИЈА ЕКОЛОШКИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

- законска решења и одабрана спорна питања -

Апстракт

Усвајањем посебне главе кривичних дела против животне средине у Кривичном закону из 2005. године направљен је изузетан корак напред. На тај начин се постигло да животна средина по први пут добије засебно место у Кривичном закону. Ипак, то је представљало само почетни неопходан корак за сузбијање еколошких кривичних дела, будући да се испоставило да је за ефективно спровођење кривичног гоњења ове врсте кривичних дела било потребно разјаснити неколико значајних питања. Једно од таквих питања, које је предмет овог рада, тиче се проблематике бланкетне диспозиције еколошких кривичних дела. У вези са тим, у раду се полази од хипотезе да би еколошка кривична дела требало разликовати према томе да ли припадају врсти правих, неправих или неопређених бланкетних норми. На основу наведене поделе у раду се приступа анализи утицаја бланкетне диспозиције на постојање бића еколошких кривичних дела у Кривичном закону. У закључним разматрањима се истиче да код еколошких кривичних дела долази до изражаја акцесорна природа кривичног права будући да је у процесу давања одговора на питање да ли постоји кривично дело против животне средине у конкретном случају неопходно узети у обзир схватања релевантних појмова садржаних у ванкривичним, еколошким прописима.

Кључне речи: еколошка кривична дела, бланкетна диспозиција, бланкетно кривично дело, Кривични законик, Република Србија

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У Кривичном закону глава посвећена еколошким кривичним делима је структуисана на изразито хетероман начин.¹ Ово стога што ова глава обухвата не само заштиту ваздуха, вода, земљишта, шума, флоре и фауне, већ и заштиту од јонизујућих и нејонизујућих зрачења као и од незаконитог управљања

* Аташе у Министарству спољних послова Републике Србије, dzoni925@gmail.com.

¹ Кривични законик, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

хемикалијама и опасним отпадом.² Ипак, иако разнолика, кривичноправна заштита животне средине није свеобухватна због тога што су поједини њени аспекти остали на нивоу прекршајне заштите (нпр. заштита од буке).³ У сваком случају, независно од њихове разноликости, већину еколошких кривичних дела одликује заједничка карактеристика која се огледа у чињеници да је њихова диспозиција бланкетног карактера.

Постојање бланкетне диспозиције еколошких кривичних дела у Кривичном законуку значи да је за употпуњавање садржине бића потребно извршити анализу ванкривичних, еколошких прописа.⁴ Другим речима, у конкретном случају битно је у чињеничном опису дела навести одредбе прописа чије одредбе нису испоштоване, при чему треба правити разлику између три врсте бланкетних норми. Прву врсту чине тзв. *неправе* бланкетне норме које постоје само код неколико дела, а препознају се по томе што се радња извршења остварује кршењем прописа. Овде је реч о неправим бланкетним нормама будући да се радња остварује кршењем прописа односно у директној супротности са прописаном забраном предузимања одређеног понашања. Другу врсту уједно и бројнију, будући да постоје код већине еколошких кривичних дела, представљају тзв. *праве* бланкетне норме код којих је одређено да се радња извршења предузима противно прописима. У овом случају, реч је о правим бланкетним нормама будући да се радња остварује противно прописима односно изван дозвољених услова прописаних за предузимање одређеног понашања. И трећа врста јесу тзв. *неопредељене* бланкетне норме, код којих у њиховој диспозицији није наведено ни да се радња предузима противно прописима нити њиховим кршењем. Међутим, и таква кривична дела су бланкетног карактера јер одговор да ли постоји неко битно обележје бића зависи од одговарајућег бланкетног прописа. У ствари, неопредељене бланкетне норме треба схватити као подврсту правих бланкетних норми.

Разликовање између правих и неправих врста бланкетних норми је битно правити због различитог дејства предузете радње извршења. Наиме, док је код правих бланкета радња извршења увек забрањена будући да се предузима кршењем бланкетних прописа, дотле ће у случају неправих то бити случај само ако се радња извршења предузима противно условима прописаним релевантним бланкетним прописом. Стога ће се у даљим редовима приступити критичкој анализи из перспективе разматрања законских решења и спорних питања у погледу проблематике бланкетне диспозиције еколошких кривичних дела.

² С. Лилић, М. Дреновак-Ивановић, *Еколошко право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 53.

³ З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2017, 829.

⁴ И. Јоксић, „Кривичноправна заштита животне средине у законодавству и пракси“, *Екологија и право* (ур. А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић), Институт за упоредно Право и Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012, 24.

2. БЛАНКЕТНА ДИСПОЗИЦИЈА ЕКОЛОШКИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

2.1 Неправа бланкетна диспозиција еколошких кривичних дела

У Кривичном закону, у еколошка кривична дела са неправом бланкетном диспозицијом спадају следећа кривична дела: 1) загађивање животне средине, члан 260; 2) оштећење животне средине члан 264 и 3) убијање и злостављање животиња, члан 269. Бланкетна диспозиција ове врсте еколошких кривичних дела се препознаје по томе што се радња извршења остварује кршењем прописа.

2.1.1 Кривично дело загађење животне средине - члан 260

У контексту кривичног дела загађење животне средине неправом бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који кршећи прописе о заштити, очувању и унапређењу животне средине загади ваздух, воду или земљиште у већој мери или на ширем простору. Из наведеног, јасно произилази да је ово кривично дело бланкетног карактера, што значи да би дело постојало потребно је да постоји кршење прописа о заштити земљишта, воде или ваздуха.⁵ До наведеног закључка дошао је Апелациони суд у Београду који је у предмету К.бр. 4856/12 од 12.03.2013. године навео да је за постојање предметног кривичног дела неопходно да је до загађивања дошло кршењем бланкетне одредбе која се односи на прописе о заштити, очувању и унапређењу животне средине, те да у чињеничном опису дела треба да се наведе да су предузимањем инкриминисаних радњи прекршени бланкетни прописи.⁶ Дакле, код овог кривичног дела ради се о последиочној радњи, оној која је подобна да кршењем прописа доведе до загађења ваздуха, воде или земљишта. Заједно са тим, неопходно је за постојање овог кривичног дела да је услед предузете радње дошло до загађења у већој мери или на ширем простору.⁷ Генерална клаузула која је нормирана путем формулације загађење „у већој мери или на ширем простору“ неопходна је како би се направила разлика између овог кривичног дела и бројних прекршаја. Стога, кључно спорно питање које се поставља код овог дела је када ће у пракси бити испуњени елементи „загађења у већем обиму или на ширем простору“. У овим случајевима за оцену да ли постоји кривично дело потребно је вештачење стручњака који се баве екологијом. Помоћни критеријум представљају прописане граничне

⁵ М. Стопић, Н. Дичић, Ј. Зорић, *Правци заштите животне средине у Србији*, Београдски центар за људска права, Београд, 2009, 51.

⁶ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 бр. 3337/13 од 24.09.2013. године.

⁷ Д. Дракић, „Кривично дело загађивање животне средине“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр.3, Нови Сад, 2009, 223.

вредности дозвољеног нивоа загађења у подзаконским бланкетним прописима.⁸ У складу са тим, требало би узети да су наведени елементи испуњени онда када је превазиђен капацитет животне средине у том смислу да су услед веће количине загађујућих материја премашене толерантне граничне вредности што је довело до загађења ваздуха, воде или земљиште у већој мери или на ширем простору. У сваком случају, ово кривично дело поред умишљаја може бити учињено и из нехата.

2.1.2 Кривично дело оштећење животне средине – члан 264

Такође, и у погледу кривичног дела оштећење животне средине неправна бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који кршећи прописе, искоришћавањем природних богатстава, изградњом објеката, извођењем каквих радова или на други начин изазове оштећење животне средине у већој мери или на ширем простору. Ово кривично дело има бланкетну диспозицију, будући да се радња извршења предузима уз кршење прописа о искоришћавању природних богатстава, изградњи објеката и извођењу радова. Под искоришћавањем природних богатстава се подразумева нпр. прављење брана или сеча шума. Када је реч о изградњи објеката до нарушавања животне средине може доћи нпр. прокопавањем канала или постављањем препрека.⁹ У случају овог кривичног дела ради се о последичној радњи, било којој која може довести до оштећења животне средине, чиме се умањује њен квалитет. Дакле, док се код кривичног дела загађења животне средине предузимају радње којима се загађује животна средина, дотле се код овог кривичног дела предузимају радње којима се оштећује животна средина.¹⁰ С друге стране, сличност између ова два кривична дела састоји се у томе што закон предвиђа да оба дела поред умишљаја могу бити учињена и из нехата.

Ипак, док је неспорно да се оштећење животне средине може извршити кршењем прописа о искоришћавању природних богатстава, изградњи објеката и извођењу радова, дотле се као спорно питање отвара дилема које су то радње којима се путем кршења прописа „на други начин“ може извршити ово кривично дело. Овако формулисано кривично дело указује да би свака радња која је пододна да изазове оштећење животне средине могла да буде радња извршења. Отворено питање је да ли је, с обзиром на *ultima ratio* карактер кривичног права, потребно санкционисати баш сваку радњу која је пододна да изазове споменути последицу или би требало за те друге радње стати на прекршајној заштити. С друге стране, посебан проблем представља одређивање

⁸ М. Дреновак-Ивановић, С. Ђорђевић, С. Важић, *Правни инструменти еколошке заштите - грађанскоправна и кривичноправна заштита* (ур. С. Божовић, Т. Јањатовић), Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2015, 122.

⁹ И. Симић, *Кривични законик практична примена*, Службени гласник, Београд 2007, 335.

¹⁰ С. Косановић, *Еколошки криминалитет*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Службени гласник, Београд, 2009, 84.

појма оштећења као и његово разграничење са загађењем животне средине. Ово тим пре јер бланкетни прописи не садрже дефиницију појма оштећења животне средине. Имајући у виду споменуто као и чињеницу да се објекти радње попут ствари, објеката или уређаја могу оштетити али не и апстрактне вредности попут животне средине предлог је да се ово кривично дело преформулише у угрожавање животне средине, па би самим тим и последица дела била угрожавање животне средине у већем обиму или на ширем простору.

2.1.3 Кривично дело убијање и злостављање животиња – члан 269

Коначно, и у контексту кривичног дела убијање и злостављање животиња неправна бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који кршећи прописе убије, повреди, мучи или на други начин злоставља животињу. Код овог кривичног дела реч је неправом бланкетној диспозицији будући да постоје случајеви прописани бланкетним прописима према којима је дозвољено да се неке животиње убију. Дакле, зато овде постоји кривично дело само уколико је радња извршења предузета кршењем прописа.¹¹ Конкретно, у радње убијања спадају све оне радње, независно од начина и средства извршења које за последицу имају смрт било које животиње, с тим да не сме да се ради о већем броју животиња нити о животињи која припада посебно заштићеним животињским врстама јер тада постоји тежи облик овог дела.¹² У радње повреде животиња спадају све оне радње, независно од начина и средства извршења, којима се проузрокују телесне повреде које зависно од интензитета повреде захтевају озбиљнију или лакшу интервенцију ветеринара. Што се тиче преосталих радњи извршења, док се у случају радњи мучења ради о наношењу већих патњи и то без неког оправданог разлога, дотле се под радњом злостављања подразумева наношење мањих патњи у континуитету.¹³

2.2 Права бланкетна диспозиција еколошких кривичних дела

У Кривичном законнику, у еколошка кривична дела са правом бланкетном диспозицијом спадају следећа кривична дела: 1) непредузимање мера заштите животне средине - члан 261; 2) противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину, члан 262; 3) уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја, члан 266; 4) недозвољена изградња нуклеарних постројења, члан 267; 5) повреда права на информисање о стању

¹¹ Б., Ристивојевић, Т., Бугарски, „Кривично дело „убијање и мучење животиња“ из члана 269 КЗ РС у светлу Закона о добробити животиња“, *Журнал за криминалистику и право*, бр. 1 Београд, 2014, 2.

¹² N., Krstić, „Animal protection from killing and abuse in the European and Serbian criminal law“, *Facta Universitatis*, No. 1, Niš, 2012, 53.

¹³ С. Косановић, *op. cit.*, 87.

животне средине, члан 268; 6) преношење заразних болести код животиња и биљака, члан 270 и 7) пустошење шума, члан 274. Бланкетна диспозиција ове врсте еколошких кривичних дела се препознају по томе што се радња извршења остварује противно прописима и то како радњом чињења, тако и радњом нечињења.

2.2.1 Кривично дело непредузимање мера заштите животне средине - члан 261

Када је реч о кривичном делу непредузимање мера заштите животне средине права бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца и то службеног или одговорног лица које не предузме прописане мере заштите животне средине или не поступи по одлуци надлежног органа о предузимању мера заштите животне средине. Радња извршења се састоји у нечињењу с тим што се у првом случају радња нечињења састоји у пропуштању да се предузму мере заштите животне средине које су прописане законским и подзаконским актима, а у другом случају радња нечињења се састоји у пропуштању да се предузму мере наложене појединачним актом.¹⁴ Кривично дело поред умишљаја може бити учињено и из нехата.

2.2.2 Кривично дело противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину - члан 262

У погледу кривичног дела противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину права бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца и то службеног или одговорног лица које противно прописима о заштити, очувању и унапређењу животне средине дозволи изградњу, стављање у погон или употребу објеката или постројења или примену технологије којима се у већој мери или на ширем простору загађује животна средина.¹⁵ Будући да ово кривично дело могу извршити само службено или одговорно лице поставља се као спорно питање да ли се наведене радње извршења морају нужно састојати у чињењу или могу укључивати и нечињење. Чини се да би требало узети да ово дело постоји само у случају радње чињења у виду дозвољавања изградње, стављања у погон, употребе или примене технологије. С друге стране, у случају неспречавања да се предузму наведене радње треба узети да постоји кривично дело непредузимања мера заштите животне средине будући да је код тог дела радња извршења постављена искључиво у виду нечињења. У сваком случају, радња извршења је прописана алтернативно те је за постојање дела довољно да је предузета било која радња извршења. Док службено лице кривично одговара уколико је противно прописима издало дозволу, дотле одговорно лице кривично одговара уколико је нека од наведених радњи извршења предузета без одговарајуће дозволе надлежног органа. Специфичност овог кривичног дела је да познаје само умишљајни облик.

¹⁴ З. Стојановић *op. cit.*, 834.

¹⁵ М. Дреновак-Ивановић, С. Ђорђевић, С. Важић, *op. cit.*, 125.

2.2.3 Кривично дело уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја - члан 266

У контексту кривичног дела уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја права бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који противно прописима унесе у Србију радиоактивне или друге опасне материје или опасне отпатке, или ко превози, прерађује, одлаже, сакупља или складишти такве материје или отпатке.¹⁶ Уношење опасних материја је веома уносан посао који доноси велику зараду. Постоји више облика уношења опасних материја као што су кријумчарење, нетачно пријављивање и декларисање врсте и порекла робе приликом увоза робе уз коришћење фалсификоване документације као и ослобађање опасних материја са теретних бродова.¹⁷ Бланкетним прописима је одређено шта се подразумева под радиоактивним или другим опасним материјама или опасним отпаcima, чиме овај облик кривичног дела има бланкетни карактер. Извршилац основног облика је неретко лице које извршава нечији налог, нпр. у случају превоза то би могао бити возач теретног возила. С тим у вези, Основни суд у Пожаревцу је у предмету К бр.164/2011 од 30.08.2012.године огласио кривим лице које је преко трећег лица организовао превоз опасних материја за потребе своје делатности, противно одредбама Закона о превозу опасних материја и Уредби о превозу опасних материја у друмском и железничком саобраћају, тако што је у пластичним канистерима вршио превоз 9600 кг отпадног уља које има карактер опасног отпада.¹⁸

2.2.4 Кривично дело недозвољена изградња нуклеарних постројења – члан 267

Када је реч о кривичном делу недозвољена изградња нуклеарних постројења права бланкетна диспозиција је прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који противно прописима одобри или приступи изградњи нуклеарне електране, постројења за производњу нуклеарног горива или постројења за прераду и служеног нуклеарног отпада. Међутим, у пракси се чини да се као извршиоци могу појавити само она лица која су надлежна за издавање одобрења и лица која имају фактичку могућност да приступе изградњи наведених објеката или постројења. Специфичност овог кривичног дела је да познаје само умишљајни облик.¹⁹

¹⁶ С. Вуковић, Г., Станојчић *Коментар Кривичног законика*, Пословни биро, Београд, 2015, 303.

¹⁷ М. Бошковић, Б. Бановић, *Криминалистичка методика*, Виша школа унутрашњих послова, Београд, 2001, 379-380.

¹⁸ Пресуда Основног суда у Пожаревцу К бр.164/2011 од 30.08.2012.године.

¹⁹ З. Стојановић *op. cit.*, 834.

2.2.5 Кривично дело повреда права на информисање о стању животне средине – члан 268

У вези са кривичним делом повреда права на информисање о стању животне средине треба истаћи да је права бланкетна диспозиција прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који противно прописима ускрати податке или непружи истините податке о стању животне средине и појавама који су неопходни за процену опасности по животну средину и предузимање мера заштите живота и здравља људи. Иако се у погледу субјекта кривичног дела не тражи посебно својство тако да извршилац може бити било које лице које противно прописима ускрати податке или да неистините податке о стању животне средине и појавама који су неопходни за процену опасности по животну средину и предузимање мера заштите живота и здравља људи, ипак се ово кривично дело у пракси најчешће врши од стране службеног или одговорног лица.²⁰ У случају ускраћивања података ради се о радњи нечињења док се случају давање неистинитих података ради о радњи чињења. На субјективном плану за ово кривично дело је неопходан умишљај.²¹

2.2.6 Кривично дело преношење заразних болести код животиња и биљака – члан 270

Код кривичног дела преношење заразних болести код животиња и биљака права бланкетна диспозиција прописана је у оба основна облика. Извршилац првог основног облика је било које лице које за време епидемије неке болести животиња која може угрозити сточарство не поступа по прописима, одлукама или наредбама којима се одређују мере за сузбијање или спречавање болести. С друге стране, извршилац другог основног облика је лице које за време постојања опасности од болести и штеточина које могу угрозити биљни свет не поступа по прописима, одлукама или наредбама којима се одређују мере за сузбијање или спречавање болести односно штеточина. Разлика између ова два облика састоји се у објекту радње, у првом случају реч је о животињама док је у другом случају реч о биљном свету. Код оба облика ради се о радњама нечињења. Наиме, учинилац овог дела својим пасивним држањем не испуњава прописане захтеве како оне из донетих прописа тако ни оне наведене у одлукама и наредбама надлежних органа, из чега произилази да је ово кривично дело бланкетног карактера те да је стога потребно узети у обзир релевантне прописе из ове области. Заједничко за оба облика је што се могу предузети само за време епидемије неке болести животиња односно за време постојања опасности од болести и штеточина које могу угрозити биљни свет. У

²⁰ Н. Пауновић, „Право на информисање о стању животне средине, међународна и кривичноправна заштита“, *Правни живот*, бр. 9, Београд, 2017, 567.

²¹ Д. Трајковић, „Кривичноправна заштита животне средине у Србији“, *Приручник за заштиту животне средине*, Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011, 22.

сваком случају, треба приметити да је специфичност овог кривичног дела у односу на већину осталих код којих је нормирана неправна бланкетна диспозиција у томе што се нормиране радње које се предузимају противно прописима остварују нечињењем, а не чињењем.

2.2.7 Кривично дело пустошење шума - члан 274

У контексту кривичног дела пустошење шума права бланкетна диспозиција прописана у основном облику путем санкционисања учиниоца који противно прописима или наредбама надлежних органа врши сечу или крчење шуме, или ко оштећује стабла или на други начин пустоши шуме или обори једно или више стабала у парку, дрвореду или на другом месту где сеча није дозвољена.²² У погледу пустошења шума поставља се као спорно питање када ће постојати ово дело у пракси, а што зависи од тога да ли је заштитни објекат шума или једно односно више стабала у парку, дрвореду или на другом месту где сеча није дозвољена.²³ Одговор на ово питање не може бити идентичан ако је оборено једно стабло у парку или велики број стабала у густој и распрострањеној шуми. Чини се да не би могло да се ради о пустошењу шума уколико се шуме посматрају као заштитни објекат, а оборено је свега неколико стабала у шуми, а није постојала намера промене намене шумског земљишта. Насупрот томе, у ситуацији када је заштитни објекат парк или дрворед за постојање овог дела довољно је да је оборено једно односно више стабала.

2.3 Неопредељена бланкетна диспозиција еколошких кривичних дела

У Кривичном закону, у еколошка кривична дела са неопредељеном бланкетном диспозицијом спадају следећа кривична дела: 1) оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине, члан 263; 2) уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра, члан 265; 3) несавесно пружање ветеринарске помоћи, члан 271; 4) производња штетних средстава за лечење животиња, члан 272; 5) загађивање хране и воде за исхрану односно напајање животиња, члан 273; 6) незаконит лов, члан 276 и 7) незаконит риболов, члан 277. Бланкетна диспозиција ове врсте еколошких кривичних дела се препознају по томе што у погледу радња извршења није изричито наведено нити да се она предузима противно прописима нити да се остварује њиховим кршењем, али је неспорно да су и оваква кривична дела бланкетног карактера јер одговор да ли постоји неко битно обележје бића зависи од одговарајућег бланкетног прописа.

²² Б., Бановић, М., Дукић Мијатовић, И., Јоксић, „Одрживи развој и еколошки ресурси са посебним освртом на кривичноправни аспект заштите еколошких добара“, *Теме*, бр. 3, Ниш, 2013, 1294.

²³ Д., Николић, „Кривична дела против животне средине“, *XLII Саветовање Удружења за кривично право и криминологију СЦГ*, Златибор, 2006, 249.

2.3.1 Кривично дело оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине – члан 263

У погледу кривичног дела оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине неопредељена бланкетна диспозиција прописана је у основном облику путем санкционисања учиниоца који оштети, уништи, уклони или на други начин учини неупотребљивим објекте или уређаје за заштиту животне средине.²⁴ Радња извршења је прописана алтернативно при чему је свим наведеним радњама извршења заједничко да се путем њих негативно делује на објекте или уређаје чиме се онемогућава да они обављају своју функцију заштите животне средине. Код оштећења, заштитна функција објекта или уређаја се делимично мења, чиме се делимично али отежано задржава могућност њихове употребе у циљу заштите животне средине. Код уништења, иде се корак даље, тако да се путем те радње извршења у потпуности објект или уређај онемогућава да обавља своју намену. Најзад, код последње наведене радње извршења долази у обзир било која радња којом се објекат или уређај чини неупотребљивим, а да се не ради о претходно наведеним радњама извршења. Поред наведених радњи којима је заједничко да се негативно делује на објекте у циљу спречавања да они обављају своје функцију, постоји још једна радња којом се такође спречава да се објекат употреби за своју намену, али код којег не долази до негативног деловања на сам објекат. Реч је о радњи уклањања код које долази до одношења објеката или уређаја са места на коме се налази на друго, скривено место које је познато учиниоцу дела.²⁵ На субјективном плану, кривично дело може бити учињено поред умишљаја и из нехата.

2.3.2 Кривично дело уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра - члан 265

Кривично дело уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра представља пример неопредељене бланкетне норме код којег се може потврдити полазна тврдња да је ова врста бланкета у ствари подврста правих бланкетних норми. Ово стога што у првом основном облику овог кривичног дела није уште назначено нити да се радња предузима противно прописима нити да се она остварује њиховим кршењем, али је код другог основног облика јасно истакнуто да је реч о правом бланкету будући да тај облик кривичног дела може постојати само онда када се радња предузима противно прописима. Према томе, извршилац првог облика овог кривичног дела може бити било које лице које уништи или оштети посебно заштићено природно добро, док извршилац другог облика може бити било које лице које противно прописима изведе или изнесе у иностранство строго заштићену, односно заштићену врсту биљака или животиња или увезе или унесе у Србију страну врсту биљака или животиња заштићену међународним

²⁴ Д. Трајковић, *op.cit.*, 16.

²⁵ С. Косановић, *op.cit.*, 83.

уговорима и документима.²⁶ У случају другог облика учинилац кривичног дела поступа противно прописима којима се регулишу услови и поступак под којим је дозвољен извоз односно изношење или увоз односно уношење заштићене врсте биљака или животиња. На субјективном плану, први облик овог кривичног дела може бити учињен поред умишљаја и из нехата, док други облик може бити извршен само са умишљајем.

2.3.3 Кривично дело несавесно пружање ветеринарске помоћи – члан 271

У контексту кривичног дела несавесно пружање ветеринарске помоћи неопредељена бланкетна диспозиција прописана је путем санкционисања учиниоца и то ветеринара или овлашћеног ветеринарског радника који при пружању ветеринарске помоћи препише или примени очигледно неподобно средство или очигледно неподобан начин лечења или уопште несавесно поступа при лечењу животиња и тиме проузрокује угинуће животиња или другу знатну штету.²⁷ У питању је последична радња тј. свака она радња којом се применом очигледно неподобног средства или очигледно неподобног начина лечења или уопште несавесног поступања при лечењу животиња проузрокује угинуће животиња или друга знатна штета. У првом случају потребно је да је дошло до смрти више животиња, док је у другом случају употребљен правни стандард „знатна штета“ који добија своју конкретизацију кроз судску праксу. За постојање кривичног дела, независно од тога да ли се предузима са умишљајем или из нехата, потребно је да се радња извршења предузме у току лечења односно у сваком случају за време пружања ветеринарске помоћи.

2.3.4 Кривично дело производња штетних средстава за лечење животиња - члан 272

Неопредељена бланкетна диспозиција кривичног дела производња штетних средстава за лечење животиња прописана је путем санкционисања учиниоца који са умишљајем или из нехата производи ради продаје или ставља у промет средства за лечење или за спречавање заразе код животиња која су опасна за њихов живот или здравље. Радња извршења прописана је алтернативно и може се састојати или у производњи ради продаје или у стављању у промет средства за лечење или за спречавање заразе код животиња која су опасна за њихов живот или здравље. У првом случају ради се о средствима чија намена је опоравак животиња, док се у другом случају ради о таквим средствима чија намена је спречавање епидемије код животиња.

²⁶ Д., Николић, *op.cit.*, 243.

²⁷ И. Бодрожих, „Оправданост кривичноправне заштите животне средине“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 1, Београд, 2014, 83.

2.3.5 Кривично дело загађивање хране и воде за исхрану односно напајање животиња - члан 273

Код кривичног дела загађивање хране и воде за исхрану, односно напајање животиња неопредељена бланкетна диспозиција прописана је у погледу оба основна облика. Извршилац првог основног облика може бити било које лице које каквом штетљивом материјом загади храну или воду које служе за исхрану или напајање животиња и тиме доведе у опасност њихов живот или здравље.²⁸ С друге стране, извршилац другог основног облика може бити било које лице које каквом штетљивом материјом загади воду у рибњаку, језеру, реци или каналу или порибљавањем из заражених вода проузрокује опасност за опстанак риба или других водених животиња. Разлика између ова два облика је у објекту радње. У првом случају се ради о радњама које се предузимају према животињама, док се у другом случају ради о радњама које се предузимају према рибама или другим воденим животињама. Код овог кривичног дела је предвиђено посебно средство извршења тј. загађење хране или воде се врши путем одређене штетљиве материје. Загађивање хране или воде подразумева промену физичких, хемијских и биолошких својстава чиме се доводи у опасност живот или здравље животиња. То се може учинити продирањем отрова, хемикалија, ђубрива, загађених отпадних вода и сл.²⁹ Први основни облик овог дела се може предузети како са умишљајем тако и из нехата, док се други основни облик овог дела може предузети само са умишљајем.

2.3.6 Кривично дело незаконит лов - члан 276

Када је реч о кривичном делу незаконит лов неопредељена бланкетна диспозиција прописана је путем санкционисања учиниоца који лови дивљач за време ловостаја или на подручју где је лов забрањен.³⁰ Код првог тежег облика извршилац може бити било које лице које неовлашћено лови на туђем ловишту и убије или рани дивљач или је ухвати живу. Разлика између основног и првог тежег облика састоји је у томе што у првом случају није потребно да је дивљач уловљена, али треба утврдити да постоји лов дивљачи, док је у другом случају неопходно да је она уловљена, тако да уколико дивљач није уловљена постојаће одговорност за основни облик. Други тежи облик постоји уколико је учинилац неовлашћеним ловом на туђем ловишту убио или ранио или ухватио живу крупну дивљач. Код најтежег облика извршилац може бити било које лице које лови дивљач чији је лов забрањен или ко лови без посебне дозволе одређену

²⁸ З. Стојановић, *op.cit.*, 852.

²⁹ И. Симић, *op.cit.*, 343.

³⁰ Н., Тањевић, А., Опачић, „Заштита животне средине у кривичном праву Републике Србије и подстицаји европских интеграција“, *Екологија и право* (ур. А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић), Институт за упоредно Право и Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012, 124.

врсту дивљачи за чији је лов потребна таква дозвола или ко лови на начин или средствима којима се дивљач масовно уништава.

2.3.7 Кривично дело незаконит риболов - члан 277

У погледу кривичног дела незаконит риболов неопредељена бланкетна диспозиција прописана је путем санкционисања учиниоца који лови рибу или друге водене животиње за време ловостаја или у водама у којима је лов забрањен.³¹ За први тежи облик су карактеристични посебан начин и средства извршења.³² Извршилац овог облика може бити било које лице које лови рибу или друге водене животиње експлозивом, електричном струјом, отровом, средствима за омамљивање или на начин штетан за размножавање тих животиња или којим се те животиње масовно уништавају. Други тежи облик постоји уколико учинилац лови рибу или друге водене животиње веће биолошке вредности или у већој количини или при лову уништи већу количину риба или других водених животиња. Разлика између наведених радњи извршења код овог тежег облика састоји се у чињеници да у првом случају није потребно да је риба и уловљена, док је у другом случају потребно да је риба уловљена.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Анализа кривичних дела против животне средине у Кривичном законуку је показала да су еколошке инкриминације бланкетног карактера. Наведена заједничка карактеристика еколошких кривичних дела подразумева да је за утврђивање битних елемената бића потребно узети у обзир ванкривичне, бланкетне прописе. Ово стога што одговор на питање да ли постоји неко еколошко кривично дело у конкретном случају зависи од тога да ли су његова битна обележја испуњена на основу релевантних норми прописаних у бланкетним прописима. Ипак, разматрајући ову проблематику, уочено је да према критеријуму бланкетне природе нису сва еколошка кривична дела идентично нормирана у Кривичном законуку. У том смислу, различит приступ законодавца у нормативном обликовању диспозиције кривичних дела против животне средине утицала је на заузимање становишта у раду да се еколошке инкриминације из Кривичног законика могу поделити у три врсте бланкета и то неправих, правих и неопредељених. Опредељујући се за ову поделу основни критеријум поделе био је законодавни приступ начину формулисања бланкетне норме.

У том смислу, кривична дела загађивање животне средине, оштећење животне средине и убијање и злостављање животиња, код којих је законска диспозиција нормирана у виду формулације „ко кршећи прописе“ означена су као врста неправих бланкета. Ово зато што предузимање радњи извршења

³¹ С. Милошевић, „Кривичноправна заштита животне средине (стандарди ЕУ)“, *Билтен Апелационог суда у Нишу*, бр. 1, Ниш, 2010, 90.

³² Д. Трајковић, *op.cit.*, 25.

кршењем прописа подразумева предузимање понашања које је у директној супротности са одговарајућом забраном прописаном бланкетним прописима. Изнето се најбоље може илустровати на примерима из ове групе бланкетних норми. Тако, у погледу кривичног дела убијање и злостављање животиња, јасно је да бланкетни прописи садрже забрану злостављања и мучења животиња, тако да дело постоји кад извршилац кршењем одговарајућег бланкетног прописа поступи у директној супротности са том забраном и предузме радњу мучења или злостављања. Такође, и у случају преостала два кривична дела из ове групе загађивање односно оштећење животне средине, неспорно је да бланкетни прописи који се тичу заштите земљишта, воде или ваздуха као и искоришћавања природних богатстава, изградње објеката, односно извођења каквих радова прописују одговарајуће забране којима се спречава негативан утицај на животну средину, чиме поступањем извршиоца у директној супротности са тим забранама и наступањем нормираних последица долази до довршења ових кривичних дела.

Насупрот томе, кривична дела непредузимање мера заштите животне средине, противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину, уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја, недозвољена изградња нуклеарних постројења, повреда права на информисање о стању животне средине, преношење заразних болести код животиња и биљака и пустошење шума, код којих је законска диспозиција нормирана у виду формулације „ко противно прописима“ означена су као врста правих бланкета. Ово зато што предузимање радњи извршења противно прописима подразумева предузимање понашања које је дозвољено под одређеним условима прописаним релевантним бланкетним прописима, али у конкретном случају није допуштено јер је предузето противно тим условима. При томе, треба додати и то да се права еколошка кривична дела могу извршити како радњом чињења (нпр. кривично дело повреда права на информисање о стању животне средине), тако и радњом нечињења (нпр. кривично дело непредузимање мера заштите животне средине). Дакле, код правих бланкетних норми реч је о томе да законодавац у бланкетним прописима прописује услове под којима је дозвољено предузимати поједине радње, а извршилац у конкретном случају противно тим прописима предузима радњу која није допуштена чиме извршава неко од кривичних дела из ове групе.

Коначно, кривична дела оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине, уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра, несавесно пружање ветеринарске помоћи, производња штетних средстава за лечење животиња, загађивање хране и воде за исхрану односно напајање животиња, незаконит лов и незаконит риболов, означену су као врста неопредељених бланкета. Ово из разлога што и код ове врсте бланкета, иако законодавац није изричито навео нити да се радња извршења предузима противно прописима нити да се остварује њиховим кршењем, одговор да ли постоји неко битно обележје бића неспорно зависи од одговарајућег бланкетног прописа. У прилог изнетом може да посведочи пример кривичног дела из ове групе и то уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра. Тако, у погледу

тог кривичног дела неспорно је да се релеватним домаћим односно међународним прописима и уговорима регулишу услови за извоз односно увоз заштићених биљака и животиња, чиме ово кривично дело постоји у конкретном случају када извршилац предузме радњу извршења противно тим документима.

У сваком случају, независно од тога о којој врсти бланкетне норме је реч, може се закључити да код еколошких кривичних дела долази до изражаја акцесорна природа кривичног права будући да је у процесу давања одговора на питање да ли постоји кривично дело против животне средине у конкретном случају неопходно узети у обзир схватања релевантних појмова садржаних у ванкривичним и то еколошким прописима.

Nikola Paunović

Attaché at Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia
PhD student at the Faculty of Law, University of Belgrade

BLANKET DISPOSITION OF THE ENVIRONMENTAL CRIMES IN
CRIMINAL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA
legal solutions and selected controversial issues

Summary

In the Criminal Code of the Republic of Serbia it has been taken a remarkable step forward with adoption of a special chapter on environmental crimes in 2005. In this way, for the first time, a separate place in the Criminal Code for the criminal law protection of the environment was given. However, this was only the initial necessary step for combating environmental crimes, as it turned out that several controversial issues had to be clarified in order to effectively prosecute these types of offenses. One of the issues addressed in this paper concerns the issue of blanket disposition of environmental crimes. In this regard, the paper starts with the hypothesis that environmental crimes should be divided in three types of blanket norms. On the basis of this division, the paper analyzes the impact of blanket disposition on the existence of environmental crimes in the Criminal Code. In concluding remarks, it is emphasized that the environmental nature of criminal crimes testifies about accessory nature of criminal law in the field of the protection of environment, since in the process of making a decision whether there is an environmental crime in the given case, it is necessary to take into account the relevant terms and concepts prescribed by environmental laws.

Keywords: environmental crimes, blanket disposition, blanket crimes, Criminal Code, Republic of Serbia

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Бановић, Б., Дукић Мијатовић, М., Јоксић, И., „Одрживи развој и еколошки ресурси са посебним освртом на кривичноправни аспект заштите еколошких добара“, *Теме*, бр. 3, Ниш, 2013.

Бодрожих, И. „Оправданост кривичноправне заштите животне средине“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 1, Београд, 2014.

Бошковић, М., Бановић, Б., *Криминалистичка методика*, Виша школа унутрашњих послова, Београд, 2001.

Вуковић, С. Станојчић Г., *Коментар Кривичног законика*, Пословни биро, Београд, 2015,

Дракић, Д., „Кривично дело загађивање животне средине“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр.3, Нови Сад, 2009.

Дреновак-Ивановић, М., Ђорђевић, С., Важић, С., *Правни инструменти еколошке заштите - грађанскоправна и кривичноправна заштита* (ур. С. Божовић, Т.Јањатовић), Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2015.

Јоксић, И., „Кривичноправна заштита животне средине у законодавству и пракси“, *Екологија и право* (ур. А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић), Институт за упоредно Право и Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012.

Косановић С., *Еколошки криминалитет*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Службени гласник, Београд 2009.

Кривични законик, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Krstić, N., „Animal protection from killing and abuse in the European and Serbian criminal law“, *Facta Universitatis*, No. 1, Niš, 2012.

Лилић, С., Дреновак-Ивановић, М., *Еколошко право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.

Милошевић, С., „Кривичноправна заштита животне средине (стандарди ЕУ)“, *Билтен Апелационог суда у Нишу*, бр. 1, Ниш, 2010.

Николић, Д., „Кривична дела против животне средине“, *XLII Саветовање Удружења за кривично право и криминологију СЦГ*, Златибор, 2006.

Пауновић, Н., „Право на информисање о стању животне средине, међународна и кривичноправна заштита“, *Правни живот*, бр. 9, Београд, 2017.

Пресуда Основног суда у Пожаревцу К бр.164/2011 од 30.08.2012.године.

Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 бр. 3337/13 од 24.09.2013. године.

Ристивојевић, Б., Бугарски, Т., „Кривично дело „убијање и мучење животиња“ из члана 269 КЗ РС у светлу Закона о добробити животиња“, *Журнал за криминалистику и право*, бр. 1, Београд, 2014.

Симић, И., *Кривични законик практична примена*, Службени гласник, Београд 2007.

Стојановић, З., *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2017.

Стопић, М., Дичић, Н., Зорић, Ј., *Правци заштите животне средине у Србији*, Београдски центар за људска права, Београд, 2009.

Тањевић, Н., Опачић, А., „Заштита животне средине у кривичном праву Републике Србије и подстицаји европских интеграција“, *Екологија и право* (ур. А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић), Институт за упоредно Право и Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012.

Трајковић, Д., „Кривичноправна заштита животне средине у Србији“, *Приручник за заштиту животне средине*, Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011.

ГРАЂАНСКОПРАВНА И
ИСТОРИЈСКОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

THE RIGHT TO BUILD IN MACEDONIAN LEGISLATION

Abstract

The paper analyses the right to build regulated in Macedonian law compared to the right of long term lease and the right to build found in comparative law. The objective is to underline the similarities and differences between these rights so that their specific legal nature could be explained.

The right to build in Macedonian law is derived from the content of the right of ownership. As such, the right to build is a specific form of use (*utendi*) of the object of ownership. The right to build can also be extracted from the content of the right of ownership when the owner transfers his or her power (right) to build onto a third party, and by doing so empowers the third party to erect and own a structure of permanent nature on the land he or she owns. The power to erect and own a structure of permanent nature on land belonging to another person is a commonality between: the right to build regulated in Macedonian law, the right of long term lease regulated in Macedonian law and the right to build found in comparative law. In spite of this basic common feature, the paper shows that the right to build regulated in Macedonian law is of different nature than the right of long term lease also regulated in Macedonian law and the right to build in comparative law. Unlike the other rights (the right of long term lease and the right to build in comparative law), the paper shows that the right to build regulated in Macedonian law resembles more to an obligation, rather than a real right. Its existence is limited only to the period during construction and once the construction process is terminated and the right of ownership over the structure is registered in the Real Estate Cadastre the right to build is terminated.

The paper also analyses the legal consequences produced by the right to build regulated in Macedonian law such as: the legal separation between the land and the structure erected on that land that is potentially permanent, the existence of a structure of permanent nature as a separate object of ownership unattached to any land or right and other consequences that are in the core of many existing legal disputes in Macedonian law.

Key words: right to build, construction, land, property, ownership, real rights.

* Редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, r.zivkovska@pf.ukim.edu.mk.

** Ванредни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, t.przeska@pf.ukim.edu.mk.

INTRODUCTION

The term “right to build” in Macedonian legislation carries a double meaning dependent on the context in which the term “right to build” is being used.

The first meaning of the term “right to build” refers to the specific type of use of land. In this sense the right to build is the legal power of the owner to erect a structure on the land he or she owns. This legal power of the owner forms part of the content of the right of ownership (*proprietas est ius utendi et abutendi re sua...*). The owner is able to exercise the right to build personally but also it is possible for the owner to transfer this legal power to a third party. By transferring the right to build the owner empowers a third person to erect structures on the land he or she owns.

In its second meaning, the term “right to build” is used by scholars as synonym of the term “right of long term lease on construction ground”. The right of long term lease on construction ground is a real right that empowers its holder to erect a structure beneath or above a construction ground owned by another and to acquire ownership over that structure for the time of duration of the right of long term lease.

In the text that follows the right to build will be analyzed in the context of the above mentioned meanings in order for the specifics of its nature to be explained. Separate analysis is necessary because in Macedonian legal system the right to build derived from the content of the right of ownership, even when transferred to a third party, is of different nature than the right of long term lease.

1. THE RIGHT TO BUILD AS LEGAL POWER OF THE OWNER DERIVED FROM THE CONTENT OF THE RIGHT OF OWNERSHIP

In Macedonian property law, basic property relations are regulated by the general Law of Ownership and Other Real Rights¹. The Law regulates real rights, possession, acquisition, protection and termination of ownership and other real rights, and real rights of foreigners.

Regarding the right of ownership, the Law of Ownership and Other Real Rights bases its regulation on the roman concept of ownership². Leading from that concept, the Law defines ownership as a right consisted of three basic legal powers for the owner: to hold, to use and to dispose of the thing that is the object of

¹ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 18/2001.

² *Proprietas est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*, Digest V 3.25.11. See: S. Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano, tra giurisprudenza e prassi*, Giuffrè Editore, 2010, 59. M. vte. Febrer Romangu, *El concepto de propiedad inmueble en el derecho comun y su influencia en los fueros valenclanos*, GLOSSAE. REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO 5-6. Instituto de Derecho Común Europeo. Universidad de Murcia, 1993-94, 392. F. Escobar Córdoba, *El derecho romano de la propiedad en la doctrina civil colombiana*, *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, V. 6 2006, 313.

ownership (art. 8, par. 1). The legal power of the owner “to hold” the object of ownership is embodied into possession. This basic legal power is considered to be a prerequisite for exercising the other two basic legal powers “to use” and “to dispose” of the thing that is the object of the right of ownership. The legal power “to use” is defined as all types of exploitation of the economic value of the object of ownership, and the power “to dispose” includes all dispositions of the owner such as: to transfer the right of ownership, to encumber the right of ownership and even to destroy the object of ownership³.

Considered in the context of the legal powers that constitute the right of ownership, a right to build forms part of the legal power “to use” the object of ownership, since in this context it pertains to a certain type of use. Naturally the right to build as type of use of the object of ownership may be exercised only when the object in question is land (agricultural land or construction grounds). By exercising the right to build the owner of construction grounds or agricultural land acquires the right of ownership over the erected structure originally, assuming that the construction was performed in accordance with the laws that regulate zoning and construction activities such as The Law of Zone-Planning⁴, The Law of Construction⁵, The Law of Construction Grounds⁶, The Law of Agricultural Land⁷ and other.

Acquiring the right of ownership over buildings and other structures by construction is regulated with article 116 of the Law of Ownership and Other Real Rights. In paragraph 1 of article 116 it is stated that: *The owner of land determined by law or on bases of law for structural objects, acquires right of ownership over the structural object that he build on that land according to zoning laws and by registration of the right in public records for registration of rights on real estate.*

Close analysis of the provisions of paragraph 1 of article 116 of the Law of Ownership and Other Real Rights shows three condition under which the owner may exercise the power (right) to build on his or her land. First condition is that the land must be intended to be used for construction by law or on the bases of law. Second condition is that the structure must be erected in accordance to zoning laws. The third condition is that the right of ownership over the erected structure must be registered in the Real Estate Cadastre.

- With respect to the first condition – *the land to be intended for construction* we have to note that in Macedonian law the land that is intended for construction are the construction grounds. They are deemed as things of public interest which fall under a separate legal regime regulated by the Law of Construction Grounds. According to the provisions of the Law of Construction Grounds a construction ground is the land planed for construction with zoning

³ More on the content of the right of ownership see: Р. Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005, 17-23.

⁴ Official Gazette of the Republic of North Macedonia, number 32/2020.

⁵ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 130/2009.

⁶ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 15/2015.

⁷ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 135/2007.

plans, zoning-plans documentation, zoning project documentation, infrastructural projects and other legal acts passed on the bases of law (art. 2, par 1, 1). The construction ground as such may be used for erecting buildings and other structures of permanent nature, but also for placement of temporary structures and urban equipment. Exercising the power (right) to build by the owner leads to construction of buildings and other structures that are of permanent nature. We point this out because placing temporary structures and urban equipment on construction grounds isn't consider as construction, so therefore these activities are not viewed as exercising the power (right) to build.

By exception agricultural land could also be used for construction. In order for the owner to be able to exercise the power (right) to build on agricultural land, he or she needs the consent of the Ministry for agriculture, forestry and water economy⁸. If such consent is granted to the owner, he or she may apply for building permit and by doing so to realize the right to build on agricultural land. Since construction on agricultural land is granted by exception, The Law of Agricultural Land is very restrictive about the type of structures that may be erected on agricultural land. The analysis of the provisions of the Law demonstrates that all structures built on agricultural land should be intended to enable or facilitate agricultural production or related activities. According to the Law, structures that are permitted to be built on agricultural land are: orangery, structures for promotion of agricultural products, auxiliary structures, structures for primary production of agricultural products and structures for sports and recreational activities (art. 51-a).

- The second condition for acquiring ownership thru the exercise of the power (right) to build of the owner, as we stated, is the requirement for *the stricture to be erected in accordance to the zoning laws*. This essentially means that the owner must procure a building permit before undertaking any construction activities, and once he or she has acquired the building permit the power (right) to build must be exercised in the scope of that permit⁹. The entire process of construction that includes activities before, during and after the finalization of the construction is regulated by the Law of Construction. If the entire process is conducted in accordance to the Law of Construction, the exercise of the power (right) to build will lead to acquisition of ownership over the erected structure. In contrary, if the owner hadn't obeyed by the Law during the exercises of his or her power (right) to build the construction is considered to be a criminal act punishable by the Penal Code¹⁰.

- The third condition for acquiring ownership by way of exercise of the power (right) to build is *compulsory registration of the right of ownership in the Real Estate Cadastre*. Registration of the right of ownership on the erected structure

⁸ Art. 51-b, Law for Agricultural Land...

⁹ Art. 56, Law for Construction...

¹⁰ Art. 244-a, Penal Code, Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 37/1996.

is *conditio sine qua non* for acquiring the right of ownership because it is of constitutive nature¹¹, it doesn't just serve the principle of publicity.

As we have stated in the text, the exercise of the power (right) to build on part of the owner leads to acquisition of the right of ownership over the erected structure, originally on the bases of construction. Upon the completion of the construction process the erected structure becomes a structure of permanent nature, and as such it is considered to be a real estate. With respect to the relationship between the structure and the land that it has been erected on the principle of *superficies solo cedit* is applied. This means that the structure of permanent nature is by law bonded to the land it is found on. The structure in relation to the land is secondary and it serves as a fixture on the land¹².

When the owner exercises his or her power (right) to build undoubtedly the erected structure becomes integral part of the land and together they form single object of ownership. However, the Law of Ownership and Other Real Rights allows for the owner to give consent to a third party to erect a building on his or her land (art. 116, par. 2). According to the provisions of the Law, the third party to whom the owner has given consent to build on the land will acquire ownership over the erected structure originally by construction under the same condition as the owner. The Law doesn't state if and what kind of rights will that person have over the land. We can ascertain that that person will have ownership only on the structure that he or she erected with the consent of the owner of the land. Apart from the provisions of article 116, paragraph 2, the Law of Ownership and Other Real Rights doesn't contain any other articles related to the issue of transfer of the power (right) to build by the owner to a third party.

Provisions relating to the power (right) to build are also found in the Law of Construction Grounds. The Law states that the power (right) to build is an integral part of the content of the right of ownership over construction grounds (art. 11, par. 1; art. 12, par. 2). It is also stated in the Law that the owners have the authority to transfer the power (right) to build to third parties. However, this Law, like the general Law of Ownership and Other Real Rights, merely proclaims the possibility for transfer of the power (right) to build, but doesn't regulate the matter further.

The Law of Construction Grounds does regulate the right of long term lease on construction grounds, so the question arises if the transfer of the power (right) to build by the owner should be construed as instating a right of long term lease on the construction ground? If we view solely the provisions of the Law of Construction Grounds we might get to that conclusion since the right of long term lease in its essence is the a right to build on land belonging to another. However, if we consider the Law of Construction where provision relating to the power (right) to build and its transfer are found, then we will have to reject such a conclusion.

¹¹ Art. 143, Law of Real Estate Cadastre Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 55/2013.

¹² More on the principle of *superficies solo cedit* in Macedonian law see: P. ЖИВКОВСКА, *op. cit.*, 159-160.

According to the Law of Construction a holder of a right to build (investor) may be: *natural and juridical person owning a land, a person that has acquired the right of long term lease on construction ground, concessionaire, holder of a right of servitude for construction, person to whom the owner has transferred the right to build, person that has acquired the right to build in bankruptcy proceedings, and a person that has acquired the right to build by law* (art. 13). It becomes clear from the provisions that this Law treats the power (right) to build as separate from the right of long term lease. By doing so, this Law aligns with the provisions of article 116, paragraph 2 of the Law of Ownership and Other Real Rights.

The holder of the right to build (the investor) can apply for a building permit to be issued in his name. Having a building permit entitles the investor to erect the structure that the permit was issued for, and by doing so to acquire the right of ownership on the structure even if it was built on a land belonging to another. On the bases of the building permit and the required additional documentation the Real Estate Cadastre will registered the right of ownership on the erected structure in favor of the investor in a property sheet¹³. However, none of it entitles the investor to any right over the land that the structure was erected on if he doesn't own the land.

In this type of situations, when the owner has transferred the power (right) to build to a third party (the investor) the principle of *superficies solo cedit* doesn't apply. The owner retains ownership of the land and the investor acquires ownership over the erected structure. In legal sense the land and the structure represent separate objects of ownership. Since the power (right) to built of the investor extinguishes when the construction activities are completed and the right of ownership over the structure is registered, we have to conclude that the erected structure is not a fixture of the power (right) to build. With respect to the principle of *superficies solo cedit* this means that its suspension is potentially permanent. The only way that the legal unity between the land and the structure erected on that land could be restored in these kinds of situations is if the ownership of the land is transferred to the owner of the structure of vice versa. This of course depends of the will of the parties involved (the owner of the land, and the owner of the structure).

The potentially permanent suspension of the principle of *superficies solo cedit* as a result of the transfer of the power (right) to build by the owner of the land to a third party was an unintended consequence of the Law of Construction. Main reason why the legislator in the Law of Construction regulated the transfer of the power (right) to build from the owner to a third party is to facilitate construction of buildings used for housing and office space in the cities and other urbanized areas. It became customary for building companies to acquire the power (right) to build from land owners so that as investors they could file for a building permit and perform the construction of buildings. A large number of housing and office space buildings were erected using this business practice, that it is still ongoing today.

¹³ Art. 96, Law of Real Estate Cadastre. More on registration of real estate in the Real Estate Cadastre see: P. Живковска et. al., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје 3013, 347-345

However, the benefits that the Law of Construction provided for building companies as investors, and for people looking to buy housing or office space under favorable conditions were overshadowed by the disputes that later followed between the owners of the buildings (apartments, office space) and the owners of the land. In the center of the conflict was the lack of legal unity between the structure and the land. The owners of the building, according to the provisions of the Law of Construction Grounds from 2008¹⁴ and the Law of Construction Grounds from 2011¹⁵, had a right to use the land limited to the extent that is necessary for exercising their right of ownership over the building on that land. It was left up to the good will of the land owners to transfer the right of ownership of the land to the owners of the building. Unfortunately there wasn't always good will. In many cases the land owners were unwilling to transfer the right of ownership without compensation, and the owners of the building were unwilling to pay for the transfer of ownership, because from their point of view they had already paid for the "entire thing". In legal circles there is an opinion that the owners of the building could sue the land owners demanding for the courts to declare them as owners on the base of prescription, or to force amendments of the sales contract so that the land as object of sales would be included as well.

With respect to the first idea – *to sue for ownership over the land on bases of prescription*, it needs to be noted that the Law of Ownership and Other Real Rights has very restrictive conditions for prescription and they are as follows: a) the person looking to acquire ownership by prescription must have possession in good faith (bona fide) – which means that a person shouldn't be aware, nor could have been aware that he or she hasn't become the rightful owner of the object of his or her possession, b) the possession should be lawful – which means to be based on a valid contract or other type of legal document eligible for transfer of ownership and c) the time period for prescription should expire (10 years for bona fide and lawful possession or 20 years for only bona fide possession)¹⁶. Considering the restrictive nature of the provisions of the Law of Ownership and Other Real Rights in these particular cases it can't be argued that the owners of the building have bona fide possession. The bona fide is lacking due to the fact that they could have been aware that they hadn't become owners of the land if they paid attention to the provisions in their sales contract, and also from property sheets in the Real Estate Cadastre that are matter of public record. It also can't be argued that their sales contracts are the legal base for transfer of ownership over the land since the sale of the land is not included in the contract. Although, there are contracts were due to the wording of the provisions it is unclear if the land is included in the sale or not. Having all this in mind, the conclusion is that most of the lawsuits of owners of buildings looking to acquire ownership over the land that the building is erected on by way of prescription will not result in favorable outcome for them.

¹⁴ Art. 11, Law of Construction Grounds, Official Gazette number 82/2008.

¹⁵ Art. 11, Law of Construction Grounds, Official Gazette number 17/2011.

¹⁶See: art. 124, Law of Ownership and Other Real Rights...

As for the second idea – *to sue asking the courts to force amendments of the sale contract so that the land will be included in the sale*, it is contrary to the Constitution and the Law of Ownership and Other Real Rights. The Constitution, and the Law of Ownership and Other Real Rights guarantee the right of ownership of each person on equal terms¹⁷. The Constitution also proclaims that no one could be deprived of his or her right of ownership unless there is a public interest determined by law¹⁸. Considering the constitutional and legal guarantees of ownership, and the fact that there was no law in the moment of conclusion of the sales contract that imposed such duty for the land owners, the conclusion is that the courts are not authorized to deprive the land owners of their right of ownership, nor are they authorized to order for the sales contract to be amended in a manner that includes the sale of the land where the building is erected.

Only possible solution for the existing disputes is for the land owners and the building owners to reach an agreement on the matter. The need for resolution of the dispute became more pressing after the Law of Construction Grounds from 2015 came into force. In its provisions this Law explicitly states that when owners of apartments (or office space) in buildings transfer their right of ownership over the apartment (or office space), they are also obligated to transfer their ownership over the land where the building is erected (art. 11, par. 5). Naturally owners of apartments (or office space) in buildings who don't own the land where the building is located, can't comply with the compulsory provision of the Law.

The Law of Construction Grounds from 2015 undoubtedly aims to ensure the reinstatement of the legal unity between the land and the structures erected on the land. For that reason proclaims that the transfer of ownership over the structure must be accompanied with transfer of ownership of the land the structure is located on. However, the Law doesn't offer a solution for owners of buildings that have no right of ownership over the land the building was erected on. They are now obligated to resolve the problem contractually with the land owners, and in the process of doing so, it is quite possible that they will be forced to accept unfavorable conditions imposed by the land owners.

By analyzing the regulation relating to the transfer of the power (right) to build from the owner to a third party the fact that this matter is under regulated comes to focus. The most likely reason for that is that the legislator has no clear concept about the nature of what in the laws is named as “right to build”. We ascertained that this so called “right to build” is derived from the legal power of the owner to build on his or her land as integral part of the content of the right of ownership. When the owner transfers his or her legal power to build to a third party, then this legal power is extracted from the content of the right of ownership and takes on the form of a separate right called “right to build”. After gaining separate existence, the right to build enables its holder to erect a permanent structure on a land owned by another, and to acquire ownership over that structure. Once the right

¹⁷ Art. 8, Constitution of the Republic of North Macedonia, Official Gazette number 52/1992. Art. 6, Law of Ownership and Other Real Rights...

¹⁸ Art. 30, par. 3, Constitution of the Republic of North Macedonia...

to build gains separate existence, it can be transferred from one holder to another. In the Law of Construction this transfer is regulated in the provisions relating to “change of investor” (art. 70 and art. 70-a). According to the mentioned provisions the power (right) to build can be transferred by a contract or by a court decision from the person holding the right to another person. The transfer can take place from the moment of issuing the building permit until the completion of the construction activities.

Up to this point, the right to build has many similarities to the right to build found in comparative law¹⁹. However, this is where the similarities end. The right to build in Macedonian law is not treated as a real right, and therefore it is not registered as a real right in the Real Estate Cadastre. A structure that has been erected by the holder of the right to build is not considered as an attachment of the right to build. By all indications, the right to build in Macedonian law is terminated once the construction activities are terminated and the right of ownership of the erected structure is registered in the Real Estate Cadastre. From that point on, the structure exists as a separate object of ownership unattached to any right or land. This means that the right to build has the characteristic of a specific type of obligation, rather than characteristics of a real right.

The right to build does create a legal separation between the structure and the land it is erected on, which is permanent, because it persists even after the right to build is terminated. Taking into account that the principle of superficies solo cedit is proclaimed by the general Law of Ownership and Other Real Rights as a basic governing principle when regulating the relation between a land parcel and all things attached to it (plants, buildings and other structures)²⁰, and the fact that the proclamation is reaffirmed by the special Law of Construction Grounds²¹, it can be concluded that any right that creates permanent legal separation of the structure from the land it is erected on is undesirable. For that reason the right to build in its current form (as a type of obligation) is unsustainable from theoretical, legal and practical point of view.

2. THE RIGHT OF LONGTERM LEASE ON CONSTRUCTION GROUND

The right of longterm lease in the Macedonian legal system is regulated by the Law of Construction Ground. The Law defines the right of long term lease as a

¹⁹ P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu* (1945-2007), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, 16 -24. P. Simonetti, *Osnivanje prava građenja*, ZPFR, vol. 20, br. 2, 1999, 572-574. P. Simonetti, *Pravo građenja - trajanje i prestanak*, Zb. Prav. fak. Rij, v. 32, br. 1, 2011, 1-29. P. Simonetti, *Pravo imati zgradu na tuđem zemljištu (od ustanova koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)*, Pravna riječ - časopis za pravnu teoriju i praksu, 28/2011, 21-45, P. Јогановић, *Pravo грађења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 70, Година LIV, 2015, 639-641. Д. Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, ФПН Апеирон, 2011, 208-210.

²⁰ Art. 126, Law of Ownership and Other Real Rights...

²¹ Art. 10, Law of Construction Grounds...

right over some else's construction ground, that empowers its holder to erect his own structure above or beneath that ground, and the owner is obligated to endure it (art. 21). The Law also stipulates that the right of long term lease can be instated for the first time by deriving it from the right of ownership on the construction grounds, after which it exists as an encumbrance on that construction ground (art. 26). As a real right encumbering the construction ground, the right of long term lease can't be separated from the ground it is instated on. This means that every person that acquires ownership over the construction ground encumbered with the right of long term lease has to endure the existence of that right (art. 24). With respect to this, it needs to be pointed out that even though the Law doesn't precisely state, the obligation to endure the right of long term lease for the person that has acquired ownership over the encumbered construction ground is for the remainder of the time period of duration of the right of long term lease determined in the moment this right was instated for the first time.

According to the Law of Construction Grounds any foreign or domestic natural or juridical person may hold a right of long term lease (art. 19, par 2). The Law also states that government bodies and other public entities founded by the Assembly of the Republic or the Government can hold a right of long term lease on construction grounds owned by the State, but only for the purpose of construction of buildings planned for construction by projects or program activities of the government bodies and the public entities (art. 19, par. 2)

Right of Long Term lease may be instated on construction grounds in private ownership or ownership of the State (art. 27). On construction grounds in private ownership the right of long term lease is instated on the bases of a contract or a court decision²², and on construction grounds owned by the State the right of long term lease is instated on the bases of a contract or an act of a government body in accordance with the law (art. 28). The Law for Construction Ground doesn't prescribe a possibility for construction grounds owned by municipalities to be encumbered with the right of long term lease.

The duration of the right of long term lease depends on the will of the parties (the owner of the land and the holder of the right), however the Law of Construction Grounds determines the minimal and the maximal time of duration of the right of long term lease. The minimal time of duration is 5 years and the maximal 99 years (art. 19, par. 3).

²² Instating the right of long term lease by a court decision in Macedonian law is done only by exception. The court may instate right of long term lease in proceedings for division of property or in inheritance proceedings. When deciding whether the situation warrants instating right of long term lease the court should consider the provisions regulating the necessity of instatement real servitudes on land, and to adequately apply it on the right of long term lease. Considering the fact that courts may impose servitudes on land when that is absolutely necessary for enjoyment of a person's right of ownership, we conclude that the right of long term lease should be instated by a court decision only in situations when it is absolutely necessary for enjoyment of persons rights on real estate.

The registration of the right of long term lease in the Real Estate Cadastre is mandatory and it is of constitutive nature, meaning that this right can't be fully acquired until it is registered. In the Real Estate Cadastre the right of long term lease is registered in fourth section of the property sheet²³. The right of ownership over the structure erected on the construction ground encumbered with the right of long term lease is registered in the name of the holder of the right of long term lease²⁴.

With respect to the rights and obligations between the owner of the construction ground and the holder of the right of long term lease, the Law of Construction Grounds doesn't contain many provisions. The probable reason is that the law aims to afford latitude of the parties to regulate the matter in accordance to their free will. There are only few mandatory and prohibitive provisions. As mandatory the Law prescribes that the holder of the right of long term lease is obligated to pay rent to the owner of the construction ground (art. 20, par 2). From the obligation to pay rent the Law only excludes government bodies and other public entities that hold right of long term lease on construction ground owned by the State (art. 20, par. 3). The Law also mandates that the holder of the right of long term lease is the owner of the structure erected on that ground, and has the right of usufructus on the construction ground. When the right of long term lease is instated on a construction ground encumbered with other rights then it is mandatory for the owner of the construction ground to ask for their consent if the right of long term lease will affect their rights (art. 29, par. 2). If the construction ground is co-owned or in joint ownership, then for the right of long term lease to be instated it is mandatory for all co-owners or joint owners to give consent (art. 28, par. 3). It is implied in the provisions of the Law that a right of long term lease can't be instated on an ideal part of the construction ground. There isn't also a legal possibility for the right of long term lease to be afforded to different persons separately, but there is no legal impediment for the right of long term lease to be afforded to several persons jointly. If the right of long term lease is afforded to several persons jointly, then they will be treated as co-holders of the right of long term lease and they will be co-owners of the structure erected on the construction ground. The question arises whether the holder of the right of long term lease can transfer parts of his right on to another person? The Law has no clear provisions on the matter. However, assuming that the holder of the right of long term lease wants to sell part of the structure that he or she owns, it would be logical to transfer part of the right of long term lease as well, since the entire structure, and by extension the parts of the structure, are considered as attachments of the right of long term lease.

The prohibitive provisions related to the right of long term lease limit the will of the parties with respect to certain dispositions in the contracts for instatement of the right of long term lease. It is prohibited for the contract parties to change the legal nature of the right of long term lease with contractual provisions. In that sense

²³ More on registration of the right of long term lease in the Real Estate Cadastre see: P. Живковска et. al. (2013) 284.

²⁴ Art. 29, Law of Construction Grounds...

the contract parties can't agree that the holder of the right of long term lease won't be the owner of the structure on the construction ground, that the holder of the right of long term lease won't have right of usufructus on the construction grounds or impose other limitations on the right of long term lease contrary to law or contrary to its nature. Breach of the prohibitive provisions will result in nullity of the contract²⁵.

Instatement of a right of long term lease on a construction ground creates a complex legal state. Relating to the construction ground the right of long term lease is an encumbrance that the owner of the construction must endure during its existence. The structure erected on the construction ground encumbered with the right of long term lease is owned by the holder of the right of long term lease. For all intents and purposes the structure is treated as an attachment of the right of long term lease. This means that the right of ownership over the structure is transferred along with the transfer of the right of long term lease²⁶. Any encumbrance over the right of long term lease, once the structure is erected is considered to involve the structure as well²⁷.

Concerning the termination of the right of long term lease, the Law of Construction ground recognizes several bases for termination. According to the Law the right of long term lease is terminated when the structure is ruined²⁸ if the holder of the right of long term lease relinquishes his or her right, and with fulfillment of the conditions for dissolution of the contract for instatement of the right of long term lease²⁹. The right of long term lease is also terminated by law when the time period that it has been instated for expires.

After the termination of the right of long term lease the legal unity between the structure and the construction ground is reinstated. The structure becomes ownership of the owner of the construction ground³⁰. Rights of third parties that encumbered the structure while it was attached to the right of long term lease, transfer as encumbrances of the construction ground and the structure³¹. Right that encumbered only the right of long term lease before the structure was erected are terminated, unless it has been otherwise stipulated in the contract³².

²⁵ See: art. 22 and 28, par. 2, Law of Construction Grounds...

²⁶ Art. 31, par. 2, Law of Construction Grounds...

²⁷ Art. 25, par. 3, Law of Construction Grounds...

²⁸ The structure is considered ruined if its state has deteriorated to the point that it can't serve its purpose. However, the state of ruin of the structure leads to termination of the right of long term lease if it is not mended in period of three years from the time of its destruction. The term starts to expire the year after the year when the destruction took place (art. 25, Law of Construction Grounds...)

²⁹ The contract could be dissolved for various reasons such as infringement, failing to fulfill obligations, impossibility for fulfillment and etc.

³⁰ Art. 36, Law of Construction Grounds...

³¹ Art. 37, par. 2, Law of Construction Grounds...

³² Art. 37, par. 1, Law of Construction Grounds...

The right of long term lease in the Macedonian legal system is by nature a real right. The essence of the legal power that this real right provides for its holder is the ability to build a structure of permanent nature on construction ground owned by another person, and to acquire ownership of that structure. Considering the content of the right of long term lease, Macedonian scholars refer to the right of long term lease using the term “a right to build” in order to accent the fact that the right of long term lease regulated in Macedonian law is by nature the same as the real right known in comparative law as “right to build”.

By comparative analysis we recognize several similarities between the right of long term lease in Macedonian law and the “right to build” in comparative law such as:

- Just like the “right to build”, the right of long term lease is a real right that enables its holder to build and to own a structure erected on land owned by another person.

- The right of long term lease, similar to the “right to build” in comparative law is time limited.

- Like the “right to build”, the right of long term lease causes legal separation between the structure and the land it is erected on.

- During the existence of the right of long term lease the structure is treated as an attachment to the right of long term lease, as it is the case with the “right to build”.

- Once the right of long term lease is terminated, the unity between the structure and the land is reinstated, the same occurs when the “right to build” is terminated.

Considering the many similarities between the right of long term lease and the “right to build” found in comparative law that attest to their common legal nature, Macedonian scholars propose for the right of long term lease to be renamed into “right to build”. However, for the time being, there is no favorable climate for such a change because it is likely to cause confusion due to the existence of the other right named as “right to build”. Regarding this other “right to build” analyzed previously in this text, we’ve shown that it is by nature closer to obligation, that to a real right, and that is why it mustn’t be confused with the right of long term lease regulated in Macedonian law, nor should it be compared with the “right to build” found in comparative law.

Rodna Živkowska LL.D.

Full-time professor, Faculty of “Law Iustinianus Primus”,
“Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje

Tina Pržeska LL.D.

Associate professor, Faculty of “Law Iustinianus Primus”
“Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje

THE RIGHT TO BUILD IN MACEDONIAN LEGISLATION

Summary

The term “right to build” in Macedonian law carries a double meaning dependent on the context in which the term “right to build” is being used. The first meaning refers to the right to build as integral part of the content of the right of ownership and the second meaning results from the practice of scholars to use the term as synonymous to the term “right of long term lease on construction ground”.

In the context of the legal powers that constitute the right of ownership, a right to build forms part of the legal power “to use” the object of ownership. It refers to a certain type of use of construction grounds, or by exception agricultural lands. Exercising the power (right) to build leads to acquisition of the right of ownership over the erected structure, originally on the bases of construction. The erected structure becomes a structure of permanent nature. As such it is considered to be a real estate that by law is bonded to the land it is found on.

Transfers of the power (right) to build by the owner onto a third party results in extraction of this legal power from the content of the right of ownership in a form of a separate right called “right to build”. By gaining separate existence, the right to build empowers its holder to erect a permanent structure on a land owned by another, and to acquire ownership over that structure. As a separate right it can also be transferred from one holder to another.

The right to build in Macedonian law is not treated as a real right and the structure that has been erected by the holder of the right to build is not considered as an attachment of the right to build. Once the construction activities are terminated and the right of ownership of the erected structure is registered in the Real Estate Cadastre the right to build is terminated. From that point on, the structure exists as a separate object of ownership unattached to any right or land. Due to this, in the paper it is concluded that the right to build regulated in Macedonian law should be viewed as a specific type of obligation. The nature of the right to build regulated in Macedonian law differs it from the right of long term lease of construction ground also regulated in Macedonian law and the right to build found in comparative law, which are by nature real rights and similar in content. Both, the right of long term lease regulated in Macedonian law and the right to build found in comparative law, are real rights that enable its holder to build and own a structure erected on land belonging to another, they are time limited, cause legal separation between the structure and the land it is erected on, the structure is treated as an attachment to these rights, and once they are terminated the unity between the structure and the land is reinstated.

Key words: right to build, construction, land, ownership, real rights.

ПРАВО ГРАЂЕЊА У МАКЕДОНСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Сажетак

Термин „право грађења“ у македонском законодавству има двоструко значење које зависи од контекста у којем се користи термин „право грађења“. Прво значење односи се на право грађења као саставног дела садржаја права власништва, а друго значење произилази из праксе цивилиста да тај термин користе као синоним за термин „право дугорочног закупа грађевинском земљишту“.

У контексту правних овлашћења која представљају садржај права власништва, право грађења чини део правне моћи „коришћења“ предмета својине. Односи се на одређену врсту коришћења грађевинских земљишта или, изузетно, пољопривредног земљишта. Остваривање моћи (права) грађења доводи до стицања права власништва над подигнутом зградом, оригинерно на основама градње. Подигнута зграда постаје зграда трајне природе. Као таква сматра се некретнином која се по закону везује за земљиште на коме се налази.

Пренос моћи (права) грађења од власника на треће лице резултира извлачењем ове правне моћи из садржаја права својине у облику посебног права званог „право грађења“. Као засебно право, право грађења овлашћује свог носиоца да подигне зграду трајне природе на земљишту у власништву другог и да стекне власништво над том зградом. Као засебно право, право грађења може се пренети и са једног носиоца на другог.

Право грађење у македонском праву не третира се као стварно право. Зграда коју је подигао носилац права грађења не сматра се прираштајем права грађења. Након окончања грађевинских активности и уписа права власништва на подигнутој згради у катастру непокретности, право грађења престаје. Од тог тренутка зграда постоји као посебан објект власништва који није повезан са било којим правом или земљиштем. Због тога је у раду закључено да право грађења уређено македонским правом треба посматрати као посебну врсту облигација. По својој природи право грађења регулисано македонским правом разликује се од права дугорочног закупа грађевинског земљишта, такође регулисаног македонским правом, и право грађења које се налази у компаративном праву, која права су по природи стварна права слична по садржају. И једно и друго, право дугорочног закупа регулисано македонским правом и право грађења које се налази у компаративном праву су стварна права која овлашћују свог носиоца да гради и поседује зграду подигнуту на земљишту које припада другом, оба права су временски ограничена, оба права узрокују правну раздвојеност између зграда и земљишне парцеле на којој је зграда подигнута, зграда сматра се за прираштај тих права, а након што се та права окончају, правно јединство између зграда и земљишта се поново успоставља.

Кључне речи: право грађења, изградња, земљиште, власништво, стварна права.

BIBLIOGRAPHY:

Escobar Córdoba F., *El derecho romano de la propiedad en la doctrina civil colombiana*, *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, V. 6 2006;

Febrer Romangu M. vte., *El concepto de propiedad inmueble en el derecho comun y su influencia en los fueros valenclanos*, *GLOSSAE. REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO* 5-6. Instituto de Derecho Común Europeo, Universidad de Murcia, 1993-94;

Romeo S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano, tra giurisprudenza e prassi*, Giuffrè Editore, 2010;

Simonetti P., *Osnivanje prava građenja*, *ZPFR*, vol. 20, br. 2, 1999;

Simonetti P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008;

Simonetti P., *Pravo građenja - trajanje i prestanak*, *Zb. Prav. fak. Rij.*, v. 32, br. 1, 2011;

Simonetti P., *Pravo imati zgradu na tuđem zemljištu (od ustanova koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)*, *Pravna riječ - časopis za pravnu teoriju i praksu*, 28/2011;

Живковска Р., Пржеска, Т., Димова С., Петрушевска Н., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје 3013;

Живковска Р., *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005;

Јотановић Р., *Право грађења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 70, Година LIV, 2015;

Медић Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, ФПН Апеирон, 2011;

Constitution of the Republic of North Macedonia, Official Gazette number 52/1992;

Law of Agricultural Land, Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 135/2007, 17/2008, 18/2011, 42/2011, 148/2011, 95/2012, 79/2013, 87/2013, 106/2013, 164/2013, 39/2014, 130/2014, 166/2014, 72/2015, 98/2015, 154/2014, 215/2015, 7/2016 and 39/2016;

Law of Construction Grounds, Official Gazette number 15/2015, 98/2015, 193/2015, 226/2015, 31/2016, 142/2016 и 190/2016 and 275/2019;

Law of Construction Grounds, Official Gazette number 17/2011, 53/2011, 25/2013, 137/2013 and 163/2013;

Law of Construction Grounds, Official Gazette number 82/2008, 143/2008 and 56/2010;

Law of Construction, Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 130/2009, 124/2010, 18/2011, 36/2011, 54/2011, 13/2012, 144/2012, 25/2013, 79/2013, 137/2013, 163/2013, 27/2014, 28/2014, 42/2014, 115/2014, 149/2014, 187/2014, 44/2015, 129/2015, 217/2015, 226/2015, 30/2016, 31/2016, 39/2016, 71/2016, 132/2016, 35/2018, 64/2018 и 168/2018, 244/2019 and 18/2020;

Law of Real Estate Cadastre, Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 55/2013, 41/2014, 115/2014, 116/2015, 153/2015, 192/2015, 61/2016, 172/2016 и 64/2018 and 124/2019;

Law of Zone-Planning, Official Gazette of the Republic of North Macedonia, number 32/2020;

Penal Code, Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 97/2017 and 248/2018.

ПОЈАМ И КЛАСИФИКАЦИЈА МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА У
МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВНИМ АКТИМА**Апстракт**

Због значаја медицинских средстава за здравље људи, у свим правним порецима, као и у неким међународним организацијама, приступило се њиховом уређењу. Одређен је појам медицинског средства, односно опсег ствари које улазе у круг медицинских средстава, дефинисана је разлика између лекова и медицинских средстава и извршена је класификација медицинских средстава у одређене групе. Један од начина класификације медицинских средстава је и класификација према степену ризика који она носе за кориснике здравствених услуга. Овим радом приближићемо читаоцима појам медицинског средства, указаћемо на разлику између лекова и медицинских средстава, као и на чињеницу да сва медицинска средства нису подједнаке безбедности за кориснике здравствених услуга. Стога ћемо приказати и систем класификације медицинских средстава према степену безбедности за кориснике здравствених услуга кроз упоредноправну анализу. Такође, на крају рада, показаћемо да класификација медицинских средстава, према степену ризика за корисника здравствених услуга, може имати одређену улогу приликом примене правила објективне одговорности за штету од опасних ствари.

Кључне речи: медицинско средство, ризик од штете, класификација, објективна одговорност.

1. УВОД

У зависности од одређених категорија којима припадају, медицинска средства носе већи или мањи ризик од настанка штете по пацијента. Дефинисањем ризика као вероватноће повезане са неизвесним исходом, где неизвесан исход има негативну конотацију и подразумева неку врсту оштећења или губитка, како наводи Лобмајр (Lobmayr),¹ може се закључити да су било који предмети, уређаји, апарати, инструменти, било која активност, као и сам живот, повезани са одређеним ризицима. Из самог појма ризика произлази да се он не може у потпуности избећи, већ се путем одређених механизма, као што је то и законска регулатива, може сузбијати до одређене мере. Ово је један од разлога због чега се у савременом праву у већини

* Доцент, Државни Универзитет у Новом Пазару, manicsamir@hotmail.com.

¹ B. Lobmayr, „Assessment of the EU Approach to Medical Device Regulation against the Backdrop of the US System“ *European Journal of Risk Regulation*, 2, 2010., p. 138.

правних поредака настоји да се регулише област медицинских средстава, а све у циљу постизања одређеног нивоа њихове безбедности и ефикасности. Безбедност се односи на ограничавање негативних исхода, а ефикасност на постизање оних циљева који су илустровани у сврси медицинског средства. Због тога надлежни органи морају присуствовати свим фазама „животног циклуса“ медицинског средства, и то: прво, предтржишној контроли, која има за циљ да смањи ризик својствен самом медицинском средству, фокусирајући се на процесе довођења медицинског средства на тржиште; друго, тржишној контроли, која покушава да смањи ризик од злоупотреба концентришући се на рекламирање и продају медицинских средстава; и треће, посттржишном надзору, који има за циљ откривање нових информација о медицинском средству, о оствареном учинку медицинског средства које је у употреби. Сходно наведеном, медицинска средства су изложена високом нивоу контроле како пре тако и након њиховог пласирања на тржиште. Побољшање система сигурности, односно побољшање квалитета и безбедности медицинских средстава и услуга које се пружају у медицинском окружењу, један је од начина побољшања положаја пацијената.²

Крајњи циљ развоја медицинских средстава је сигурно ефикасно медицинско средство у клиничком окружењу. У том циљу, у већини технолошко напредних држава света спроводи се детаљан увид у све фазе развоја медицинских средстава. Међутим, иако се контролни механизам спроводи како би се обезбедила њихова сигурност, безбедност и ефикасност, ниједан производ не може бити сто посто сигуран, јер су неки ризици садржани у самој природи медицинског средства.³

Употреба појединих медицинских средстава носи одређене ризике за пацијенте који су, најчешће, изложени њиховом непосредном утицају.

Висок ниво ризика појединих медицинских средстава изазива и многобројне штете пацијентима. У принципу, медицинско средство које се пласира на тржиште не би требало да буде неразумно опасно по живот и здравље пацијената, нарочито ако се поштују сва законска правила везана за процес планирања, производње, паковања, дистрибуције, инсталирања и примене. Али чињеница је да сва медицинска средства нису подједнако безбедна за корисника здравствених услуга. Нека су мање опасна од других, док друга пак карактерише висок степен опасности за кориснике. Степен ризика који се везује за одређено медицинско средство варира у зависности од одређених карактеристика и на њега могу утицати разноврсни фактори, као што су: конструктивни карактер медицинског средства, енергија коју користи, начин деловања и примене, место примене, технолошка својства и друге карактеристике медицинског средства. Тако, на пример, нису истог степена опасности по пацијента медицинска средства која се користе у директном контакту са кожом у циљу њеног прегледа и анализе и медицинска средства

² S. Liereman, „European Product Safety, Liability and Single-Use Devices in a Medical Context,“ *European Journal of Health Law*, 8(3), 2001., p. 207.

³ F. Sharon, „Assessment of the Regulations on Medical Devices in the European Union“ *Food and Drug Law Journal*, 56(1), 2001., p. 99.

која се користе у директном контакту са кичменом мождином, срцем или мозгом. Стога, у зависности од степена ризика који са собом носе, медицинска средства се у целом свету углавном класификују у одређене категорије.

Циљ овог рада је да се одреди појам медицинског средства, да се он јасно дистанцира од лека, као и да се покаже да медицинска средства нису у потпуности безбедна за кориснике здравствених услуга, па их стога у свету класификују у категорије према степену ризика које носе за пацијенте. Стога ћемо показати системе класификација и која медицинска средства улазе у њихове оквири. Такође, указаћемо и на чињеницу да класификација медицинских средстава, према степену ризика за корисника здравствених услуга, може бити од велике помоћи судовима при одлучивању да ли одређено медицинско средство треба подвести под појам опасне ствари у смислу правила о објективној одговорности за штету од *опасних ствари* и *опасних делатности*.

2. УОПШТЕ О ПОЈМУ И РЕГУЛАТИВИ МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА

Савремена наука омогућава развој великог броја специфичних медицинских средстава и њихова технологија се развија невероватном брзином, тако да је веома тешко дати једну дефиницију која би била свеобухватна и која би била довољно широка да обухвати сва технолошка достигнућа из света медицинских иновација у дужем временском периоду. Због тога одређивање појма медицинског средства захтева озбиљнију анализу, која у овом раду обухвата право ЕУ, које се пореди са правом Сједињених Америчких Држава и са решењима прихваћеним у необавезујућим смерницама Оперативне групе за глобалну хармонизацију (*Global Harmonization Task Force on Medical Devices* – у даљем тексту GHTF), која ради под окриљем Светске здравствене организације - СЗО.

У циљу што потпуније илустрације појма медицинског средства, поћи ћемо од његовог лапидарног одређења у документу Светске здравствене организације. СЗО је на Првом глобалном форуму у Бангкоку, одржаном 2010. године, установила да под *медицинским средством подразумева здравствену технологију која није лек, вакцина нити клиничка процедура, а која се користи у циљу очувања живота, побољшања здравља и неопходна је за дијагнозу, лечење, превенцију и управљање свим медицинским стањима, болестима, обољењима и инвалидитетом*.⁴

У правном оквиру ЕУ, језгро регулативе која се односи на медицинска средства представљају три директиве: Директива 90/385/ЕЕЦ о усклађивању законодавстава држава чланица која се односе на активна медицинска

⁴ World Health Organization, *First WHO global forum on medical devices: context, outcomes, and future actions*, 9 –11 September 2010 Bangkok, Thailand, Version 8 April 2011, p. 3.

средства за уградњу (Directive 90/385/ЕЕС)⁵, Директива 93/42/ЕЕЦ о медицинским средствима (Directive 93/42/ЕЕС)⁶ и Директива 98/79/ЕЦ о *in vitro* дијагностичким медицинским средствима (Directive 98/79/ЕС).⁷

С временом је дошло до низа измена и допуна ових директива од којих је последња усвојена 20. децембра 2011. године (Directive 2011/100/EU),⁸ а најзначајнија је Директива 2007/47/ЕЦ Европског парламента и Већа од 5. септембра 2007. године која допуњује Директиву Већа 90/385/ЕЕЦ, Директиву Већа 93/42/ЕЕЦ и Директиву 98/8/ЕЦ (Directive 2007/47/ЕС).⁹ Ове директиве имају за циљ обезбеђивање високог нивоа заштите и безбедности људског здравља, као и омогућавање ефикасног функционисања јединственог тржишта ЕУ.

Када је реч о дефинисању појма медицинског средства, треба истаћи да је Република Србија Законом о лековима и медицинским средствима

⁵ Directive 90/385/ЕЕС. Council Directive of 20 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices, *OJ L* 189, 20.7.1990, p. 17–36. Amended by: Council Directive 93/42/ЕЕС of 14 June 1993; Council Directive 93/68/ЕЕС of 22 July 1993; Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003; Directive 2007/47/ЕС of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007. and corrected by: Corrigendum, *OJ L* 7, 1.11.1994, p. 20. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31990L0385>.

⁶ Directive 93/42/ЕЕС. Council Directive 93/42/ЕЕС of 14 June 1993 concerning medical devices, *OJ L* 169, 12.7.1993, 1. Amended by: Directive 98/79/ЕС of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998; Directive 2000/70/ЕС of the European Parliament and of the Council of 16 November 2000; Directive 2001/104/ЕС of the European Parliament and of the Council of 7 December 2001; Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003; Directive 2007/47/ЕС of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31990L0385&from=EN>.

⁷ Directive 98/79/ЕС. Directive of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on *in vitro* diagnostic medical devices, *OJ L* 331, 7.12.1998, p. 1–37. Amended by: Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003; Regulation (EC) No 596/2009 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009; Commission Directive 2011/100/EU of 20 December 2011. and corrected by: Corrigendum, *OJ L* 22, 29.1.1999, p. 75 (98/79/ЕС); Corrigendum, *OJ L* 6, 10.1.2002, p. 70 (98/79/ЕС). Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0079&from=EN>.

⁸ Directive 2011/100/EU. Commission Directive of 20 December 2011. amending Directive 98/79/ЕС of the European Parliament and of the Council on *in-vitro* diagnostic medical devices. *OJ L* 341, 22.12.2011, p. 50–51.

⁹ Directive 2007/47/ЕС. Directive of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007. amending Council Directive 90/385/ЕЕС on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices, Council Directive 93/42/ЕЕС concerning medical devices and Directive 98/8/ЕС concerning the placing of biocidal products on the market. *OJ L* 247, 21.9.2007, p. 21–55, *OJ L* 247, 21.9.2007, p. 21–55.

(ЗЛМС) из 2010. године¹⁰ ускладила своје прописе са директивама 90/385/ЕЕЦ, 93/42/ЕЕЦ, 98/79/ЕЦ и 2007/47/ЕЦ.

Да је јасно одређење појма медицинског средства нужност коју намеће пракса, показује развој права Сједињених Америчких Држава (САД) у коме, пре Другог светског рата, није било федералних прописа који би регулисали материју медицинских средстава.¹¹ Закон о чистој храни и лековима (*Pure Food and Drug Act*) из 1906. године није садржао одредбе о медицинским средствима.¹² Тек је Савезни закон о храни, лековима и козметици из 1938. године (*Federal Food, Drug and Cosmetic Act*) (FFDCA) обухватио област медицинских средстава.¹³

Медицинска средства, као и лекови, користе се широм света. Због брзог раста глобалног тржишта медицинских средстава постоји потреба за усклађивањем националних прописа у циљу минимизирања регулаторних баријера, олакшавања трговине и приступа новим технологијама.

У циљу усклађивања прописа о медицинским средствима, 1993. године је, под окриљем СЗО, основана Оперативна група за глобалну хармонизацију коју чине владе и представници индустрија Аустралије, Канаде, Јапана, ЕУ и САД. Циљ GHTF је усклађивање са стандардима и регулативом везаном за безбедност, перформансе и квалитет медицинских средстава, што се примарно постиже објављивањем смерница за усклађивање законодавстава које, будући да их је креирало пет различитих групација (у складу са особеностима свог правног система), могу бити без тешкоћа усвојене у већини националних законодавстава.¹⁴

2.1. Дефинисање појма медицинског средства

Због чињенице да је свеобухватна и да најадекватније дефинише суштину медицинског средства, под медицинским средством подразумеваћемо она средства која према дефиницији GHTF улазе у опсег овог појма.

У финалном документу GHTF из 2012, под називом Дефиниције израза „медицинско средство“ и „медицинско средство за ин витро дијагностику“¹⁵ медицинско средство се дефинише као: *сваки инструмент, апарат, направа, машина, уређај, имплантат, реагенс за ин витро употребу, софтвер,*

¹⁰ Закон о лековима и медицинским средствима- ZLMS, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, 107/2012, 113/2017, 105/2017.

¹¹ В. Lobmayr, *op. cit.*, p. 140.

¹² Ibid.

¹³ Више о модернизацији FFDCA из 1997 у: L.R. Pilot, D.R. Waldmann, „Food and Drug Administration Modernization Act of 1997: Medical Device Provisions“, *Food and Drug Law Journal*, 53(2), 1998. p. 267 *et cet.*

¹⁴ GHTF такође промовише технолошке иновације и олакшава међународну трговину медицинским средствима.

¹⁵ Definition of the Terms ‘Medical Device’ and ‘In Vitro Diagnostic (IVD) Medical Device’, Study Group 1 Final Document (GHTF/SG1/N071:2012).

материјал или други сличан или сродан производ, намењен од стране произвођача да се користи, самостално или у комбинацији, за људска бића, за једну или више специфичних медицинских намена/сврха у: дијагнози, превенцији, праћењу, лечењу или ублажавању болести; дијагнози, праћењу, лечењу, ублажавању или компензацији за повреду; испитивању, замени, модификацији, или као подршка анатомији или физиолошком процесу; подржавању или одржавању живота; контроли зачећа; дезинфекцији медицинских средстава; пружању информација путем ин витро испитивања узорака добијених из људског тела; и не остварује своју основну намену као фармаколошко, имунолошко или метаболичко средство, у или на људском телу, али које се може помагати у својој намењеној функцији таквим средствима.¹⁶

У цитираном финалном документу¹⁷ налази се напомена да се у различитим правним системима медицинским средством могу сматрати још неки медицински производи, као што су: супстанце за дезинфекцију, помагала за особе са инвалидитетом, уређаји који садрже животињска и/или људска ткива и уређаји за ин витро оплодњу или технологије потпомогнутих репродукција.

2.2. Чињенице на основу којих се разликују лекови од медицинских средстава

У ЕУ се прави јасна разлика између медицинских средстава и лекова. Према Директиви 2004/27/ЕЦ¹⁸ лек се дефинише као:

- а) свака супстанца или комбинација супстанци која има својство да лечи или спречава болести код људи – чл. 1, ст. 1, тач. 2 (а); или
- б) свака супстанца или комбинација супстанци која се може користити или примењивати на људима било у циљу враћања, исправљања или модификације физиолошких функција фармаколошким, имунолошким или метаболичким путем, или у циљу постављања дијагнозе – чл. 1, ст. 1, тач. 2 (б).

Код медицинских средстава основно предвиђено деловање се, обично, постиже физичким путем (укључујући механичко деловање, физичку препреку, замену органа или телесних функција или подршку њима). Медицинским средствима могу у функционисању бити од помоћи фармаколошка, имунолошка или метаболичка средства. Међутим, ако неки производ испуњава своју основну намену фармаколошким, имунолошким или метаболичким путем, онда је он лек. Медицинска средства се разликују од лекова по томе што не користе хемијске процесе у покушају да утичу или

¹⁶ GHTF, 2012, pp. 5-6.

¹⁷ Ibid., p. 6.

¹⁸ Directive 2004/27/EC Of The European Parliament And Of The Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use.

процене здравствено или медицинско стање пацијента.¹⁹ У начелу, медицинска средства су трајне ствари, док су лекови хемикалије које се уносе у тело и метаболишу се. За разлику од медицинских средстава, лекови утичу на људску физиологију кроз биохемијске процесе.²⁰

3. КЛАСИФИКАЦИЈА МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА ПРЕМА СТЕПЕНУ РИЗИКА ЗА КОРИСНИКА ЗДРАВСТВЕНИХ УСЛУГА

У неким земљама постоје одвојени системи класификације за општа медицинска средства, активна имплантабилна медицинска средства и ин витро дијагностичка медицинска средства, док друге пак класификују сва медицинска средства у оквиру истог система класификације. Међутим, заједничка карактеристика свих класификационих система различитих земаља јесте чињеница да се ризик који медицинско средство носи за корисника здравствених услуга предвиђа као један од критеријума на основу којег се врши класификација, најчешће, општих медицинских средстава.

3.1. Класификација GHTF

У финалном документу из 2006. године Принципи класификације медицинских средстава²¹ GHTF класификује медицинска средства у четири категорије у распону од класе А до класе Д, при чему медицинска средства у класи А носе најмањи ризик штете по корисника здравствених услуга, за разлику од медицинских средстава сврстаних у класу Д са највећим степеном ризика.²²

Табела 1. Класификациони систем за медицинска средства²³

Класа	Степен опасности	Медицинско средство
А	Ниска опасност	Завој/ Депресор за језик
Б	Умерено ниска опасност	Поткожне игле/Усисна опрема
Ц	Умерено висока опасност	Вентилатор плућа
Д	Висока опасност	Импантабилни дефибрилатор

У поменутом документу²⁴ ризик је дефинисан као комбинација вероватноће настанка повреда и озбиљности тих повреда. Одређивање класификационе групе медицинског средства треба да се заснива на

¹⁹ M. D. Green, W. B. Schultz, „Tort Law Deference to FDA Regulation of Medical Devices“, *Georgetown Law Journal*, 88 (7), 2011, p. 2127.

²⁰ Ibid.

²¹ Principles of Medical Devices Classification (Revision of GHTF/SG1/N15:2006), p. 9.

²² Ibid., 9

²³ Ibid., 10, 11.

²⁴ Ibid., 8

потенцијалној могућности медицинског средства да проузрокује штету кориснику здравствених услуга (тј. на опасности коју оно представља), намени медицинског средства и технологији којом се оно користи.²⁵ Уколико се на основу намене медицинског средства, коју му је одредио произвођач, на медицинско средство могу применити два класификациона правила или више, медицинско средство се сврстава у највиши ниво назначене класификације.²⁶

Већина софтвера је укључена у медицинско средство. Под условом да је самосталан, софтвер спада под дефиницију медицинског средства, сматра се да је активан уређај и треба да се класификује на следећи начин:²⁷

- где управља или утиче на коришћење посебног медицинског средства, треба га класификовати према намени комбинације
- када је независан од било ког другог медицинског средства класификује се на основу правила из одељка 7.0 документа GHTF из 2006.

Седамнаест правила класификације медицинских средстава од класе А до класе Д налазе се у одељку 7.0 наведеног документа.²⁸

3.2. Класификација у Директиви ЕУ 93/42/ЕЕЦ

Од фундаменталног значаја за регулисање медицинских средстава у ЕУ јесте употреба класификационе шеме у циљу успостављања адекватног нивоа контроле над медицинским средствима.²⁹ Логика ствари нам говори да је процес при којем се примењује исти степен контроле над свим медицинским средствима нереалан и неекономичан.³⁰ Класификација медицинских средстава у ЕУ наведена је у анексу IX Директиве 93/42/ЕЕЦ, а извршена је на основу правила која укључују: степен ризика медицинског средства по корисника; време за које је медицинско средство у непрекидном контакту са људским телом; степен инвазивности медицинског средства; коришћење извора енергије; утицај медицинског средства на централни нервни систем или систем за циркулацију; дијагностички утицај и инкорпорација лека.

Класификација према степену ризика медицинског средства по корисника здравствених услуга извршена је у четири класе у распону од

²⁵ Ibid., 9

²⁶ Ibid., 10

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., 12

²⁹ L. R. Horton, „Medical Device Regulation in the European Union,“ *Food and Drug Law Journal*, 50(3), 1995.p. 469; Постоји читав скуп правила за приступ медицинских средстава тржишту Европске уније која се разликују од правила за приступ медицинских средстава тржишту Сједињених Америчких Држава, како упозорава E.Vollebregt, „Extraterritorial Reach of the FCPA: Recommendations for U.S. Medical Device Companies with Activities in Europe“, *Food and Drug Law Journal*, 65(2), 2010., p. 347.

³⁰ L. R. Horton, op.cit., p. 469.

ниског ризика до високог ризика, и то у: класу I (Ic i Im)³¹ – медицинска средства са ниским степеном ризика за корисника; класу IIa – медицинска средства са вишим степеном ризика за корисника;³² класу IIb – медицинска средства са високим степеном ризика за корисника и класу III – медицинска средства са највишим степеном ризика за корисника (Директива 93/42/ЕЕЦ, чл. 9).³³

3.3. Класификација коју примењује Управа за храну и лекове САД (FDA)

Област медицинских средстава је честа тачка поређења регулатива САД и ЕУ. Различити извештаји садрже оцену да пацијенти у ЕУ имају приступ одређеним високоризичним медицинским средствима раније него пацијенти у САД, при чему истичу да је регулатива медицинских средстава ЕУ боља и ефикаснија од регулативе САД.³⁴ Како се наводи,³⁵ систем ЕУ је у супротности са системом САД због чињенице да је за високоризична медицинска средства предвиђена далеко строжа предтржишна контрола у САД у односу на ЕУ, те се сматра да ова чињеница доприноси већој безбедности и сигурности корисника медицинских средстава у САД у односу на ЕУ.

FDA класификује медицинска средства у складу са њима својственим ризицима и сходно томе за сваку класу медицинских средстава одређује се различит механизам регулаторне контроле.³⁶ Медицинска средства разврставају се у три класе на основу нивоа контроле неопходне да се осигура безбедност и ефикасност медицинских средстава.³⁷ Наиме, измене и допуне

³¹ Класа I медицинских средстава такође има своје поткласе Ic- *sterile* (стерилни) i Im- *measuring* (мерни).

³² S. Liereman, *op. cit.*, p. 213: Класа IIa и класа IIb укључују медицинска средства са просечним ризиком. Нека активна медицинска средства намењена за дијагностичке и терапеутске сврхе, као што су ПЕТ камере, припадају класи IIa. Остала активна медицинска средства која емитују јонизујуће зрачење, а намењена су дијагностичкој и терапеутској интервентној радиологији, укључујући и медицинска средства која контролишу и прате таква медицинска средства или која директно утичу на њихове перформансе, припадају класи IIb.

³³ S. Liereman, *op. cit.*, p. 213: Класи III припадају медицинска средства са највећим степеном ризика за корисника, као што су нпр. хируршка инвазивна средства намењена да дођу у контакт са срцем, крвотоком или централним нервним системом. Такође, у класу III спадају имплантабилни или дугорочно инвазивни уређаји који се користе за контрацепцију или спречавање преношења полно заразних болести.

³⁴ D. S. Kramer, A. Kesselheim, „Regulation of Medical Devices in the United States and European Union“, *New England Journal of Medicine*, 366(9), 2012. p. 848.

³⁵ I. Vinck, *et al.*, „Market Introduction of Innovative High Risk Medical Devices: Towards a Recast of the Directive Concerning Medical Devices“, *European Journal of Health Law*, 18, 2011., p. 482.

³⁶ J. Y. Chai, „Medical Device Regulation in the United States and the European Union A Comparative Study“, *Food and Drug Law Journal*, 55(1), 2000, p. 57; B. Lobmayr, *op. cit.*, p. 141; M. D. Green, W. B. Schultz, *op. cit.*, p. 2132.

³⁷ B. Scott, „Oversight Overhaul: Eliminating the Premarket Review of Medical Devices and Implementing a Provider-Centered Postmarket Surveillance Strategy“, *Food and Drug Law*

FFDCA³⁸ донете су 1976. године са намером да обезбеде сигурност медицинских средстава намењених за људску употребу³⁹, а сходно том циљу FDA је добила широка овлашћења у регулисању и контроли медицинских средстава.⁴⁰ Овим изменама и допунама медицинска средства се разврставају у три категорије – класу I, II и III. Медицинска средства из класе I и II подлежу мањој контроли у односу на медицинска средства из класе III.

У класи I налазе се медицинска средства са најнижим степеном ризика.⁴¹ За медицинска средства која спадају у класу I генерална контрола⁴² довољна је да осигура њихову безбедност и ефикасност, сходно 21 US Code, § 360(c) (FFDCA, 1994). На медицинска средства која спадају у класу II и класу III такође се спроводи режим генералне контроле, али се, за разлику од класе I, на класу II медицинских средстава примењује режим специјалне контроле, а за класу III се захтева и предтржишно одобрење.

Класа II обухвата она медицинска средства која садрже средњи ризик по корисника здравствених услуга. Медицинска средства из ове класе није довољно подвргнути генералној контроли да би се обезбедила њихова разумна

Journal, Vol. 66, Issue 3 (2011), pp. 380- 382; J. K. Meritz, T. L. White, „Achieving Medical Device Safety in an Era of Globalization“ *Food and Drug Law Journal*, 63(3), 2008. pp. 650: Највећи ризик за безбедност пацијената представља увоз страних медицинских средстава. Једна од мера у циљу превенције јесте повећање буџета FDA у циљу контроле таквих производа. Иако FDA издваја једанаест милиона долара за контролу страних медицинских средстава, тај износ није довољан и постоји потреба за повећањем на седамдесет милиона долара.

³⁸ Federal Food Drug and Cosmetic Act (FFDCA).

³⁹ L.R. Pilot, D.R. Waldmann, *op. cit.*, p. 270-274; J. Zigler, J., Walsh, J. Zigler, „Medical Device Reporting: Issues with Class III Medical Devices“ *Food and Drug Law Journal*, 62(3), 2007., p. 573; B. Lobmayer, *op. cit.*, p. 140: До измена FFDCA од 1976. године FDA је могла да процењује безбедност и ефикасност неког медицинског средства само после његовог пласмана на тржиште. Овим изменама FDA је добила активну улогу у процењивању безбедности и ефикасности медицинских средстава пре њиховог пласмана на тржиште. Законом о сигурности медицинских средстава из 1990. године (*The Safe Medical Devices Act of 1990*) FDA је добила још већа овлашћења у активној контроли безбедности и ефикасности медицинских средстава на тржишту; О историјском развоју регулативе медицинских средстава у САД вид. у: Munsey, 1995, p. 163 *etc.*

⁴⁰ L. M. C. Faro, „Dutch Medical Devices Act: Problems with Implementation“, *Food, Drug, Cosmetic Law Journal*, 43 (2), 1988, p. 414; D.W. Whitney, „Guide to Preemption of State-Law Claims against Class III PMA Medical Devices“, *Food and Drug Law Journal*, 65(1), 2010., p. 115; D. Challoner, W. Vodra, „Medical Devices and Health – Creating a New Regulatory Framework for Moderate-Risk Devices“ *New England Journal of Medicine*, 365(11), 2011, p. 977.

⁴¹ J. Y. Chai, *op. cit.*, p. 58.

⁴² Више о генералној контроли медицинских средстава вид. у: FDA, 2012. General Controls for Medical Devices, Medical Devices. U.S. Food and Drug Administration. Dostupno na: <http://www.fda.gov/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/>, (12. 2. 2019); J. Y. Chai, *op. cit.*, p. 58; M.L. Vilarrage, H.L., Guerin, „Wood, J.M. „Five Year Review of Class I Medical Device Recalls: 2004-2008.“ *Food and Drug Law Journal*, 64(4), 2009., p. 663).

сигурност, безбедност и ефикасност. Сходно наведеном, у циљу обезбеђења сигурности и ефикасности, ова медицинска средства подлежу како генералној тако и специјалној контроли.⁴³

У класи III налазе се медицинска средства која имају потенцијално висок ризик изазивања болести и повреда код пацијената.⁴⁴ За ову класу медицинских средстава генерална и специјална контрола нису довољне за постизање разумног нивоа сигурности, безбедности и ефикасности, па се због тога медицинска средства из ове класе подвргавају посебном режиму контроле у складу са чињеницом да се она углавном користе за подржавање и одржавање живота или су од суштинског значаја за спречавање оштећења људског здравља – 21 US Code, § 360(c) (FFDCA, 1994).⁴⁵

4. ЗНАЧАЈ КЛАСИФИКАЦИЈЕ МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА ЗА ПРИМЕНУ ПРАВИЛА ОБЈЕКТИВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ ОД ОПАСНИХ СТВАРИ

Посматрано са становишта објективне одговорности за штету, веома је интересантна подела општих медицинских средстава према степену ризика за корисника здравствених услуга на: I класу - медицинска средства с ниским степеном ризика за корисника; II класу - медицинска средства с вишим степеном ризика за корисника; III класу - медицинска средства с високим степеном ризика за корисника; и III класу - медицинска средства с највишим степеном ризика за корисника.⁴⁶ Сама чињеница да је медицинско средство сврстано у једну од наведених класа има велики значај за грађанско-правну одговорност здравствених радника. Уколико је медицинско средство класификовано у класу III или у класу IIb, у неким случајевима и у класу IIa, онда је то веома јака индиција за суд да се такво медицинско средство може подвести под појам *опасне ствари* у смислу правила о објективној одговорности за штету.⁴⁷ Одлуком Уставног суда Републике Хрватске,⁴⁸ суд је

⁴³ Види више. FDA, 2012. General Controls for Medical Devices, *Medical Devices*. U.S. Food and Drug Administration. Dostupno na: <http://www.fda.gov/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/>, (12. 2. 2019).

⁴⁴ J. Zigler, J., Walsh, J. Zigler, op. cit., p. 573; M. D. Green, W. B. Schultz, op. cit., p. 2131-2132.

⁴⁵ M.E. Phelan, „When a Pacemaker or Other Medical Device Fails: Does Federal Law Deprive Those Injured of Their State Law Remedies“ *Preview of United States Supreme Court Cases*, 7, 1996., p. 366.

⁴⁶ Чл. 175. ст. 1. ЗЛМС; Сврставање медицинских средстава у одређене класе извршено је Правилником о класификацији општих медицинских средстава – ПКМС, *Службени гласник РС*, бр. 46/2011.

⁴⁷ С. Манић, *Одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава*, Докторска дисертација, Ниш, 2015., 51; Ђ. Николић, „Објективна одговорност медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава – аргументи pro et contra“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXVI, 1/2018, 74.

оценио уставним став Општинског и Жупанијског суда да је апарат за спровођење физикалне терапије галванском струјом по својим особинама, намени и положају опасна ствар. Сходно Регистру медицинских средстава Републике Србије, медицинска средства (апарати) за физикалну терапију сврставају се или у класу Па или у класу Пб медицинских средстава. Ако се медицинско средство из класе Па може окарактерисати као опасна ствар, тим пре медицинска средства из класе Пб и класе П III могу стећи то својство. Такође, одлуком Првог основног суда у Београду,⁴⁹ која је потврђена одлуком Апелационог суда у Београду, уређај за електрокаутеризацију је подведен под појам опасне ствари у смислу правила о објективној одговорности за штету. Према правилима класификације, овај уређај се разврстава у медицинска средства са високим степеном ризика за корисника (Пб класа).

Приликом просуђивања да ли ће одређено медицинско средство сврстати у категорију *опасних ствари*, суду, такође, од велике помоћи може бити и подела општих медицински средстава на неинвазивна, инвазивна и активна. Ова подела је извршена према природи медицинских средстава, њиховој повезаности са изворима енергије и другим особинама.⁵⁰ Тако, активна медицинска средства обично се користе одређеном енергијом (електричном, топлотном, кинетичком, итд.) која ствара повећани степен ризика изазивања штете по пацијенте. Када су у питању медицинска средства, могућност изазивања штете је повећана због околности да за многе њихове радне делове (нпр. електроде код електричних медицинских средстава) постоји потреба за директним контактом са телом пацијента.⁵¹ Исто, од одређених медицинских средстава прети повећани степен изазивања штетних последица због околности да се њихов основни начин деловања састоји у коришћењу одређеног зрачења. Поред тога, нека медицинска средства стварају већи ризик изазивања штете због околности да долазе у директан контакт са виталним органима пацијента (нпр. срцем, кичменом мождином). Стога, сврставање неког медицинског средства у групу инвазивних или активних медицинских средстава сигурно ће бити јака индикација за суд да сва таква медицинска средства квалификује као *опасне ствари*.⁵²

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

За обављање здравствене делатности неопходан је читав низ разноврсних медицинских средстава која су била и остала услов без којег је

⁴⁸ Одлука Уставног суда Републике Хрватске, У-III-1062/2005 од 15. 11. 2007., *Народне новине* бр. 1/80.,

⁴⁹ Пресуда Првог основног суда у Београду, П. бр. 79409/10 од 11. марта 2013. године

⁵⁰ Чл. 175. ст. 2. ЗЛМС.

⁵¹ Ћепулић Егидије, Предавање на Трибини Правног факултета у Загребу и Клуба правника града Загреба (тема: Одговорност за штете настале употребом медицинских уређаја), Билтен трибине, бр. 1/2001, стр. 17: У Хрватској је дошло до страдања неколико пацијената услед струјног удара на уређају за мамографију;

⁵² Вид. више у: С. Манић, *op. cit.*, стр. 52-55; Ђ. Николић, *op. cit.*, стр. 75.

обављање здравствене делатности незамисливо. Медицинска средства, која покривају широк спектар разноврсних технолошких творевина од једноставних депресора за језик па све до сложених, високо софистицираних, компјутеризованих механизма, данас су од суштинског значаја за заштиту здравља пацијената. Међутим, медицинска средства носе са собом одређени степен ризика по живот и здравље пацијената као корисника здравствених услуга, па се сходно том ризику деле у одређене класе медицинских средстава. Најчешће се та класификација одређује тако што се медицинска средства класификују у три класе: од класе I (најнижи степен ризика), преко класе II (повећани степен ризика), па све до класе III (највећи степен ризика). Ако се систем класификације FDA упореди са класификацијом медицинских средстава у ЕУ, може се констатовати да оба класификациона система имају номинално три категорије. Разлика је само у томе што систем прихваћен у ЕУ дели класу III медицинских средстава на класу IIIa и класу IIIb са различитим условима класификације за сваку.

Сврставање медицинског средства у неку од тих класа има велики значај за грађанскоправну одговорност медицинских посленика. Ако је штета проузрокована употребом медицинског средства које је сврстано у класу IIIb или у класу III, онда је то веома јак разлог да суд такво медицинско средство квалификује као опасну ствар у смислу правила о објективној одговорности за штету од опасне ствари. Главни удео у ризику који медицинска средства стварају за пацијенте имају она медицинска средства која због своје намене, особина, положаја, места и начина употребе у или на телу пацијента, или због неког другог разлога представљају повећану опасност од настанка штете за пацијента. Због тога одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава никако не треба дистанцирати разликовати од објективне одговорности за штету.

Samir O. Manić, LL.D

Assistant professor, Law department,
State University of Novi Pazar,

CONCEPT AND CLASSIFICATION OF MEDICAL DEVICES IN INTERNATIONAL LEGAL ACTS

Summary

Having in mind the importance of medical devices for people's health, in all law orders, as well as in some international organizations, there was a need to regulate this area. The very notion of medical device has been defined, that is the range of what counts as medical device, the difference between medications and medical device has been made, and finally medical devices have been classified into certain groups. One of the ways to classify medical devices is classification according to the degree of risk for the health care recipients. In this study the notion of medical device is being dealt with, as well as with the difference between medications and medical devices, and the fact that not all medical devices are equally safe for health care recipients. Therefore, the system of classification of medical aids according to the degree of safety for health care recipients is outlined by way of cross-legal analysis.

Keywords: medical device, medication, detrimental risk, classification.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Chai, J. Y. 2000. Medical Device Regulation in the United States and the European Union A Comparative Study. *Food and Drug Law Journal*, 55(1), pp. 57-80.

Challoner, D. & Vodra, W. 2011. Medical Devices and Health – Creating a New Regulatory Framework for Moderate-Risk Devices. *New England Journal of Medicine*, 365(11), pp. 977- 979.

Faro, L. M. C. 1988. Dutch Medical Devices Act: Problems with Implementation. *Food, Drug, Cosmetic Law Journal*, 43 (2), pp. 405-420.

Green, M. D. & Schultz, W. B. 2000. Tort Law Deference to FDA Regulation of Medical Devices. *Georgetown Law Journal*, 88 (7), pp. 2119-2145.

Horton, L. R. 1995. Medical Device Regulation in the European Union. *Food and Drug Law Journal*, 50(3), pp. 461-476.

Kramer, D., Xu, S. & Kesselheim, A. 2012. Regulation of Medical Devices in the United States and European Union. *New England Journal of Medicine*, 366(9), pp. 848- 855.

Liereman, S. 2001. European Product Safety, Liability and Single-Use Devices in a Medical Context. *European Journal of Health Law*, 8(3), pp. 207-224.

Lobmayr, B. 2010. Assessment of the EU Approach to Medical Device Regulation against the Backdrop of the US System. *European Journal of Risk Regulation*, 2, pp. 137-150.

Meritz, J. K. & White, T. L. 2008. Achieving Medical Device Safety in an Era of Globalization. *Food and Drug Law Journal*, 63(3), pp. 647-656.

Phelan, M.E. 1996. When a Pacemaker or Other Medical Device Fails: Does Federal Law Deprive Those Injured of Their State Law Remedies. *Preview of United States Supreme Court Cases*, 7, pp. 365-371.

Pilot, L.R. & Waldmann, D.R. 1998. Food and Drug Administration Modernization Act of 1997: Medical Device Provisions. *Food and Drug Law Journal*, 53(2), pp. 267-296.

Sharon, F. 2001. Assessment of the Regulations on Medical Devices in the European Union. *Food and Drug Law Journal*, 56(1), pp. 99-122.

Vilarrage, M.L., Guerin, H.L., Wood, J.M. 2009. Five Year Review of Class I Medical Device Recalls: 2004-2008. *Food and Drug Law Journal*, 64(4), pp. 663-676.

Vinck, I., Hulstaert, F., Van Brabandt, H., Neyt, M., Stordeur, S. 2011. Market Introduction of Innovative High Risk Medical Devices: Towards a Recast of the Directive Concerning Medical Devices, *European Journal of Health Law*, 18, pp. 477-489.

Vollebregt, E. 2010. Extraterritorial Reach of the FCPA: Recommendations for U.S. Medical Device Companies with Activities in Europe, *Food and Drug Law Journal*, 65(2), pp. 347-366.

Whitney, D.W. 2010. Guide to Preemption of State-Law Claims against Class III PMA Medical Devices. *Food and Drug Law Journal*, 65(1), pp. 113-140.

Zigler, J., Walsh, J., Zigler, J. 2007. Medical Device Reporting: Issues with Class III Medical Devices. *Food and Drug Law Journal*, 62(3), pp. 573-580.

Манић, С. 2015. *Одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава*, Докторска дисертација, Ниш.

Николић, Ђ. 2018. Објективна одговорност медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава – аргументи pro et contra“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXVI.

Правни извори

Sjedinjene Američke Države

FDA, 2012. General Controls for Medical Devices, *Medical Devices*. U.S. Food and Drug Administration. Dostupno na: <http://www.fda.gov/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/>, (12. 2. 2019).

FFDCA, 1994. USA, Federal Food, Drug and Cosmetic Act. Part: 21 US Code, § 360(c). Dostupno na. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/360c>, (12. 2. 2019).

Evropska unija

Directive 90/385/EEC. Council Directive of 20 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices, *OJ L 189*, 20.7.1990, p. 17–36. Amended by: Council Directive 93/42/EEC of 14 June 1993; Council Directive 93/68/EEC of 22 July 1993; Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003; Directive 2007/47/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007. and corrected by: Corrigendum, *OJ L 7*, 1.11.1994,

p. 20. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31990L0385>.

Directive 93/42/EEC. Council Directive 93/42/EEC of 14 June 1993 concerning medical devices, *OJ L* 169, 12.7.1993, 1. Amended by: Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998; Directive 2000/70/EC of the European Parliament and of the Council of 16 November 2000; Directive 2001/104/EC of the European Parliament and of the Council of 7 December 2001; Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003; Directive 2007/47/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31990L0385&from=EN>.

Directive 98/79/EC. Directive of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices, *OJ L* 331, 7.12.1998, p. 1–37. Amended by: Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003; Regulation (EC) No 596/2009 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009; Commission Directive 2011/100/EU of 20 December 2011. and corrected by: Corrigendum, *OJ L* 22, 29.1.1999, p. 75 (98/79/EC); Corrigendum, *OJ L* 6, 10.1.2002, p. 70 (98/79/EC). Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0079&from=EN>.

Directive 2007/47/EC. Directive of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007. amending Council Directive 90/385/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices, Council Directive 93/42/EEC concerning medical devices and Directive 98/8/EC concerning the placing of biocidal products on the market. *OJ L* 247, 21.9.2007, p. 21–55, *OJ L* 247, 21.9.2007, p. 21–55.

Directive 2011/100/EU. Commission Directive of 20 December 2011. amending Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council on in-vitro diagnostic medical devices. *OJ L* 341, 22.12.2011, p. 50–51.

Directive 2004/27/EC Of The European Parliament And Of The Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use.

GHTF

GHTF, 2012. Final document. GHTF/SG1/N071:2012. *Definition of the Terms 'Medical Device' and 'In Vitro Diagnostic (IVD) Medical Device'* (Revision of GHTF/SG1/N29:2005). Dostupno na: <http://www.imdrf.org/docs/ghtf/final/sg1/technical-docs/ghtf-sg1-n071-2012-definition-of-terms-120516.pdf>.

GHTF, 2006. Final Document. *Principles of Medical Devices Classification* (Revision of GHTF/SG1/N15:2006). Dostupno na: <http://www.imdrf.org/docs/ghtf/final/sg1/technical-docs/ghtf-sg1-n15-2006-guidance-classification-060627.pdf>.

Republika Srbija

Закон о лековима и медицинским средствима. Службени гласник РС, бр. 30/2010, 107/2012, 113/2017, 105/2017.

Правилник о класификацији општих медицинских средстава – ПКОМС, *Службени гласник РС*, бр. 46/2011

WHO

WHO, 2010. World Health Organization, *First WHO global forum on medical devices: context, outcomes, and future actions*, 9 –11 September 2010 Bangkok, Thailand, Version 8 April 2011.

ОДГОВОРНОСТ ЦИВИЛНЕ МИСИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ
НАЦИЈА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ ЗБОГ
ПРИСИЛНИХ НЕСТАНАКА И УБИСТАВА СРБА
НАКОН 10. ЈУНА 1999. ГОДИНЕ – ЗАБОРАВЉЕНО
ПРАВНО НАСЛЕЂЕ САВЕТОДАВНОГ ВЕЋА ЗА
ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт

Поводом 20-те годишњице установљења Привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК), аутор се одлучио да укаже на неке аспекте њене одговорности за присилне нестанке и убиства која су на Косову и Метохији систематски и масовно вршена, највећим делом над припадницима српског народа, од стране припадника тзв. "Ослободилачке војске Косова". Пре свега, аутор је покушао да расветли питање одговорности УНМИК-а за репарације жртвама, односно породицама жртава.

У раду је анализирано "правно наслеђе" Саветадавног већа за људска права (у даљем тексту: Веће) које је основано 2006. године као независно тело УНМИК-а које је имало мандат да доноси одлуке у вези повреда људских права за време извршног мандата УНМИК-а. Поводом бројних случајева присилних нестанка и убиства Срба и неалбанаца на Косову и Метохији, Веће је примило 248 захтева и у 233 случаја (93%) утврдило повреду чл. 2. и 3. Европске конвенције о људским правима и предложио мере за отклањање или боље рећи ублажавање тих повреда. Ни једна од ових одлука није извршена а рад Већа је завршен у тишини непримереној цивилизацијским нормама.

Кључне речи: Присилни нестанци и убиства на Косову и Метохији, УНМИК-Саветадавно веће за људска права, Одговорност УНМИК-а поводом присилних нестанка и убиства.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, dusko.celic@pr.ac.rs.

** Рад је посвећен принудно несталим и убијеним лицима на Косову и Метохији – жртвама тзв. "Ослободилачке војске Косова".

1. УВОД

По престанку агресије НАТО пакта на СРЈ, на Косову и Метохији је, у складу са Резолуцијом Савета безбедности Организације Уједињених нација бр. 1244 од 10. јуна 1999. Године (у даљем тексту: Резолуција), установљено "међународно цивилно и безбедносно присуство" (у даљем тексту: УНМИК и КФОР). Одмах потом, на овом делу територије Републике Србије наступило је стање насиља, безвлашћа и безакоња у коме су људска права Срба и неалбанаца систематски кршена. У периоду јуни - децембар 1999. године, услед безвлашћа, систематског и масовног оружаног насиља албанских терориста и припадника паравојних снага над српским народом и припадницима неалбанских мањина, са Косова и Метохије прогнано је преко 242 000 лица највећим делом српске националности.¹ Етнички прогон је, према последицама имао генцидне размере: од 437 места у којима су живели Срби до 1999. године, изузимајући општине Лепосавић, Звечан и Зубин Поток, Срби су у потпуности прогоњени из 312 насеља.² Од увођења привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохију до марта 2009. године, забележено је више од 7.000 етнички мотивисаних напада, убијено је преко 1000 Срба и 104 грађана других националности, киднаповано је 841 Срба а 960 је тешко рањено.³ Забрињавајућа је чињеница да судбина на стотине принудно несталих и киднапованих лица до данас није утврђена.⁴ Према подацима Савезног комитета за

¹ О геноцидним размерама егзодуса Српског народа као и припадника неалбанских етничких заједница са Косова и Метохије, након 10. јуна 1999. године, видети: *Crimes committed by Albanian terrorists in the territory of A.P. Kosovo and Metohija since 10 June, Document and Evidence, Part One and Part Two, Federal Republic of Yugoslavia*, Federal Ministry of foreign affairs, Belgrade, 2000, *Persons missing in relation to the events in Kosovo from Januaru 1998 (2nd edition issued in March 2001.)*, International Committee of the Red Cross Geneve, 2000 и *Отмице и нестаници не-Албанаца на Косову*, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2001.

² *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст*, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009. 6.

³ *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст*, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009, 8, *Persons missing in relation to the events in Kosovo from Januaru 1998 (2nd edition issued in March 2001.)*, International Committee of the Red Cross Geneve, 2001.

⁴ Према званичним подацима, од несталих Срба и припадника неалбанских заједница још увек је непозната судбина још 532 лица или 63,25% од укупно несталих. (Податак Комисије за нестала лица Владе Републике Србије, http://www.kirs.gov.rs/docs/komisijazanestatalica/Komisija_%20za%20nestala%20lica.pdf, 16.6.2020.

прикупљање података о причињеним злочинима против човечности и међународног права, у периоду од јануара 1998. до новембра 2001. године, на Косову и Метохији је од припадника паравојних формација ОВК убијено 796 цивила српске, 297 албанске и 89 цивила других националности, а отето је (принудно нестало) 1.157 цивила српске, 64 албанске и 177 цивила других националности. Киднапована је 841 особа српске националности, а 960 људи је тешко рањено.⁵

Организовани и масовни злочини припадника терористичке "ОВК" над Србима, нелојалним Албанцима и припадницима осталих мањина лојалних држави у којој су живели, припадницима Војске Југославије и Министарства унутрашњих послова (МУП) Србије, узели су маха још почетком 1998. године. Према подацима Савезног комитета за прикупљање података о причињеним злочинима против човечности и међународног права, у периоду од 1. јануара 1998. године, до 11. јуна 1999. године убијено је укупно 87 српских цивила, 230 цивила албанске националности, 351 припадник Војске Југославије, 230 припадника МУП-а Србије, 72 неидентификоване особе и 18 цивила – припадника осталих националности; укупно је у наведеном периоду убијено 988 особа. У истом периоду нестало је (киднаповано) укупно 287 особа – 155 цивила српске националности, 64 особе албанске националности, 25 особа осталих националности, 30 припадника Војске Југославије и 13 припадника МУП-а Србије. Према подацима из наведеног извора, на Косову и Метохији у периоду од 1. јануара 1998. године до 1. новембра 2001. године укупно је убијено и принудно нестало (киднаповано) 3.276 особа, које треба сматрати жртвама албанског терора. Од наведеног броја 1.953 је отетих цивила српске националности, 361 њих су Албанци лојални држави у којој су живели, 266 цивила осталих мањинских националности, 381 припадник Војске Југославије, 243 припадника МУП-а Републике Србије и 72 неидентификоване жртве.

Колективно протеривање Срба праћено је и организованим уништавањем средњовековних споменика културе, сакралних и верских објеката и културних и цивилизацијских трагова вишевековног присуства српске цивилизације, државе и народа на простору Косова и Метохије⁶. Такође, систематско насиље обухватило је и имовину прогнаних, присилно несталих и убијених лица. Поред око 27 000 узурпираних стамбених јединица, од јуна 1999. године

⁵ Нав. Према: Д. Пјевач, Д. Челић, *Ратни злочини над Србима у Хрватској 1991-1995, Ратни злочини над Србима на Косову и Метохији 1998-2004*, Београд, 2019, 200.

⁶ *CRUCIFIED KOSOVO destroyed and desecrated Serbian orthodox churches in Kosovo and Metohia (June-October 1999) РАСПЕТО КОСОВО уништене и оскрнављене српске православне цркве на Косову и Метохији*, друго проширено и допуњено издање, Глас Косова и Метохије, Београд 1999.

уништено је око 18000 кућа.⁷ Према подацима УНМИК-а, из јуна 2007. године, још увек је било евидентирано 10405 уништених стамбених објеката прогнаних лица.⁸ О размерама насиља и безвлашћа у коме су жрве била и права на непокретностима, говори и податак да је од укупно 2.575.448. катастарских парцела, колико, према подацима Републичког геодетског завода – службе за катастар непокретности на Косову и Метохији, обухвата катастар непокретности на Косову и Метохији, више од милион основних катастарских јединица (обрадиво земљиште, ливаде и шуме) у својини Срба, узурпирано, што износи 38,83% свих катастарских парцела на Косову и Метохији!⁹

Систематско насиље, догодило се у присуству "међународних безбедносних и међународних цивилних снага", чије обавезе и одговорности укључују (пре свега) обезбеђивање јавног реда, мира и сигурности за све грађане на Косову и Метохији.¹⁰ Надлежности КФОР-а укључивале су, између осталог: одржавање прекида ватре, демилитаризацију "ОВК", успостављање безбедносног окружења, осигурање јавне безбедности и реда, уклањање мина и обезбеђење државне границе,¹¹ док су најзначајније надлежности УНМИК-а обухватале: одржавање цивилног реда и закона, заштиту и унапређење људских права и осигурање безбедног и неометаног повратка свих избеглица и расељених лица у њихове домове.¹²

УНМИК, који је према Резолуцији СБ ОУН бр 1244, преузео пуну одговорност за цивилни аспект управљања на територији АП Косово и Метохија, у својим дужностима преузео је улогу "сурогат – државе", за време пуног извршног мандата на Косову и Метохији, није испољио ни приближно сразмерну одговорност, коју за вршење цивилне јавне власти има држава, што се посебно односи на случајеве надрастичнијег кршења људских права – права на живот. То се нарочито односи на:

1. чињеницу да УНМИК није спречио масовно и организовано етничко чишћење, присилне нестанке, убиства, нечовечно поступање и мучења Срба и других неалбанаца на Косову и Метохији, које су након 10. јуна 1999. године, починили припадници тзв. ОВК, иако према Резолуцији 1244, обавезе и одговорности "међународног цивилног присуства", укључују (пре свега) обезбеђивање јавног реда,

⁷ *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију*, Влада Републике Србије, усвојена 8. 4. 2010, 3. http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 14.6.2020.

⁸ *OSCE – MISSION IN KOSOVO AND METOHIA, "Eight years after Minority returns and housing and property restitution in Kosovo, Pristina, 2007, 5,* <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/26322.pdf>, 14.6.2020.

⁹ Исто, 10 и 11.

¹⁰ В. т. 9ц, 9д и 11и Резолуције

¹¹ В.т. 9. ст. 1, 2, 3, 4, 5. 7. Резолуције.

¹² В. т. 11. ст. 9, 10. и 11. Резолуције.

мира и сигурности за све грађане на Косову и Метохији и демилитаризацију тзв. ОБК;

2. чињеницу да у случајевима присилних нестанака Срба и других неалбанаца, УНМИК није предузимао готово ни један корак у правцу делотворних кривичних истрага, чак и у случајевима када је имао податке о битним чињеницама о почињеним злочинима, и

3. чињеницу да УНМИК није учинио ништа да породицама жртава обезбеди право на репарацију и сатисфакцију.

2. ОСНИВАЊЕ САВЕТОДАВНОГ ВЕЋА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Оснивање Саветодавног већа за људска права, уследило је као резултат мишљења тзв. Венецијанске комисије.¹³ Тим поводом, Комисија је предложила оснивање тзв. малог Стразбура - Суда за људска права на Косову и Метохији, слично оном који је био основан 1995. године Дејтонским споразумом (анекс VI) за Босну и Херцеговину.¹⁴ Суд би, према овом предлогу, био надлежан за решавање захтева поводом повреда људских права Привремене управе Уједињених нација за Косово и Метохију, као и Привремених институција самоуправе, односно, локалних (албанских) власти на Косову и Метохији.¹⁵ Парламентарна скупштина Савета Европе је на седници одржаној 25. јануара 2005. године, изражавајући забринутост за стање људских права на Косову и Метохији, препоручила да Привремена управа Уједињених нација за Косово и Метохију (УНМИК) и Међународне безбедносне снаге (КФОР/НАТО), у

¹³ *Venice Commission, Opinion on Human Rights in Kosovo*: Possible Establishment of Review Mechanisms, CDL-AD (2004)033, 9-10.* [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)033-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)033-e),

14.6.2020. Такође и повезани документ у вези стања људских права на Косову и Метохији: *Venice Commission, The Human Rights Situation in Kosovo*: Background information and issues for discussion, CDL-DI(2004)001-e,* [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-DI\(2004\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-DI(2004)001-e), 14.6.2020.

¹⁴ *Venice Commission, Opinion on Human Rights in Kosovo*: Possible Establishment of Review Mechanisms, CDL-AD (2004)033, 22-24,* [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)033-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)033-e),

14.6.2020.
22-24.

¹⁵ Овакав закључак произилази из одредаба "УНМИК/УР/2001/9, Уставни оквир за привремену самоуправу на Косову", према коме је одговорност за рад Привремених институција самоуправе припадала Специјалном представнику Генералног секретара ОУН (в. поглавље 12. "Уставног оквира").

Сарадњи са Саветом Европе, отпочну рад на оснивању суда за људска права на Косову и Метохији.¹⁶

Било је предвиђено да суд чини 9 судија, од тога пет међународних које би предложио Комитет министара Савета Европе и 4 локалних, од којих 2 из већинске (албанске) заједнице и два из мањинских заједница на Косову и Метохији; предвиђено је да све судије именује Председник Европског суда за људска права.¹⁷

Поступајући у супротности са поменутиим препорукама, Специјални представник Генералног секретара Уједињених нација за Косово и Метохију, основао је 23. марта 2006. године, Саветодавно веће за људска права.¹⁸ Као што се и из самог назива да закључити, Саветодавно веће није суд за људска права, како је резолуцијом препоручила Парламентарна скупштина Савета Европе, већ саветодавно тело Специјалног представника. Наиме, у случају да оцени да је поступањем УНМИК-а дошло до повреде људских права, Саветодавно веће не доноси пресуду већ мишљење (или препоруку)¹⁹, које није обавезујуће за Специјалног представника, коме је дато "искључиво овлашћење и дискреционо право да одлучи да ли да поступи на основу мишљења саветодавног већа" !?²⁰ Тако, право на упућивање представке Саветодавном већу поводом кршења људских права, захваљујући отпору дела структуре УНМИК-а, није представљало право на делотворан правни лек.²¹ Овакав исход резултат је снажног противљења појединих структура унутар УНМИК-а, пре свега Заменика Специјалног представника (заменика "шефа" УНМИК-а), који је иначе, од установљења УНМИК-а високи дипломата САД.²²

¹⁶ В. *Concuil of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1417(2005)*, ст. 4.1. <https://pace.coe.int/pdf/264ff9c77f6bce5f04cece4be64deec3eaa44de573326667a8259ffe25682ae848428feba12/resolution%201417.pdf>, 14.6.2020.

¹⁷ В. *Concuil of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1417(2005)* ст. 4. ц.

¹⁸ "УНМИК/УР/2006/12, О оснивању саветодавног већа за људска права."

¹⁹ В. чл. 17. 1. "УНМИК/УР/2006/12."

²⁰ В. чл. 17. 3. "УНМИК/УР/2006/12."

²¹ У смислу чл. 13. Европске конвенције о људским правима, да би се неко правно средство сматрало делотворним, потребно је да се њиме у правном поретку даје право на поништај акта којим је извршена повреда неког права из Конвенције, као и да жртва повреде добије одређену сатисфакцију за претрпљену повреду. (вид. А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима, Коментар*, Београд, 2006, 337.). Реч је о ремедијалној или поправној делотворности, која се одликује способношћу тела које поступа по правном леку да пружи адекватну заштиту, тј. Да исправи повреду. (О овом и другим аспектима делотворности правног лека према Европској конвенцији о људским правима, вид. Д. Поповић и др. *Коментар конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2017, 350-353.).

²² В. *The Human Rights Advisory Panel, History And Legacy, Kosovo, 2007-2016*, Pristina, 2016, 32-37.

Саветодавно веће састојало се од 3 члана које Специјални представник бира на предлог Председника Европског суда за људска права, из редова међународних правника високог моралног кредибилитета, непристрасности и интегритета, са исказаном стручношћу у области људских права, посебно у европском систему.²³ Саветодавно веће надлежно је да испитује жалбе субјеката права поводом тврдњи да су жртве људских права од стране УНМИК-а а која су призната у неком од следећих међународних правних аката: Универзална декларација о људским правима, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и политичким правима, Конвенција о елиминисању свих облика расне дискриминације, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације према женама, Конвенција против мучења и других окупних, нехумних или деградирајућих поступака или кажњавања и Конвенција о правима детета.²⁴ Поменути "правни акт" регулише и процедурални оквир поступања Саветодавног већа. Слично поступку пред Европским Судом за људска права, и поступак пред Саветодавним већем састоји се из две фазе: оцене прихватљивости жалбе а потом испитивања њене основаности (мериторно одлучивање).²⁵

3. ОСТАВШТИНА САВЕТОДАВНОГ ВЕЋА ЗА ЉУДСКА ПРАВА ПОВОДОМ ПРИСИЛНИХ НЕСТАНАКА И УБИСТАВА

Поводом бројних случајева присилних нестанака и убистава Срба и неалбанаца на Косову и Метохији, Веће је примило 248 захтева и у 233 случаја (93%) утврдило повреду чл. 2. и 3. Европске конвенције о људским правима и предложио мере за отклањање и ублажавање тих повреда. Разлику између броја примљених захтева и броја присилних нестанака и убистава на Косову и Метохији, ваља сагледати у светлу чињенице да рок за подношење захтева није био одређен "Уредбом о оцнивању Саветодавног већа за људска права", већ неком врстом позаконског provedбеног акта – "Административним упутством бр. 1/2009 о спровођењу Уребе о оснивању Саветодавног већа за људска права". Овим актом, донетим 17. октобра 2009. године, одређен је преклузивни рок за подношење захтева до 31. марта 2010. године. Овај релативно кратак рок садржан у некој врсти provedбеног

²³ В. чл. 4. и 5. "УНМИК/УР/2006/12."

²⁴ В. чл. 1. "УНМИК/УР/2006/12."

²⁵ В. чл. 11. "УНМИК/УР/2006/12" и чл 28-36. "Правилника Саветодавне комисије за људска права."

акта УНМИК-а, донетог више од три године од оснивања Саветодавног већа за људска права, објављеног на сајту Саветодавног већа за људска права, остао је непознат бројним породицама жртава. Чињеница да су сви квазизаконски и општи акти УНМИК-а објављивани једино у електронској форми, често са закашњењем у односу на почетак примене и само на енглеском језику, генерално указује на њихову ограничену доступност, што је један од међународних стандарда у погледу основних својстава закона.²⁶ Такође, чињеница да одлуке Саветодавног већа нису биле обавезујуће за УНМИК, негативно су утицале на мотивисаност породица жртава да покрену поступак пред овим телом.

У свих 233 случаја Саветодавно веће закључило је да: "...принудни нестанци и самоволне егзекуције представљају озбиљна кршења људских права која се морају истражити и судски процесуирати под било каквим околностима."²⁷ Што се тиче применљивости члана 2. Европске конвенције за људска права (право на живот) на УНМИК, Веће је стало на становиште да је, након усвајања Уредбе УНМИК-а бр. 1999/1 25. јула 1999. године, УНМИК преузео обавезу поштовања међународно признатих стандарда у погледу људских права при обављању својих функција. Ово прихватање обавеза детаљно је описано у Уредби УНМИК-а бр. 1999/24.²⁸

У готово свим случајевима поводом присилних нестанака и убистава, Саветодавно веће је констатовало да "очигледан изостанак било какве реакције полиције УНМИК-а, било одмах или у каснијим фазама, могао је указати починиоцима на то да надлежни органи нису могли, или нису били вољни, да спроведу истраге нестанака лица. Такав став надлежних органа према најозбиљнијим злочинима у било ком друштву, а нарочито у околностима након сукоба, неминовно ствара културу некажњивости међу починиоцима злочина и може само да доведе до погоршања ситуације."²⁹

Саветодавно веће за људска права закључило је да случај присилног нестанка и (касније се испоставило, убиства) Ивана Челића, као и други случајеви убистава, отмица и нестанака који су претходно

²⁶ Танасије Маринковић, Појам закона у пракси Европског суда за људска права, *Номотехника и првничко расуђивање*, Радмила Васић, Београд, 2018, 329-330.

²⁷ В. одлуку Саветодавног већа *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09, и све друге одлуке које се односе на принудне нестанке.

²⁸ В. одлуке Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09, § 73, *Милогорић и остали против УНМИК-а*, бр. 38/08 и остали, § 44; случај *Бериша и остали против УНМИК-а*, бр. 27/08, § 25; случај *Лалић и остали против УНМИК-а*, бр. 09/08 и остали, § 22.

²⁹ В. одлуку Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09, § 97.

размотрени, заправо указује на образац површних и непродуктивних истрага које је полиција УНМИК-а спроводила у вези са убиствима и нестанцима на Косову.³⁰

Такође, Саветодавно веће је у овим предметима закључило: "... да је УНМИК, као територијална управа на Косову од 1999. године до 2008. године, имао примарну одговорност да ефикасно истражи и кривично гони лица одговорна за убиства, отмице/нестанке у околностима опасним по живот. Његов пропуст да то учини представља даље озбиљно кршење права жртвава и њихових сродника, поготово права на утврђивање чињеница."³¹

Према становишту Саветодавног већа, према Резолуцији СБУН-а 1244 (1999), Уједињеним нацијама је дата пуна законодавна и извршна власт за привремену управу на Косову, укључујући спровођење правде. Сва законодавна и извршна власт, између осталог и контрола над правосуђем, поверена је Специјалном представнику Генералног секретара ("шефу" УНМИК-а).³² Тако је УНМИК имао суштински иста овлашћења као и држава. Међутим, иако је постао сурогат држава, то је урадио без усвајања демократских принципа као што су: подела власти, контроле, равнотеже и независни надзорни механизми који су познати у уставним системима.³³

У анализираним одлукама Саветодавно веће констатује да је одговорност УНМИК-а која се тиче спровођења правде на Косову и Метохији престала завршила 9. децембра 2008. године, да УНМИК стога није више у могућности да предузима мере које ће имати директан утицај на истраге које су још увек "на чекању" пред ЕУЛЕКС-ом или локалним властима. Такође, након једностраног проглашења независности од стране *de facto* власти на Косову и Метохији 17. фебруара 2008. Године, УНМИК је престао да врши извршну власт на Косову и Метохији. Веће је констатовало да је та чињеница ограничила могућност УНМИК-а да пружи пуну и ефикасну репарацију за извршену повреду права, како је то прописано утврђеним начелима међународног права о људским правима. Ипак, Веће сматра да ова чињенична ситуација не ослобађа УНМИК од одговорности да исправи, што је могуће више, последице кршења права за која је одговоран.³⁴ Шта више, Веће је положај УНМИК-а, након престанка његовог извршног мандата, уподобио "ситуацијама

³⁰ В. одлуку Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09, § 101, *Булатовић против УНМИК-а*, бр. 166/09, §§ 85 и 101, и др.

³¹ В. одлуку Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09, § 104. и др.

³² В. чл. 2. "УНМИК/УР/999/1, О закону примењивом на Косову".

³³ *The Human Rights Advisory Panel, History and Legacy, Kosovo, 2007-2016*, Pristina, 27.

³⁴ В. одлуку Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09, §§ 106. и 107. и др.

ограничене надлежности државе,³⁵ обавезујући УНМИК да... "уз сва дипломатска средства која су му доступна у односу на надлежне косовске органе, добије уверавања да ће истраге које се односе на случај који се овом приликом разматра бити настављене у складу са захтевима ефикасне истраге предвиђеним чланом 2, да ће се утврдити околности везане за отмицу и убиство (име и презиме жртве) и да ће починиоци бити изведени пред лице правде."³⁶

Меритуми у свим наведеним одлукама Саветодавног већа гласили су истоветно:

" Веће, једногласно,

1. закључује да је дошло до кршења процедуралне обавезе ходно члану 2. Европске конвенције о људским правима;

2. препоручује да УНМИК:

а. тражи од надлежних органа на Косову да предузму све могуће кораке како би осигурали да се кривична истрага у вези са отмицом и убиством (име и презиме жртве) настави у складу са чланом 2. ЕКЉП и да починиоци буду изведени пред лице правде;

б. јавно призна, између осталог и путем медија, одговорност за свој пропуст да спроведе ефикасну истрагу у вези са отмицом и убиством (име и презиме жртве) и јавно се извини жалиоцу;

в. предузме одговарајуће кораке за исплату одговарајуће надокнаде жалиоцу за претрпљену моралну штету у вези са установљеним повредама члана 2. ЕКЉП;

г. предузме одговарајуће кораке ка остваривању потпуног и свеобухватног програма репарације;

д. Предузме одговарајуће кораке у Уједињеним нацијама као гаранцију да се иста ситуација неће поновити;

ђ. Одмах предузме ефикасне мере за примену препорука Већа и обавести жалиоца и Веће о даљем развоју овог предмета."³⁷

³⁵ В. Пресуду ЕСЉП, *Иласку и остали против Молдавије и Русије*, бр. 48787/99, § 333.

³⁶ В. одлуку Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09 и др.

³⁷ Вид. одлуку Саветодавног већа за људска права: *Челић против УНМИК-а*, бр. 260/09 и др.

Мандат Већа престао је 2016. године. УНМИК ни у једном кварталном извештају, које у складу са Резолуцијом 1244, редовно подноси СБ ОУН, није презентовао ни једну чињеницу о раду Већа, нити било коју одлуку која указује на одговорност УНМИК-а поводом бројних присилних нестанака и убиства Срба на Косову и Метохији и повреде чл. 2. и 3. Европске конвенције за људска права. Такође, УНМИК одбија да поступи по препорукама у одлукама Већа поводом присилних нестанака и убиства Срба на Косову и Метохији и повреде чл. 2. и 3. Европске конвенције за људска права.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Упркос чињеници да је на Косову и Метохији ограничен суверенитет Републике Србије, како због ограничења садржаних у резолуцији СБ ОУН бр. 1244, тако и због једностране примене и тумачења тог правног извора од стране УНМИК-а, апсурдно је да на овој територији, на којој су људска права изузетно угрожена, не постоји међународно обавезујући механизам заштите људских права. С обзиром да територија Косова и Метохије није чланица Савета Европе, она нема уговорни капацитет на основу кога би приступила Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и засновала надлежност Европског суда за људска права. Истина, Државна заједница Србија и Црна Гора, приступила је овој конвенцији 2003. године, и то без територијалних резерви³⁸, но како конкретне повреде људских права, које су предмет овог рада, нису починили органи Републике Србије, већ УНМИК и *de facto* власти на Косову и Метохији, то би евентуалне представке пред Европским судом за људска права, биле одбачене због неприхватљивости *ratione personae*. Специјални представник "у име УНМИК-а", закључио "технички споразум" са Саветом Европе у вези Оквирне конвенције о заштити националних мањина", који је ступио на снагу 23. 8. 2004. године", и да на основу чл. 2.2. тог споразума, УНМИК подноси извештај Савету Европе. Интересантно је да УНМИК није нашао за сходно да сличан споразум са Саветом Европе закључи у вези Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У вези стим, мишљења сам да би Република Србија требала, позивајући се на конкретне одредбе Резолуције СБ ОУН бр. 1244, које потврђују њен територијални интегритет и суверенитет и које је обавезују на заштиту

³⁸ В. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ("Службени лист СЦГ - међународни уговори", бр. 13-9 од 1.12. 2003. год.).

и унапређење људских права³⁹, као и на једнострано обавезивање УНМИК-а на поштовање људских права, да званично затражи да УНМИК закључи неку врсту "техничког споразума", са Саветом Европе, којим би била заснована надлежност Европског суда за људска права поводом повреда људских права које се могу приписати УНМИК-у и de facto властима на Косову и Метохији.⁴⁰ Поље примене Конвенције *ratione temporis*, не би се нужно односило само на повреде права настале након ступања на снагу евентуално потписаног "техничког споразума. Наиме, у случају да је повреда права произашла из чињеница насталих пре овог датума, при чему су ове чињенице проузроковале континуирано кршење људских права, односно, уколико повреда права још увек траје, имајући у виду праксу Европског суда за људска права⁴¹, у погледу повреде права на мирно уживање имовине на Косову и Метохији, у случају када су оне континуиране, као и у случајевима фактичке повреде права на мирно уживање имовине, какви су и најмасовнији, примена Конвенције протезала би се и на повреде права настале у времену које је предходило евентуалном приступу овом међународном механизму заштите људских права.⁴²

Према становишту Саветодавног већа, одговорност УНМИК-а за присилне нестанке и убиства на Косову и Метохији, произилази како из природе његовог мандата (територијална управа која у име државе врши сву власт – "сурогат држава", када привремена међународна управа добија неке атрибуте суверене власти, која је карактеристична само за државе)⁴³, тако и из једностраног обавезивања УНМИК-а да у погледу поштовања људских права примењује међународне стандарде садржане у релевантним правним изворима, укључујући и Европску повељу о људским правима.⁴⁴ У правној теорији једнострани правни акти међународних организација

³⁹ Вид. т. 11. 10. Резолуције СБ ОУН бр. 1244.

⁴⁰ Супротно, да је приступање чланству Савета Европе "Косова као државе", једини пут за заснивање надлежности Европског суда за људска права, в. Ibrahim Islami, *The insufficiency of international legal personality of Kosova as attained through the European court of human rights: a call for statehood*, Chicago-Kent law review, 23(2005), 96.

⁴¹ В. пресуде ЕСЉП, *Варнава и остали против Турске*, бр. 16064/90 од 18. септембра 2009. и *Kunar против Турске*, бр. 25781/94, од 10. маја 2001.

⁴² Вид. пресуду ЕСЉП, *Paramichalopoulos и остали против Грчке*, пресуда од 24. јуна 1993, Серија А бр. 260-В.

⁴³ Б. Милисављевић, *Нове мировне мисије Организације уједињених нација*, Београд, 2007, 179.

⁴⁴ *Report of the Secretary General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, UN S/1999/779*, st. 42, од 12. јула 1999.

представљају један од основа њене одговорности.⁴⁵ Поред тога, у теорији је заступљено и мишљење да је извор међународног права жртва кршења хуманитарног права на репарације садржан у међународном обичајном праву. Најзначајнији извор међународног права, који свеобухватно појмовно и садржајно одређује право на репарације су Основна начела и смернице у вези са правом на правни лек и репарације за жртве тешких кршења међународног права људских права и озбиљних кршења међународног хуманитарног права (Основна начела). Израду овог документа иницирала је Комисија Уједињених нација за људска права, након чега је он усвојен у форми резолуције у Генералној скупштини Уједињених нација.⁴⁶ Према одредбама Основних начела, репарације обухватају право на: реституцију, компензацију, рехабилитацију, сатисфакцију и гаранцију непонављања. Реституција између осталог обухвата, када је то могуће, враћање на слободу, повратак у место боравка, обнављање запослења, повратак имовине, уживање људских права.⁴⁷ Компензација представља накнаду за сваку економски мерљиву штету, пропорционалну тежини повреде и околностима кршења људских права, као што су: физичке или психичке повреде, материјална штета, губитак зараде, губитак могућности остваривања прихода, нематеријална штета, трошкови правне помоћи, психочошке и социјалне услуге, лекова и медицинских услуга.⁴⁸ Рехабилитација обухвата медицинску и психолошку негу и социјалне услуге.⁴⁹ Сатисфакција обухвата делотворне мере усмерене на обустављање даљег кршења права, јавно објављивање истине, потрагу за несталим, званична изјава или судска одлука којом се враћају достојанство, углед и права жртва и лица блиских жртвама, јавно извињење, укључујући и признање чињеница и прихватање одговорности, кривичне и административне санкције против лица одговорних за кршење права, комеморацију и одавање почаста жртвама, укључивање тачног описа кршења људских права у образовне материјале.⁵⁰ Гаранције непонављања, према овом документу подразумевају мере које могу допринети превенцији злочина: ефикасна цивилна контрола

⁴⁵ Т. Папић, *Одговорност међународних организација*, Београд, 2019, 129-134, Т. Папић, *Међународне обавезе међународних организација*, Правни записи, Београд, 2 (2014), 370-374 и даље.

⁴⁶ Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 16.12.2005.

⁴⁷ Вид. т. 19. Основних начела.

⁴⁸ Вид. т. 20. Основних начела.

⁴⁹ Вид. т. 21. Основних начела.

⁵⁰ Вид. т.22. Основних начела.

војних и безбедносних снага, поштовање стандарда права на правично суђење, промовисање људских права и сл.⁵¹

Уколико би се стало на становиште да је УНМИК, барем за време трајања извршног мандата, био "сурогат држава", онда се његови акти, правни положај, па тиме и одговорност за присилне нестанке и убиства, имају уподобити са одговорношћу државе. Када је у питању грађанскоправна одговорност, то значи да би за штету насталу смрћу, или телесном повредом или пак принудним нестанком, услед аката насиља или терора, ко и приликом јавних демонстрација или манифестација, одговарао УНМИК, као територијална управа са свим надлежностима државне власти на територији АП Косово и Метохија. Основ ове одговорности саржан је како у унутрашњем праву – чл. 180. Закона о облигационим односима^{52,53}, односно у оним правним нормама које је УНМИК сматрао "важећим"⁵⁴, тако и у међународном праву – једностраним обавезивањем УНМИК-а и међународним изворима релевантног права. Чињеница да је УНМИК сопстеном квазизаконодавном регулативом сам себи доделио кривични и грађански имунитет,⁵⁵ не може бити од значаја у случају одговорности УНМИК-а за тешке облике кршења људских права, јер имунитет има смисла за да их заштите од једностраног мешања поједине владе државе у којој се страна мисија налази, и у том смислу је циљ имунитета да обезбеди ефикасан рад међународних организација. Чињеница да је УНМИК деловао као сурогат држава значила би да је имунитет требало да штити УНМИК од самога себе, што је неприменљив апсурд.⁵⁶

⁵¹ Вид. т. 23. Основних начела.

⁵² Према квазизаконодавној политици УНМИК-а, која је подразумевала да су на Косову и Метохији "у примени" закони који су били на снази до 22. марта 1989. године, примењивао се текст Закона о облигационим односима, "Сл.лист СФРЈ", 29/78 и 39/85.

⁵³ Више о одговорности државе за штету од аката јавног насиља, са даљим упућивањем, в. М. Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 198-207.

⁵⁴ О важећем праву према квазиправној законодавној политици УНМИК-а, в. Д. Челић, *Нормативна делатност УНМИК-а – прилог владавини неправна на Косову и Метохији, Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности, Тематски зборник - пројекат*, В. Боранијашевић, Косовска Митровица, 2016, 147-162.

⁵⁵ В. "UNMIK Regulation No. 2000/47, On the Status, Privileges and Immunities of KFOR and UNMIK and Their Personnel in Kosovo", од 18. 8. 2000.

⁵⁶ Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1, on the compatibility with recognized international standards of UNMIK Regulation No. 2000/47 on the Status, Privileges and Immunities of KFOR and UNMIK and Their Personnel in Kosovo, Pristina, 2000, 8,

Одговорнист пак *de facto* властима Косову и Метохији, поводом присилних нестанака и убиства и других облика кршења људских права, заснива се на принципу квази-правног континуитета, преузетог једностраним обавезивањем⁵⁷, као и на принципу *de facto* континуитета са "привременим институцијама самоуправе", које је су деловале "под кишобраном" УНМИК-а до 17. фебруара 2008. године. након чега су наставиле да делују изван правног оквира заснованог Резолуцијом савета безбедности бр. 1244 и квазиправном регулативом УНМИК-а. На то упућује и одговор Специјалног представника Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију, упућен *Amnesty International*, након што је ова организација затражила од УНМИК-а да подносиоцима представки-породицама жртава, пружи хитну репарацију за претрпљено зло, укључујући и реституцију, рехабилитацију, задовољење и гаранције непоновљивости, како је одређено у чл. 19-23 Основних принципа. Наиме, у оговору "шефа УНМИК-а" наведено је између осталог: "како је непобитна чињеница да су престала да важе овлашћења УНМИК-а за исплату нематеријалне штете и да су она сада пренета на локалне власти на Косову које су преузеле искључиву контролу над државном управом на Косову."⁵⁸ То разуме се, не екскулпира УНМИК за присилне нестане, убиства и одсуство истрага у периоду у коме је имао извршни мандат, као и за непримерену тишину у којој је завршен мандат Саветодавног већа а резултети његовог рада скривени у "бироократској тами" ОУН УНМИК-а⁵⁹ али и власти о чијим грађанима је реч.⁶⁰

⁵⁷ Вид. чл. 145. "Устава Косова".

⁵⁸ Из писма које је Специјални представник Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију ("шеф УНМИК-а") упутио *Amnesty International*, 14.3.2013, в. *Amnesty International, Kosovo: UNMIK's Legacy The Failure to Deliver Justice and Reparation to the Relatives of the Abducted*, 2013, 26, <https://www.amnesty.org/download/Documents/16000/eur700092013en.pdf>, 14.6.2020.

⁵⁹ Према т. 20. Резолуције СБ ОУН бр. 1244, Генерални секретар овлашћен је да Савету безбедности подноси кварталне извештаје о спровођењу резолуције. До сада је Савету Безбедности поднето 76 извештаја. Ни у једном извештају није поменута активност нити налази Саветодавног већа, иако је оно деловало у саставу УНМИК-а и редовно публиковале годишње извештаје !?!

⁶⁰ Истражујући записнике са седница Савета безбедности ОУН на којима су разматрани извештаји Генералног секретара о раду УНМИК-а, нисмо забележили никакву реакцију званичних представника Републике Србије на поменутим седницама, нити било какав интерес у вези одлука Саветодавног већа, односно у вези одговорности УНМИК-а за присилне нестане и убиства која су се догодила за време трајања његовог извршног мандата.

Duško Čelić, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law
University of Pristina - Kosovska Mitrovica

RESPONSIBILITY OF THE UNITED NATIONS INTERIM
ADMINISTRATION MISSION IN KOSOVO AND METOHIA (UNMIK)
FOR THE FORCED DISAPPEARANCE AND MURDER OF SERBS
AFTER JUNE 10, 1999 – THE FORGOTTEN LEGACY OF THE
HUMAN RIGHTS ADVISORY COUNCIL

Summary

On the occasion of the 20th anniversary of the establishment of the United Nations Interim Administration in Kosovo and Metohia (UNMIK), the author has decided to point out some aspects of its responsibility for enforced disappearances and killings that were carried out systematically and en masse in Kosovo and Metohia, mostly against Serbs, by members of the so-called. "Kosovo Liberation Army". First of all, the author tried to shed light on the issue of UNMIK's responsibility for reparations to victims, that is the families of victims.

The paper analyzes the "legal legacy" of the Human Rights Advisory Panel (HRAP), which was established in 2006 as an independent UNMIK body mandated to make decisions on human rights violations during UNMIK's executive mandate. Regarding numerous cases of enforced disappearances and killings of Serbs and non-Albanians in Kosovo and Metohia, the HRAP has received 248 requests and in 233 cases (93%) found a violation of Art. 2 and 3 of the European Convention on Human Rights and has proposed measures to eliminate or rather alleviate these violations. None of these decisions have been executed and the work of the Council has been completed in silence inappropriate to the norms of civilization.

Key words: Enforced disappearances and killings in Kosovo and Metohia, UNMIK-Human Rights Advisory Panel (HRAP), UNMIK responsibility for enforced disappearances and killings.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Islami I., *The insufficiency of international legal personality of Kosova as attained through the European court of human rights: a call for statehood*, Chicago-Kent law review, 23(2005);

Јакшић А., *Европска конвенција о људским правима, Коментар*, Београд, 2006;

Караникић Мирић М., *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013;

Маринковић Т., Појам закона у пракси Европског суда за људска права, *Номотехника и првничко расуђивање*, Р. Васић, Београд, 2018;

Милисављевић Б., *Нове мировне мисије Организације уједињених нација*, Београд, 2007;

Папић Т., *Одговорност међународних организација*, Београд, 2019;

Папић Т., *Међународне обавезе међународних организација*, Правни записи, Београд, 2 (2014);

Поповић Д. и др. *Коментар конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2017;

Пјевач Д., Челић Д., *Ратни злочини над Србима у Хрватској 1991-1995, Ратни злочини над Србима на Косову и Метохији 1998-2004*, Београд, 2019;

Челић Д., Нормативна делатност УНМИК-а – прилог владавини неправда на Косову и Метохији, *Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности, Тематски зборник - пројекат*, В. Боранијашевић, Косовска Митровица, 2016, 147-162;

Crimes comitted bu Albanian terrorists in the territory of A.P. Kosovo and Metohija since 10 June, Document and Evidence, Part One and Part Two, Federal Republic of Yugoslavia, Federal Ministry of foreign affairs, Belgrade, 2000;

Persons missing in relation to the events in Kosovo from Januariu 1998 (2nd edition issued in March 2001.), International Committee of the Red Cross Geneve, 2000;

Отмице и нестанци не-Албанаца на Косову, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2001;

Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009;

CRUCIFIED KOSOVO destroyed and desecrated Serbian orthodox churches in Kosovo and Metohia (June-October 1999) РАСПЕТО КОСОВО уништене и оскрнављене српске православне цркве на Косову и Метохији, друго проширено и допуњено издање, Глас Косова и Метохије, Београд 1999;

Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију, Влада Републике Србије, усвојена 8. 4. 2010, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 14.6.2020.

OSCE – MISSION IN KOSOVO AND METOHIA, Eight years after Minority returns and housing and property restitution in Kosovo, Pristina, 2007, <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/26322.pdf>,

<http://www.kirs.gov.rs/docs/komisijazanestalalica/Komisija%20za%20nestala%20lica.pdf>, 16.6.2020;

Venice Commission, Opinion on Human Rights in Kosovo: Possible Establishment of Review Mechanisms*, CDL-AD (2004)033, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)033-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)033-e), 14.6.2020.

Venice Commission, The Human Rights Situation in Kosovo: Background information and issues for discussion*, CDL-DI(2004)001-e, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-DI\(2004\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-DI(2004)001-e), 14.6.2020;

Concil of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1417(2005), <https://pace.coe.int/pdf/264ff9c77f6bce5f04cece4be64dee3eaa44de573326667a8259ffe25682ae848428feba12/resolution%201417.pdf>, 14.6.2020;

Amnesty International, Kosovo: UNMIK's Legacy The Failure to Deliver Justice and Reparation to the Relatives of the Abducted, 2013, <https://www.amnesty.org/download/Documents/16000/eur700092013en.pdf>, 14.6.2020;

Report of the Secretary General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, UN S/1999/779;

The Human Rights Advisory Panel, History And Legacy, Kosovo, 2007-2016, Pristina, 2016;

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147;

Resolution SC 1244, S/RES/1244 (1999), [https://undocs.org/S/RES/1244\(1999\)](https://undocs.org/S/RES/1244(1999)), 14.6.2020;

Закон о облигационим односима, "Сл.лист СФРЈ", 29/78 и 39/85;

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ("Службени лист СЦГ - међународни уговори", бр. 13-9 од 1.12. 2003. год.);

"УНМИК/УР/999/1, О закону примењивом на Косову";

"УНМИК/УР/2001/9, Уставни оквир за привремену самоуправу на Косову";

"UNMIK Regulation No. 2000/47, On the Status, Privileges and Immunities of KFOR and UNMIK and Their Personnel in Kosovo";

"УНМИК/УР/2006/12, О оснивању саветодавног већа за људска права."

"Правилник Саветодавне комисије за људска права";

"Устав Косова";

Пресуде ЕСЉП:

48787/99; *Иласку и остали против Молдавије и Русије*, бр.

Варнава и остали против Турске, бр. 16064/90;

Кипар против Турске, бр. 25781/94;

Rapatichalorouilos и остали против Грчке, Серија А бр.

260-В;

Одлуке Саветодавног већа за људска права:

Челић против УНМИК-а, бр. 260/09;

Милогорић и остали против УНМИК-а, бр. 38/08;

Бериша и остали против УНМИК-а, бр. 27/08;

Лалић и остали против УНМИК-а, бр. 09/08;

Булатовић против УНМИК-а, бр. 166/09.

ФОРМА ЈАВНО ПОТВРЂЕНЕ ИСПРАВЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт

Поновно увођење јавног бележництва има за последицу бројне новине у правном систему Републике Србије, чији број се константно увећава¹ Једна од тих новина, истовремено и најочигледнија, јесте увођење нове форме у правни промет, форме јавнобележничке исправе² У првом плану истичу се јавнобележнички запис и јавнобележнички потврђена (солемнизована) приватна исправа. У раду пажњу посвећујемо форми солемнизоване приватне исправе у нашем праву, својству и практичном значају, као и односу са осталим јавнобележничким формама. На крају, одважићемо се да предложимо другачија решења у односу на постојећа у нашем праву.

Кључне речи: солемнизација, форма уговора, јавна исправа, извршна исправа.

1. УВОД

У прошлости, неразвијеност друштвеноекономских односа и утицај религије на право били су главни узроци који су довели до усвајања формализма у архаичним правним системима.³ Принцип формализма као препознатљиво обележје римског права, опстаје и у средњем веку.⁴ Временом, њега су почели нападати правници, да би крајем 16. века коначно превагнуо принцип *solo consensus obligat* и од тада важи схватање да су уговори неформални.⁵ Данас консензуализам представља правило и полазећи од начела аутономије воље, уговарачи су слободни да већину уговора закључе у форми по свом избору и тада говоримо о неформалним уговорима. Истовремено, формализам данас има другачију сврху, па тако постављајући захтев да се уговор закључи у одређеној форми уговарачима се намеће додатни услов за

* Студент докторских студија, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, bosko.trivunovic@gmail.com.

¹Јавно бележничество је у наше право уведено Законом о јавним бележницима од 11. септембра 1930. године („Службене новине Краљевине Југославије“ бр. 220/1930), па је укинута одлуком АВНОЈ-а од 17. новембра 1944. године, која је касније потврђена Законом о потврди одлука и закона пре 1. децембра 1945. године („Службени лист ДФЈ“ бр. /1946).

²Закон о јавном бележничству – ЗЈБ, („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015), чл. 6.

³ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964, 12 и даље.

⁴ С. Перовић, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд, 1975, 13.

⁵ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2014, 115.

његову пуноважност, у циљу заштите јавних и приватних интереса.⁶ С друге стране, негативни аспекти формализма су успоравање промета, додатни трошкови за уговараче, повећање броја ништавих уговора, фаворизовање лошег понашања, несагласност исказане и стварне воље уговарача. Између позитивних и негативних страна мора се успоставити равнотежа јер се путем формалних уговора ограничава аутономија воље.⁷ У контексту форме, установа јавног бележничтва врши три функције: аутентификациону, упозоравајућу и доказну.⁸ Аутентификациона функција се врши тако што форма пружа гаранције да је правни посао предузело лице означено у исправи и да је текст исправе подударан са изјављеном вољом, односно тиме се пружају веће гаранције о истинитости у односу на остале форме.⁹ Упозоравајућа функција, са једне стране, штити приватни интерес тиме што поштовањем одређених формалности у предузимању правног посла учеснику додатно ставља до знања да тај посао производи значајне правне последице и штити га од пренагљених поступака.¹⁰ С друге стране, јавни интерес штити тиме што ће јавни бележник¹¹ утврдити праву вољу учесника, поучити их о правним последицама, а затим њихову вољу унети у исправу.¹² Доказна функција нужно проистиче из својства јавнобележничких исправа које имају својство јавних исправа. Тиме се доприноси економичности поступка и образлаже се потребом заштите поуздања у законитост рада јавних бележника.¹³ Испуњење наведених функција врши се уз примену три врсте форми: легализацијом исправе, потврђивањем (солемнизацијом) исправе и сачињавањем јавнобележничког записа. Солемнизација је јавнобележничка радња на основу које приватна исправа о правном послу добија доказну снагу јавне исправе и по својој правној природи она је средина између овере потписа (легализације) и

⁶ У том смислу: „Док је у римском праву ритуални формализам служио да присутни учесници упамте садржај уговора, дотле савремена форма служи истом циљу са модификацијом да се сада садржај евидентира не у људском памћењу, већ у форми, у објективним (и трајно забележеним) знацима уговора“, Ј. Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2009, 305.

⁷ Супротно: „Уствари у модерним правима формални уговор није супротност конзесуалном уговору јер су и формални правни послови конзесуални с обзиром на то да се закључују сагласношћу воља.“ А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд, 1978, 199.

⁸ Више у Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014, 28 и даље.

⁹ *Ibid.* 29.

¹⁰ „С правом се узима да изјављивање воље у нарочитој форми ствара код изјављивача неко пословно расположење, у коме треба сваки да се налази кад правне послове предузима, те да вољу не изјављује пренагљено, него са хладним расуђивањем.“ Д. Аранђеловић, *О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш Грађански законик*, Београд 1911, 7.

¹¹ У даљем тексту користимо формулацију бележник и бележничтво.

¹² Закон о ванпарничном поступку - ЗВП ("Сл. гласник СРС", бр. 25/82 и 48/88 и "Сл. гласник РС", бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон), чл. 172.

¹³ Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, *Јавнобележничко право* (ур. Драгор Хибер) Београд, 2005, 113.

јавнобележничког записа.¹⁴ Наш законодавац за ову радњу користи називе оверавање нејавне исправе и потврђивање исправе.¹⁵

2. СОЛЕМНИЗАЦИЈА У СРПСКОМ ПРАВУ

У нашем праву неформалност представља правило, осим ако није другачије предвиђено у конкретном случају.¹⁶ Када говоримо о изузецима, они нису обједињени у оквиру једног закона.¹⁷ Законодавац је правило формулисао од општег ка посебном да би систем права учинио што кохерентнијим.¹⁸ С друге стране, у одређивању поља примене солемнизације примењен је обрнут приступ. То видимо по томе што ЗЈБ одређује правне послове када је солемнизација обавезна.¹⁹ Истовремено, исти закон одређује и правне послове када је јавнобележнички запис обавезна форма.²⁰ Дакле, одмах су одређени посебни случајеви, а све мимо тога спада у општи домен неформалности. Следствено, а сходно начелу слободе уговарања, адресати могу да мимо наведених случајева закључују послове у форми коју уговоре.²¹

¹⁴ Д. Ђурђевић (2014), 229.

¹⁵ Упор. ЗЈБ чл. 92 и ЗВП чл. 184.

¹⁶ ЗОО, чл. 67.

¹⁷ Упор. Закон о облигационим односима – ЗОО ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 18/2020), чл. 630 и Закон о наслеђивању – ЗОН ("Сл. гласник РС", бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015), чл. 184.

¹⁸ У том смислу: „Замишља се да идеалан систем права не би требало да има изузетака, или ако их мора имати, да би требало да их буде што мање“ Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1970, 386.

¹⁹ ЗЈБ, чл. 93. Уговор о промету непокретности, уговор о хипотеци и zaloжна изјава ако не садрже изричиту изјаву обвезаног лица да се, по доспелости обавезе, може непосредно спровести принудно извршење и уговор којим се заснивају стварне и личне службености.

²⁰ ЗЈБ, чл. 82. Уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица, споразум о законском издржавању, у складу са законом и уговор о хипотеци односно zaloжна изјава ако садрже изричиту изјаву обвезаног лица да, може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем. Поред наведених и јавнобележничко завештање. Вид. ЗОН чл. 111а. У Републици Српској ова форма је обавезна код правних послова о регулисању имовинских односа између супружика и између ванбрачних партнера, располагања имовином малолетних и пословно неспособних лица, уговора о поклону који се састоје у чињењу, с тим што се недостатак форме у овом случају надомешта извршењем обеаног чињења, преноса стварних права на непокретностима и оснивачка акта привредних друштава. Вид. Закон о нотарима Републике Српске („Службени гласник републике Српске“ бр. 56/04) чл. 68.

²¹ ЗОО, чл. 69.

2.1 Солемизација до увођења бележништва у правни систем Републике Србије

Језички, иако израз представља новину у нашем праву, овај поступак се спроводио и пре увођења јавног бележништва. Тако је била обавезна овера уговора о промету непокретности од стране радника суда под претњом санкције ништавости.²² Последица је била да садржина уговора искључиво зависи од уговарача и неретко је била ништава.²³ То даље значи да уговор није постао јавна исправа моментом овере, већ да је карактер јавне исправе имала само клаузула о овери. Истовремено, у погледу одређених правних послова постојао је посебан ванпарнични поступак који је представљао услов пуноважности.²⁴ Судија је морао да учесницима прочита исправу и објасни правне последице па тек онда да изврши оверу, уз обавезу да о свему наведеном сачини записник и клаузулу о овери. У поступку судија је могао утврдити да ли садржина исправе одговара вољи учесника и да ли садржи све битне елементе у складу са императивним прописима и јавним поретком. Уговор настаје тек у тренутку када судија потврди његову садржину и тада приватна исправа постаје јавне исправа.²⁵ Иако је формулација у оба случаја иста (говори се о овери), евидентно је да она није исправна у случајевима када поступа судија јер тада се не ради о оверавању већ о потврђивању уговора.²⁶

2.2 Солемизација након увођења бележништва у правни систем Републике Србије

Анализирајући правне послове за које је законом предвиђена форма солемизације, закључак је да су најзначајнији они којима се врши промет стварних права на непокретностима. Критеријум није новчана вредност, јер постоје покретне ствари са огромном вредношћу (бродови, авиони и сл.), већ њихова релативно мала учесталост у свакодневном животу већине

²² Закон о промету непокретности - ЗОПН („Службени гласник РС“ бр.42/1998 и 111/2009)

²³ Наведено илуструјемо примером уговора овереног у суду у Новом Саду ОВ1 37748/2003 у ком члан 2 гласи: „Продавац и Купац сагласно изјављују да им позната чињеница да је ово земљиште у друштвеној својини и да није у промету тј. да се налази ван промета“ Затим у члану 3: „Полазећи од претходно наведеног продавац продаје, а купац купује...“

²⁴ Уговор о доживотном издржавању, о расподели имовине за живота и брачни уговор. Вид. ЗОН чл. 184 и 195, Породични закон - ПЗ („Службени гласник РС“ бр. 18/2005, 72/2011) чл. 179, 188 и 189. Наше право је предвиђало посебан поступак за менично обавезивање неписменог или слепог лица. Разлика у односу на ЗОН и ПЗ је што поступак није морао да спроводи судија и није обавезно поучавање о правним последицама. Вид. Закон о меници - ЗОМ („Службени лист ФНРЈ“ бр. 104/46, „Службени лист СФРЈ“ бр. 16/65, 54/70 и 57/89, „Службени лист СРЈ“ бр. 46/96 и „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 - Уставна повеља) чл. 103 и 104.

²⁵ З. Балиновац, О. Антић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 483.

²⁶ Д. Бурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2012, 250, фн 27.

појединаца.²⁷ У погледу форме уговора којима се врши промет непокретности, од увођења бележничтва, у врло кратком периоду извршено је више измена прописа да би се стигло до тренутног стања. Првобитни Закон о јавном бележничтву из 2011. године, предвиђао је да се ти уговори закључују у форми јавнобележничког записа или у форми овере потписа, која је и до тада важила.²⁸ То би трајало две године од почетка примене, након чега би се примењивала само солемнизација, осим у случајевима располагања непокретностима од стране пословно неспособних лица.²⁹ У тим случајевима би се примењивао јавнобележнички запис.³⁰ Иако текст закона није ступио на снагу, изменама из 2013. године, укинута је конкурентност форми, те је као једина форма за предвиђен јавнобележнички запис.³¹ Убрзо након почетка примене ЗЈБ-а (01.09.2014.), адвокати ступају у штрајк са захтевом да се измени закон и да им се омогући састављање уговора о промету непокретности. Током трајања штрајка извршена је нова измена закона којим је краткотрајно враћен систем конкурентних форми какав је био предвиђен законом из 2011. године.³² Коначно, усвајањем данас актуелног решења окончан је штрајк адвоката.³³ Убрзо се наметнуло питање да ли уговори о промету непокретности могу бити закључени у форми јавнобележничког записа и да ли такав уговор представља подобну исправу за упис права у катастру непокретности.³⁴ Иако је Врховни касациони суд дао позитиван одговор,³⁵ службе за катастар непокретности су махом заузеле став да не спроводе уговоре у форми јавнобележничког записа па се по линији мањег отпора усталила примена солемнизације. Тада је Републички геодетски завод (РГЗ) могао поступати на такав начин.³⁶

У међувремену је донет Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова по коме је РГЗ то право изгубио.³⁷ Разлог за промену јесте што законодавац сматра да је контрола законитости извршена приликом

²⁷ Н. Kötz, *European Contract Law, Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford, 1997, 89.

²⁸ Закон о јавном бележничтву („Службени гласник РС“ бр. 31/2011), чл. 83.

²⁹ Ibid. чл. 181.

³⁰ Ibid. чл. 92.

³¹ „Службени гласник РС“ бр. 19/2013.

³² „Службени гласник РС“ бр. 121/2014.

³³ Протест је почео 17.09.2014. године одлуком Адвокатске коморе Србије – АКС, доступно на: <https://akv.org.rs/wp-content/uploads/2018/12/glasnik-vanredni-broj.pdf> (приступ 23.10.2019.) и окончан је 26.01.2015. године споразумом закљученим између АКС и Министарства правде. Споразум <https://www.drzavnauprava.gov.rs/vest/7916/postignut-sporazum-strucnih-timova-advokatske-komore-srbije-i-ministarstva-pravde-republike-srbije.php> (приступ 23.10.2019.)

³⁴ Више у М. Караникић Мирић „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“ *Српска политичка мисао*, Београд, 2015, бр. 2/2015.

³⁵ Правни став грађанског одељења Врховног касационог суда усвојен на седници 25.10.2016. године – ПСВКС (Paragraf Lex приступ 09.10.2019.).

³⁶ Закон о државном премеру и катастру - ЗДПК („Службени гласник РС“ бр. бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 - одлука УС, 96/2015, 47/2017 - аутентично тумачење, 113/2017 - др. закон)

³⁷ Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова - ЗУКН („Службени гласник РС“ бр. 41/2018, 95/2018 и 31/2019), чл. 3.

издавања исправе. Ово практично значи да је РГЗ дужан да спроведе промену уколико је уговор закључен у форми јавнобележничког записа. У тој ситуацији, једина могућност јесте да се изврши спровођење промене и да евентуално РГЗ обавести орган надлежан за покретање поступка поништаја правног посла као и јавног тужиоца, уз истовремени упис забележбе о томе.³⁸ Уколико би се наведено десило сматрамо да је захтев за поништај неоснован. Агументацију проналазимо у томе што су судска пракса и правна наука заузеле став да уговори закључени у форми јавнобележничког записа представљају исправу подобну за упис права својине на непокретностима.³⁹ Додатни аргумент ванправног карактера јесте да је увођење солемнизоване форме као обавезне последица штрајка адвоката.⁴⁰

3. ОДНОС СА ОСТАЛИМ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИМ ФОРМАМА

3.1. Солемнизација и легализација

Легализација је поступак којим се потврђује да потпис на исправи потиче од одређеног лица.⁴¹ Следствено томе, бележник се не упушта у садржину исправе и не одговара за њен садржај па исправа остаје приватна.⁴² Једино клаузула о овери има својство јавне исправе. Међутим, постоје и одређена ограничења у погледу садржине исправе што је последица примене начела савесности и поштења.⁴³ Циљ легализације јесте да се осигура аутентичност исправе, нарочито у случајевима када она представља основ за упис у јавне регистре и тиме се додатно учвршћује начело поуздања. Супротно томе, у поступку солемнизације бележник мора да води рачуна о форми приватне исправе а нарочито о томе да њена садржина одговара вољи учесника и да је у складу са императивним прописима и јавним поретком.⁴⁴ То је уједно основна разлика између ових форми. Због тога законодавац легализацију назива овером потписа, а солемнизацију овером нејавне исправе чиме се наглашава да делатност бележника није усмерена само на потпис као један од елемената исправе, већ се протеже на целокупан садржај исправе.⁴⁵ Европска законодавства не праве разлику између овере и потврђивања садржине правног посла, док теорија прави ту разлику.⁴⁶

³⁸ ЗУКН, чл. 15 и 32.

³⁹ Упор. С. Перовић (1964) 77-87, М. Караникић Мирић (2015) 313-339 и ПСВКС.

⁴⁰ С. Орловић, *Каква победа адвокатуре*, колумна објављена у дневном листу Политика дана 03.02.2015. године.

⁴¹ Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа - ЗОПРП („Службени гласник РС“ бр. 93/2014, 22/2015 и 87/2018), чл. 5.

⁴² Ibid, међутим није дозвољено да бележник овери бланко потпис. Вид. чл. 83 ЗОПРП.

⁴³ ЗОПРП чл. 11. Слично решење је у Хрватској. Вид. Закон о јавном биљежничству, („Народне новине“ бр. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16) чл. 95.

⁴⁴ ЗЈБ чл. 93а и 93г.

⁴⁵ Д. Ђурђевић (2014), 229.

⁴⁶ Више вид. у М. Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележничтва*, Београд 2012, 229 и даље.

3.2 Солемноизација и јавнобележнички запис

Јавнобележнички запис је исправа о правним пословима и изјавама воље коју сачињава бележник.⁴⁷ Императивним нормама прецизно је дефинисана надлежност за сачињавање, поступак, садржај, правно дејство и на крају новчана накнада, стога ова форма представља најкомплекснију форму. С обзиром на надлежност, то је оригинерна форма бележника, који су служба од јавног поверења, па она представља најобухватнију гаранцију да је правни посао у складу са јавним поретком. Суштинска разлика између форми солемнизоване исправе и јавнобележничког записа огледа се у поступку сачињавања. Јавнобележнички запис у целости сачињава бележник, дакле по захтеву странака саставља сам текст правног посла, а касније спроводи и поступак признавања, док код солемнизације странке подносе већ састављену исправу коју треба да потврди бележник по правилима која важе за јавнобележнички запис.⁴⁸ У нашем праву, минимално је одређен број правних послова који се морају закључити у овој форми и то су по ставу законодавца послови од посебног значаја.⁴⁹ У том случају говоримо о битној форми чије непоштовање за последицу има ништавост уговора као санкцију. Такође, у складу са начелом аутономије воље уговарачи могу предвидети да свој правни посао закључе у овој форми, у ком случају је последица иста.⁵⁰ Истовремено, уговарачи сагласно начелу аутономије воље могу и већину осталих послова закључивати у овој форми осим правних послова за које је изричито предвиђена друга форма (нпр. закључење брака).⁵¹ Исто је и са солемнизацијом, мада не постоји сагласност у погледу правних послова промета непокретности.

4. ПОСТУПАК СОЛЕМНИЗАЦИЈЕ ПРЕД ЈАВНИМ БЕЛЕЖНИКОМ

Форма јавно потврђене исправе настаје у поступку солемнизације који има два стадијума: припремни стадијум и стадијум рекогниције.⁵² У припремном стадијуму циљ је утврђивање испуњености законских услова за намеравани правни посао. Пре свега, врши се провера да ли је правни посао дозвољен и да ли је подобан да се закључи у овој форми. Испитујући дозвољеност, бележник анализира усклађеност садржине са јавним поретком као најширим оквиром. У том смислу, битно је истаћи да не постоји општеприхваћена дефиниција јавног поретка, али да постоји сагласност у погледу елемената из којих се састоји.⁵³ Форма правног посла је од значаја, јер иако је консенсуализам правило, за одређене таксативно наведене правне

⁴⁷ ЗЈБ чл.6. Синоними су јавнобележнички акти у Хрватској, (*Закон о јавним биљежничтву*, чл. 3), нотарски обрађена исправа у Републици Српској, (*Закон о нотарима Републике Српске*) чл. 4.

⁴⁸ ЗВПП чл. 185.

⁴⁹ Вид. фн 20.

⁵⁰ ЗОО чл. 69.

⁵¹ Осим реалних уговора, од којих је најпознатији уговор о капари. Вид. ЗОО чл. 79.

⁵² Д. Ђурђевић (2014), 233.

⁵³ Вид. С. Перовић (1975), 99 и даље.

послове експлицитно је предвиђена форма јавнобележничког записа, која представља строжу форму у односу на солемнизацију. Обрнуто, уколико је за правни посао предвиђена блажа форма, стране могу уговорити строжу форму, јер строжа форма конзумира мање строгу.⁵⁴ Затим се утврђује постојање разлога за одбијање службене радње услед разлога за изузеће бележника.⁵⁵ У погледу надлежности, важи правило да је сваки бележник надлежан, осим када је у питању правни посао којим се располаже правом на непокретностима.⁵⁶ У утврђивању идентитета постоје 2 начина: систем слободног и систем везаног утврђивања.⁵⁷ Први омогућава да се утврди идентитет учесника по слободној оцени, под условом да бележник поступа са посебном пажњом и да је искључена свака сумња и могућност замене.⁵⁸ Други, који се примењује у нашем праву, предвиђа да се идентитет утврђује на основу законом одређених начина.⁵⁹ Исти је случај и приликом утврђивања овлашћења за предузимање правног посла.⁶⁰ У овом стадијуму такође је нужно утврдити степен пословне способности. Не постоје утврђена правила, па се уверење формира на основу животног искуства бележника и непосредне комуникације са учесником. Међутим, бележник у сваком случају може захтевати додатне доказе.⁶¹ Приметно је да ЗЈБ предвиђа утврђивање правне способности странке, што представља нонсенс који треба исправити.⁶²

У стадијуму рекогниције, циљ је да се странке на унапред прописан начин упознају са садржином исправе, да је признају као своју уз истовремено потврђивање од стране бележника.⁶³ Иако странке подносе захтев за

⁵⁴ ПСВКС.

⁵⁵ ЗЈБ, чл. 54.

⁵⁶ ЗВП, чл. 165, ЗПН чл. 4. Међутим, у случају тестаментa који обухвата непокретности, не постоји ограничење. Вид. ЗВП чл. 165 ст. 3.

⁵⁷ Вид. Д. Ђурђевић „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“ *Правни живот*, бр. 12, Београд 2011, 63 и даље.

⁵⁸ “In der Niederschrift soll die Person der Beteiligten so genau bezeichnet werden, daß Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind“. Вид. пар. 10 немачког Закона о потврђивању исправа (Beurkundungsgesetz - BeurkG), доступно на https://www.gesetze-im-internet.de/beurkg/_10.html (приступ 10.10.2019.).

⁵⁹ Увидом у важећи службени документ са фотографијом или саслушањем 2 пунолетна сведока идентитета. Више у ЈБП чл. 39-45.

⁶⁰ ЗВП чл. 167. Међутим, поставља се питање како бележник да поступи када треба да солемнизује исправу при чему учесника заступа пуномоћник на основу пуномоћи, за коју бележник има сазнање да је опозвана. Сматрамо да у складу са начелом савесности и поштења, бележник треба да одбије солемнизацију исправе. Више о томе вид. у Д. Ђурђевић (2014), 147 и даље. С друге стране, Закон о нотарима Краљевине Југославије у параграфу 37 је предвиђао да ако странка не може да докаже овлашћење за заступање, нотар саставља исправу и наводи да је странка упозорена на недостатак пуномоћи.

⁶¹ Чест случај је да пословно способна лица, али услед других узрока (нпр. године живота, здравствено стање и сл.) приликом предузимања *mortis causa* правних послова самоницијативно или по захтеву бележника прибаве налаз вештака да су свесни својих поступака и последица.

⁶² ЗЈБ, чл. 93д.

⁶³ Више у Д. Ђурђевић, „Признање нотарског записа“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 1/2012, 159 и даље.

потврђивање унапред сачињене исправе, она им се мора прочитати у присуству бележника.⁶⁴ Читање се врши на три начина. Први подразумева да бележник странкама лично прочита исправу или да им се прочита исправа у његовом присуству.⁶⁵ Други подразумева да странка прочита исправу, а затим у присуству бележника изјављује да је прочитала исправу и да је сагласна са њеном садржином.⁶⁶ Трећи подразумева да странка сама прочита исправу или да то учини јавни бележник, након чега се изричито изјашњава да ли признаје исправу.⁶⁷

Наше право прихвата први начин, с тим што странка може захтевати да лично прочита исправу.⁶⁸ Уколико странка не разуме језик у службеној употреби, обавезно је учешће преводиоца и два сведока која знају службени и матерњи језик странке.⁶⁹ Дакле, читање исправе представља обавезан елемент форме одређен законом, стога не може бити изостављен без обзира да ли су странке већ упознате са садржином исправе. С друге стране, у циљу економичности дозвољено је да уколико се у исправу упућује на садржину других исправа, оне се не читају ако су састављене односно потврђене пред судом или бележником, а странке изјаве да им је позната њихова садржина.⁷⁰ Осим овог случаја, читање изостаје и када то по природи ствари није могуће (нпр. када се упућује на графичке приказе и сл.), па се наведено презентује странкама да лично прегледају.⁷¹ Након читања, странка мора изричито и недвосмислено изјавити да је њена воља верно унета у исправу и затим да је потпише.⁷² Поред усмене изјаве, она мора бити и у писаној форми као саставни елемент солемнизационе клаузуле. Језичким тумачењем, закључујемо да изјава не може бити делимична нити условна. Међутим, наш закон је недоречен

⁶⁴ ЗВП, чл. 173. Пошто се цитирани члан налази у одељку који уређује састављање исправе, самим тим подразумева се да чита целокупан текст исправе, односно текст самог правног посла као и текст са поукама и упозорењима. Међутим, како се у поступку солемнизације сходно примењују правила о састављању исправа, закључак је да се странкама мора прочитати и текст солемнизационе клаузуле која заједно са приватном исправом чини јединствен документ, јавну исправу. Више у Г. Станковић., М. Трговчевић Прокић, *Коментар закона о ванпарничном поступку*, Београд, 2015, 808-810.

⁶⁵ „Die Niederschrift muß in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden“ Вид. пар. 13 Beurkundungsgesetz - BeurkG.

⁶⁶ „Der Erblasser hat dem Beamten seinen Willen mitzuteilen, worauf dieser die Urkunde aufsetzt oder aufsetzen lässt und dem Erblasser zu lesen gibt.“ Вид. чл. 500 Швајцарског грађанског законика (Zivilgesetzbuch – ZGB) доступно на <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html> (приступ 13.10.2019.).

⁶⁷ Д. Ђурђевић (2014), 151, фн. 725-737.

⁶⁸ ЗВП, чл. 173.

⁶⁹ ЗВП, чл. 177.

⁷⁰ ЗВП, чл. 181. Исто важи и када правни посао упућује на законе и друге прописе, судске одлуке и појединачне акте државних органа или лица којима је поверено вршење јавних овлашћења.

⁷¹ ЗВП, чл. 180.

⁷² ЗВП, чл. 173.

у погледу коме странка упућује изјаву. Полазећи од законског појма бележника закључујемо да то мора бити бележник лично, те да није довољно изјаву саопштити у његовом присуству.⁷³ У редовним околностима, странке се својеручно потписују на исправи и солемнизационој клаузули, а уколико то није могуће, предвиђена су правила којим се немогућност потписивања надомешћује.⁷⁴

У процесном смислу, након што странке потпишу исправу и клаузулу, клаузулу потписује и оверава службеним печатом бележник, након чега се обе физички спајају.⁷⁵ С друге стране, битнији део поступка је обавеза бележника да пре потврђивања исправе, странкама објасни смисао и правне последице правног посла.⁷⁶ Иако је законски императив, мало је норми које детаљно уређују ову обавезу, осим код уговора у наследном праву.⁷⁷ Зато се не могу тачно предвидети која су то упозорења, већ се оставља слобода бележнику у конкретном случају. У поучавању, циљ представља формулисање воље странака на начин који је у складу са законом и који највише одговара њиховим интересима, али у томе треба имати меру. Наиме, поукама не треба наметати другачија решења нити утицати на вољу странака, тако што ће се нпр. испитивати економска оправданост посла. Такође, не треба утицати на вољу странака тако да се мењају битни елементи уговора, већ се мењају или додају споредни, односно попуњавају правне празнине, ако постоје.⁷⁸

Међутим, уопштена констатација у клаузули да је бележник странке поучио о смислу и правним последицама правног посла би представљала другу крајност. Бележник утврђује вољу странака, разјашњава чињенично стање, поучава их о правном домаћају посла и њихове изјаве јасно и недвосмислено уноси у запис.⁷⁹ При томе, он треба да пази на то да се избегну заблуде и двосмислености, као и да неискусне и невичне странке не буду оштећене.⁸⁰ Дакле, ако странке морају одредити садржај правног посла под претњом ништавости, ту обавезу мора да испуни и бележник као стручњак који врши јавна овлашћења.⁸¹ Овим се остварује превентивна функција јавног бележништва јер у будућности странке се не могу позивати да нису биле

⁷³ Упор. ЗЈБ, чл. 2, 36, 42.

⁷⁴ Стављање отиска прста, а уколико странка нема шаке, потписује је сведок. Вид. ЗВП, чл. 179.

⁷⁵ ЗЈБ, чл. 93в.

⁷⁶ У том смислу „Обавеза на поуку произлази из његове функције непристрасности и независности“ М. Трговчевић Прокић (2012), 405.

⁷⁷ ЗОН, чл. 184 и 195.

⁷⁸ Више у Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018, 308-314.

⁷⁹ Beurkundungsgesetz, пар. 17 ст. 1: „Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“. Доступно на <https://www.gesetze-im-internet.de/beurkg/17.html> (приступ 14.10.2019.).

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ ЗЈБ, чл. 2.

упознате са дејствима својих изјава уколико су поуке и упозорења унете у клаузулу.⁸²

5. САДРЖАЈ СОЛЕМНИЗАЦИОНЕ КЛАУЗУЛЕ

Садржај клаузуле је прописан законом, тако што је одређен минимум обавезних елемената.⁸³ Елементе солемнизационе клаузуле делимо у две групе по основу критеријума да ли су неопходне за стицање својства јавне исправе или не. Тако разликујемо савршене и несавршене елементе.⁸⁴

Савршени елементи гарантују да ће исправа имати својство јавне исправе.⁸⁵ У ову групу спадају 1) Име и презиме јавног бележника, назнаку да поступа у својству јавног бележника и податке о седишту јавног бележника. 2) Име, презиме, датум рођења и адресу пребивалишта странака, односно назив и седиште странке - правног лица и име и презиме, адресу и пребивалиште његовог заступника. Уочљиво је, да када је странка физичко лице, закон не тражи да у клаузули стоји њен јединствени матични број (ЈМБГ). С друге стране, наш регистар правних лица уписује само лично име заступника са припадајућим ЈМБГ-ом, те је тада *de facto* неопходно утврђивање тог податка. 3) Изјаву јавног бележника да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне усмено изјавиле да је њихова воља у свему верно унета и својеручно потписале исправу. Овај елемент је уједно и законску дефиницију поступка солемнизације. 4) Изјаву да су странке, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама правног посла, као и изјаву да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале. 5) Број под којим је потврђена исправа заведена у општи пословни уписник. 6) Датум, час потврђивања исправе и место потврђивања исправе. Ови подаци су значајни јер од тог тренутка правни посао производи дејство и рачунају се рокови.⁸⁶ 7) Потписе свих учесника, 8) Потпис и печат јавног бележника. Бележник потписује сваку страницу клаузуле, а на последњој страници након потписа учесника поред свог потписа отискује и службени печат.⁸⁷

Насупрот наведеним имамо несавршене елементе, чија повреда или изостанак нема тако ригорозне последице, али које могу да доведу до дисциплинске одговорности бележника.⁸⁸ Ту спадају: 1) подаци о идентитету

⁸² У том смислу „Обавеза давања поуке произлази из основних елемената који чине јавнобележничку службу, а то су непристрасност и независност.“ Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић (2015), 805.

⁸³ ЗЈБ чл. 93Б.

⁸⁴ С. Arbüster, N. Preuss, T. Renner, *Beurkundungsgesetz und Dienststörung für Notarinnen und Notare*, Berlin 2009, 12. Наведено према Д. Ђурђевић (2014), 126, фн. 597.

⁸⁵ Code Civil, чл. 1318. “Исправа која није аутентична због некомпетентности или пропуста јавног службеника или недостатка форме, сматра се приватном исправом ако је потписана од странака.”

⁸⁶ Више у Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш (2018), 267.

⁸⁷ ЗВП, чл. 25.

⁸⁸ ЈБП, чл. 125.

странака и начин на који је утврђен идентитет странака, као и овлашћење за заступање, 2) означавање исправа које се прилажу клаузули о потврђивању.

6. ИЗВРШНОСТ СОЛЕМНИЗОВАНЕ ИСПРАВЕ

Могућност да исправа о правном послу има својство извршне исправе представља значајну предност ове форме јер доприноси бржем остваривању субјективних права.⁸⁹ У извршној исправи је на несумњив и ауторитативан начин утврђено постојање потраживања, доспелост, активна легитимација повериоца и пасивна легитимација дужника.⁹⁰ Међутим, када говоримо о извршности солемнизоване исправе, мора се имати у виду да није свака исправа сачињена у овој форми подобна да буде извршна. Неке то по закону не могу, (нпр. наследничка изјава), док друге не могу јер садрже неодређену обавезу. Закључак је да постоје услови за извршност солемнизоване исправе. Прво, да обавеза дужника давање, чињење или трпљење о коме се уговарачи могу споразумети. Друго, да је обавеза дужника прецизно одређена и да се он са њом изричито сагласио, јер то налаже начело формалног легалитета извршног поступка.⁹¹ Сагласност дужника да се спроведе принудно извршење је нужна, али је он не може једнострано повући. То закључујемо тумачењем одредбе ЗЈБ-а која поред пристанка дужника као обавезан услов за извршност захтева и споразум свих странака.⁹² Треће, да је обавеза из исправе доспела, уз претходну обавезу да се бележнику достави доказ да је наведени рок или услов наступио. Четврто, да је бележник поучио дужника и повериоца о правном дејству уговарања непосредног извршења. Овај услов није експлицитан, али због последица које могу настати по дужника и због тога што могућност непосредног принудног извршења представља новину у нашем праву која је непозната правним лаицима, сматрамо да је ово *conditio sine qua non*.

7. АЛТЕРНАТИВНИ НАЧИН ПРИМЕНЕ ФОРМЕ

Анализом начина на који је солемнизација уведена у наше право сматрамо да иста није одговарајуће конципирана и да је уведена са циљем да сузбије тзв. „монополски положај јавног бележништва“.⁹³ Уместо, тренутно стања сматрамо да би питање форме требало решити другачије. По садашњем парадоксалном стању, у нашој земљи уговор о промету непокретности између пословно способних лица могу сачинити сви осим бележника, иако су они „стручњаци из области права“ који врше „службу од јавног поверења“.⁹⁴ Затим,

⁸⁹ Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО („Службени гласник РС“ бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење и 54/2019), чл. 41 и ЗЈБ, чл. 85.

⁹⁰ Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, 532.

⁹¹ Р. Кеча, *op.cit.*, 512.

⁹² ЗЈБ, чл. 85.

⁹³ С. Орловић, *op.cit.*

⁹⁴ ЗЈБ, чл. 2. У том смислу проф. Орловић у цитираној колумни истиче „Благо речено, чудно је да јавни бележник не може да напише уговор (о промету непокретности нагласио Б. Тривуновић), а примера ради може пружити радник“

када је уговор сачинио адвокат, бележник такође испитује законитост посла и вољу странака, односно поучава их о правном дејству и последицама правног посла. Тиме се исказује неповерење у адвокатуру у сфери састављања исправа о правним пословима. Ако се у кривичном праву где је најочигледнији монопол физичке силе државе према појединцима, указује поверење адвокатури⁹⁵, зашто то не важи у грађанском праву? Исто тако, адвокатура је уставна категорија, а бележништво је законска.⁹⁶ С друге стране, постојеће решење доприноси појави надриписарства као кривичног дела јер „свако може сачинити уговор.“⁹⁷ Надриписарство се тешко доказује и па је распрострањено и ствара правну несигурност.⁹⁸ Сходно томе сматрамо да би се другачијим нормирањем могла установити правила која би представљала напредак у више области.

Наиме, сматрамо да би избор форме уговора требало да буде у потпуности слободан без обзира на врсту уговора, чак и у случајевима који су по садашњем праву могући једино у форми јавнобележничког записа.⁹⁹ Та слобода би се огледала у томе што би јавнобележнички запис, форма солемнизоване исправе и форма легализоване исправе биле у потпуности равноправне. Јавнобележнички запис треба да остане у искључивој надлежности бележника уз унапред прописану накнаду као и до сада. Уколико исправу о правном послу сачини адвокат, требало би да бележник изврши само оверу потписа, односно да изврши легализацију исправе уз поштовање додатних услова. Ти додатни услови би били да су у исправу назначени сви идентификациони подаци адвоката који је исправу саставио, као и доказ да адвокат врши делатност у складу са законом. Дакле, овим би се део јавних овлашћења бележника пренео на адвоката, што није у супротности са јавним поретком јер адвокат је лице квалификовано и овлашћено за пружање правне помоћи у виду занимања. Оваквим решењем странке не би биле угрожене јер исправу саставља стручно лице које се професионално бави пружањем правне помоћи. Такође, за адвокатске послове постоји прописана тарифа, па су унапред познати трошкови правног посла.¹⁰⁰ Легализацијом овако састављене исправе она би добила својство јавне исправе у целисти и сваки носилац јавног овлашћења би био одговоран за „свој“ део исправе. Овај подухват тренутно на први мах делује као радикалан, али сматрамо да то није тешко за извести. Ово решење би захтевало измену пратећих закона који нужно нису повезани са формом правног посла, што и није велика препрека имајући у виду да је општи тренд нашег законодавца доношење закона по хитној процедури.¹⁰¹

⁹⁵ Мисли се на обавезну одбрану код одређених кривичних дела.

⁹⁶ Устав Републике Србије – УС („Службени гласник РС“ бр. 98/2006) чл. 67.

⁹⁷ С. Орловић, *op.cit.*

⁹⁸ Кривични законик - КЗ („Службени гласник РС“ бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016) чл. 342. Тешкоћа је доказати континуирано бављење делатношћу.

⁹⁹ Вид. ЗЈБ чл. 82.

¹⁰⁰ Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката - АТ („Службени гласник РС“ бр. 121/2012).

¹⁰¹ Вид. „Ка бољим законима, унапређење заонадавне процедуре кроз боље дефинисање процедуре за хитни поступак“ Београд 2015, доступно на: <https://otvoreniparlament.rs/uploads/istrazivanja/%E2%80%9CКа%20бољим%20законима>

Истовремено, солемнизација исправе би била обавезна када исправу о правном послу састављају саме странке или друга лица која поседују правничко знање, али не пружају правну помоћ професионално.¹⁰² У том случају, солемнизација са свим елементима (испитивање стварне воље, поучавање о последицама правног посла итд.) је адекватна, због својства странака јер иако можда имају знање или квалификације, за њих важи претпоставка да су правно неуке.

Уколико би се наведени начин применио тиме би се заштитили најшири интереси уз елиминацију надриписарства. Прво, бележници и адвокати би равноправно учествовали у правном промету, чиме би се отклонила конкурентност између две професије, што би допринело повећању међусобног поверења и залагања за унапређење правног промета. Друго, повећала би се одговорност адвоката који сада могу олако да приступају сачињавању исправа јер је на бележницима обавеза поучавања странака о правним последицама посла и утврђивања њихове стварне воље. Треће, надриписарство би било сузбијено без ангажовања репресивног државног апарата. Странке, иако правно неуке знају да се руководе у погледу сопствених финансијских издатака и примарно због тога се неће обраћати надриписарима па ће надриписари као најскупљи на „тржишту“ бити потиснути.

8. ЗАКЉУЧАК

Уместо једног свеобухватног закључка, сматрамо да је целиходније сумарно исказати најбитније карактеристике форме јавно потврђене исправе. Прво, она у нашем праву није новост, већ је путем јавног бележништва и ширењем круга правних послова постала заступљенија у односу на претходни период. Друго, према начину испољавања она представља форму јавне исправе због обавезног учешћа јавног бележника као имаоца јавног овлашћења. Треће, с обзиром на правно дејство представља битну форму чија повреда у погледу битних елемената уговора доводи до ништавости правног посла. Четврто, према начину настанка може бити законска и уговорна. Пето, поступак сачињавања је нормиран без права странака да уговоре другачије. Шесто, у односу на остале јавнобележничке форме по строгиости се налази између јавнобележничког записа и легализације исправе. Седмо, у одређеним условима ова форма може омогућити да исправа о правном послу добије својство извршне исправе. На крају истичемо да начин на који је ова форма уведена у наше право последица брзог промета непокретности.

[%20E2%80%93%20Unapre%20zakonodavne%20procedure%20kroz%20bo
lje%20definisane%20procedure%20za%20hitni%20postupak%E2%80%9D.pdf](#) (приступ:
07.11.2019.).

¹⁰² Нпр. ако су странке правници, или им исправу састави квалификовано лице (судија, тужилац и сл.).

Караникић Мирић М. „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“
Српска политичка мисао, Београд, 2015, бр. 2/2015;

Кеча Р., *Грађанско процесно право*, Београд, 2012;

Лукић Р., *Увод у право*, Београд, 1970;

Орловић С., *Каква победа адвокатури*, колумна објављена у дневном листу
Политика дана 03.02.2015. године;

Одлука Адвокатске коморе Србије о штрајку, доступно на: <https://akv.org.rs/wp-content/uploads/2018/12/glasnik-vanredni-broj.pdf>;

Пајтић Б., Радовановић С., Дудаш А., *Облигационо право*, Нови Сад, 2018;

Перовић С., *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964;

Перовић С., *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд, 1975;

Прокић Трговчевић М., *Овлашћења јавног бележника и организација бележничтва*, Београд, 2012;

Правни став грађанског одељења Врховног касационог суда усвојен на седници
25.10.2016. године доступно у бази Paragraf Lex;

Радишић Ј., *Облигационо право*, Ниш, 2014;

Салма Ј., *Облигационо право*, Нови Сад, 2009;

Станковић Г., Прокић Трговчевић М., *Коментар закона о ванпарничном поступку*, Београд, 2015;

Споразум између Адвокатске коморе Србије и Министарства правде, доступно
на: <https://www.drzavnauprava.gov.rs/vest/7916/postignut-sporazum-strucnih-timova-advokatske-komore-srbije-i-ministarstva-pravde-republike-srbije.php>

Hein K., *European Contract Law, Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford, 1997;

ВАНРЕДНИ ОБЛИЦИ ЗАВЕШТАЊА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт

Ванредни облици завештања се могу сачињавати само у ванредним околностима, уз испуњење строгих формалних услова и ограничени рок трајања. У српском праву ванредни облици завештања су војно и бродско завештање, чије правно регулисање карактерише низ недостатака. Њихово формално-правно постојање не подразумева истовремено и њихову примену у пракси.

Аутор у раду настоји да укаже на строге услове за њихово сачињавање, који не воде рачуна о посебним околностима у којима се ови облици завештања сачињавају. Посебна пажња је посвећена утврђивању оправданости њиховог постојања, с обзиром на њихово непримењивање у пракси. На основу упоредноправног приказа појединих правних правила, аутор настоји да предложи одређена решења у погледу њиховог уређења *de lege ferenda*.

Кључне речи: ванредни облици завештања, војно завештање, бродско завештање, ванредне околности.

УВОД

Завештање је једнострана, лична и увек опозива изјава воље за то способног лица којом оно распоређује своју имовину за случај смрти, у законом одређеном облику.¹ Завештање је строго формални правни посао, јер последња воља мора бити изражена у тачно одређеном облику. У већини савремених правних система, предвиђено је више облика за испољавања последње воље².

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, jovana.milovic@pr.ac.rs.

¹ Закон о наслеђивању, "Сл. гласник РС", бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, чл. 78, у даљем тексту: ЗОН.

² Француски грађански законик предвиђа могућност сачињавања својеручног завештања, јавног завештања, које завештаоцу сачињава нотар у присуству двају сведока или другог нотара, мистичног завештања, међународног завештања, војног завештања, завештања у случају постојања какве заразне болести и завештања на броду. Вид., Француски грађански законик (Code Civil, преишћен текст од 14. фебруара 2020.), чл. 970-998, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=8E635886C452C08E9D274C6936EAF920.tplgfr24s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150548&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200325_03.02.2020, у даљем тексту: СС. Вид. Аустријски грађански законик, пар. 578-600, доступно на: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb> Аустријски грађански законик предвиђа могућност сачињавања олографско, алографског, усменог завештања, писаног судског и усменог судског завештања, завештања на броду, завештања у условима постојања одређене заразне болести, војног

Најчешће се услед постојања плурализма облика завештања, врше различите класификације. У српском праву се постојећи облици завештања разврставају према неколико критеријума. Основна подела завештања је на редовна, ванредна и изузетна. Редовни облици завештања се могу сачињавати увек, без обзира на околности у којима се завешталац налази. Ванредна завештања се могу сачињавати само у одређеним околностима (ратни сукоби, пловида бродом, лет авионом), за њих су предвиђени исти услови форме као и за сачињавање редовних облика завештања, и она су ограниченог рока важења. Изузетни облици завештања се могу сачињавати само у изузетним околностима, и њих карактеришу блажи услови форме у односу на редовне и ванредне облике.³ Ванредни облици завештања се налазе између редовних и изузетних, јер поседују особине и једних и других. Ванредни облици завештања у погледу услова форме одговарају редовним облицима завештања. Са друге стране, ванредни облици завештања су ограниченог рока трајања што одговара изузетном завештању. Међутим, ванредна завештања сачињава овлашћено лице коме састављање завештања не представља редовно службено пословање, већ само ванредно.⁴ У зависности од форме у којој се могу сачинити завештања, разликујемо усмена и писмена. Када у сачињавању завештања учествује неки орган јавне власти реч је о јавном облику завештања. Са друге стране, када у сачињавању завештања не учествује орган јавне власти, реч је о приватном завештању.⁵

Предмет наше пажње су били ванредни облици завештања, посебно околности у којима се ванредна завештања могу сачињавати, условима њихове пуноважности, и оправданости њиховог постојања у оквиру нашег правног система. Ванредни облици завештања у српском праву су војно завештање и бродско завештање. Могућност сачињава ванредних облика завештања не искључује могућност изражава последње воље и у неком од редовних облика завештања. Ванредне облике завештања предвиђају многи правни системи.⁶ Разлике међу њима постоје у погледу ванредних околности у којима се могу сачињавати ванредна завештања. Кроз анализу постојећих законских решења, ставове правне теорије и посебно судске праксе, указаћемо на недостатке постојећих законских решења и изнети нове предлоге.

завештања. Вид., Немачки грађански законик, пар. 2232-2251, доступно на: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ 03.02.2020. у даљем тексту: BGB, Немачки грађански законик предвиђа могућност састављања нотаског завештања, својеручног завештања, завештања које завештаоцу, за кога постоји бојазан да ће умрети, пре него ли дође у прилику да се обрати нотару, сачињава председник општине, завештања лица којима је блиска смртна опасност, па изјаву воље дају у присуству три сведока, и завештања на броду.

³ Н. Стојановић, *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, 207.

⁴ Б. Т. Благојевић, *Наследно право у Југославији – права република и покрајина*, Савремена администрација, Београд, 1988, 265.

⁵ С. Н. Сворцан, *Наследно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2006, 47.

⁶ Нпр. Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, Немачки грађански законик.

1. ВОЈНО ЗАВЕШТАЊЕ

За време мобилизације или рата, завештање оном ко је на војној дужности може сачинити командир чете и други старешина његовог или вишег ранга, или неко други у присуству неког од тих старешина, као и сваки старешина одвојеног одреда, а по правилима која важе за сачињавање судског завештања.⁷ Овај облик завештања се може сачињавати само у посебним околностима, за време мобилизације или рата, па спада у ред ванредних завештања. Војно завештање лицу које се налази на војној дужности сачињава војни старешина одређеног ранга, у својству овлашћеног лица, те спада и у ред јавних завештања. Овај облик завештања се сачињава у писменој форми.

Војно завештање води порекло из римског права. У старом римском праву су постојала два облика завештања. Тестамент *calatis comitis* који је био редован облик завештања који се могао сачињавати у миру пред куријатском скупштином, и тестамент *procipti* као ванредни облик завештања.⁸ Стара римска држава је имала освајачке претензије, па су војници често ратовали изван Рима, те тако нису своју последњу вољу могли да изјављују пред куријатском скупштином. Положај војника је због политике Рима био привилегован у свему, па и у праву. Војно завештање римског права је карактерисала једноставност састављања, одсуство строгих услова форме, практично могућност његовог састављања „где год хоће и могу“. Војно завештање се сачињавало у усменој форми, тако што је војник „учи боја“ саопштавао своју последњу вољу пред осталим присутним војницима, римским грађанима. Увођењу војног завештања допринело је и схватање о недовољном правничком знању од стране војника. Немогућност испуњавања строгих услова форме у „јеку борбе“ за живот, представљало је још један разлог да се уведе војничко завештање.⁹ Војно завештање је важило годину дана од отпуста из војске. То је рок који се сматрао довољним да војник сачини неки други облик завештања, као и рок у коме се могу пронаћи сведоци који што аутентичније могу да пренесу завештаоачеву вољу.¹⁰

Војно завештање је Законом о наслеђивању Србије из 1995. године добило овакав назив, до тада је овај облик завештања означаван као „тестамент састављен за време мобилизације или рата“. Могућност сачињавања војног завештања је предвиђена и у свим правним системима земаља бивше СФРЈ, изузев Републике Хрватске.¹¹ Овај облик завештања се може сачињавати само

⁷ Чл. 109, ЗОН.

⁸ „Prociptus означава војску спремну за борбу“. В. Илић, „Војно завештање у римском, француском и српском праву“, *Право: теорија и пракса: часопис Савеза уоружења правника Војводине*, бр. 10/12, 2014, 59.

⁹ В. Илић, *op. cit.*, стр. 60.

¹⁰ *Ibid.*, стр. 61.

¹¹ Вид: чл. 73, ст. 1, Закона о наслеђивању Црне Горе, „Сл. лист ЦГ“, бр. 74/2008 и 75/2017 – одлука УС, у даљем тексту ЗОНЦГ; чл. 76, ст. 1, Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 80/14, у даљем тексту: ЗОНФБиХ; чл. 73, ст. 1, Закона о наслеђивању Македоније, „Сл. Весник на Р. Македонија“, бр. 47/96, у даљем тексту: ЗОНМ; чл. 71,

за време мобилизације или рата. Поједини аутори попут проф. Ђурђевића¹² могућност сачињавања војног завештања везују за проглашење ратног стања.¹³ Ипак, претежно схватање у теорији, са којим се слажемо, је да се могућност сачињавања овог облика завештања не може везивати само за проглашено ратно стање, већ и за постојање фактичког рата.¹⁴ На простору Републике Српске, никада није проглашено ратно стање на целој територији, иако је рат вођен четири године.¹⁵ Овај облик завештања се може сачинити за време мобилизације¹⁶, независно од тога о ком облику мобилизације је реч.¹⁷

Војно завештање, сходно нашем закону, могу сачињавати лица која се налазе на војној дужности. „Под изразом војна дужност подразумева се непосредно укључивање у обављање послова одбране земље“.¹⁸ Војно завештање могу сачињавати припадници сталног састава Војске Србије, али и припадници активног и пасивног резервног састава Војске Србије. Сходно Закону о Војсци Србије, војна лица су професионална војна лица, војници на служењу војног рока и лица у резервном саставу док се налазе на војној дужности у Војсци Србије.¹⁹ Резервни састав Војске Србије чине резервни официри, резервни подофицири и војници у резерви.²⁰ Војно завештање могу сачињавати и добровољци у Војски Републике Србије. У правној теорији се најчешће међу лицима која могу сачињавати војно завештање, налазе и ратни заробљеници. Овакво решење је нпр. прихваћено у француском праву.²¹ Лица на дужности у цивилној заштити и у полицијским снагама не могу сачињавати овај облик завештања јер се не налазе на војној дужности.²² У правној теорији се указује и на потребу да се дозволи сачињавање овог облика завештања и

ст. 1, Закона о наслеђивању Словеније, „Урадни лист СРС“, шт. 15/76, 23/78, „Урадни лист РС“, шт. 13/94 – ЗН, 40/94 – одлука УС, 117/00 – одлука УС, 67/01, 83/01 – ОЗ, 73/04 – ЗН-Ц, 31/13 – одл. УС ин 63/16, у даљем тексту: ЗОНС.

¹² Д. Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд, 2010, 142.

¹³ Ратно стање проглашава Народна скупштина. Кад Народна скупштина није у могућности да се састане, одлуку о проглашењу ратног стања доносе заједно председник Републике, председник Народне скупштине и председник Владе, чл.201, Устава Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

¹⁴ Вид. Ј. Ђ. Видић, „Ванредни облици завештања у праву Србије и осталим савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Нови Сад, 2017, 1545; Д. Ђеранић, „Војно завештање“, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Ниш, 2016, 183.

¹⁵ Д. Ђеранић, *op. cit.*, 183.

¹⁶ „Мобилизацијом Војска Србије из мирнодопске организације и стања прелази на ратну организацију и стање приправности за извршење мисија и задатака“, чл. 36, ст. 1, Закона о Војсци Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 – др. закон, 10/2015, 88/2015 – одлука УС, 36/2018 и 94/2019, у даљем тексту: ЗОВС

¹⁷ „Мобилизација по обиму може бити општа и делимична...“, чл. 36, ст.2, ЗОВС.

¹⁸ Ј. Т. Видић, *op. cit.*, 1545.

¹⁹ Чл. 7, ЗОВС.

²⁰ Чл. 5, ст. 3, ЗОВС.

²¹ „Могућност сачињавања овог облика завештања се односи и на непријатељске затворенике.“, чл. 981, ст. 3, СС.

²² Д. Ђеранић, *op. cit.*, 185.

приликом учешћа наших војника у мировним мисијама у иностранству.²³ Мултинационалне операције су активности које се предузимају у оквиру система колективне безбедности и система колективне одбране, у складу с међународним правом и потврђеним међународним уговорима.²⁴ Сходно наведеном, чини се да нема препрека да овај облик завештања могу сачињавати и наши војници у мировним мисијама, који непосредно обављају послове остваривања колективне безбедности.

Војно завештање се сачињава према правилима за сачињавање судског завештања, у којем учествује и овлашћено лице. Сходно чл. 109, ст. 1, Закона о наслеђивању, овлашћено лице за састављање војног завештања је командир чете и други старешина његовог или вишег ранга, или неко други у присуству неког од тих старешина, као и сваки старешина одвојеног одреда. Пре самог сачињавања завештања војни старешина као овлашћено лице мора да утврди идентитет завештаоца.²⁵ Након писменог уобличења последње воље завештаоца, војни старешина ће писмено предати завештаоцу да га прочита и потпише. Уколико завешталац није у стању да прочита завештање (када је неписмен, слеп, не зна језик на коме је састављена писмена исправа), војни старешина ће прочитати завештање у присуству два пунолетна и потпуно пословно способна завештајна сведока. Поред тога, завештајни сведоци морају бити писмени и морају знати језик на којем је завештање сачињено. Након што завештање буде прочитано од стране војног старешине, завешталац је дужан да у присуству овлашћеног лица и сведока призна завештање и потпише се. Уколико завешталац из одређених разлога не може да се потпише, он може да стави свој рукознак. Након његовог потписа, завештање потписују завештајни сведоци и војни старешина.²⁶

Према проф. Видић условљавање пуноважности војног завештања условима који су предвиђени за сачињавање судског завештања, не води се у довољној мери рачуна о околностима у којима се војно завештање сачињава. За време оружаних сукоба, када је у току борба за „голи живот“, веома је тешко испунити све услове пуноважности који се редовно испуњавају приликом сачињавања судског завештања. Ратно стање подразумева потпуно супротан начин понашања и живота људи у односу на мирнодопске периоде, те тако није оправдано тражење испуњења истих услова у потпуно другачијим околностима. У рату, све људске потребе се сведе на једну, на ону за „преживљавањем“, па тако и услове за сачињавање војног завештања треба свести на меру која одговара таквим приликама. Тако се често у литератури

²³ Ј. Т. Видић, *op. cit.*, 1545.

²⁴ Чл. 4, ст. 23, Закона о одбрани, „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 88/2009 – др. закон, 104/2009 – др. закон, 10/2015 и 36/2018.

²⁵ „Професионална војна лица имају војну легитимацију којом доказују идентитет и својство војног лица...Припадници Војске Србије за време учешћа у мултинационалним операцијама и другим активностима у иностранству користе посебне легитимације, у складу са правила ангажовања у конкретној операцији“, чл. 51, ст. 1, ст. 5, Закона о Војсци Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 – др. закон, 10/2015 – одлука УС, 36/2018 и 94/2019.

²⁶ Ј. Ђ. Видић, *op. cit.*, 1546.

истичу захтеви за једноставнијом формом сачињавања војног завештања. У Чешком праву у правцу ублажавања формалних услова за сачињавање војног завештања се иде кроз дозвољавање останка на снази и оних завештања која нису потписана од стране завештаоца и сведока. Уколико на завештању нема потписа завештајних сведока и такво завештање ће бити пуноважно уколико се поуздано може утврдити да је у завештању садржана последња воља завештаоца.²⁷ Чешки законодавац чак дозвољава и да се у својству сведока нађу лица која су напунила 15 година, односно лица која имају ограничену пословну способност, уколико могу да веродостојно опишу чињенице које су од значаја за пуноважност завештања.²⁸ У праву Шпаније, форма војног завештања ублажена је тако што је предвиђена могућност његовог сачињавања и усменим изјављивањем воље пред два завештајна сведока, у току битке, напада, борбе и уопште у свим случајевима непосредне ратне опасности.²⁹ У праву Немачке, где се као ванредна завештања регулишу завештање у нужди које се сачињава пред представником општине(градоначелником) и два сведока, или само пред три истовремено присутна сведока, и оно које се сачињава за време морске пловидбе,³⁰ постоје предлози за укидање ванредних облика завештања и задржавање једино завештања пред три сведока.³¹ У праву Швајцарске усмена форма је предвиђена као јединствена форма за све ванредне ситуације, као што је непосредни ризик од смрти, прекид комуникације, епидемија или ратно

²⁷ У Чешком праву, ванредни облици завештања су: завештање које се сачињава пред председником општине, на броду или авиону, и војно завештање. Уколико је завешталац сачинио неки од поменутих облика завештања, овлашћено лице мора да се потпише заједно са оба сведока и да га у присуству сведока прочита завештаоцу, завешталац потом пред њима мора потврдити да запис представља израз његове последње воље. Овако сачињено завештање има својство јавне исправе. Међутим, уколико ове формалности нису испуњене, нарочито ако нема потписа присутних сведока, и поред тога што се они захтевају, завештање остаје пуноважно, уколико се може поуздано утврдити да је у њему садржана последња воља завештаоца. Међутим, у овом случају завештање неће имати својство јавне исправе. Вид: пар. 1547, Грађанског законика Чешке, 89/2012, Sb., доступно на: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf> 20.03.2020.

²⁸ Вид., пар. 1548, Грађанског законика Чешке.

²⁹ У праву Шпаније за време рата, војници, волонтери, таоци, азаробљеници, као и друга лица ангажована у војсци, могу сачинити завештање пред овашћеним лицем које има најмање чин капетана. Уколико је завешталац болестан или повређен, може да изјави последњу вољу пред свештеником или лицем које му помаже. У овим случајевима војно завештање се сачињава о отвореној форми, као врсти јавног завештања које се у редовним околностима сачињава пред јавним бележником. Предходно поменута лица могу сачинити завештање у затвореној форми пред ратним комесаром, који ће у овом случају обављати дужности јавног бележника. Вид., пар. 716-720, Грађанског законика Шпаније, доступно на: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

³⁰ Пар. 2249-2251, BGB.

³¹ Т. Ђурђић-Милошевић, *Ограничење слободе завештајних располагања*, Докторска дисертација, Крагујевац, 2018, 129.

стање.³² У домаћој правној теорији, многи аутори, указују на потребу ублажавања строге форме за сачињавање војног завештања. Међутим, у правној теорији нема јединственог става у погледу начина ублажавања форме војног завештања. Уколико би се ублажавање кретало у правцу дозвољавања усменог изјављивања последње воље, као што је то нпр. учињено у правима Швајцарске и Шпаније, овај облик завештања би од јавног постао приватни. Уколико би пак војно завештање било пуноважно и без потписа завештајних сведока и завештаоца, доводи се у питање његова аутентичност, нарочито имајући у виду да се она може обезбедити сачињавањем неких од редовних облика завештања (нпр. својеручно завештање).

Поред тога, војни старешина као овлашћено лице, најчешће је особа која није вична праву и која не познаје услове и поступак сачињавања судског завештања. Сходно наведеном, често се може десити да војном завештању недостаје неки од услова пуноважности. Ради спречавања оваквих ситуација, законодавац предвиђа могућност сачињавања војног завештања и пред неким другим лицима, а у присуству командира чете или другог старешине његовог или вишег ранга. Често се на војној дужности могу наћи судије, адвокати, па и студенти права који су савладали наследно право. Сачињавање војног завештања у присуству војног старешине занемарује објективно могуће ситуације, да се војници могу наћи у ситуацијама у којима није могуће обезбедити присуство војног старешине. Стога, у теорији постоје схватања да би требало дозволити могућност сачињавања војног завештања и војном лекару одговарајућег чина или главном доктору без обзира на чин.³³ Са оваквим ставом се можемо сложити, јер су и војни лекари лица која се налазе на војној дужности, лица која за време лечења са војницима проведу њихове последње тренутке и чују њихове последње речи.

Ванредно завештање с обзиром на специфичне околности у којима се сачињава има ограничени рок трајања од шездесет дана од завршетка рата, односно тридесет дана од дана демобилизације завештаоца.³⁴ У оквиру наведеног примећујемо општи и посебни рок важења војног завештања. Општи рок почиње да тече од тренутка престанка рата, односно опште демобилизације. Посебан рок се везује за самог завештаоца, односно почиње да тече од момента посебне демобилизације завештаоца. Уколико се не може утврдити време опште демобилизације, односно посебне демобилизације завештаоца, онда се примећује рок од шездесет дана од званичног престанка рата, односно од потписивања мировног споразума.³⁵ Законом о наслеђивању није регулисано важење војног завештања у случајевима када завешталац, у оквиру рока од шездесет, односно тридесет дана, после демобилизације буде поново мобилисан. Према проф. Ђеранићу, већ сачињено завештање требало би да

³² Чл. 506, Грађанског законика Швајцарске, доступно на: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/202001010000/210.pdf> 25.03.2020.

³³ Д. Ђеранић, *op. cit.*, 186.

³⁴ Чл. 109, ст. 2, ЗОН.

³⁵ *Ibid.*, 189.

важи све време нове мобилизације, као и по протеку шездесет односно тридесет дана по поновној демобилизацији завештаоца.³⁶

Кругу недостатака правног регулисања војног завештања могу се додати и они који се односе на његово чување. Поводом чувања војног завештања ваља обратити пажњу на поједина решења из упоредног законодавства. Грађански законик Француске у погледу чувања завештања, предвиђа пре свега обавезу израде дупликата оригинала завештања. Ако се та формалност не може извршити због здравственог стања тестатора, саставља се препис оригиналног примерка завештања. Посебно се наводе и разлози који су онемогућили састављање оригиналног примерка завештања. Чим је њихова комуникација могућа, два оригинала или оригинал и препис тестамена шаљу се посебним куриром, у запечаћеној и затвореној коверти Министарству одбране или поморства, које их даље доставља јавном бележнику којег је назначио завешталац, или уколико он то није учинио, председнику јавнобележничке коморе према месту последњег пребивалишта завештаоца.³⁷ Грађански законик Шпаније предвиђа да војно завештање мора у најкраћем могућем року бити достављено Министарству одбране које ће га уколико је преминуо проследити јавном бележнику према месту последњег пребивалишта завештаоца.³⁸ Уколико је војно завештање сачињено усменом изјавом воље, завештајни сведоци су у обавези да о томе обавесте ратног ревизора или службеника Министарства правде при војсци, након чега се са овим завештањем поступа као у случају када се ради о војном завештању сачињеном у отвореној или затвореној форми.³⁹

У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије војно завештање је регулисано на исти начин. „За време мобилизације или рата, завештање оном ко је на војној дужности може сачинити командир чете и други старешина његовог или вишег ранга, или неко други у присуству неког од тих старешина, као и сваки старешина одвојеног одреда, а по правилима која важе за сачињавање судског завештања“.⁴⁰ Правно регулисање војног завештања на овај начин садржи низ претходно наведених недостатака. Заговорници постојања војног завештања истичу остваривање принципа правне сигурности, његовим сачињавањем уз поштовање строгих услова форме. У ратним околностима када постоји непосредна опасност по живот, није лако остварива ситуација да се командир чете бави сачињавањем нечијег завештања. Како у овим околностима није лако обезбедити присуство овлашћеног лица, тако није једноставно сачинити ни један јавни облик завештања. У правним системима где у ванредним околностима није дозвољено сачињавање редовних облика

³⁶ Ibid., 189.

³⁷ Чл. 983, СС.

³⁸ Чл. 718. ст. 2, Грађанског законика Шпаније, „Gaceta de Madrid“ num. 206, de 25 julio de 1889, доступно на: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>, 02.04.2020. у даљем тексту: ГЗШ.

³⁹ Чл. 720, ст. 3, ГЗШ.

⁴⁰ Чл. 2613, ст. 1, Преднацрта Грађанског Законика Републике Србије, 28.05.2019. године.

завештања, чини се оправданим постојање ванредних облика. Међутим, у нашем праву редовне облике завештања завешталац може сачињавати увек, без обзира на околности у којима се налази. За остваривање слободе завештајних располагања сасвим је довољна могућност сачињавања приватних облика завештања у оваквим околностима.

2. БРОДСКО ЗАВЕШТАЊЕ

Лице које се налази на српском броду може сачинити бродско⁴¹ завештање према правилима за састављање судског завештања.⁴² Ово завештање се може сачинити само на домаћем броду, па спада у ред ванредних облика завештања. Бродско завештање се може сачињавати само на „српском броду“, под којим се сматра брод који има државну припадност Републике Србије и који је уписан у један од домаћих уписника.⁴³ Бродско завештање на казивање завештаоца саставља заповедник брода, па овај облик завештања спада у групу јавних завештања. У Преднацрту Грађанског законика, бродско завештање је регулисано на исти начин.⁴⁴ Могућност сачињавања бродског завештања је предвиђена и у правима Црне Горе, Федерације БиХ и Словеније.⁴⁵

Бродско завештање могу састављати сва завештајно способна лица која се нађу на српском броду без обзира дали су посада брода или само путници. Уколико је завешталац писмен, поред бродског завештања, он свакако може сачинити и својеручно и писмено завештање пред сведоцима. Поред тога, на броду се може сачинити и међународно завештање, али и усмено у случају постојања посебних законских услова за његово састављање. Овај облик завештања се може сачинити само на домаћем броду, без обзира да ли се ради о броду унутрашње или спољне пловидбе, за време пловидбе на отвореном мору или у страним територијалним водама, као и док се брод налази у иностранству, док брод плови домаћим територијалним водама или се пак налази у домаћој луци, али је спреман за испловљавање, тако да нико не може ући на брод или сићи са њега.⁴⁶ За сачињавање бродског завештања је овлашћен заповедник брода, али је Законом о поморској пловидби Србије предвиђено да га у случају спречености у његовим овлашћењима замењује најстарији официр палубе.⁴⁷ Заповедник брода има овлашћење да у својству овлашћеног лица

⁴¹ Бродско завештање није римског порекла. Овај облик завештања је настао развојем поморског саобраћаја. Бродовласници су у том периоду чинили све да придобију путнике за овај начин путовања, па је могућност сачињавања тестамена на броду представљала једну од погодности. С. Марковић, *Наследно право*, Новинско-издавачка установа СЛУЖБЕНИ ЛИСТ СФРЈ, Београд, 1981, 272.

⁴² Чл. 108, ст. 1, ЗОН.

⁴³ Чл. 4, ст. 9, Закона о поморској пловидби, “Сл. гласник РС”, бр. 87/2011, 104/2013, 18/2015, 113/2017 – др. закон и 83/2018, у даљем тексту: ЗОПП.

⁴⁴ Чл. 2612, Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, од 28.05.2019.

⁴⁵ Чл. 72, ЗОНЦГ; чл. 75, ст. 1, ЗОНФБиХ; чл. 70, ст. 1, ЗОНС.

⁴⁶ Ј. Ђ. Видић, *op. cit.*, 1548.

⁴⁷ Чл. 96, ст. 5, ЗОПП.

составља бродско завештање само онда када је прекинута физичка веза између брода и копна.⁴⁸ Сачињавање завештања спада у ванредна овлашћења заповедника брода, која он остварује уколико се на тај начин не угрожава сама пловидба. У праву Чешке уколико постоји озбиљан разлог, завешталац може у присуству два завештајна сведока да изјави своју последњу вољу пред командантом брода, под условом да га то не спречава да брине о сигурности пловидбе.⁴⁹ Грађански законик Шпаније предвиђа сачињавање поморског завештања пред овлашћеним лицем (капетан брода или лице које поступа уместо њега) у присуству два завештајна сведока.⁵⁰ Шпанско право уважава посебне околности под којима се ово завештање сачињава, те дозвољава ублажавање његове форме. Тако, поморско завештање може бити сачињено усменом изјавом воље пред два завештајна сведока, у случају опасности од бродолома.⁵¹

Строги услови форме, слично као и код војног завештања, занемарују околности у којима се сачињава овај облик завештања, и најчешће недовољно познавање права од стране заповедника брода као овлашћеног лица. Пре непосредног сачињавања завештања овлашћено лице је дужно да упозори завештаоца о значају радње коју предузима, да га упозори на одредбе о нужном делу. Капетан брода који не познаје право неће моћи да помогне завештаоцу да сачини једно пуноважно завештање. Строга формална правила воде у супротност ономе због чега су установљена, а то је остваривање слободе завештајних располагања и правна сигурност.

Наше законодавство не предвиђа ближе поступање са војним завештањем, слично је и са бродским завештањем. Међутим, Закон о поморској пловидби Србије предвиђа обавезу заповедника брода да прими изјаву последње воље, као и да је унесе у бродску књигу, и да наведе време када је изјаву примио. Поред тога, заповедник брода дужан је да сачини и бродску исправу, као и да исту достави најближем дипломатско-конзуларном представништву Републике Србије.⁵² Грађански законик Шпаније у погледу чувања бродског завештања прописује обавезу његовог чувања од стране капетана брода, уз забелешку његовог постојања у дневнику брода. Уколико брод доспева у страну луку, капетан брода ће дипломатско-конзуларном представништву доставити копију завештања сачињеног у отвореној форми, односно потврде о завештању сачињеном у затвореној форми, као и забелешку учињену у дневнику брода. Оно ће затворити и запечатити поменуте копије, те ће исте заједно са забелешком учињеном у дневнику брода проследити Министарству поморства ради депоновања у његовој архиви.⁵³

Бродско завештање је ванредно завештање па је и ограниченог рока важења. Овај облик завештања важи у року од тридесет дана од дана повратка

⁴⁸ Д. Б. Ђурђевић, *op. cit.*, 141.

⁴⁹ Чл. 1544, ст. 1, Грађанског законика Чешке.

⁵⁰ Чл. 722, ГЗШ.

⁵¹ Чл. 731, ГЗШ.

⁵² Чл. 104, ст. 4 и 5, ЗОПП

⁵³ Вид., чл. 724-725, ГЗШ.

завештаоца у Србију.⁵⁴ Наш законодавац не регулише почетак рока важења бродског завештања које је сачињено у домаћим територијалним водама, без напуштања земље од стране завештаоца. У правној теорији постоје схватања да у овим случајевима рок од тридесет дана почиње да тече од дана када се завешталац изкрцао са брода, односно од дана завршетка завештаоачевог путовања бродом. Према схватању проф. Ђурђевића, са којим се слажемо, почетак рока се везује за успостављање физичке везе између брода и српског копна.⁵⁵

Раније је у нашем законодавству Законом о наслеђивању САП Војводине⁵⁶ у члану 72 било предвиђено да све оно што важи за састављање бродског завештања, треба да важи и за састављање тестамена и на југословенском ваздухоплову, с тим што би улогу овлашћеног лица у овом случају имао заповедник ваздухоплова.⁵⁷ Овакво решење је данас нпр. предвиђено у праву Федерације БиХ, Чешке, Италије.

ЗАКЉУЧАК

Ванредни облици завештања у српском праву су војно и бродско завештање. Почевши од Савезног закона о наслеђивању из 1955. године па све до Преднацрта Грађанског Законика Републике Србије из 2019. године, ова два облика завештања су регулисана на исти начин. Закон предвиђа да се ова завештања могу сачињавати само у ванредним околностима али према правилима за сачињавање редовног(судског) завештања. Ванредне околности подразумевају одређене измењене прилике, па се тако ни у сфери тестаменталног наслеђивања не може тражити поступање које се остварује у редовним приликама. Сачињавање судског завештања подразумева учешће судије, који захваљујући свом правничком знању усмерава завештаоца и помаже му да своју последњу вољу изјави на адекватан начин. Судија упозорава завештаоца на одредбе о нужном делу, упозорава га на нелогичности у његовој изјави, и чини све што је потребно како би завештаоачево завештање било пуноважно. На овај начин мора да поступа и овлашћено лице приликом сачињавања војног односно бродског завештања. Међутим, војни командант односно заповедник брода је најчешће лице које није вично праву и које неће моћи да поступи као судија, приликом сачињавања судског завештања. Поред тога, уколико завешталац сачињава војно завештање у јеку борбе, односно путник на броду за време његовог потапања, овлашћено лице ће се у тим тренуцима бавити својим основним овлашћењима, а не сачињавањем завештања које улази у ред његових споредних овлашћења. Постојеће законско регулисање пуно је и недостатака који се односе на круг лица која ово завештање могу сачињавати, круг лица пред којима се ова

⁵⁴ Чл. 108, ст. 2, ЗОН.

⁵⁵ Д. Б. Ђурђевић, *op. cit.*, 142.

⁵⁶ „Службени лист САП Војводине“, бр. 8 од 14. Маја 1975.

⁵⁷ Б. Т. Благојевић, *Наследно право у Југославији-ПРАВА РЕПУБЛИКА И ПОКРАЈИНА*, Савремена администрација, Београд, 1988, 266.

завештања могу сачињавати, њихово чување, завршетак односно продужење рока њиховог важења.

Често се у литератури постојање ванредних облика завештања правда тиме да се на тај начин остварује слобода завештајних располагања. И поред њиховог формално-правног прокламовања, чињеница да је последњих деценија на територији наше земље било мноштво ратних сукоба, и да је наша земља некада била поморска, у домаћој правној пракси нису забележени случајеви њиховог сачињавања. Да ли се заиста слобода завештајних располагања остварује кроз њихово пуко прокламовање?! Ванредна завештања регулисана на овај начин не налазе своју примену у пракси, већ остају само „мртво слово на папиру“. Услед тога, у правној теорији су постојали бројни покушаји ублажавања строге форме за њихово сачињавање. Ублажавањем форме за сачињавање ових облика завештања, претворили бисмо их у неки од редовних облика завештања или у изузетни облик. Тако би дошло до постојања истих облика завештања, само под различитим називом. Укидањем ванредних облика завештања из нашег законодавста, слобода завештајних располагања не би била органичена, с обзиром на околност да се и у ванредним приликама може располагати заоставштином неким од редовних облика завештања, односно усменим завештањем као изузетним обликом.

Jovana Milović,

Assistant, Faculty of Law,

University of Pristina - Kosovska Mitrovica

EXTRAORDINARY FORMS OF WILLS IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Extraordinary forms of wills can only be made in extraordinary circumstances, subject to strict formal conditions and a limited shelf life. In Serbian law, extraordinary forms of wills are military and ship's wills, whose legal regulation is characterized by a number of disadvantages. Their formal and legal existence does not imply their application in practice.

The author tries to point out the strict conditions for their creation, which do not take into account the special circumstances in which these forms of wills are made. Particular attention was paid to determining the justification of their existence, given their non-application in practice. On the basis of comparative presentation of certain legal rules, the author tries to propose certain solutions regarding their arrangement of *de lege ferenda*.

Keywords: extraordinary forms of wills, military wills, ship's wills, extraordinary circumstances.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Благојевић, Б. Т., *Наследно право у Југославији – права република и покрајина*, Савремена администрација, Београд, 1988.

Видић, Ј. Ђ., „Ванредни облици завештања у праву Србије и осталим савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Нови Сад, 2017.

Ђурђевић, Д. Б., *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд, 2010.

Ђурђић-Милошевић, Т. *Ограничење слободе завештајних располагања*, Докторска дисертација, Крагујевац, 2018.

Илић, В., „Војно завештање у римском, француском и српском праву“, *Право: теорија и пракса: часопис Савеза удружења правника Војводине*, бр. 10/12, 2014.

Марковић, С., *Наследно право*, Новинско-издавачка установа СЛУЖБЕНИ ЛИСТ СФРЈ, Београд, 1981.

Почуча, М., Наследно право, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2012.

Сворцан, С. Н., *Наследно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2006.

Стојановић, Н., *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011.

Ђеранић, Д., „Војно завештање“, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Ниш, 2016.

Устав Републике Србије, “Сл. гласник РС”, бр. 98/2006

Закон о наслеђивању, “Сл. гласник РС”, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015

Закон о Војсци Србије, “Сл. гласник РС”, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 – др. закон, 10/2015, 88/2015 – одлука УС, 36/2018 и 94/2019

Француски грађански законик
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=8E635886C452C08E9D274C6936EAF920.tplgfr24s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150548&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200325

Аустријски грађански законик, доступно на:
<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>

Немачки грађански законик, доступно на: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

Закон о наслеђивању САП Војводине, „Службени лист САП Војводине“, бр. 8 од 14. Маја 1975.

Закон о наслеђивању Црне Горе, „Сл. лист ЦГ“, бр. 74/2008 и 75/2017 – одлука УС;

Закон о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 80/14;

Закон о наслеђивању Македоније, „Сл. Весник на Р. Македонија“, бр. 47/96;

Закон о наслеђивању Словеније, „Урадни лист СРС“, шт. 15/76, 23/78, „Урадни лист РС“, шт. 13/94 – ЗН, 40/94 – одлука УС, 117/00 – одлука УС, 67/01, 83/01 – ОЗ, 73/04 – ЗН-Ц, 31/13 – одл. УС ин 63/16.

Закон о одбрани, „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 88/2009 – др. закон, 104/2009 – др. закон, 10/2015 и 36/2018.

Грађански законик Чешке, 89/2012, Sb., доступно на:
<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>.

Грађански законик Шпаније, доступно на:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Грађански законик Швајцарске, доступно на:
<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/202001010000/210.pdf>

Преднацрт Грађанског Законика Републике Србије, 28.05.2019. године

Закон о поморској пловидби, “Сл. гласник РС“, бр. 87/2011, 104/2013, 18/2015, 113/2017 – др. закон и 83/2018.

SENATUS CONSULTA DE INIURIIS¹

Апстракт

У Дигестама је сачувано пет текстова који говоре о сенатским одлукама које су се односиле на деликт инјурије. Сцевола (D.47.10.38) и Калистрат (D.48.19.28.7) пишу о забрани злоупотребе уточишта, а Павле (D.47.10.6) о увођењу јавног деликта у случају да у увредљивом тексту није изричито наведено име оштећеног. Улпијан (D.47.10.5) извештава о проширењу деликта инјурије и на оне који су писали, издавали, делили и продавали песме и епиграме, чак и уколико то нису чинили под својим именом. Даље каже да се за такво дело сенатском одлуком уводи казна интестабилитета, као и немогућност тестирања (D.28.1.18).

Циљ рада је да одговори на питања које новеле су донеле поменуте сенатске одлуке, колико их је било и када су донете.

На основу Тацитових Анала (3.36) се може закључити да је злонамерно коришћење азила код статуе императора забрањено одлуком сената 21. године под председништвом Друза, сина цара Тиберија. Служећи се истим извором (1.72) се и проширење одговорности за деликт погрдне песме из Улпијановог текста D.47.10.5 може датирати у 12. годину, док Светоније (Divus Augustus 55) даје основа за тврдњу да је на Августов предлог почело кажњавање за увредљиве текстове написане *sub alieno nomine*. Вероватно је оно прописано истом одлуком из 12. године. Норма о којој извештава Павле се не може поуздано датирати, иако се на основу системског тумачења условно може приписати истом сенатском акту.

Примењене методе су језичко, системско и историјско тумачење наведених извора и историјски метод.

Кључне речи: *iniuria, contumelia, carmen famosum, senatus, famosus libellus*

1. УВОД

Деликт инјурије, односно контумелије, је једна од најитригантнијих теме правне романистике у последњих стотинак година. Литературе о тој теми има толико да је тешко направити њен преглед. Међутим, она је доминантно посвећена неким изворима права, као што су Закон дванаест таблица, преторов

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, katancevic@ius.bg.ac.rs.

¹ Рад је настао у оквиру пројекта "Идентитетски преображај Србије" Правног факултета Универзитета у Београду.

едикту или радови класичних јуриспрудената. С друге стране, готово да је занемарено истраживање скупштинских закона и сенатских одлука, иако извори недвосмислено говоре да су се и они бавили тематиком инјурије. Овај рад је посвећен доприносу који је изградњи деликта дала нормативна активност римског сената. О томе сведоче фрагменти тројице римских правника, који ће овде бити анализирани хронолошким редом.

2. КВИНТ ЦЕРВИДИЈЕ СЦЕВОЛА И КАЛИСТРАТ

Најстарији правник за кога се, према сачуваним изворима, може тврдити да је у својим радовима поменуо сенатску одлуку која се односи на повреду части је Квинт Цервидије Сцевола. Иако носи исти когномен, нема доказа да је у вези са чувеним републиканским правницима и политичарима из патрицијског рода Муџија. Реч је о јуриспруденту, вероватно пореклом из еквестарског реда, који је био *praefectus vigilum* 175. године и члан владаревог савета за време владе Марка Аурелија (161–180).² Радио је и за време Комода (177–192) и Септимија Севера (193–211).³ Према Ленеловој реконструкцији иза тог правника су остала Дигеста у четрдесет књига, *Responsa* у шест, *Quaestiones* у двадесет, *Regulae* у шест књига, те неколико мањих дела (*De quaestione familiae*, *Notae ad Iuliani et Marcelli digesta*, *Quaestiones publice tractatae*).⁴

Јустинијанови компилатори су у десети наслов четрдесет седме књиге Дигеста *De iniuriis et famosis libellis*, уврстили и фрагмент из Сцеволине четврте књиге регула, где он говори о сенатској одлуци:

D.47.10.38. *Scaevola libro quarto regularum: Senatus consulto cavetur, ne quis imaginem imperatoris in invidiam alterius portaret: et qui contra fecerit, in vincula publica mittetur.*⁵

Према Сцеволином тексту, радња деликта се састоји у ношењу представе (слике, статуе) императора у циљу да се други јавно увреди.⁶ Наиме, представа

² W. Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln Weimar Wien, 2001, 217–219.

³ O. Lenel, *Palingenesia juris civilis* II, Lipsiae, 1889, 215–216.

⁴ O. Lenel II, 215–322. Ту се налази и неколико сачуваних цитата (или парафраза) из радова других правника, код којих није сачуван назив Сцеволиног дела из ког су презети.

⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. „Сенатска одлука прописује да нико не сме представу императора носити да би понизио другог. Онај ко то учини биће стављен у ланце.“

⁶ Према Ленелу, у истој Сцеволиној књизи се налази и текст који се односи на Јулијев закон о издаји, сачуван у Дигестама под инскрипцијом у титулусу D.48.4. *Ad legem Iuliam maiestatis*. Lenel II, 286–287. D.48.4.4.1. *Scaevola libro quarto regularum: Hoc crimine liberatus est a senatu, qui statuas imperatoris reprobatas conflaverit.*

владара је пружала азил у старом Риму, без обзира на то да ли је реч о покојном и деификованом, или актуелном владару. По свему судећи у фрагменту је реч о забрани злоупотребе таквог права уточишта, која је чињена тако што је неко јавно вређао друге, носећи собом царев лик, који му је пружао заштиту од гоњења. Запрећена казна је стављање у ланце, односно лишење слободе.⁷ С обзиром на време у коме је текст настао, јасно је да се под императором подразумева владар, а не војсковођа.⁸

Такву одлуку објашњава и Сцеволин савременик Калистрат у фрагменту сачуваном у Дигестама:

D.48.19.28.7. *Callistratus libro sexto de cognitionibus: Ad statuas confugere vel imagines principum in iniuriam alterius prohibitum est. ... Ne autem ad statuas vel imagines quis confugiat, senatus censuit: eumque, qui imaginem Caesaris in invidiam alterius praetulisset, in vincula publica coerceri divus Pius rescripsit.*⁹

Калистрат је био правник вероватно пореклом из источног дела царства, из грчког говорног подручја.¹⁰ Радио је за владе императора Септимија Севера (193–211) и његовог сина Каракале (198–217) и написао неколико кратких дела (*De cognitionibus*, одакле је и цитирани фрагмент, *Ad edictum monitorium, Institutiones, De iure fisci et populi* и *Questiones*).¹¹

Према наведеном тексту, извесно је да се ради о представама цезара, дакле владара, а не војних команданата. Ту такође стоји да је казна уведена рескриптом „божанског Пија“, односно цара Антонина Пија (138–161), што би могло да указује на разлику у односу на Сцеволу који тврди да је она уведена одлуком сената. Међутим, први текст се може разумети не само на начин да је сенат предвидео казну стављања у ланце, већ да је она последица радње поменуће у сенатској одлуци, а санкција је могла бити уведена и од стране неког

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. Иако се и ту помиње сенатска одлука, пре ће бити да се ради о сенатској одлуци о *damnationi memoriae*, којом се дозвољава уништење статуе постхумно осуђеног владара, него о акту сената којим се уводи кривично дело.

⁷ Реч је о казни затвора. Т. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 960. Она је редовно подразумевала и принудан рад, од чега се можда одступало код краћих казни. *Ibidem*, 952 фн. 1.

⁸ Међутим, како је средство којим се чини деликт представа владара, то би се у тексту могло радити и посебној врсти злочина против величанства (*crimen laesae maiestatis*). Т. Mommsen, 585.

⁹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. “Забрањено је да се тражи азил код статуа и слика императора, да би се другоме наносила инјурија. ... Да се не сме прибегавати статуама и сликама императора, одлучио је сенат. И онај ко је носио слике цара да би вређао друге, био би вођен у затвор, према рескрипту божанског Пија.“

¹⁰ W. Kunkel, 235.

¹¹ O. Lenel, *Palingenesia juris civilis* I, Lipsiae, 1889, 81–105.

другог. Стога би се могло тврдити да је поменути *senatus consultum* ограничио право азила, без прописивања посебног деликта злоупотребе.

3. ПАВЛЕ

Следеће сведочанство о сенатским одлукама у материји инјурије долази од Јулија Павла. Реч је о Сцеволином и Калистратовом далеко познатијем саременику, једном од најугледнијих римских јуриспрудената, члану сената мртвих и преторијанском префекту за владе Александра Севера (222–235).¹² У педесет петој књизи коментара едикта¹³ он пише:

D.47.10.6. *Paulus libro 55 ad edictum: Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari. Ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.*¹⁴

Павле помиње извесну сенатску одлуку. Она прописује могућност покретања кривичноправне тужбе за инјурију у случају када је отежано покретање приватноправне. Наиме, активну легитимацију за покретање приватне тужбе је имао оштећени (онај чији су тело или част повређени), или његов патерфамилијас.¹⁵ У случајевима када се приликом наношења увреде не наведе изричито име онога коме се она чини, тешко је утврдити активну легитимацију. Вероватно се на доказивање активне легитимације односе речи „*difficilis probatio est*“. За те ситуације сенат је предвидео увођење посебног кривичног дела. Такав *ratio legis* се огледа и у томе да се јавноправна и приватноправне тужба искључују, те да нема места једној тамо где је подигнута друга тужба.

По свему судећи, Сцевола, Калистрат и Павле не говоре о истој сенатској одлуци, или бар не о истој норми. Док прва двојица помињу право

¹² W. Kunkel, 244–245.

¹³ Према Ленелу, она је посвећена инјурији. O. Lenel I, 1072–1073.

¹⁴ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. “Сенатска одлука је била неопходна у оним случајевима када није наведено име онога, против кога је учињено, јер је сенат желео да, због тежине доказивања, те случајеве подвргне кривичном поступку. Међутим, уколико је наведено [ко је жртва], може се тужити општом [приватноправном] тужбом из инјурије. Наиме, није забрањено подићи приватну тужбу, која би искључивала јавноправну, јер се тиче приватне ствари. Логично је да уколико се покрене кривична тужба, нема места приватној и обрнуто.“

¹⁵ О активној легитимацији код *actionis iniuriarum* види А. Катанчевић, „Тужба патерфамилијаса за инјурију учињену потчињеном лицу“, *Антика некад и сад: Значај, улога и наслеђе кроз векове* (Ур. Р. Васић, С. Ферјанчић, К. Марицки Гађански), Београд, 2018, 135–146.

уточишта, трећи то не чини. С друге стране, једино потоњи говори о ситуацији када се чини увреда без *verbatim* навођења имена онога на кога је усмерена.

На крају треба уочити да Павле обавештава о сенатској одлуци као о извору права којим је уведен јавноправни деликт инјурије.

4. УЛПИЈАН

Као и Павле и Домиције Улпијан је био преторијански префект за владе Александра Севера, један од најистакнутијих правника свог времена, те касније проглашен чланом сената мртвих.¹⁶ У педест шестој књизи коментара едикта он каже:

D.47.10.5. *Ulpianus libro 56 ad edictum: 9. Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur. 10. Eadem poena ex senatus consulto tenetur etiam is, qui epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum prodixerit: item qui emendum vendendumve curaverit. 11. Et ei, qui indicasset, sive liber sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis praemium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda. Quid enim si publica utilitas ex hoc emergit?*¹⁷

Део фрагмента који претходи цитираним речима говори о Корнелијевом закону о инјуријама. Према старијем ставу у романистици, речи из D.47.10.5.9. се односе на тај закон, а не на сенатску одлуку која се наводи у наредном параграфу. Међутим, системско тумачење овог и других текстова Јустинијанове кодификације пре указује на то да је тим законом проширен приватни деликт инјурије, него да је тако настало кривично дело.¹⁸ Тако би се

¹⁶ Т. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002.

¹⁷ <https://droitomain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. “9. Уколико је неко написао, саставио или уредио књигу која некоме наноси срамоту, или из зле намере проузроковао то што је учињено, чак и да је учинио под туђим именом или анонимно, дозвољено је због тога тужити и, уколико би био осуђен учинилац, прописано је да је он *ex lege intestabilis*. 10. Том казном се на основу сенатске одлуке кажњава и онај ко начини епиграме или нешто друго што без писања чини познатим другима, а тако и онај ко организује купопродају [нечег таквог]. 11. И ономе ко би проказао, било да је слободан или роб, припада награда према процени судије и према имовном стању осуђеног, а робу се може доделити и слобода. Заиста зашто [да не], ако би из због тога настала јавна корист?”.

¹⁸ R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, 34; А. Катанчевић, „Lex Cornelia de iniuriis“, *Право у функцији развоја друштва* (Ур. Д. Мировић *et al.*), Косовска Митровица, 2019, 198–202, 204–205. Супротно U. von Lübtow, „Zum römischen Injurienrecht“, *Labeo*, 15/1969, 158–159; Н. F. Hitzig, *Iniuria*,

могло тврдити да је сенатска одлука поменута у D.47.10.5.10. та којом је уведено кажњавање интестабилитетом¹⁹ и то не само за радње у вези са епиграмима (D.47.10.5.10.), него и за претходно поменуте радње (D.47.10.5.9.) у вези са књигама.²⁰

Према Улпијановим речима, посебан облик дела инјурије се састоји у писању, састављању или уређивању текста који некоме наноси увреду, те усменом ширењу таквог текста или састављању и промету епиграма такве садржине, или и ономе што би се данас назвало подстрекавање или саучесништво. Ни у Сцеволином, ни у Калистратовом, ни у Павловом тексту се не помињу писани текстови и епиграми код извршења деликата о којима се тамо извештава.

Друга важна чињеница наведена у Улпијановом сведочанству је та да је тужба могућа и онда кад је неко дело учинио анонимно или под туђим именом, односно уколико није потписао увредљиви текст или је потписао неког другог. То донекле подсећа на Павлово казивање, али ипак између текстова два савременика постоји значајна разлика. Док Улпијан каже да је пасивно легитимисан и онај ко се није потписао, или је потписао другог, дотле Павле говори да је активно легитимисан и онај чије име није изричито поменуто, уколико је увреда учињена.

На крају Улпијан пише и о награди за оног ко пријави делинквента. Награда је новчана. Одређује се у сваком конкретном случају, а једини поменути критеријум је имовно стање осуђеног. Уколико би роб био тај ко би пријавио, награда би могла бити и слобода.

Од истог јуриспрудента је сачувано још једно сведочанство које говори о сенатским одлукама и инјурији. Реч је о фрагменту прве књиге коментара по угледу на Сабина, која је посвећена питању ко може да начини тестамент²¹:

D.28.1.18. *Ulpianus libro primo ad Sabinum: pr. Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat. 1. Si quis ob carmen famosum damnatur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi.*²²

Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht, München, 1899, 78.

¹⁹ A. Manfredini, *Contributi allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, Milano, 1977 230–233.

²⁰ Док је епиграм био не само натпис, већ и посебна књижевна врста (често сатиричне садржине), дотле је књига (*liber*) подразумевала пре свега свитак папируса, без обзира на то шта је на њему написано.

²¹ O. Lenel II, 1020.

²² <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. „пр. Онај чија је имовина под законском забраном, не може сачинити тестамент, и уколико га сачини, *ipso iure* не важи. Међутим, уколико је тестамент сачињен пре забране, важиће. Стога је оправдано

Први параграф извештава да онај коме је то законом забрањено не може од тренутка забране да сачини тестамент, а уколико је то учинио пре тога, тестамент остаје на снази. Онај ко не може да тестира, не може бити ни сведок тестамент. Други параграф, који се надовезује на први, каже како не може да састави тестамент нити да буде сведок по тестаменту ни онај ко је кажњен по сенатској одлуци за *carmen famosum*, односно увредљиву песму. *Carmen famosum* је облик деликта инјурије, који је обухватао увреду. Према Павлу²³ и Цицерону²⁴ уведен је Законом дванаест таблица, а према Улпијану преторовим едиктом:

D.47.10.15.27. *Ulpianus libro 77 ad edictum: ...si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pudorem alicuius laedat.*²⁵

Дакле, према последњем у низу Улпијанових текстова, сенатска одлука је увредљиву песму кажњавала интестабилитетом. Иако би на први поглед таква казна указивала на јавноправну природу деликта, то не мора да буде случај. Наиме, инфамија је у римском праву могла да буде последица и приватне тужбе.

Изгледа да се Улпијанови фрагменти слажу у томе да је сенатска одлука предвидела интестабилитет, међутим, ни у једном од њих се не помиње однос приватне и јавне тужбе, као код Павла, нити злоупотреба азила, како то чине Сцевола и Калистрат. Додуше у другом Улпијановом сведочанству, за разлику од првог, нема речи о потказивачу и награди. Међутим, док се први текст бави инјуријом, дотле је други помиње успут, те не чуди што о њој нема више информација.

5. ДАТИРАЊЕ И *RATIO LEGIS*

Ради боље прегледности информације из анализираних изворе биће дате у табели:

да [такав] не може бити сведок тестамент, јер нема *testamenti factionem*. 1. Осуђен за *carmen famosum* је изричито, према сенатској одлуци, проглашен за интестабилног, што значи да не може нити да сачини тестамент, нити да буде сведок тестамент.“.

²³ *Pauli Sententiae* 5,4,6.

²⁴ *Cicero, De re publica* 4; *Cicero, Tusculanae Disputationes* 4,2,4. Цицерон чак тврди да је у доба децемвира кажњаван смртном казном. *Cicero, De re publica* 4.

²⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. март 2020. „... уколико би написао, објавио или певао нешто, што би штетило угледу другог.“.

Табела: Извори о сенатским одлукама о инјурији

Извор	Деликт	Пасивна легитимација	Природа деликта	Казна
D.47.10.38 , Scaevola, 4 reg.	<i>iniuria</i>	„ <i>ne quis imaginem imperatoris in invidiam alterius portaret</i> “		
D.48.19.28 .7, Callistratus, 6 de cog.	<i>iniuria</i>	„ <i>qui imaginem Caesaris in invidiam alterius praetulisset</i> “		
D.47.10.6, Paulus, 55 ad ed.	<i>iniuria</i>		Јавни деликт, уколико није наведено име оштећеног.	
D.47.10.5, Ulpianus, 56 ad ed.	„ <i>Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit ... qui epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendumve curaverit.</i> “	„ <i>etiamsi alterius nomine... vel sine nomine</i> “		интестабилитет
D.28.1.18, Idem, 1 ad Sab.	<i>carmen famosum</i>			интестабилитет, немогућност тестирања

Као што се може видети, доступна сведочанства не противрече међусобно. Осим тога сва она говоре о норми која је прописана сенатском одлуком, а везана за инјурију. Ипак, она дају различите информације. Док Сцевола и Калистрат говоре о злоупотреби азила, дотле Павле и Улпијан пишу о увреди, а последњи као казну наводи интестабилитет. Док Павле ћути о санкцији, једини извештава о јавној тужби у случају да име оштећеног није експлицитно наведено у увредљивом тексту.

Манфредини сматра да је у свим изворима реч о истој сенатској одлуци.²⁶ Међутим, на основу реченог се може претпоставити да се ради о два

²⁶ А. Manfredini, 237.

типа деликта инјурије. У првом, Сцеволином и Калистратовом, је реч о злоупотреби уточишта, а у другом о увредљивом тексту. Последишно, може се закључити да ће у анализираним изворима пре бити реч о више сенатских одлука, него о једној.

Историја азила на култном месту посвећеном императору почела је са Цезаровом деификацијом и изградњом његовог храма 42. године п.н.е. Касније се право азила проширило и на статуе живих владара.²⁷ Изгледа да је врло брзо дошло до злоупотребе таквог правила. Осим Сцеволе и Калистрата о томе говори и Тацит у Аналима (3.36). Он каже да је у сенату било речи о томе 21. године под председништвом Друза, сина тадашњег цара Тиберија. Тада је речено да „и најгори никоговић имао је права да некажњено ... вређа честите људе и изазива мржњу против њих. Чак и када су ослобођеници и робови нападали своје патроне или господаре речима да су увредили цара, или дизали руку на њих, они су их се бојали.“²⁸ Све то је чињено тако што је онај ко вређа стајао код статуе цара, која је пружала азил. Тацит даље каже како је Друз наредио да се заточи извесна Анија Руфила, која је на тај начин увредила сенатора Гаја Цестија. Подударност Сцеволе, Калистрата и Тацита је очигледна. Тацит пропушта да изричито помене и доношење сенатске одлуке, јер је, према његовом тексту, Друз тај који наређује. Ипак, врло је вероватно да је том приликом донета и сенатска одлука о којој говоре двојица јуриспрудента скоро два века касније.

Тацит помиње и проблем о коме говори први Улпијанов текст (D.47.10.5). Тако се у Аналима (1.72) може прочитати да је Август био први који је „спровео истрагу о погрдним списима“²⁹ против њиховог писца Касија Севера, који је због тога 12. године н. е. прогнан из Рима.³⁰ Према истом извору Тиберије је 15. године н. е. одобрио покретање поступка према том правилу, јер су га „раздражиле анонимне песме које су се шириле од уста до уста на рачун његове округности, надмености и неслоге између њега и мајке.“³¹ Како се може видети, у извору нема говора о било каквој одлуци сената. Цар је тај који одлучује. Према ономе што у Аналима пише, могућност покретања тужбе против анонимног писца увредљиве песме би пре била резултат Тиберијеве него Августове одлуке. Међутим, Гај Светоније Транквил разрешава то питање у Августовој биографији. Тамо он каже да, иако Августа нису погађале погрдне песме уперене против њега, ипак је предложио да се казне они који објављују погрдне песме *sub alieno nomine*.³² Још једном се не говори о сенатском акту. Ипак, не треба заборавити да је такве одлуке Август могао озакоњити на три

²⁷ Т. Mommsen, 460–461.

²⁸ Љ. Црепајац, *Корнелије Тацит. Анали*, Београд 2006, 122.

²⁹ Љ. Црепајац, 69.

³⁰ Љ. Црепајац, 347, нап. 155. Полај смешта у ту годину доношење сенатске одлуке којом је *carmen famosum* проглашен кривичним делом. Е. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, 127.

³¹ Љ. Црепајац, 70.

³² *Gaius Suetonius Tranquillus, De Vita Caesarum. Divus Augustus 55.*

начина: скупштинским законом, актом сената или изменом преторског едикта. Како је скуштине било компликовано сазивати из организационих разлога, то би две преостале могућности биле практичније. Изгледа да је одређење за акт сената изабрано, јер је деловало демократичније и обезбеђивало сагласност најугледније групе римског друштва. Притом, ни Тацит ни Светоније нису имали дилеме да је стварна одлука припадала владару.

Остаје Павлов фрагмент који се не може датирати повезивањем са неким другим догађајем описаним у изворима. Могућно је да је алтернативни јавни деликт инјурије прописан једним од поменутих сенатских одлука 12. или 21. године, као и да је он резултат неке треће. Уколико би се прихватила прва опције, пре би било да је тужба из Павловог текста уведена сенатском одлуком из 12. године.³³ Тако би тада једним актом била прописана могућност подизања тужби за увредљиву песму у којој нису наведена имена ни њеног писца, нити оног против кога је уперена.

Треба поставити питање зашто је сенату, односно Августу, Тиберију и Друзу, било потребно доношење оваквих одлука и шта је био њихов *ratio legis*. Код забране злоупотребе уточишта је на то питање лако одговорити. Тацит не само да даје објашњење зашто је такво правило прописано, већ даје и имена једног учиниоца и једног од оштећених. Затим код увођења јавноправне тужбе, сам Павле каже да је било отежано доказивање да је текст био уперен против части лица чије име није наведено. Међутим, код тужбе против непотписаног песника на први поглед изгледа да је тужба била већ предвиђена преторским едиктом „*ne quid infamandi causa fiat*“ (D.47.10.15.25), којим се кажњавало све оно што је учињено *infamandi causa*, односно са намером да се други увреди. Ипак не треба заборавити да је према Улпијановом тексту, сенатском одлуком одговорност проширена и на оне који умножавају, деле или организују продају увредљивих текстова (можда и онда када то не чине *animo iniuriandi*), а уз то учиниоци се додатно кажњавају интестабилитетом. Манфредини верује да је сенатским актом уведен и поступак пред сенатом.³⁴

На крају, треба приметити да према наведеним изворама не стоји Момзенова теза да је увредљива песма била кривично дело Закона дванаест таблица, која је преторским едиктом увршћена у цивилне деликте.³⁵ Наиме, да је такав развој тачан, поменуте сенатске одуке би биле излишне, јер су управо оне те које предвиђају како приватноправну, тако и јавноправну тужбу за такву врсту увреде.

³³ А. Manfredini, 233.

³⁴ А. Manfredini, 235–236.

³⁵ Т. Mommsen, 795. Слично Момзену и О. Вујовић, *Iniuria* (магистарска теза), Београд, 2009, 15–21.

6. ЗАКЉУЧАК

У Дигестама је сачувано пет текстова који говоре о сенатским одлукама које су се односиле на деликт инјурије. Сцевола (D.47.10.38) и Калистрат (D.48.19.28.7) пишу о забрани злоупотребе уточишта, а Павле (D.47.10.6) о увођењу јавног деликта у случају да у увредљивом тексту није изричито наведено име оштећеног. Улпијан (D.47.10.5) извештава о проширењу деликта инјурије и на оне који су писали, издавали, делили и продавали песме и епиграме, чак и уколико то нису чинили под својим именом. Даље каже да се за такво дело сенатском одлуком уводи казна интестабилитета, као и немогућност тестирања (D.28.1.18).

На основу Тацитових Анала (3.36) се може закључити да је злонамерно коришћење азила код статуе императора забрањено одлуком сената 21. године под председништвом Друза, сина цара Тиберија.

Помоћу Анала (1.72) се и проширење одговорности за деликт погрдне песме из Улпијановог текста D.47.10.5 може датирати у 12. годину. С друге стране, Светоније (*Divus Augustus* 55) даје основа за тврдњу да је на Августов предлог почело кажњавање за увредљиве текстове написане *sub alieno nomine*. Вероватно је оно прописано истом одлуком из 12. године.

Норма о којој извештава Павле се не може поуздано датирати, иако се на основу системског тумачења условно може приписати истом сенатском акту.

Andreja Katančević LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

SENATUS CONSULTA DE INIURIIS

Summary

Five extant texts of the Digest speak about *senatus consulta* which dealt with the delict of *iniuria*. Scaevola (D.47.10.38) and Calistratus (D.48.19.28.7) write about misuse of sanctuary, while Paulus (D.47.10.6) speaks about the introduction of a public delict for the case when the name of the victim was not explicitly stated in an injurious text. Ulpian (D.47.10.5) makes an account of the expansion of the delict of *iniuria* to those who wrote, published, disseminated or sold songs or epigrams, even if they did not do it under their own name. He further says that for such an act the punishment of *intestabilis* as well as impossibility of making a will was introduced by a *senatus consultum* (D.28.1.18).

The aim of this paper is to determine which changes were introduced by the mentioned decisions, how many there were and when they were enacted.

On the basis of the Annals of Tacitus (3.36) it may be concluded that misuse of asylum by the emperor's statue was prohibited by a Senate decision in the year 21 A.D., under the presidency of Drusus, the son of Tiberius. Using the same source (1.72) it is possible to date the expansion of liability for the delict of infamous song from Ulpian's text D.47.10.5 to the year 12 A.D., while Suetonius (Divus Augustus 55) gives basis to the claim that punishment for infamous texts written *sub alieno nomine* began on the initiative of Augustus. It was probably decreed by the same decision in 12 A.D. The norm attested by Paulus cannot be dated precisely, although systemic interpretation allows it to be ascribed to the same *senatus consultum*.

The applied methods are linguistic, systemic and historical interpretation of the sources, as well as the historic method.

Key words: *iniuria, contumelia, carmen famosum, senatus, famosus libellus*

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Вујовић, О., *Iniuria* (магистарска теза), Београд, 2009;

Wittmann, P., *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972;

Катанчевић, А., „Lex Cornelia de iniuriis“, *Право у функцији развоја друштва* (Ур. Д. Мировић *et al.*), Косовска Митровица, 2019;

Катанчевић, А., „Тужба патерфамилијаса за инјурију учињену потчињеном лицу“, *Антика некад и сад: Значај, улога и наслеђе кроз векове* (Ур. Р. Васић, С. Ферјанчић, К. Марицки Гађански), Београд, 2018;

Kunkel, W., *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln Weimar Wien, 2001;

Lenel, O., *Palingenesia juris civilis I*, Lipsiae, 1889;

Lenel, O., *Palingenesia juris civilis II*, Lipsiae, 1889;

Mommsen, T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899;

Von Lübtow, U., „Zum römischen Injurienrecht“, *Labeo*, 15/1969;

Manfredini, A., *Contributi allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, Milano, 1977;

Pólay, E., *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986;

Hitzig, H. F., *Iniuria, Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, München, 1899;

Honoré, T., *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002;

Црепајац, Љ., *Корнелије Тацит. Анали*, Београд 2006.

ДЕЛИКТНА ОДГОВОРНОСТ ГОСПОДАРА ПОСЛА НА ОСНОВУ АСТІО ЕХЕРЦИТОРИА

Апстракт

Проширење одговорности господара посла на евентуалне деликте које почини капетан и морнари, неминовно поставља питање своје оправданости када је вишеструка накнада штете могућа на основу квазиделиктне или деликтне одговорности. Увођење преторске одговорности за деликтне радње које су већ регулисане цивилним правом или преторском одредбом, налазе своје оправдање у јединственој одговорности господара посла за поморски подухват предузет у његову корист. Уз специфичан однос зависности господара посла и лица под његовом влашћу, постоји и ноксална одговорност господара посла за деликтне радње потчињених лица. У том циљу, деликтна одговорност господара посла на основу ехерциторне тужбе треба да спријечи избјегавање одговорности господара и адекватне накнаде штете кроз уступање штетника оштећеном.

Кључне ријечи: уговорна одговорност- ноксална одговорност-actio exercitoria-receptum nautarum- actio furti adversus nautas.

1. УВОД

У литератури се помињу ставови по којима су адјектицијске тужбе генерално, па и ехерциторна тужба створене у намјери да се прошири цивилна одговорност господара за деликтне радње његових потчињених лица.¹ Ноксална одговорност господара посла је предвиђена цивилним правом кроз два законска акта (Законик дванаест таблица 450.г. п.н.е. и Аквилејев закон из 286. г. п.н.е.).² Међутим, увиђа се извјесна преторска надоградња ноксалне одговорности кроз адјектицијске тужбе. Ехерциторна тужба се појављује као *lex specialis* у односу на ноксалну тужбу која би се редовно могла употријебити када деликт почине особе у власти. Према Гајевим ријечима, ноксална одговорност оставља оцу или господару могућност или да

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, mirjana.miskic@pf.unibl.org.

¹ М. Kaser, „Stellvertretung und “notwendige Entgeltlichkeit““, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung, 91, Goettingen, 1974, 156. R. Knütel, „Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung, 100, Goettingen, 1983, 340–443.

² М. Poloјас, *Actio de pauperiae and Liability for Damage caused by animals in Roman Law*, Belgrade 2003, 129.

поднесе трошкове судске пресуде или да изручи делинквента.³ Ноксална одговорност господара посла је ограничена, тј. без обзира на висину износа почињене штете господар посла највише одговара до висине вриједности роба или сина. Иако почињена штета може бити несразмјерно виша од тржишне вриједности роба, господар посла и даље има право на могућност извршења обавезе путем *noxae deditio*. У том смислу видимо да за разлику од ексерциторне одговорности која је неограничена, ноксална одговорност лимитира одговорност господара посла на тржишну вриједност роба.

Поред тога, ноксална одговорност постоји искључиво ако постоји власт над делинквентом.⁴ Ноксална одговорност господара посла не постоји када деликт изврши капетан брода који је независан од власти господара посла. На основу тога, можемо закључити да се треће лице не може увијек ослонити да ће штету репарирати на основу ноксалне одговорности већ је потребно осигурати ризик од штете путем адјектицијске одговорности.

Деликтна одговорност господара посла на основу ексерциторне тужбе је у једноструком износу, док је деликтна одговорност пеналног карактера и редовно је у вишеструком износу.

2. ОДГОВОРНОСТ МОРНАРА НА ОСНОВУ ЕКСЕРЦИТОРНЕ ТУЖБЕ

D.14.1.1.2. Ulpianus, libro 28 ad edictum *Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem: alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet.*

D.14.1.1.2. Улпијан, 28. књига о едикту, Али ако са било којим морнарком закључујеш уговор, неће се дозволити ексерциторна тужба, иако за деликте које почине они који су на броду ради управљања бродом, даће се ексерциторна тужба. Различито је када је у питању уговорна и деликтна одговорност. Ако си неког поставио као капетана, дозволио си да се са њим закључују уговори. Ко је примљен као морнар, није овлашћен на закључивање уговора, али одговара за кулпно и долозно почињене радње.

³ 4.75. Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem suffere aut noxae dedere.

4.75. За деликт који учине синови или робови, на пример, ако украду или нанесу инјурију, уведене су ноксалне тужбе којима је остављено оцу или господару да или поднесу трошкове пресуде или да изруче делинквента. (превод О. Станојевић, *Гај. Институције*, Београд 1982, 281.)

⁴ В. Вулетић, Римска класична јуриспруденција. Дилеме и правне контроверзе у Гајевом делу, Београд 2017, 55. ; М. Полојац, „Природа ноксалних тужби и ноксалне одговорности“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1999, Београд 1999, 467.

Из наведеног текста се види да ексерцитор, односно господар посла адјектицијски одговара и за деликтне радње његових морнара. Деликт је морао бити почињен у току обављања поморске дјелатности, односно бити у вези са одређеном поморском пословном дјелатношћу (*negotium*) господара посла. Деликтна одговорност морнара није лична, што би било уобичајено рјешење, већ спада у обим адјектицијске одговорности ексерцитора. Ноксална одговорност господара би омогућила директну, односно личну одговорност морнара, док адјектицијска одговорност указује на одговорност господара посла. Улпијан обим примјене ексерциторне тужбе проширује и на деликтну одговорност, што је могло бити ријешено посебном квазиделиктном тужбом *actio furti et damni adversus nautas* или тужбом из пакта *receptum nautarum*. Интереси трећег лица су били више заштићени поменути тужбама, јер трећем лицу нуде накнаду штете у двоструком износу (*in duplum*) и објективну одговорност господара посла која не подразумијева доказивање. Међутим, несумњиво је да је треће лице могло ексерциторном тужбом тражити накнаду почињене штете од господара посла.

Може се поставити питање да ли деликтна одговорност господара посла, односно ексерцитора јесте адјектицијске природе, јер господар посла, односно ексерцитор није са морнарима везан на основу препозиције. Ексерцитор, односно господар посла је везан са капетаном брода препозицијом, те одговара за уговорне обавезе које капетан закључи а тако и за деликте које изврше лица која је капетан поставио као чланове посаде. Закључивањем правних послова морнари неће обавезати ексерцитора, односно господара посла (*Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem*), али извршењем деликта (*quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem*) обавезаће капетана посла, као непосредног послодавца. Истовремено с обавезивањем капетана, установиће се и адјектицијска одговорност ексерцитора, односно господара посла. Паралелно са адјектицијском одговорношћу, постоји и деликтна одговорност господара посла за деликте који почине морнари и остали чланови посаде на основу *actio furti e damni adversus nautas, caupones et stabularios*. Поред квазиделиктне одговорности, господар посла одговара на основу посебног пакта *receptum nautarum, cauponum et stabularium*, који се склапа приликом пријема путника на брод.⁵ Господар посла одговара за сваку пропаст или оштећење ствари које су му биле повјерене.

Улпијан је изнио своје мишљење с намјером да трећа лица разувјери у могућност кориштења ексерциторне тужбе када уговор закључе са неовлашћеним лицем. Својим мишљењем посредно уводи могућност да господар буде тужен ексерциторном тужбом за деликтне радње које почине како капетан тако и морнари. Пошто је у питању сложенија ситуација, која је

⁵ D. S. Bogen, "Ignoring History: The Liability of Ships' Masters, Innkeepers and Stablekeepers under Roman Law." *The American Journal of Legal History*, vol. 36, no. 3, 1992, 326–360. JSTOR, www.jstor.org/stable/845425. Accessed 3 Apr. 2020.

подразумијевала да је поморски подухват организован на два или више степена, да је ексерцитор особа у власти или роб, а да је као капетана поставио роба који није у његовом власништву који је сам окупио посаду сачињену од робова, општа правила о ноксалној одговорности било би бесмислено примијенити. Правила о личноправној одговорности штетника (капетана или морнара) и ослобађајућем дејству (либеративном)⁶ предавања у ноксу немају примјењивост у случају поморског подухвата који подразумијева крајњу одговорност господара посла. Господар у овом случају не може имати факултативну могућност ослобађања од одговорности, већ одговара на пуни износ обавезе (*in solidum*). У случају када би капетан брода био слободна особа, правила о ноксалној одговорности се не би могла примијенити а деликтна одговорност капетана и морнара била би одређивана по квазиделиктној тужби *actio furti et damni adversus nautas*⁷. Квазиделиктна одговорност је пеналног карактера⁸ и по њој се господар кажњава двоструким износом вриједности украдене ствари, а ексерциторна одговорност подразумијева одговорност *in simplum*. Ексерцитор је квазиделиктно одговоран за штету коју је учинио његов упосленик, а на основу ексерциторне тужбе одговара за капетанове радње и радње морнара. У оба случају у питању је објективна одговорност, по којој господар одговара за штету коју проузрокује друга особа. Дакле, у питању је одговорност за другога.

Иако говоримо о објективној одговорности господара посла, не можемо занемарити ни допринос господара посла насталој штети. Господар посла доприноси насталој штети на основу погрешног избора капетана и његових погрешних избора морнара (*culpa in eligendo*). Његова кривица се састоји у погрешној процјени способности капетана и немогућности предвиђања савјесног обављања капетанове функције. У том смислу постоји и дјелимична субјективна одговорност ексерцитора.

3. ОДГОВОРНОСТ ГОСПОДАРА ПОСЛА НА ОСНОВУ *CULPA IN ELIGENDO*

У сљедећем тексту Улпијан потпуно субјективизира господарову одговорност, тврдећи да је одговоран за штету коју почини роб не на основу чињенице власништва над робом већ због личне омашке у избору

⁶ М. Пољас (2003), 64.

⁷ Миколје сматра да се може употријебити *actio in factum adversus nautas de peculio* против господара посла када је ексерцитор роб а деликт је починио слободни члан посаде. G. Micolier, *Pècule et capacité patrimoniale. Etude sur le pecule, dit profectice depuis l'édit 'de peculio' jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon 1932. Валино се не слаже са Миколјејем и сматра да је ексерцитор једино квазиделиктно одговоран када чланови посаде, укључујући и капетана брода, почине деликт. Трећа лица не могу ексерциторном тужбом тражити накнаду штете од господара посла за деликте које су починили чланови посаде. E. Valino, 1968, 389.

⁸ D.47.5.1.2. Et est in duplum actio.

намјештеника. Према Улпијану, привилегован положај који су власници робова имали у цивилном праву, на основу правила ноксалне одговорности треба измијенити и пооштрили одговорност господара када постављају своје робове за носиоце пословних подухвата. Господар посла се не може ослободити одговорности према трећем лицу изручењем роба у ноксу (*noxae deditio*), већ ће редовно одговарати за штету коју роб учини, као што би одговарао за штету коју учини слободан човјек којег је поставио препозицијом. Улпијан се залаже за уједначавање праксе без обзира на статус лица које обавезује господара. Ако се господар на основу ексерциторне тужбе преко туђег роба обавезао трећим лицима на неограничен износ, његова одговорност не треба бити ништа мања када је обавеза преузета преко сопственог роба.

D. 47.5.1.5. Ulpianus, libro 38 ad edictum *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. Cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? Et cur liberi quidem hominis nomine tenentur in solidum, servi vero non tenentur? Nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. Si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.*

D. 47.5.1.5. Улпијан, из тридесет осме књиге о Едикту, Ексерцитор се може ослободити одговорности (за штету коју је роб учинио) ако преда роба у ноксу. Зашто се, онда, ексерцитор не може осудити зато што је примио тако лошег роба на брод? Зашто одговара за слободног човјека неограничено (*in solidum*) а за роба не одговара? Да није можда стога што је био дужан (приликом) постављања слободног човјека установити какав је, а када је у питању роб, не треба му се праштати што се као лош домаћин понашао, ако је роба дао у ноксу. Ако је у питању туђи роб, поступиће се као да је слободан у питању.

Код деликтне одговорности починилац штете и лице одговорно за насталу штету не подразумевају увијек исту особу. Такви случајеви када роб у власти изврши деликт и тада његов господар одговара за насталу штету. Одговорности се може ослободити ако преда роба оштећеном (*noxae deditio*). Улпијан на овом мјесту покушава сугерисати да је ноксална одговорност господара посла вид привилегије⁹ како за треће лице које редовним путем не би могло остварити заштиту због имовинскоправне неспособности робова, тако и за господара посла који овим путем може избјећи извршење обавезе за своје потчињене. Улпијанов упитни и донекле осуђујући тон указује да такав вид привилегије господар посла не би требао користити у комерцијалној активности као што је поморски подухват. Одговорност господара посла се може ограничити само у случајевима предвиђеним препозицијом, али редовни приговори и умањење одговорности господара посла не вриједе. Постављањем капетана брода препозицијом, господар посла је одговоран

⁹ Карлова тврди да је предавање у ноксу просто умањење одговорности господара јер од његове воље зависи да ли ће платити пун износ обавезе или ће изручити роба и тако се ослободити одговорности. O. Karlowa, *Römische Rechtgeschichte*, Leipzig 1901, 108.

трећим лицима и за уговорне и деликтне обавезе које капетан предузме, као и за деликтне обавезе морнара. У том смислу, Улпијан сматра да се одговорност господара посла не смије разликовати ако се као капетан брода нађе слободно лице или роб, тј. да рјешење треба бити уједначено са режимом уговорне ексерциторне одговорности, гдје господар посла једнако одговара без обзира на статус капетана брода. Погрешан одабир капетана брода је искључиво грешка господара посла и он треба да сноси посљедице своје недовољно промишљене одлуке.

У конкретном случају важно је утврдити ко је одговоран, а у контексту адјектицијских тужби а и ноксалних, то је увијек господар посла, док је особа која је починила штету мање битна. Недоумице у погледу одговорног лица и извршиоца штете изазива израз „*nautas adhibet*“, коју је Улпијан употријебио мислећи на морнаре, мада у појединим текстовима поменути израз означава ексерцитора.¹⁰ У поменутом тексту ради се о кругу лица којима је повјерено управљање бродом, а то су капетан брода и морнари. У другом тексту који се такође позива на Улпијанов коментар едикта, под термином *nautas* се подразумевају морнари, односно сва лица која су примљена на брод за потребе пловидбе. Насумично кориштење истог термина за означавање два различита субјекта у ексерциторном односу доприноси недоумици у погледу одговорности, тј. чињеници да ли господар посла одговара за деликте ексерцитора или морнара, односно капетана брода. У том смислу, поставља се питање важења препозиције, тј. да ли се препозицијом господар посла обавезује за деликтне радње морнара. Одговор на то питање проналазимо у тексту D.14.1.1.2. који јасно ставља до знања да господар посла одговара на основу ексерциторне тужбе и за деликте оних лица која га уговорно не обавезују, тј. морнара.

D.47.5.1.1. Ulpianus, libro 38 ad edictum, *Navigandi autem causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas.*

D.47.5.1.1. Улпијан, из тридесет осме књиге о Едикту, Морнарима сматрамо сва лица која су примљена на брод да би обављала пловидбу.

¹⁰ D.4.9.1.2. Ulpianus libro 14 ad edictum *Qui sunt igitur, qui teneatur, videndum est. Ait praetor "nautae". Nautam accipere debemus eum qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint: sed de exercitore solummodo praetor sentit. Nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem aut mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi iussit, sine dubio debeat obligari.*

D.4.9.1.2. Улпијан, из четрнаесте књиге о Едикту, Стога, размотримо ко је одговоран. Претор каже: морнари. Морнарима сматрамо оне који управљају бродом, иако се морнарима сматрају сва лица на броду која су примљена да би обављала пловидбу. Али у овом случају, претор је мислио само на ексерцитора. Помпоније тврди да (ексерцитор) није одговарао за веслаче или помоћнике морнара, већ за себе или капетана брода. Ако би наложио морнару нешто да учини, несумњиво би био одговоран за њега.

Стога, противрјечности у Улпијановим мишљењима могу изазвати недоумице о починиоцу штете, да ли је штетник господар посла или морнари? Према параграфу D.14.1.1.2, који је најрелевантнији од наведених текстова, јер припада титулусу посвећеном ексерциторној тужби, несумњиво је да господар посла одговара на основу ексерциторне тужбе за све деликте које су починила лица која обављају пловидбу, капетан брода и морнари. Вишезначност појма „*nautas*“ смо претходно расправили и недвосмислено утврдили да је ријеч о морнарима. Допуну наведеног параграфа налазимо под другим титулусом, који даје предност ексерциторној заштити у односу на правну заштиту из пакта, али наглашава да је потребна сагласност господара (*voluntas*) за радње које је предузео штетник.

D. 4.9.3.3. *Ulpianus libro 14 ad edictum Si filius familias aut servus receperit et voluntas patris domini intervenit, in solidum erit conveniendus. Item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. Sin vero sine voluntate exerceant, de peculio dabitur.*

D. 4.9.3.3. Улпијан, из четрнаесте књиге о едикту, Ако син или роб закључи пакт о чувању ствари за вријеме пловидбе уз господаров пристанак, господар се може тужити на пуни износ обавезе. Ако је роб украо имовину или је оштетио, господар неће бити ноксално одговоран, јер ће бити тужен на основу пакта. Међутим, ако није било сагласности господара посла, роб ће бити тужен пекулијарном тужбом.

Ако нема сагласности, односно ако је морнар или капетан брода поступао мимо препозиције којом је постављен, онда ће господар посла трећим лицима одговорати само до висине пекулијума. Правила о ограниченој одговорност господара посла важе и у случају деликтне одговорности. Ако је деликт извршен уз позивање на препозицију, онда треће лице основано тужи господара посла ексерциторном тужбом. Ако је деликт извршен независно од препозиције, односно деликт није извршен у вези са пловидбом, треће лице може да тужи господара само до висине пекулијума који је повјерило робу. Такође, постојање уговорне одговорности господара за радње потчињених лица искључује постојање ноксалне одговорности.

4. КОНКУРЕНЦИЈА НОКСАЛНЕ И АДЈЕКТИЦИЈСКЕ ОДГОВОРНОСТИ

Случај ноксалне одговорности постоји када је роб постављен као ексерцитор, а он свог роба (*servus vicarius*) постави као морнара на броду и овај почини деликт.

D.9.4.19.2. *Paulus libro 22 ad edictum Si servus tuus navem exercuerit eiusque vicarius et idem nauta in eadem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus eius esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris: ut tamen, si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat. Idemque sit etiam, si nautam facere iusserit.*

D.9.4.19.2. Паул, из двадесет друге књиге о Едикту, Ако је твој роб постављен као ексерцитор, а његов роб на истом броду као морнар почини

штету, тужба ће се против тебе поднијети, и ако је ексерцитор слободан и роб је у његовој власти, за штету коју почини (ексерцитор) роб изручићеш га у ноксу. Ако је роб починио штету по налогу твог роба, уз његово знање и допуштање, против тебе ће се подићи ноксална тужба у име твог роба. Исто ће се примијенити ако он наложи морнару да почини (штету).

Конкуренција ноксалне и адјектицијске одговорности је доста дискутована у литератури. Постоје чврсти ставови да је Паулов текст интерполиран и да је претрпио каснију прераду глосатора у циљу проширења примјене адјектицијске одговорности¹¹. Паул или Јустинијанова комисија, ако се узму у обзир озбиљне резерве о аутентичности текста, спомињу двије врсте одговорности: ноксалну и адјектицијску одговорност господара посла. Поменуте одговорности искључују међусобну примјену, тј. господар посла може бити одговоран ноксално или адјектицијски за деликт који изврши лице у његовој власти. Паул даје могућност да, поред редовне адјектицијске одговорности, господар посла има *facultas alternativa*¹² да се ослободи одговорности и да чак лице које није у његовој непосредној власти преда трећем лицу у ноксу. У овом случају ће адјектицијски однос послужити као коректив редовне ноксалне одговорности, те ће се господар посла држати одговорним као да је робов господар. Према томе, господар посла за деликтне радње ексерциторовог роба одговара, али своју одговорност може избјећи тражењем од ексерцитора да изручи свог роба као извршење обавезе.

Из текста наведеног параграфа се види да је господарова одговорност субјективне природе, подразумијева одговорност за случајеве када капетан и морнари нанесу штету трећим лицима с намјером или непажњом, а не подразумијева одговорност за чување ствари (*custodia*). Такође, господар је одговоран према трећим лицима *in solidum* са штетником, што значи да се накнада штете вршила у једноструком износу, чиме се губи пенални карактер одговорности у односу на квазиделиктну одговорност, па и ноксалну одговорност.

D.47.2.42. Paulus libro nono ad Sabinum *Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit "dumtaxat de peculio", quod ipse exercitor, adiciatur "ut noxae dederet". Igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur.*

D.47.2.42. Паул, из девете књиге о Сабину, Ако је роб управљао бродом без сагласности господара, за све што је нестало на броду господар ће

¹¹ B. Biondi, „Le actiones noxales nel diritto romano classico”, *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, Vol X, Cortona 1925, 146. Посљедњу реченицу у тексту Безелер оцјењује као неспретну и бескорисну глосу, G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, 3, 9.

¹² Сарђенти тврди да је давање у ноксу ванпроцедурална алтернатива која стоји на располагању оцу или господару а не друга чинидба у алтернативној облигацији, M. Sargenti, *Limiti, fondamento e natura della responsabilita nossale in diritto romano*. Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nella scienze giuridiche e sociali, Pavia 1950, 60.

одговорати на основу опште тужбе; ако је робу повјерен пекулијум, додаје се – „изручује се у ноксу“. Стога, ако буде ослобођен, ноксална тужба се може примијенити у години дана, колико би се могла и пекулијарна тужба подићи.

Текст који је смјештен у титулусу посвећеном цивилном деликту крађи а поставља питање примјене тужбе у случају крађе извршене на броду. Енигматични израз „*vulgaris formula*“ се односи на *actio furti*, цивилну тужбу за крађу а не њене преторске варијанте (*actio in factum aut utilis*).¹³ Примјена „опште тужбе“ за крађу је могућа у случају када роб управља бродом без сагласности господара. Иако Паул не објашњава каква ће одговорност господара посла бити када крађа буде извршена, а роб буде овлашћен да управља бродом, можемо са правом претпоставити да ће деликтно одговорати на основу ексерциторне тужбе. Поред редовне деликтне заштите која се остварује употребом *actio furti*, могућа је употреба ноксалне тужбе али искључиво у случају када је робу повјерен пекулијум.

Посредством ексерциторне одговорности господара посла која подразумијева репарацију штете у новчаном износу, превазиђен је примитивно-осветнички карактер ноксалне одговорности која не држи господара одговорним за штету насталу радњом њему потчињених лица на основу власничког или породичног односа који постоји између господара и потчињеног већ на основу чињенице да је господар имао користи од извршеног посла, те треба да одговара и за штетне радње лица које је овластио или лица које је овлашћено лице поставило.

5. ДЕФАНЗИВНЕ РАДЊЕ ГОСПОДАРА ПОСЛА У ЦИЉУ ОСЛОБОЂЕЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ

D.44.4.4.17. *Ulpianus libro 76 ad edictum In hac exceptione et de dolo servi vel alterius personae iuri nostro subiectae excipere possumus et de eorum dolo, quibus acquiritur. Sed de servorum et filiorum dolo, si quidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio obicienda est: si autem non ex peculiari causa, tum de eo dumtaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio quod geritur, non etiam si postea aliquis dolus intervenisset: neque enim esse aequum servi dolum amplius domino nocere, quam in quo opera eius esset usus.*

D.44.4.4.17. Улпијан, из седамдесет шесте књиге о Едикту, Овим приговором (*exceptio*) можемо се служити и због долозног понашања наших робова и других лица која су потчињена нашој власти и оних чијим долозним понашањем нешто стичемо. Ако се због робовог или синовог долуса може подићи пекулијарна тужба; приговор се може неограничено употребљавати. Али ако долозно дјеловање није на основу пекулијума, примјена приговора

¹³ Biondo Biondi, 143. Бјонди сматра да је у питању цивилна тужба јер је Паулово мишљење узето из девете књиге која је посвећена Сабину, па према томе ради се о коментару цивилног права. Миколије је на трагу овог мишљења, Micolier, 686, Ленел сматра да је у питању преторска тужба *in factum, actio furti adversus nautas*. О. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Lipsia 1927, 206.

мора бити искључена у тим ситуацијама, јер се (приговор) може употребљавати само у личној ствари. Не може се употребљавати за накнадно долозно понашање, јер не би било правично да роб оштети господара више него што је користи имао од њега.

Максимална висина вриједности коју господар може надокнадити трећем лицу пропорционална је висини прихода коју оствари преко другог лица (без обзира на његов статус, роб или лице у власти, трећа лица преко којих стиче). Ограничење одговорности господара у случају деликтног понашања капетана брода је везано за постојање и дјеловање у оквиру препозиције и принцип правичности по којем господар интервенцијом роба не може бити више оштећен него што би имао користи од закљученог посла. Господар посла има на располагању приговор који може упутити трећим лицима када његов роб долозним радњама умјесто остварења имовинске користи нанесе штету господару посла. „Долозне радње“ су широк појам и обухватају свако преварно понашање роба и његово несавјесно закључивање правних послова којима је оштетио господара посла. Да би се употријебио овај приговор потребно је да је подигнута пекулијарна тужба чиме се претпоставља да је потчињено лице дјеловало у интересу господара посла. Господар посла приговором одбија постојање одговорности јер је корист прибављена долозно те се не сматра одговорним за вишеструку накнаду штете. Приговор преваре је једини начин на који господар посла може реаговати на евентуално лоше пословање потчињеног лица јер њега не може тужити за штету; може га опозвати, а нема право тужити ни треће лице јер цивилно право не признаје њихов однос, а преторско право га не штити.

ЗАКЉУЧАК

Конкуренција ноксалне и адјектицијске одговорности се јавља у случајевима када деликт изврши лице потчињено власти господара посла а истовремено је снабђено препозицијом за закључивање послова из области поморске трговине. Господар посла је адјектицијски одговоран не само за капетана брода који почини деликт већ и за деликте који почине морнари. Стога је адјектицијска деликтна одговорност шира од уговорне адјектицијске одговорности. Ноксална одговорност господару посла даје могућност да се упусти у парницу и одговара за штету коју је роб нанио трећем лицу или да роба изручи оштећеном. Ограничавањем одговорности господара посла на тржишну вриједност роба-штетника не поштује се комерцијални принцип адјектицијске одговорности. Стога се адјектицијска одговорност господара посла посматра као наградња ноксалне одговорности, по којој не постоји могућност ослобађања одговорности. Адјектицијска одговорност у односу на доступну квазиделиктну одговорност и одговорност на основу пакта, обезбјеђује накнаду штете *in simplum* те стога није најповољнији избор за треће лице које претрпи штету. Предност адјектицијске деликтне одговорности је јединствен систем одговорност господара посла за уговорне и деликтне обавезе лица делегираног на закључивање правних послова.

Mirjana Miškić, LL.D.

Assistant professor, Faculty of Law
University of Banja Luka

Summary

Competition of noxal and praepositio based liability arises in cases when a person subordinated to the master commits a tort. Master is also liable for the torts that sailors make. Therefore, the master's tort liability is wider than a contractual liability. Noxal liability allows the master to liberate himself from responsibility by surrendering the wrongdoer to the damaged party. Limiting the responsibility of the master to the market value of the slave-wrongdoer does not respect the commercial character of actiones adiecticiae qualitatis. Therefore, the liability of the master based on of the praepositio is an upgrade of the noxal liability in which there is no possibility of liberation. Comparing the master's liability to the quasidelictum liability and pactum based liability, we see advantages and disadvantages. The advantage of the master's liability lies in the unique liability system and the disadvantage in the compensation in simplum.

Key words: Contractual liability- Noxal liability-actio exercitoria-receptum nautarum- actio furti adversus nautas.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ:

Beseler, G. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913.

Biondi, B. „Le actiones noxales nel diritto romano classico”, *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, Vol X, Cortona 1925.

Bogen, D. S. “Ignoring History: The Liability of Ships' Masters, Innkeepers and Stablekeepers under Roman Law.” *The American Journal of Legal History*, vol. 36, no. 3, 1992, 326–360. JSTOR, www.jstor.org/stable/845425. Accessed 3 Apr. 2020.

Вулетић, В. *Римска класична јуриспруденција. Дилеме и правне контроверзе у Гајевом делу*, Београд 2017.

Karlowa, O. *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1901.

Kaser, M. „Stellvertretung und “notwendige Entgeltlichkeit““, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 91, Goettingen, 1974.

Knütel, R. „Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 100, Goettingen, 1983.

Lenel, O. *Das Edictum Perpetuum*, Lipsia 1927.

Micolier, G. *Pècule et capacité patrimoniale. Etude sur le pecule, dit profectice depuis l'édit 'de peculio' jusqua la fin de l'èpoque classique*, Lyon, 1932.

Polojac, M. *Actio de pauperiae and Liability for Damage caused by animals in Roman Law*, Belgrade 2003.

Полојац, М. „Природа ноксалних тужби и ноксалне одговорности“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1999.

Sargenti, M. L., *fondamento e natura della responsabilita nossale in diritto romano*. Pubblicazioni della Universita di Pavia, Studi nella scienze giuridiche e sociali, Pavia 1950.

Станојевић, О. *Гај. Институције*, Београд 1982.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347(082)

343(082)

ПРАВНА традиција и интегративни процеси : зборник радова = Legal tradition and integration processes : collection of papers. Том 1 / [главни и одговорни уредник Душко Челић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета, 2020 (Краљево : Кварк). - 352 стр. : граф. прикази, табеле ; 25 cm

"Овогодишњи тематски зборник радова посвећен је Х, јубиларној научној конференцији са међународним учешћем, која ће се одржати на Правном факултету Универзитета у Приштини чије је привремено седиште у Косовској Митровици." --> реч уредника. - Тираж 100. - Реч уредника: стр. 7-8. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Апстракти ; Abstracts.

ISBN 978-86-6083-064-9

а) Кривично право -- Зборници б) Грађанско право -- Зборници

COBISS.SR-ID 24439049



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ

38220 Косовска Митровица, ул. Лоле Рибара 29

Тел/факс: 028/425-339, 425-338, е-маил: pra@pr.ac.rs

<http://www.pra.pr.ac.rs>

 **кварк**

ISBN 978-86-6083-064-9



9 1788660183064 9