

**УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ
У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ**

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**НАУЧНИ СКУП СА
МЕЂУНАРОДНИМ УЧЕШЋЕМ**

“ПРАВО И ДРУШТВЕНА СТВАРНОСТ”

**Косовска Митровица
2014.**

**НАУЧНИ СКУП СА МЕЂУНАРОДНИМ УЧЕШЋЕМ “ПРАВО И
ДРУШТВЕНА СТВАРНОСТ”, 24. јун 2014. године
Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици**

Издавач:

Правни факултет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Петар Станојевић

Заменик главног и одговорног уредника

Доц. др Јелена Беловић

Редакциони одбор:

Проф. др Момчило Грубач

Проф. др Драго Радуловић

Проф. др Борче Давитковски

Проф. др Марија Крвавац

Проф. др Зоран Исаиловић

Проф. др Владимир В. Вековић

Проф. др Владан Михајловић

Технички уредник

Младен Годоровић

Дизајн корица

Штампа

Кварк, Жича

Тираж:

100 примерака

ISBN 978-86-6083-039-7

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

Предговор

Пред нама се налази четврти по реду Зборник радова који Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, слободно већ можемо рећи, традиционално објављује поводом обележавања Дана факултета.

Представљајући стручној јавности више од педесет радова угледних стваралаца и научних радника из Македоније, Црне Горе, Републике Српске и Републике Србије, наша високошколска установа настоји да развија и негује не само своју, већ и регионалну научноистраживачку делатност.

Зборник има две свеске, а радови су структурисани у четири засебне научне области. Објављивање Зборника везано је за рад међународне научне коференције, под називом „ПРАВО И ДРУШТВЕНА СТВАРНОСТ“, коју је наш Факултет организовао 24. јуна 2014. године у Косовској Митровици.

Избор основне теме која је окупила ауторе широм региона диктиран је смислом и сврхом права, а самим тим и правне науке, која се огледа у томе да право треба да служи друштвеној стварности, али да истовремено адекватно и правовремено реагује на изазове које друштвена стварност пред њим поставља. Управо је и наш циљ, као посленика права да на ове изазове аргументовано одговоримо.

У том смислу, надамо се да ће одговори компетентних научних радника окупљених у овом Зборнику наићи на позитивну реакцију уже и шире стручне јавности.

Уредник

Проф. др Петар Станојевић

С А Д Р Ж А Ј

ГРАЂАНСКО – ПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Наташа Стојановић ШТА ПРЕДВИЂА РЕВИДИРАНА ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЗАШТИТИ ЖИВОТИЊА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРЕВОЗУ?	9
Др Гордана Станковић, др Маријана Дукић Мијатовић ПРИНЦИП ЕФИКАСНОСТИ У ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ И ВЛАДАВИНА ПРАВА	31
Dr Arsen Janevski, Mr Milka Rakočević EDIKTALNO DOSTAVLJANJE U PARNIČNOM POSTUPKU	47
Др Братислав Милановић УТИЦАЈ ММФ-А НА МЕЂУНАРОДНУ ТРГОВИНУ КРОЗ СИСТЕМ СТО	61
Др Марија Крвавац ПРЕИСПИТИВАЊЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ У КОНТЕКСТУ МЕЂУНАРОДНОГ АРБИТРАЖНОГ ПРАВА	77
Др Тања Китановић РАЗВОД БРАКА У САВРЕМЕНОМ СВЕТУ	99
Dr Tina Przeska ACQUIRING PASSIVE LEGAL CAPACITY OF NATURAL PERSONS IN MACEDONIAN CIVIL LAW	117
Др Душан Новаковић РЕАЛИЗАЦИЈА РАСКИДА УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ	131
Мр Душко Челић РЕГИСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ НАКОН 1999. ГОДИНЕ – КВАЗИПРАВНО КРЕИРАЊЕ СТВАРНОСТИ	147
Урош Здравковић, Александра Васић МЕХАНИЗАМ РЕШАВАЊА СПОРОВА У ФУНКЦИЈИ ИНТЕРПРЕТАЦИЈЕ ПРАВА СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ	167

КРИВИЧНО – ПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Момчило Грубач ВАНРЕДНО УБЛАЖАВАЊЕ КАЗНЕ – УКИНУТИ ИЛИ РЕФОРМИСАТИ?	183
Dr Drago Radulović SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE IZMEĐU NORMATIVNOG I STVARNOG	199
Др Драган Јовашевић КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНОМ И СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	213
Др Цане Мојановски ОБЕЛЕЖЈА I НАЌИН PREVENIRANJA KORUPCIJE U REPUBLICI MAKEDONIJI, KROZ PERCEPCIJE GRADJANA	239
Др Саша Кнежевић МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ ЗАБРАНЕ ДВОСТРУКЕ УГРОЖЕНОСТИ	257
Др Војислав Ђурђић КОХЕРЕНТНОСТ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНИКА КАО ПРЕТПОСТАВКА ЕФИКАСНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА	271
Др Миомира Костић КРИМИНОЛОШКО ОДРЕЂЕЊЕ КВАЛИТЕТА ЖИВОТА	287
Др Владимир Пивоваров, др Никола Мицковски ПРАВНИ ОКВИР ПРЕВЕНЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ	303
Др Владимир В. Вековић ПРИПРЕМНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА – МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ, НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО И СУДСКА ПРАКСА	311
Др Петар Станојевић, Мр Саша Атанасов ЗНАЧАЈ РЕАКТИВНЕ ИСТРАГЕ ЗА СУЗБИЈАЊЕ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА	327
Др Драгиша Дракић ПСИХОЛОШКО ВЕШТАЧЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ	345

Др Марјан Николовски ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЧКО-НАУЧНЕ ДЕЛАТНОСТИ И ЕДУКАЦИЈЕ КАДРОВА НАДЛЕЖНИХ ЗА БОРБУ ПРОТИВ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА	357
Dr Željko Nikač, mr Boban Simić, Nikola Aritonović МЕЂУНАРОДНА ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА ЗЕМАЛЈА ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ	369
Др Дарко Димовски КАРАКТЕР, ТЕМПЕРАМЕНТ И МЕНТАЛНЕ ДЕВИЈАЦИЈЕ КАО ФАКТОРИ ИЗВРШЕЊА УБИСТАВА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ	383
Dr Darko Radulović КРАТКОТРАЈНА КАЗНА ЗАТВОРА И NJENO ИЗВРШЕЊЕ СА АСПЕКТА НАЈНОВИЈИХ ИЗМЈЕНА И ДОПУНА КРИВИЧНОГ (МАТЕРИЈАЛНОГ И ИЗВРШНОГ) ЗАКОНОДАВСТВА ЦРНЕ ГОРЕ	397
Dr Tatjana Gerginova АКТИВНОСТИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У СУЗБИЈАНЈУ ГЛОБАЛНИХ БЕЗБЕДНОСНИХ ПРЕТЊИ И ИЗАЗОВИ	411
Ivica Josifovic, LL.D INSTITUTIONAL ISSUES AND DIFFICULTIES OF THE LISBON TREATY AND THE EUROPEAN \ COMMON SECURITY AND DEFENCE POLICY	427
Иван Илић ПРИМЕНА НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЂЕЊА У ДРЖАВАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ	447
Иван Милић КРИЈУМЧАРЕЊЕ ДРЖАВЉАНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У ДРЖАВИ СВОГ ДРЖАВЉАНСТВА	467
Мирјана Ђукић РЕЗИДУАЛНИ МЕХАНИЗАМ И НАЦИОНАЛНИ СТАНДАРДИ У ПРОЦЕСУИРАЊУ РАТНИХ ЗЛОЧИНА	481

ГРАЂАНСКО ПРАВНА
НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Наташа Стојановић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ШТА ПРЕДВИЂА РЕВИДИРАНА ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЗАШТИТИ ЖИВОТИЊА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРЕВОЗУ?¹

Апстракт:

На подручју Европске уније постоје неколико правних извора, са различитом правном снагом, којима се уређује комерцијални превоз животиња. У раду аутор пажњу фокусира на ревидирану Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу. Упоредјујући решења, садржана у изворној Европској конвенцији о заштити животиња у међународном превозу, са измењеним и новим правилима из њене ревидиране верзије, аутор указује на сличности и разлике у нормирању заштите животиња у међународном превозу, као и на предности и недостатке појединих регула.

Будући да је већи број држава на европском правном простору, укључујући и Републику Србију „остао веран“ решењима изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, аутор предлаже, у циљу отклањања постојеће неусаглашености у правном промету и постизања већег степена правне заштите добробити животиња у међународном превозу, потписивање и ратификацију њене ревидиране верзије од стране свих држава које су уговорне стране ове Конвенције.

Кључне речи: *правна заштита животиња, комерцијални превоз животиња, ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу.*

Уводне напомене

Вишедеценијска примена Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу,² из 1968. године, показала је да многобројна решења, садржана у њој, пате од недостатака, нису довољно

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

² European Convention for the Protection of Animals during International Transport, Council of Europe – CETS. No 65, доступна на сајту: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/065.htm>, од 3. маја 2014. године.

усклађена са праксом и резултатима научних истраживања.³ Ревидирана верзија Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу⁴ настала је као одраз потребе да се отклоне уочени недостаци и олакша примена принципа ове Конвенције.

Измене и допуне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу усвојене су у Кишњеву (Молдавија), 6. новембра 2003. године. Ревидирана верзија ове Конвенције ступила је на правну снагу 14. марта 2006. године. До сада је њу ратификовало једанаест држава.⁵ Република Србија није потписала и ратификовала ревидирану Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу, већ једино њену оригиналну верзију.^{6 7 8}

Предмет наше пажње јесу решења овог правног акта, упоређена са садржином изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, са циљем да се сагледају сличности и разлике у нормирању заштите животиња у међународном превозу на подручју Европске уније и да се укаже на предности и недостатке појединих правила.

³ Видети: уводни део Извештаја са објашњењима, ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу (Explanatory Report), доступан на сајту: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/193.htm>, од 3. маја 2014. године.

⁴ European Convention for the Protection of Animals during International Transport (Revised). CETS No. 193, доступна на сајту: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/193.htm>, од 3. маја 2014. године.

⁵ Ревидирану верзију Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу ратификовале су: Бугарска, Кипар, Естонија, Немачка, Грчка, Луксембург, Холандија, Норвешка, Румунија, Шведска и Швајцарска. Подаци преузети са сајта: <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?!>, од 3. маја 2014. године.

⁶ Видети: Закон о потврђивању Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и Протокола као додатак Конвенције о заштити животиња у међународном превозу („Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 1/1992).

⁷ На званичном сајту који се односи на ову Конвенцију, међутим, нема Република Србије, као државе која је ратификовала овај правни извор. Претпостављамо да је тај пропуст заправо последица чињенице да је Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу ратификовала СРЈ, а да је Република Србија као њен сукцесор само наставила преузете уговорене обавезе.

⁸ О овом правном извору, детаљније видети код: М. Пауновић, *Права животиња, Савремени међународни стандарди*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004, стр. 139–141; М. Пауновић, *Међународно-правна заштита животиња, Прилози пројекта „Институције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције“*, Београд, 2003, стр. 219.

1. Општа правила ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу

Државе уговорнице, свесне чињенице да је сваки човек понаособ морално обавезан да поштује животиње и да разуме њихов осећај за патњу; мотивисане жељом да заштите добробит животиња које се превозе у комерцијалне сврхе и да захтев добробити животиња нема алтернативу, приступиле су ратификацији ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

У односу на изворник, измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу даје детаљнија појашњења термина: „међународни превоз“, „овлашћени ветеринар“, „лице одговорно за превоз животиња“, „лице које се брине о добробити животиња“, „контејнер“ и „превозилац“.⁹

Измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, за разлику од своје изворне верзије садржи принципе који се односе на све кичмењаке, осим у случају превоза само једне животиње, у пратњи лица одговорног за њу, током превоза, и превоза кућних љубимаца, које прати њихов власник, а превоз се не одвија из комерцијалних разлога.¹⁰ Притом, ревидираном Конвенцијом нису установљена детаљна правила и процедуре за превоз свих врста животиња, будући да се захтев добробити разликује од врсте до врсте животиња. Детаљна правила постоје само у погледу превозних средстава која се користе за превоз животиња, јер, заправо, добробит животиња првенствено зависи од превозног средства које се користи у ту сврху.¹¹

Да би примена ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу била делотворнија у пракси, овај правни документ обавезује државе уговорнице да преузму одговорност за примену и надзор над њеном применом. У прилог ефикасније реализације слова ревидиране Конвенције гласи и правило да су уговорне стране дужне да предузму одговарајуће кораке у правцу обликовања система обуке кадрова који обављају превоз животиња и у непосредном су контакту са њима. Осим тога, обавеза је сваке државе уговорнице да одговарајуће одредбе Конвенције примени и на превоз животиња унутар граница своје јурисдикције, као и да другој држави уговорници пружа

⁹ Видети: чл. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹⁰ Видети: чл. 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹¹ Видети: уводни део Извештаја са објашњењима ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу (Explanatory Report).

помоћ, у погледу размене информација, јединственог тумачења појединих, недовољно јасних, решења и обавештавања о проблемима у примени ове Конвенције.¹²

За разлику од изворника, ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, у једном члану, обједињује основне принципе на којима је утемељен међународни транспорт животиња.¹³ Жила куцавица је константна брига о добробити животиња, током превоза, уколико је икако могуће без кашњења, уз предност преласка пошиљки животиња на граничним прелазима и евентуалног задржавања, због контроле болести или њихове добробити (нпр. када постоји знатан промет на одређеном граничном прелазу). Притом, обавезно је предузимање свих одговарајућих мера како би се избегла или смањила на минимум патња животиња, нарочито када штрајкови или друге непредвиђене околности спречавају стриктну примену ове Конвенције. Ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу недвосмислено потврђује да примена њених решења не сме утицати на употребу инструмената из домена санитарне и ветеринарске контроле.¹⁴ Свака страна уговорница је, осим тога, овлашћена да уведе строжије мере за заштиту добробити животиња, током превоза, од оних прописаних измењеном и допуњеном Конвенцијом.¹⁵

У односу на изворну Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу, њена ревидирана верзија предвиђа да превозилац који се бави превозом животиња мора бити регистрован на начин који омогућава брзу идентификацију и мора добити дозволу за међународни транспорт истих од стране надлежног органа у држави у којој је основан. Према слову ревидиране Конвенције, дозвола је доказ да превозилац има кадар за обављање тих послова и да је он прошао одговарајућу обуку, у складу са њом. Дозвола може бити одузета, уколико надлежни орган који је издао, оцени да је превозилац више пута повредио одредбе Конвенције, или је учинио тежи прекршај. На повреде одредбе Конвенције може

¹² Видети: чл. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹³ Упоредити: чл. 4 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу са чл. 1, ст. 4, чл. 14, чл. 15 и чл. 16 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹⁴ Видети: чл. 4, ст. 6 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹⁵ Видети: чл. 4, ст. 7 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

указати и друга држава уговорница, обавештењем о томе државе у којој је регистрован превозилац.¹⁶

2. Дизајн и конструкција превозног средства и опреме намењене превозу животиња

Ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу садржи, у односу на њен изворник, обједињена, детаљна правила о дизајну и конструкцији превозног средства, контејнера и њихове опреме која треба да служи превозу животиња.¹⁷

У првом реду, ревидирана Конвенција, од држава уговорница, захтева да превозна средства, контејнери и њихова опрема буду тако конструисани и одржавани како би се избегле повреде и патња животиња и обезбедила њихова сигурност, током превоза.¹⁸

За животиње које се превозе, потребно је у превозном средству обезбедити адекватан простор, тако да могу да стоје у природном положају, осим живине и једнодневних пилића.¹⁹

Како би се обезбедила циркулација ваздуха у превозном средству или контејнеру у коме су животиње смештене, простор, изнад њих, мора бити слободан.²⁰

Превозна средства, контејнери и њихова опрема морају бити израђени од довољно чврстог материјала, способног да издржи тежину животиња, да их спречи да побегну или испадну, и да минимизирају стрес код њих, због кретања.²¹

Уколико је то потребно, преграде у превозном средству морају бити довољно јаке да издрже тежину животиња и дизајниране тако да неће ометати циркулацију ваздуха.²²

¹⁶ Видети: чл. 5 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹⁷ Упоредити: чл. 6 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу са чл. 6, ст. 2 и 3, чл. 9, чл. 17, чл. 20, чл. 22, чл. 23, чл. 25, чл. 26 и чл. 28 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹⁸ Видети: чл. 6, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

¹⁹ Видети: чл. 6, ст. 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²⁰ Видети: чл. 6, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²¹ Видети: чл. 6, ст. 4 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²² Видети: чл. 6, ст. 5 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

Превозно средство, осим тога, мора бити конструисано тако да се животиње заштите од временских непогода. Посебно, спољашни део крова, директно изнад животиња, мора да обезбеди апсорпцију и провођење соларне енергије.²³

Под превозног средства или контејнера мора бити израђен од неклизајућег и некородирајућег материјала, који мора бити тако дизајниран и одржаван да се код животиња избегну узнемиреност, стрес или повреде, и минимизира цурење мокраће и измета животиња.²⁴

Превозно средство или контејнер, у коме су животиње смештене, мора да буде дизајнирано и конструисано тако да обезбеди приступ животињама, да омогући надзор над њима, и ако је потребно, појење, исхрану и бригу о њима.²⁵

Уколико животиње треба да буду везане, одговарајућа опрема мора да буде обезбеђена у превозном средству.²⁶

Контејнери, у којима су животиње смештене, морају да буду јасно и видљиво обележени знаком којим се потврђује присуство живих животиња.²⁷

Превозно средство, контејнер у коме су смештене животиње и њихова пратећа опрема, морају да буду тако дизајнирани и конструисани да омогуће лако чишћење и дезинфиковање.²⁸

3. Припреме за транспорт животиња

Новина, садржана у ревидираној Европској конвенцији о заштити животиња у међународном превозу, односи се и на планирање превоза животиња. Наиме, лицу одговорном за превоз животиња, нова верзија Конвенције налаже да у сваком тренутку, током путовања, пружи на увид податке о организацији, реализацији и завршетку путовања, надлежном органу власти, после упућеног захтева. Уколико транспорт животиња треба да траје дуже од осам сати, а превозе се домаћи копитари, говеда,

²³ Видети: чл. 6, ст. 6 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²⁴ Видети: чл. 6, ст. 7 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²⁵ Видети: чл. 6, ст. 8 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²⁶ Видети: чл. 6, ст. 9 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²⁷ Видети: чл. 6, ст. 10 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

²⁸ Видети: чл. 6, ст. 11 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

овце, козе и свиње, тада је лице одговорно за њихов превоз у обавези да изради документ који ће садржати податке о превозиоцу и превозном средству, податке о животињама које се превозе (врста и број), са пратећом документацијом (потврда ветеринара), податке о месту и земљи поласка, месту провоза, месту где ће животиње бити истоварене, ради одмарања, као и месту и држави дестинације. У наведеном документу, лице задужено за добробит животиња које се превозе мора да унесе податке о времену и месту у коме се животиње хране, поје или одмарају. Притом, лице одговорно за превоз животиња мора да обезбеди да добробит животиња буде јасно дефинисана, од тренутка поласка до тренутка доласка, у место одредишта, укључујући утовар и истовар животиња.²⁹ Посебно је важна улога лица одговорног за превоз животиња: у случају када се животиње претоварују из једног превозног средства у друго, током путовања; у ситуацији када се животиње, у местима за одмор, истоварују и поново утоварују и када је одговорност за добробит животиња пренесена са једног лица на друго лице.³⁰

Као и изворна Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу и њена ревидирана верзија налаже уговорним странама да обезбеде пратиоца за превоз животиња.³¹ Возач, такође, може имати улогу пратиоца животиња. Пратилац животиња мора да има одговарајућу обуку или искуство које му омогућава да адекватно брине о животињама, укључујући и случајеве опасности.³²

Ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, слично као и изворник, од правила да се за превоз животиња мора обезбедити потребна пратња, прописује два изузетка: када лице одговорно за превоз животиња одреди агента који ће бринути о животињама, у местима заустављања, намењеним за одмор, храњење и појење, и у случају да су животиње које се превозе смештене у контејнере, који имају одговарајућу вентилацију, и када је то потребно, садрже довољно хране и воде.³³

²⁹ Видети: чл. 7 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³⁰ Видети: Извештај са објашњењима уз чл. 7 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу (Explanatory Report).

³¹ Видети: чл. 10 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 8, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³² Видети: чл. 8, ст. 1–2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³³ Упоредити: чл. 8, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу са чл. 10 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

4. Животиње које се у међународном транспорту могу превозити

Према слову Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, могу се превозити само животиње које су за то способне.³⁴ У односу на изворник, ревидирана европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу садржи детаљна упутства о животињама које јесу или нису способне за транспорт. По правилу, болесне и повређене животиње неће се сматрати способним за превоз. Од овог решења, измењена и допуњена верзија Конвенције прописује одступања у следећим случајевима: када је животиња мало повређена или болесна, а превоз неће код ње проузроковати додатну патњу; у случају да су у питању животиње које се користе у експерименталне или друге научне сврхе, а болест или повреда су део истраживачког пројекта, и када се животиња налази под ветеринарским надзором, у случају хитног третмана.³⁵ Ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу налаже државама уговорницама да нарочиту пажњу, током транспорта животиња, посвете животињама које су у поодмаклој фази бременитости, које су недавно рођене и веома младим животињама.³⁶ Попут изворника, измењена и допуњена Конвенција одређује да није дозвољен превоз бременитих женки, током периода који обухвата најмање 10% трудноће, пре рођења или најмање једну недељу, после рођења; као и врло младих сисара, пре него што пупак буде у потпуности зацелио.³⁷ Изузетак од овог правила односи се на регистроване кобиле и њихову ждребад, ако су предузете све мере предострожности и уз ветеринарску помоћ.³⁸ За превоз животиња које су способне за то, по правилу, неће се користити седативи, осим ако је то потребно, у циљу добробити животиња, и само уз одобрење ветеринара, у складу са националним законодавством.³⁹

³⁴ Видети: чл. 3, ст. 1 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 9, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³⁵ Видети: чл. 9, ст. 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³⁶ Видети: чл. 9, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³⁷ Упоредити: чл. 4 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 9, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³⁸ Видети: чл. 9, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

³⁹ Видети: чл. 9, ст. 4 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

Као и изворник, и ревидирана верзија Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу прописује да је међународни транспорт животиња немогућ без претходно извршеног прегледа животиња од стране овлашћеног ветеринара и, на бази тог поступка, издатог уверења, у којем је, поред осталог, садржан и податак о способности животиња за путовање.⁴⁰ Лоше решење за добробит животиња, садржано у изворној Европској конвенцији о заштити животиња у међународном превозу, у погледу могућности нереализације претходно наведених активности од стране овлашћеног ветеринара, уз договор појединих страна уговорница, преузела је ревидирана верзија Конвенције.⁴¹ Ово одсупање од наведених правила има оправдања, према схватању експерата, само ако се не доводи у питање добробит животиња (нпр. код превоза коња који се користе за трке).⁴² Ако се прихвати изнето мишљење, остаје недоумица, ко је онда задужен да изврши потребне контроле у погледу добробити животиња које се превозе.

У односу на изворник, ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу садржи правила која се односе на одмор, појење и храњење, пре утовара животиња у превозно средство. Наиме, животиње морају бити припремљене за предстојеће путовање, укључујући и употребу преносних система за воду и храну. Посебно се инсистира, да би се смањио стрес код животиња, током превоза, на предузимању одговарајућих мера за одређене врсте животиња (нпр. дивље животиње) како би се привикле на начин путовања, пре предвиђеног пута. Измењена и допуњена Конвенција препоручује избегавање мешања животиња и пре почетка путовања, које нису расле заједно или нису навикле једна на другу.⁴³

5. Поступање са животињама приликом утовара или истовара

За разлику од изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, њена ревидирана верзија из 2003. године садржи

⁴⁰ Видети: чл. 3, ст. 1 и 3 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 10, ст. 1 и 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁴¹ Видети: чл. 3, ст. 4 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 10, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁴² Видети: Извештај са објашњењима уз чл. 10 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу (Explanatory Report).

⁴³ Видети: чл. 11 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

општа правила која се односе на поступање животиња приликом утовара и истовара животиња.⁴⁴ Утовар или истовар животиња мора бити вршен тако да се животиње не повреде или да не пате. Измењена и допуњена Конвенција дозвољава утовар животиња у превозно средство, ако оно испуњава услове у погледу висине и пода, као и услове за одвајање животиња. Добробит животиња се штити и кроз решење да се животиње утоварују у превозно средство што ближе тренутку одласка у место слања, као и кроз правило да животиње, по доласку у место одредишта, морају бити истоварене што пре. После истовара животиња, треба да им се омогући одмор, да вода и, ако је потребно, храна.⁴⁵

Попут изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, и њена измењена и допуњена верзија прописује да се за утовар или истовар животиња користе одговарајуће рампе, лифтови или утоварне ограде.⁴⁶ Ручно подизање животиња дозвољено је ако су оне исувише мале или у случају да младе животиње могу имати потешкоћа, ако се утоварују рампом. Сва средства за утовар или истовар животиња морају да одговарају својој сврси, да су стабилна и издржљива.⁴⁷ Она морају да буду пројектована и одржавана тако да се спречи клизање животиња. Нагиб на опреми за утовар или истовар животиња мора да буде минимизиран. Када је њихов нагиб стрмији 10%, онда мора бити снабдевен системом за обезбеђење, који ће омогућити да се пењање или спуштање животиња врши без ризика и тешкоћа. При томе, опрема за утовар или истовар животиња мора бити обезбеђена бочном заштитом, ако је то потребно.⁴⁸ Опрема за утовар, као и превозно средство за превоз

⁴⁴ Извештај са објашњењима уз чл. 13 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу (Explanatory Report) појашњава да израз „утовар“ животиња не подразумева одговарајуће радње само у време поласка, већ и током транспорта. Исто тако, термин „истовар“ везује се не само за време доласка у место одредишта, већ у било које време током транспорта.

⁴⁵ Видети: чл. 12 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁴⁶ Видети: чл. 8 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 13, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁴⁷ Видети: чл. 13, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁴⁸ Упоредити: чл. 8 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 13, ст. 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

животиња морају да буду добро осветљени, како би животиње, узимајући у обзир специфичности врсте која се превози, могле да виде куда иду.⁴⁹

Као и изворна верзија Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и њена ревидирана верзија из 2003. године, прописују да животиње треба да се утоварују у превозна средства која су темељно очишћена и када је то потребно, дезинфикована.⁵⁰ Такође, задржано је и правило да уколико се са животињама превози и роба, она мора бити смештена тако да животињама не проузрокује повреде, патњу и стрес.⁵¹ Осим тога, остало је и правило да када су контејнери, натоварени животињама, намештени један преко другог у превозном средству, потребно је да се предузму мере којим би се избегло падање излучевина на животиње, смештене на нижим нивоима.⁵²

У односу на изворник, ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу допуњава одредбе које се односе на поступање животиња приликом утовара (или истовара) у превозно средство. Основно правило је да са животињама мора да се поступа мирно и благо, како би се смањила њихова узнемиреност на минимум, а да би се животиње заштитиле од бола, стреса или повреда.⁵³ Конвенција налаже да се бука, било који начин узнемиравања или прекомерне силе према животињама, не сме примењивати. То подразумева да је забрањено животиње ударати, рукама или ногама, вршити притисак на осетљиве делове тела, посебно гњечити њихов реп, увртати га или га ломити, или набијати прсти у очи животињама. Приликом утовара или истовара, животиње не смеју да лебде у ваздуху, употребом механичких средстава за подизање, или да се вуку за главу, уши, рогове, ноге, репове, руно или на други болан начин.⁵⁴ Средства, намењена за вођење животиња, треба

⁴⁹ Видети: чл. 13, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵⁰ Упоредити: чл. 13 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 13, ст. 4 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵¹ Упоредити: чл. 7, ст. 2 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 13, ст. 5 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵² Упоредити: чл. 39, ст. 2 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 13, ст. 6 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵³ Видети: чл. 14, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵⁴ Упоредити: чл. 8 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 14, ст. 2 и 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

да буду коришћена једино у те сврхе. Употреба инструмената који производе електрошокове мора да се избегава, колико је то могуће. У сваком случају, ови инструменти треба да буду коришћени само за одрасла говеда и свиње које одбијају да се покрену и само онда када имају место на почетку колоне животиња која треба да се креће. Електрошокови не смеју да трају дуже од једне секунде. Њихова примена могућа је једино на мишићима задњег дела тела животиња. Забрањена је употреба електрошокова, више пута, ако животиња не одговара на први.⁵⁵ Приликом утовара или истовара животиња могу бити коришћени штапови или друга слична средства за вођење животиња, али тако да се животиње не повређују и да им се не наноси патња.⁵⁶

Слично свом изворнику, и ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу прописује случајеве одвајања животиња, током транспорта, са циљем избегавања повреда или патње. Одвајање животиња биће посебно примењено на: различите врсте животиња; животиње које су непријатељски настројене једна према другој; животиње које се значајно разликују по величини или годинама; некастриране, одрасле мужјаке, као и везане и одвезане животиње. Одвајање животиња, по слову Конвенције, неће бити примењено: када су животиње одгајане у компатибилним групама; у случају да су навикле једна на другу; када би одвајање проузроковало стрес или у ситуацији да су женке у пратњи свог изданка који је зависан од њих.⁵⁷

6. Транспортна пракса код међународног превоза животиња

Измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу садржи скоро идентична решења као и изворник, у погледу подова и простирки којима морају да буду опремљена превозна средства или контејнери, у којима су смештене животиње које се превозе. Наиме, површина пода мора бити тако конструисана да издржи тежину животиња које се превозе, да минимизира ризик од клизања и цурења урина и измета. Простирке морају бити од таквог материјала који ће обезбедити одмор животињама и истовремено упијати њихове

⁵⁵ Видети: чл. 14, ст. 4 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵⁶ Видети: чл. 14, ст. 5 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵⁷ Упоредити: чл. 7 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 15 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

излучевине.⁵⁸ Такође, ревидирана Конвенција задржава решење у погледу обезбеђења адекватног простора за стајање животиња, у њиховом природном положају. Простор за лежање, исто тако треба да буде обезбеђен, осим ако технички протокол или специјални услови за заштиту појединих врста животиња траже другачије.⁵⁹ Преграде, које се постављају, када постоји потреба за одвајањем животиња које се превозе, морају да одговарају врсти и величини животиња, како би се предупредиле њихове повреде или патња.⁶⁰

Слично као и изворна верзија, и ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, предвиђа да када се животиње везују, уже или ланац требају да буду довољно јаки да се не прекину, током нормалних услова путовања, и довољно дугачки, да се животињи омогући да легне, једе и пије. Средства за везивање морају бити тако израђена да спрече гушење или повреду животиње. При томе, животиње се не могу везивати за рокове, ноге, носну алку или превожене тако да им ноге буду заједно везане.⁶¹

Са циљем задовољавања потреба животиња које се превозе, измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, не одступајући од свог изворника, прописује обезбеђење одговарајуће вентилације, узимајући у обзир нарочито број и врсту животиња које се превозе и очекиване временске услове током путовања. Уколико се животиње превозе у неповољним условима који се односе на температуру и влагу, према слову Конвенције, морају бити предузети одговарајући поступци, како би се заштитила добробит животиња. Притом, контејнери, у којима су животиње смештене, требају да буду тако распоређени у превозном средству да не ометају рад система за вентилацију.⁶²

⁵⁸ Упоредити: чл. 9 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 16 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁵⁹ Упоредити: чл. 6, ст. 1 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 17, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶⁰ Упоредити: чл. 20, чл. 23 и чл. 28 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 17, ст. 2 и 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶¹ Упоредити: чл. 6, ст. 1, 6 и 8 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 18 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶² Упоредити: чл. 6, ст. 2, 3 и чл. 17 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 19 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

Када су питању исхрана, појење и одмор животиња, током превоза, ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, настављајући континуитет свог изворника, прописује да ове активности морају да буду у складу са врстом животиња које се превозе, њиховим годинама и у одговарајућим временским периодима. За разлику од изворне Конвенције која предвиђа временске интервале у којима се морају најкасније спровести ове активности, њена ревидирана верзија то препушта техничком протоколу, да ближе прецизира максимално време путовања и минимум временских размака у којима се животиње, које се превозе, морају хранити, појити и одмарати. У циљу заштите добробити ових животиња, измењена и допуњена Конвенција додатно прописује да вода и храна морају бити доброг квалитета, а појење и храњење изведени на начин којим ће се минимизирати загађење.⁶³

Унеколико одступајући од изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, њена ревидирана верзија предвиђа да женке у лактацији, које не прати њихово потомство, по правилу, неће бити транспортоване у дужем временском периоду. Међутим, ако је то немогуће, оне ће бити мужене пре укрцавања у превозно средство и у интервалима не дужим од дванаест сати, током путовања.⁶⁴

Попут изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, и њена ревидирана верзија из 2003. године прописује да превозно средство којим се превозе животиње мора бити опремљено фиксираним или покретним уређајима за осветљавање, којим се омогућава надзор над животињама, и, када је то потребно, за њихово појење и храњење.⁶⁵

Осим тога, измењена и допуњена Конвенција задржала је решење да контејнери, у којима су смештене животиње, морају бити обезбеђени, да би се спречило њихово померање, услед кретања превозног средства и морају се држати у усправном положају, уз минимизирање јаких потреса и удараца.⁶⁶

⁶³ Упоредити: чл. 6, ст. 4 и чл. 39, ст. 3 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 20 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶⁴ Упоредити: чл. 11, ст. 2 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 21 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶⁵ Упоредити: чл. 11, ст. 3 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 22 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶⁶ Упоредити: чл. 6, ст. 3 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 23 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

Заштита добробити животиња које се превозе посебно се испољава кроз правило да лице задужено да брине о њиховој добробити, мора да искористи сваку прилику да их види и, ако је је потребно, да им пружи потребну пажњу.⁶⁷

Ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу задржала је решење о њиховом повређивању током транспорта. Наиме, уколико животиње падну или буду повређене, биће им указана прва помоћ, што је пре могуће и, ако је потребно, пружен одговарајући ветеринарски третман, или, ако је неопходно, биће усмрћене на начин који њима неће проузроковати додатну патњу.⁶⁸

7. Посебна правила која се односе на међународни превоз животиња различитим превозним средствима

У односу на изворну Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу, њена ревидирана верзија проширује број посебних одредаба које се тичу превозних средстава за превоз животиња и на превоз животиња друмским возилима или железничким вагонима, смештеним на трајекте, теретне бродове или барже.⁶⁹

Када је реч о превозу животиња железницом, ту ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, готово ништа не мења у односу на изворник. Наиме, измењена и допуњена верзија Конвенције налаже да сваки од вагона, у коме су смештене животиње, мора бити видно обележен, тако да укаже на присуство животиња. Осим тога, изузев ако се животиње не превозе у контејнерима, унутрашњост вагона мора бити од одговарајућег материјала, глатких зидова, снабдевених алкама или шипкама, постављеним на одговарајућим висинама за које животиње могу бити привезане.⁷⁰

Копитари, осим ако нису смештени у посебним контејнерима, морају бити привезани или дуж исте стране вагона или један насупрот

⁶⁷ Видети: чл. 11, ст. 1 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 24 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶⁸ Упоредити: чл. 12 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 25 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁶⁹ Видети: чл. 29 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷⁰ Видети: чл. 17 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 26, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

других. Младе и недресиране животиње, према слову Конвенције, не треба везивати.⁷¹

Крупне животиње морају бити распоређене у вагону тако да се омогући несметан пролаз њиховог пратиоца.⁷² У циљу спречавања могућих повреда животиња и изазивања непотребног стреса код њих, Конвенција одређује да се, приликом састављања композиција возова и сваког другог маневрисања вагонима, морају предузети све мере предострожности.⁷³

У односу на изворну верзију, ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу прописује, као додатак, да пратилац животиња мора искористити сваку прилику да провери стање животиња, а нарочито када композиција вагона стане или када се промене временске прилике.⁷⁴

Када је реч о превозу животиња друмским путем, измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу акценат ставља на јасно и видљиво обележавање возила којим се превозе животиње, опремљеност превозног средства, одговарајућом опремом за утовар или истовар животиња, и на активну улогу возиоца у заштити њихове добробити.⁷⁵

У односу на изворну Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу, њена ревидирана верзија из 2003. године садржи више правила посвећених превозу животиња воденим путем, у случају да се транспорт не одвија путем трајеката, теретних бродова и баржи. Очигледно, масовно коришћење овог начина превоза животиња иницирало је државе уговорнице да, у циљу заштите добробити животиња, постигну сагласност о томе да надлежни орган државе где се утоварују животиње, мора претходно да прегледа брод, са циљем да утврди да ли је он израђен у сврху превоза животиња или је он преуређен

⁷¹ Видети: чл. 17 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 26, ст. 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷² Видети: чл. 18 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 26, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷³ Видети: чл. 21 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 26, ст. 4 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷⁴ Видети: чл. 26, ст. 5 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷⁵ Упоредити: чл. 22–24 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 27 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

за те потребе или, пак, да ли је брод који се користи за друге сврхе адаптиран ради превоза животиња.⁷⁶ Постојање вентилационог система на пловилу, ревидирана Конвенција допуњује и уградњом одговарајућег аларма, који треба да детектује прекид струје у вентилационој систему и инсталирањем адекватног секундарног извора струје, који мора бити одвојен од примарног извора струје.⁷⁷

Измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу садржи, као и њен изворник, решење да се животиње не смеју превозити на отвореним палубама, осим ако нису смештене у контејнере, који су причвршћени на одговарајући начин за палубу или се налазе у фиксним конструкцијама, које пружају адекватну заштиту од морске воде.⁷⁸

Утовар или истовар животиња са брода мора, по слову ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, да надгледа овлашћени ветеринар, а да би се избегло повређивање животиња, пролази или рампе којима се животиње крећу, морају да буду тако конструисани да се олакша њихово кретање и да могу да виде где иду, и да буду обезбеђени у делу између кеја и палубе брода. Пролази за животиње, осим тога, не смеју имати оштре ивице и углове, а избочине морају бити минимизирани.⁷⁹

Простор на броду, где су животиње смештене, мора да одговара броју и врсти животиња и доступан њиховом пратиоцу.⁸⁰ Сви делови брода, у којима су животиње смештене, морају бити опремљени одводом воде и редовно се чистити.⁸¹

Брод којим се животиње превозе треба да буде снабдевен потребним залихама свеже воде, хране и простиркама, узимајући у обзир дужину путовања, врсту и број животиња, као и могућност непредвиђеног

⁷⁶ Видети: чл. 28, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷⁷ Видети: чл. 28, ст. 2 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷⁸ Упоредити: чл. 26 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 28, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁷⁹ Видети: чл. 28, ст. 4–6 и 8 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸⁰ Видети: чл. 28, ст. 7 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸¹ Видети: чл. 30 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 28, ст. 9 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

кашњења. Вода, храна и простирка морају да буду на броду тако смештене, да би се заштитиле од морске воде и временских непогода. Притом, опрема за напајање и храњење животиња треба да одговара броју, величини и врсти животиња.⁸² Овај део Конвенције, посвећен превозу животиња воденим путем, понавља решења, садржана у општим правилима о издвајању и пружању помоћи оболелим или повређеним животињама, и, ако хитност случаја то налаже, њиховог усмрђивања.⁸³

Ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, како је већ речено, садржи додатно одредбе којима се регулише превоз животиња, смештених у друмском возилу или железничком вагону, који се транспортују воденим путем, на трајеткима, теретним бродовима или баржама. У начелу, ту се понављају решења већ садржана у делу који се односи на превоз животиња воденим путем, са извесним додацима. Наиме, код ове врсте превоза инсистира се на томе, да би се спречило померање терета, услед кретања трајеката, теретних бродова или баржи, да друмско возило, железнички вагон или контејнер у њима буду, посебним механизмима, причвршћени за палубу тих пловила.⁸⁴ Осим тога, код ове врсте превоза воденим путем, ако оно траје дуже од два сата, животиња, повређена или оболела може бити усмрђена, у случају хитности. При томе, средство за убијање животиња мора да одговара врсти животиња.⁸⁵

Када је реч о превозу животиња ваздушним путем, измењена и допуњена Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу инсистира на томе да животиње које се превозе требају да буду утовариване у ваздухоплов што је могуће ближе тренутку планираног путовања.⁸⁶ Дозвољен је превоз животиња ваздушним путем само ако се квалитет ваздуха, температуре и притиска, за све време лета, одржава на потребном нивоу.⁸⁷ Уговорне стране су, ипак, сагласне да није потребно да сваки ваздухоплов, у континуитету, буде опремљен потребним

⁸² Упоредити: чл. 32 Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и чл. 28, ст. 10–13 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸³ Видети: чл. 28, ст. 14–15 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸⁴ Видети: чл. 29, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸⁵ Видети: чл. 29, ст. 7 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸⁶ Видети: чл. 30, ст. 3 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁸⁷ Видети: чл. 30, ст. 1 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

уређајима за струјање ваздуха, за постизање одређеног степена температуре и квалитета притиска, према потребама врсте животиња која се превози.⁸⁸ Према слову Конвенције, о врсти, броју животиња које се превозе ваздухопловом, радњама које се захтевају код ове врсте транспорта, о свим уоченим неправилностима, употреби седатива на животињама у посебним случајевима и њиховом усмрћивању, мора бити обавештен капетан летелице од стране пратиоца животиња.⁸⁹

8. Технички протоколи

У односу на изворну Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу, њена ревидирана верзија прописује додатну обавезу уговорних страна, да путем техничких протокола прецизирају величину потребног простора који се захтева за одређене врсте животиња које се превозе, одговарајућу количину хране и воде, као и временске интервале у којима се животиње морају хранити, појити или одмарати. Техничким протоколом могу се ближе уредити и друга питања за лакшу имплементацију других одредаба у Конвенцији.⁹⁰ Овим путем, практично се обезбеђује квалитетнија примена решења садржаних у датом правном извору, уз могућност њихове измене или допуне по упрошћеној процедури, у светлости нових научних доказа и стечених искустава.

9. Република Србија и регулисање међународног превоза животиња

Како је већ речено, Република Србија је ратификовала само изворну Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу. У међувремену, у нашој држави донет је Закон о добробити животиња⁹¹ и читав сет правилника који се односе на превоз животиња. Ради се о: Правилнику о условима у погледу превозних средстава у којима се превозе животиње,⁹² Правилнику о програму обуке о добробити животиња приликом њиховог превоза, као и садржини и начину вођења

⁸⁸ Видети: Извештај са објашњењима уз чл. 30 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу (Explanatory Report).

⁸⁹ Видети: чл. 30, ст. 2, 4–5 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁹⁰ Видети: чл. 33 ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу.

⁹¹ „Службени гласник РС“, бр. 41/2009.

⁹² „Службени гласник РС“, бр. 14/2010.

регистра превозника животиња,⁹³ Правилнику о ближим условима које морају да испуњавају места за утовар, претовар, и истовар животиња, места за одмор и контролне станице,⁹⁴ Правилнику о садржини овлашћења за превоз животиња, као и о елементима за одређивање дужег и краћег превоза животиња⁹⁵ и Правилнику о обрасцу и садржини плана превоза, као и начину превоза животиња којим се обезбеђује заштита живота и добробити животиња⁹⁶. Тим правилницима Република Србија практично је уградила у своје законодавство и без ратификације ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу, готово сва њена решења, али и многобројна правила садржана у Уредби Савета Европске уније 1255/97/ЕУ⁹⁷ и Уредби истог тела 1/2005/ЕУ.⁹⁸

Чињеница је, међутим, да се изворна Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу и њена ревидирана верзија, поред сличности, у појединостима разликују, што може имати значајног утицаја на степен правне заштите добробити животиња у државама европског правног простора, укључујући и Републику Србију. Стога, да би се то спречило и уједначила пракса држава уговорница ове Конвенције, неопходно је ратификовање њене ревидиране верзије од стране свих држава које су је прихватиле у оригиналу.

Осим тога, Републику Србију очекује, као будућег пуноправног члана Европске уније, усаглашавање домаћих прописа о превозу животиња са актуелним европским законодавством, јер постоје приметне разлике у појединим сегментима ове правне регулативе.⁹⁹

⁹³ „Службени гласник РС“, бр. 73/2010.

⁹⁴ „Службени гласник РС“, бр. 92/2010.

⁹⁵ „Службени гласник РС“, бр. 28/2011.

⁹⁶ „Службени гласник РС“, бр. 48/2011.

⁹⁷ Council Regulation (EC) No 1255/97 od 25 June 1997 concerning Community criteria for staging points and amending the route plan referred to in the Annex to Directive 91/628/EEC, OJ L 174 2.7.1997, доступна на сајту: <http://eur-lex.europa.eu>.

⁹⁸ Council Regulation (EC) No 1/2005 of 22 December 2004 on the protection of animals during transport and related operations and amending Directives 64/432/EEC and 93/119/EC and Regulation (EC) No 1255/97, OJ L 3, 5.1.2005, доступна на сајту: <http://eur-lex.europa.eu>.

⁹⁹ О степену (не)усаглашености домаћих прописа о превозу животиња са релевантним изворима европског законодавства, опширније видети код: Н. Стојановић, Правна заштита добробити животиња током превоза у Европи, *Теме*, Универзитет у Нишу, Ниш, бр. 3/2013, стр. 1267–1271.

Закључна разматрања

Упоредјујући садржину изворне Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу и њене ревидиране верзије, јасно се уочава да, поред непромењених правила, чију је вредност потврдила вишегодишња примена, низ других решења доживео је измене и допуне, у складу са захтевима праксе и резултатима нових научних истраживања о повећаном степену заштите добробити животиња у међународном превозу.

Будући да је ревидирану Европску конвенцију о заштити животиња у међународном превозу потписало и ратификовало само једанаест држава, а да и даље њену изворну верзију примењује много више држава на европском простору, намеће се као логичан закључак о одређеном степену неусаглашености правне заштите добробити животиња које се превозе. Постојеће стање свакако се може променити набоље, потписивањем и ратификацијом ревидиране Европске конвенције о заштити животиња у међународном превозу од стране свих држава које су већ уговорне стране њене изворне верзије. Република Србија би то, такође, требало да учини, иако је готово сва решења из измењене и допуњене Конвенције уградила у своје законодавство, одговарајућим подзаконским актима.

Иако је ревидирана Европска конвенција о заштити животиња у међународном превозу, посматрано са аспекта добробити животиња, квалитативно боље законодавно дело у односу на изворну верзију, она не може у потпуности спречити нехуман третман према животињама које се превозе.¹⁰⁰ Због тога се, као логично, намеће решење о смањењу обима међународног превоза животиња. То се може постићи, у првом реду, забраном увоза животиња за тов, и клањем животиња за људску исхрану у земљи порекла.

¹⁰⁰ Многобројни фото и филмски записи, снимљени од стране представника невладиних организација за заштиту животиња на нивоу Европске уније, такође, потврђују, и поред постојања строгих прописа, у великом броју случајева, поражавајуће нехуман однос према животињама које се превозе: бацање животиња са истоварних рампи, које, по правилу, за последицу има ломљење екстремитета, набијање прстију у очи животињама, ломљење њихових репова, редовна и дуготрајна примена штапова за изазивање електрошокова, ударање оштрим предметима и слично. Видети, нарочито, сајтове: <http://www.vgt.at>; <http://www.tier-wege.at> и <http://www.prijateljji-zivotinja.hr>. Подаци преузети 12. јануара 2014. године.

Nataša Stojanović, LL.D
Full Professor

WHAT IS FORESEEN BY THE REVISED EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF ANIMALS DURING INTERNATIONAL TRANSPORT?

Summary

In the territory of the European Union, there are a number of legal sources, having different legal strength, which regulate commercial transport of animals. In the paper, the author focuses her attention to the revised European Convention for the Protection of Animals during International Transport. Comparing the solutions contained in the original European Convention for the Protection of Animals during International Transport with the altered and new rules in its revised version, the author highlights the similarities and differences in the standardization of the protection for animals during international transport, as well as the advantages and disadvantages of individual regulae.

Whereas the majority of states in the European legal space, including the Republic of Serbia, "have remained faithful" to the solutions of the original European Convention for the Protection of Animals during International Transport, the author proposes – with a goal to eliminate the existing disharmonizations in legal dealings and achieve a higher degree of legal protection for the welfare of animals during international transport – signing and ratification of the revised version by all the states that are Contracting Parties to this Convention.

Др Гордана Станковић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Маријана Дукић Мијатовић

Ванредни професор Правног факултета Универзитета Привредна академија у Новом Саду

ПРИНЦИП ЕФИКАСНОСТИ У ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ И ВЛАДАВИНА ПРАВА

Анстракт:

У раду се анализира нормативна операционализација принципа ефикасности у свакој појединој грани грађанског судског поступка да би се сагледао начин на који процесно правни системи подржавају и унапређују принцип владавине права. Аутори констатују да је приликом сваке процесне реформе, посебно под утицајем праксе Европског суда за људска права која је довела до сазнања да је ефикасност у судским поступцима један од предуслова за остваривање принципа владавине права, законодавац са мање или више успеха покушавао да нађе рационалну равнотежу између законитости и ефикасности, као основних принципа који се односе на квалитет правне заштите.

Кључне речи: *владавина права, правна држава, принцип ефикасности, грађански судски поступци.*

1. Владавина права, као битна компонента демократског друштва, представља инструмент који треба, између осталог, да омогући да свако лице може да оствари заштиту својих оспорених, угрожених или повређених грађанских субјективних права и правом признатих интереса у судском поступку. Владавина права и заштита права и правних интереса могу да постану илузорни уколико суд у свакој конкретној правној ствари не поступа законито или ако не примењује право на законит, правичан и праведан начин.

Право на ефикасну правну заштиту која се остварује у свакој појединој грани грађанског судског поступка произлази из принципа владавине права. Законити, правични, економични и ефикасни процесно правни системи подржавају и унапређују принцип владавине права, као основни принцип на коме се заснива правна држава.

У синтагми владавина права садржан је и уставни¹ и конвенцијски² принцип правичног суђења по коме свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама. Пракса Европског суда за људска права, у којој се посебно апострофира право на суђење у разумном року као једно од фундаменталних функционалних људских права, промовисала је ефикасност у судским поступцима као један од предуслова за остваривање принципа владавине права, и потенцирала да једнакост пред законом и судом, доступност и делотворност правне заштите, правичност, правна извесност и правна сигурност зависе од ефикасности судства.

2. Ефикасан, економичан и једноставан систем правне заштите, приступачан свим субјектима који имају потребу за правном заштитом, представља правно-политички циљ сваке процесне реформе. Законодавац је одувек настојао да створи нормативне услове за реализацију елементарних квалитета које треба да оствари правна заштита која се пружа у грађанском судском поступку и да пронађе неопходан и прихватљив баланс између оних правно-политичких вредности које треба да се остваре у поступку. Приликом сваке процесне реформе законодавац је са мање или више успеха покушавао да пронађе рационалну равнотежу између законитости и ефикасности, као основних принципа који се односе на квалитет правне заштите. Ефикасност у заштити права, која треба да омогући да се што пре пружи правна заштита и у фактичким животним односима успостави владавина права, током времена је нормативно операционализована на различите начине.

3. С обзиром на чињеницу да је Европски суд за људска права предуго трајање поступка практично изједначио с лошим функционисањем судског система у одређеној земљи, принцип ефикасности, као руководни принцип који се односи на метод рада у поступку, избио је у први план приликом недавне процесне реформе парничне процедуре у Републици Србији. У настојању законодавца да омогући остваривање права на суђење у разумном року, ефикасност у поступању процесних субјеката постала је примарни циљ поступка.

¹ Чл. 32. ст. 1. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

² Чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕК), Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом бр. 11, *Службени лист Србије и Црне Горе*, Међународни уговори, 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 12/2010.

Закон о парничном поступку (2011)³ имао је за основни циљ убрзање поступка, остваривање принципа ефикасности у складу са ставовима Комисије за ефикасност правосуђа⁴ и настојање да се на процесном терену пронађу нормативна решења која ће омогућити да се смањи број обраћања и Уставном суду Србије и Европском суду за људска права. Суочен са ситуацијом да предуго трајање судског поступка уз стални прилив нових судских предмета доводи неизбежно до гомилања нових нерешених предмета и продубљује перманентну кризу делотворности правосуђа, законодавац је настојао да се на нормативном плану створе услови да се обезбеди ефикасна правна заштита и максимално убрза поступак.⁵ Ефикасност поступка и суђење у разумном року постали су прворазредни правно-политички циљеви који имају приоритет у односу на правилност одлуке.⁶

Законодавац је своје настојање да на нормативном плану максимално убрза поступак конкретизовао тако што је, пре свега, реформисао фундаментална процесна начела и њихов домет.⁷ Уведена је доминација расправног принципа, сужена је примена класичног принципа обостраног саслушања странака, фаворизована су она начела која омогућавају концентрацију поступка, реafirмисано је начело евентуалности (које је некада било карактеристично за старије процесно право и које је у европском правном кругу напуштено у току 19-ог века кад је постао доминантан принцип јединства главне расправе), уведен је систем преклузија (без обзира што се у процесној теорији сматра да систем законских преклузија негативно утиче на утврђивање материјално-правно коректне подлоге за судску одлуку и да, по правилу, има тешке последице за странке), ограничен је принцип слободног заступања, фаворизовано је законско кретање поступка.

³ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС 74/2013 - одлука УС, у даљем тексту: ЗПП (2011).

⁴ СЕРЕЈ – Commission Européenne pour l'efficacité de justice.

⁵ Г. Станковић, *Закон о парничном поступку, Предговор*, Службени гласник, Београд, 2011, 8.

⁶ Историјски развој грађанског процесног права показује да се значај сваког фундаменталног процесног начела у току развоја једног друштва мења зависно од оцене законодавца и практичних потреба једног друштва, као и да законодавац различито схвата и операционализује поједина начела, те да се управо из тог разлога поступци за пружање правне заштите, чак и у оквиру истог правног круга, знатно разликују.

⁷ Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Београд, 2013, 221.

Законодавац је, поред тога, и на нов начин операционализовао поједина фундаментална процесна начела.⁸ Устоличио је адвокатски монопол, увео англосаксонски институт временског оквира за спровођење поступка, предвидео фиктивно достављање, предвидео велики број судских рокова,⁹ прописао строге законске рокове за судске радње, предвидео заједничку одговорност суда и странака за временско кретање поступка, предвидео дисциплинске мере за судије због непоштовања законских рокова за судске парничне радње и одуговлачење поступка, предвидео пресуду без усмене расправе, фаворизовао исправе као доказно средство које може да супституише и сведочење и вештачење,¹⁰ предвидео несуспензивно дејство жалбе зависно од вредности предмета спора, ограничио и ускратио право на ревизију, предвидео нове разлоге за понављање поступка, фаворизовао тзв. малични поступак у односу на општи парнични поступак, укинуо припремно рочиште и обавезан одговор на тужбу у многим посебним парничним поступцима, итд.

Нова законска решења представљају резултат схватања законодавца да утврђивање стварног стања ствари у спорном односу није приоритетни задатак суда у поступку, нити то представља циљ поступка. У поступку за заштиту грађанских субјективних права треба да доминирају принцип диспозиције и расправни принцип и из тог разлога суд треба, по правилу, да се задовољи формално исправном подлогом за судску одлуку.

⁸ Детаљно о томе: Г. Станковић, *Закон о парничном поступку, Предговор*, Београд, 2011, 12.

⁹ Чланови Радне групе за припрему радног материјала за доношење новог ЗПП формиране у току 2011.г. из реда судија предлагали су и инсистирали да се у парничном поступку реafirмише принцип евентуалности и систем преклузија, да се ограничи право на изношење новота, да се форсира начело посредности, да се прецизно формулишу поједине дужности суда и странака у одређеним етапама поступка, да се пропишу законски рокови за предузимање судских и страначких радњи, да се чињенице које нису оспорене третирају као признате, да се омогући да се сведочење и вештачење супституишу исправама, да се уведе несуспензивно дејство жалбе у стварима мање вредности, да се уведе фиктивно достављање, да се пропише да се новчане казне замењују казнама затвора и извршавају по правилима кривичне процедуре. С друге стране, Министарство правде је инсистирало да се предвиде норме које ће дисциплиновати судије и предвидети посебне санкције због њихове неефикасности. Доминантан број представника судова у радној групи која је припремала радни материјал за доношење ЗПП (2011) и мали број процесуалиста резултирао је прихватањем ставова које су предлагали представници судова без обзира на доктринарну аргументацију.

¹⁰ О томе: Г. Станковић, Супституишање саслушања сведока писаном изјавом, тонским или оптичком записом, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бања Луци*, Бања Лука, бр. 34/2012, 129.

Суд има задатак да што пре реши спор који је изнет пред њега на решавање доношењем судске одлуке у свакој појединој парници, да би се смањило број обраћања Уставном суду и Суду за људска права због повреде права на суђење у разумном року и да би се поспешила ажурност судова.

4. Начело ефикасности, прокламовано у одредби чл. 10. ЗПП (2011), формулисано је на нов начин. Законодавац се није задовољио само прокламацијом да је суд дужан да поступак спроведе ефикасно, већ је ово основно правило конкретизовао низом других одредаба. Начело ефикасности операционализовано је одредбама о законским роковима који су предвиђени за судске и страначке парничне радње, одредбама о рочишту и отказивању (одгађању) рочишта и одлагању расправе и прописивањем дужности за суд да у сарадњи са странкама одреди временски оквир за предузимање парничних радњи¹¹ у конкретној парници.¹²

Законодавац је пошао од тога да је ефикасност у поступању у интересу и странака и суда и због тога је предвиђено ново правило о временском оквиру поступка по коме је суд дужан да у свакој правној ствари, заједно са парничним странкама, планира рад у погледу решавања спора. Законодавац је сматрао да ће се, предвиђањем временског оквира за предузимање парничних радњи, принцип суђења у разумном року потпуније остварити јер ће се поступак одвијати према заједничком плану у погледу заказивања и одржавања рочишта и прикупљања процесног материјала, те ће странке унапред моћи да рачунају на одређену динамику у поступку. Утврђивање временског оквира за предузимање парничних радњи, као једна од мера за ефикасно спровођење поступка, требало је, према очекивањима законодавца, да допринесе не само временској и садржинској концентрацији поступка и разумном планирању судског рада, већ и убрзању поступка и остварењу принципа суђења у разумном року. Пошто се временски оквир за предузимање парничних радњи у

¹¹ Суд је дужан да, на предлог странака, на припремном рочишту, одн. на првом расправном рочишту кад се припремно рочиште не одржава, утврди временски оквир за спровођење поступка, као и да се њега придржава. Исту дужност има и инстанциони суд уколико одржава усмену расправу. Уколико у току поступка тужба буде преиначена, суд је дужан да поново утврди нов временски оквир за предузимање парничних радњи.

¹² Институт временског оквира поступка (или договор суда и странака о плану суђења) представља институт који вуче порекло из америчке судске праксе. Да би се скратило предуго трајање судских поступака, карактеристично за период до 1980.г., странке су се састајале са судијом да би се договориле о плану суђења. По угледу на то поступање, овај институт је, из истих разлога, уведен и у Великој Британији.

конкретној парници утврђује на предлог странака,¹³ евентуална одговорност за повреду овог принципа и једног од функционалних људских права, које гарантује и Европска конвенција, подељена је између суда¹⁴ и странака. На тај начин законодавац је настојао да смањи број обраћања и Уставном суду и Европском суду због повреде права на суђење у разумном року, и да, истовремено, смањи број исплата на име накнаде коју држава треба да плати странкама због повреде овог функционалног људског права.

5. Поједина законска решења у ЗПП (2011), међутим, не само да нису убрзала, нити ће убрзати поступак и учинити га ефикасним, већ су отворила нове могућности и за изјављивање уставне жалбе и за обраћање Европском суду за људска права. Поставило се питање уставности појединих законских одредаба и Уставни суд Србије је већ био у прилици да оцени да су одређена законска решења неуставна.¹⁵ С друге стране, појединим законским решењима озбиљно су угрожени поједини фундаментални процесни принципи и функционална људска права која из њих деривирају као што су: принцип једнакости и равноправности странака, принцип правичности, принцип изјашњавања странака итд. Осим тога, поједина законска решења која претерано инсистирају на ефикасности, фактички фаворизују симулацију суђења и, уместо да инсистирају на законитости, правилности и правичности судске одлуке у циљу афирмације принципа законитости и владавине права, инсистирају искључиво на брзини у спровођењу поступка. Исто тако, ограничавањем права на изношење новота, системом преклузија и увођењем евентуалне максиме, нити се постиже ефикасност, нити се убрзава поступак. У првостепеном поступку се сужава право странака на изјашњавање, непотребно гомила процесни материјал и изводе докази, с једне стране, а с друге стране, тежиште расправљања се пребацује на другостепени суд

¹³ Треба приметити да законодавац није понудио решење о томе како ће суд поступити кад изостане предлог странака или кад странке које су у парници вођене различитим и сукобљеним интересима не могу да се сагласе о временском оквиру за предузимање процесних радњи.

¹⁴ Пошто је суд дужан да се придржава утврђеног временског оквира за спровођење поступка у решењу којим управља парницом, непоступање судије у складу са утврђеним временским оквиром представља дисциплински прекршај (чл. 10. ст. 3). Нови ЗПП је прописао дисциплинску одговорност за судију, а сам дисциплински поступак спроводи се према одредбама Закона о судијама.

¹⁵ Уставни суд Републике Србије оценио је својом одлуком из маја 2013.г. да су одредбе о адвокатском монополу у заступању, које је у законски текст, мимо предлога чланова радне групе, унело Министарство правде, и које нису биле предмет јавне расправе, и одредбе које се односе на посебан парнични поступак за заштиту колективних права и интереса, неуставне.

који је приморан, посебно због забране вишекратног укидања пресуде, да отвара другостепену усмену расправу да би отклонио пропусте у првостепеном поступку.

6. Доношењем Закона о извршењу и обезбеђењу¹⁶ извршена је реформа извршне процедуре којом је законодавац настојао да обезбеди функционисање правне државе с обзиром да неефикасан поступак извршења представља проблем за остваривање права грађана и правних лица. Извршавање судских одлука, такође, представља један од кључних предуслова за остваривање права на правично суђење које је загарантовано Европском конвенцијом о људским правима. Спорим спровођењем поступка извршења нарушавају се фундаментална права странака, што доводи до великог броја не само уставних жалби, већ и до великог броја обраћања Европском суду за људска права у Стразбуру.

Законодавац је настојао да реформом извршне процедуре отклони и препреке за привлачење страних инвестиција. Сматрало се да је Србији потребна хитна реформа поступка извршења и да је то један од предуслова да се у време глобалне економске кризе привуку стране инвестиције без којих српска економија нема шансу на светском тржишту.¹⁷ У својим јавним наступима представници страних инвеститора често су истицали да дуго трајање поступка извршења код њих ствара лошу перцепцију о сигурности правног система Србије, да дуго трајање поступка извршења представља баријеру за страна улагања, као и да стандард сигурности за страна улагања постаје знатно виши у условима економске кризе која је захватила свет.¹⁸ И стране банке које послују на домаћем тржишту посебно су инсистирале на убрзању и краћем трајању поступка извршења.

Основни правно-политички циљеви које је законодавац имао у виду приликом законодавне реформе извршне процедуре били су ефикасност, економичност и функционалност поступка извршења, обезбеђивање транспарентности података о имовини извршног дужника да би се предупредио неуспех у извршењу и имплементација европских

¹⁶ Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

¹⁷ Видети закључке панела „Ефикасан извршни поступак – Неопходан фактор конкурентности у условима глобалне кризе“, у организацији Економист магазина и USAID Програма за реформу стечајног и извршног поступка (www.emg.rs/data/File/Prilozi/447_dodatak_low.pdf - приступ 12.6.2011).

¹⁸ Медији су пренели да је на брифингу за новинаре у просторијама Немачке организације за међународну сарадњу у Београду речено да прво што страни инвеститори гледају када дођу у неку земљу је како да наплате своје потраживање.

правних стандарда у домену извршне процедуре у складу са препорукама Савета Европе.¹⁹

7. Према одредбама ЗИО (2011), начело хитности је једно од доминантних начела извршне процедуре јер од брзине у спровођењу извршења и остваривања правне заштите зависи не само дефинитивно намирење повериоца, већ и заштита поретка и ауторитет судова као органа власти.²⁰

Да би се ти циљеви остварили, законом је изричито прописано да је суд дужан да у поступку поступа хитно. Осим тога, извршни суд је дужан да поступак извршења и поступак обезбеђења спроведе у разумном року, што произлази из правила о сходној примени правила парничне процедуре. Законодавац се није задовољио само тиме да прокламује начело хитности као основни принцип извршног поступка већ је овај принцип конкретизовао низом законских одредаба тако да је читав извршни поступак нормативно конципиран на принципу ефикасности и хитности. Законодавац је предвидео могућност да започне поступак спровођења извршења и пре но што је постало правноснажно решење којим је одређено извршење или обезбеђење и да изјављени правни лек, по правилу, нема суспензивно дејство. Поред тога, законодавац је ограничио или искључио примену појединих процесних института тако да нису дозвољени делегација надлежности, враћање у пређашње стање, одлагање извршења, док је прекид поступка потпуно искључен уколико се ради о поступку извршења ради наплате новчаног потраживања из радног односа. Да би се ефикасно спровео поступак извршења, законодавац је знатно смањио број правних лекова – предвидео је ремонстративни приговор и приговор због неправилности у поступку спровођења извршења, и искључио могућност да се изјављују ревизија и понављање поступка, као ванредни правни лекови. Начело хитности конкретизовано је и одредбама о законским роковима који су предвиђени и за страначке и за судске процесне радње. Да би се у пракси остварило пружање правне заштите у разумном року и реализовао принцип хитности у поступању, посебно су предвиђени рокови који се односе на судске извршне радње и предвиђена преклузија као последица пропуста странке да предузме поједину процесну радњу.

¹⁹ Препорука (2003)17 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о извршењу судских пресуда од 9. септембра 2003. г.

²⁰ Детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Извршно процесно право*, Косовска Митровица, 2012, 23.

8. Начело ефикасности, којим се остварују значајни правно-политички и правно-технички циљеви, није изричито формулисано у Закону о ванпарничном поступку (1982)²¹ као једно од основних процесних начела али је зато за поједине посебне ванпарничне поступке законом изричито предвиђено да су они хитни. Природа самог ванпарничног поступка и околност што се у овом поступку штите и остварују грађанска субјективна права најчешће у јавном интересу, управо налажу да начело ефикасности буде једно од основних начела на коме овај поступак треба да се заснива.²²

Из низа законских одредаба јасно се види да, упркос томе што начело ефикасности није изричито прокламовано, оно представља једно од основних начела овог грађанског судског поступка. Тако је нпр. предвиђено да у ванпарничном поступку поступа судија појединац, да нема мировања поступка, да изостанак учесника са рочишта не спречава развијање поступка, предвиђен је рок у коме се може покренути поступак ради решавања претходног питања, итд. Поред тога, из правила о сходној примени правила ЗПП произлази да принцип ефикасности представља један од основних процесних принципа и да је ванпарнични суд дужан да тражену правну заштиту пружи ефикасно и у разумном року. Пружањем правне заштите у разумном року ванпарнични суд треба да оконча несигурност у којој се учесник у ванпарничном поступку налази кад се одлучује о његовим правима и интересима или кад му се пружа заштитничка помоћ, и у његовом интересу, и у интересу правне сигурности.

8. Европски суд за људска права у низу својих одлука изразио је став да је за државе у којима постоји одуговлачење и предуго трајање судског поступка, које је последица понашања суда, најбоље да се на нормативном плану нормира правно средство за спречавање и заустављање повреде права на суђење у разумном року и предвиди право на накнаду као сатисфакцију због повреде до које је дошло. Национални правни системи треба да омогуће да се странке још у току поступка, док он још траје, пред националним судовима позивају на повреду права на суђење у разумном року, као и да буду предвиђени делотворни правни лекови у складу са стандардима из ЕК који ће омогућити националним судским органима да у току поступка отклоне евентуалну повреду овог

²¹ Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон и 85/2012.

²² Г. Станковић, Љ. Мандић, *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица, 2013, 54.

права или да изрекну одговарајуће правично обештећење уколико је поступак већ окончан.²³

Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова Републике Србије²⁴ предвиђено је ново правно средство за заштиту права на суђење у разумном року у судском поступку који предуго траје, право на обештећење због повреде права на суђење у разумном року и поступак за заштиту права на суђење у разумном року због одуговлачења поступка.²⁵

Усвојена законска решења, која представљају новину у правном систему Републике Србије,²⁶ у складу су са Европском конвенцијом за заштиту људских права и слобода и обавезама које имају државе – чланице Савета Европе, као и са ставовима Европског суда за људска права. Законом је предвиђен посебан ванпарнични поступак у коме се може остварити заштита права на суђење у разумном року и право на накнаду због повреде овог права. Увођењем овог поступка странке из судског поступка који предуго траје добиле су могућност да пред националним судовима исходе и ефикасно убрзање поступка и евентуалну накнаду као сатисфакцију због повреде овог функционалног права.

9. Начело ефикасности је једно од основних начела и у стечајној процедури уређеној Законом о стечају (2009).²⁷ Оно представља израз настојања законодавца да се у општем интересу омогући намирење стечајних поверилаца и тако отклоне потенцијалне сметње у њиховом пословању као и да се из правног промета елиминише економски

²³ Г. Станковић, Поступак за заштиту права на суђење у разумном року, *Правни информатор*, 10/2013, 10.

²⁴ Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон и 101/11 – др. закон и 101/13.

²⁵ Детаљно: Г. Станковић, Поступак за заштиту права на суђење у разумном року, *Правни информатор*, бр. 10/2013, 10.

²⁶ Ставови Европског суда утицали су да поједине државе, суочене са повредама права на суђење у разумном року, попут Аустрије, Шпаније, Пољске или Словачке, предвиде посебне правне лекове којима се штити право на суђење у разумном року. У складу са обавезама које проистичу из чланства у Савету Европе и Европске конвенције и праксе Европског суда, и балканске државе у окружењу отпочеле су да у националном правном систему предвиђају и регулишу правна средства која треба да омогуће надлежним домаћим судовима да примене стандарде чл. 13. ЕКЈП. Република Србија је последња држава из састава некадашње Југославије која је регулисала правна средства за заштиту права на суђење у разумном року.

²⁷ Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/11 - др. закон и 71/12 - одлука УС.

неуспешан привредни субјект и новчана средства врате у производне токове.²⁸ Главни показатељи ефикасности стечајног поступка су: степен намирења, дужина трајања и трошкови стечајног поступка.²⁹ Код регулативе стечајног поступка, законодавац је принцип ефикасности нормативно конципирао већ у начелима Закона о стечају³⁰ и потом конкретизовао низом законских одредби и установљених механизма, те је тако предвиђена обустава поступка у случају постојања само једног повериоца, закључивање поступка у случају постојања имовине незнатне вредности, те решење да се прва скупштина поверилаца одржава најкасније на првом поверилачком рочишту, које заказује стечајни судија у року од 40 дана од дана отварања стечајног поступка и на коме се повериоци опредељују да ли ће се стечајни поступак процесуирати у правцу банкротства или реорганизације.³¹ Принцип ефикасности је у Закону о стечају нормативно конципиран и кроз одредбе, којима се одређују рокови у којим повериоци пријављују своја потраживања или овлашћени предлагачи подnose унапред припремљени план реорганизације или план реорганизације³², али и кроз механизам решавања спорног питања путем медијације. Управо у циљу прокламације начела ефикасности законодавац је предвидео преклузивност прописаних рокова³³, која се односи како на материјално-правне тако и на процесно-

²⁸ Детаљно о томе: Г. Станковић, Н. Петрушић, *Стечајно процесно право*, Београд, 2006, 32; М. Дукић – Мијатовић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2010, 9 ; М. Дукић – Мијатовић, Преглед законских процедура у поступку утврђивања потраживања стечајних закона у региону, Зборник радова *Право земаља у региону* (ур. В.Чоловић) Институт за упоредно право, Београд, 2010, 389.

²⁹ М. Дукић-Мијатовић, Предлог плана реорганизације у светлу законских процедура стечајних закона у региону, *Право и привреда*, Београд, 4-6/2011, 365.

³⁰ Закон о стечају чл.5

³¹ Закон о стечају предвиђа да скупштина поверилаца, као орган који репрезентује оштећене субјекте брзо и ефикасно донесе одлуку у ком ће правцу даље тећи стечајни поступак – да ли ће се исти окончати банкротством стечајног дужника или треба предузети мере ради подношења плана реорганизације. Овакво решење може битно да успори ток стечајног поступка, јер се може уочити да и у овој фази поступка, колико год то било неопходно ради његовог убрзања, неизводљиво формирати скупштину поверилаца. У противном могло би да дође до потпуног паралисања поступка. Уколико се гласа на основу висине пријављених потраживања ствара се простор за манипулације сваке врсте од стране поверилаца, који тиме могу преузети примат у одлучивању постављајући произвољне захтеве.

³² О томе детаљно: С. Спасић, Пре раск као шанса за српску привреду, *Право и привреда*, Београд, бр.7-9/2010, 250.

³³ Закон о стечају чл.7. ст. 2.

правне рокове, како на судске тако и на законске рокове.³⁴ Истеком тих рокова губи се право на предузимање одређених процесних или правних радњи.³⁵

Сагласно правилима и правним стандардима Европске уније сваки судски поступак, па и стечајни поступак, мора да буде двостепен. Због тога је изричито прописано да о жалби решава другостепени суд. Истовремено је укинута стечајно веће тако да стечајни судија остаје једини орган првостепеног поступка. Против закључака стечајног судије искључен је приговор, будући да не постоји више орган који би одлучивао по том приговору. У прилог начела ефикасности поступка прописано је да суд вишег степена решење по жалби доноси најкасније у року од 30 дана од дана пријема жалбе у суду вишег степена. Такође у прилог начелу хитности, као и начелу ефикасности законодавац је прописао, као и у претходном Закону о стечајном поступку, да жалба против решења не задржава извршење решења.³⁶ Сам стечајни поступак је хитан, што значи да се не може тражити прекид поступка, застој, враћање у пређашње стање, не може се изјавити ревизија, нити се може поднети предлог за понављање поступка.³⁷

У стечајном поступку доношење одлука се везује и за чињеницу да није увек могућа усмена расправа. На овај начин врши се одступање од начела усмености, као општег правила из одредбе члана 4. став 1. ЗПП (2011), по коме је прописано да суд одлучује о тужбеном захтеву по правилу на основу усменог, непосредног и јавног расправљања. Закон о стечају не прописује истражно начело, односно утврђивање чињеница по службеној дужности, које се односе на спровођење стечајног поступка, а које је постојало у чл. 29. ст. 5. Закона о стечајном поступку. Због тога ваља узети да је основно начело поступка расправно начело из одредбе чл. 7. ст. 1 ЗПП (2011), који одређује да су странке дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима утврђују те чињенице.

Међутим, иако начело економичности стечајног поступка представља једно од полазишта које обезбеђује ефикасност, мора се

³⁴ Примера ради, преклузивни рокови осим наведених су и рок за подношење тужбе ради утврђивања оспореног потраживања или рок за подношење захтева односно предлога за наставак прекинутог поступка услед отварања поступка стечаја, а ради утврђивања оспореног потраживања итд.

³⁵ Видети више: М. Дукић-Мијатовић, *Водич кроз стечајни поступак - Осврт на стечајно законодавство бивших југословенских република*, ауторско издање, Нови Сад, 2010, 25.

³⁶ Закон о стечајном поступку, *Службени гласник РС*, бр.84/04, 85/05.

³⁷ Закон о стечају чл.8

водити рачуна и о испуњењу осталих циљева, као што су заштита стечајног дужника, стечајне масе, као и самог друштва у коме привредни субјект – стечајни дужник егзистира.³⁸ Не би се смело допустити да услед испуњења начела економије стечајног поступка, буде занемарено и ограничено обезбеђење правичности и поштовања законитости.³⁹

Закључно разматрање

Несумњиво је да су временска и садржинска концентрација поступка сваког грађанског судског поступка, његово ефикасно одвијање и разумно трајање битни за остварење законите и делотворне судске заштите и реализацију принципа владавине права. Сам законодавац је створио само нормативне претпоставке за ефикасност поступка, руковођен одређеним правнополитичким разлозима. Међутим, дужност је суда да пружи закониту, правилну и праведну правну заштиту и да одреди начин и праву меру ефикасног поступања у свакој конкретној правној ствари, с обзиром на сопствену ажурност и оптерећење самог суда приливом нових предмета и бројем нерешених предмета који су у раду.

³⁸ О томе: С. Спасић, *Стечајна маса-осврт на хармонизацију стечајног права*, *Право и привреда*, Београд, бр.5-8/2009, 330; М. Дукић-Мијатовић, *The Legal Position of Secured Creditors in Financial Restructuring And Bankruptcy*, *Право теорија и пракса*, Нови Сад, бр. 1/2013, 3.

³⁹ М. Дукић-Мијатовић, *Утицај немачког стечајног права на развој стечајног законодавства у Србији*, *Увод у право Немачке* (ур. В.Чоловић) Институт за упоредно право, Београд, 2011, 515.

Gordana Stanković, LLD
Full Professor
Marijana Dukić Mijatović, LLD
Associate Professor

PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN CIVIL COURT PROCEEDINGS AND RULE OF LAW

Summary

This document analyzes the operationalization of the normative principles of efficiency in each branch of civil court proceedings in order to perceive the way procedural systems support and promote the rule of law. In legislator's attempt to exercise the right to trial within a reasonable time, the efficiency of procession subjects in treatment became the primmer goal of the procedure. The legislator concretized his efforts to speed up the procedure on normative level as much as possible by primarily reformed fundamental procedural principles and their range. In civil proceeding, the principle of effectiveness is formulated in a new way. The legislator did not meet the provision that the court shall conduct proceedings efficiently, but concretized this basic rule by a number of other provisions. Certain statutory provisions in LCP (Law on Contested Procedure, 2011), however, not only have not, nor will speed up the procedure and make it efficient, but have also opened new opportunities for filing a constitutional complaint to the European Court for Human Rights. Besides that, certain legal provisions are seriously threatened by certain fundamental principles of procedural and functional human rights that derive from them. On the other hand, the basic legal and political objectives the legislature had in mind in course of legislative procedure were effectiveness, efficiency and functionality of the enforcement process, ensuring transparency of data on debtor's assets in order to prevent a failure in the execution and implementation of European legal standards in the area of enforcement procedures and in accordance with the recommendations of the Council of Europe. In order to achieve these goals, the Law provides that the court is obliged to act with urgency in the proceeding. In addition, the enforcement court is required to process execution and security within a reasonable period of time, which is result of the rules on appropriate application of the rules of civil procedure. The legislator did not only proclaim the principle of the enforcement procedure, but also concretized series of legal provisions so that entire execution procedure is normatively conceived on the principle of efficiency and urgency. The principle of efficiency, which enables significant legal and political and legal and technical goals, is nor explicitly formulated in the Law

of Non-Contentious Proceedings (1982) as one of the fundamental principles of procedure but some special extra-judicial proceedings are provided to be urgent. Nature of the contentious procedure and the fact that in this case civil rights are protected and exercised in the public benefit, it is required that the principle of efficiency is one of the fundamental principles this operation should be based on. For a number of legal provisions it is clear that, despite the principle of efficiency is not explicitly claimed, it represents one of the fundamental principles of civil court proceedings. Law on Amendments to the Law on Courts of the Republic of Serbia provided a new legal instrument to protect the right to trial within a reasonable time in a procedure which lasts too long, the right to compensation for the violations of the right to trial within a reasonable time and the procedure for the protection of the right to trial within a reasonable time due to delay in the proceedings. The principle of efficiency is one of the basic principles and it is regulated by the Law on Bankruptcy (2009). It is an expression of the legislator's efforts to enable settlement of bankruptcy creditors and thus eliminate potential interference in their operations as well as to eliminate economically unsuccessful companies from legal transactions and to return financial funds into production flow. Authors noted that, during each process of reform, especially under the influence of the European Court of Human Rights, which has led to the conclusion that the efficiency of court proceedings is a prerequisite for the realization of the rule of law, the legislator tried to find a rational balance between legality and efficiency with more or less success, as well as the basic principles relating to the quality of legal protection.

Dr Arsen Janevski

Redovni profesor Pravnog Fakulteta „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju

Mr Milka Rakočević

Asistent Pravnog Fakulteta „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju

EDIKTALNO DOSTAVLJANJE U PARNIČNOM POSTUPKU

Apstrakt:

Dostavljanje se definise kao zakonom propisana aktivnost nadležnih organa i lica koja je usmerana ka tome da se adresatima obezbedi mogućnost da saznaju sadržinu pismena koja su im upućena. Kao procesna aktivnost, dostavljanje ima za cilj da se u potpunosti ostvari načelo kontradiktornosti u postupku na način što će svaka stranka, u svakom momentu, biti upoznata sa procesnim radnjama koje preduzima njen protivnik i imaće mogućnost da se o njima izjasni. Dostavljanje pismena treba da bude izvršeno na način koji je uređen procesnim zakonom. U parničnom postupku R. Makedonije dostavljanje pismena se vrši na nekoliko načina: putem pošte, neposredno u sudu, od strane službenog lica, elektronskim putem, preko notara ili izvršitelja. Pored pomenutih različitih načina dostavljanja, procesni zakon predviđa još jedan, po pravilu dopunski način dostavljanja pismena – t.z. ediktalno dostavljanje odnosno dostavljanje putem oglasne table suda. Reč je o izuzetno specifičnom načinu dostavljanja u parničnom postupku. Predmet interesa ovog rada biće upravo ovaj način dostavljanja pismena. Akcenat će biti stavljen na nekoliko pitanja: koja je suština ovog načina dostavljanja; potreba za njegovim normiranjem; specifičnosti koje karakteriziraju ovaj način dostavljanja i pitanje pojedinih poteškoća i praktičnih problema koje izaziva ovaj način dostavljanja u parničnom postupku.

Ključne reči: *dostavljanje, oglasna tabla, fiktivno dostavljanje, parnični postupak.*

I. Uvodne napomene

Dostavljanje pismena identifikujemo kao veoma značajnu ustanovu procesnog prava. Ona služi ostvarivanju određenih fundamentalnih procesnih principa: dostavljanjem pismena parničarima se omogućava da ostvare svoje pravo na pravnu zaštitu; tuženom se omogućava pravo na pristup sudu; preko dostavljanja se realizuje princip saslušanja stranaka; obezbeđuju se uslovi za

realizaciju niz drugih principa kao što su raspravni princip, principi usnosti i javnosti u postupku, koncentracija postupka, obezbeđuje se efikasnost postupka, sprečavaju se moguće zloupotrebe procesnih ovlašćenja u postupku i sl.¹

Pravo stranke da bude informisana, po pravilu, je pretpostavka za efektivnu realizaciju određenih ustavnih i drugih prava u postupku među kojima ubrajamo i njeno pravo da bude saslušana. Osnovni zadatak koji dostavljanje pismena u postupku treba uspešno da obavi je ostvarivanje načela saslušanja stranaka. Imajući u vidu suštinu načela saslušanja stranaka, a to je realizacija prava stranke da bude obavешtena o procesnim radnjama koje se preduzimaju pred sudom kao pretpostavka za ostvarivanje njenog fundamentalnog procesnog prava da bude saslušana u postupku, dostavljanjem se obezbeđuje upravo to – pravo stranke da bude informisana o toku i sadržini procesnih aktivnosti. Upravo zbog toga definicije o dostavljanju koje srećemo u procesnoj literaturi po svojoj suštini ne odstupaju jedna od druge. Većina autora² dostavljanje definiše kao zakonom propisanu aktivnost nadležnih organa i lica koja je usmerena ka tome da se adresatima obezbedi *mogućnost*³ da saznaju sadržinu pismena koja su im upućena. Kao procesna aktivnost, dostavljanje ima za cilj da se u potpunosti ostvari načelo kontradiktornosti u postupku na način što će svaka stranka, u svakom momentu, biti upoznata sa procesnim radnjama koje preduzima njen protivnik i imaće mogućnost da se o njima izjasni.

Obaveštenje stranaka u savremenom parničnom postupku može se realizovati preko dva sistema dostavljanja: t.z. francuski sistem, gde je dostavljanje zadatak i dužnost stranaka, dostavljanje je u rukama stranaka, a

¹ G. Stanković, Sporazum stranaka o adresi dostavljanja, Pravni informator, broj 1, Beograd, 2010, str. 14.

² S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 367, P. Murray, R. Sturmer, German Civil Justice, Durham, N.Carolina, 2004, p. 214, Г.Станковић, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007, стр.290, А.Јаневски, Т.Зороска Камиловска, Грађанско процесно право, книга прва, Парнично право, Скопје, 2012, стр. 276, А. Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2009, стр. 239.

³ Govori se o *mogućnosti* saznanja sadržaja pismena budući da se ponekad pribegava fikciji da je informisanje adresata izvršeno iako pismeno uopšte nije do njega ni došlo. Dostavljanje pismena ne znači nužno i uručenje pismena adresatu. Normiranje fikcije da se adresat upoznao sadržajem pismena u situaciji kada faktički pismeno nije u njegovim rukama je posledica usaglašavanja suprotstavljenih ciljeva koji se trebaju postići pri organizaciji dostavljanja: sa jedne strane, neophodno je da se preduzmu sve mere kako bi adresat stekao mogućnost da se upozna sa sadržajem pismena, a sa druge strane, adresat treba da se spreči u nameri da onemogućiti dostavljanje i normalno funkcionisanje pravosuđa. Tako, S. Triva, M. Dika, op.cit., str.367, и А. Јаневски, Dostavljanje po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Pravni život, br.12/2006, str. 36.

sud ima pasivno držanje; i sistem službenog dostavljanja, gde sud vrši ovu funkciju, pritom nečekajući predlog ili signal stranke da se izvrši dostavljanje.⁴ Tradicionalno, u parničnom postupku R. Makedonije, prihvaćen je i funkcioniše sistem sudske organizacije dostavljanja.

Najveći deo ovog rada biće posvećen *ediktalnom* načinu dostavljanja pismena u parničnom postupku, t.j. dostavljanju putem oglasne table suda. Akcenat će biti stavljen na nekoliko značajnih pitanja: koja je suština ovog načina dostavljanja; potreba za njegovim normiranjem; specifičnosti koje karakteriziraju ovaj način dostavljanja i pitanje pojedinih poteškoća i praktičnih problema koje izaziva ovaj način dostavljanja u parničnom postupku. Ali, najpre nekoliko napomena o načinu dostavljanja pismena prema pozitivnim propisima R. Makedonije.

II. Dostavljanje pismena prema makedonskom ZPP-u

Način dostavljanja pismena je jedan od bitnih elemenata pojma urednog dostavljanja. Za uredno smatramo ono dostavljanje koje je izvršeno u saglasnosti sa odredbama procesnog zakona. Neki autori notiraju da je uredno dostavljanje temelj prava odbrane u postupku.⁵ Imajući to u vidu, možemo reći da pojam urednog dostavljanja neposredno utiče na realizaciju načela saslušanja stranaka u postupku. Ukoliko svi elementi⁶ koji čine suštinu pojma urednog dostavljanja nisu ispunjeni, ostvarenje principa kontradiktornosti u toku postupka je stavljeno pod znakom pitanja.

Dostavljanje pismena treba da bude izvršeno na način koji je uređen procesnim zakonom. Neka zakonodavstva jedan od načina dostavljanja uređuju

⁴ Reč je o sistemu oficijelnog dostavljanja po kome je dostavljanje regulisano zakonom i sistemu sudske organizacije dostavne službe, po kome funkciju dostavljanja obavlja sud uz pomoć nekih drugih organa. To znači da sud naređuje dostavljanje, odlučuje koja će pismena biti dostavljena, ko će izvršiti dostavljanje, na koji način i kome treba izvršiti dostavljanje. G. Stanković, Beleške povodom dostavljanja u parničnom postupku, Pravni život br. 11/2011, str. 725.

⁵ A. Јакшић, op. cit., стр. 240.

⁶ Suštinu urednog dostavljanja čini nekoliko elemenata: 1) način, vreme i mesto dostavljanja treba biti u saglasnosti sa normama procesnog zakona; 2) kada je reč o dostavljanju poziva za ročište, poziv mora biti dostavljen blagovremeno, odnosno da stranka, od prijema poziva do momenta održavanja ročišta, ima dovoljno vremena da se pripremi za raspravu i da preduzme određene procesne radnje; i 3) u pozivu za preduzimanje određene procesne radnje, odnosno u pozivu za ročište stranke moraju biti upozorene na posledice propuštanja odnosno izostanka.

kao pravilo (najčešće dostavljanje poštom), dok druga zakonodavstva podjednako tretiraju sve načine dostavljanja.⁷

Makedonsko pozitivno pravo predviđa da se dostavljanje može vršiti poštom, elektronskim putem, preko službenog lica u sudu, neposredno u sudu, preko notara, izvršitelja ili drugog lica određenog zakonom.⁸ Pritom, ni jedan od predviđenih načina dostavljanja nije normiran kao pravilo u odnosu na druge.⁹

Ponekad, imajući u vidu specifične okolnosti u kojima se adresat nalazi, sud vrši dostavljanje i preko nekih drugih organa odnosno pravnih lica. U ovim situacijama dostavljanje se smatra izvršenim kada organ odnosno pravno lice koje treba da izvrši dostavljanje preduzme sve propisane radnje kako bi se dostavljanje izvršilo.¹⁰

Kada je reč o načinu dostavljanja poziva za ročište ili obaveštavanja koja se tiču preduzimanja određenih procesnih radnja, po primeru bugarskog prava, makedonski ZPP je uveo tzv. pravilo "jednom pozvan, uvek pozvan" prema kojem stranka koja je uredno pozvana da prisustvuje ročištu ili je obavještena o preduzimanju određenje procesne radnje ne odazove se na poziv suda bez obzira na razlog zbog kojeg je bila sprečena, sud nema u buduću dužnost da je poziva. Samo na zahtev stranke sud je dužan da joj u sudu uruči poziv za vreme održavanja ročišta, kao i primerak zapisnika u pismenoj ili elektronskoj formi, odnosno u formi tonskog zapisa od prethodno održanog ročišta.¹¹ Ovo pravilo ima podsticajnu ulogu u odnosu na poziciju stranaka u postupku. Njegovo uvođenje je bilo sa ciljem da aktivira stranke da se one u

⁷ Tako, u Austriji dostavljanje se vrši po pravilu poštom. Videti čl. 88/1 austriskog ZPO-a. Procesni zakoni Srbije, Hrvatske, Slovenije izjednačuju dostavljanje poštom sa dostavljanjem pismena drugim načinima dostavljanja. Videti čl. 127. ZPP Srbije (Sl. Glasnik R. Srbije, br. 72/2011, 49/2013); čl. 133 ZPP Hrvatske (Narodne Novine R. Hrvatske, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11 i 25/13); i čl. 132. ZPP Slovenije (Uredni list R. Slovenije, br. 26/99, 96/02, 12/03, 2/04, 52/07 i 45/08). U Srbiji, donošenjem novog ZPP iz 2011. godine ukinuo se monopolski položaj pošte kao organa dostavljanja. Potencijalni organi dostavljanja prema pozitivnom režimu imaju ravnopravni položaj i od suda, po pravilu, zavisi kome će od njih poveriti dostavljanje. G. Stanković, Beleške..., op. cit., str. 719.

⁸ Čl. 125 st. 1 ZPP.

⁹ Za metod ličnog dostavljanja predviđena su posebna pravila u procesnom zakonu, tako što ove generalne odredbe nemaju primenu kada je reč o ličnom dostavljanju.

¹⁰ Tu mislimo na vojna lica, lica zapošljena u policiji, u suvozemnom, vodenom, vazдушnom saobraćaju, licima i ustanovama u inostranstvu, strancima koji uživaju pravo imuniteta i licima lišenih slobode. Dostavljanje ovim licima vrši se preko komande ili neposrednih starešina vojnih ili policijskih jedinica, diplomatskih i konzularnih predstavništava i uprava zatvora, krivično poporavnih ustanova i vaspitno poporavnih domova. Videti čl. 130, 131. i 132. ZPP.

¹¹ Čl. 126 st. 1 ZPP.

kontinuitetu interesuju za tok postupka i da na njih pada dužnost da prate razvijanje postupka. Jednom obaveštena o parnici, stranka je dužna da se sama brine o tome da bude uredno obaveštena o budućem toku postupka. Međutim, do primene ovog pravila može doći samo ukoliko je ispunjena jedna veoma bitna pretpostavka kada je reč o položaju stranaka u postupku, a to je da stranka prethodno mora biti uredno pozvana, a da se nije odazvala na poziv i da nije opravdala svoje odsustvo.¹² U sudskoj praksi, ovo pravilo dolazi do primene i kada je stranka opravdala svoje odsustvo.

Imajući u vidu subjekte kojima se vrši dostavljanje pismena, a ponekad i specifična svojstva pojedinih adresata, procesni zakoni sasvim opravdano predviđaju razlike u metodu dostavljanja u zavisnosti od toga da li je reč o dostavljanju fizičkim ili dostavljanju pravnim licima. Kada govorimo o dostavljanju fizičkim licima, makedonski procesni režim predviđa dva načina dostavljanja – obično dostavljanje i lično dostavljanje. Sa druge strane, imajući u vidu posebne karakteristike pravnih lica i državnih organa, ZPP predviđa poseban režim dostavljanja pismena ovim subjektima. Nezavisno od vrste pismena koje se dostavlja, dostavljanje pravnim licima i državnim organima vrši se na jedinstven način. To znači da se kod ove vrste dostavljanja pismena ne primenjuju procesna pravila koja uređuju lično dostavljanje.¹³

III. Dostavljanje putem oglasne table suda u parničnom postupku

Samo u pojedinim procesnim situacijama, neposredno dostavljanje pismena ustupa mesto dostavljanju putem oglasne table suda. Reč je o tradicionalnoj, ali po svojoj efikasnosti, posebno sumnjivoj metodi dostavljanja.¹⁴ Čemu dugujemo ovu konstataciju? Upravo zbog nesigurnosti koja karakteriše dostavljanje putem oglašavanja, t.j. ediktalno dostavljanje, kako se inače naziva u procesnoj teoriji. Ovaj način dostavljanja javlja se kao isključivo specifičan način obaveštavanja u parničnom postupku, koji procesni zakon predviđa samo u pojedinim slučajima.

Najčešće, se dostavljanje putem oglasne table suda praktikuje u onim situacijama kada su bez uspeha ostali svi pokušaji dostavljanja preko drugih načina koje normira procesni zakon. Kako bi se usaglasile različiti ciljevi i garancije koje postupak pravne zaštite treba da pruži, sa jedne strane, da se stranci pruži mogućnost da bude blagovremeno upoznata sa sadržinom pismena, putem kojeg se informiše za procesne aktivnosti preduzete od drugih

¹² U suprotnom, ako ne postoji dokaz da je prethodilo dostavljanje koje je bilo uredno izvršeno, sud ne može primeniti ovo pravilo. Tako i A. Janevski, Dostavljanje..., op.cit., str. 45.

¹³ Videti čl. 137. st. 3. ZPP.

¹⁴ S. Triva, M. Dika, op.cit., str. 376.

procesnih subjekata (suda, suprotne stranke ili nekog trećeg lica), a sa druge strane, da se onemogućí stranci da svojim nesavesnim i (zlo)namernim postupanjima izbegava izvršenje urednog dostavljanja i time sprečava normalni i pravilni tok postupka, čime ugrožava ostvarenje pravosudne funkcije, pri normiranju načina dostavljanja pismena u parničnom postupku, zakonodavac se odlučio da uredi i dostavljanje putem oglasne table suda. Kako bi se postiglo balansiranje između različitih ciljeva koje postupak treba da ostvari, u pojedinim procesnim situacijama mora se pribеći i fikciji da je dostavljanje pismena uredno izvršeno. Upravo dostavljanje koje se vrši stavljanjem pismena na oglasnu tablu suda je fiktivno dostavljanje koje je dopušteno samo u isključivim situacijama.

U parničnom postupku Makedonije kao poseban način dostavljanja, ediktalno dostavljanje je predviđeno u nekoliko situacija. Tako:

i. Kada se utvrdi potreba za dostavljanjem, sud je dužan da u periodu od 15 dana napravi dva uzastupna pokušaja kako bi se izvršilo uredno dostavljanje na način predviđen u ZPP. Ukoliko dostavljanje putem jednog od načina koji predviđa ZPP¹⁵ ostane bez uspeha, tada se pismeno objavljuje na oglasnoj tabli suda i sa istekom osam dana od dana njegovog objavljivanja smatra se da je dostavljanje izvršeno.¹⁶ U kontekstu pomenute odredbe koja ediktalno dostavljanje normira kao supsidijarni način dostavljanja, smatramo da je zakonodavac trebao preciznije da formuliše vremenski momenat u toku postupka nastankom kojeg pismena mogu da se dostavljaju putem oglasne table suda. Na primer, daleko bolje bi bilo zakonsko rešenje ukoliko bi bilo predviđeno da se dostavljanje vrši putem objavljivanja na oglasnoj tabli suda ukoliko je ***u toku parnice*** dostavljanje pismena ostalo bez uspeha. Takva formulacija ne bi ostavljala prostor za eventualno široko tumačenje odredbe koja normira ovaj način dostavljanja. Mišljenja smo da ediktalno dostavljanje može da se vrši samo u parničnom postupku koji je u toku, odnosno da je primena ove metode dostavljanja uslovljena prethodnim dostavljanjem tužbe tuženoj strani. Objavljivanje putem oglasne table suda ne može da se primeni ako prethodno tužba nije dostavljena tuženom¹⁷;

ii. Kada je reč o dostavljanju pravnim licima, ediktalno dostavljanje se vrši u slučaju ako dostavljanje ostane bez uspeha i na adresi navedenoj u tužbi i na adresi sedišta pravnog lica koja je upisana u trgovskom registru.¹⁸

¹⁵ Poštom, elektronskim putem, preko službenog lica u sudu, neposredno u sudu, preko notara, izvršitelja ili drugog lica određenog zakonom

¹⁶ Čl. 125 st. 2 ZPP. Ovo rešenje je uvedeno Novelom ZPP iz 2008 godine.

¹⁷ Ovaj stav zauzima i sudska praksa. Videti odluku VSJ, Rev. br. 598/65 – ZSO 1/65-63, citirano prema S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 377.

¹⁸ Čl. 129 st. 3 ZPP. Pomenuta odredba se odnosi na fizička lica ukoliko ista vrše određenu delatnost koja je upisana u trgovski registar, ukoliko se dostavljanje vrši povodom delatnosti

iii. Ако ostane bez uspeha dostavljanje fizičkim licima putem preporučene pošiljke na adresi zapisanoj u ličnoj karti, dostavljanje se vrši putem objave pismena na oglasnu tablu suda.¹⁹

iv. Ако dođe do promene adrese, u slučaju da stranka ili njen zakonski zastupnik do pravosilnog okončanja postupka promene svoje prebivalište ili boravište, a o tome ne obaveste sud, sva dalja dostavljanja u postupku toj stranci vršiće se isticanjem pismena na oglasnu tablu suda.²⁰

Iz gore pomenutih zakonskih odredaba možemo zaključiti da se ediktalno dostavljanje vrši samo u dva slučaja. Prvi je slučaj tzv. bezuspešnog dostavljanja, a drugi slučaj fiktivnog dostavljanja tiče se promene adrese.

Ediktalno dostavljanje smatra se izvršenim istekom osam dana od dana isticanja pismena na oglasnu tablu suda. Pre isteka roka od osam dana, u postupku ne mogu da se preduzimaju nikakve procesne radnje.

Procesni zakon normira još dva slučaja gde se vrši objava na oglasnu tablu suda. Reč je o procesnoj situaciji kada se javlja potreba u toku postupka da se tuženoj strani naznači privremeni zastupnik. U slučaju da je prebivalište ili boravište tuženog nepoznato, a tuženi nema svog punomoćnika ili ako se tuženi ili njegov zakonski zastupnik, koji nemaju svog punomoćnika u Republici Makedoniji, nalaze u inostranstvu, a postoji opasnost da se dostavljanje odugovlači, a pritom postoji opasnost da nastanu štetne posledice za jednu ili obe stranke, sud će tuženome naznačiti privremenog zastupnika.²¹ Pri naznačavanju privremenog zastupnika, sud je dužan da izda oglas koji će da objavi u službenom glasniku („Службен Весник на Република Македонија“) i na oglasnoj tabli suda.²²

U obe situacije nije reč o klasičnom ediktalnom dostavljanju pismena u parničnom postupku, već o incidentalnom slučaju objavljivanja pismena na oglasnu tablu suda čiji je cilj da se tuženi obavesti da je u konkretnom parničnom postupku sud naznačio lice koje će u njegovoj odsutnosti zastupati njegova prava i interese. Upravo zbog toga, sud je dužan da u oglasu navede da će privremeni zastupnik zastupati tuženog u postupku sve dok se tuženi ili

koju vrše. Videti čl. 129 st. 4 ZPP. Novelom ZPP iz 2010 godine predviđeno je da osim objavljivanja na oglasnoj tabli suda, pismeno bude objavljeno i na web strani suda. Videti čl. 30 ZIDZPP 2010.

¹⁹ Čl. 128 st. 5 ZPP. Pored objavljivanja na oglasnoj tabli suda, pismeno se objavljuje i na web strani suda.

²⁰ Čl. 140 st. 2 ZPP. Slično rešenje sadrži i srpski ZPP. Videti čl. 144 ZPP Srbije.

²¹ Čl. 76 st. 2, t. 4 i 5 u vezi sa st. 1 istog člana ZPP.

²² Čl. 77 st. 1 ZPP.

njegov punomoćnik ne pojavi pred sudom, odnosno dok Centar za socijalni rad ne obavesti sud da je naznačio staratelja.²³

a) Ediktalno dostavljanje i metod ličnog dostavljanja

Kada je reč o pismenima kojima se pridaje poseban značaj u postupku, procesni zakon, sa ciljem da pruži dovoljno garancija da pismeno stigne u ruke adresata, normira posebni režim dostavljanja – lično dostavljanje. Uglavnom, prema pravilima o ličnom dostavljanju dostavljaju se pismena preko kojih se stranka po prvi put upoznaje sa parnicom, iniciranjem postupka u višoj instanci, odlukama protiv kojih ima pravo na pravni lek u vremenski limitiranom roku i sl. Tako, ZPP predviđa da se tužba, platni nalog, vanredni pravni lek, presuda, rešenje doneto u postupku u parnicama zbog smetanja državnine i rešenje protiv kojeg je dopuštena posebna žalba dostavlja lično stranci odnosno njenom zakonskom zastupniku odnosno punomoćniku.²⁴ Osim pomenutih pismena, ZPP predviđa mogućnost da se i druga pismena u postupku podvrgnu režimu ličnog dostavljanja. Druga pismena podležu režimu ličnog dostavljanja u dva slučaja: kada ZPP to izrično predviđa (na pr. poziv za ročište na kojem će se izvoditi dokaz saslušanjem stranaka dostavlja se lično stranci, odnosno licu koje će se saslušati – čl. 253. st. 1. ZPP) ili kada sud smatra da je potrebna veća opreznost zbog priloženih isprava u originalu ili iz nekog drugog razloga. Institut ličnog dostavljanja primenjuje se kada se dostavljanje vrši fizičkim licima.²⁵

²³ Čl. 78 st. 2 ZPP. Oglas treba da sadrži: označavanje suda koji je naznačio privremenog zastupnika, zakonski osnov, ime tuženoga kome se naznačava zastupnik, predmet spora, ime privremenog zastupnika i njegovo zanimanje i boravište i predupređenje da će zastupnik zastupati tuženoga sve dok se isti ne pojavi pred sudom odnosno dok Centar za socijalni rad ne obavesti sud da je naznačio staratelja.

²⁴ Prema odredbama ZPP dostavljanje se smatra urednim ako su pismena dostavljena zakonskom zastupniku, odnosno punomoćniku, a ne neposredno stranci. Ako je punomoćnik stranke advokat, dostavljanje se može izvršiti i predavanjem pismena licu koje izvršava bilo kakve poslove u advokatskoj kancelariji (čl. 134 ZPP). Kada stranka ima zakonskog zastupnika odnosno punomoćnika dostavljanje se vrši zakonskom zastupniku odnosno punomoćniku ako u ZPP nije predviđeno nešto drugo (čl. 133. st. 1. ZPP). Ako stranka ima više zakonskih zastupnika, odnosno punomoćnika dovoljno je da se dostavljanje izvrši jednom od njih (čl. 133. st. 2. ZPP). Kada punomoćnik do dostavljanja drugostepene odluke kojom se pravnosnažno završava postupak promeni svoje prebivalište odnosno boravište, a o tome ne obavesti sud, dostavljanje se vrši kao da nije ni naznačen punomoćnik (čl. 140. st. 4. ZPP). Povodom ovog procesnog pitanja upućujemo na sledeće sentence iz sudske prakse.

²⁵ Novelom ZPP iz 2010. izričito je predviđeno da se pravila o ličnom dostavljanju primenjuju samo na fizička lica. Videti čl. 32. ZIDZPP 2010. Smatramo da je ova dopuna

Mišljenja smo da posebno prva dostava, odnosno dostavljanje pismena kojim se tuženi obaveštava o postojanju parnice uopšte, odnosno dostavljanje kojim se određeno lice po prvi put informiše o parničnom postupku povelanom protiv njega, kako tuženo lice, kako i dostavljanje pismena na koja se odnosi vremenski ograničeno pravo na pravni lek, ne može da se smatra za urednim ukoliko se vrši putem objave na oglasnoj tabli suda.

Ne može da postoji parnica ukoliko ne postoji potvrda da je tužba lično bila uručena tuženom, njegovom punomoćniku ili zakonskom zastupniku. Tuženi, u najmanju ruku mora da zna da postoji parnični postupak u kome se on javlja kao tužena strana.²⁶ Ako određena osoba nije upoznata sa činjenicom da protiv nje postoji tužba, odnosno da se ista javlja kao tužena strana u konkretnoj parnici, to samo po sebi znači da je narušeno fundamentalno načelo parničnog postupka, načelo saslušanja stranaka.

Po ovom pitanju, iz sudske prakse makedonskih sudova beležimo suprotan stav. U jednoj odluci Vrhovnog suda Republike Makedonije navodi se da se smatra urednim dostavljanje presude stranci putem oglasne table suda, kada je stranka nakon podnetog odgovora na tužbu otišla u inostranstvo, a pritom nije obavestila sud o promeni adrese.²⁷

Ne bi mogli da prihvatimo kao ispravan stav sudske prakse povodom ovog procesnog pitanja, imajući u vidu da je u konkretnom slučaju sud pogrešno protumačio odredbe procesnog zakona da se i pismena koja se dostavljaju putem ličnog dostavljanja mogu dostavljati putem oglasne table suda i praktično prihvatio stav da je dostavljanje putem oglasne table suda isto što i lično dostavljanje. U konkretnom slučaju sud je pogrešno primenio i interpretirao odredbe ZPP o dostavljanju pismena u situaciji promene adrese na način što je zauzeo stav da je uredno izvršena dostava pismena sa kojim se okončava prvostepeni postupak (**presuda**) ako je to pismeno objavljeno na oglasnu tablu suda, imajući u vidu da je prethodno tuženom uredno dostavljena tužba i da je u toku postupka tuženi promenio adresu stanovanja, a pritom o toj okolnosti nije obavestio sud. Ako pretpostavimo da je sud putem oglasne table suda dostavio određeno pismo za koje procesni zakon ne predviđa režim ličnog dostavljanja, sud ne bi povredio procesni zakon. Međutim, kada je reč o **tužbi, odluci sa kojom se meritorno okončava parnični postupak** (presuda ili rešenje o smetanju državnine), **pravnom leku, platnom nalogu ili rešenju protiv kojeg je dopuštena posebna žalba**, u tom slučaju nikako ne može da se prihvati kao ispravan stav da je dostavljanje uredno i pravilno izvršeno.

sasvim ispravna budući da se sa njom uklanjaju sve dileme oko toga da li se i kod dostavljanja pravnim licima i državnim organima primenjuju pravila o ličnom dostavljanju.

²⁶ Tako i M. Sesar, Dostavljanje oglasnom pločom suda u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 43, 2-2006, str. 44.

²⁷ Videti rešenje Vrhovnog suda R. Makedonije, Rev. бр. 574/2000 од 22.09.2000 године.

U konkretnom slučaju, sud bi ispravno postupio ako bi tuženoj strani naznačio privremenog zastupnika. Čl. 76 ZPP uređuje pitanje naznačavanja privremenog zastupnika tuženoj strani u toku postupka pred prvostepenim sudom. Zakon predviđa da će se privremeni zastupnik naznačiti tuženom ili njegovom zakonskom zastupniku, koji nemaju punomoćnika, ako se oni nalaze u inostranstvu, a postoji opasnost da se dostavljanje odugovlači.²⁸ Međutim, pri donošenju svoje odluke, sud je imao u vidu čl 134 ZPP iz 1998 godina (čl. 140 sadašnjeg ZPP) koji uređuje dostavljanje putem oglasne table suda u slučaju da su stranke promenile svoje prebivalište ili boravište a o tome nistu obavestile sud. Potenciramo da bi ova odredba mogla da se primeni, ali samo za pismena koja se nedostavljaju prema pravilima ličnog dostavljanja, a presuda svakako ne ulazi u tu grupu pismena.

b) Anomalije ediktalnog dostavljanja

Po svojoj prirodi, dostavljanje putem oglašavanja pretstavlja fikciju da je dostava uredno izvršena po isteku roka od 8 dana nakon što je pismeno istaknuto na oglasnu tablu suda. Imajući u vidu da se radi o *fiktovnom dostavljanju*, gde se polazi od pretpostavke da je dostava uredno izvršena ako su preduzeti svi koraci koje zakon propisuje, sa jedne strane, i imajući u vidu da se pismeno dostavlja na način što se objavljuje na *oglasnoj tabli* suda, na mestu koje je javno dostupno i uobičajeno neobezbeđeno, sa druge strane, možemo da ukažemo na nekoliko stvari, koje se javljaju kao nedostatak, odnosno anomalija ediktalnog dostavljanja,

U tom kontekstu, primarno navodimo mogućnost zloupotrebe ovog načina dostavljanja. Zloupotrebu može počinuti suprotna stranka ili neko treće lice, sudski službenik na primer, ili slučajan zlonamerni prolaznik, na način što će skinuti pismeno sa oglasne table suda. Samim uklanjanjem pismena, smatraće se da je dostava uredno izvršena, a pritom da ostane zauvek nepoznato ko i kada je skinuo pismeno sa oglasne table suda. Štetne posledice u ovom slučaju trpiće stranka kojoj je pismeno bilo namenjeno (po pravilu tuženi). Dalje, imajući u vidu sudsku praksu da se dostavljanje tužbe ili presude vrši na oglasnu tablu suda, što znači da tužena strana uopšte nije upoznata da se protiv nje vodi postupak ili da je osuđena na neku prestaciju, stvara se pravna nesigurnost građana uopšte, i krše se fundamentalne procesne garancije stranaka u postupku. Pravni položaj tužene strane kade se dostavljanje tužbe ili

²⁸ Čl. 76 st. 2 t. 5. U ranijem ZPP iz 1998 godine, ova odredba je glasila da će sud naznačiti privremenog zastupnika ako se tuženi ili njegov zakonski zastupnik, koji nemaju punomoćnika, nalaze u inostranstvu, a dostavljanje ne može da se izvrši (čl. 78 st. 2 t. 5 ZPP 1998).

presude (posebno presude donete u korist tužitelja) vrši objavljivanjem na oglasnu tablu suda je posebno težak i nezavidan.

Imajući u vidu nedostatke ovog načina dostavljanja, koji mogu da se jave u formi mogućih procesnih zloupotreba i abuzivnih taktika i stvaranja pravne nesigurnosti, dostavljanje putem objave na oglasnoj tabli suda javlja se kao posebno nesiguran i sumnjiv način dostavljanja. Nekoliko argumenata idu u prilog ovom zapažanju.

Prvo, prema momentalnom stanju stvari u sudovima, oglasne table ne daju nikakvu garanciju da će pismena koja su istaknuta na oglasnoj tabli ostati tamo onoliko vremena koliko je to zakonom predviđeno. Ova činjenica ukazuje da dostavljanje putem objave otvara mogućnost za mnoge zloupotrebe. Tako, pismeno koje se nalazi na oglasnoj tabli suda može biti uklonjeno odmah nakon objavljivanja ili sve dok traje rok od osam dana od dana faktičkog postavljanja pismena na oglasnoj tabli ili nakon isteka predviđenog roka. U tom kontekstu navodimo nekoliko mogućih situacija: suprotna stranka može da ukloni objavljeno pismeno sa oglasne table suda, na primer prvog dana kada je pismeno postavljeno i ponovo da ga vrati na oglasnu tablu poslednji dan pre isteka roka. Sa jedne strane, to znači da stranka kojoj je bilo upućeno pismeno i zbog koje se isto objavilo na oglasnoj tabli uopšte nije imala realnu mogućnost da sazna i da se upozna sa predmetnim pismenom, a sa druge strane, procesni zakon, u tom slučaju, nakon proteka roka, pretpostavlja da je dostavljanje uredno izvršeno. Upravo zbog toga, primena ediktalnog dostavljanja treba da bude svedena na najmanju moguću meru. Tako, na primer u pojedinim državama u nijednom stadijumu ili fazi parničnog postupka nije predviđeno dostavljanje putem oglasne table suda. Primera radi, u nemačkom i austrijskom procesnom zakonodavstvu nije normiran ovaj način dostavljanja.²⁹

Drugo, mišljenja smo da u procesnim sistemima koji uređuju ediktalno dostavljanje, kao što je to slučaj sa makedonskim i srpskim parničnim postupkom, dostavljanje putem objavljivanja na oglasnoj tabli suda treba da se koristi samo u isključivim situacijama i vrlo oprezno. Takav način dostavljanja treba da bude dopušten samo za pismena koja se dostavljaju *u toku* parnice i samo za ona pismena za koja nije zakonom predviđeno da je sud dužan da ih dostavi putem ličnog dostavljanja. Jer, ediktalno dostavljanje ne može da se tumači kao supstitucija za lično dostavljanje. Nedopušteno je da se smatra urednim dostavljanje putem objavljivanja na oglasnoj tabli suda ako je reč o dostavljanju pismena koja po svojoj prirodi imaju posebno težinu i značenje za obe stranke u postupku. Imajući u vidu fundamentalne procesne garancije kao što je pravo stranke na informaciju i pravo stranke da bude saslušana u postupku, u situaciji kada se vrši dostavljanje podneska sa kojim počinje

²⁹ Videti čl. 166 - 213 nemačkog ZPO i čl. 106 austrijskog ZPO.

postupak (tužba u parničnom postupku), lično dostavljanje ne sme da se identifikuje sa ediktalnim dostavljanjem i da se ediktalno dostavljanje smatra kao dopunski način ako je bez uspeha ostao pokušaj ličnog dostavljanja.

IV. Zaključna razmatranja

Obaveštenje odnosno informisanje stranke o aktivnostima u postupku javlja se kao preduslov efektivne realizacije njenog prava da bude saslušana u postupku. Stranka ne može da koristi svoje pravo da bude saslušana u postupku ako joj prethodno nije bilo omogućeno da se upozna odnosno da sazna o svim procesnim radnjama o kojima ima pravo da se izjasni odnosno da izrazi svoj stav. Upravo zbog toga, pravo stranke na informaciju je nužni preduslov za efikasno ostvarivanje prava na saslušanje. Najvažniji procesni institut kojim se obezbeđuje tzv. pravo na informaciju je dostavljanje. Iz toga razloga, od neposrednog značaja za uspešnu realizaciju načela saslušanja stranaka je i problematika dostavljanja. Nesporna je činjenica da se dostavljanje javlja kao jedan od instituta parničnog postupka koji je najčešća meta mogućih zloupotreba od strane stranaka u postupku. Već duže vremena dostavljanje je identifikovano kao jedan od razloga koji uzrokuju odugovlačenje postupka i onemogućavaju brzo i efikasno odlučivanje. Upravo zbog toga, sve aktuelnije su tendencije pojedinih procesnih sistema za uvođenjem strožijeg režima dostavljanja koji bi trebalo da doprinese da postupak bude ekspeditivniji.

Dostavljanje putem oglasne table suda u parničnom postupku Republike Makedonije izaziva niz problema i posebno teške posledice za stranke u parničnom postupku, a to posebno ukazujemo na procesni položaj tužene strane. Budući da se ediktalno dostavljanje javlja kao jedan od najnesigurnijih i najsumljivijih metoda dostavljanja, dostavljanje putem oglasne table suda, u određenim situacijama može da ugrozi pravo stranke da bude saslušana u postupku. U tom kontekstu, kao isključivo neprihvatljivu smatramo sudsku praksu koja u velikom broju slučajeva kada je predviđeno dostavljanje pismena putem metode ličnog dostavljanja, dostavljanje putem oglasne table suda izjednačava sa ličnim dostavljanjem. To je posebno ustaljena praksa pri dostavljanju tužbe ili dostavljanju presude. Pismena kojima se inicira parnični postupak i pismena koja su vezana za određeni protek vremena moraju prema odredbama ZPP biti dostavljena lično, pa prema toma smatramo za nedopuštenim da se lično dostavljanje u pojedinim situacijama nadoknađava sa dostavljanjem putem oglasne table suda. Ne može da se prihvati kao uredno dostavljanje sa objavom na oglasnoj tabli suda ako pismeno, predmet dostavljanja, je podnesak kojim se inicira postupak i putem kojeg, lice protiv kojeg je poveden postupak po prvi put saznaje da ima svojstvo tuženog u konkretnoj parnici, ili dostavljanje meritorne odluke, posebno one koja po sadržaju pravne zaštite ide u korist tužioca, a na štetu tužene strane.

Arsen Janevski, LLD
Full Professor
Milka Rakočević, LLM
Assistant

***SERVICE OF PROCESS BY THE COURT BULLETIN BOARD
IN CIVIL LITIGATION***

Summary

The service of process is defined as an activity of the competent authorities and persons which is aiming to provide the addressees an opportunity to find out the content of the documents that are being delivered to them. Service of process should be conducted in a manner that is regulated by the procedural act. In macedonian civil procedure the service of process is performed in several ways: by ordinary mail, directly in the court, by a court official, electronically, by a notary public or enforcement agent. In addition to the above-mentioned ways of service of documents, the procedural act provides another, supplementary way of service of process – the service of process by delivering the document on the court bulletin board. This is a very specific method of service of process in civil litigation. Mainly, the subject of interest in this paper will be this method of service of process. Emphasis will be placed on the following questions: what is the essence of this method of delivery, the need for its legal regulation, the specific issues that characterize this method of delivery and the issue of certain difficulties and practical problems caused by this method of service of process in the civil litigation.

Др Братислав Милановић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

УТИЦАЈ ММФ-А НА МЕЂУНАРОДНУ ТРГОВИНУ КРОЗ СИСТЕМ СТО

Апстракт:

Поред Светске Банке, Међународни монетарни фонд и Светска трговинска организација чине врх међународне економске архитектуре. Иако се према циљевима оснивања и пољу деловања ових мултилатералних институција може направити јасна дистинкција између њих, ипак постоје одређене проблематичне ситуације за чије решавање је неопходно консултовати правна правила обе организације. Међутим, нужна конвергенција Међународног монетарног фонда и Светске трговинске организације још увек није добила потпуну правну конкретизацију оличену у мериторним одлукама, било међународних сталних или изабраних судова, било органа за решавање спорова СТО. Разлоге за то треба тражити у врло малом броју конкретних правних норми које уређују правни однос ових двеју институција, као и у недостатку међународног споразума који би на прецизнији начин одредио права и обавезе у међусобним односима. Тренутно важећи споразум између ММФ-а и СТО је претежно техничког карактера и недовољно је прилагођен развоју светског трговинског система.

Главни камен спотицања конструктивне сарадње ових институција оличен је у областима монетарних резерви, платног биланса и девизних аранжмана. Као још једна потенцијална „кризна“ област међусобне сарадње јављају се и тзв. специјални девизни аранжмани, закључени између одређене државе или царинске територије, као чланица Светске трговинске организације, а које истовремено нису и чланице ММФ-а. Како наша земља није чланица Светске трговинске организације, интересатно је испитати и утицај ММФ-а на Републику Србију у процесу приступања СТО, као ново поље истраживања међусобних односа ове две организације.

Кључне речи: *Међународни монетарни фонд, Светска трговинска организација, платни биланс, специјални девизни аранжмани, ГАТТ споразум.*

1. Увод

Оснивањем Светске трговинске организације (СТО) заокружен је процес формирања међународне економске архитектуре, започет давне 1944. године у Бретон Вудсу. Поред поменуте институције, врх међународне економије чине Међународни монетарни фонд (ММФ) и Светска банка. Све три организације деле исти циљ који се огледа у *балансираном унапређењу међународне трговине робом и услугама*. ММФ је фокусиран на поља макроекономске политике и равнотеже платног биланса,¹ Светска банка на дугорочни привредни развој, док је област деловања СТО оличена у мултилатералној трговинској либерализацији. Испуњење овако широко постављеног циља захтева неопходну сарадњу ових институција.

Током развоја, ове међународне организације претрпеле су доста трансформација. ММФ је, свакако, институција чије су историјске и практичне промене имале значајног одраза на његове циљеве и механизме. Према неким мишљењима, фундаменталне промене ММФ-а називају се „тихом револуцијом“ (*Silent Revolution*).²

Ове промене имале су утицај не само на ММФ, већ на цео Бретонвудски систем сарадње, јер је Фонд постепено мењао своју стабилизирајућу функцију од строге контроле девизног курса, до система надзора (*surveillance system*), фокусираног на равнотежу платног биланса кроз финансијску помоћ земљама чланицама.³ Фонд сада има другачију улогу у међународном економском систему, која се огледа у гарантовању равнотеже платног биланса, кроз систем слободно флукутирајућег девизног курса. На овај начин, дакле, Фонд више нема ауторитет да одреди вредности размене девизних курсева. Како је надлежност Фонда на овај начин лимитирана, условљеност (*conditionality*), као посебан вид утицаја у савременим условима, покрива много шири простор економских

¹ Међународни монетарни фонд је главна међународна институција која регулише међународни монетарни систем, а чија се одговорност и надлежност односи на платни биланс држава чланица и стабилност њихових валута. Почетни оквир деловања ове институције, који се односи на управљање глобалном макроекономском политиком, са посебним системом правила у вези фиксног девизног курса, имплементирао је две примарне функције Фонда: спровођење истраживања и пружање савета у вези макроекономске политике (углавном мање развијеним државама), као и позајмице државама чланицама у временима платно-билансне кризе.

² Boughton, James. M.: *Silent revolution: the International Monetary Fund, 1979–1989*, IMF, 2001. стр. 1111.

³ Thorstensen, V., Ramos, D., Muller, C.: *The ‘Missing Link’ Between the WTO and the IMF*, Journal of International Economic Law, Oxford Journals, 2013, стр. 7.

и финансијских политика које се могу прошити на либерализацију трговинских мера. Стандард условљавања за наставак примања новчане помоћи од стране Фонда захтева од држава да се уздрже од увођења или интензивирања увозних ограничења из платно-билансних разлога.

Прерастањем ГАТТ-а у Светску трговинску организацију, креирана је институција са посебним правним субјективитетом. Државе или други ентитети који су прихватили СТО споразуме (*WTO Agreements*), по аутоматизму су постале чланице ове међународне организације. Као и ММФ, СТО сада има статус правног лица, али се ове две институције разликују у одређеним асиметријама правног карактера.⁴ Најбитнија разлика је у природи обавеза ове две организације, која је резултат различитог приступа реализовању основних циљева ових институција. Реципрочна природа трговинских обавеза, насталих у време ГАТТ споразума, карактеристика је система СТО.⁵ Међутим, било која мера предузета као део условљавања ММФ-а или мера општег прилагођавања, мора бити у складу са релевантним одредбама система СТО. Заправо, модел условљавања ММФ-а ретко је предвиђао имплементацију мера трговинске политике које су супротне споразумима СТО.⁶

Земља, која је у програму финансирања од ММФ-а, обично предузима три врсте реформи политике прилагођавања, од којих су неке посебно карактеристичне за условљавање Фонда: мере финансијског и мере корпоративног реструктурирања, као и мере економске либерализације (нарочито везане за девизни курс и трговину).

Иако је област кооперације ових институција доста широка, предмет овог рада представља начин сарадње СТО и ММФ-а у граничној области ових двеју институција, етаблиран у областима монетарних резерви, платном билансу и девизним аранжманима, као и у посебно специфичној области, специјалним девизним аранжманима.

⁴ Правно гледано, СТО има надлежност над трговинским ограничењима, док ММФ има надлежност над девизним мерама. Обавезе и правила СТО представљају лимите максималног коришћења трговинске заштите и коришћења других политика заштите.

⁵ Сво време ГАТТ је на много начина деловао као права међународна организација, међутим он је ипак био специфичан међународни уговор, према чијим одредбама су стране уговорнице преузимале међусобне обавезе.

⁶ Ahn, D.: *WTO disciplines under the IMF program: Congruence or conflict*, WTO and East Asia: New Perspectives (Mitsuo Matsushita and Dukgeun Ahn, eds.), (London, Cameron May Publishers, 2004), Chapter 2, стр. 14.

2. Правне основе сарадње ММФ-а и СТО

Институционална сарадња између ММФ-а и СТО датира још из времена Општег споразума о царини и трговини (ГАТТ споразум).⁷

Ипак, однос између ове две организације није правно-економски у потпуности функционалан, јер је дао повода настанку правних проблема у међународним економским односима, нарочито током периода финансијских турбуленција, какве су била криза 70-их година, азијска финансијска криза из 1997. године, а нарочито у условима савремене глобалне економске кризе.

Како је ММФ основан много пре СТО, правни основ потенцијалне сарадње између ове две институције налази се у члану X Статута Фонда (*Articles of Agreement*), који упућује Фонд на сарадњу са било којом међународном организацијом општег типа и јавним међународним организацијама које имају посебне одговорности у финансијско-трговинским областима. Из самог текста ове одредбе види се да не постоји конкретно упућивање на било који начин сарадње Фонда са ГАТТ-ом.⁸

Основна веза између ММФ-а и мултилатералног трговинског споразума успостављена је чланом XV:2 ГАТТ. Повезаност се огледа у случајевима у којима су уговорне стране позване да се суоче или реше проблеме везане за монетарне резерве, платне билансе или девизне аранжмане. Када дође до ове ситуације, уговорне стране би „требале“ консултовати ММФ. Путем ових консултација, уговорне стране *требају* прихватити све статистичке и друге чињенице које Фонд презентује, везане за поменуте проблеме, као и одлуку Фонда да ли је предузимање одређене акције уговорне стране, у материји девизних питања, у сагласности са Статутом Фонда, или са условима специјалног девизног аранжмана.⁹ На овај начин, када држава покуша да уведе увозна

⁷ Историјски развој односа ових институција видети у: Ahn, D.: *Linkages between International Financial and Trade Institutions: IMF, World Bank and WTO*, Journal of World Trade, 2000, стр. 4-13.

⁸ ГАТТ је био мултилатерални трговински споразум, а не међународна организација са својством правног лица. Због тога су мултилатералне одлуке у овом систему доношене заједничком одлуком *уговорних страна*, а не од стране било ког овлашћеног тела.

⁹ Израз „специјални девизни аранжман“ се односи на ситуацију када страна уговорница ГАТТ-а није чланица ММФ-а. Од те уговорне стране се тражи да ступи у такав аранжман, како би поновила обавезе које се тичу избегавања увођења девизних ограничења, која су истоветна са обавезама земаља чланица Фонда.

ограничења, позивањем на одређене одредбе ГАТТ-а,¹⁰ ради заштите платног биланса, ММФ може одиграти битну улогу у процени да ли су те увозне мере оправдане под датом платно-билансном ситуацијом.

Члан XV ГАТТ је камен темељац односа између ММФ-а и СТО, нарочито у питањима која се тичу трговине робом, јер конструише и *принцип консултација СТО са Фондом*, као и обим и ефекте таквих консултација. Захтев за консултацијама из члана XV:2 је „једностран“, не само зато што нема одговарајућег услова у испуњењу таквих обавеза од стране Фонда, већ и зато што, сам по себи, не обавезује Фонд да одговори на такав захтев. Према томе, ни ГАТТ, ни СТО споразум не обавезује Фонд да одговори по питању оваквог захтева.¹¹

Општи споразум о трговини услугама (ГАТС), као Анекс 1В Споразума о оснивању СТО, садржи неколико одредаба које регулишу однос између СТО и ММФ-а (чланови XI и XII ГАТС-а). ГАТС споразум забрањује чланицама СТО примену ограничења на било које капиталне трансакције, осим у случају потребе заштите њиховог платног биланса, али искључиво на захтев Фонда. Ове одредбе су скоро идентичне члану XV:2 ГАТТ-а у вези са применом мера заштите платног биланса.

Оснивањем СТО, координација између ове две институције, уграђена у одредбама ГАТТ споразума, остала је непромењена, али су чланице СТО отишле даље, усвајањем одлуке о повезивању ММФ-а и СТО (*Decision on the Relationship of the World Trade Organization with the International Monetary Fund*), као и декларације која позива на већу кохерентност у креирању глобалне економске политике (*Declaration on the Contribution of the World Trade Organization in Global Economic Policymaking*).¹² Након тога, институционална веза између ове две организације формализована је кроз споразум ове две институције (*Agreement between the International Monetary Fund and the World Trade*

¹⁰ Мисли се, конкретно, на одредбе чланова XII и XVIII:В, који се односе на мере заштите платног биланса и мере државне помоћи економском развоју.

¹¹ Siegel, D.E.: *Legal aspects of the IMF/WTO relationship: the Fund Articles of Agreement and the WTO Agreements*, The American Journal of International Law, Vol. 96:561, 2002, стр. 572.

¹² Прва одлука се односи на наставак повезаности између СТО и ММФ-а према претходним одредбама и установљеној пракси између уговорних страна ГАТТ споразума и ММФ-а, уз поштовање одредаба ГАТТ 1994, док се другом одлуком СТО усмерава на даљу сарадњу са међународним организацијама одговорним за монетарна и финансијска питања, посебно Светском банком и ММФ-ом, у циљу постизања веће кохерентности у креирању глобалне економске политике.

Organization).¹³ Садржај овог споразума у суштини предвиђа одобравање статуса посматрача секретаријатима или другим органима ових институција у ММФ-у, односно СТО, као и консултације истих органа поводом питања од заједничког интереса, која су у основи везана за међународну трговинску политику.

Споразум о оснивању СТО (*Agreement Establishing the World Trade Organization*) садржи и обавезу Светске трговинске организације да сарађује са другим међународним организацијама. Носилац одговорности за ову активност је Генерални Савет, чија је обавеза да обезбеди ефикасну кооперацију са другим међународним организацијама, чије су надлежности повезане са надлежностима СТО. Члан III:5 Споразума о оснивању СТО само упућује на значај сарадње Светске трговинске организације са Међународним монетарним фондом и Међународном банком за обнову и развој (Светском банком), без прецизне конкретизације.

Иако се сматра да је оснивањем СТО престао да важи ГАТТ споразум, његове материјалне одредбе (а и неке процедуралне) и даље су на снази преко споразума ГАТТ 1994, као део Анекса 1А Споразума о оснивању СТО. На овај начин, главна правна „веза“ између ове две институције, која садржи одређене материјалне одредбе, остаје члан XV ГАТТ-а, чија конкретизација кроз механизам решавања спорова у СТО следи у наредним излагањима.

3. Имплементација правила ММФ-а у систем СТО

Како је раније истакнуто, једна од суштинских разлика између Међународног монетарног фонда и Светске трговинске организације произилази из асиметрије обавеза чланица ових институција. Када је реч о ММФ-у, треба истаћи да државе чланице ове организације немају директних обавеза једне према другима, већ само према Фонду. У случају СТО важи обрнуто правило. Чланице СТО имају директне обавезе једне према другима, а њихово кршење санкционисано је од стране Органа за решавање спорова (*Dispute Settlement Body - DSB*),¹⁴ као посебног тела Светске трговинске организације. Механизам решавања спорова у оквиру СТО споразума заснован је, преваходно, на Договору о правилима и процедурама за решавање спорова (*Dispute Settlement Understanding -*

¹³ Споразум је одобрен од стране Генералног Савета СТО 13. новембра 1996.

¹⁴ Решавање спорова у оквиру СТО реализује се кроз три институције: а) орган за решавање спорова (DSB); б) панеле; и в) апелационо тело. Улогу DSB има Генерални Савет СТО, који поставља чланове панела и апелационих тела.

DSU), садржаном у Анексу 2 Споразума о оснивању СТО.¹⁵

Међузависност и сарадња ове две међународне институције конкретизована је управо у одлукама DSB-а, тако што су отворена многа питања, од чијег решавања и зависи даљи развој сарадње и међусобни утицај ММФ-а и СТО.

У једном од првих случајевима које је решавао DSB, везаним за однос СТО и ММФ-а, *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items (Argentina-Textiles)*,¹⁶ покренут је велики број питања везаних, како за правни, тако и за економски аспект сарадње ових институција. Наиме, Сједињене Америчке Државе (САД) су захтевале преиспитивање оправданости увођења тропроцентног *ad valorem* пореза од стране Аргентине на све врсте увоза, осим од стране MERCOSUR земаља. Аргентина је тврдила да је тај порез део пакета фискалних обавеза који је она преузела у споразуму са ММФ-ом и да, због тога, та мера не потпада под оквир могућег билатералног спора. Другим речима, Аргентина је покренула питање *конфликта укритене надлежности*, тј. ситуације у којој континуирана имплементација ММФ-ових обавеза може довести до несагласности са обавезама преузетим СТО споразумима.¹⁷ Аргументи Аргентине кретали су се од напомене да је Фонд захтевао ту меру као услов за примање средстава, наводећи да је Фонд експлицитно подржао ту меру и сугеришући да Фонд имплицитно захтева мере као што је ова у програму фискалних циљева. Суштина ове аргументације је била да та мера представља конститутивни део обавеза према Фонду (односно условљавања Фонда) и да због тога треба бити дозвољена под ГАТТ споразумом, како би се избегао сукоб између ових двеју институција (Аргентина је цитирала члан XV ГАТТ-а, Споразум између СТО и ММФ-а, као и две министарске декларације о кооперацији и кохерентности у креирању глобалне економске политике, које су укључене у СТО споразуме).

Панел је утврдио да се члан XV ГАТТ-а не проширује на увозне таксе које је Аргентина увела док је примала новчану помоћ од стране Фонда, као и то да условљавање Фонда или мере прилагођавања нису укључени у обим поменутог члана.

Аргентина је навела да Панел није успео да консултује ММФ и да је због тога прекршио обавезе из члана 11. DSU, које обавезују на објективну процену. У одговору на овај аргумент, апелационо тело

¹⁵ Више о решавању спорова у оквиру Светске трговинске организације видети у Цветковић, П.: *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 12-28.

¹⁶ Одлуке панела и апелационог тела видети на адреси http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_06_e.htm#article15

¹⁷ Ahn, D.: *op.cit.*, стр. 20.

(*Appellate Body*) је нагласило да се једина одлука која садржи такав захтев за консултацијама налази у члану XV:2 ГАТТ-а, као и да текст тог члана не помиње додатне наплате или статистички *ad valorem* порез од 3%, како је тврдила Аргентина. Апелационо тело је раздвојило овај захтев за консултацијама од права панела да тражи информације и техничке савете од било ког лица или тела, из члана 13.1. DSU. Према апелационом телу, услови под којима панел може захтевати консултације са ММФ-ом су ограничени на питања монетарних резерви, платног биланса или девизних аранжмана. За питања која излазе из оквира ове три категорије, одлука о консултовању ММФ-а је у дискрецији панела.¹⁸ Због тога је донешена одлука о укидању ове мере, уведене од страна Аргентине.

Специфичност овог случаја је у томе што је панел, могућност да консултује ММФ, декларисао као *дискреционо право*, а не као обавезу и на тај начин није дозволио никакво мешање правних правила Фонда са обавезама чланица преузетим СТО споразумима. Друга карактеристика овог случаја односи се на изузетке од СТО споразума у примени одређених економских политика земље чланице, док прима финансијску помоћ од Фонда.¹⁹ Економисти Фонда објаснили су да је статистички порез наметнут на увоз, уведен од стране аргентинске владе у марту 1995. године, био део свеобухватног фискалног пакета „затезања“, као одговор на Мексичку кризу. У свом *писму о намерама* Фонду, Аргентина је увођење „привременог намета“ правдала статистичком сврхом. То није био услов у оквиру Фондовог програма подршке (*Fund supported program*) и та мера је елиминисана. У сваком случају, док се разликовање између општег програма и Фондовог условљавања решава у оквиру Фонда, ни једна поменута ситуација неће представљати изузетак од обавеза према споразумима СТО.

Питање правне обавезности консултација са ММФ-ом конкретно је постављено у случају *India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (India-Quantitative*

¹⁸ Wu, Chien-Huei: *Legal Aspects of the WTO/IMF Relationship Revisited Revisited: a Trade Lawyer's Perspective*, 2013, стр. 7. Рад доступан на <http://ssrn.com/abstract=2236558>.

¹⁹ Како би било разјашњено због чега мере прилагођавања предузете у процесу примања средстава Фонда не укључују последице под СТО споразумима, неопходно је разјаснити *правну природу коришћења Фондових средстава*. Прво, општи програм мера прилагођавања државе чланице предузет у сарадњи са Фондом треба раздвојити од мера које Фонд представља као услове за наставак финансирања конкретне државе (*Fund conditionality*). И друго, услови за добијање Фондових средстава не конституишу обавезу Фонда. Према Siegel, D.E.: *op.cit.*, стр. 579.

Restrictions).²⁰ Овај случај разматра правила која дозвољавају земљи чланица СТО да уведе трговинска ограничења, која су иначе забрањена ГАТТ-ом, како би заштитила своју платно-билансну позицију.²¹

Према одредбама чланова XII и XVIII:В ГАТТ-а, као и Декларације о платном билансу, чланица СТО може увести трговинска ограничења како би заштитила своју платно-билансну позицију. Ови чланови садрже типове платно-билансних проблема, чије остваривање је потребно да би се чланица позвала на овај изузетак, који се односе на консултације са Фондом, као и додатни критеријум за одређивање да ли увођење тих мера представља одступање од правила СТО.²² Предузете мере морају испунити и додатне критеријуме како би се оправдало одступање од преузетих обавеза.²³

Индија је одржавала ограничења, уведена према одредбама члана XVIII:В, неколико година, што је критиковано од стране других земаља чланица на састанцима Комитета за платно-билансна ограничења (*ВОР Committee*). Сједињене Америчке Државе су тврдиле да члан XV:2 ГАТТ-а захтева од стране панела да консултује ММФ, позвавши се на извештај апелационог тела у *Argentina-Textiles* случају. Даље, САД су тврдиле да се обавеза консултовања Фонда не односи само на панеле, већ и на

²⁰ Одлуке панела и апелационог тела видети на адреси http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_06_e.htm#article15

²¹ У овом случају нису разматране обавезе државе према Фонду, јер нису укључене девизне мере, које су у надлежности ММФ-а, али ГАТТ свакако захтева консултације са овом институцијом у ситуацији која се бави тешкоћама платног биланса конкретне државе. У таквој ситуацији, Фонд пружа одређене информације у виду *услуге*, на основу додељене надлежности у платно-билансној материји, како би на прави начин одредио да ли се конкретна правна одлука државе може сматрати изузетком од правила регулације платног биланса под ГАТТ-ом.

²² Према члану XII:2(а), чланица СТО може увести квантитативна ограничења, иначе забрањена чланом XI, како би осигурала спољну финансијску позицију и платни биланс, из разлога предупређивања ратне опасности, или заустављања озбиљног пада у новчаним резервама, односно уколико земља има веома низак ниво монетарних резерви, да би постигла разумну стопу раста у својим резервама.

Члан XVIII садржи блаже критеријуме за земље у развоју. Члан XVIII:9 не захтева да опасност од пада монетарних резерви буде „неизбежна“. Такође, исти члан уместо веома ниског нивоа монетарних резерви, захтева да ниво тих резерви буде „неадекватан“.

²³ У решавању основног проблема мере не смеју „прелазити оне неопходне“, не смеју бити дискриминаторне, морају се придржавати одређених минималних комерцијалних стандарда (као што је избегавање наношења штете комерцијалним и економским интересима других уговорних страна) и морају се постепено напуштати. Члан XVIII захтева да ови критеријуми буду узети у обзир од стране земаља у решавању сопствених развојних проблема - према GATT, Annex I, Ad Art. XVIII:11.

Генерални Савет, као и на Комитет за платно-билансна ограничења. Са друге стране, Индија је тврдила да се захтев за консултацијама не примењује због посебних разлога у члану XVIII:В, који се односи на земље у развоју. У одговору на овакве тврдње Индије, САД су указале да поменуте консултације са Фондом не праве разлику између изузетака који су обухваћени економским развојем (члан XVIII:В) и оних који то нису (члан XII).

Панел није одлучио да ли је обавезан да се консултује са Фондом, али је навео да је имао овлашћења према Договору о правилима и процедурама за решавање спорова (*Dispute Settlement Understanding - DSU*) да „затражи информације и техничке савете од било ког лица или тела које сматра одговарајућим“;²⁴ па је одлучио да затражи изјаву од Фонда по питању квантитативних ограничења у материји платног биланса. Оправдање овакве одлуке је проблематично јер је панел захтев за консултацијама са Фондом третирао као *дискреционо право* (као у *Argentina-Textiles* случају), што даље оставља отвореним питање да ли ће панел у будућности, у случајевима који су детерминисани чланом XV:2, одлучити да одбије консултације са Фондом, или ће поступити у складу са његовим налазима у питањима за које је консултован.

Апелационо тело у овом случају је истакло да панел није просто прихватио ставове Фонда, већ је „критички оценио“ те податке и упоредио их са подацима које је добио из других извора, као што је Reserve Bank of India. Панел и апелационо тело су у овом случају, изгледа, заузели позицију да могу одмерити информације Фонда како им одговара, у поређењу са другим изворима. У теорији се појавио предлог да панели могу третирати Фондово одређивање као *обориве претпоставке*, како би могли да уведу и чињенице других експерата ради процене платно-билансне ситуације конкретне државе.²⁵

Случај *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes* представља, до сада, најдоследнији приступ у интерпретацији члана XV:2 ГАТТ-а, односно примене консултација са Фондом. Панел је одлучивао о оправданости увођења *ad valorem* девизне таксе у износу од 10% на све врсте увоза. Доминиканска Република је тврдила да ова мера представља девизно ограничење у складу са чланом XV:9(а) ГАТТ-а,²⁶ као и да је одобрена од стране ММФ-а као део *stand-by* аранжмана са овом институцијом, па је због тога у складу са Статутом Фонда. Исто тело је, позивајући се директно на члан XV:2, затражио информације од ММФ-а

²⁴ Члан 13. DSU.

²⁵ Siegel, D.E.: *op.cit.*, стр. 596.

²⁶ Поменути члан дозвољава увођење девизних ограничења и девизне контроле у складу са одредбама Статута ММФ-а и специјалног девизног аранжмана са СТО.

по два питања: 1) како је девизна такса имплементирана од стране Доминиканске Републике; и 2) да ли конкретна девизна такса спада у меру девизне контроле или девизног ограничења према одредбама Статута Фонда.²⁷ Након што је прво донео своју прелиминарну одлуку, панел се у потпуности сложио са мишљењем ММФ-а да таква девизна такса не конституише девизно ограничење у смислу члана XV:9(a) и закључио да, чак и када би девизна такса имала третман девизног ограничења, та мера није имплементирана у складу са Стаутом Фонда. Управо због доношења своје прелиминарне одлуке, чија се садржина „поклопила“ са мишљењем Фонда, сматра се да у овом случају панел није био нужно везан за став ММФ-а.²⁸

Треба напоменути да је панел, у решавању овог случаја, применио одлуку Извршног одбора ММФ-а, којом је уведен тест *намере, ефеката и технике* и дефинисане мере ограничења плаћања и трансфера за текуће трансакције, означио као „директна владина ограничења у области девизне размене“.²⁹ Другим речима, девизно ограничење је дефинисано као *технички критеријум*, без обзира на његову економску снагу или основну сврху.³⁰

У примени дефиниције, панел је прво обратио пажњу на оспорену одлуку Монетарног одбора Централне Банке Доминиканске Републике, која је првобитно прописивала да ће 2,5% продајног девизног курса бити примењено на сваку трансакцију. Како се такса примењивала на све врсте трансакција, панел је сматрао да мера садржана у оригиналној одлуци треба бити сматрана као девизно ограничење. Ипак, обим примене ревидиране одлуке био је ограничен на увоз робе, искључујући, између осталог, сервисирање спољног дуга, репатријацију капитала и профитне дознаке. Према мишљењу панела, директно ограничење доступности или коришћења девиза подразумева ограничење коришћења девиза у било које сврхе. Иначе би ГАТТ правила лако била заобилажена одређивањем таксе или додатног намета као девизног ограничења, што дискриминише увоз, али у исто време не постиже циљеве Статута Фонда. С тога је панел закључио да девизна такса, уведена од стране Доминиканске Републике, не конституише девизно ограничење, већ трговинско ограничење које

²⁷ Панел је прво навео да параграф 8 СТО-ММФ споразума налаже ММФ-у да информише одговарајући орган СТО, обзиром да девизне мере спадају у надлежност Фонда, да ли су такве мере у складу са Статутом Фонда.

²⁸ Одлука панела доступна је на адреси http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_06_e.htm#article15

²⁹ Decision No. 1034(60/27), June 1, 1960, IMF (ed), Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund (IMF, Washington DC, 2001), 459.

³⁰ Wu, Chien-Huei: *op.cit.*, стр. 5.

спада у правила СТО.³¹ Оправдано се поставља питање, зашто апелационо тело није одлучивало у овом случају.

На основу анализе досадашњих случајева, можемо закључити да имплементација правила Међународног монетарног фонда у систем СТО наилази на бројне потешкоће. Проблеми са којима су се суочавали панели и апелациона тела тичу се решавања питања конкуренције, односно преклапања надлежности ове две институције у граничним областима сарадње.³² Потребно је решити и питање консултација са Фондом, односно јасно декларисати права и обавезе Органа за решавање спорова у систему СТО (DSB), у смислу, постоји ли обавеза да се затражи мишљење, став или одлука Фонда у ситуацији када DSB решава случајеве везане за област деловања ММФ-а. Битно је подвући да још увек не постоји одлука која би се директно позивала искључиво на одређени став, правило или мишљење Фонда. Зато смо мишљења да треба ускладити обавезе држава преузете СТО споразумима и обавезе које ММФ намеће као услове финансирања у систему својих позајмица. У међународној правној теорији, с обзиром на недовољно дефинисан начин имплементације правила ММФ-а у систем СТО, преовладава став да би СТО могла привремено одступити од својих правила према својој чланици која има већ закључен аранжман са ММФ-ом и то на период укупног трајања поменутог аранжмана (само када су у питању субвенције, антидампиншке и компензаторне мере).³³ Овај став нам се чини правно логичним и финансијски одрживим, али смо мишљења да би, ипак, било економски рационалније закључити нови споразум између ове две институције, или променити приступ Светске трговинске организације према правилима ММФ-а, кроз нову рунду трговинских преговора.

За сада, у недостатку конкретнијих правних правила сарадње ове две институције, једини начин утицаја ММФ-а на правна правила Светске трговинске организације може се огледати кроз одлуке DSB-а. Међутим, треба напоменути да органи за решавање спорова СТО показују резервисан став према сарадњи са овом монетарном институцијом. Разлоге за то, можда, треба тражити у систему одлучивања ових организација. У систему ММФ-а се одлучује системом квота, што имплицира да земље са највећим уделима имају најјачи утицај у креирању

³¹ У циљу избегавања потенцијалног сукоба надлежности између ових институција, посматрана трансакција се треба третирати као *трговинска мера* и на тај начин не спада у надлежност ММФ-а.

³² Пример случај из ГАТТ ере, *Greece - Special Import Tax*.

³³ Ahn, D.: *op.cit.*, стр. 17.

политике Фонда.³⁴ Како је систем одлучивања унутар СТО постављен на принципу *негативног консензуса*, као претпостављеног начина одлучивања, као и правилом да свака држава чланица има један глас, не треба да чуди да ДSB тела са дубоком резервом прихватају одређене ставове Фонда.³⁵

4. Специјални девизни аранжмани

Посебна област сарадње између Међународног монетарног фонда и Светске трговинске организације односи се на закључивање специјалних девизних аранжмана између СТО и државе која није члан ММФ-а (а истовремено је члан СТО). У ГАТТ ери на снази су била четири оваква аранжмана, у чијим израдама је учествовао и ММФ. Земље које су закључиле ове аранжмане биле су Цејлон (Шри Ланка), Хаити, Индонезија и некадашња Западна Немачка (која је касније постала чланица Фонда). Једини овакав аранжман, који је данас на снази, је онај потписан између Тајвана и СТО, из разлога што је Тајвану одбијено чланство у Фонду, јер је чланство у овој организацији, за разлику од СТО, везано искључиво за државе.³⁶ Интересантно је да овај аранжман, ипак искључује обавезе Тајвана које су у супротности са обавезама, које намеће ММФ.³⁷

³⁴ Извршни одбор ММФ-а не наступа као плаћени експерт, већ са овлашћењима које му је доделила међународна заједница. Извршни одбор има одговарајућу „политичку“ димензију, јер је то место где државе чланице могу изразити своје ставове и унапредити своје интересе у мултилатералном окружењу. Поред тога, ММФ има надлежност у одлучивању о одобравању финансирања подршке земљи чланица у суочавању са платно-билансним потешкоћама. Због тога међународни споразуми одражавају потребу за Фондовом проценом платно-билансних проблема, која се користи у одређивању оправданости привремених ограничења. Siegel, D.E.: *op.cit.*, стр. 599.

³⁵ Сматраће се да је одговарајући орган донео одлуку консензусом уколико се ни једна земља чланица од присутних на састанку, када је одлука донета, формално не противи предложеној одлуци; изостанак експлицитног приговора на предложену одлуку значи да је одлука донета, при чему гласање изостаје. Наведено према Цветковић, П.: *op. cit.*, стр. 35-36.

³⁶ Special Exchange Agreement between the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu and the World Trade Organization, Annex II to Protocol of Accession of the Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, WT/L/433 (23 November 2001).

³⁷ Специјални девизни аранжмана Тајвана и СТО садржи шест чланова који регулишу: редовне девизне аранжмане; избегавање ограничења текућих плаћања и вишевалутну праксу; контролу капиталних трансфера; ограничења плаћања; достављање информација; као и друге одредбе.

Одредбе о пружању информација и индиректној комуникацији су блиско повезане са чланом XV:2 ГАТТ-а, који такође налаже Светској трговинској организацији да прихвати одредбе Фонда по питању да ли су мере потписнице аражмана, везане за девизна питања, у сагласности са специјалним девизним аранжманом. Ипак, када се од ММФ-а затражи да одреди да ли су, или не, девизне мере у сагласности са Статутом Фонда, Фонд одређује да ли су права и обавезе државе чланице задовољене. Насупрот томе, права и обавезе садржане у специјалном девизном аранжману обавезујуће су и за СТО и за државу чланицу (или царинску територију). Другим речима, уколико потписница аранжмана прекрши обавезу из специјалног девизног аранжмана, повреда обавеза се предузима у контексту СТО споразума, а не Статута Фонда. Међутим, СТО је ипак, у складу са чланом XV:2, упућена да прихвати наводе Фонда везане за то да ли је, или не, девизна мера у сагласности са специјалним девизним аранжманом.³⁸

Специјални девизни аранжмани су начини на који СТО развија обавезе држава које нису чланице ММФ-а, са намером да консултују допунска девизна и трговинска правила.

5. Утицај ММФ-а на Републику Србију у процесу приступања СТО

Међународни монетарни фонд и Светска трговинска организација су креиране као међународне институције универзалног карактера. Република Србија је чланица ММФ-а, али није чланица СТО, иако је већ дуже времена у тзв. *другој фази приступања*.³⁹

С тим у вези, треба истаћи да однос ММФ-а и СТО нема директног утицаја на Србију и креирање њеног одрживог привредног развоја у будућности. Међутим, како наша земља тежи чланству у СТО, треба обратити посебну пажњу на њихову сарадњу и, с тим у вези, наша економска, привредна, социјална, као и политичка дејства примерити актуелним односима ове две организације.

Зато, треба доследно испоштовати ставове, препоруке, савете, као и одлуке ММФ-а, из разлога што од аранжмана са овом институцијом у

³⁸ Wu, Chien-Huei: *op.cit.*, стр. 12.

³⁹ У овој фази фази воде се паралелни билатерални преговори о концесијама у области установљавања нивоа права на приступ тржишту. Ови преговори се воде између државе кандидата и држава чланица које покажу интерес за ове билатералне преговоре. Преговори су *билатерални*, јер државе имају различите трговачке интересе, али се обавезе нове државе чланице имају примењивати једнако на све остале чланице, у складу са начелом највећег повлашћења. Више о приступању држава Светској трговинској организацији видети у Цветковић, П.: *op. cit.*, стр. 40-43.

многоне зависи наш монетарни, буџетски и, у крајњој линији, целокупни финансијски систем.

С друге стране, посебну пажњу треба обратити на ставове, а посебно захтеве Светске трговинске организације, чијем чланству толико тежимо. Зато треба наставити са проактивном политиком усклађивања постојећих и доношења нових правних регула, везаних нарочито за области спољнотрговинског пословања, девизног пословања, царинског пословања и сл. То је нужност, јер, с једне стране, бенефити које нуди чланство у СТО су од изванредног значаја по домаћу економију, односно привреду и, са друге стране, што се ни у ком случају не сме заборавити да *“пут до Брисела (ЕУ) води искључиво преко Женева (СТО), а у нашем случају, незаобилазна станица је и Вашингтон (ММФ).“*

Bratislav Milanovic, LL.D
Full Professor
Stefan Milanovic, LL.M
Assistant

THE INFLUENCE OF THE IMF ON INTERNATIONAL TRADE THROUGH THE WTO SYSTEM

Summary:

In addition to the World Bank, the International Monetary Fund and the World Trade Organization are top of the international economic architecture. Although, according to the objectives of the foundation and the field of work these multilateral institutions can make a clear distinction between them, there are some problematic situations for whose solving is necessary to consult legal rules of both organizations. However, the necessary convergence of the International Monetary Fund and the World Trade Organization has not yet received full legal concretization embodied in the decision on the merits, whether permanent or selected international courts, either WTO Dispute settlement body. The reasons for this are in very small number of specific legal provisions governing the relationship between these two institutions, and in the absence of an international agreement that would more accurately determine rights and obligations in their relations. Currently valid agreement between the IMF and the WTO is mainly of technical nature and not sufficiently adapted to the development of the world trading system.

The main stumbling block for constructive cooperation between these institutions is reflected in the areas of monetary reserves, balance of payments and foreign exchange arrangements. As another potential „crisis“ area of mutual cooperation appear so-called special exchange arrangements, concluded between certain countries or customs territories (WTO members) and the World Trade Organization, and who are not a members of the IMF. As our country is not a member of the World Trade Organization, it is interesting to examine the influence of the IMF on the Republic of Serbia in the process of accession to the WTO, as well a new field of research of mutual relations of the two organizations.

Др Марија Крвавац
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

ПРЕИСПИТИВАЊЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ У КОНТЕКСТУ МЕЂУНАРОДНОГ АРБИТРАЖНОГ ПРАВА

У решавању међународних трговинских спорова арбитража има већу улогу него што је њихово просто пресуђивање. Она доприноси олакшавању међународне трговине и делује на спречавање спорова. Арбитража је као начин решавања међународних трговачких спорова свој замаг добила након што је препозната потреба хармонизације арбитражног права на светском нивоу. Акцент је од самог почетка био на контроли арбитражне одлуке као на једном од најсложенијих питања.

Недржавно арбитражање се афирмише делимично и као одраз неповерења према правосудним органима и законодавству друге уговорне стране. Међутим, кооперација државних судова и арбитраже је неопходна, посебно у процесу контроле арбитражне одлуке без обзира на то што она представља ограничење аутономије и самосталности арбитраже.

Унификација правила међународне трговине учинила је да се створи међународно арбитражно законодавство. Процес уједначавања арбитражних правила захватио је пре свега питање признања страних арбитражних одлука поред којег су се искристализовала универзално прихваћена правила, темељни принципи савременог арбитражног права модерних држава.

Савремено арбитражно право стоји на позицијама да је судска контрола арбитражне одлуке неопходна, али да треба да буде много ужа од контроле судских одлука што подразумева да је пре свега утемељена на крупним процесним неправилностима арбитражног поступка.

Кључне речи: *арбитража, признање и извршење, поништај, арбитар, хармонизација.*

Арбитража представља начин решавања спорова посредством непристрасног лица од поверења које није учесник у спору и које су странке овластиле да одлучује о спору. Овај начин решавања унутрашњих и међународних спорова представља специфичан облик суђења који овлашћење црпи из споразума странака. Арбитражном суду састављеном од једног или више арбитра странаке споразумно и добровољно поверавају решавање спора и доношење одлуке која у односу на њих има

снагу правоснажне судске пресуде. Воља странака представља оквир из кога произилази предмет спора, меродавно процесно и материјално право за суштину спора при чему споразум мора бити у складу са темељним начелима добро вођеног судског поступка, као што је то начело саслушања странака о свим наводима и доказима супротне стране.

Уговарањем арбитражног решавања могућег, или већ насталог спора, странке пре свега желе да избегну недовољну ефикасност државних судова, који неретко примењују застарела и крута правила. Дерогирајући надлежност државног правосуђа странке настоје да осигурају тајност расправљања, једностепеност а самим тим и ефикасност односно брзину решавања спорова као и стварање помирљивије климе за настављање даље пословне сарадње. Ако би се томе додала и могућност арбитра да се не везују за одређени правни систем, односно да спор решавају по праву и правичности или по устаљеним правилима пословних односа странака, разумљиво је зашто се савремено арбитражно право развија као одговор учмалим оквирима државног судства.

Насупрот позитивним особинама арбитраже као начина решавања спорова, испољавају се и недостаци као што су тешкоће око конституисања арбитражног суда, несавесности, нестручности и зависности арбитра од странака, непредвидљивост резултата суђења, могућност стварања превеликих трошкова поступка итд. Ове слабости говоре о томе да државно правосуђе, посебно када се ради о домаћим споровима, представља још увек "мирно море" које строгим материјалноправним и процесноправним оквирима штити странку од „олуја" неодређености и несигурности.

У области међународних трговачких спорова недржавно арбитраирање добија свој пуни значај. Из тога произилази нужност постављања универзално прихваћених правила савременог арбитражног права која би странке у случају спора ставила у једнак или приближно једнак положај. Без обзира на то што је процес унификације и хармонизације националних арбитражних правила далеко одмакао, разлике још увек нису елиминисане. Концепт савременог међународног арбитражног права утемељен је на заједничким начелима као основним елементима арбитраже.

Ковенцијско арбитражно право започело је свој поход ка једнообразној регулативи Женевским конвенцијама, усмеравајући пажњу ка унификацији правила признања арбитражних одлука. Задатак је био да се прихватањем конвенцијских решења створи јединствен режим у циљу признања арбитражних одлука без обзира на то где су донете, било где у свету. Усвајањем Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука и прихватањем од стране већине националних правних режима, трасиран је пут даљем уједначавању арбитражног права.

Идући тим путем Комисија УН за међународно трговачко право (УНЦИТРАЛ), основана Резолуцијом Генералне скупштине УН-а 1966.год., дефинисала је темељна правила на којим су створени стандарди арбитражног поступка прихваћени од стране великог броја правних система.

Упркос томе што су неспорно превазиђене разлике у националним правним системима и на нивоу међународне арбитражне регулативе, уједначавање арбитражног права није завршено те представља један трајан и динамичан процес.

О контроли арбитражне одлуке

Контрола арбитражне одлуке спроводи се у постарбитражној фази, односно фази после њеног доношења те се на тај начин обезбеђује правна заштита. У земљи у којој је одлука донета може се тражити поништај одлуке, док је у другим изван земље порекла преиспитивање одлуке могуће спровести у поступку признања и извршења. Међутим, у изузетним околностима, поступак за поништај арбитражне одлуке би се могао покренути и изван земље порекла или покренути поступак признања и извршења стране арбитражне одлуке донете на домаћој територији.

Уобичајено је да донета арбитражна одлука може бити предмет преиспитивања, мада се о извесној контроли може говорити и пре њеног доношења, као што је то случај са питањем надлежности арбитраже. У односу на ово питање постоји неуједначеност у решењима националних права, па је нпр. према америчком праву дозвољено испитивати надлежност арбитраже у грађанском судском поступку, док је према Правилнику Арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу предвиђено да о надлежности или ненадлежности арбитраже одлучује арбитражни суд као стална институција у функцијама изједначена са националним судом.

Арбитражни поступак се окончава одлуком (делимична пресуда, међупресуда, допунска пресуда) или закључком, односно одлуком која према странкама има снагу правоснажне пресуде. Побијање арбитражне одлуке није у складу са поверењем које су странке указале арбитражи поверавајући јој спор на решавање. Наиме, странке желе да задрже међусобне добре односе тако да, по правилу, добровољно извршавају арбитражну одлуку. На међусобни конфликт оне, углавном, гледају као на извесну проверу међусобних пословних односа у смислу њихове неопходности и правилног дефинисања.

Извесно је да арбитражна одлука не може остати потпуно ван могућности преиспитивања. Потребу за преиспитивањем често намећу

управо интереси странака. У модерном арбитражном праву постигнут је конзенсус¹ и судска контрола је неопходна када се има у виду да након доношења арбитражне одлуке могу бити уочени недостаци везани за сам арбитражни споразум, за формирање арбитражног суда или за сам арбитражни поступак те да уколико странка има за то интерес може захтевати признање стране арбитражне одлуке на територији другог суверенитета изван земље порекла, што све нужно повлачи потребу извесног преиспитивања у погледу испуњености одређених услова. Одузети право странкама које су у арбитражним споразумом одредиле правила о саставу арбитражног суда или о предузимању одређених радњи у поступку, да оспоре одлуку због повреде тих одредаба значило би оставити њихов споразум без санкција. Недостаци, при томе, могу бити такви да би искључење сваке могућности побијања арбитражне одлуке противречило друштвеном циљу избраног судства и изложило странку опасностима озбиљног оштећења.

Уговарањем арбитраже странке су заобишле одговарајући национални правни систем примењујући допуштenu аутономну регулативу. Међутим, странка-дужник може да одлучи да се не повинује арбитражној одлуци уколико сматра да није донета на правоваљан начин и да се обрати суду. Друга страна, обично добитничка, може захтевати да арбитражна одлука производи дејство ван граница земље порекла и у том случају има могућност да поднесе захтев за признањем и извршењем надлежном суду, у једној или више земаља.

Одређени број земаља има таксативно наведене ситуације у којима арбитражна одлука може бити предмет побијања, при чему правна средства имају карактер ванредних правних лекова. Могућност улагања редовних правних лекова заснованих на разлозима по основу којих се може нападати и одлука државног суда среће се у мањем броју правних система.

Поједини теоретичари полазе од тога да су разлози за побијање домаће арбитражне одлуке тужбом за поништај и претпоставке за признање стране арбитражне одлуке у суштини идентични и да нема оправдања да се после признања, чиме се страна арбитражна одлука изједначава са домаћом, омогући и други поступак за утврђивање истих чињеница. Насупрот томе, друга група теоретичара стоје на становишту да би требало омогућити поступак поништаја признате стране арбитражне одлуке, имајући у виду да је она тек са признањем изједначена са домаћом и од тог момента заснована надлежност домаћег суда као да је реч о домаћој одлуци. Чини се исправним прихватити став да поступак

¹ Видети Кнежевић Г., Павић В., Арбитража и АДР, Београд, 2009, 161 и даље.

признања даје својство извршне исправе и да зато не би требало дозволити поновно отварање поступка за поништај те одлуке.² Њиме се обезбеђује судски надзор арбитраже тако да је довољно да се спроведе било у једном било у другом виду, утолико пре што странка која је изгубила спор пред арбитражом може тражити поништај у иностраној земљи, уколико постоје разлози по њеном праву, а уколико у томе нема успеха након тога може оспоравати признање и извршење у поступку пред домаћим судом.³

О захтеву за поништајем арбитражне одлуке може одлучивати само надлежан суд у земљи по чијем праву се она може сматрати домаћом.⁴ Ако се узме у обзир да органи других држава могу вољно одлучивати о поништају те одлуке, акт о поништењу арбитражне одлуке би могао производити дејства и у иностранству. Ово насупрот решењу о извршењу арбитражне одлуке.

ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ АРБИТРАЖНОГ ПРАВА У ПРОЦЕСУ СТВАРАЊА ЗАЈЕДНИЧКОГ РЕЖИМА КОНТРОЛЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

Као један од механизма за решавање спорова у промету роба и услуга, арбитража се афирмише у прошлом веку у којем арбитражна правила постепено превазилазе оквире одређених земаља и прерастају у аутономан систем наметнут од стране снажних корпорација мултинационалних димензија. Период који карактерише стандардизација производа, како на унутрашњем тако и на међународном плану, одликује се правилима о минимуму квалитета производа који се стављају у промет и то у погледу технолошке структуре, боје паковања, дизајна, функционалности облика и др.⁵ Ради се о периоду у коме су учињени почетни кораци стварања међународног арбитражног права. Арбитража постаје значајан правни институт о коме се одржавају међународне конференције и усвајају посебне конвенције, тако да се уместо билатералних споразума прихвата договарање на ширем нивоу. У процесу дефинисања универзално прихваћених правила конвенцијским решењима први велики успех остварен је у области јединственог режима признања

² Пак М., Међународно приватно право, Београд, 2000, 205.

³ Ibid, 178.

⁴ О утврђивању порекла арбитражне одлуке Варади Т. Кнежевић Г. Бордаш Б. Павић В. ,Међународно приватно право, Београд, 2007, 586; О принципима локализације видети у Mann, Where is the Award Made? Arbitration International , 1985,108; Sikirić H., Selection of the Place of Arbitration, Croatia Arbitration Yearbook, 1996, 9.

⁵ Пак ,оп.цит.,170.

арбитражних одлука, усвајањем Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука⁶.

Динамичан развој арбитражног права огледао се кроз билатералне уговоре као и кроз усвајање мултилатералних споразума на регионалном нивоу, о чему на најбољи начин сведочи релевантна Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи⁷. На универзалном нивоу посебну пажњу припада активности УНЦИТРАЛ-а (Комисији УН за међународно трговачко право) и доношењу Модел- закона о међународној трговачкој арбитражи, документу који је објединио и унапредио арбитражне стандарде.⁸ Усклађивање важећих арбитражних прописа требало би да прати решења овог међународног арбитражног документа, што подразумева добру вољу законодаваца ка напуштању националних солуција, и то не само у односу на правила која су општеприхваћена. Заједничка темељна правила односе се тек на један део арбитражних института, међу којима је признање страних арбитражних одлука, док су многа друга и даље уређена унутрашњим правом држава чланица, или сама примена тих института доводи у пракси до различитих решења.

Уједначавање арбитражног права и прилагођавање националних правила представља стално отворен процес у који је интензивно укључена и Србија кроз прихватање актуелних арбитражних светских модела у арбитражном законодавству.

1. Проблематика пуноважности арбитражног споразума и признања арбитражних одлука ван граница земље порекла представљала је предмет унификације на вишестраном нивоу у изградњи међународног арбитражног права. У Женеви су под окриљем Друштва народа, између два Светска рата, усвојени Женевски протокол о арбитражним клаузулама 1923.године и Женевска конвенција о извршењу страних арбитражних одлука 1927.године. које је у потпуности је заменила Њујоршка конвенција. Женевске арбитражне конвенције су изгубиле практичан значај, али су неспорна њихова посебна улога у развоју арбитражног права уопште .

Женевски протокол о арбитражним клаузулама представља универзалну конвенцију о трговачкој арбитражи која уређује материју арбитражних клаузула.⁹ Сходно томе, протокол предвиђа да се пуноважност изјаве воље о надлежности арбитраже утврђује по праву меродавном за арбитражни уговор. Свака држава уговорница признаје пуноважност арбитражног уговора између странака различитих држава

⁶ Службени лист СФРЈ-међународни уговори, бр.11/81.

⁷ Службени лист СФРЈ-међународни уговори, бр.12/63.

⁸ Triva S.,Uzelac A., Hrvatsko arbitražno pravo, Zagreb, 2007, 32.

⁹ Службени лист ФНРЈ-међународни уговори, бр.4/59.

уговорница, при чему није од значаја где ће арбитража заседати. Сем тога, свака од њих се обавезује да ће преко својих извршних органа осигурати извршење арбитражне одлуке утврђене протоколом и донете на њеној територији.¹⁰

Кроз решења Женевског арбитражног уговора назире се начин везивања арбитражне одлуке за одређени правни систем као и подвргавање одлуке правним средствима и судовима те земље, усмереним ка успостављању судске контроле арбитражне одлуке.¹¹ Протоколом није регулисано питање признања и извршења страних арбитражних одлука, нити побијање арбитражне одлуке по основу поништаја. Одредбе упућују на замљу која може применом правила о међународној надлежности судова да поништи арбитражну одлуку при чему се ослања на разлоге *lex fori*.

Пуноважан уговор о арбитражи онемогућава вођење парничног поступка пред редовним судом, па је било неизвесно да ли је могуће водити парнични поступак на темељу тога што се страна арбитражна одлука није могла извршити.¹²

Женевски протокол је прихватио, односно изразио пристанак на обавезивање мали број земаља, а један од разлога је свакако празнина у регуласању признања стране и могућности контроле домаће арбитражне одлуке.

Женевска конвенција о извршењу арбитражних одлука по први пут се бави питањем арбитражног одлучивања. Ова универзална конвенција, усвојена под окриљем Друштва народа, регулише питање извршења арбитражне одлуке донете на основу уговора о арбитражи (према Женевском протоколу), на територији друге државе уговорнице. Конвенцијом је предвиђено да странке у арбитражном поступку морају бити подвргнуте јурисдикцији различитих држава уговорница.¹³ Као темељне, конвенција прихвата принципе територијалног и персоналног суверенитета.

Поништај се помиње као предходно питање од којег зависи признање и извршење арбитражних одлука у некој другој земљи. Прихватајући начело *legis fori* државни суд земље у којој се тражи извршење одлучује о основаности захтева, односно предлога за извршење. У поступку по предлогу за извршење суд не може поништити арбитражну

¹⁰ В. тч.2. Протокола.

¹¹ Кнежевић Г., Поништај одлика СТА и предходна питања, Збирка 50 година СТА при ПКЈ у Београду, 251.

¹² Бесаровић М., Признање и извршење страних арбитражних одлука, Београд, 1959,163.

¹³ В. чл.1 Женевске конвенције.

одлуку, док странка, уколико сматра да је повољније, може захтевати извршење по праву земље пријема. Предлог за извршење може бити одбијен уколико је арбитражна одлука поништена у земљи доношења или у земљи по чијем праву је донета.¹⁴

Конвенцијом су, по први пут у контексту међународног арбитражног права, постављене опште претпоставке за извршење стране арбитражне одлуке и то поштовање начела територијалног и персоналног реципроцитета и меродавности *legis fori* државе у којој се тражи извршење. У групи услова за извршење конвенција поставља и посебне претпоставке, у зависности од тога да ли од њиховог постојања или не постојања зависи извршење, као негативне и позитивне. Тако суд државе пријема може одобрити извршење уколико постоји пуноважан арбитражни уговор према правилима меродавног права, при чему није утврђен начин одређивања меродавног права за оцену правне ваљаности арбитражног уговора, већ је то задатак извршног судије за сваки појединачни случај. Поред тога, потребно је да буде испуњен и услов арбитрабилности, односно да је арбитража могла решавати спор према праву земље у којој се извршење тражи. Арбитрабилност спора се има процењивати према праву меродавном за уговор о арбитражи.¹⁵ Арбитража мора бити образована у складу са споразумом странака и правилима која се примењују на арбитражни поступак,¹⁶ а воља странака у складу са правом земље чији суд одлучује о извршењу арбитражне одлуке. Предмет извршења може представљати само коначна арбитражна одлука у земљи њеног порекла.¹⁷ Одлука против које је могуће подићи неко редовно правно средство нема својство коначности, као и када се докаже да против ње тече поступак за поништај. Терет доказивања лежи на странци која се противи извршењу.

Као посебне негативне претпоставке конвенција предвиђа да одлука није у супротности са јавном поретку земље у којој се захтева њено извршење, да није дошло до повреде права на одбрану, да у арбитражној одлуци нису прекорачена овлашћења утврђена уговором о арбитражи, као и да одлука није поништена у земљи порекла или земљи по чијем је праву донета.¹⁸

¹⁴ В. чл. 5 ст.1 ал.е Женевске конвенције.

¹⁵ Матић Ж., Признање и извршење атраних арбитражних одлука према међународним конвенцијама, Збирка "Поништај и извршење арбитражних одлука", Београд, 1966,45.

¹⁶ В. чл.1 ст.2.тч.ц) Женевске конвенције.

¹⁷ В. чл.1.ст.2.ал.д) Женевске конвенције.

¹⁸ В. чл.1.ст.2 ал. е) Конвенције; чл.2 Конвенције; чл.2.ст.1.ал.а) Конвенције.

Арбитража има могућност да донесе делимичну одлуку, на шта суд признања може одложити одлучивање по основу извршења док се не донесе потпуна одлука или условити доношење решења о извршењу давањем јемства. Дужник, у складу са овим међународним уговором, може да доказује постојање разлога за поништај арбитражне одлуке па да извршни суд на основу тога одбије –обустави извршење, с тим да нема могућност да поништи одлуку.¹⁹

2. Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958.године,²⁰ донета под окриљем УН, представља најзначајнију и најуниверзалнију конвенцију у међународном арбитражном праву. Њено доношење је умањило практични значај Женевских конвенција тако да се оне примењују само у односима држава које се нису обавезале по основу Њујоршке конвенције, и у односима између њих и држава које су ратификовале Њујоршку конвенцију.

Одредбе Њујоршке конвенције се односе на арбитражне одлуке које нису донете у земљи признања и оне које се не сматрају домаћим у земљи у којој се тражи признање. Конвенција не регулише питање поништаја арбитражне одлуке, већ упућује на земљу чији суд може да поништи одлуку из неког разлога *lex fori*.

За одређивање правила арбитражног поступка конвенција као примарни статут упућује на право које су странке уговором одредиле по основу аутономије воље. У односу на овако одређено меродавно право закон земље седишта арбитраже има супсидијаран карактер, тако да би и суд надлежан за поништај арбитражне одлуке, односно обуставу исте, требао да буде онај по чијем праву је одлука донета, а посредно орган на чијој територији је одлука донета.²¹

Конвенција полази од тога да се њене одредбе могу применити и на арбитражне одлуке донете у државама које нису изразиле пристанак на обавезивање, под условом да се извршење такве арбитражне одлуке тражи у земљи потписници конвенције зато што дужник у њој има имовину. С друге стране, државе које приступају конвенцији могу да дају изјаву резерве о њеној примени само под условом територијалног реципроцитета. У циљу избегавања примене искључиво територијалног

¹⁹ Više Shlosser P., L'arbitrage et les voies recours, Rev.arb.1980, 620.

²⁰ Fouchard Ph.,Gaillard E.,Goldman B.,Tratié de l' arbitrage commercial international, Litec,1996.317-337; Gaja G.,International commercial arbitration-New York Convention''Booklet 4.part.III, Preparatory Works, Oceana, New York 1978;Van Den Berg,The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer,1981.

²¹ Ближе Dika M., Kriterijumi za određivanje merodavnog prava za arbitražu sa elementom inostranosti, NV 4/72, 258, 259

реципроцитета страном арбитражном одлуком сматрају се и оне које су донете на домаћој територији применом страног процесног права.

Захтев за признање и извршење стране арбитражне одлуке мора испуњавати одређене услове да би арбитражна одлука могла да представља предмет преиспитивања у земљи признања. Пре свега, арбитража мора бити надлежна по основу уговора о арбитражи које су закључиле странке, способне по праву утврђеном на основу колизионих норми закона земље у којој је затражено признање и извршење. Предмет спора мора бити арбитрабилан по праву меродавном за арбитражни уговор или према праву земље признања, као и да је недопустиво решавање пред државним судом. Писмена форма уговора је обавезна, с тим што се са арбитражном клаузулом уподобљују споразуми у облику писама, телеграма.

Конституисање арбитраже и арбитражни поступак морају бити у складу са уговором о арбитражи или са правом места седишта арбитраже.²² У складу са тим, странке треба да буду уредно обавештене о арбитражном поступку и одређивању арбитра у циљу поштовања права на одбрану, односно подизања правних средстава у циљу заштите права.²³

Претпоставке за признање и извршење стране арбитражне одлуке у великој мери се тичу саме арбитражне одлуке која мора да се односи на спор који је предмет уговора о арбитражи. Уколико се одредбе којом се премашују границе овлашћења, према уговору о арбитражи, могу издвојити од оних које су у оквиру датих овлашћења нема спора око могућности признања дела арбитражне одлуке. Само арбитражна одлука која је постала обавезна за странке може бити предмет признања и извршења.²⁴ Ова претпоставка која одговара коначности арбитражне одлуке формулисана је шире да би се обухватили системи признања у којима се траже допунски услови за признање коначности, као што су судска верификација, депоновање код надлежних органа, потврда међународног суда (ИЦЦ) и др. О постојању околности које представљају сметње признању и извршењу стране арбитражне одлуке надлежни суд води рачуна по захтеву дужника на коме је и терет доказивања. Поред тога, конвенција предвиђа и неопходност контроле околности о којима суд треба да води рачуна *ex officio*, а на њихово постојање може указивати и дужник.

Прецизније, то значи да ће надлежни орган, у складу са Њујоршком конвенцијом, у земљи признања одбити захтев за признање и извршење ако дужник поднесе доказ да су уговорне стране, на темељу

²² В.чл.V.ст.1.тч.д) Њујоршке конвенције.

²³ В.чл.V.ст.1.тч.б) Њујоршке конвенције.

²⁴ В.чл.V.ст.1.тч.е) Њујоршке конвенције.

закона који се на њих примењује, неспособне или да уговор није правно ваљан на темељу закона којем су га странке подвргле, а уколико у том погледу не би било одредби на темељу закона земље порекла одлуке.²⁵ Конвенција није јасно одредила по ком праву ће се ценити страначка способност странака али већина земаља евроконтиненталног правног система прихвата *lex personalis* странака.²⁶ Арбитражна одлука није подобна за признање и извршење изван земље порекла уколико странка против које је донета одлука није била уредно обавештена о одређивању арбитра, или о арбитражном поступку, или јој из неког другог разлога није била омогућена примена доказних средстава. Повреда начела *audiautur et altera pars* значи повреду темељног начела права на одбрану и учествовања у арбитражном поступку. Одлука арбитраже не би могла да производи дејство ни у случају када се односи на спор који није превиђен у компромису, или није обухваћен компромисорном клаузулом или уколико садржи одредбе којим се премашују границе арбитражне клаузуле. Суд може дозволити делимично признање и извршење стране арбитражне одлуке у оном делу који се односи на предмет спора.²⁷ Страначка аутономија воље примарно уређује оцену ваљаности оснивања арбитражног суда и арбитражног поступка, из чега произилази да оснивање арбитражног суда и арбитражни поступак морају бити у складу са уговором о арбитражи. Право земље у којој је арбитража заседала је супсидијарно.²⁸ Одлука арбитраже која је постала обавезна за странке једино може производити дејство изван земље порекла. У вези са тим одлука постаје обавезна уколико испуњава претпоставке које предвиђа меродавно право за постојање арбитражне одлуке, без обзира што се против ње може подићи правно средство.²⁹ Уколико странке одреде да се на поступак примењује право одређене државе оно се примарно односи и на правна средства.

²⁵ В.чл.V.ст.1.тч.а) Њујоршке конвенције.

²⁶ Насупрот њима критеријум по *lex domicilli* примењују Данска, Норвешка. О примени меродавног права на пуноважност уговора о арбитражи види пресуде у YCA IV, 307,289; YCA VII,2.

²⁷ Нпр. таква дозвола је дата од стране Апелационог суда (Trent) арбитражној одлуци из Сирије уз примену ICC арбитражних правила у спору General Organisation of Commerce and Industrialisation of Cereals of the Arab Republic of Syria c/a S.p.a SIMER(Italy) пресуда Corte di apelo Civil Section,Trento 14.01.1981 u 21 Ressegna dell 'arbitrato 145-158

²⁸ Види пресуде у YCA IV, YCA VIII

²⁹ Овакав став је заузет у пресуди Tribunal de grande de Paris 15-05-1970. Cour d' appel de Paris,spor između Compagnie de Saint Gobain – Pont a Mausson c/a The Fertilizer Corporation of India, LTD.(JCA I,184)

Признање пред судом државе порекла према одредбама Њујоршке конвенције, за разлику од Женевске, није више неопходан услов за извршење одлуке у другој држави уговорници, чиме је избегнута двострука егзекватура.

Њујоршка конвенција предвиђа да ће извршење арбитражне одлуке бити одбијено ако је одлука поништена од стране надлежног суда у земљи порекла одлуке тј.у земљи у којој је, или на темељу чијег је закона донета ако дужник докаже да је надлежан суд обуставио арбитражну одлуку решењем.³⁰ За одбијање признања и извршења арбитражне одлуке није довољно да настану разлози за обуставу по сили закона.

Сметње за признање и извршење о којима суд води рачуна *ex officio* односе се на предмет поводом кога је настао спор, а који, према закону земље признања, није прикладан за арбитражно решавање или би признање такве одлуке било у супротности са домаћим јавним поретком.³¹ Нарбитрабилност предмета спора представља једну од чешћих негативних претпоставки у арбитражној пракси.³² У погледу повреде јавног поретка национална права имају различите квалификације, те поједина од њих и чињеницу недостатка образложења код арбитражне одлуке посматрају као повреду јавног поретка, што је случај у енглеском и америчком арбитражном праву. Иста је ситуација и са питањем пристрасности арбитра на основу чега би се могло одбити признање и извршење стране арбитражне одлуке због повреде домаћег јавног поретка. Суд по службеној дужности на основу Устава и закона у сваком конкретном случају цени да ли је повређен домаћи јавни поредак, што је комплексан и тежак задатак када се има у виду да се кроз јавни поредак рефлектују основне правне, економске политичке, моралне, социјалне и друге вредности друштва. Садржинско одређење националног јавног поретка мора бити у оквиру савремених општих принципа међународне заједнице са којим чине транснационални јавни поредак. Принципи транснационалног јавног поретка почивају на кодификованом праву ОУН, унификацији на бази међународних конвенција, препорукама невладиних организација, судској пракси изразима и основним правилима прихваћеним од стране светске заједнице.

³⁰ У складу са разлогом из чл.V.ст.1.тч.е) Њујоршке конвенције.

³¹ В.чл.V. ст.2. Њујоршке конвенције.

³² Тако у спору Libyan American Oil Company и Либијске државе ради национализације имовине тужиоца арбитар појединац (dr Sobhi Mahmassani) донео је одлуку у Женеви (пресуда LIAMCO –Libya, ad-hoc arbitration) у YCA VI VI -1981, 89-118.

Члан V представља централни део Њујоршке конвенције у чијим одредбама су прецизиране претпоставке за признање и извршење страних арбитражних одлука и сметње да страна арбитражна одлука дејствује ван земље порекла. За највећи број разлога терет доказивања лежи на странци-дужнику која се противи признању, односно против које је затражено извршење. Члан V.став 1. конвенције представља *presumptio juris tantum* за извршење стране арбитражне одлуке.³³

Околност да против арбитражне одлуке још није могуће изјавити ванредна правна средства у складу са Њујоршком конвенцијом не представља препреку за извршење у другој земљи.³⁴ Сем тога, одређени су услови за одлагање признања арбитражне одлуке те поступак поништаја мора бити у току да би надлежни суд одложио решење о признању. У том случају суд мора захтевати од дужника осигурање по захтеву повериоца због одлагања признања и извршења.³⁵

Овај правни инструмент признаје важност других међународних споразума ако су за повериоца њихова решења повољнија. Члан VII, који је ревидиран 2006., поставља правило да странке могу изабрати повољније право између унутрашњег права земље признања и право других конвенција тј. омогућено је уклањање одредаба ове конвенције у погледу признања и извршења арбитражне одлуке.³⁶ У арбитражној доктрини је присутна дилема око тога да ли би ово решење требало унети и у национална арбитражна законодавства или донети паралелну конвенцију.³⁷

Земље које су приступиле Њујоршкој конвенцији нису више у обавези да примењују Женевске споразуме, а по питањима која нису регулисана Њујоршком конвенцијом одредбе Женевске треба тумачити и примењивати у складу са принципима и општим решењима Њујоршке.

3. Значајну улогу у развоју и прихватању арбитраже као доминантног начина решавања спорова произашлих из међународног трговинског промета имају и регионални мултилатерални споразуми, којим земље чланице уређују на јединственом нивоу проблематику арбитражног поступка и одлучивања. Арбитража на тај начин постаје институција у правом смислу речи.

³³ Пресуда Corte di apello di Napoli sporu Carters(Merchans) Ltd.(U.K) c/a Francesco Ferraro (Italy).у YCA IV, 275.

³⁴ О томе Sanders., Consolidated commentary New York Convention 1958, YCA VI,214.

³⁵ В.чл.VI. Њујоршке конвенције.

³⁶ В.чл.VII. ст.1. Њујоршке конвенције.

³⁷ Graves J., New York ICA and the Writing Requirement:Modern Trends towards Liberalization ,or'Are We Stuck in 1958?', Belgrade Arbitration Conference, March 2009,6.

У сврху унапређења међународне трговине на тлу Европе од стране Економске комисије УН за Европу (1961.) усвојена је Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи. Поље примене ове конвенције обухвата спорове произашле из пословних односа физичких и правних лица који у време закључења уговора о арбитражи имају пребивалиште или седиште у различитим европским државама³⁸

Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи не предвиђа колизионо решење за пуноважност уговора о арбитражи у поступку пред арбитражом тј. судом земље порекла, већ само у поступку признања у другој земљи уговорници, с тим што поставља рок за подношење приговора ненадлежности арбитраже. Ова конвенција је једини мултилатерални споразум који уређује проблем празнине у изјави воље о формирању арбитражног суда и начину решавања спора пред арбитражом. У одсуству одговарајуће воље странака председнику међународне трговинске арбитраже земље редовног боравишта-седишта туженог или институционалне арбитраже, коју је одредила специјална комисија, препуштено је одређивање битних елемената арбитраже, након чега странке имају могућност да се обрате са истим захтевом специјалној комисији у циљу одржања арбитражног уговора на снази (по принципу *in favorem negotii*).

Конвенција је могућност поништаја арбитражне одлуке свела на минимум, дефинишући јединствена правила о разлозима за поништај, на основу којих се против одлуке може подићи тужба за поништај, без обзира на унутрашње прописе у земљи потписници. Поништај одлуке из разлога предвиђених конвенцијом у другој земљи уговорници представља основ одбијања признања и извршења исте арбитражне одлуке. У посебном делу конвенције таксативно су набројани разлози због којих поништај у једној представља основ за одбијање признања арбитражне одлуке у другој земљи.³⁹ То је пре свега, непостојање субјективних и објективних услова за пуноважност уговора о арбитражи тј. неспособност странака по меродавном праву односно непуноважност уговора о арбитражи на темељу закона на бази страначке аутономије воље или на темељу закона земље у којој је одлука донета.⁴⁰ Правила о способности уговарања спадају у когентне норме и странке не могу својим диспозицијама одређивати меродавно право по којем ће се процењивати њихова способност.⁴¹ Зависно од тога да ли се способност странака за закључење уговора узима као процесна или материјалноправна

³⁸ В.чл.1.ст.1а) Европске конвенције.

³⁹ В.чл.IX Европске конвенције.

⁴⁰ В.чл.IX ст.1.а)Европске конвенције.

⁴¹ Перовић Ј., Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 2002,89.

претпоставка пуноважности уговора меродаван ће бити *lex fori* или *lex causae*. Одредбом да се способност странака одређује по њиховом персоналном статуту Европска конвенција примењује двоструки критеријум.⁴² Из способности странке за закључење уговора о арбитражи произилази и право да уговором дерогира надлежност државних судова.⁴³

Разлог за поништај арбитражне одлуке може представљати и повреда начела *audiatur et altera pars* уколико странка која тражи поништај није уредно обавештена о именовању арбитра или о арбитражном поступку или је из било ког разлога била у немогућности да остварује своја права у поступку.⁴⁴ Издвајањем неиспуњања обавезе обавештавања о образовању арбитраже као посебног облика повреде начела саслушања странака овај разлог за поништај добија апсолутно дејство тј. неиспуњење обавезе обавештавања о конституисању арбитраже увек доводи до погрешне одлуке о основаности тужбеног захтева.⁴⁵

Неспорно је да се арбитрари морају придржавати овлашћења која су им дале странке те у случају прекорачења истих странке могу тражити поништај арбитражне одлуке. Приговор се мора изјавити чим је постављен захтев за чије решење арбитража није надлежна а арбитрари могу, у складу са конвенцијом, оцењивати доцњу у истицању приговора. Приговор ненадлежности није везан за преклузиван рок и не прекида арбитражни поступак тако да арбитража наставља поступак и са одлуком о пуноважности уговора о арбитражи одлучује о сопственој надлежности. После окончања поступка незадовољна страна може због ненадлежности да побија одлуку арбитраже пред државним судом. Проблем *compétence-competence* се не поставља у Европској конвенцији и арбитража одлучује о својој надлежности али о томе не може донети коначну одлуку.⁴⁶ Не постоји сметња да се признају и изврше они делови арбитражне одлуке које државни суд није поништио.⁴⁷

Конституисање арбитражног већа, или арбитражни поступак који није био у складу са споразумом странака или непостојање споразума о арбитражи у складу са одредбом члана IV Европске конвенције, представља довољан разлог за поништај арбитражне одлуке.⁴⁸ Сходно

⁴² В.чл. VI.ст.2.Европске конвенције.

⁴³ О арбитражној клаузули види Triva S., *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 1983., 225. Triva S. Uzelac A., *Хрватско арбитражно право*, Zagreb, 2007,

⁴⁴ В. чл. IX ст. 1. тч. б) Европске конвенције.

⁴⁵ У вези са тим види чл. IV Европске конвенције.

⁴⁶ О надлежности за надлежност види Паровић Ј., *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002, 159.

⁴⁷ В.чл. IX ст. 1. ц) Европске конвенције.

⁴⁸ В.чл. IX. ст. 1. д) Европске конвенције.

одредби члана IV правила о конституисању арбитраже споразумно одређују странке а уколико оне то не учине арбитри, односно председник арбитраже, или специјални комитет могу да примене овај сврсисходан инструмент образовања арбитраже. Нема дилеме да је принцип страначке аутономије воље примаран, како у процесу конституисања арбитраже, тако у у погледу одређивања процесних правила арбитражног поступка.⁴⁹ Ипак, странке и арбитри морају имати у виду основне императивне норме меродавног процесног права и правила домаћег јавног поретка јер би у супротном било доведено у питање постојање меродавног правног поретка.

Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи је у пракси уско повезана са Њујоршком конвенцијом о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Према Европској конвенцији је у односима између држава које су истовремено и стране у Њујоршкој конвенцији ограничена примена члана V ст.1.е) Њујоршке конвенције само на оне разлоге поништаја који су наведени у ставу 1. члана IX Европске конвенције. Земље које су државе чланице и једне и друге конвенције подлежу посебним правилима признања и извршења, која подразумевају да неће бити призната страна арбитражна одлука поништена у једној од њих, али само из разлога који нису набројани у Европској конвенцији.⁵⁰

Један од најзначајнијих извора правила међународног арбитражног права јесте и Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава. Овом мултилатералном конвенцијом створен је механизам специјализоване институционалне арбитраже формирањем Међународног Центра за решавање инвестиционих спорова. Спорови се пред овим Центром решавају путем међународне концилијације или арбитраже. Конвенцијом је предвиђена могућност контроле арбитражног суђења у поступку ревизије и по основу захтева за поништај арбитражне одлуке. Имајући у виду да овај Центар има карактеристике међународне трговинске арбитраже у правом смислу јасно је зашто она заслужује посебно истраживање.

Међу регионалним мултилатералним арбитражним документима посебно место заузимају Интерамеричка конвенција о трговинској арбитражи (Панамска конвенција из 1975.); Споразуми из Монтевидеа (1889. и 1940.); Конвенција о регулисању путем арбитраже привредних спорова насталих из привредне, научне и техничке кооперације земаља

⁴⁹ За разлику од нпр. Женевског протокола који је фаворизовао *lex fori*.

⁵⁰ Разлози одређени у ставу 1.члана IX Европске конвенције.

СЕВ-а(Московска конвенција из 1972.); Арапска конвенција о трговинској арбитражи (из Амана 1987.)⁵¹

Допринос Комисије УН за међународно трговачко право у процесу обликовања стандарда арбитражног поступка и режима контроле арбитражне одлуке

Комисија ОУН за међународно трговачко право (УНЦИТРАЛ) основана резолуцијом Генералне скупштине 1966.године настоји да дефинише арбитражне стандарде који би били прихваћени од стране националних права. У циљу постављања јасних и свеобухватних правила која одражавају модерне принципе у одређеној области а која би могли да прихвате најразличитији правни и економски системи у свету, УНЦИТРАЛ је усвојио Модел-закон о међународној трговачкој арбитражи 1985. као један од најзначајнијих докумената у процесу унификације арбитражног права. Резолуцијом УН државама је препоручено да узму у обзир УНЦИТРАЛ Модел-закон када буду доносиле или вршиле ревизију свог законодавства да би одговориле потребама савремене међународне трговачке арбитраже.

Пре усвајања овог значајног документа за решавање спорова који проистичу из међународних пословних односа, УНЦИТРАЛ је 1976.године усвојио Арбитражна правила за међународну трговинску арбитражу уз препоруку да се у арбитражни уговор унесе њихова обавезна примена. То су правила превасходно намењена ad-hoc арбитражама мада су и неке сталне арбитраже примарно прихватиле њихову меродавност. При изради ових правила УНЦИТРАЛ је био под утицајем решења Њујоршке, Европске и Вашингтонске конвенције и великог броја правила створених у решавању међународних трговинских спорова.⁵² Поред тога, Правилници сталних арбитража представљају мале процесне законе о аспектима спора од формирања арбитражног суда до доношења арбитражне одлуке, што је као нужну последицу имало управо усвајање Арбитражних правила УНЦИТРАЛ. Одредбе четвртог дела ових правила предвиђају да обе странке имају обавезу да изврше арбитражну одлуку али да имају и извесну могућност њене контроле. Полази се од тога да пред надлежним судом могу покренути поништај одлуке по

⁵¹ Fouchard Ph.Gaillard E.,Goldman.B.,цит.дело,164.; Norberg B., General introduction to inter-American commercial arbitration,YCA III,1-16. Domke B.,The Law Practice of Commercial Arbitration,1967.

⁵²Вилус Ј., Допринос комисије УН за међународно трговинско право унификацији правила о арбитражи-савремени проблеми СТА у светлости рада УНЦИТРАЛ, Београд, 1982, 4.

правилима права меродавног за арбитражно одлучивање. Сем тога, странке пред надлежним судом могу захтевати утврђивање правне ваљаности одлуке арбитра о сопственој надлежности (одлука по основу *compétence-competence*), као и тумачење или испаравак арбитражне одлуке на основу захтева који морају поднети у одређеном року од пријема одлуке.⁵³

Вишегодишња настојања, састанци, истраживања и нацрти резултирали су усвајањем УНЦИТРАЛ Модел-закон на XVII заседању у Бечу 1984. године са тежњем да се овај документ што више усклади са Арбитражним правилима и Њујоршком конвенцијом. Полазећи од тенденције јединообразности правила о арбитражном поступку и специфичне праксе међународне трговине Генерална Скупштина је овај закон препоручила свим државама чланицама у процесу модернизације или усвајања националног арбитражног законодавства, при чему свака држава може сама да одреди обим и домаћај решења Модел-закон. Потпуна једнообразност није постигнута али је ипак велики број земаља прихватило решења Модел у својој арбитражној регулативи. Неке од њих су биле инспирисане оваквом моделом унификације, док су друге одлучиле да такав модел не следе.⁵⁴ У односу на Модел-закон УНЦИТРАЛ-а поједине земље су учиниле даљу либерализацију правила арбитражног суђења (као што је Холандија-књига IV холанског Законика о грађанском поступку, Швајцарска -Савезни закон о МПП).

Модел закон је одбацио поделу арбитража на цивилне и трговачке стављајући их у оквире међународне трговинске арбитраже, при чему термин трговински треба тумачити широко и под њим подразумевати предмете који проистичу из свих односа трговинске природе. Уз то Модел-закон нуди и критеријуме за квалификацију арбитраже као међународне.

Када је реч о проблематици контроле арбитражне одлуке Модел-закон пруже могућности које се ослањају на друга релевантна арбитражна документа. Следећи Арбитражна правила Модел-закон предвиђа да странке могу да захтевају тумачење или исправак арбитражне одлуке тј. да арбитражни суд пружи тумачење посебне одредбе или дела арбитражне одлуке или да исправи рачунску односно писмену грешку. Свака странка може захтевати и доношење допунске одлуке. Правила о форми и садржају арбитражне одлуке се морају поштовати и у поступку исправљања, тумачења и доношења допунске одлуке.⁵⁵

⁵³ В.чл.35.36.37 UNCITRAL Arbitration Rules.

⁵⁴ Fouchard, Gaillard, Goldman, цит. дело,98.

⁵⁵ У смислу чл. 33 Модел-закон.

Извршни поступак се у оправданим случајевима може одложити на захтев странке ако је у истој земљи покренут поништај или обустава арбитражне одлуке.⁵⁶ Захтев за поништај који се подноси државном суду на чијој територији или по чијем праву је одлука донета, може довести до поништаја арбитражне одлуке ако странка која је поднела захтев докаже да, према Модел-закону, постоје разлози који се односе на неспособност странака или непуноважност уговора о арбитражи по *lex autonotiae* или по *lex fori*; непоштовање права на одбрану, повреду принципа арбитрабилности предмета спора, повреду правила о саставу арбитраже или спровођење арбитражног поступка противно уговору о арбитражи.⁵⁷ Суд који решава по захтеву за поништај може поништити арбитражну одлуку ако утврди да предмет спора није арбитрабилан према *lex fori* и да је одлука, или један њен део, у супротности са нормама јавног поретка земље у којој се тражи поништај.

Питање поништаја арбитражне одлуке посвећена је глава VII Модел-закона којом се изричито националним правним системима и међународним асоцијацијама препоручује тужба за поништај као једино средство судске контроле домаћих арбитражних одлука. Једина база за повезивање арбитражне одлуке са правним системом одређене земље је територијални критеријум.⁵⁸ Модел-закон потврђује да терет доказивања лежи на подносиоцу захтева за поништај арбитражне одлуке и регулише за одређене околности деловање суда *ex offio*. Рок за подношење тужбе за поништај је преклузиван и то три месеца од пријема одлуке. Суд може, ако је то свсисходно или на захтев странке прекинути поступак и одредити рок у коме ће арбитри имати могућност да отклоне недостатке који би довели до поништаја, при чему могу поново да отворе расправу и наставе поступак.⁵⁹

Имајући у виду да разлози за поништај из Модел-закона одговарају разлозима за одбијање признања и извршење стране арбитражне одлуке из Њујоршке конвенције иста арбитражна одлука се може поништити у држави у којој, или по чијем праву, је донета или јој се може ускратити дејство у другој држави.

Без обзира у којој држави је донета, арбитражна одлука је обавезна и на темељу захтева надлежном суду извршна према одредбама Модел-закона. Странка која тражи признање и извршење мора приложити

⁵⁶ В. чл.34.ст.4. Модел-закона.

⁵⁷ В. чл.34.ст.2.тч.а) под I, II, III и IV Модел-закона.

⁵⁸ Арг.из чл. I ст.2.и чл.34.ст.2.Модел-закона; Кнежевић Г., нав.чланак, 252.

⁵⁹ В.чл.34.ст.4 Модел-закона. Различита гледишта по овом питању Познић Б., Поступак избраног суда, Трива, Познић, Воргић, Варади, Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973, 148.

оригинал одлуке или оверен препис одлуке и изворни уговор о арбитражи или његову копију. Независно од тога у којој земљи је донета одлука признање и извршење се може одбити од стране надлежног суда у земљи извршења, уколико дужник докаже постојање разлога идентичних у целини са оним из Њујоршке конвенције.⁶⁰

Закључак

Међународни законодавац следи тенденцију развоја посебне правне области међународног арбитражног права релевантним правним инструментима. У том контексту национална арбитражна регулатива треба да искаже одређену толеранцију у смислу одрицања од дела интегритета унутрашњег правног система али сигурно не по сваку цену. Важећи национални арбитражни прописи треба да почивају на темељним начелима савременог међународног арбитражног права, као што су то утврђена правила у погледу конституисања арбитраже, арбитражног поступка, арбитражне одлуке и сигурно најосетљивијег питања контроле арбитражне одлуке. Међу њима начело добровољности тј. страначке аутономије у поверавању спора на решавање арбитражи и одређивање њених основних елемената, обавезна снага арбитражне одлуке, једнако поступање са странкама, могућност страначке контроле у поступку, начело забране злоупотребе права, начело заштите јавног поретка и арбитрабилност предмета спора.

Арбитража је аутономна али успешност њеног рада и дејство њених одлука у многome почива на признању и потпори коју јој пружа државно правосуђе. Међународно арбитражно право предвиђа заштитне механизме у циљу поштовања темељних принципа на којима почивају правни системи који својим императивним средствима на крају гарантују и омогућују испуњење арбитражне одлуке. У заштитне механизме могу се сврстати и они којима се штити интегритет арбитраже тако што се предвиђају ограничења па арбитража може одлучивати само о споровима којима странке могу слободно располагати и само у границама страначког споразума. Иако питање арбитрабилности још увек није прецизно дефинисано и обухвата широк круг предмета спора оваква ограничења су још увек присутна.⁶¹

⁶⁰ Из чл.V тс.1 а)-d) и ст.2.а) Њујоршке конвенције а недостају разлози из чл.V ст.1.е) и ст.2.б).

⁶¹ Brekoulakis S., Arbitrability: Misconceptions and New areas of concern, Belgrade Arbitration Conference, march 2009,1-27.

Marija Krvavac , LL.D
Full Professor

Arbitration Decision Control within the Framework of International Arbitration law

Summary

With international commercial disputes settlement arbitration has a more important role than it is a simple dispute resolution. It contributes to international trade facilitation and influences dispute prevention. The last half of century is characteristic with the creation of universal rules which have become common standards of the contemporary arbitration law. From the very beginning the stress was laid on arbitral award control as one of the most problematic issues.

State courts are unavoidable when proofs about the arbitration proceedings need to be obtained. The cooperation between state courts and arbitration is undisputedly unavoidable, particularly in the process of arbitration decision control regardless of the fact that it represents a maximum autonomy and independence limitation of arbitration.

Unification of the international trade rules created international arbitration legislation. The process of equalization involved, first of all, the issue of foreign arbitral awards recognition. Nevertheless, the harmonization of the regulations in the force regarding arbitration dispute settlement and arbitration needs to be primarily carried out with the rules of UNCITRAL – Model law, having in mind that arbitration standards in other sources are united and promoted by this arbitration document.

The contemporary arbitration law adopts a position that the court control of arbitral award is necessary but that it has to be much narrower than the court decision control i.e. to take into consideration large process irregularities of arbitration proceedings first of all.

Др Тања Китановић
Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

РАЗВОД БРАКА У САВРЕМЕНОМ СВЕТУ

Анстракт:

У раду је извршена анализа развода брака у савременом свету. Будући да је процес развода у нераскидивој вези са процесом склапања брака, у уводном делу рада је указано на специфичности брака у модерним друштвима, а размотрени су и неки од фактора који се у актуелном временском периоду етикетирају као примарни узрочници брачне нестабилности. У наставку рада су елаборирани статистички показатељи диворцијалитета и нупцијалитета у савременом свету, са посебним акцентом на кретање стопе диворцијалитета у Републици Србији. Након тога је обрађена регулатива развода у појединим европским државама, које нам традиционално служе за узор у домену регулисања породичних односа, укључујући и важећи бракоразводни режим у нашој земљи. Посебна пажња удељена је и утицају процеса либерализације бракоразводне легислативе на повећање стопе диворцијалитета у савременим друштвима. У закључку рада су сумирани резултати истраживања феномена развода брака у савременом свету.

Кључне речи: диворцијалитет, нупцијалитет, супружници, савремени свет, савремено право.

1. Увод

Промењене друштвене прилике, ширење корпуса људских права и либерализација бракоразводног законодавства неки су од фактора који доводе до пораста броја развода у савременом свету. Разводи су у пракси све учесталији, а изузетну фреквентност овог социолошког и правног феномена најбоље илуструје податак да је током последњих шест деценија број склопљених бракова у константном паду, док је број развода у непрекидном порасту.¹ У контексту драматичног смањења стопе нупцијалитета, раст стопе диворцијалитета постаје алармантан.

¹ Детаљније о томе: Китановић, Т., *Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву*, докторска дисертација, Нови Сад, 2011, стр. 114 и даље.

Брачне кризе нису особеност модерног доба, али су у ранијим историјским епохама најчешће игнорисане, с обзиром да је брак представљао преваходно економску, па тек онда емоционалну заједницу супружника. Данас, пак, брачне кризе све чешће резултирају разводом брака. У патријархалним и економски неразвијеним друштвима, супружници су уласком у брак морали прихватити наметнуте моделе понашања и успешно функционисати у задатим оквирима, будући да је њихова егзистенција ван породице била знатно отежана. У таквим околностима нису била актуелна питања компатибилности брачних партнера, остваривања личне среће и (не)задовољства брачним животом. Насупрот томе, савремени брак почива на емотивним спонама, међусобној љубави и привржености супружника, па ако се интимна очекивања партнера не испуне, брак није остварио своју сврху, тако да су разводи у пракси све чешћи.

Промене у сфери брака и породице, које карактеришу савремена друштва, узроковане су бројним и разноврсним факторима, попут: пораста очекиваног трајања живота, смањења стопе морталитета, процеса урбанизације, процеса продуженог школовања, видно наглашеног и интензивираниог у другој половини XX века, који доводи, у поређењу са претходним епохама, до све каснијег ступање у брак, посебно када је реч о женској популацији.² У модерном браку разлози психичког, сексуалног, емоционалног и интелектуалног неслагања, који су вековима потискивани као фактори који доводе до поремећаја брачних односа, избијају у први план и постају разлози за развод *par excellence*.³ Брак који почива на емотивним осећањима супружника може се врло лако распасти, с обзиром да је љубав променљива категорија. Савремени живот, његово темпо и његова сложеност, доводе до деперсонализације друштвене личности, због чега човек тражи пуну компензацију у породичном амбијенту: његови спутани друштвени индивидуализам надокнађује се породичним и брачним индивидуализмом.⁴ Ако се те жеље не остваре, брак није испунио своју сврху и осуђен је на неуспех. Развод постаје право савременог човека када му брак не пружа минимум онога што са разлогом од њега очекује.

² Meixner, F., "Entwicklungstendenzen im in - und ausländischen Familienrecht - zu drei Jahresberichten (Teil 1)", *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Vol. 1, No 2/1999, стр. 103-112.

³ Младеновић, М., *Развод брака и узроци за развод брака*, Београд, Рад, 1974, стр. 391.

⁴ *Ibid.*, стр. 385.

Будући да сам појам савремене породице претпоставља виши степен друштвене обезбеђености и заштићености човека, пре свега благодарећи разноврсним мерама социјалне заштите, чији спектар, додуше, зависи од економске моћи конкретне државе, супружници све чешће без устегања посежу за разводом брака, када он више не доприноси њиховој личној срећи. Стога, успешан и дуготрајан брак у модерним друштвима све више постаје истински раритет, посебно у тзв. земљама благостања. Паралелно са тим, неформалне заједнице живота жене и мушкарца добијају на атрактивности, тако да полако стичу атрибут не само друштвено-психолошке прихватљивости, већ и пожељности у смислу остварења највишег степена људске слободе.⁵ Заправо, у савременом свету брак се налази у процесу колапса, што се може видети по историјски изузетно ниској стопи закључења брака, због чега је и зачеће и подизање деце у растућој мери одвојено од брака.⁶ У том контексту, у савременим друштвима се већ дуго говори о кризи брака и породице, која је толико дубока да доводи у питање и њихов даљи опстанак.⁷ Европа се претвара у "друштво усамљеника", а традиционална породица са оба родитеља и децом показује знаке опасне ерозије.⁸

Са друге стране, у природи и психологији људске врсте је тежња за сигурношћу, а брак, као вековима опробан модел живота жене и мушкарца, обезбеђује ову врсту сигурности. Имајући у виду изузетан значај и функцију брака као оквира рађања, подизања и обезбеђења породичне сигурности и заштите деце, последњих година су приметна настојања да се он учврсти, односно све су израженији покушаји ревитализације брака.⁹ Заправо, човек данашњице је у сфери брака и породице у својеврсном процепу, растрзан између жеље за стабилном

⁵ Детаљније о ванбрачној заједници као неформалној заједници живота жене и мушкарца Јовић, О., "Брак или ванбрачна заједница - право избора", *Ново породично законодавство*, З. Поњавић (ур.), Крагујевац, Правни факултет, 2006, стр. 187-197.

⁶ Shaw-Spath, K., "Why Covenant Marriage May prove Effective as a Response to the Culture of Divorce", *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002, pp. 59-67.

⁷ Krause, H. D., "Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all", *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Vol. 2, No 4/2000, pp. 208-221.

⁸ Младеновић, М., "Да ли породица има будућност", *Правни живот*, бр. 9/1996, стр. 546.

⁹ Wardle, L., "Institutionalizing Marriage Reforms Through Federalism", *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002, pp. 167-175.

брачном заједницом, која ће у целости задовољити његове најдубље емоционалне потребе, и тешкоћа са којима се сусреће на путу остварења ових жеља, које често доводе у питање вредности брака и породице. Квалитативна анализа процеса индивидуализације брака указује не само да је "начет појам о браку за сва времена", него и да је настало преиспитивање самог концепта "живота удвоје". Ипак, анкете спроведене међу популацијом широм Европе показују да је породични сектор задржао врло високо место на скали животних циљева, да је живот удвоје све мање инструментални циљ а све више емотивна потреба појединца *per se*, с тим да га је тешко достићи у друштвеним системима који генеришу сталну несигурност, конкуренцију и мобилност.¹⁰

2. Специфичности диворцијалитета и нупцијалитета у савременом свету

Промењене друштвене прилике, ширење корпуса људских права и либерализација бракоразводног законодавства, неки су од фактора који доводе до пораста броја развода у савременом свету. Разводи су у пракси све учесталији, а изузетну фреквентност овог феномена најбоље илуструје податак да је током последњих шест деценија број склопљених бракова у константном паду, док је број развода у датом периоду у непрекидном порасту. У наставку рада ћемо размотрити показатеље диворцијалитета у појединим европским државама, које нам традиционално служе за узор у домену регулисања друштвених односа, са посебним акцентом на стање у нашој земљи. Поред тога, сумарно ћемо указати и на специфичности нупцијалитета у овим земљама, будући да је процес развода, као примарни предмет нашег истраживања, у нераскидивој вези са процесом склапања брака.

Илустрације ради, на почетку XXI века у Немачкој су забележене веома високе, мада прилично уједначене вредности диворцијалитета, како номинално тако и у односу на 1000 становника, уз истовремено смањење стопе нупцијалитета. Према статистичким подацима, 2000. године је забележено 194408 развода (2.4 на 1000 становника), 2005. 201693 (2.4 на 1000 становника), 2010. 187027 (2.3 на 1000 становника) и 2012. године 179147 развода (2.3 на 1000 становника). У поређењу са вредностима диворцијалитета у другој половини XX века, приметна је тенденција пораста броја развода. Тако је 1950. године забележено 134600 развода (1.9 на 1000 становника), да би 1960. године дошло до пада броја развода,

¹⁰ Бобић, М., "Транзиција брачног партнерства - пример насеља Београд", *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 110-111/2001, стр. 197.

када је регистровано 73418 развода (1.0 на 1000 становника). Након тога долази до пораста броја развода, тако да је 1970. године забележено 103927 развода (1.3 на 1000 становника), 1980. 141016 (1.8 на 1000 становника) и 1990. године 154786 развода (1.9 на 1000 становника). Посебно забрињава пад броја склопљених бракова. Наиме, 1950. године је закључено 750452 брака (10,8 на 1000 становника), 1960. 689028 (9,4 на 1000 становника), 1970. 575233 (7.4 на 1000 становника), 1980. 496603 (6.3 на 1000 становника), 1990. 516388 (6.5 на 1000 становника), 2000. 418550 (5.1 на 1000 становника) и 2010. године 382047 бракова (4.7 на 1000 становника).¹¹

У Шведској се број развода, након експанзије седамдесетих година прошлог века (драстичан пораст броја развода забележен је 1974. године када је разведено 26802 брака, што је у односу на 1973. годину, током које је регистровано 16021 развод, повећање за више од 10000 развода), стабилизовао на нешто више од 20000 на годишњем нивоу. Тако је 2000. године регистровано 21502 развода, 2005. 20000, 2010. 23593 и 2012. године 23422 развода. У поређењу са бројем развода у другој половини XX века, вредности диворцијалитета изгледају овако: 1950. године је разведено 8008 бракова, 1960. 8958, 1970. 12943, 1980. 19887 и 1990. 19357. Компаративно посматрано, 1950. године је склопљено 54222 брака, 1960. 50149, 1970. 43278, 1980. 37569, 1990. 40477, 2000. 39895, 2005. 44381, 2010. 50730 и 2012. године 50616 бракова.¹² На основу напред наведеног, може се закључити да је у Шведској последњих година присутан тренд благог пораста броја закључених бракова.

У домену диворцијалитета, посебно је интересантан случај Руске Федерације која се одликује изузетно високом стопом развода, при чему је 2002. године регистровано рекордних 853647 развода (5.9 на 1000 становника). Од Октобарске револуције, а нарочито у периоду након окончања II светског рата, број развода је у Русији у константном порасту. Тако је 1950. године забележено 49378 развода (0.5 на 1000 становника), 1960. 184398 (1.5 на 1000 становника), 1970. 396589 (3.0 на 1000 становника), 1980. 580520 (4.2 на 1000 становника), 1990. 559918 (3.8 на 1000 становника), 2000. 627703 (4.3 на 1000 становника) и 2010. 639321

¹¹ Federal Statistical Office (Destatis), *Marriages, divorces - Germany*, <http://www.destatis.de/EN/FactsFigures/Indicators/LongTermSeries/Population/Irbev06.html> (23.01.2014.).

¹² Statistics Sweden, *Population and Population Changes 1749-2007*, http://www.scb.se/templates/tableOrChart_26047.asp (22.10.2008.); Statistics Sweden, *Population and Population Changes in Sweden*, http://www.scb.se/Pages/SSD/SSD_TablePresentation_340508.aspx?layout=tableViewLayout1&rxid=1d44 (23.01.2014.).

(4.5 на 1000 становника). Показатељи нупцијалитета, пак, изгледају овако: 1950. године је склопљено 1222971 брак (12.0 на 1000 становника), 1960. 1499581 (12.5 на 1000 становника), 1970. 1319227 (10.1 на 1000 становника), 1980. 1464579 (10.6 на 1000 становника), 1990. 1319928 (8.9 на 1000 становника), 2000. 897327 (6.2 на 1000 становника) и 2010. године 1215066 бракова (8.5 на 1000 становника).¹³ Може се уочити да је, уз извесне осцилације, стопа нупцијалитета у последњих шест деценија у опадању, мада тенденција пада није тако изражена, са изузетком 2000. године, када је забележен рекордно мали број склопљених бракова. Заправо, популација Русије је веома наклоњена браку, тако да се појединци лако опредељују за формирање брачне заједнице, али се склопљени бракови у веома високом проценту окончавају разводом, након чега разведени супружници улазе у нови брак.

Исто тако, у Грчкој се последњих година повећава број развода. Наиме, инкорпорисање споразумног развода у грчки правни систем, увођење општег бракоразводног узрока и симплификација процедуре развода резултирала су знатном либерализацијом бракоразводног режима. У таквим околностима, стопа развода је била стабилна све до 1984. године и износила је приближно 8 развода на 100 склопљених бракова. Након тога, у периоду од 1984. до 1992. године стопа развода је варирала између 8 и 10 развода на 100 закључених бракова. Истоветан тренд задржан је и у току 1993-1994. године, док је 1995. стопа развода скочила на 15 развода на 100 склопљених бракова. Последњи статистички подаци показују тенденцију даљег раста стопе диворцијалитета, тако да је 2004. године на 100 регистрованих бракова разведен 21 брак, док се 2005. године та бројка попела на чак 25 развода.¹⁴

Процеси опадања броја склопљених бракова и повећања броја развода нису мимоишли ни Швајцарску. Статистички показатељи сведоче о паду стопе нупцијалитета са 7.9 у 1950. години на 5.5 у 2010. години. Истовремено, стопа диворцијалитета бележи раст са 0.9 у 1950. на 2.8 у 2010. години.¹⁵ Последњих година се у Швајцарској разведе близу 20000

¹³ Федерална служба државне статистике, *Демографија - бракови и разводи*, http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography (23.01.2014.).

¹⁴ Ministry of Economy and Finance, General Secretariat of the National Statistical Service of Greece, *Vital Statistics, Analysis of Demographic Events (Marriages - Births - Deaths)*, <http://www.statistics.gr> (28.11.2008.).

¹⁵ Swiss Statistics, *The Statistical Encyclopedia, Population data 1950-2011*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/infothek/lexikon.topic.1.html> (23.01.2014.).

бракова (нпр. 2012. је регистровано 17550 развода¹⁶), док се склопи нешто више од 40000 бракова (нпр. током 2012. је закључено 42653 брака¹⁷).

Када је реч о Мађарској, оно што посебно забрињава јесте драстичан пад броја склопљених бракова током последњих шест деценија. Фрапантан је податак да је 1950. године склопљено 106261 брак (11.4 на 1000 становника), а 2010. године свега 35522 брака (3.6 на 1000 становника). Овако драматичан пад нупцијалитета није присутан нити у једној другој земљи која је предмет разматрања у овом раду. Број склопљених бракова је у константном паду током друге половине XX века, тако да је 1960. године закључено 88566 бракова (8.9 на 1000 становника), 1970. 96612 (9.3 на 1000 становника), 1980. 80331 (7.5 на 1000 становника), 1990. 66405 (6.4 на 1000 становника) и 2000. године 48110 (4.7 на 1000 становника). Истовремено, у датом периоду се уочава раст стопе диворцијалитета, тако да је 1950. године регистровано 11263 развода (1.2 на 1000 становника), 1960. 16590 (1.7 на 1000 становника), 1970. 22841 (2.2 на 1000 становника), 1980. 27797 (2.6 на 1000 становника), 1990. 24888 (2.4 на 1000 становника), 2000. 23987 (2.3 на 1000 становника) и 2010. године 23873 развода (2.4 на 1000 становника).¹⁸

На основу изложеног, може се закључити да је у модерним друштвима повећано интересовање супружника за развод брака. Насупрот томе, статистички подаци о кретању диворцијалитета у Србији показују да у нашој земљи није присутна тенденција пораста стопе развода. Наиме, ниска инциденција развода већ дуго година обележава демографске токове на нашим просторима. Прецизније речено, стопа диворцијалитета није била подложна драстичним осцилацијама током друге половине XX и почетком XXI века. Тако је 1953. године регистровано 7952 развода, 1961. 10609, 1971. 10111, 1981. 9797, 1991. 8372, 2001. 8018, 2011. 8251 и 2012. године 7372 развода. У односу на 1000 становника стопа диворцијалитета је 1953. године износила 1.1, 1961. 1.4, 1971. 1.2, 1981. 1.0, 1991. 0.9, 2001. 1.1, 2011. 1.1 и 2012. године 1.0.¹⁹ Међутим, са

¹⁶ Swiss Statistics, *Divorces and divortiality*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/themen/01/06/blank/key/06.html> (23.01.2014.).

¹⁷ Swiss Statistics, *Marriages and nuptiality*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/themen/01/06/blank/key/05.html> (23.01.2014.).

¹⁸ Hungarian Central Statistical Office, *Population, vital statistics (1949-2012)*, http://www.ksh.hu/docs/eng/xstadat/xstadat_long/h_wdsd001b.html (23.01.2014.).

¹⁹ Републички завод за статистику, *Статистички годишњак Србије*, Београд, 2009; Републички завод за статистику, *Саопштење - закључени и разведени бракови у Републици Србији*, 2012, бр. 201/2013.

(евентуалним) интензивирањем економског развоја реално је очекивати експанзију развода.

Популација Србије, у поређењу са европским државама, припада групи земаља са средње високим општим стопама нупцијалитета, у којој се налазе земље јужног региона Европе и бивше социјалистичке земље. У погледу диворцијалитета, пак, Србија је током деведесетих година прошлог века имала најниже стопе у Европи, блиске становништву Шпаније, Грчке и Пољске, у којима је породична кохезија израженија захваљујући поштовању традиционалних породичних вредности, као и услед јаког утицаја цркве која није наклоњена установи развода брака. Стопе развода источноевропских земаља знатно су више од стопе у Србији, а узроковане су како високом брачном нестабилношћу, наслеђеном из социјалистичког периода, тако и транзиционим друштвеним процесима. При том, према просечној старости ступања у први брак становништво Србије се још седамдесетих година XX века приближило развијеним европским државама. Када је реч о разводу, Србија има нижу стопу диворцијалитета у односу на европске "државе благостања", као и бивше социјалистичке земље.²⁰

Међутим, сматрамо да ниска стопа диворцијалитета у поменутом периоду не сведочи у прилог стабилности брака и породице у Србији. Пре би се могло рећи да у нашем друштву брачни партнери прибегавају разводу у ситуацијама екстремне поремећености заједничког живота, које резултирају апсолутном немогућношћу настављања брачне заједнице. Иако су ниску стопу диворцијалитета, изразито наглашену у последњој деценији XX века, узроковали бројни фактори, у околностима драстичног осиромашења великог дела становништва, високе стопе незапослености, као и ниских примања запослених, примарни узрок опадања броја развода, по нашем мишљењу, може се довести у везу са очекиваним погоршањем материјалног положаја бивших супружника, односно са њиховом егзистенцијалном несигурношћу након развода брака. Поред тога, проблеми око реализације алиментационих потраживања, пре свега када је реч о издржавању малолетне деце, који су чести у пракси, додатно су могли демотивисати брачне partnere на плану иницирања бракоразводне процедуре. Напокон, у нашој средини нису реткост ситуације да бивши супружници настављају живот у заједничком стану или кући и након развода брака, што указује на проблеме око поделе брачне тековине, као и на немогућност разведених брачних партнера да на задовољавајући начин реше стамбено питање. Најзад, смањењу броја

²⁰ Бобић, М., "Транзиција брачног партнерства - пример насеља Београд", *op.cit.*, стр. 200.

развода вероватно је допринео и један психолошки моменат, а то је тенденција усмерености појединца ка породици у кризним друштвеним ситуацијама. Не треба изгубити из вида околност да радикалне друштвене турбуленције могу узроковати, можда само привидно, јачање породичне кохезије и породичне солидарности, при чему се породица доживљава као упориште и склониште од многобројних животних проблема.

Оно што, међутим, посебно забрињава, јесте пад броја закључених бракова. Наиме, стопа нупцијалитета је за последњих шест деценија преполовљена. Тако је 1953. године закључено 70875 бракова, 1961. 70201, 1971. 77845, 1981. 69499, 1991. 57704, 2001. 45145, 2011. 35808 и 2012. 34639 бракова. У односу на 1000 становника вредности нупцијалитета изгледају овако: 1953. 10.1, 1961. 9.2, 1971. 9.2, 1981. 7.4, 1991. 5.9, 2001. 5.9, 2011. 4.9 и 2012. 4.8. На 1000 закључених бракова 1953. године је долазило 112.2 развода, 1961. 151.1, 1971. 129.9, 1981. 141.0, 1991. 145.1, 2001. 177.6, 2011. 230.4 и 2012. 212.8 развода.²¹ У светлу драматичног смањења стопе нупцијалитета, број разведених бракова у нашој земљи постаје алармантан.

3. Утицај процеса либерализације бракоразводне легислативе на повећање стопе диворцијалитета у савременом свету

Од посебне је важности питање утицаја процеса либерализације бракоразводног законодавства на повећање стопе диворцијалитета. У циљу одржања стабилности брака и породице, бракоразводно законодавство је у једном дужем временском периоду било крајње рестриктивно. Међутим, не постоје чврсти докази о повезаности степена либерализације бракоразводне легислативе и броја развода у једном друштву. Стога је у савременом праву напуштена идеја према којој ће стабилност брака бити угрожена са једним либералним законом о разводу, односно да ће брак бити оснажен са ригорозним законом.²²

²¹ Републички завод за статистику, *Статистички годишњак Србије*, Београд, 2009; Републички завод за статистику, *Саопштење - закључени и разведени бракови у Републици Србији*, 2012, бр. 201/2013.

²² Поњавић, З., "Приватизација развода брака", *Правни живот*, бр. 10/2009, стр. 887.

Модерни бракоразводни режими најчешће не пропaгирају апсолутну слободу развода, већ је право на развод омеђано извесним ограничењима, уколико је очување брака неопходно из нарочито оправданих разлога. Илустрације ради, Немачки грађански законик²³ познаје заштитне клаузуле (*Härteklausel*) које онемогућавају развод брака, иако је он суштински пропао, ако интереси једног супружника или заједничке малолетне деце налажу очување његове егзистенције у сфери права (§ 1568 BGB). Међутим, у судској пракси су ове клаузуле готово у потпуности обезвређене, тако да се примењују веома ретко, посебно у корист супружника. Мада клаузула о заштити деце теоретски може осујетити развод, у конкретном случају најчешће изостаје озбиљнија провера како ће се развод одразити на добробит детета. Исто тако, распрострањено је гледиште да је за децу бољи развод родитеља него живот у породичној заједници са поремећеним односима. Поред тога, концепт заједничког вршења родитељског права након развода иде у прилог тези да је развод за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом. Ипак, такво коришћење клаузуле о заштити деце није у складу са законом и реалношћу, с обзиром на присутну опасност да дете по разводу брака значајно редукује или потпуно изгуби контакт са једним родитељем.²⁴

Са друге стране, француски бракоразводни режим не обухвата клаузуле којима се експлицитно допушта могућност одбијања развода у одређеним ситуацијама, али у француској судској пракси нису реткост одлуке о одбијању захтева за развод, будући да су судови слободни да одбију тужбени захтев ако нису испуњени законски услови за изрицање развода. Тако је 2000. године, од укупно 114620 бракоразводних предмета, у 4167 случајева одбијен развод брака. Међутим, до одбијања захтева за развод најчешће долази у ситуацијама када недостаје споразум супружника о разводу и о његовим последицама, док је проглашење развода готово извесно уколико су супружници постигли споразум о овим питањима. Последично, супружници су на путу добијања развода лимитирани једино обавезом да уредe последице престанка брака, поштујући при томе интересе детета и јавни поредак.²⁵

²³ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE0099_02377 (28.01.2014.).

²⁴ Schwab, D., *Familienrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2008, стр. 155.

²⁵ Ferrand, F., *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report France*, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Divorce.pdf>, стр. 6 (15.01.2014.)

На крају, домаће бракоразводно законодавство прихвата крајње либерализован концепт развода, при чему се отишло и корак даље у односу на компаративно право, тако да је право на раскид брака уздигнуто на ниво уставног права човека. Наиме, Устав Србије²⁶ у чл. 62 ст. 1 прописује да "свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака". Овим се гарантује слобода развода, тако да одбијање развода у домаћој судској пракси више није могуће.²⁷ При том, интервенција државе се ограничава, углавном, на заштиту интереса деце, док се уређење међусобних односа супружника све више препушта њиховој иницијативи и сагласности, што иде у прилог тези о све већој приватизацији породичног права.²⁸

Евидентно, на стабилност брака и породице утичу многобројни фактори, међу којима је правна регулатива само један од њих, при чему је питање да ли је она довољна да доведе до промена у правцу обезбеђења стабилнијих брачних и породичних веза.²⁹ С обзиром да је у питању ембрион буће породице и основа друштвене грађевине, модерни брак је потребно консолидовати и стабилизovati, а његов раскид не би требало препуштати искључиво вољи, сагласној или појединачној, његових актера. Међутим, у ситуацији када су се обичаји и индивидуални морал променили, не може закон остати једина баријера у домену развода брака.³⁰

4. Правно регулисање развода брака у савременом свету

У већини савремених права прихваћен је објективни бракоразводни систем заснован на општем бракоразводном узроку који је формулисан као неповратни слом брака или као озбиљан и трајан поремећај брачних односа. При том, кривица за повреду брачних дужности је ирелевантна, како у домену допуштености иницирања процедуре, тако и у домену изрицања развода, под условом да се утврди постојање законом предвиђеног бракоразводног узрока.

²⁶ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

²⁷ Цвејић-Јанчић, О., "Устав као извор породичног права", *Правни живот*, бр. 10/2008, стр. 216.

²⁸ Поњавић, З., "Ново породично законодавство - процес приватизације породичног права", *Ново породично законодавство*, З. Поњавић (ур.), Крагујевац, Правни факултет, 2006, стр. 7.

²⁹ Цвејић-Јанчић, О., "Брак - стање у прошлости и изазови будућности", *Правни живот*, бр. 10/2006, стр.15.

³⁰ Поњавић, З., "Приватизација развода брака", *op.cit.*, стр. 887.

Наиме, у модерном праву је готово завршен процес уобличавања развода "без кривице", који омогућава "слободан излазак из брака", мада још увек није искристалисан јасан став у погледу начина регулисања овог модела развода, будући да неке државе прихватају целовит систем развода који се темељи на чињеници пропасти брака, док друге прихватају развод "a la carte", при чему се предвиђају различити узроци за развод, од којих зависи и процедура добијања развода, као и последице развода.³¹

У том контексту, поједини бракоразводни режими обухватају и неке од скривљених бракоразводних узрока, тако да принцип кривице није у потпуности изгубио на значају. У пракси су најчешћи узроци развода прељуба и физичко и/или психичко насиље, тако да се може закључити да су насиље и неверство тужна одлика савременог брачног и породичног живота.³² Стога је у доктрини и данас спорно на којим принципима треба обликовати бракоразводно законодавство, односно да ли треба прихватити објективни бракоразводни систем или задржати и одређене скривљене бракоразводне узроке.³³

Тако је у немачком праву акцептиран један објективни бракоразводни узрок, који је формулисан као неуспех или пропаст брака - *Scheitern* (§ 1564 BGB). Брак је пропао када заједница живота између супружника не постоји и када се не може очекивати да ће бити поново успостављена (§ 1565 I BGB). Развод брака је могућ ако су код једног или оба супружника неповратно уништени духовни темељи брачне заједнице. Будући да се суд налази у деликатној позицији, јер у поступку мора да утврди степен поремећености брачних односа, како би се избегло задирање у интиму супружника и олакшао положај суда, уведене су претпоставке о пропасти брака.

Тако се необориво претпоставља да је брак пропао ако су супружници живели одвојено годину дана и ако обоје подносе захтев за развод, као и ако један супружник подноси захтев за развод, а други се у току бракоразводне процедуре сагласи са разводом (§ 1566 I BGB). У овом контексту, може се говорити о егзистенцији и специјалном положају споразумног развода у немачком бракоразводном систему.

Најзад, необориво се претпоставља да је брак пропао ако су супружници живели одвојено три године (§ 1566 II BGB). Уколико, пак, супружници нису живели одвојено годину дана, развод је могућ ако би настављање брачне заједнице за тужиоца било неподношљиво из разлога који се налази у личности туженог супружника (§ 1565 II BGB).

³¹ *Ibid.*, стр. 875.

³² Панов, С., "Основ за развод духовног брака", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2012, стр. 166.

³³ Schwab, D., *Familienrecht, op.cit.*, стр. 145.

Уколико супружници заједнички подносе захтев за развод, дужни су постићи и презентовати суду свеобухватни споразум о последицама развода. Када је реч о разводу на захтев једног супружника, немачко право познаје специфичну процесну институцију која обезбеђује спајање бракоразводне парнице са парницом за уређење последица развода, чиме се стварају услови да се у оквиру истог поступка одлучи како о разводу, тако и о његовим последицама. Овим процедуралним механизмом елиминише се потреба за вођењем самосталних парница за уређење спорних последица развода, уноси се доза сигурности у међусобне односе супружника и афирмише се идеја о чистом раскиду између супружника након развода брака.³⁴ Објективни бракоразводни систем је акцептиран и у позитивном швајцарском праву, које омогућава развод брака увек када је брачна заједница изгубила смисао и сврху свога постојања, без обзира на конкретне узроке који су довели до пропасти брака, при чему је кривица супружника од значаја само у изузетним ситуацијама.³⁵ Наиме, Швајцарски грађански законик³⁶ нормира две форме развода: развод на заједнички захтев супружника и развод по тужби једног супружника. Законодавац фаворизује престанак брака на заједнички захтев, при чему су могуће две ситуације, у зависности од тога да ли су супружници постигли сагласност о разводу и о последицама развода које подлежу диспозицији странака, или су постигли само сагласност о разводу, док се о последицама развода уопште не могу договорити, или се могу договорити само фрагментарно, када ће спорне последице уредити суд (art. 111-112 ZGB). Поред тога, право на развод може се остварити подношењем тужбе, уколико су супружници живели одвојено најмање две године у континуитету (art. 114 ZGB). Само супсидијарно и у интересу правичности, уколико се чекање да истекне сепарациони рок чини неприхватљивим, као разлог за развод може се активирати чињеница да је заједнички живот супружника постао непоношљив у тој мери да настављање брака више нема смисла (art. 115 ZGB). Међутим, овај бракоразводни узрок се мора крајње рестриктивно примењивати, будући да би његова евентуална злоупотреба могла довести до брзог развода против воље једног супружника, тј. до репудијације, што никако не може бити у складу са првобитном идејом законодавца, који је, прописујући

³⁴ Китановић, Т., "Институт развода брака у праву Немачке", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, тематски број "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр. 63/2012, стр. 356.

³⁵ Китановић, Т., "Основне одлике швајцарског бракоразводног система", *Правни живот*, бр. 10/2009, стр. 1124.

³⁶ *Zivilgesetzbuch* (ZGB), <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html> (28.01.2014.).

овај бракоразводни узрок, имао у виду оне тешке животне ситуације у којима моментални развод представља спас за једног супружника.³⁷

Француски грађански законик³⁸ нормира два модела споразумног развода: развод на основу споразума супружника (*divorce par consentement mutuel*; art. 230-232 CC) и развод на бази прихватања дефинитивног слома брака (*divorce accepté; d'acceptation du principe de la rupture du mariage*; art. 233-234 CC). Код првог модела споразумног развода, супружници морају постићи и презентовати суду споразум о разводу и комплетан споразум о његовим последицама, док се код друге форме споразумног развода супружници саглашавају да је њихов брак доживео дефинитивни слом, док ће спорне последице развода уредити суд. Поред тога, предвиђена су још два бракоразводна узрока: развод услед дефинитивног нарушавања брачне везе (*divorce pour altération définitive du lien conjugal*; art. 237 CC) и развод на основу кривице (*divorce pour faute*; art. 242 CC). Иако је у време последње реформе бракоразводног законодавства (почетком XXI века) један од нацрта закона предлагао напуштање скривљених бракоразводних узрока, предвиђајући само споразумни развод и развод због трајног и непоправљивог поремећаја брачних односа, француски законописац је задржао кривицу као бракоразводни узрок, сматрајући да је овакво решење у складу са тренутним потребама француског друштва. Међутим, основна преокупација законодавца јесте фаворизовање споразума супружника, при чему је од посебног значаја новоуведена установа модификације основа за развод брака у току трајања бракоразводног поступка - *modifications du fondement d'une demande en divorce*³⁹

Породични закон Русије⁴⁰ познаје један општи бракоразводни узрок дефинисан као немогућност остваривања заједнице живота. Законодавац је лимитирао моћ компетентних органа да истражују конкретне разлоге за развод брака у случају постојања споразума супружника, будући да постигнути споразум указује на то да је брак неповратно пропао и да настављање брачне заједнице више није могуће. При том, споразумни развод је у тесној вези са административном процедуром, која има дугу традицију у руском бракоразводном систему.

³⁷ Hausheer, H., Geiser, T., Aebi-Müller, R. E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2007, стр. 118.

³⁸ *Code civil* (CC), <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (28.01.2014.).

³⁹ Courbe, P., *Le divorce*, Paris: Dalloz, 2004, стр. 55-56.

⁴⁰ Семейный кодекс и брачный договор, *Социальная защита*, 5/1996.

По руском праву, развод брака се може добити у административном поступку ако супружници немају заједничку малолетну децу а постигли су сагласност о последицама развода, као и када је један супружник лишен пословне способности, када је судским путем утврђено да је један супружник нестао и када је један супружник осуђен на казну затвора у трајању преко три године. Ако супружници имају малолетно потомство, развод могу добити искључиво у судском поступку, који се јавља у два вида - спорном и неспорном, у зависности од тога да ли су супружници својим споразумом уредили последице развода, преваходно оне које се тичу деце, или о њима мериторно одлучује суд (чл. 19-21). Иако су суду дата велика овлашћења у погледу испитивања споразума родитеља о деци, у пракси је приметна тенденција да судије ове споразуме уопште не испитују или их подвргавају маргиналним испитивањима.⁴¹

Закон о браку Шведске⁴² третира брак као добровољну заједницу мушкарца и жене. Стога је за добијање развода довољна жеља само једног супружника да га раскине. Ако је други супружник сагласан, развод се може добити одмах, осим ако супружници имају децу испод 16 година старости, када је обавезан период за размишљање у трајању од шест месеци. Исто тако, уколико се један супружник не слаже са разводом, иако у браку нема деце испод 16 година, шестомесечни период за размишљање неизоставно мора претходити разводу (Део 5, чл. 1 и 2). Шведско право се, дакле, одликује специфичним бракоразводним системом, који напушта како кривицу за повреду брачних дужности, тако и неповратни слом брака као бракоразводни узрок, при чему је првенствени значај дат року за размишљање, након чијег истека суд мора изрећи развод.

Актуелни српски Породични закон⁴³ нормира два модела развода - развод по тужби и споразумни развод. Уколико се брачни партнери определе за опцију споразумног развода, дужни су закључити писмени споразум о разводу који обавезно садржи писмени споразум о вршењу родитељског права и писмени споразум о деоби заједничке имовине (чл. 40 ПЗС). Споразум супружника о вршењу родитељског права суд уноси у изреку пресуде о разводу брака ако процени да је у најбољем интересу детета (чл. 225 ст. 1 ПЗС).

⁴¹ Antokolskaia, M., *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses - National Report Russia*, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Russia-Divorce.pdf>, стр. 17 (15.01.2014.).

⁴² *Äktenskapsbalken* (SFS 1987:230), <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3288> (28.01.2014.).

⁴³ Породични закон Републике Србије (ПЗС), *Сл. гласник РС*, 18/2005.

Дакле, судови нису у потпуности лишени контролних овлашћења, али је присутан тренд опадања ауторитативне моћи судова, тако да је њихова моћ, у поређењу са прохујалим временима, далеко мања.⁴⁴

Споразумни развод је у нашем важећем праву конципиран тако да су брачни партнери дужни споразумно уредити и имовинске односе, чиме се елиминише потреба за вођењем поступака за деобу брачне тековине, што је од изузетног значаја, с обзиром да ови поступци у домаћој судској пракси спадају у ред комплексних, дуготрајних и исцрпљујућих процеса. Овај услов је профилисан са намером да се супружници благо дисциплинују и уложе додатни труд како би њихов развод заиста био резултат постигнуте сагласности у погледу најважнијих питања њихових будућих односа.⁴⁵ Постигнути споразум о подели имовине је показатељ зрелости супружника, будући да су они, упркос конфликтима који несумњиво постоје међу њима, смогли снаге да сами уреде имовинска дејства престанка брака.⁴⁶ При том, заједничку имовину супружници не морају поделити на једнаке делове, нити су дужни водити рачуна о доприносу сваког од њих у стицању имовине. Постигнути споразум о подели имовине суд без преиспитивања уноси у изреку пресуде којом разводи брак по споразуму (чл. 225 ст. 2 ПЗС).

Уколико се, међутим, супружници не могу споразумети о разводу и о његовим последицама, а брачни односи су озбиљно и трајно поремећени или се објективно не може остваривати заједница живота, један супружник може иницирати бракоразводну процедуру тужбом за развод брака (чл. 41 ПЗС). Али, и у овој ситуацији је пожељно да супружници, током поступка нагодбе, постигну споразум о вршењу родитељског права и споразум о деоби заједничке имовине, при чему су овлашћења суда у погледу ових споразума идентична онима која он има у поступку покренутом предлогом за споразумни развод (чл. 240-246 ПЗС). У сваком случају, уздизањем права на развод на ниво уставног права у нашем правном систему је отворен пут за слободан излазак из брака, при чему је развод постао брз и једноставан независно од тога којим иницијалним актом је покренут поступак за развод, док је у првом плану регулисање последица развода споразумом супружника.

⁴⁴ Поњавић, З., "Уговорно вршење родитељског права", *Правни живот*. 10/2008, стр. 236.

⁴⁵ Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд, Досије, 2005, стр. 140.

⁴⁶ Китановић, Т., "Еволуција модела споразумног развода брака у српском праву", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 62/2012, стр. 238.

5. Закључак

Институт развода брака је прошао пут од апсолутне забране развода, преко његове допуштености у лимитативно побројаним случајевима заснованим на скривљеном понашању супружника, до напуштања кривице као бракоразводног узрока и пружања све већих слобода брачним партнерима у сфери раскида брачне заједнице. Сагласно модерним тенденцијама у домену регулисања односа у браку и породици, савремени бракоразводни режими се одликују високим степеном либерализације, при чему је у већини правних система прихваћен објективни бракоразводни систем, који се темељи на поремећености брачних односа и поимању развода као лека за нарушене односе супружника. Ипак, принцип кривице није у потпуности изгубио на значају, будући да је у појединим савременим правима нормиран и развод заснован на повреди брачних дужности од стране једног супружника.

Поред тога, брак се третира као приватноправни однос у чијој основи лежи сагласност воља супружника, тако да споразумни развод заузима специјалну позицију у савременим бракоразводним системима, независно од тога да ли је нормиран као посебан начин престанка брака или егзистира у оквиру општег бракоразводног узрока.

Савремени бракоразводни системи најчешће не промовишу апсолутну слободу развода, већ је право на развод омеђано извесним ограничењима, уколико је очување брака неопходно из нарочито оправданих разлога, који су у интересу заједничке малолетне деце или супружника који се противи разводу. Међутим, иако је брак изузетно значајна установа, дискутабилно је да ли је на данашњем ступњу друштвеног развитка оправдано ограничавати могућност развода, којим механизмима је изводљиво то учинити, као и колика је делотворност ових механизма на плану васпитног деловања на супружнике и смањења стопе диворцијалитета у савременом свету.

Tanja Kitanović, LL.D
Docent

DIVORCE OF MARRIAGE IN THE MODERN WORLD

Summary

In this paper, the author analyses the institute of divorce in the modern world. Given the fact that the institute of divorce is inseparable from the institute of marriage, in the introductory part the author points out to the specific characteristics of marriage in the contemporary society and discusses some factors which are presently perceived as the primary causes of instability of marital relations. In the central part of the article, the author elaborates on the statistical indicators pertaining to divorcibility and nuptiality in the modern world, with specific reference to the divorce rate in the Republic of Serbia. Further on, the author provides an overview of divorce legislation in some European countries which are traditionally used as role models in the field of regulating family relations, thereupon focusing on the applicable divorce law in Serbia. In particular, the author looks into the process of liberalization of divorce legislation and examines its impact on the growing divorce rate in the contemporary societies. In the conclusion, the author sums up the results of the study on divorce as a social and legal phenomenon in the contemporary world.

Dr Tina Przeska

Assistant professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University “Ss Cyril and Methodius” in Skopje, Macedonia

ACQUIRING PASSIVE LEGAL CAPACITY OF NATURAL PERSONS IN MACEDONIAN CIVIL LAW

Abstract:

The legal capacity (active and passive), delictual capacity and attributes all together constitute personhood of natural and juridical person. In civil law systems usually legal capacity is determined as passive and active. Passive legal capacity is a capacity to have rights and duties under civil law, and active legal capacity is capacity to act. According to law personhood of natural persons begins with acquiring passive legal capacity at the moment of birth. As medicine and technology develops the view of legal doctrine, regarding the moment of acquiring personhood and legal capacity, changes with arguments that “the born alive rule” might be outdated. This article examines the moment of acquisition of passive legal capacity in Macedonian and comparative law according to present legal statute, and the possible consequences derived from the abandonment of the “born alive rule”.

Key words: *personhood, legal capacity, natural persons, civil law.*

In civil law personhood is an important legal institute that is considered to be one of the presumptions for creating civil law relations, besides the legal facts and the object of civil law relations. Personhood is defined by civil doctrine as legal category that consists of capacities and attributes of natural and juridical persons¹. According to the prevailing opinions of civil doctrine personhood must consist of capacities (passive legal capacity, active legal capacity and delictual capacity) and attributes (name, domicile, citizenship) as indivisible unity². The reasoning behind the opinion of civil doctrine that capacities and attributes are symbiotically linked is found in the fact that natural and juridical persons participate in civil law relations not only with their capacities, but also with their attributes. Capacities determine the legal position of a person whether he or she is capable in the eyes of the law to undertake

¹ Р. Живковска, *Опит дел на граѓанското право*, Европа 92, Скопје (2011), 52.

² Some authors, such as professor Dimitar Pop Georgiev, consider that personhood of natural persons is determined only by the capacities, but not attributes. See: Ibid.

certain legal actions. Attributes, on the other hand, are indispensable regarding the individualization of the person. Therefore a person may enter into civil law relations if he or she possesses the necessary capacities, and if he or she is individualized as subject of rights and duties.

Taking in consideration the legal statutes on personhood and legal capacity the civil doctrine determines that in civil law legal systems there are three types of capacities passive legal capacity, active legal capacity and delictual capacity³. The passive legal capacity is determined as abstract possibility for a person to become subject of rights and duties. Active legal capacity is defined as capacity for a person to act, to undertake legal actions that lead him or her to obtain right and duties under civil law. Delictual capacity is determined as capacity of a person to comprehend the meaning of his or her own actions, to evaluate if those actions are legal or illegal and if such actions could cause damages for third parties. Legal capacity (active and passive) is a matter determined by law. In civil law legal systems where civil law is codified, the statutes regulating legal capacity are usually found in the part of the civil code relating to persons (natural and juridical). The German Civil Code (BGB) regulates passive legal capacity of natural persons in Book 1 – General Part in Division 1 relating to persons⁴. Similar to the German Civil Code, the Swiss Civil Code (ZGB) regulates passive legal capacity in the first part of the code – Law of Persons, Title One – Natural Persons, Chapter one – Legal Personality⁵. The same approach is present in the Italian Civil Code (Codice Civile Italiano) it regulates legal capacity in Book one – Of Persons and Family⁶, and the Spanish Civil Code (Codigo Civil) that regulates passive legal capacity in Book I – Persons in Title II - On the birth and extinguishing of civil personality⁷. Unlike the previously mentioned civil codes, the French Civil Code (Code Civil) doesn't contain article regulating specifically passive legal capacity. However, the French Civil Code contains numerous articles in different parts of the code that refer to passive legal capacity⁸. Civil law legal systems that have no civil law codifications regulate the matter relating passive legal capacity in different laws. Republic of Macedonia, as a country that has

³See: P. Живковска, *supra* note 1. 50; P. Varul, A. Avi, T. Kivisild, *Restriction on Active Legal Capacity*, *Juridica International* (IX/2004), 100; I. Hoffman, G. Könczei, *Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code*, 33 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* (2010), 147-148.

⁴ See: Art. 1,

⁵ See: Art. 11.,

⁶ See: Art. 1.

⁷ See: Art. 29.

⁸ See: Art. 8, 318, 725 and 906.

no civil law codification regulates the passive legal capacity in the Law of Obligations (Закон за облигационите односи⁹). Republic of Croatia also regulates passive legal capacity in the Law of Obligations (Zakon o obveznim odnosima¹⁰). In Republic of Serbia passive legal capacity is regulated in the Constitution of Republic of Serbia (Ustav Republike Srbije¹¹) in the scope of the “*right of legal personality*”.

The distinction between active and passive legal capacity regarding the acquisition of rights and duties in the civil law legal system, as it was mentioned before, is recognized and regulated by law (in civil codes, or special laws). However, in Common Law the term “*legal capacity*” or “*capacity*” usually means that a person is recognized as a party in civil law relations and it may acquire rights and duties if the required legal conditions are met. According to precedent law and legal statutes in common law legal systems, especially in English law, the term “*legal capacity*” also means that a person may appear in court proceedings as plaintiff or defendant.¹²

This text will examine closely the matter regarding the moment of acquisition of passive legal capacity of natural persons which is also considered to be the moment when natural persons acquire personhood under the law.

1. Acquiring Passive Legal Capacity in Macedonian and Comparative Law

Legal capacity, as it was mentioned, in civil doctrine is usually defined as potential for a person to have rights and duties emerging from civil law relations¹³. According to the opinion of professor D. Popov, passive legal capacity is “*personal attribute of a person, and it is linked to that person*”¹⁴. In that regard, the professor D. Popov concludes that “*passive legal capacity can’t be transferred or taken away, and natural persons could not renounce it*”¹⁵. Considering that passive legal capacity is linked to the person professor D. Popov

⁹ Службен весник на РМ, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09.

¹⁰ NN 35/05, 41/08, 125/11, čl. 11, st. 1,2.

¹¹ Službeni glasnik RS, br. 98/2006, čl. 37.

¹² For legal capacity in Common law see: I. Hoffman and G. Könczei, supra note 3, 149-150; *Oxford Dictionary of Law, Fifth Edition*, Oxford University Press, (2003), 63.

¹³ See: Р. Живковска, supra note 1; Р. Ковачевић – Куштримовић, М. Лазевић, *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш (2008) 64-65.

¹⁴ Д. Попов, *Грађанско право, општи део*, Пето измењено и допуњено издание, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, (2007) 72-73.

¹⁵ Ibid.

concludes that “*legal capacity is unlimited and equal for all persons*”¹⁶. Professor R. Zivkovska considers that “*passive legal capacity isn’t indivisible category since it can be limited in two directions: first when persons does not fulfill certain conditions determined by law in order to potentially acquire certain rights, and second limitation regarding the scope of potential right that a person could acquire under law*”¹⁷. According to the opinion of professor R. Zivkovska two subtypes of passive legal capacity should be recognized: special passive legal capacity and limited passive legal capacity¹⁸. Unlike passive legal capacity, professor R. Zivkovska points out that “*special passive legal capacity that is obtained by fulfillment of special conditions (education profile, work experience etc.) and permit (license) given by the state*”. Special passive legal capacity is obtained by lawyers, notary publics, doctors and etc.¹⁹. Limited passive legal capacity professor R. Zivkoska defines as “*limitation of the potential for a person to acquire certain rights and duties in civil law relations (for example according to the Law of Ownership and Other Real Rights foreigners are not allowed to own agricultural land in Republic of Macedonia*²⁰)”²¹.

Today, in modern legal systems, passive legal capacity – the capacity for a person to potentially have rights and duties is a capacity that every natural person acquires without exception. In international law natural persons in the moment of their birth acquire unalienable human rights guaranteed by international laws, and also by national laws of countries part of that international community. In this regard article 1 of the Universal Declaration of Human Rights prescribes “*All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood*”. According to article 2 of the Universal Declaration of Human Rights “*Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*”. Especially important in regard of passive legal capacity is article 6 of the Universal Declaration on Human rights

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Р. Живковска, supra note 1, 55.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ “*Foreign natural and juridical persons may not own agricultural land in Republic of Macedonia*”, art. 246 (Закон за сопственост и други стварни права, Службен весник на РМ, бр. 18 /01, 92/08, 139/09 и 35/10.

²¹ Ibid, 63.

which prescribes that “*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*”.

The European Convention on Human Rights from 1950 obligates all high contracting parties to ensure that everyone in their jurisdictions will be able to realize the rights and freedoms defined in the Convention.

The view on passive legal capacity, and on personhood in general, as bestowed on every person from birth without exceptions is considered as legal and humanitarian achievement that resulted from various activities on national and international level for abolishment of slavery²² and all forms of discrimination against natural persons²³.

Acquiring personhood, and by that passive legal capacity is usually achieved in the moment of birth. The birth as a moment of acquiring passive legal capacity is determined in most civil law codifications. The German Civil Code determines that “*The legal capacity of a human being begins on the completion of birth.*” (§1). Also, the Swiss Civil Code prescribes that “*Personality rights begin on the birth of the living child and end on death.*” (art. 31). The French Civil Code in article 8 prescribes that “*Every French person enjoys civil rights*”. The enjoyment of such rights naturally begins at birth. However, considering articles 318 (which prescribes that a person may invoke parental rights only if the child is born vital), article 725 (which prescribes that rights of succession may be realized only by a child that is born vital) and article 906 (prescribing that a gift may be received only by child borne vital), it can be concluded that the French Civil Code links passive legal capacity not only with birth, but also with vitality – capacity for life. The Spanish Civil Code determines that the moment of birth is the moment when a natural person acquires passive legal capacity (art. 29). According to article 30 of the Spanish Civil Code “*For civil purposes, only the foetus with human appearance that lives for twenty four hours fully separated from the mother’s womb shall be deemed to have been born.*”. Article 1 of the Italian Civil Code

²² Besides the national laws, the band of slavery was imposed by article 4 of the Universal Declaration of Human Rights “*No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms*”. Such article is also found in the International Covenant on Civil and Political Rights from 1966 “*No one shall be held in slavery; slavery and the slave-trade in all their forms shall be prohibited.*”(art. 8). European Convention on Human Rights prescribes the band on slavery in article 4 “*No one shall be held in slavery or servitude.*”.

²³ Numerous international documents contain articles prohibiting all forms of discrimination: Universal Declaration of Human Rights (art. 2), European Convention on Human Rights (art. 14), International Covenant on Civil and Political Rights (art. 26), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and other.

prescribes that “*passive legal capacity is acquired in the moment of birth*”. In civil law countries without civil codes the conditions for acquiring legal capacity are determined by laws. In Republic of Serbia passive legal capacity is determined by article 37 of the Constitution, however it is not precise regarding the moment when such legal capacity is acquired. The Law of Obligations of Republic of Croatia in article 17 regulates passive legal capacity and legal presumption regarding birth, which leads to the conclusion that passive legal capacity is acquired in the moment of birth. The Bulgarian Law on Persons and Family (Закон за лицата и семейството²⁴) in article 1 prescribes that “*every person in the moment of birth acquires capacity to have rights and duties*”.

In Macedonian law passive legal capacity is regulated by the Law of Obligations. According to paragraph 1 of article 24-a of the Law of Obligations from 2011²⁵ passive legal capacity is determined as capacity of natural and juridical persons that “*enables the person to have rights and duties...*”. Paragraph 2 of the same article determines that “*natural person acquires passive legal capacity in the moment of birth, and juridical person in the moment of its constitution determined by special law*”. Analysis of the cited article leads to the conclusion that Macedonian legislator links the acquisition of passive legal capacity with the birth of the child.

As it was shown by comparative analysis of several laws and codes regulating the acquisition of passive legal capacity, the legal capacity is acquired in the moment of birth, and usually no other conditions are imposed. The moment of birth is the sole condition for acquiring legal capacity in the German Civil Code, Swiss Civil Code, Italian Civil Code, the special Law of Persons and Family of Republic of Bulgaria and the Law of Obligations of Republic of Macedonia. In the legal system of Republic of Serbia and Republic of Croatia there is no precise determination regarding the moment of acquisition of passive legal capacity. Other civil codes such as the French Civil Code and the Spanish Civil Code, besides birth, prescribe other supplementary conditions regarding the acquisition of passive legal capacity. The articles on passive legal capacity of the French Civil Code lead to the conclusion that in

²⁴ Обн. ДВ. бр.182 от 9 Август 1949г., попр. ДВ. бр.193 от 22 Август 1949г., изм. ДВ. бр.12 от 9 Февруари 1951г., изм. ДВ. бр.12 от 8 Февруари 1952г., изм. ДВ. бр.92 от 7 Ноември 1952г., изм. ДВ. бр.15 от 20 Февруари 1953г., попр. ДВ. бр.16 от 24 Февруари 1953г., изм. ДВ. бр.89 от 6 Ноември 1953г., изм. ДВ. бр.90 от 8 Ноември 1955г., изм. ДВ. бр.90 от 9 Ноември 1956г., изм. ДВ. бр.50 от 23 Јуни 1961г., изм. ДВ. бр.23 от 22 Март 1968г., изм. ДВ. бр.36 от 8 Май 1979г., изм. ДВ. бр.41 от 28 Май 1985г., изм. ДВ. бр.46 от 16 Јуни 1989г., изм. ДВ. бр.20 от 9 Март 1990г., изм. ДВ. бр.15 от 18 Февруари 1994г., изм. ДВ. бр.67 от 27 Јули 1999г., изм. ДВ. бр.81 от 6 Октомври 2000г., изм. ДВ. бр.120 от 29 Декември 2002г.

²⁵ Службен весник на РМ, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09.

order for a natural person to acquire passive legal capacity the child should be born vital. In the Spanish Civil Code the supplementary conditions for acquiring legal capacity are: the live birth of the child, to have human form²⁶ and to be able to survive at least 24 hours completely separated from the body of the mother.

The legal fact of birth is determined by the civil doctrine as formal condition for acquiring passive legal capacity. However, the civil doctrine considers that, besides birth, other crucial condition must be met, and that is for the child to be born alive²⁷. This opinion of the civil doctrine is completely justified because the realization of personhood in the fullest sense of the word may be done only under the assumption that the child is born alive, regardless of the fact whether the law prescribes it as a condition for acquiring passive legal capacity. In respect of the birth, the legal regulations are not precise regarding the moment of birth. According to Roman law the birth is completed when the newborn child is separated from the body of the mother, and when it begins to cry, or demonstrates other sign of life²⁸. Most scholars consider that the moment of birth is the moment when the newborn child is separated from the body of the mother²⁹. Professor V. Cambovski considers that the beginning of birth, when the woman feels the first contractions leading to birth, should be considered as the time of birth³⁰.

2. Discussions Regarding the Possibility for Acquiring Personhood and Legal Capacity Before Birth - Legal Capacity of an Unborn Child

The development of medical knowledge in the field of reproductive technologies and monitoring of pregnancy in the modern world motivates legal scholars to impose one crucial question: Should acquisition of passive legal capacity still be conditioned by birth, or should the unborn child obtain rights before birth?

²⁶ The conditions “*the child to have human form*” as condition for acquiring passive legal capacity is subject to critics from scholar as inhuman and immoral, and contrary to the principles of international law regarding personhood of natural persons. More on this topic see: A.Finžgar, *Osebe civilnega prava*, Ljubljana (1976), 10.

²⁷ Р. Живковска, *supra* note 1, 56-57; Also: V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvodne teme*, Nomos, Beograd (1991), 120.

²⁸ See: М. Митић, *Физичко лице, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том први, Београд (1978), 356.

²⁹ Така: Р. Живковска, *supra* note 1, 57, Исто и Д. Попов, *supra* note 14, 74.

³⁰ *Казнено право, посебен дел*, Просветно дело, Скопје (1997), 25.

There are opinions that the condition of birth regarding the acquisition of legal capacity is a product of rudimentary medical knowledge regarding pregnancy and determining of vitality of the child before birth. Some scholars consider that today modern medicine has created conditions that allow the abandonment of the “*born alive rule*”. This opinion is based on the fact that in medicine there are techniques that allow doctors to determine with certainty if the child is vital in the body of the mother³¹. In common law, although there is no precise precedent, judges contemplate the possibility for recognition of rights of the unborn child (one that passed the 38 week of gestation). The reason for this is found in the medical fact that in this period of gestation the unborn child is fully developed and it is expected to be born alive. Recognition of rights in this gestation period, according to opinions of judges, may be done but only in criminal law. Such recognition of rights will lead to criminal responsibility of a third party for homicide of the unborn child. It is pointed out that there were scholars that shared the same opinion even in the past. According to the opinion of scholars if action of a third party results with death of the unborn child, or as a result of premature birth caused by actions of a third party, that should be treated as negligent homicide, if the child has shown signs of life in the body of the mother³². In consideration of the possibility for abandonment of the “*born alive rule*” scholars point out that the legal systems might develop in two different directions. First – determining the vitality of the child with the help of medical science before recognizing any rights of the unborn child. Second – determining a moment between conception and birth when the unborn child acquires personhood and passive legal capacity³³. The scholars who embrace the opinion that there are conditions for recognition of rights of the unborn child note that the abandonment of the “*born alive rule*” may lead to consequences in other areas of the law, not just in criminal law. It is pointed out that recognition of rights of the unborn child may raise questions about the responsibility of the mother for her actions that caused the death of the unborn child in criminal and in civil law as well³⁴.

The question for recognition of rights of the unborn child in light of article 2 of the European Convention on Human Rights has been raised before the European Court of Human Rights. In particular cases, such as *Vo v France*³⁵, the Court determined that the term “*everyone*” used in the European

³¹See: K. Savell, *Is the ‘Born Alive’ Rule Outdated and Indefensible*, Sydney Law Review, Vol 28 (2006), 626.

³²J. Barry, ‘The Child *en Ventre sa Mere*’ 14 ALJ (1941), 351 - 353.

³³K. Savell, *supra* note 31, 631-632.

³⁴*Ibid*, 626.

³⁵*Vo v France*, Judgment of 8 July 2004, no. 53924/00.

Convention of Human Rights is not applicable for unborn children. According to the opinion of the court the recognition of rights for the unborn child will mean complete exclusion of the right of abortion that is not considered to be a violation of article 2 of the European Convention of Human Rights. According to the prevailing opinion article 2 of European Convention does not exclude the right of abortion when it is in the interest and well being of the mother, and if it is performed according to national legislation. Also, the Court considered that it is not up to the Court to decide if article 2 of the European Convention of Human Rights is applicable to unborn children, since the high contracting parties are authorized to determine personhood, and the moment of its acquisition in national laws³⁶.

The civil law in Republic of Macedonia does not recognize rights of the unborn child, therefore doesn't recognize the possibility for acquiring passive legal capacity before birth.

Although there are no precise articles in the Law of Ownership and Other Real Rights³⁷ it is undisputed that the law should be interpreted in sense that real rights may be obtained only by a living person, person with passive legal capacity.

The Macedonian Law of Obligations is precise regarding the matter of passive legal capacity - it is acquired in the moment of birth. Law of Obligations doesn't recognize rights of the unborn child. In case of damages for death of unborn child in light of paragraph 2 of article 190 the right of compensation is recognized in favor of the parents, not in favor of the unborn child. Also, in such cases damages are awarded to the parents for actions of third parties. Thus the conclusion that according to the Law of Obligations there are no rights in favor of the unborn child because that child has no personhood, and no passive legal capacity.

Regarding successions, the Law of Successions determines that only persons who are alive in the moment of death of the deceased could inherit. The Law of successions also recognizes the fiction of the child conceived before the death of the father (*nasciturus*) as a successor, but only if the child is born alive (art. 122, paragraph 2). Since the right to inherit of the unborn child in this case

³⁶ More on the topic see: J. Pichon, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, German Law Journal, Vol. 07 No. 04 (2006), 436-437.

³⁷ Службен весник на РМ, бр. 18 /01, 92/08, 139/09 и 35/10.

is under the condition that it is born alive, before birth this child has no passive legal capacity³⁸.

Considering the right of succession there is another much debated issue: Does the posthumous conceived children have the right to inherit their father? The Law of Biomedical Assisted Insemination³⁹ in the legal system of Republic of Macedonia created the opportunity for realization of reproductive right by biomedical assisted insemination⁴⁰. According to the Law for Biomedical Assisted Insemination “A man and a woman who on the bases of medical knowledge and experience are under threat of infertility due to a medical condition may give consent in written form to an authorized medical facility for conservation of their genetic material for personal use” (art. 33, par. 1).” The use of the deposited genetic material from the man for insemination of the woman is permitted even after his death, if he has given his consent in written form. The woman in this case has one year from the time of death of the man to realize her right to be inseminated by his genetic material. The implementation of the Law for Biomedical Assisted Insemination in Republic of Macedonia immediately raised the question for succession right of the posthumous conceived children. The Law of Successions in its current state doesn’t recognize such possibility. According to paragraph 1 of article 122 of the Law of Successions only a living person in the moment of death of the deceased could inherit, with the exception of the nasciturus⁴¹. It is obvious that the Law of Succession, in its present state, does not recognize succession right of children that are not even conceived in the moment of death of the father. This obvious conclusion leaves the posthumous conceived children without succession right regarding the estate of the father. On this issue the prevailing opinion of the civil doctrine is that changes must be made in the Law of Succession so that the posthumous conceived children may obtain succession right regarding the estate of their father. The group working on the Law of Succession as an integral part of the Civil Code of Republic of Macedonia, that is being gradually drafted, has already given a proposal regulating succession rights of posthumous conceived children. Having this in mind we can conclude, with high degree of certainty, that in the future Macedonian law will recognize

³⁸ Since the realization of succession rights in this case is linked to the birth of the child, the civil doctrine considers this as conditioned legal capacity or fictitious legal capacity. See: Р.Живковска, *supra* note 1, 58.

³⁹ Службен весник на РМ, бр. 37/08 и 164/13.

⁴⁰ Biomedical assisted insemination (BAI), as defined in article 5 of the Law, is as a medical procedure that enables for female and male reproductive material to be merged for the purpose of achieving pregnancy in manner different than sexual intercourse.

⁴¹ The child conceived before the death of the father may inherit if the child is later born alive.

succession right of posthumous conceived children. However, recognizing the possibility for children conceived before the death of the father (*nasciturus*) and posthumous conceived children to have succession rights cannot be misconstrued as a step in the direction for recognition of any kind of personhood of unborn children. In these cases, the children will become heirs only if they are born alive. This leads to the conclusion that children conceived before the death of the father and the posthumous conceived children have no rights before they are born. The law only recognizes the possibility for such children to acquire right if and when they are actually born. Thus, the possibility for unborn children to become heirs under the condition that they are born alive, does not mean that the “*born alive rule*” will be abandoned to some extent in Macedonian law.

The arguments that medical science has created proper conditions for abandonment of the “*born alive rule*”, meaning that unborn children, after certain period of gestation, could acquire personhood, and by that passive legal capacity, are not sufficiently strong to lead to such crucial changes in civil law. With respect to the fact that medical science can determine if the unborn child is vital in the body of the mother, the uncertainty remains whether that child will be born alive (considering the possibility of complication during birth that are not a result of human actions). If we accept the assumption that birth is irrelevant regarding personhood and acquiring passive legal, that would mean that after certain period of gestation the unborn child (if vital) is already a person in the eyes of the law regardless whether it will be born alive or not. In legal sense, this would mean that the unborn child even if *de facto* is still a part of the mother’s body, *de jure* is treated as a separate person. Since, in this hypothetical situation, the unborn child and the mother are treated as separated persons in the eyes of the law, that would mean that they might have opposed interest and one party (in this case the mother) could violate the rights of the other party (the unborn child). As a result of that the mother could be found liable for damages (among other things). From humanitarian point of view this sounds just, since there are numerous cases when the behavior of the mother during pregnancy is detrimental to the health of the child (consumption of alcohol, drugs, etc.). However from legal point of view this means possible collision of human rights (for example: the right of life of the mother weighted against the right of the unborn child, or physical and moral integrity of the mother weighted against the physical and moral integrity of the unborn child). We must agree that such collision of human right is not desirable, nor should be resolved by determining some priorities by law in sense - the life of one person at the expense of the life of another. Clearly the unborn child can’t be considered the same way as the child born alive. However, we can’t overlook the fact that starting from the moment of conception in the body of the mother a

natural biological process is initiated that leads to creation of a human being, a person in the moment of birth. Having this in mind, it is completely justified for certain legal limitations to be imposed regarding scientific research on embryos and fetuses, legal limitations regarding the termination of pregnancy, also criminal responsibility and civil liability for termination of pregnancy against the will of the mother by actions of third parties.

Regarding the civil liability for damages for death of an unborn child in favor of the parents regulated by the Law of Obligations in Republic of Macedonia, even if the courts can't consider the unborn child as a person regardless of the period of gestation it is in, the fact whether the terminated pregnancy was early or late, should have bearings on the decision for the amount of damages. In this respect the courts should take in account the emotional bond that develops between the unborn child and the parents as the pregnancy progresses. That emotional bond is the strongest when the child becomes vital and starts showing signs of life while in the body of the mother, so the pregnancy that will be terminated in this late stage by action of a third party will cause higher degree of distress and emotional pain on the mother (and the father). The third party undertaking the actions leading to termination of pregnancy is also in position to evaluate the gravity of his or her actions since it can perceive the pregnancy in late stages easier than the pregnancy in early stages. Therefore, in cases of civil law liability for damages due to death of an unborn child the period of gestation should not be overlooked as a relevant fact in determining the state of mind of the party causing the damages, and also in determining the amount of such damages.

In conclusion, personhood and passive legal capacity in Macedonian civil law are acquired in the moment of birth. The law doesn't recognize the possibility for unborn children to be considered as persons and to have passive legal capacity. However, there are laws that prescribe limitation regarding scientific research on embryo and fetuses, limitations regarding the termination of pregnancy and criminal responsibility and civil liability against actions of third parties that cause the termination of pregnancy against the will of the mother.

Tina Pržeska, LLD
Docent

ACQUIRING PASSIVE LEGAL CAPACITY OF NATURAL PERSONS IN MACEDONIAN CIVIL LAW

Summary

Taking in consideration the legal statutes on personhood and legal capacity, the civil doctrine determines that in civil law legal systems there are three types of capacities passive legal capacity, active legal capacity and delictual capacity.

The passive legal capacity is determined as abstract possibility for a person to become subject of rights and duties.

Active legal capacity is defined as capacity for a person to act, to undertake legal actions that lead him or her to obtain right and duties under civil law.

Delictual capacity is determined as capacity of a person to comprehend the meaning of his or her own actions, to evaluate if those actions are legal or illegal and if such actions could cause damages for third parties.

Legal capacity (active and passive) is a matter determined by law. In civil law legal systems where civil law is codified, the articles regulating legal capacity are usually found in the part of the civil code relating to persons (natural and juridical). Civil law legal systems that have no civil law codifications regulate the matter relating passive legal capacity in different laws.

In modern legal systems passive legal capacity is acquired by every person without exception. Acquiring personhood, and by that passive legal capacity is usually achieved in the moment of birth.

The legal fact of birth is determined by the civil doctrine as formal condition for acquiring passive legal capacity. Besides birth, other crucial condition must be met, and that is for the child to be born alive.

In respect of the birth, the legal regulations are not precise regarding the moment of birth. Most scholars consider that the moment of birth is the moment when the newborn child is separated from the body of the mother.

Macedonian civil law doesn't recognize the possibility for unborn children to be considered as persons and to have passive legal capacity under law. There are however, laws that prescribe limitation regarding scientific research on embryo and fetuses, limitations regarding the termination of pregnancy and criminal responsibility and civil liability against actions of third parties that cause the termination of pregnancy against the will of the mother.

STICANJE PRAVNU SPOSOBNOST FIZIČKIH LICA U GRAĐANSKOM PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE

Zaključak

Uzimajući u obzir zakonske odredbe o subjektiviteta i sposobnosti, civilna doktrina utvrdi da u pravnim sistemima kontinentalnog prava postoje tri vrste sposobnosti: pravna sposobnost, delovna sposobnost i deliktna sposobnost.

Pravna sposobnost se određuje kao apstraktnu mogućnost za osoba da stekne prava i dužnosti.

Delovna sposobnost se definiše kao sposobnost za lice da preuzma pravne radnje i da stiče prava i dužnosti u građanskom pravu.

Deliktna sposobnost se određuje kao sposobnost osobe da shvati značenje sopstvenoj radnji, da proceni da li su te radnje u saghaslost prava, i dali takvi postupci mogu prouzrokovati štete trećim licima.

Pravna sposobnost je određena zakonom. U pravnim sistemima gde građansko pravo je kodifikovano, odredbe koje regulišu pravnu sposobnost se obično nalaze u delu koji se odnosi na lica (fizičkih i pravnih).

Pravni sistemi koji nemaju kodifikacije građanskog prava regulišu materiju koja se odnosi na pravnu sposobnost u različitim zakonima.

U savremenim pravnim sistemima pravna sposobnost stiče svaka osoba, bez izuzetka. Sticanje subjektivitet, a pritom i pravnu sposobnost obično nastaje u trenutku rođenja.

Pravna činjenica rođenja civilna doktrine smatra za formalni uslov u pogledu sticanje pravnu sposobnost. Osim rođenja, drugi ključni uslov koji mora biti ispunjen je dete da se rodi živo.

U pogledu rođenja, zakonski propisi ne preciziraju koji je trenutak rođenja. Većina civilista smatra da trenutak rođenja je trenutak kada dete se odvoji od tela majke.

Makedonsko građansko pravo ne dopušta nerođene dece smatrati kao osoba sa pravnu sposobnost. Postoje, međutim, zakoni koji propisuju ograničenja u pogledu naučnih istraživanja sa embriona i fetusa, ograničenja u vezi prekida trudnoće, kao i krivične i građanske odgovornosti protiv postupaka trećih lica koji izazivaju prekid trudnoće protiv volje majke.

Др Душан Новаковић

Доцент Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска Митровица

РЕАЛИЗАЦИЈА РАСКИДА УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Апстракт:

У овом раду покушали смо да дамо правну анализу раскида уговора о доживотном издржавању. Најпре смо говорили о начину раскида уговора, о лицима која могу тражити раскид уговора и о питању пресуђене ствари у споровима за раскид уговора о доживотном издржавању. Код начина раскида уговора, дат је одговор да ли се раскид има остварити у судском поступку (парничном или ванпарничном) или је могућ вансудски раскид уговора. Такође је дискутовано и о форми раскида уговора. У вези наведеног анализирали смо споразумни раскид и раскиду по захтеву уговорача.

Што се тиче лица која могу да траже раскид уговора, наведено је да то право прво припада самим уговорачима, затим, трећим лицима у чију корист је уговорено издржавање, и разматрано је питање, да ли наследници уговорача могу имати право да траже раскид овог уговора.

У вези пресуђене ствари у споровима за раскид овог уговора, изнели смо мишљење како се ово правно питање манифестује код наведеног уговора.

У раду се износе одређена запажања у вези правне анализе појединих спорних питања код реализације овог уговора, питања која поводом раскида уговора нису регулисана Законом о наслеђивању, и предлажу решења како спорна и законом нерегулисана питања треба решити.

Кључне речи: *судски и вансудски раскид уговора, форма уговора, споразумни раскид и раскид по захтеву уговорача, лица која могу тражити раскид уговора и проблем пресуђене ствари.*

Увод

Уговор о доживотном издржавању је један од најсложенијих правних послова савременог српског права. Ово са разлога што се овим уговором међу уговорачима заснивају трајни облигациони односи, који су веома комплексни по својој садржини. Сложеност уговора огледа се у

томе што на страни уговорача, посебно даваоца издржавања, стоје бројне и разноврсне обавезе (обезбеђење исхране, лечења, пружање пажње, неге примаоцу издржавања и др.). Њих није могуће детаљно и комплетно регулисати, већ само приближно означити. Ти односи дуго трају, јер се испуњење обавезе даваоца издржавања простире у дужем временском периоду. Како се уз то и околности у којима се налазе уговорачи непрестано мењају, то ни уговорачи, а ни сам законодавац није у могућности да предвиди све те промене.

Све ово ствара бројне тешкоће при правном регулисању овог уговора. У вези закључења уговора нема неких озбиљнијих тешкоћа и проблема па су и спорови око овог доста ретки. Међутим када је у питању раскид уговора, спорови су врло чести и изузетно сложени. На ово утиче постојећа законска регулатива која врло мало пажње посвећује раскиду овог уговора, па се на бројна питања у вези раскида не може наћи одговор у оквиру Закона о наслеђивању,¹ који регулише овај уговор.

Како је уговор о доживотном издржавању облигациони уговор са одређеним наследноправним последицама, то ће се на овај уговор примењивати одредбе општег дела Закона о облигационим односима,² и то на односе који нису регулисани Законом о наслеђивању, који је у односу на Закон о облигационим односима *lex specialis*.

Међутим како примена и одредби ЗОО није довољна то се појављује потреба за детаљнијом законском регулативом раскида овог уговора.

Сматрамо да треба напоменути да обавезе створене закључењем облигационих уговора најчешће престају испуњењем уговорних обавеза,³ односно извршењем уговора, па ако се то не деси, онда долази до раскида уговора. Разликују се: споразумни раскид уговора, раскид уговора због неизвршења обавеза, раскид уговора због поремећених односа и раскид уговора због промењених околности. До раскида уговора о доживотном издржавању може доћи и када давалац издржавања умре пре примаоца издржавања (чл. 204.) Закона о наслеђивању.⁴

Наравно, уговор о доживотном издржавању, који је у целости извршен, не може се раскинути, (нпр. услед смрти примаоца издржавања).

¹ Закон о наслеђивању „ Сл. гл.РС „, бр.46/1995. и 101/2003- одлука УСРС, ИУ бр. 358/95. у даљем тексту ЗОН.

² Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља, у даљем тексту ЗОО.

³ Чл. 295. ст. 1. ЗОО.

⁴ Видети : чл. 204. Закон о наслеђивању .

Реализација раскида уговора о доживотном издржавању

Начелно посматрано раскид облигационих уговора може бити остварен судским и вансудским путем.⁵

У систему судског раскида, уговорач који жели да раскине уговор, обраћа се суду, па суд пошто испита све околности случаја доноси одлуку којом усваја или одбија тужбени захтев (раскида уговор или га не раскида).

Вансудски систем раскида уговора огледа се у томе што се не захтева интервенција суда, и уговор се може раскинути простом изјавом воље, повериоца, (чл.124. ЗОО) упућене дужнику.

Као основна предност судског раскида уговора наводи се већа правна гаранција, а лоша страна, да је спор и неефикасан, и да постоји неизвесност у погледу исхода судског спора, док се код вансудског система истиче његова брзина, економичност, не захтева судске трошкове поступка, а правна несигурност се увек може отклонити путем декларативне тужбе, односно утврђујуће пресуде да је уговор раскинут.⁶

Наше право прихвата начелно принцип вансудског раскида, с тим што дозвољава и примену судског раскида, када то захтева природа облигационог односа.⁷

Сматрамо да природа облигационог уговора о доживотном издржавању управо захтева судски раскид уговора.⁸

Из одредби ЗОН⁹ (чл.201. ст 1.) и (чл. 202. ст. 1.), несумњиво произилази да закон предвиђа судски раскид овог уговора услед воље само једног уговорника, јер се у првој одредби каже да, у случају поремећених односа уговорника „свако од њих може захтевати да суд раскине уговор“, док у другој стоји да у случају промењених околности „суд може, на захтев једне или друге уговорнице, њихове односе изнова

⁵ Исто : Оливер Антић, Облигационо право, Правни факултет Универзитета у Београду-Јавно

предузеће Службени гласник, Београд, 2009. стр. 441.

⁶ Више о томе: Слободан Перовић, Облигационо право, Новинско издавачка установа Службени

лист СФРЈ, Београд, 1986. стр. 506, Живомир Ђорђевић - Владан Станковић, Облигационо право,

ИРО „Научна књига“, Београд, 1987. стр.315.

⁷ Исто: Оливер Антић, оп.цит. стр. 441. Слободан Перовић, оп. цит. стр. 507.

⁸ Исто: Илија Бабић, Наследно право, ЈП „Службени гласник“, 2008. Београд, стр. 204.

⁹ Исто, чл. 952 . ст. 1. Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Михаило Константиновић, Правни факултет у Београду, Београд, 1969.

уредити или раскинути¹⁰. Закон о наслеђивању ништа не говори о начину остваривања споразумног раскида овог уговора и раскида уговора због неизвршења обавеза. Дакле може се поставити питање да ли овај уговор може престати споразумним раскидом, и раскидом због неизвршења.

Сматрамо да као и сви други уговори и уговор о доживотном издржавању може престати споразумним раскидом уговора.¹⁰ Таква могућност проистиче из аутономије воље уговорни страна (чл.10. ЗОО) .

Исто тако, ЗОО предвиђа у (чл. 26.) да је уговор закључен „када су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора”, па аналогно наведеној одредби уговор ће бити раскинут када се странке о томе сагласе.

Споразумни раскид уговора је по својој правној природи, у ствари нови уговор између истих уговорача, па је за његову ваљаност потребно да буду испуњени сви они општи услови који се траже и за пуноважност уговора.

Споразумним раскидом странке, одустају од свог раније пуноважно закљученог уговора, и стварају нови пуноважан уговор којим одустају од извршења обећаних престација.¹¹

До раскида овог уговора може доћи и због неиспуњења или неуредног испуњења уговорених обавеза од стране уговорача. Како се ради о облигационом уговору, треба применити општа правила облигационог права која регулишу раскид уговора (када једна страна не испуни своју обавезу, друга може захтевати раскид уговора).¹²

Али ова правила треба применити само у оним деловима уговора где се томе не противи правна природа овог уговора.

Ми смо се определили да се раскид овог уговора има реализовати судским путем.¹³ Ово и са разлога што само судски раскид уговора, може обезбедити виши степен заштите интереса обе уговорне стране.

И ЗОН, упућује на судски раскид уговора, а што све говори у прилог нашег схватања о начину раскида овог уговора.¹⁴

Исто тако може се поставити питање, да ли раскида уговора треба остварити у ванпарничном или парничном поступку.

¹⁰ Исто : Оливер Антић, Наследно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004. стр. 330. Илија Бабић, оп. цит. стр. 204.

¹¹ Више о томе : Оливер Антић, оп.цит. стр. 436, Слободан Перовић, оп. цит. 516.

¹² Видети : чл.124-132. ЗОО.

¹³ Исто :Слободан Сворцан, Наследно право, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009. стр. 218.

¹⁴ Видети : Уговор о доживотном издржавању, чл.194-205. ЗОН.

Сматрамо да када нема ништа спорно међу уговарачима, или када се исти договоре око раскида уговора, онда они споразумно раскидају уговор у ванпарничном поступку, у коме су обе стране предлагачи. Тада странке предлажу суду да кроз судско поравнање раскине уговор о доживотном издржавању и истовремено кроз судско поравнање уреди њихова међусобна потраживања настала закључењем уговора о доживотном издржавању. Давалац издржавања може тражити накнаду вредности оних давања и услуга, које је чинио у корист другог уговарача, а прималац издржавања може тражити да се одбије вредност поклона, које је он учинио даваоцу издржавања, у вези са чинидбама, за које овај тражи накнаду.

Када странке о томе постигну договор, суд судским поравнањем раскида уговор о доживотном издржавању и обавезује примаоца издржавања да даваоцу издржавања исплати одређену суму новца, као накнаду на име његовог досадашњег улагања за време трајања уговора, ако постоји разлика у вредности давања уговарача.

У свим другим случајевима сматрамо да раскид овог уговора треба остварити у парничном поступку. Ово из разлога које смо навели опредељујући се за судски раскид. Такође, само парнични поступак пружа гаранцију за потпуно и правилно утврђивање чињеничног стања што је од велике важности за доношење законите и правилне пресуде. Исто тако, код свих случајева раскида, оба уговарача имају право на повраћај датог и користи стечених од датог. То ће најбоље уредити суд у парничном поступку, примењујући општа правила грађанског права.

У том правцу се изјашњава и правна теорија.¹⁵

Значај и сложеност последица раскида овог уговора за уговараче и трећа лица захтевају да се раскид врши у форми која је прописана за његово закључење (мора бити закључен у писменом облику и оверен од стране судије који ће странке упозорити на последице које производи уговор).¹⁶

Зато је за ваљано правно дејство раскида уговора о доживотном издржавању нужно да изјава о раскиду овог уговора буде сачињена у писменој форми. Овде такође ваља имати на уму да се приликом закључења овога уговора, у највећем броју случајева или скоро без изузетака, као престације примаоца издржавања утврђују преноси права својине на непокретностима и тиме примењују одредбе Закона о промету непокретности,¹⁷ који у промету непокретности код закључења уговора инсистира на писменој форми уговора и потписима уговарача овереним

¹⁵ Исто : Илија Бабић, оп. цит. стр. 206.

¹⁶ Видети : чл.195. ЗОН.

¹⁷ Закон о промету непокретности : „ Сл. гл. РС „, бр. 42/98 и 111/2009.

од стране суда (чл. 4.), па је аналогно томе и раскид уговора неопходно сачинити у писменој форми

У случају закљученог уговора о доживотном издржавању којим се непокретности у својини примаоца издржавања преносе у својину даваоца издржавања одмах по закључењу уговора¹⁸ (када је уговор закључен по општим правилима имовинског права, пре доношења ЗОН, или је реч о неименованом уговору са обавезом доживотног уживања) неће бити могућно раскинути уговор без писменог споразума о раскиду уговора, пошто је право својине на предметним непокретностима већ трансферисано у корист даваоца издржавања, те се непокретности, не могу вратити примаоцу издржавања без споразума у писменој форми¹⁹ (ex lege). Промет непокретности не производи правно дејство ако није реализован путем судски овереног формалног уговора.

Ово са разлога пошто је давалац издржавања већ постао власник непокретности, па је писмена форма потребна јер се у ствари ради о другом новом уговору, на основу кога се право својине на непокретности поново преноси на примаоца издржавања, а за такав уговор по закону, потребна је писмена форма.

Такође, треба подсетити да Закон о облигационим односима (чл.68.) није потпуно искључио могућност неформалнога раскида, формално закљученог уговора “ ако је за одређени случај законом предвиђено што друго, или ако циљ због кога је прописана форма за закључење уговора захтева да раскидање уговора буде обавезно у истој форми „ , па је зато могућно неформално раскинути и уговор о доживотном издржавању али само уколико се ради о уговору о доживотном издржавању којим се непокретности у својини примаоца издржавања преносе даваоцу издржавања након наступања чињенице смрти примаоца издржавања. Наравно, и уколико постојање уговора није забележено у јавном регистру непокретности, пошто је и за упис забележбе брисања раскинутога уговора такође потребна изјава о раскиду уговора у писменој форми, или као сагласност за брисање забележбе.²⁰

И ЗОН је предвидео обезбеђење права из уговора даваоцу издржавања, а после смрти сауговорача даваоца издржавања и трећем

¹⁸ Више о томе : Дејан Ђурђевић, Институције наследног права, ЈП Службени гласник, Београд, 2012.стр. 236.

¹⁹ Исто : Оливер Антић, Наследно право, оп. цит. стр. 331

²⁰ Светислав Вуковић, Коментар Закона о наслеђивању, Пословни Биро Д.О.О. Београд, 2003. стр. 266.

лицу, тако што је предвидео да наведена лица могу своје право из уговора обезбедити уписом у јавној књизи.²¹

Ми сматрамо, да је уговор о доживотном издржавању управо прави пример уговора, код кога циљ због кога је прописана форма за закључење уговора захтева да раскидање уговора буде обављено у истој форми.²²

Лица која могу тражити раскид уговора о доживотном издржавању

Раскид уговора о доживотном издржавању може тражити свако од уговорача, пошто су они и највише заинтересовани за евентуалан раскид уговора. Затим, ту долазе трећа лица, у чију је корист уговорено издржавање, и наследници уговорача.

а) Право уговорача да траже раскид уговора о доживотном издржавању

Право на раскид уговора о доживотном издржавању припада уговорачима, Свака страна може тражити раскид уговора због неизвршења. За случај када је у току трајања уговора о доживотном издржавању један од уговорача постао пословно неспособан, или се ради о малолетнику, у његово име и за његов рачун раскид би могао тражити само његов законски заступник или старатељ, уз предходну писмену сагласност органа старатељства.²³ Сагласност се даје у форми јавно потврђене исправе која се тражи за закључење уговора о доживотном издржавању (чл. 29. ст. 2. ЗОО) .

ЗОН предвиђа право на раскид уговора о доживотном издржавању уговорачима, (чл.201. ст. 1) и (чл. 202 ст. 1.) .

Наиме у првој одредби закон наводи да ако се међусобни односи уговорника поремете да постану неподошљиви „ свако од њих може захтевати да суд раскине уговор,, , док у другој стоји да ако се после закључења уговора околности толико промене да његово испуњење постане знатно отежано, „ суд може, на захтев једне или друге уговорнице њихове односе изнова уредити или раскинути „ .²⁴

²¹ Видети : чл.199. ст. 1. и 2. ЗОН

²² Исто : Илија Бабић, оп. цит. стр. 206.

²³ Видети : чл. 64. и чл.193. ст.3. Породичног закона „ Сл. гл РС. „, бр. 18/2005. и 72/2011.

²⁴ Више о томе : Оливер Антић, Наследно право, оп. цит. стр .331. Дејан Ђурђевић, оп. цит. стр. 266-268.

Сматрамо да се горе наведено односи и на уговорача користи за треће лице, јер је и он уговорна странка, а поред тога ангажује своју имовину коју, по правилу, након смрти уговорача стиче дужник..

О раскидању уговора због промењених околности видети (чл.133.-136. ЗОО) .

Може се поставити питање шта чинити у случају када је прималац издржавања закључио уговор са више давалаца. Да ли у том случају раскид уговора може тражити прималац издржавања према оним даваоцима који не испуњавају уговорне обавезе, и да ли даваоци издржавања могу тражити раскид уговора у односу на примаоца издржавања.

Сматрамо да прималац издржавања може да тражи раскид уговора од сваког даваоца издржавања који не испуњава своје обавезе, јер тиме између осталог штити друге даваоце који уредно испуњавају своје обавезе.

Ово са разлога јер када се раскине уговор према овим даваоцима, део примаочеве имовине који је требао да припадне њима, прималац може сада анексом уговора дати даваоцима који уредно испуњавају обавезе, и тако побољшати свој и положај ових даваоца.

Што се тиче даваоца издржавања ЗОН је у наслову „Доживотно издржавање више лица“ (чл.197.) предвидео да када је доживотно издржавање уговорено за двоје или више лица „ свако од њих има засебно право на одређено давање и испуњење.

Аналогно наведеној одредби сваком давалацу издржавања би требало признати, не само право на одређено давање и испуњење, већ и право да тражи раскид уговора ако су за то испуњени законски улови.

б) Право трећег лица у чију корист је уговорено издржавање да тражи раскид уговора о доживотном издржавању

Свако лице, у чију корист је закључен уговор о доживотном издржавању у смислу ЗОН, има положај уговорне стране те има право да непосредно захтева испуњење обавезе даваоца издржавања и да тражи раскид уговора.²⁵

Када је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица,²⁶ раскид уговора (због поремећених односа и промењених околности)

²⁵ Видети : чл. 149. ст. 2. ЗОО

²⁶ Видети : чл. 198. ЗОН.

после смрти сауговорача даваоца издржавања може захтевати и лице у чију корист је издржавање уговорено.²⁷

Сматрамо да треће лице у чију је корист уговорено издржавање може да тражи раскид уговора и за живота уговорача, у свим оним случајевима када би такво право имао прималац издржавања, и под истим условима, под којима би то право могао користити прималац издржавања.

Наиме „уговор у корист трећег је такав уговор код кога се један уговорник (промитент) обавезује према другом уговорнику (стипуланту) да ће извршити одређену престацију у корист неког трећег лица (бенефицијара) “. ²⁸ Промитент је дужник из уговора, стипулант поверилац, а бенефицијар корисник. Како право корисника настаје непосредно из уговора који су закључили стипулант и промитент, корисник постаје поверилац промитента и може да захтева извршење дуговане престације (издржавање које је за њега уговорено) и може захтевати раскид уговора.

Такође, ово лице може захтевати раскид уговора и у случају неизвршења уговора.

У савременим правима уговор у корист трећег има најширу примену у области животног осигурања, али може бити примењен и у многим именованим (уговор о доживотном издржавању у корист трећег),²⁹ или неименованим уговорима.

Ако трећи одбије корист која је уговорена за њега, стипулант нема право захтевати од промитента (дужника) да престације њему испуњава, јер то не произилази из природе посла.³⁰

Потврду нашег става видимо и у законској регулативи уговора у корист трећег. Наиме према ЗОО када неко уговори у своје име потраживање у корист трећег, „трећи стиче сопствено и непосредно право према дужнику...“, па је основано претпоставити да то право обухвата и право на раскид уговора. Поред тога уговарач користи за трећег (стипулант) може је опозвати или изменити све док трећи (корисник) не изјави „да прихвата оно што је уговорено у његову корист,“.³¹

Такође, положај корисника у коме не може тражити раскид уговора због неизвршења или тражити принудно извршење је врло неповољан по корисника, јер би промитент (дужник) могао да престане са испуњењем обавезе чим умре стипулант (поверилац), а корисник га не би могао принудити на извршење уговора или раскид истог.

²⁷ Видети : чл. 201. ст. 4. и чл. 202. ст. 3 . ЗОН

²⁸ Слободан Перовић, оп. цит. стр. 438-443.

²⁹ Оливер Антић, оп. цит. стр. 363.

³⁰ Видети : чл. 152. ЗОО.

³¹ Чл.149.ст. 1. и 150. ст.1. ЗОО .

Дакле давалац би могао да неуредно или да уопште не испуњава уговорне обавезе, а добио би вредност имовине наведене у уговору. То би било грубо кршење начела савесности и поштења.³² Према томе сва права из уговора има корисник до своје смрти, а не смрти стипуланта.

Најзад треба констатовати и то да законодавац у одредбама о доживотном издржавању у корист трећег лица наводи да када је доживотно издржавање уговорено у корист трећег лица, давалац издржавања стиче својину на предметима уговора у тренутку смрти његовог саговорача, “ако уговором није одређено да својина прелази у тренутку смрти трећег лица”³³.

Полазећи од језичког тумачења ове одредбе³⁴ можемо закључити да давалац издржавања може стећи својину на предметима уговора када у целости испуни обавезе према трећем лицу, а то значи када му буде обезбедио издржавање све до његове смрти.

Дакле смрт примаоца издржавања,³⁵ преставља моменат престанка облигационог односа и моменат престанка даваочевих обавеза, и тек тада се може сматрати да је остварен циљ уговора, под условом да су обавезе даваоца издржавања уредно испуњаване. Истовремено у моменту смрти примаоца издржавања, давалац издржавања стиче својину тачно одређених ствари или каква друга права, на које се прималац издржавања уговором обавезао.³⁶

Сматрамо да треба напоменути да треће лице које давалац издржавања треба да издржава је обично супружник примаоца издржавања, или неко од његових сродника. Право на раскид уговора због неиспуњења обавезе издржавања имају оба супружника, а после смрти уговорача примаоца издржавања то право има његов супружник или сродник у чију корист је издржавање такође уговорено, јер је обавеза издржавања недељива.

ц) Право наследника уговорача да траже раскид уговора о доживотном издржавању

Смрћу примаоца издржавања наступају услови за потпуну реализацију уговора о доживотном издржавању (престанка уговора о доживотном издржавању, ако су обавезе из уговора уредно извршене, и тиме се сматра да је остварен циљ уговора.

³² Чл. 12. ЗОО.

³³ Чл. 198. ЗОН.

³⁴ Радомир Лукић, Увод у право, Београд, 1964. стр. 298.

³⁵ Илија Бабић, оп. цит. стр. 205.

³⁶ Више о томе : Оливер Антић, Наследно право, оп. цит. стр. 335.

Међутим када умре давалац издржавања ситуација је другачија. Циљ уговора није остварен, јер прималац издржавања није издржаван до своје смрти.

1) Право на раскид уговора наследника даваоца издржавања

Наш законодавац раскид уговора о доживотном издржавању у случају смрти даваоца издржавања регулише у (чл.204.) ЗОН. Став први овог чл. гласи: „После смрти даваоца издржавања његове обавезе прелазе на његовог брачног друга и потомке који су позвани на наслеђе ако пристану”.

Из наведеног се намеће закључак да ЗОН изричито ограничава круг наследника на које може прећи даваочева обавеза. То су само брачни друг даваоца издржавања (супружник) и његови потомци, али само они који су позвани на наслеђе.

Такође из ове одредбе произилази да даваочева обавеза прелази на наследнике само ако они на то пристану. Ако наведени наследници не пристану на продужење уговора о доживотном издржавању, према ст. 2. истог чл. уговор се раскида.

Из овога даље следи да ЗОН не предвиђа постојање примаочеве сагласности за продужење уговора,³⁷ нити тражи примаочеву сагласност за предузимање даваочевих обавеза од стране наследника, што је сматрамо, противно слободи уговарања (чл. 10. ЗОО) .

То што је неко лице наследник даваоца издржавања не даје примаоцу издржавања никакву гаранцију да ће оно уредно испуњавати уговорне обавезе.

Дакле, прималац издржавања треба равноправно са наследницима даваоца издржавања одлучивати о даљој судбини уговора.

Сматрамо да се уговор мора раскинути и када прималац не пристане на његово продужење после смрти даваоца, јер се ради о уговору који се закључује с обзиром на посебна својства личности.

Зато сматрамо да нема никаквог оправдања да се даваочевим наследницима у конкретном случају не дозволи да траже раскид уговора.

У ситуацији када је давалац издржавања за живота покренуо поступак за раскид уговора па у току поступка умре, његови наследници имају право да започети поступак наставе.

³⁷ Више о томе : Оливер Антић, Наследно право, оп. цит. стр .335. Дејан Ђурђевић, оп. цит. стр. 264

2) *Право на раскид уговора наследника примаоца односно корисника издржавања*

Право тражити раскид уговора о доживотном издржавању због неиспуњења обавезе једно је од права које има прималац односно корисник издржавања. Ово право на издржавање везано је за њихову личност, ради се о уговору *inuitu personae* тако да се природа тог потраживања противи његовом преношењу на другог повериоца, о чему се изјашњава и законодавац.³⁸

Пошто прималац односно корисник не може пренети главно право, не може пренети на друго лице ни споредна права из овог уговора. То значи да само прималац односно корисник издржавања може реализовати ово право.

Они могу реализовати ово право у сваком моменту док траје облигациони однос, јер је у конкретном случају у питању трајни облигациони однос.

Дакле у случају смрти примаоца, односно корисника издржавања, наследници примаоца односно корисника издржавања не могу тражити раскид уговора због неиспуњења обавеза.

Ово са разлога јер смрћу примаоца односно корисника, престаје облигациони однос заснован уговором па се после тог момента не може тражити раскид уговора, нити право на раскид може прећи на наследнике.³⁹

Право на раскид уговора због неиспуњења обавеза од стране даваоца издржавања постоји ради заштите интереса примаоца односно корисника издржавања, које они остварују за свога живота. Пошто наследници подижу тужбу за раскид уговора о доживотном издржавању после смрти примаоца односно корисника издржавања, очигледно је да то не раде ради заштите њихових интереса, већ своје материјалне користи, па им не би требало дозволити да раскину уговор о доживотном издржавању.

У досадашњој судској пракси редовно се допушта наследницима примаоца односно корисника издржавања, да траже раскид уговора, јер се сматра да се не ради о личном, већ имовинском праву које је наследиво.

Међутим, ми из наведених разлога сматрамо, да овакву судску праксу треба напустити.

Друга је ситуација када је прималац, односно корисник издржавања за живота покренуо поступак код суда за раскид уговора, па у току поступка умре. У том случају право да се тражи раскид уговора

³⁸ Видети : чл. 200. ЗОН. и чл. 436. ст.1. ЗОО.

³⁹ Исто : Слободан Сворцан, оп. цит. стр. 217.

остварено је за време трајања уговора о издржавању, те као такво прелази на њихове наследнике.

Да је примаочево потраживање из уговора о доживотном издржавању ненаследиво прихвата и правна теорија.⁴⁰

Раскид уговора о доживотном издржавању и питање пресуђене ствари

Сматрамо да нема места приговору пресуђене ствари у случајевима када је већ раније вођен поступак између истих странака а чији предмет тужбеног захтева је био раскид уговора о доживотном издржавању.

Да би се радило о пресуђеној ствари није довољно да се ради о истим странкама и о истоименом захтеву, као у неком ранијем спору.

Закон о парничном поступку,⁴¹ у (чл.360. ст. 3.) наводи:

„Правоснажност пресуде везује се за чињенично стање утврђено до закључења главне расправе „ .

Раније донета пресуда обухвата чињенично стање (везује се за чињенично стање спорног материјалноправног односа насталог до момента закључења главне расправе)⁴², па исте странке могу поново подносити исти тужбени захтев, ако се он односи на догађаје који су настали после раније донете пресуде.

Наиме обавеза даваоца издржавања по уговору о доживотном издржавању је трајне природе, па сваки нови догађај и поступак у вези са извршењем те обавезе представља нови чињенични основ за побијање тог уговора.

Дакле , околности се могу изменити и створити услове за нову тужбу.

⁴⁰ Дејан Ђурђевић, Оп. цит. стр. 261.

⁴¹ Закон о парничном поступку „ Сл. гл. РС „ бр. 72/2011, 49/2013- одлука УС и 74/2013- одлука УС.

⁴² Боривоје Познић , Грађанско процесно право, Савремена Администрација, Београд, 1980. стр. 287,

Александар Јакшић, Грађанско процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду,

Центар за издаваштво. Београд. 2010. стр. 327. Боривоје Познић-Весна Ракић Водинелић,

Грађанско процесно право-Скрипта, свеска II, Београд, 2012, стр. 311.

ЗАКЉУЧАК

Раскид уговора о доживотном издржавању као што смо навели може настати из више разлога. Наведени разлози су општи и за остале облигационе уговоре, а неки су својстени само овом уговору и условљени су његовом правном природом (нпр. раскид уговора због поремећених односа). Ова врста раскида уговора не постоји ни код једног другог облигационог уговора.

Што се тиче начина остварења раскида овог уговора треба прихватити судски раскид, с обзиром на сложеност овог уговора и последица које изазива раскид уговора.

Раскид би могао бити остварен само у парничном поступку, осим споразумног раскида који би требало остварити у ванпарничном поступку.

Закон о наслеђивању, није регулисао споразумни раскид уговора и раскид уговора због неизвршења. И на те случајеве треба применити општа правила облигационог права, имајући у виду специфичност уговора због обавеза даваоца издржавања у односу на примаоца.

За раскид уговора важила би иста форма која се тражи за закључење уговора

Сматрамо да се уговора о доживотном издржавању, не може раскинути неформалним споразумом. Ово и са разлога, што је у питању доказна функција форме. Примаочеве наследници често оспоравају постојање уговора о доживотном издржавању, јер он умањује вредност заоставштине њиховог оставиоца. Зато је потребно да након примаочеве смрти постоји поуздан доказ о томе да је уговор о доживотном издржавању закључен.

Имајући у виду изнето, законска регулатива раскида овог уговора није довољна, те се указује потреба за нормативним унапређењем садржине законских одредби које регулишу ову област (у смислу датих предлога).

Гледано *de lege ferenda*, било би веома корисно, нарочито са становишта правне сигурности, да наше право прецизно уреди ову сложену материју.

Дакле, треба учинити да се постигне што већа хармонизација између оног стварног, што постоји са једне стране, и оног нормативног, с друге стране.

Dušan Novaković, LLD
Docent

REALIZATION OF TERMINATION OF THE LIFE-LONG CARE CONTRACT

Summary

In this paper we try to give a legal analysis of the termination of the long-term care contract. First, we write about how to terminate the contract, about the parties that may ask for termination of the contract and the matter of the adjudications in the litigations concerning long-term contract termination.

In respect of the ways to terminate a contract, we are trying to provide the answer to whether the termination can be achieved in court (in judicial or extrajudicial proceedings) or termination is possible outside the court. We will also discuss the form of contract termination. In relation to this, we will analyze mutual termination and termination at the party's request.

As for the persons who may request the termination of the contract, it is stated that the right primarily belongs to the contracting parties and to third parties, the long-term care beneficiaries and the question whether the successors of the contracting parties are entitled to seek the termination of this contract is examined.

With regard to adjudications in the litigations for contract termination, we express the opinion on how this legal issue is manifested at the contract in question.

This paper presents specific findings regarding the legal analysis of certain issues in the implementation of this contract, the issues regarding the termination of the contract that are not regulated by the Inheritance Law and proposes solutions for controversial and legally unregulated issues that need to be addressed.

Мр Душко Челић

Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска Митровица

РЕГИСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ НАКОН 1999. ГОДИНЕ – КВАЗИПРАВНО КРЕИРАЊЕ СТВАРНОСТИ

Апстракт:

Значај уређеног и поузданог регистра непокретности и права на непокретности несумњив је у сваком савременом правном систему. Тај значај посебно се истиче у пост-конфликтним друштвима, у којима је правна култура и свест о значају поштовања владавине права на ниском нивоу. Ове чињенице, на жалост, још увек одликују стање ствари на Косову и Метохији. Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК), увидела је значај постојања јавног регистра на непокретностима, међутим, начин на који је покушала да реконструише јавни регистар непокретности, далеко је испод стандарда правне струке, како у методолошком, тако и у садржинском и номотехничком смислу. Оснивајући, противно Резолуцији СБОУН бр. 1244, потпуно независан јавни регистар непокретности у односу на остатак Републике Србије, у условима потпуног прекида континуитета вођења евиденције, укључујући и збирку јавних и приватних исправа, УНМИК је допринео да регистар непокретности на Косову и Метохији буде непоуздан а његов правни значај и карактер споран. Може се рећи да се правни значај јавног регистра непокретности на Косову и Метохији исцрпљује у некој врсти помоћне јавне евиденције, јер је начело поуздања у тачност уписаних података, потпуно компромитовано. "Споразум о катастру", закључен између власти Републике Србије и *de facto* власти у Приштини, као и текст "Нацрта закона о косовској агенцији за упоређивање и верификацију имовине", *prima facie*, потврђују ову претпоставку. Компликовању стварноправних односа на непокретностима на Косову и Метохији, погодује и нечињење а у појединим елементима и рђаво чињење власти Србије у овој области.

Кључне речи: *Право својине. – Јавни регистар непокретности. – Косово и Метохија. – Цивилна управа Уједињених нација (УНМИК). – "Споразум о катастру" – "Нацрт закона о косовској агенцији за упоређивање и верификацију имовине". – Помоћна јавна евиденција непокретности.*

I УВОД

Потреба за увођењем јавних регистара непокретности проистекла је из изузетног економског значаја, посебности правне природе и правних односа који настају поводом тих ствари. Иако је у нашој правној књижевности преовлађујуће гледиште да у основи настанка јавног регистра непокретности, преовлађују разлози посебности правне природе и правних односа поводом непокретности, (од чега посебно издвајају публицитетну и традициону улогу у погледу стварних права на непокретностима),¹ мишљења смо да, историјски гледано, одлучујући разлози настанка претеча јавних регистара, леже у ондашњем огромном економском значају земљишта и потреби да се оно и њени власници уредно напишу, како би власти могле да уреде убирање дажбина.

У том економско-правном смислу, претечом јавног регистра непокретности сматрају се Халдејске таблице пронађене у Телоху у Арапској пустињи, на којима је исписан план и опис града Дунгхи у Месопотамији, за који се сматра да потиче око 4000. пре Христа. Према опису грчког историчара Херодота, персијски краљ Дарије I. (око 550. до 486. пре Христа), увео је плаћање пореза на приход од земљишта, па је ради тога наредио да се у освојеним земљама Мале Азије мерењем утврди величина земљишта.²

У античком Риму био је установљен попис (регистар) римских грађана и њихове имовине – *tabulae censoriae*.³ Попис грађана Рима обављан је периодично (у почетку сваке четврте, касније сваке пете године), а служио је као основица за утврђивање пореске обавезе (*sensus*), односно, права гласа и војне обавезе.⁴ Наиме, римски грађани плаћали су, све до 167. године, непосредни порез на вредност непокретности.⁵ Ипак, упис у ове регистре није имао конститутиван карактер у погледу стицања стварних права на непокретностима.

Сматра се да су прве земљишне књиге настале у чешким земљама у XIII веку, под именом "земаљске даске". Назив потиче из чињенице да је

¹ Орлић Миодраг, *Увођење и обнављање земљишних књига*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-6/2000, стр. 9-11, са даљим упућивањима, Цветић Раденка, *Савремена евиденција непокретности*, Нови сад, 2009, стр17-19, са даљим упућивањима.

² Herodotus, *Херодотова историја*, књ. I, Нови Сад 1980, електронско издање: <http://www.tvorac-grad.com/knjige/herodot/knjiga03.html>.

³ Бујуклић Жика, *Форум Романум, Римска Држава, право, религија и митови*, Београд, 2006, стр. 537.

⁴ Бујуклић Жика, нав дело, стр.177,

⁵ Пухан Иво, *Римско право*, Београд, 1974, стр. 57.

упис у сврху и са дејством стицања својине на непокретности, обављан првобитно на таблама (даскама) од оморике а тек касније на пергаменту.⁶

II ПРЕТЕЧА ЈАВНОГ РЕГИСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ У СРБИЈИ

Претечу јавног регистра, у смислу јавно доступног пописа права на непокретностима, у нашим крајевима, представља ктиторска повеља Светога Краља Милутина из 1321. године, којом је богато обдарио Манастир Грачаница – Грачаничка повеља. Наиме, за разлику од уобичајених средњовековних ктиторских повеља, комплетан текст Грачаничке повеље исписан је унутар зидина Храма.⁷ Повеља Светога Краља Милутина исписана је на десном параклису - западном зиду ђаконикона Манастира Грачаница, испод фреске Светог Пророка Илије, у 53 реда на површини димензија 160 x 190 цм.⁸ Повеља је исписана у унутрашњости Храма према свим правилима фрескотехнике и, судећи према техници исписивања и облику слова, препис текста повеље (исписане на пергаменту, која на жалост, није сачувана), настао је у време живописања унутрашњости Храма.⁹ Текст повеље је (за разлику од Жичке) аутентичан и веродостојан.¹⁰ Након уводног дела Повеље и тзв. интитулације (у којој Ктитор нарочито наводи своје порекло, родитеље и претке), у контексту овог рада, најважнији је први одељак диспозиције Грачаничке повеље у коме се, од 11. до 24. реда, до детаља наводе границе

⁶ Руд Јосип, *Хисторија земљишних књига*, Загреб, 1931, стр. 17.

⁷ *Истина, и делови Жичке повеље Стефана Првовенчаног, исписани су на северном и јужном зиду под кулом манастира Жича. Представљају остатке двеју повеља Стефана Првовенчаног - северни натпис за основицу је имао оснивачку повељу из 1219, јужни натпис повељу издату 1224-1227. Те повеље, као и првобитни натписи, начињени на основу њих, нису сачувани. Постојећи натписи су из почетка XIV века. Прилично су оштећени. За разлику од Грачаничке повеље, овај натпис настао је на бази оснивачке повеље манастира Жича, коју је Стефан Првовенчани издао крајем 1219. године. На жалост, он није из времена подизања манастира, него из почетка XIV века. Приликом поновног живописања цркве у време краља Милутина пребрисан је првобитни текст и написан нови. Сигурно је да тај нови натпис преноси изворни текст у највећој могућој мери (мада су могућа и извесна одступања као последица евентуалног оштећења првобитног текста). Могуће је да је пренет читав текст повеље али и да су начињена извесна скраћивања. О Жичким натписима, детаљније видети Синдик Душан, Једна или две жичке повеље? *Историјски часопис, Београд, XIV-XV, 1963-65, стр. 309-315.**

⁸ Живковић Бранислав, *Грачаничка повеља*, Београд, 1992, стр. 102.

⁹ Тодић Бранислав, *Грачаница, књ. друга – сликарство*, Приштина – Београд, 1999, стр. 134.

¹⁰ Мошин Владимир, *Повеље Краља Милутина – дипломатичка анализа*, *Историјски часопис, Београд, бр. XVIII, 1971, стр.60 – 69.*

имања покљоњеног Храму, што би у данашњем смислу представљао описни катастар земљишта,¹¹ какав смо без мало, до скоро имали на добром делу територије Србије.¹² Шта више, из садржине једине сачуване приватноправне исправе из XIV века – уговора о купопродаји куће ("двора"), познатом као "призренска тапија", може се извести закључак да се непокретност у то време описивала наративно али и уз помоћ дужинских мерних јединица – лаката.¹³ О постојању и значају регистара непокретности у срењовековној Србији, посредно нам говори одредба чл. 67. Душанова законика, према којој су дажбине (у новцу и раду) зависног становништва, биле распоређиване унутар села сразмерно површини

¹¹ "...ја, грешни Стефан краљ Урош Други и с Богом самодржац свих српских земаљ и поморских, писах хрисовуљ овај, села по имену: Грачаница и Сушица и Селце, и са засеоцима њиховим, и са међама – на студенац.. јања (/) право по пољу у брешће и Спасовој цркви, кроз поље право на Скуланове воденице, право у реку грачанску, и право у сусрет Мајаслављим воденицама, преко у крушку у белег. И од крушке преко у Крушевац, и Крушевца како нестаје – право у Бутовац, по брегу на орону пољану, на Кумању главу, на Недљу, по брегу право над Брус, и од Бруса по брегу право на Остри врх, и од Острога врха на Вечетен, међу Сушици и међу Гуштерицу, падином право на брод, где се падина завршава; и од брода путем великим по пољу, право на пут који води из градау Приштину, путем на први белег, право у Жупањ студенац..." (Живковић Бранислав, нав. дело, стр. 61.).

¹² У погледу садржине, али не и јавности, једна друга владарска повеља – Дечанска повеља Светога краља Стефана Уроша трећег – Стефана Дечанског, из 1330. године, садржи можда и најбогатије податке, који се својим обухватом и (описном) прецизношћу, у пуном смислу могу сматрати катастарским. Тако, између осталог, Дечанска повеља садржи попис 1850 меропашких кућа (пољопривредних газдинстава) у коме су поименце наведене све мушке главе (Александар Соловјев, Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Бугара, Београд, 1999, стр. 192.). Дечанско властелинство је, уз хиландарско, био највеће манастирско феудално имање средњовековне Србије. О величини имања говори чињеница да је оно обухватало велики део Подримља, Метохије и предео Алтин на јужним падинама Проклетија у данашњој североисточној Албанији. Оно је обухватало 89 села која су, заједно са домаћинствима и именима њихових старешина, прецизно наведена у Дечанској повељи. Ови подаци представљају најопсежнију ономастичку грађу у средњовековној Србији и указују да је читаву територију дечанског властелинства у првој половини XIV века била не само део српског државног, већ и економског, својинског и етничког простора. (Арсиф Ирена (ур), *Косово у повељама српских владара*, Бања Лука – Београд, 2000. год, стр. 75.).

¹³ "...а ширина би двора тога от Бабичине земље седамнаест лаката а уз Велехнину земљу тридесети лакат, а уз Ранкову и уз Богданову земљу дине тридесет лакат а уз царев врт и долине стран... на двадесет и седам лакат..." (Према тексту: Соловјев Александар, *Одабрани споменици српског права (XII – XV век)*, Београд, 1926, стр. 148).

(димензијама) земље коју свака од кућа отрока о мeroпахa користи.¹⁴ Ипак, подаци о дарованим непокретностима прецизно наведени у Грачаничкој повељи - (једином) аутентичном тексту ктиторске повеље исписане унутар зидина манастира и на тај начин трајно обзнањеној свим (верним) људима, могу се сматрати претечом онога што данас називамо катастром непокретности – јавно доступном званичном евиденцијом о физичком простирању непокретности и њиховим имаоцима.



Слика 2: Грачаничка повеља исписана на западном зиду десног ђаконикона манастирског здања – претеча јавног регистра непокретности у Србији

III ОТОМАНСКО И КОМУНИСТИЧКО НАСЛЕЂЕ

С'прекидом српске државности, потпадањем под отоманску власт, прекинут јеконтинуитет њеног развоја и институција. У области својинских односа на непокретностима прекинут је својински

¹⁴ Тарановски Теодор, *Историја српског права у немањићкој држави, Трећи део: Историја грађанског права*, Београд, 1934, стр. 112.

континуитет наметањем тимарско-спахијског система, који је, након вишевековног трајања, у вазалној Кнежевини Србији укинут одредбама "турског устава"¹⁵ и Српског грађанског законика.¹⁶ До ослобођења, окончањем Балканских ратова 1912-1913. године, на делу отоманске државе који је обухватао (и) данашње Косово и Метохију, важио је реформисани баштинско-аграрни систем са извесним специфичностима у односу на остале територије. Хатишерифом из 1839. године, укинут је стари систем заснован на исламским правним нормама и свим поданицима "подарио" једнакост пред законом и османско држављанство без разлике у односу на веру. То је подразумевало и укидање спахијске „везе“ са земљом. Спахилук је нестао, али је, нарочито у рубним крајевима отоманске царевине, све више маха узимала једна установа баштинског права – читлук (чифлик) – „која није била предвиђена у Рамазанском законик, већ је производ обичајног права извесних европских покрајина“.¹⁷ Укидање спахијског реда пратило је насилно читлучење зависног сељачког становништва, употребом силе, преваре, фалсификовањем јавних исправа (тапија) итд.¹⁸ На данашњој територији Косова и Метохије, коју је обухватао некадашњи Косовски вилајет, читлучење је имало и етнички предзнак. Иако супротна прописима, фактичка неравноправност Срба и Албанаца била је утемљељна на различитој верској припадности, улози Албанаца и специфичној османској политици према њима, која им је, у односу на српско становништво обезбеђивала привилегован положај. Судаћи по, истина непотпуним, подацима о аграрном положају српског становништва на овој територији крајем XIX и почетком XX века, може се закључити да је верску и физичку неравноправност Срба у односу на албански живаљ, пратила и економска неравноправност, оличена у њиховом аграрном положају.¹⁹ По доласку на власт, Младотурци су, у склопу опште реформе државе, средином 1910. године у Косовском вилајету започели уговорно уређење односа између читлук сахибија (ага) и чифчија, као и

¹⁵ Чл. 59. "Турског устава".

¹⁶ "Као год што су спахилуци, тимари и зијамети укинути у Србији, тако, нити их има, нити се унапредак увести могу, но сваки је Србин од свога добра (мала) савршени господар, или прави баштиник, у ком се законом обезбеђена и заштићена". (Пар. 213. Српског грађанског законика).

¹⁷ Недељковић Бранислав, *Историја баштинске својине*, Београд, 1931. год, стр. 236.

¹⁸ О бројним примерима како су у нашим крајевима под отоманском влашћу насиљем сељачком становништву наметани читлучки односи, в. М. Нинчић, *Историја аграрно-правних односа српских тежака под Турцима*, I део, раније доба, Београд, 1920. год, стр. 113. и даље.

¹⁹ М. Јагодић, *Српско – албански односи у Косовском вилајету (1878 – 1912)*, Београд, 2009. год, стр. 156-159.

убаштињење земљишта. Формиране су посебне комисије којима су држаоци били дужни да лично предоче тапије и друге исправе којима су доказивали право на земљишту; комисије би по прегледу докумената уписивале непокретности на одређено име у главни регистар и о томе издавале потврде. Сво обрадиво земљиште за које нису поднете одговарајуће исправе требало је да буде проглашена државном својином и понуђена на откуп са правом прече куповине ага а затим чифчија. Подухват је међутим био неуспешан, што због опструкције бегова, то и због системске неравноправности хришћана у овим поступцима и неискрених намера власти, с обзиром да им је очигледно било у интересу да земља остане у својини (или пак у државини) муслиманског становништва.²⁰

Косово и Метохија су ослобођење од Отоманске власти, у погледу својинскоправних односа на земљишту, дочекале у многоме у хаотичним и нерегуларним приликама у погледу постојања и поузданости својинских исправа, пре свега тапија и тапијских регистара. Када је о регистрима непокретности реч, тапијски систем, наслеђен од Отоманског царства, наставио је да живи кроз прописе који су, за подручје Старе Србије, које је обухватало и данашњу територију Косова и Метохије, донете од власти Краљевине Југославије.²¹ Тако је тек тада на овим подручјима створен правни основ за оснивање књиге тапија и обавеза уписивања тапија у регистар тапија. Ипак, због његовог прелазног карактера, тапијски систем ни на једном подручју Србије, па ни на Косову и Метохији, није био систематски и прецизно развијан, нарочито након аброгације свих предратних прописа, коју је одредио Закон о неважности правних прописа донетих до 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације²², након чега су се ови прописи примењивали факултативно и то увиду правних правила. Идеолошки однос према (приватној) својини, додатно је допринео да тапијски систем у потпуности "закржља",²³ и са свим

²⁰ У том погледу сликовит је пример поступања комисија у Приштинском санцаку. Наиме, иако су се аге договориле да не користе право прече куповине и не откупљују имања проглашена државном својином, комисије нису желеле да их потом понуде на продају чифчијама. Комисијама је убрзо наређено да се више не упуштају у расправљање оваквих случајева, чиме је прећутно агама дозвољено да задрже правно спорна имања. (М. Јагодић, нав. дело, стр 170.).

²¹ Закон о издавању тапија на подручју апелационих судова у Београду и Скопљу и Великог суда у Подгорици, ('Службене новине Краљевине Југославије, бр. 29/30.) и Правилник за извршење Закона о издавању тапија, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 39/30.).

²² *Службени лист ФНРЈ*, бр. 86/46 и 105/47.

²³ Симоновић Драгољуб, *Реафирмација земљишних књига*, Правни живот, Београд, бр. 10/1998, стр. 780.

недостацима у односу на земљокњижни систем, (п)остане непотпуна и непоуздана правна евиденција непокретности. Када је реч о евиденцији фактичког стања на непокретностима, на Косову и Метохији је она била установљена као катастарска евиденција. За разлику од других крајева Србије, у којима је катастарска евиденција непокретности установљена пореским прописима,²⁴ још у другој половини XIX века, и у којима је већ било спроведено низ активности на оснивању катастра²⁵, на Косову и Метохији је увођење катастра било правно могуће тек са ослобођењем од Отоманске окупације и са доношењем Закона о катастру земљишта Краљевине Срба Хрвата и Словенаца, 1928. године²⁶. Иако је овим законом био одређен рок за оснивање катастра земљишта "за све крајеве државе, где не постоји", од 10 година,²⁷ овај организационо и технички приметан посао на Косову и Метохији није довршен за постојања Краљевине Југославије.

Катастар непокретности у смислу јединствене (фактичке и правне) евиденције непокретности на Косову и Метохији није спроведен до агресије НАТО на СР Југославију, и поред тога што су правне претпоставке за то створене 1899. године, Законом о премеру и катастру и уписима права на непокретностима,²⁸ односно, Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима из 1992. године.²⁹ Истина, у првој деценији боље рећи важења а не примене Закона, на успостављању јединствене евиденције непокретности урађено је готово симболично на читавој територији Србије – до марта 2000-те године, од укупно 5831 катастарске општине, катастар непокретности

²⁴ Одредбом чл. 93. Закона о непосредном порезу из 1884. године, било је предвиђено увођење катастарског премера земљишта, за потребе разреза пореза. Више о увођењу и развоју катастра непокретности у Краљевини Србији, в. Љушић Нада, *Катастарски одсек и премеравање Краљевине Србије*, Корени, Јагодина, бр. VI (2008), стр. 23 – 33.

²⁵ Тако, први просторни план Београда у Кнежевини Србији израђен је 1867. године а први систематски премер 48 000 кв. Км. Кнежевине Србије обавило је Географско одељење Главног генералштаба Српске војске, у периоду 1881 – 1892. год. (Живановић Малиша, *Катастар земљишта или катастар непокретности – визија катастра земљишта 2024. године*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-6/2000, стр. 275.).

²⁶ *Службене новине Краљевине СХС*, бр. 14-VIII/1929.

²⁷ В. чл. 1. ст. 3. Закона о катастру земљишта.

²⁸ Пречишћен текст објављен у *Службеном гласнику СР Србије*, бр. 28/1990.

²⁹ *Службени гласник РС*, бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96, 34/2001, 25/2002 и 101/2005.

основан је за 252 или за око 4% свих катастарских општина или реално за око 1% укупне територије.³⁰

IV СЕПАРАТНИ "ПРАВНИ РЕЖИМ" УНМИК-а

Непосредно након завршетка НАТО агресије на нашу земљу, Републички геодетски завод дислоцирао је документацију и Службу за катастар непокретности за подручје АП Косово и Метохија, укључујући и збирке исправа, изван територије Покрајине. Након 10. јуна 1999. године, када је на Косову и Метохији, у складу са Резолуцијом Савета безбедности Организације Уједињених нација, установљена привремена управа Уједињених нација (у даљем тексту: УНМИК), на овој територији наступило је стање насиља, безвлашћа и безакоња у коме су људска права Срба и неалбанаца систематски кршена³¹ а права на непокретностима масовно узурпирана. Томе је предходио масовни егзодус српског и другог неалбанског становништва са Косова и Метохије. Од јуна 1999. године са Косова и Метохије је прогнано и изабегло више од 242 хиљаде Срба и других неалбанаца. Од 437 места у којима су живели Срби до 1999. године, изузимајући општине Лепосавић, Звечан и Зубин Поток, етнички је потпуно очишћено 312 насеља.³² Поред око 27 000 узурпираних стамбених јединица, од јуна 1999. године уништено је око 18000 кућа.³³ Према подацима УНМИК-а, из јуна 2007. године, још увек је било евидентирано 10405 уништених стамбених објеката расељених лица.³⁴ 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)

³⁰ Живановић Малиша, нав. дело, стр. 284.

³¹ Од увођења привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохији 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. (Извор: *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст*, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009, стр. 8, <http://www.kim.gov.rs/cms/view.php?id=102&start=50#archive>, 10. 6. 2012. год.).

³² *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију-радни текст*, стр. 6.

³³ Исто, стр. 10.

³⁴ *OSCE – MISSION IN KOSOVO AND METOHIA, Eight years after Minority returns and housing and propertu restitution in Kosovo and Metohia, Pristina, 2007, p. 5.*

махом у својини Срба, узурпирано, што износи 38,83% свих катастарских парцела на Косову и Метохији!³⁵ Резолуцијом СБОУН бр. 1244, (поново) је потврђен суверенитет и територијални интегритет Савезне Републике Југославије,³⁶ стим да је он на Косову и Метохији ограничен увођењем Привремене цивилне управе Уједињених нација (у даљем тксту: УНМИК), као и "међународних безбедносних снага – КФОР-а"³⁷. Кршећи слово и дух Резолуције, понашајући се као супститут државе (СРЈ/Републике Србије) на Косову и Метохији³⁸, Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији аброгирала је затечени правни поредак у Аутономној покрајини Косово и Метохија и на том делу Републике Србије успоставила "правни систем" независан у односу на остатак Србије, негирајући сваку државно-правну везу са њом. Овај "подухват", без преседана у пракси међународних мисија, изведен је квазиправном активношћу Специјалног представника Генералног секретара Уједињених нација, који је, самовољно одређујући сопствени мандат, сам себи доделио сву законодавну, судску и извршну власт на Косову и Метохији³⁹. О размерама поменутог квазиправног насиља на Косову и Метохији које је спровео Специјални представник, довољно говори чињеница да је арбитрарно одлучио да се на Косову и Метохији примењују "закони који су били на снази на територији Косова (и Метохије, прим. Аутора) пре 24. марта 1999. године, уколико нису у супротностима са међународно признатим стандардима о људским правима, испуњавањем мандата УНМИК-а, као и са другим уредбама које је донео УНМИК"⁴⁰. Неколико месеци касније, тадашњи Специјални представник, Бернар Кушнер, под притиском албанских судија и

³⁵ International Centre for Migration Policu Development&Regional consulting international, Преглед идентификованих практичних препрека повратку са посебним освртом на имовинска права и индиректну дискриминацију у Хрватској и на Косову и Метохији, Београд, 2006. год. стр. 25. (непубликовано).

³⁶ Видети ст. 10. преамбуле Резолуције, тачку 10. текста Резолуције, тачку 6. Анекса I и тачке 5. и 8. Анекса II Резолуције.

³⁷ Видети тачке 5, 6, 10. и 11. Резолуције.

³⁸ Више о томе, в. Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1, Pristina, 2001. p. 12, (непубликовано).

³⁹ Мандат Специјалног представника Генералног секретара ОУН (у даљем тексту: Специјални представник), одређен је у тачци 6. Резолуције у којој се наводи да ће он: "контролисати остваривање присуства међународних цивилних снага" као и да "тесно сарађује са међународним снагама безбедности да би обезбедио да обе групе делују у правцу остварења истих циљева узајамно се подржавајући". О "нормативној" делатности Специјалног представника, видети више у: Челић М. Душко, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет? Зборник радова Уставне промене у нас, Косовска Митровица, 2004. стр. 135-145.

⁴⁰ Чл. 2 и 4. "УНМИК/УРЕД/1999/1".

тужилаца, који су одбили да примењују правне норме које су чиниле правни поредак затечен 23. марта 1999. године⁴¹, донео је "уредбу", којом прописује да ће се на Косову и Метохији примењивати "закон који је био на снази на дан 22. марта 1989. године"⁴² "Законодавна" делатност УНМИК-а, поред тога што је у формалном смислу била правно неутемељена, била је и у садржинском смислу противна РСБОУН бр. 1244, јер у тако креираном квазиправном систему Косова и Метохије, "није адекватно штитила међународне правне стандарде о људским правима."⁴³

Специјални представник је "општим актима – уредбама" установио не само читав низ општеобавезујућих правила понашања, већ и нове квазиправне институције, међу њима и "Регистар права на непокретној својини".⁴⁴ Иако је поменути "закон" донет од стране "скупштине косова" 17. октобра 2002. године, ступио је на снагу тек 18. августа 2003. године, након захтева Специјалног представника да се првобитни текст "закона" допуни "одредбом о обавештавању јавности пре регистравања права на непокретну имовину", како би "оваквим обавештавањем које би пружио могућност особама чија би права могла да буду нарушена регистрацијом, да делују у смислу заштите својих права."⁴⁵ Наиме, поступајући по овом захтеву Специјалног представника, који је очигледно имао *ratio* у покушају да се заштите права прогнаног становништва и обезбеди приступ правди,⁴⁶ "скупштина косова" је изменила текст поменутог

⁴¹ Fred Abrahams: *'Justice Delayed In Kosovo'*, IWP R No. 96, 26. новембар 1999. год.

⁴² Чл. 1. ст. 1.(б) "UNMIK/REG/1999/24" од 12. децембра 1999. год.

⁴³ *Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 2*, Pristina, 2001, p. 6, (непубликовано).

⁴⁴ "Уредбом бр. 2002/22" Специјални представник је "прогласио Закон о оснивању регистра права на непокретну својину". Као што се да приметити, и сам назив "закона" указује на ниво правне неукости "законодавца", с обзиром да својина не може бити непокретна, већ то могу бити ствари, такође, из садржине "закона", да се закључити да је заправо реч о регистру стварних права на непокретностима, те ћемо, за потребе овог рада, поменути текст звати: "Закон о регистру стварних права на непокретним стварима".

⁴⁵ В. ст. 6. и 7. "УНМИК уредбе бр. 2002/22 о проглашењу Закона о установљењу регистра права на непокретну имовину којег је усвојила скупштина косова".

⁴⁶ "Пуно је предмета где је подносилац позитивно решеног захтева расељено лице те нема приступ катастарској служби у општини где се имовина налази, као што налаже законодавни оквир који уредује укњижбу непокретне имовине.⁴⁵ Немогућност упису права власништва знаци да није у потпуности успостављено право на имовину. Уколико подносилац позитивно решеног захтева не може да упише своје власништво, то оставља празнину у којој има места за преваре у пракси поступка уписа. То може негативно да утиче на право појединца на имовину". (*OSCE – Mission*

"закона", тако што је предвидела да сваки захтев за упис стварних права на непокретностима буде "истакнут на јавној огласној табли општинске катастарске канцеларије, најмање пет радних дана пре доношења одлуке о дозволи регистрације".⁴⁷ Из текста овог "закона", да се закључити да се УНМИК одлучио да, потпуно независно од остатка Србије, установи јавни регистар стварних права на непокретностима. Начин на који је то учињено непримерен је једном иманентно конфликтном друштву, номотехнички рђаво и нормативно подрегулисано. Такође, с обзиром да од завршетка НАТО агресије на СРЈ/Републику Србију, постоји потпуни дисконтинуитет јавне евиденције непокретности и стварноправног (државинског) стања поводом њих, укључујући и потпуни прекид континуитета у погледу збирки јавних и приватних исправа подобних за упис тих права/државинских стања, нејсано је на основу чега је успостављен континуитет јавне евиденције и на основу чега је реконструисана збирка исправа и да ли је уопште успостављен континуитет и реконструисан јавни регистар непокретности?⁴⁸ У тексту поменутог "закона" о томе не постоје никакве одредбе. Индикативно је да тест "закона" садржи непотпуну и непрецизну одредбу о најбитнијем питању које се тиче правног основа стицања својине и других стварних права на непокретностима – питање исправа подобних за упис стварних права на непокретностима. Наиме, "закон"у том погледу помиње "неопходну документацију која подржава права на непокретну својину"⁴⁹, ма шта то значило ! Ни слова о томе које јавне и приватне исправе могу бити основ за упис стварних права на непокретностима, ни слова о њиховој форми и садржини !?! Такође, у овом бизарном тексту нема одредаба о врстама уписа и њиховом дејству !?!⁵⁰ Недостаје и одредба о томе да ли постоји правно средство против другостепене одлуке о упису.

in Kosovo, Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo, Pristina, June 2012, p. 12.

⁴⁷ В. чл. 1. "Закона о изменама и допунама проглашењу Закона о установљењу регистра права на непокретну имовину", проглашеног "УНМИК уредбом бр. 2003/27" од 18. 8. 2003. год.

⁴⁸ На основу неких података до којих смо дошли истрађујући на тему овог рад, чини се да такав континуитет уопште не постоји, но о томе у каснијем делу текста.

⁴⁹ В. чл. 3. ст. 2. " Закона о установљењу регистра права на непокретну имовину".

⁵⁰ О евентуалној конститутивности уписа, не може се наслутити ништа из текста чл. 7. ст. 1. "закона", у коме пише: " Од тренутка када је основан Регистар, ниједан упис о трансферу права на непокретној својини неће бити пуноважан, све док се упис не уради на начин прописан овим законом." Наиме, ова одредба указује на пуноважност уписа а не и на правно дејство уписа, при чему се користи генерички израз "упис", те и даље остаје непознаница да ли осим безусловног уписа – укњижбе, могу постојати и друге врсте уписа (предбележба и забележба), и које је њихово правно дејство.

У иначе оскудној литератури на албанском језику, пронашли смо тумачење да се против другостепених одлука "катастарске агенције косова",⁵¹ којој је поверено вођење регистра, може изјавити жалба "уставном суду (косова ?)",⁵² што сматрамо неутемељеним у упоредној пракси и логици, имајући у виду да би, по свему судећи, "катастарска агенција косова" требала да представља неку врсту управног тела, те би, у складу с том претпоставком, противу коначних одлука таквог тела, било логично покренути управни спор. Нејасно је и то који су разлози руководили "законодавца" у лику УНМИК-а да јавни регистар непокретности права на непокретностима повери квазиуправном телу, имајући у виду дефицит гаранција за независно и непристрасно доношење конститутивних одлука о стварним правима на непокретностима, као и фактичко стање одсуства владавине права и, у том светлу, насиља и над својином на Косову и Метохији,⁵³ и то без експлицитне судске заштите !?! Звучи невероватно, но поменути "закон" не садржи ни одредбу о правном следу, односно, против кога се може захтевати упис права на непокретностима или су пак сви уписи "први", с обзиром да не постоји континуитет јавног регистра !?! Такође, не постоје ни одредбе у случају подношења више захтева за упис у односу на исто право на истој непокретности. Нема ни одредаба о начелу катастарског премера,⁵⁴ нити о начелу које је иманентно јединственој евиденцији – начелу обавезности уписа,⁵⁵ нити одредаба о начелу законитости (легалитета) уписа⁵⁶,

⁵¹ В. чл. 1. ст. 2. "Закон о установљењу регистра права на непокретну имовину".

⁵² Stefan Pürner, Abdullah Aliu., *Komentar juridik i ligjit për themelimin e një regjistri për të drejtat e pronës së paluajtshme*, [Pristina, 2004, стр. 30.](#)

⁵³ В. основни текст уз напомене бр. 33 – 37.

⁵⁴ Према начелу катастарског премера, правни опис, индивидуализација (идентификација) непокретности, без обзира да ли се наводи у приватној или јавној исправи, неопходан за њено учешће у правном промету, односно за преношење и промену права поводом непокретности, чини се узимањем података из катастра непокретности.

⁵⁵ Начело обавезности уписа би, с обзиром на стање владавине права и недостатак правне културе и свести о значају уписа за стицање промену и престанак права на непокретностима, морало бити, макар привремено, condition sine qua non, постојања јавног регистра непокретности на подручју Косова и Метохије.

⁵⁶ Према овом начелу, орган који води јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима, дужан је да по службеној дужности испита испуњеност законом прописаних услова за упис у тај регистар (постојање уписаног предходника, постојање одговарајуће исправе за упис, испуњеност услова за тражену врсту уписа итд.). Имајући у виду стање ствари на Косову и Метохији поводом стварних права на непокретностима, чини се невероватним да начело законитости уписа уопште није "нормирано".

првенства и одређености⁵⁷. Поднормираност, дефицит и неусаглашеност норми "Закона о установљењу регистра права на непокретну имовину" са одредбама "Закона о катастру" (који није предходио, већ је донет касније),⁵⁸ компликује и онако сложена питања својинскоправних односа на непокретностима на територији АП Косово и Метохија.⁵⁹ Уколико је тако, имајући у виду већ поменуто чињеницу о броју узурпираних катастарских парцела на Косову и Метохији и број прогнаних лица, колико овакво "законодавство" уопште доприноси преко потребној правној сигурности и владавини права, а колико ствара предпоставке за квазиправно креирање противправне стварности? Уколико се има у виду да је прелазак на тзв. јединствену евиденцију у земљама региона пратила дуга и жучна стручна расправа pro et contra, журба УНМИК-а да на подручју Косова и Метохије, буквално "из ничега", оснује (нешто што личи) на такав регистар, не само да чуди, већ рађа и правно основану сумњу да је реч о фразулозној намери fait accompli, која у области својинскоправних односа на непокретностима, може оставити погубне, не само фактичке, последице.

Неки други "системски" захвати у институт својине, у садејству са овако "уређеним" регистром, могу додатно угрозити права прогнаног и избеглог (махом српског) становништва са Косова и Метохије. То се, пре свега, односи на одредбе "Закона о власништву и другим стварним правима."⁶⁰ За потребе овог рада указујемо на две одредбе овог "прописа". Најпре, чл. 286. ст. 3. овог "закона", позивају се сва лица која имају такве тапије да их "овере у суду".⁶¹ Из овако формулисаних одредбама нејасно је на које се све тапије односи "законска предпоставка" о праву својине, јер постоји само једна временска одредница а не и друга. Другим речима,

⁵⁷ Према овом начелу, садржина сваког уписа у катастар непокретности мора бити тачно одређена у погледу: а) саме непокретности на коју се упис односи; б) врсте уписа; в) врсте права, односно друге чињенице, који се уписују; г) субјекта уписа, односно титулара уписаног права; д) времену уписа и њ) исправа (правном основу) на основу којих је упис извршен.

⁵⁸ "Закон о катастру", проглашен је "УНМИК уредбом. Бр. 2'004/3 од 18. 2. 2004. године, када је и почео да се примењује.

⁵⁹ "Gleichzeitig erstaunt, dass der doch relative komplizierten Einführung eines neuen Registers ein so kurzes Gesetz genügen soll, zumal die Situation im Kosovo ziemlich verworren ist und es damit einer besonderen Sorgfalt beim Entwurf der Registerregelungen bedarf." (Judith Kneiper, *Die Registrierung von Grundstücken in Kosovo*, Das Cavtater Symposium Beiträge zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den Staaten Südosteuropas, Bremen 2005, стр. 98.

⁶⁰ Скупштина самопроглашене "Републике Косово", усвојила је овај текст 25. јуна 2009. год, ("Службени лист Републике Косова", бр. 57/2009.

⁶¹ В. чл. 286. ст. 3. овог "закона".

да ли се та одредба односи и на тапије издате од османских власти пре 1912. године? С обзиром да је поступак издавања тапија, регулисан правним правилима предратног права, предвиђао обавезну судску оверу тапија, чини се да можемо закључити да се на овај начин желе увести у "правни живот" и оне тапије које органи јавне власти Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије који су деловали на подручју Косова и Метохије, нису оверавале, с обзиром да се оне "нису сматрале пуноважним документима за право својине, већ потпадају под друге доказе,... па ће општински и првостепени судови оцењивати њихову доказну снагу по општим прописима".⁶² Увођење тапијског система у својинскоправне односе на Косову и Метохији на "мала врата", значило би отварање пандорине кутије и унело би додатну правну несигурност, у овој и иначе несређеној и компликованој материји. Друго питање односи се на регулисање одржаја као начина стицања права својине. Овим "прописом" законитост државине више уопште није услов за стицање својине одржајем док се савесност захтева само када је у питању стицање својине путем редовног одржаја.⁶³ Такође, предвиђен је и регистарски одржај на начин што лице постаје власник уколико је као такав био уписан у јавни регистар 20 година и уколико је за то време вршио својинску државину.⁶⁴ Иако познат у упоредном праву, регистарски одржај се везује за савесност државине, а искључује се у случају да је упис извршен противно одредбама којима се уређује поступак уписа права (упис од ненадлежног органа, вишеструки упис, упис на основу фалсификоване и нетачне исправе и сл.). Таквих услова у овом пропису нема, нити их има у "Закону о оснивању регистра права на непокретну својину" и у "Закону о катастру".

В СПОРАЗУМ ЛЕГАЛИЗАЦИЈИ НЕЛЕГАЛНОГ "РЕГИСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ"

За оснивање и вођење јавног регистра непокретности на Косову и Метохији од значаја је "споразум о катастру" представника Владе Републике Србије и "привремених институција на Косову и Метохији", закључен под покровитељством ЕУ, 2. 9. 2011. године. Према одредбама "споразума о катастру", стране су се обавезале да "уложе све напоре ради

⁶² В. чл. 5. Правилника за извршење Закона о издавању тапија, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 39/30, од 7. фебруара 1930. год.

⁶³ В. чл. 40. "Закона о власништву и другим стварним правима.

⁶⁴ В. чл. 41. овог "закона". (У поменутом "закону" се за одржај користи израз "стицање по основу застаревања", али се системским тумачењем да закључити да је реч о одржају. Иначе, читав текст врви од језичких и доктринарних нетачности.)

успостављања потпуно поузданог катастарa на Косову".⁶⁵ Њиме је предвиђено образовање "трипартитне имплементационе групе... чија ће улога бити утврђивање празнина у оригиналној катастарској евиденцији из периода 1999. године".⁶⁶ Овим документом Република Србија се обавезала да, посредством ЕУ, de facto властима на Косову и Метохији, достави копије целокупне катастарске документације, укључујући и збирке исправа, дислоциране са Косова и Метохије 1999. године.⁶⁷ "Трипартитна имплементациона група" је добила мандат да упоредити све копије оригиналне катастарске евиденције из периода пре 1999. године, са реконструисаним катастром Косова"⁶⁸. За случајеве за које поређење покаже да евиденције нису истоветне, одлуку у првом степену донеће "Комисија састављена од међународних и стручњака за катастар и имовину са Косова. Већину стручњака ће именовати Специјални представник ЕУ, узимајући у обзир интересе свих заинтересованих заједница".⁶⁹ "Коначну и извршну" одлуку о судбини регистарског права на непокретности, према овом документу, донеће "међународни панел судија у врховном суду Косова ће деловати као другостепено, жалбено тело овог механизма. Одлуке Врховног суда Косова ће доносити судско веће у коме ће међународне судије представљати већину".⁷⁰ У циљу спровођења овог "споразума", Влада Републике Србије донела је Уредбу о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија.⁷¹ Одлучујући по захтеву за оцену уставности, ове, prima facie, неуставне уредбе, Уставни суд је 30. 1. 2014. године, донео одлуку којом је утврдио да Уредба о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија, "није у сагласности са Уставом и законом."⁷² И поред тога што је од дана ступања на снагу, до дана доношења одлуке Уставног суда, протекло више од две и по године, суд је одбацио захтев за обуставу извршења појединачних аката и радњи предузетих на основу наведене

⁶⁵ Тачка 1. "споразума о катастру", према тексту објављеног на електронској страници Владе Републике Србије: <http://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/index.php?id=164576>.

⁶⁶ В. тачку 2. "споразума о катастру".

⁶⁷ В. тачку 3. "споразума о катастру".

⁶⁸ В. тачку 4. "споразума о катастру".

⁶⁹ В. тачку 5. "споразума о катастру".

⁷⁰ В. тачку 6. "споразума о катастру".

⁷¹ "Службени гласник РС", број 94/11.

⁷² В. саопштење са 3. седнице Уставног суда, одржане, 30. 1. 2014. године, објављено на електронској страници Уставног суда: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/80-101949/saopstenje-sa-3-sednice-ustavnog-suda-odrzane-30-januara-2014-godine-kojom-je-predsedavao-dr-dragisa-b-slijepcevic-predsednik-ustavnog-suda>.

уредбе, и одложио објављивање ове одлуке у "Службеном гласнику Републике Србије" за шест месеци од дана њеног доношења,⁷³ давши тиме "оригиналан допринос" заштити уставности и законитости.

С друге стране, у циљу спровођења "споразума о катастру", de facto власти на Косову и Метохији израдиле су "нацрт закона о косовској агенцији за упоређивање и верификацију имовине".⁷⁴ Из садржине "нацрта закона", може се закључити да његов текст није у складу са "споразумом о катастру", у делу у коме одређује надлежност за упоређивање и верификацију катсатарског стања између оригиналног (легалног) катастра Републичког геодетског завода Републике Србије – службе за катастар непокретности за подручје АП Косово и Метохија и новоуспостављеног "косовског катастра". Наиме, у чл. 14. ст. 3. "нацрта закона" предвиђено је да ово питање буде у надлежности "секретаријата косовске агенције за упоређивање и верификацију имовине", а не "трипартитна имплементациона група" предвиђена чл. 2. "споразума о катастру. Поред тога, потпуно је нејасно на који начин ће се заштити права лица која имају правни интерес, на приступ правди, односно, учешће у поступку "упоређивања и верификације" права на непокретности за којима конкретан правни интерес.⁷⁵ Није предвиђено јавно објављивање првостепених одлука "комисије за верификацију и одлучивање о имовини", како би се, макар у овој фази поступка, путем начела јавности, омогућило да у евентуалном жалбеном поступку учествују лица која имају правни интерес а нису учествовала у првостепеном поступку и поред "чињења свих напора" органа примене да она буду обавештена о покретању поступка. Текст "нацрта закона" садржи и низ других

⁷³ Исто.

⁷⁴ Упоредни текст "Нацрта закона о косовској агенцији за упоређивање и верификацију имовине" (у даљем тексту: "нацрт закона"), на албанском, енглеском и нечем што би требало да представља српски језик (граматички неправилно и латинично), објављен је на електронској страници: <http://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/04-L-167.pdf>

⁷⁵ У чл. 14. ст. 5. "нацрта закона", наводи се да ће "секретаријат косовске агенције за упоређивање и верификацију имовине учинити све напоре (will in addition make every effort), ради контактирања са лицем које се спомиње у документима, са наследницима или члановима породичног домаћинства наведеног лица, који се спомињу у документима и са сваком институцијом на Косову која може располагати информацијама о наведеној имовини, ради тражења доказа и констатованај како је дошло до тог несклада." О томе шта је садржина "чињења свих напора" да се, ради учешћа у поступку, обавести свако лице које има правни интерес, нема никаквих одредаба, те се оправдано може сумњати да ће овај "стандард" бити препуштен арбитрарном одлучивању de facto власти на Косову и Метохији.

непрецизности, празнина и контрадикторности, које за потребе овог рада нећемо анализирати.

VI УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Иако се то из самог назива "нацрта закона" не да закључити, из целине његовог текста, а нарочито садржине чл. 7. ст. 2, проистиче да није реч о "упоређивању и верификацији имовине", већ о упоређивању и потврђивању података у "косовском катастру непокретности", и то не само у случајевима у којима постоје неслагања између података Републичког геодетског завода Републике Србије (подручје катастарског операта за катастарске општине на Косову и Метохији) и "катастарске агенције косова", већ је реч о упоређивању и потврђивању целине података које води "катастарска агенција косова". Ако је тако, онда се поставља питање, какав "правни значај" уопште имају подаци о стварним правима на непокретним стварима које је до сада водила и води "катастарска агенција косова" ? Да ли је реч о помоћној јавној евиденцији за чију тачност и потпуност не одговара њен ималац?⁷⁶ Да ли се на те податке, пре завршетка поступка "упоређивања и верификовања", уопште може применити начело поуздања у јавни регистар непокретности и права на њима, као и начело уписа ? Имајући то у виду, да ли се уопште таквим регистром може остварити аквизитивна функција у погледу стицања стварних права на непокретностима, или је реч о својеврсном *modus*-у за квазиправно креирање узурпацијом настале реалности ?

Чини се да су наведена питања реторичке природе, и да се одговори на њих логички могу извести из текста "споразума о катастру" и "нацрта закона".

⁷⁶ Попут рецимо Централне евиденције хипотека, установљене Законом о хипотеци ("Сл. гласник РС", бр. 115/2005). Тако. Чл. 57. ст. 2. Закона о хипотеци, предвиђено је да: "Републички геодетски завод – катастар непокретности, не одговара за тачност и потпуност података уписаних у Централну евиденцију хипотека". Овако замишљена (без конститутивног дејства уписа и без предпоставке о апсолутној тачности уписа), централна евиденција хипотека има карактер помоћне евиденције о заснованим хипотекама.

Duško Čelić, LLM
Assistant Lecturer

RECORDS OF IMMOVABLES IN KOSOVO AND METOHİJA AFTER 1999 - QUASI LEGAL CREATING REALITY

Summary

All contemporary legal systems have some type of real property registers for documenting real property and rights related there. This fact alone proves the importance of well-organized and reliable real property registries. The importance of real property registries is emphasized particularly in post - conflict societies , in societies where conflict still existing, in which the legal culture and awareness of the importance of respecting the rule of law at a low level . These facts , unfortunately , is still characterized society in Kosovo and Metohija . United Nations Interim Administration in Kosovo (UNMIK) has realized the importance of having a public register of the real estate, however, the manner in which he attempted to reconstruct the public register of real estate, it is far below the standards of the legal profession, both methodologically and in content and nomotechnical sense. Establishing contrary to Resolution No. SBOUN . 1244, fully independent public register of real estate compared to the rest of the Republic of Serbia, in terms of complete discontinuity of records, including the collection of public and private documents, UNMIK has contributed to the real estate registry in Kosovo and Metohija is unreliable and its legal significance and character of the dispute. "Agreement of sadastral records", concluded between the authorities of the Republic of Serbia and the de facto authorities in Pristina and the text of the "Draft Law on Kosovo property comparasion and verification agency", prima facie, confirms this assumption.

Урош Здравковић

Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Нишу

Александра Васић

Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Нишу

МЕХАНИЗАМ РЕШАВАЊА СПОРОВА У ФУНКЦИЈИ ИНТЕРПРЕТАЦИЈЕ ПРАВА СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Апстракт:

Надлежност панела и Апелационог тела, а следствено и Органа за решавање спорова, да разјашњавају норме обухваћених споразума Светске трговинске организације (СТО), детерминисана је чланом 3(2) Договора о правилима и процедурама за решавање спорова (Dispute Settlement Understanding-DSU). Аутор поводом овог питања критички сагледава праксу Апелационог тела којом је успостављен механизам обавезног слеђења претходних интерпретација садржаних у усвојеним извештајима. Оваква пракса омогућава усвојеним интерпретацијама стицање de facto статуса извора права СТО у ужем смислу, обавезујућег за све чланице, што далеко излази из оквира намере оснивача СТО. Аутор у раду анализира и примену одредби Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године од стране панела и Апелационог тела у поступку решавања спорова пред СТО. Од самог почетка свог рада, Апелационо тело је идентификовало одредбе Бечке конвенције које уређују интерпретацију међународних уговора као уобичајена правила интерпретације на које упућује члан 3(2) DSU.

Кључне речи: *Светска трговинска организација, DSU споразум, решавање спорова, интерпретација, Апелационо тело, панели.*

Увод

Једну од најзначајнијих карактеристика Светске трговинске организације (СТО, *World Trade Organization - WTO*) представља механизам решавања спорова, успостављен на принципу примене права и независности од односа снага између страна у спору (*rule oriented*

approach).¹ Спецификум таквог модела огледа се, између осталог, и у томе што извештаје о споровима сачињавају независни стручњаци (панелисти и чланови Апелационог тела), а не представници држава.² Овакав приступ, механизам решавања спорова чини резистентним на политичке утицаје, али са собом носи и превелики професионални терет за лица која поступају у својству „судије“.

Једно од централних питања на којима почива механизам решавања спорова у оквиру СТО огледа се у интерпретацији обухваћених споразума ове Организације. Поступајући као независни стручњаци, панелисти и чланови Апелационог тела су ослоњени на право СТО које треба да тумаче и примењују. То представља изразито захтеван задатак, имајући у виду степен комплексности правног система СТО. Поред тога, правилна интерпретација правних норми садржаних у обухваћеним споразумима СТО представља кључну претпоставку за ефикасно и на праву засновано решавање међународних трговинских спорова насталих поводом примене права СТО.

Улога механизма решавања спорова у интерпретацији права СТО може се сагледати кроз анализу два значајна аспекта.

Први се односи на компетенцију, коју у погледу интерпретације обухваћених споразума, поседује Орган за решавање спорова. Панели и Апелационо тело су од самог почетка свог рада демонстрирали активан приступ у погледу разјашњавања обухваћених споразума, као и домета важења и обавезности усвојених интерпретација. Међутим, такав активан приступ довео је до тога да интерпретације које су садржане у усвојеним извештајима потенцијално добију статус који превазилази изворну замисао креатора СТО.

Други аспект обухвата идентификовање релевантних правила тумачења садржаних у међународном јавном праву и у начину њихове примене као интерпретативних алата. Од самог почетка свог рада, панели и Апелационо тело су се ослањали на интерпретативна правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године, дефинишући их као међународна обичајна правила. У том смислу се у раду анализирају одговарајуће одредбе Бечке конвенције, виђене из перспективе панела и

¹ Уопште о механизму решавања спорова пред СТО видети више у: А. Ћирић, „Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом”, *Правни живот*, тематски број: Право и простор, Бр. 11, том 3/2010, стр. 313-328.

² А. Ћирић, „Светска трговинска организација као форум решавања међународних трговинских спорова“, у: Невена Петрушић (уредник), *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* : тематски зборник радова. Књ. 4, Ниш, 2008, стр. 167.

Апелационог тела у контексту решавања конкретних спорних ситуација између чланица СТО.

1. Уопште о механизму решавања спорова у оквиру СТО

Једна, у низу значајних, карактеристика делатности Светске трговинске организације је њена улога као форума за решавање међународних спорова трговинског карактера.³ Спорове који, по правилу, настају на двостраној основи између држава као субјеката међународних трговинских односа, СТО решава на мултилатералном нивоу.

Иако је механизам решавања спорова у оквиру СТО еволуирао из система решавања спорова установљеног у оквиру Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ - 1947), он је базиран на правној процедури (е. „*rule-oriented approach*“) за разлику од система установљеног у оквиру ГАТТ-а, који је иницијално давао предност политичким консултацијама (е. „*power-oriented approach*“). Решавање спорова које се у оквиру СТО заснива на примени права као врховној руководној идеји, доприноси правној сигурности у обављању привредних делатности на светском тржишту.⁴ СТО систем функционише као међународни привредни суд: има установљену јурисдикцију, спорови се решавају применом правних норми, одлуке су обавезујуће за стране и предвиђене су санкције за непоштовање одлука.⁵ Дакле, реч је о споровима у којима се у улози странака појављују суверене државе поводом спорних правних питања која могу настати услед повреде обавеза у вези са споразумима који постоје у оквиру Светске трговинске организације.⁶

Основни правни извор система СТО за решавање спорова је документ под називом „Договор о правилима и процедурама за решавање спорова“ (е. „*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*“, или скраћено „*Dispute Settlement Understanding - DSU*“) садржаног у Анексу II Споразума о оснивању СТО.

Главни циљ СТО система решавања спорова је да се гарантују права чланица заснована на споразумима закљученим у оквиру СТО, с обзиром да је „ефикасно решавање ситуација у којима државе чланице сматрају да су им права угрожена од есенцијалне важности за

³ А. Ћирић, Међународно трговинско право: Општи део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010, стр. 543.

⁴ *Ibidem*, стр. 546.

⁵ П. Цветковић, Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације, *Право и привреда*, Бр. 5-8 (2006), Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд, 2006, стр. 659-675, стр. 662.

⁶ А. Ћирић, 2010, *op.cit.* стр. 543.

функционисање СТО".⁷ Предмет спора се односи на повреду права и обавеза предвиђених свим постојећим споразумима на нивоу СТО, у односу на које се примењује *DSU* (обухваћени споразуми, е. „*covered agreements*“). У пракси се најчешће догађа да су предмет спорова економска питања, а односе се на област царинског права, царинских дажбина, тарифних уступака, непоштовања статуса најповлашћеније нације, повреду принципа националног режима, као и на питања техничког карактера у вези са неиспуњењем или неуредним извршењем преузетих обавеза из споразума у оквиру СТО.⁸

1.1. Органи надлежни за решавање спора

У решавање спорова су укључене три, односно четири унутрашње институције СТО: Орган за решавање спорова (ОПС) - (*Dispute Settlement Body - DSB*); панели (*Panels*); Апелационо тело (*Appellate Body - AB*) и Арбитража (*Arbitration*), под одређеним условима.

а) Функцију Органа за решавање спорова врши Генерални савет СТО. Савет, у основи, представља квази-судски орган, који је позван да непристрасно, брзо и ефикасно поступа у границама своје надлежности.

Савет, у улози органа за решавање спорова (*DSB*), поред тога што оснива панеле и Апелационо тело, разматра и оцењује њихове извештаје и спроводи надзор и контролу препорука и одлука. Он такође решава и питање примене санкција за случај неизвршења одлука од стране државачланица и одобрава суспензију концесија⁹. Савет доноси своје одлуке по принципу негативног консензуса, што значи да извештај панела или Апелационог тела неће бити усвојен једино у случају да сви представници у Савету гласају против усвајања.

б) Панели имају три, а у посебним случајевима и пет чланова (панелиста), које иманује Орган за решавање спорова са списка Секретаријата СТО, уз узимање у обзир мишљења чланица. У основи,

⁷ П. Цветковић, 2006, *op.cit.* стр. 663. видети и чл.3 (2) и (3) *DSU*

⁸ А. Тирић, 2010, *op.cit.* стр. 549. Спор најчешће настаје када једна држава примени мере у виду својих законских аката, одлука, уредби и њима сличних докумената, којима спроводи економску и трговинску политику, или предузима друге конкретне мере, које једна или више чланица СТО, сматрају нарушавањем мултилатералних и плурилатералних трговинских споразума који постоје и примењују се на нивоу Организације. Било која трећа земља – чланица СТО, која има интерес у одређеном предмету спора, који се разматра пред панелом, има право да се укључи у процес, уз обавезу да о томе обавести *DSU*.

⁹ Видети: чл. 2(1) *DSU*.

панел представља трибунал, који је надлежан да спор реши, као првостепени орган.¹⁰

в) Апелационо тело је другостепени орган, који поступа по поднетим жалбама на препоруке и одлуке (извештаје) панела, као првостепеног органа. Има стални карактер. Његова структура одржава структуру држава-чланица СТО. образује га Орган за решавање спорова. Има седам чланова, из реда стручњака са признатим ауторитетом у области права и међународне трговине, који су независни од утицаја влада било које државе. Бирају се на период од четири године, са могућношћу обнављања мандата на још један изборни период. Чланови Апелационог тела су дужни да прате начине решавања и оних спорних односа у којима они нису чланови већа које доноси конкретне одлуке¹¹.

2. Компетенција Органа за решавање спорова у погледу интерпретације права СТО

Основ за компетенцију панела и Апелационог тела, а следствено и Органа за решавање спорова, у погледу интерпретације обухваћених споразума (*covered agreements*)¹² лежи у члану 3(2) *DSU* споразума који гласи: “Систем решавања спорова у СТО је централни елеменат који обезбеђује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. Чланице признају да он служи очувању права и обавеза које чланицама припадају према обухваћеним споразумима, као и разјашњењу постојећих одредби у тим споразумима у складу са уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права. Препоруке и одлуке Органа за решавање спорова не могу додати или умањити права и обавезе које су предвиђене обухваћеним споразумима.”

Ипак, компетенција панела и Апелационог тела у погледу тумачења СТО норми ограничена је на „разјашњавање“ (е. „*clarification*“) постојећих споразума у оквиру СТО, и у том смислу је треба разликовати од искључиве надлежности Министарске конференције и Генералног савета коју они поседују у погледу усвајања аутентичних интерпретација СТО споразума.¹³

¹⁰ А. Ћирић, 2010, *op.cit.* стр. 554.

¹¹ Видети: чл. 17(1) *DSU*.

¹² Детаљније о обухваћеним споразумима као изворима права СТО у ужем смислу: П. Цветковић, „Извори права Светске трговинске организације и њихов значај за државе у транзицији“, у: Милорад Божић, Срђан Голубовић (уредници), *Балкан у процесу евроинтеграције : 20 година транзиције (Едиција Балканске студије; књ. 4)*, Ниш, 2009, стр. 143-146.

¹³ Видети чл. 9(2) Споразума о оснивању СТО.

Дакле, разлику између „интерпретације“ и „разјашњавања“ у контексту надлежности Министарске конференције и Генералног савета, са једне, и Органа за решавање спорова, са друге стране, треба посматрати у суштинском, а не у терминолошком смислу. Због тога се ова два термина често користе као синоними када се говори о компетенцији панела и Апелационог тела да разјашњавају, односно, интерпретирају СТО споразуме.

2.1. Проблем фактичке интерпретативне компетенције Апелационог тела

На основу претходно изнетог може се утврдити да је надлежност панела и Апелационог тела у погледу интерпретације, односно према одређенијем језику чл. 3(2) *DSU* споразума „разјашњавања“, јасно ограничена. Међутим, панели се морају руководити претходним интерпретацијама Апелационог тела, као више другостепене инстанце, које су настале као последица решавања исте или сличне спорне ситуације. Овакав став је Апелационо тело први пут изнело спору *Japan – Alcoholic Beverages II*¹⁴, истичући да панели приликом решавања будућих спорова не могу слободно одбацити правне интерпретације и образложења садржана у претходно усвојеним извештајима Апелационог тела, јер они представљају основ за легитимна очекивања између чланица СТО, и због тога треба да буду узети у обзир уколико се могу сматрати релевантним приликом решавања било ког спора¹⁵. Овај став је

¹⁴ Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97, стр. 13. С тим у вези видети и: Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6481, para. 109; Appellate Body Report, *United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, adopted 17 December 2004, DSR 2004:VII, 3257, para. 188.

¹⁵ Стр. 13. Извештаја. Видети и: А. Т. Чуа, “Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 16, Iss. 2, 1998, стр. 182-183; А. Т. Чуа, „The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 11, 1998, стр. 51-53; З. Лане, “The Effects of the WTO Dispute Settlement Panel and Appellate Body Reports: Is the Dispute Settlement Body Resolving Specific Disputes Only or Making Precedent at the Same Time?”, *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 17, 2003, стр. 230; Н. Лаутерпачт, “The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law”, 12 *British Yearbook of International Law*, 1931, стр. 53; В. Веис, “Security and predictability under WTO law”, *World Trade Review*, Vol. 2, Issue 02, 2003, стр. 191; Р. Сутерланд, Ј- Бхагвати, К. Ботчвеј, Н. ФитцГералд, К. Хамата, Ј. Н. Јаксон, С. Лафер,

Апелационо тело касније потврдило у Извештају у спору *US — Stainless Steel (Mexico)*¹⁶, где је ослањање на интерпретације у претходно усвојеним извештајима повезано са захтевом сигурности и предвидивости из прве реченице члана 3(2) *DSU* споразума.

Овде се поставља питање да ли се на овај начин усвојене интерпретације могу сматрати индиректно обавезујућим за све чланице СТО, односно да ли представљају *de facto* изворе права СТО у ужем смислу. Уколико је одговор потврдан, може се констатовати да је тиме Апелационом телу (уже гледано само тројици чланова Апелационог тела који поступају у конкретном спору) омогућена далеко већа надлежност него што се може сматрати да је била намера чланица-оснивача СТО.

Имајући у виду да се извештаји панела и Апелационог тела усвајају по принципу негативног консензуса, таква ситуација фактички омогућава да шест експерата (три у панелу и три у Апелационом телу) утврђују интерпретације које су обавезне не само за стране у спору, него консеквентно и за све остале чланице СТО уколико се нађу у спору поводом истог или сличног трговинског питања. Дакле, без обзира на механизам који предвиђа члан 9(2) Споразума о оснивању СТО, којим је Министарској конференцији и Генералном савету, као репрезентативним политичким телима, обезбеђен ексклузивитет у погледу аутентичног тумачења одредби СТО споразума, ипак се чини да се интерпретације из извештаја које усваја Орган за решавање спорова суштински могу посматрати као коначне.

2.2. Ограничење надлежности панела и Апелационог тела у смислу додавања или умањења права и обавеза предвиђених обухваћеним споразумима

У погледу надлежности панела и Апелационог тела у контексту интерпретације обухваћених споразума, треба указати и на последњу реченицу члана 3(2) *DSU* споразума: „Препоруке и одлуке Органа за решавање спорова не могу додати или умањити права и обавезе које су предвиђене обухваћеним споразумима.“ Оваква стипулација недвосмислено указује на чврсту намеру креатора СТО да се обезбеди пуно поштовање обухваћених споразума, без остављене могућности за њихово потоње изобличавање од стране Органа за решавање спорова.

T. de Montbrial, *The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, World Trade Organization, Geneva, 2004, стр.52.

¹⁶ Appellate Body Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, adopted 20 May 2008, стр. 161.

Уколико би се Органу за решавање спорова пружила могућност да усвајањем извештаја панела и Апелационог тела умањује или додаје претходно утврђена права и обавезе чланицама СТО, без њихове сагласности, значајно би се умањила сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. Отуда се овакво решење може довести у везу и са поменутиим чланом 9(2) Споразума о оснивању СТО, односно са разликом између интерпретације коју усвајају Министарска конференција и Генерални савет и разјашњавања које спроводи Орган за решавање спорова, преко панела и Апелационог тела.

Иако језик последње реченице члана 3(2) *DSU* споразума указује да додавање или умањење предвиђених права и обавеза може наступити путем активног деловања Органа за решавање спорова (путем доношења препорука и одлука), смисао ове реченице се треба схватити у ширем смислу, односно кроз постојање могућности да панели и Апелационо тело нечињењем, односно одбијањем чињења, такође утичу на умањење права чланице СТО. Ово је појашњено у извештају Апелационог тела у спору *Mexico — Taxes on Soft Drinks*¹⁷, поводом приговора Мексика да поступајући Панел није требало да прихвати надлежност по тужби. Апелационо тело је одбило такав приговор, закључујући да би у том случају Панел умањило право чланице да користи успостављени механизам решавања спорова у циљу заштите гарантованих права повређених кршењем обавеза од стране друге чланице. Према мишљењу поступајућег Панела, са којим се у другостепеном поступку сагласило и Апелационо тело, панел не може слободно да одлучује да ли ће употребити своју јурисдикцију.¹⁸ На основу овог се може закључити да панели и Апелационо тело, а следствено и Орган за решавање спорова, могу и одбијањем своје надлежности, односно негативним чињењем, умањити загарантована права чланицама СТО.

3. Уобичајена правила интерпретације међународног јавног права у контексту разјашњавања обухваћених споразума

Споразум о оснивању СТО са припадајућим анексима је, по својој природи и сврси, *par excellence* међународни споразум и припада корупсу међународног јавног права. Стога упућивање члана 3(2) *DSU* споразума на уобичајена правила интерпретације међународног јавног права приликом разјашњавања права и обавеза из обухваћених споразума јасно указује да се Споразум о оснивању СТО и остали обухваћени споразуми не могу

¹⁷ Appellate Body Report, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, adopted 24 March 2006, DSR 2006:I, 3.

¹⁸ Пара. 53. Извештаја.

интерпретирати и примењивати у “клиничкој изолацији” од међународног јавног права.¹⁹ Овај став је изричито исказан у извештају Апелационог тела у спору *US — Gasoline*²⁰.

Од самог почетка рада, експерти у Апелационом телу нису имали дилему у погледу идентификације релевантних интерпретативних правила приликом тумачења СТО споразума. Пракса панела и Апелационог тела, као и доктрина, сагласни су да се правила садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године (е. *Vienna Convention on the Law of Treaties*) могу, *per se*, применити и на СТО споразуме²¹ у својству “уобичајених правила интерпретације”.

Бечка конвенција о уговорном праву (скр. Бечка конвенција) садржи одредбе које исцрпно уређују питање интерпретације међународних уговора. Тако члан 31(1) Бечке конвенције садржи опште правило интерпретације међународних споразума и гласи: „Споразум ће се интерпретирати у доброј вери у складу са уобичајеним значењем одредби споразума у њиховом контексту и у светлу њиховог предмета и сврхе“.

Из анализе текста члана 31(1) Бечке конвенције могу се издвојити три руководна принципа приликом интерпретације:

а) основу интерпретативног процеса формирају речи (термини) споразума. Интерпретација се, изнад свега, мора заснивати на тексту уговора²²;

б) одредбама уговора се има дати уобичајено значење у њиховом контексту²³ и

¹⁹ У. Здравковић, Улога интерпретативних правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године у решавању спорова пред Светском трговинском организацијом, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова*. Књ. 3 /, уредник Предраг Димитријевић, превод Гордана Игњатовић, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2013, Стр. 463-478, стр. 465.

²⁰ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3. Стр. 17 Извештаја.

²¹ J. Cameron, K. R. Gray, “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, 2001, pp.248-298, p. 252; A. Lindroos, M. Mehling, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO”, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.5, 2006, pp. 857-877, p. 867.

²² Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, (1994) I.C.J. Reports, p. 6 at 20; Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, (1995) I.C.J. Reports, p. 6 at 18.

²³ Видети: Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations (Second Admissions Case) (1950), I.C.J. Reports, стр. 4, где је Међународни суд правде изјавио: “Суд сматра за неопходно да укаже да прва дужност трибунала који

в) у одређивању значења одредби, узете се у обзир предмет и сврха уговора.²⁴

Апелационо тело и панели су у више наврата потврдили приврженост одредбама Бечке конвенције као релевантним правилима интерпретације. Већ на самом почетку свог рада, Апелационо тело је у спору *US — Gasoline* навело да је опште правило интерпретације садржано у члану 31. Бечке конвенције стекло статус обичајног правила међународног јавног права, и да као такво, представља део уобичајених правила интерпретације на која упућује члан 3(2) *DSU* споразума.²⁵

Исти став Апелационог тела изнет је у спору *Japan — Alcoholic Beverages II*, и у односу на члан 32. Бечке конвенције, који упућује на допунска средства интерпретације (*e. supplementary means*).²⁶

За даље успешно функционисање механизма решавања спорова било је веома важно то што се питање релевантних интерпретативних правила консолидовало на самом почетку његовог функционисања, кроз два претходно наведена извештаја. То је омогућило панелима и Апелационом телу „драгоцени интерпретативни водич“ за потоња разјашњавања разноврсних одредби споразума из правног система СТО.²⁷

Дакле, одредбе Бечке конвенције се могу сматрати релевантним када је у питању утврђивање уобичајених правила интерпретације СТО споразума, мада се са теоретског аспекта та премиса може оспорити, с обзиром да нису све чланице СТО потписнице Бечке конвенције. Међутим, тиме би се занемарила примена обичајног међународног права,

је позван да интерпретира и примени одредбе уговора, представља настојање да тим одредбама обезбеди ефекат у складу са њиховим природним и уобичајеним значењем и контекстом у коме се појављују”.

²⁴ Циљ и сврха споразума треба да служе појашњењу смисла одредби у споразуму, а не да се тумаче као независна основа за интерпретацију. Видети: D. Harris, “*Cases and Materials on International Law*”, 4th ed., 1991, p. 770; E. J. de Aréchaga, “*International Law in the Past Third of a Century*” (1978-I) 159 *Recueil des Cours*, 1978, p. 1 at 44; Sir I. Sinclair, “*The Vienna Convention and the Law of Treaties*” 2nd ed, 1984, p. 130; Oppenheims' *International Law*, 9th ed., Jennings and Watts, eds., 1992, Vol. I, p.1273.

²⁵ Стр. 17 Извештаја. С тим у вези видети и: D. Carreau, „*Droit International*“, 3è ed., 1991, p. 140; *Golder v. United Kingdom*, ECHR, Series A, (1995) no. 18 (European Court of Human Rights); *Restrictions to the Death Penalty Cases*, (1986) 70 *International Law Reports* 449 (Inter-American Court of Human Rights).

²⁶ Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97, Стр. 9. Извештаја.

²⁷ C-D. Ehlermann, “Experiences from the WTO Appellate Body”, *Texas International Law Journal*, Vol. 38, Iss. 3, 2003, pp. 469-488, p. 481.

имајући у виду широки консензус којим је такав статус додељен бројним одредбама Бечке конвенције, укључујући и њене чланове 31 и 32.

3.1. Допунска средства интерпретације

Потребно је и указати на значај члана 32. Бечке конвенције, за који је, као што је већ поменуто, Апелационо тело констатовало да, поред члана 31, представља такође обичајно правило интерпретације које се има сматрати релевентним у светлу члана 3(2) *DSU* споразума. Текст члана 32. Бечке конвенције гласи: „Може се прибећи допунским средствима интерпретације, укључујући припремна документа и околности закључивања уговора, у циљу потврђивања значења на које упућује примена члана 31, или одређивања значења у случају када интерпретација на основу члана 31:

(а) упућује на двосмислено или нејасно значење; или

(б) доводи до апсурдног или неразумног резултата.“

Иако се за решењима која предвиђа члан 32. Бечке конвенције може прибећи рестриктивно (само у случају потврђивања значења на који упућује члан 31. или његове неподобности за примену), не треба губити из вида улогу коју припремни документи (*e. preparatory work*) могу имати приликом разјашњавања уговорних одредби. Тако *Jackson* указује на објективну тешкоћу у установљавању “предмета и сврхе” уговора на које упућује члан 31. Бечке конвенције. Као могуће путоказе ка том циљу, *Jackson* предлаже идентификовање намере преговарача, анализу текста преамбуле и остале релевантне изјаве.²⁸

Јасно је да се намера преговарача може до великог степена тачности установити на основу анализе припремних докумената и изјава. Врло репрезентативан пример такве активности може се сагледати у Извештају Апелационог тела у спору *Japan — Alcoholic Beverages II*. Наиме, разјашњавајући домет и циљ члана 3. Општег споразума о царинама и трговини (*GATT*) којим се регулише питање националног третмана, Апелационо тело се позвало на документ Припремног комитета Конференције Уједињених нација о трговини и запошљавању (која је претходила потписивању *GATT-a*, 1947. године) у којем су садржане изјаве делегата приликом преговора о клаузули националног третмана. Наведени документ је од стране Апелационог тела означен као део

²⁸ J. H. Jackson, “International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?”, *The American Journal of International Law*, Vol. 98:109, 2004, pp. 109-125, p. 113.

преговарачке историје поводом члана 3. *GATT-a* и послужио је као образложење прихватања ширег дејства начела националног третмана.²⁹

Ипак, без обзира на погодност употребе припремних докумената као средстава за распознавање намере преговарача и разјашњавање одговарајућих одредби споразума, њихово коришћење захтева опрезност и рационалну уздржаност. Претерано ослањање на ова средства интерпретације, иако се може чинити комфорним, има великог потенцијала да наруши принцип сигурности и предвидивости. У том смислу *Jackson* наводи да, након завршетка преговора и закључења одређеног уговора, државама уговорницама треба бити омогућено да се примарно, ако не и ексклузивно, ослањају на текст уговора, а не на десетине хиљада страна припремних докумената насталих током преговарачке историје.³⁰

Закључак

Једна, у низу значајних, карактеристика делатности Светске трговинске организације је њена улога као форума за решавање међународних спорова трговинског карактера. Спорове који, по правилу, настају на двостраној основи између држава као субјеката међународних трговинских односа, СТО решава на мултилатералном нивоу. Решавање спорова које се у оквиру СТО заснива на примени права као врховној руководној идеји, доприноси правној сигурности у обављању привредних делатности на светском тржишту. СТО систем функционише као међународни привредни суд.

Основни правни извор система СТО за решавање спорова је документ под називом „Договор о правилима и процедурама за решавање спорова“ (е. „*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*“, или скраћено “*Dispute Settlement Understanding - DSU*“) садржаног у Анексу II Споразума о оснивању СТО.

Главни циљ СТО система решавања спорова је да се гарантују права чланица заснована на споразумима закљученим у оквиру СТО.

У решавање спорова су укључене три, односно четири унутрашње институције СТО: Орган за решавање спорова (ОП) - (*Dispute Settlement Body - DSB*); панели (*Panels*); Апелационо тело (*Appellate Body - AB*) и Арбитража (*Arbitration*), под одређеним условима.

²⁹ Видети стр. 15. Извештаја и фусноту 39.

³⁰ *Jackson* детаљно наводи разлоге због чега се припремним документима не сме придодати већи значај од секундарне улоге приликом интерпретације. Видети: J. H. Jackson, op. cit. стр. 113-114.

Потребно је разумети разлику између надлежности Органа за решавање спорова да „разјашњава“ постојеће одредбе обухваћених споразума и ексклузивне надлежности Министарске конференције и Генералног савета да усвајају аутентичне интерпретације. Међутим, пракса решавања спорова је показала да Апелационо тело *de facto* поседује већу интерпретативну надлежност него што се може учинити приликом читања одредби СТО споразума. То најбоље одсликава успостављена обавеза следећа интерпретација из претходно усвојених извештаја, у циљу заштите легитимних очекивања чланица СТО.

Споразум о оснивању СТО са припадајућим анексима је, по својој природи и сврси, *par excellence* међународни споразум и припада корупсу међународног јавног права. Због тога су панели и Апелационо тело дужни да се приликом тумачења СТО споразума користе уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права садржаним у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године, конкретније у њеним члановима 31 и 32. На ову Конвенцију не упућује директно *DSU* споразум, али су од самог почетка од стране Апелационог тела њене интерпретативне одредбе потпуно оправдано протумачене као уобичајена правила интерпретације међународног јавног права.

Uroš Zdravković, LL.M
Aleksandra Vasić, LL.M

DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN THE FUNCTION OF INTERPRETATION OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION LAW

Summary

Competence of the panels and Appellate Body, and consequently Dispute Settlement Body, to clarify provisions of the covered agreements of the World Trade Organization (WTO), is determined under Article 3(2) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dispute Settlement Understanding-DSU). Regarding this issue, author critically observes Appellate Body's practice that has established a mechanism of mandatory following of previous interpretations contained in adopted reports. This practice enables adopted reports to gain *de facto* status of WTO law source in narrow sense, binding all members, which is far from the intention of the WTO founders. Author also analyzes application of the

provisions contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties from 1969, by the panels and the Appellate Body, in dispute settlement procedure before WTO. From the very beginning of its work, the Appellate Body has identified provisions of the Vienna Convention which govern interpretation of international agreements, as a customary rules of interpretation according to Article 3(2) of the DSU.

КРИВИЧНО ПРАВНА
НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Момчило Грубач
Професор емеритус Правног факултета универзитета
Унион у Београду

ВАНРЕДНО УБЛАЖАВАЊЕ КАЗНЕ – УКИНУТИ ИЛИ РЕФОРМИСАТИ?*

Апстракт:

Реформе кривичног поступка које се у последње време врше у многим европским земљама, посебно интензивно у државама са подручја бивше Југославије, захватиле су и област правних лекова. Из разлога рационализације, упрошћавања поступка, његовог убрзања и повећања степена ефикасности поједини правни лекови су у неким законима укинута (жалба против пресуде другостепеног суда, ванредно ублажавање казне, ванредно испитивање законитости правноснажне пресуде), а у другим значајно редуцирани у погледу обима, основа и других услова за њихову употребу. Аутор у овом раду разматра промене до којих је у тзв. транзицијском процесу стварања „новог права“ дошло у правном леку ванредног ублажавања казне.

Након што констатује да се правни лек ванредног ублажавања казне некадашњег југословенског кривичног процесног права састојао из два посебна сегмента потпуно различите правне природе, које именује као *право* ванредно ублажавање казне и *неправо* ванредно ублажавање казне, аутор закључује да право ванредно ублажавање казне не може бити укинута као ванредни правни лек без штете за људска права осуђених лица. Другачије стоји ствар са неправим ублажавањем казне које се даје из разлога хуманости и милосрђа, па због тога може бити издвојено из система правних лекова, па чак и укинута као правна установа, тј. као субјективно право и одлука о ублажавању казне по том основу препуштена органу који даје помиловање.

Кључне речи: *Кривични поступак, одмеравање казне, ублажавање казне, правни лекови, понављање кривичног поступка, правноснажност пресуде, помиловање.*

I.

1. Политичке прилике на крају XVIII и почетку XIX века и рационалистичка и хуманитарна струјања у кривичном праву тога времена довели су до усвајања низа нових кривичноправних установа у

већем броју европских држава. У таквим условима дошло је и до увођења ванредног ублажавања казне после правноснажности кривичне пресуде које је као процесно правна установа први пут регулисано у аустријском Законнику о кривичном поступку из 1803. године (§ 470).¹ Аустријски Законик из 1850. године тај ванредни правни лек није прихватио, али је већ Закоником из 1853. године он враћен у правосудну праксу, иако је тај Законик био много реакционарнији од свог претходника. Одредба § 370. Законика из 1853. прописује поступак који је доста сличан понављању кривичног поступка и смештен је у одељак који има наслов „О понављању кривичног поступка“. Ипак, нови правни лек уведен је за оне кривичне случајеве код којих појава нових доказа и околности после правноснажности кривичне пресуде не може да доведе до понављања поступка. Нове околности Законик дефинише као олакшавајуће околности које нису биле познате приликом изрицања пресуде, а које би, да су биле познате, довеле до одмеравања блаже казне за исту квалификацију кривичног дела. Околности којих није било у време изрицања пресуде већ су настале после њене правноснажности, нису биле предвиђене као основ за ванредно ублажавање казне.²

Наредни аустријски Законик о кривичном поступку из 1873. године преузео је ванредно ублажавање казне (§ 410). Као разлог за ублажавање казне тај Законик признаје и ублажавајуће околности које у време изрицања пресуде нису постојале већ су настале касније, поред околности које су у то време постојале али се за њих није знало. Ублажавање се због тога делимично заснива на правним разлозима, а делимично на разлозима казнене политике.³ Кад су у питању околности које су постојале у време изрицања пресуде, услов је да нису биле познате ни суду, ни окривљеном. Захтев је имао ограничено деволутивно дејство; суд првог степена могао га је одбити ако је неоснован, а коначну одлуку о позитивном предлогу првостепеног суда доносио је виши суд.⁴

Одредбе о ванредном ублажавању казне ушле су затим у аустријски Законик о кривичном поступку из 1960. године (§ 410), и при

* Овај рад посвећујем проф. др Љубу Бавцону поводом његовог деведесетог рођендана.

¹ Пре тога у истом циљу користило се помиловање као ванпроцесна установа.

² W. Fröwald, *Handbuch des österreichischen Strafrechtes* (Enthaltend die Strafprozess Ordnung vom 29. Juli 1853), Wien 1856, S. 457.

³ Emanuel Ullmann, *Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrecht*, Innsbruck 1882, S. 848.

⁴ Ernst Lohsing, *Österreichisches Strafprozessrecht*, Graz und Wien 1912, S. 753. i S. Mayer, *Commentar zu der österreichischen Strafprozess Ordnung*, Wien 1884, S. 562; Ullman, op. cit., S. 849.

том нису значајно мењане.⁵ У наредном аустријском ЗКП из 1975. одредбе о ванредном ублажавању казне више не постоје, као ни одељак о извршењу пресуде у коме су се оне до тада налазиле. Те су одредбе пренете у посебан закон (в. § 20. Verwaltungsstrafgesetz – VStG).

2. У Југославији, до јединственог Законика о кривичном судском поступку од 1929. године, ванредно ублажавање казне се примењивало у Словенији и Далмацији (§ 410. аустријског Законика од 23. маја 1873), у Хрватској и Славонији (§§ 351. и 439. хрватског Казненог поступника од 17. маја 1875) и у Босни и Херцеговини (§§ 366. и 433. Закона од 26. маја 1891). Србија и Црна Гора тај ванредни правни лек нису имале. Закони о кривичном поступку који су важили у Хрватској и Славонији и у Босни и Херцеговини рађени су према у оно време врло напредном аустријском Законнику мешовитог типа из 1873. и имали су одредбе о ублажавању казне сличне одредбама § 410. поменутог аустријског Законика.

Јединствени југословенски Законик о судском кривичном поступку од 16. фебруара 1929. године преузео је ванредно ублажавање казне (§§ 429. и 430). Рађен првенствено по узору на аустријски Законик из 1873. године, тај је Законик имао одредбе о ванредном ублажавању казне које су биле веома сличне одредбама § 410. аустријског Законика.

Југословенско законодавство после Другог светског рата прихватило је установу ванредног ублажавања казне већ првим Законом о кривичном поступку од 12. октобра 1948. године. Према одредбама тог Закона (чл. 296–298), судска процедура и услови за ванредно ублажавање казне били су слични онима из Законика од 1929. године. Новину је представљало увођење права на жалбу против одлуке првостепеног суда о одбачају захтева. На подношење захтева овлашћени су само јавни тужилац и окривљени. У погледу услова за ванредно ублажавање казне, Законик о кривичном поступку од 10. септембра 1953. године ни по чему се није разликовао од свог претходника. Разлике су постојале само у поступку који је вођен поводом тог правног лека. Овлашћење за подношење захтева проширено је и на блиске сроднике окривљеног, тј. лица која у његову корист могу изјавити жалбу против пресуде. Председник већа првостепеног суда могао је одбацити само захтев који је поднет од неовлашћеног лица. Првостепени суд није могао одбити захтев као неоснован јер је мериторно одлучивање у потпуности било у надлежности врховног суда. Врховни суд је могао, под условима који су одговарали неким условима за понављање поступка, опозвати решење

⁵ *Die österreichische Strafprozessordnung vom 20. April 1960.* Herausgegeben von Dr Ludwig F. Tlappek und Dr Eugen Serini, Wien 1960, S. 360; Dr Hermann Roeder, *Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes*, Wien 1963, S. 354.

којим је усвојио захтев за ванредно ублажавање казне. По претходном закону то није било могуће, сем путем поступка по захтеву за заштиту законитости, уколико би за то били испуњени услови.

Каснијим изменама и допунама Законика од 1953. године и Законом о кривичном поступку из 1976. године, одредбе о ванредном ублажавању казне нису мењане, осим у неким не много значајним детаљима.

3. Државе које су у последњој деценији XX века настале на територији бивше Југославије преузеле су и једно време примењивале југословенско кривично процесно законодавство, али је оно врло брзо почело да се замењује законима нових самосталних држава који су предвиђали нова решења и нове процесне установе. На формирање новог права утицали су многобројни и разноврсни чиниоци, међу њима, посебно, тенденција да се кривични поступак учини бржим, једноставнијим и ефикаснијим на чему посебно инсистира Савет Европе.⁶ То је, не само у бившим социјалистичким државама, него и у многим другим европским земљама довело до крупних промена у традиционалним процесним принципима и установама, понекад и на штету људских права учесника кривичног поступка (замена судске истраге мање контрадикторном тужилачком истрагом, ширење надлежности судије појединца, избегавање суђења путем склапања споразума јавног тужиоца са окривљеним о признању кривице и др.). Настојање да се кривични поступак учини ефикаснијим, рационалнијим, једноставнијим и бржим утицало је и на судбину ванредног ублажавања казне.

Словеначки ЗКП из 1995. предвиђао је ванредно ублажавање казне (чл. 417–419), али су одредбе о том ванредном правном леку накнадно брисане чланом 67. Закона о изменама и допунама ЗКП из 2011. године (ЗКП-К)⁷ – „Uradni list RS“, 99/11.

Ванредно ублажавање казне у Законнику о кривичном поступку Србије из 2011. год. није више предвиђено као посебан ванредни правни лек, већ само као један од основа за понављање кривичног поступка. Понављање кривичног поступка може се тражити и добити ако се изнесу нове чињенице или поднесу нови докази којих није било када је изрицана казна затвора или суд за њих није знао иако су постојали, а они би

⁶ Види акта Савета Европе које наводи Љ. Бавцон у чланку *Човекова слобода и/или безбедност*, „Темида“ (Београд), 2/2012, стр. 98. и 103.

⁷ Аутор овог рада није успео да пронађе ни један научни рад у словеначкој литератури, податак о вођеној дискусији или било каквом образложењу којим је праћено укидање тог правног лека.

очигледно довели до блаже кривичне санкције (члан 473. став 1. тачка б). Ванредно ублажавање казне је у Србији престало да буде ванредни правни лек још раније (2009), и до 2011. ублажавање је било могуће постићи само у оквиру процесне установе преиначења правноснажне пресуде без понављања поступка (као данас у македонском праву).

Упркос традицији и чврстој вези са аустријским кривичним процесним правом у коме је ова установа настала, хрватски законодавац није предвидео ванредно ублажавање казне у новом Закону о кривичном поступку из 2008. године, нити у споредном законодавству.

Црногорски ЗКП из 2009. задржао је ванредно ублажавање казне (чл. 433 – 436) и дословце преузео одредбе ЗКП СР Југославије из 2001. (чл. 425 – 418).

У Македонији је преовладало уверење да се број ванредних правних лекова мора рационализовати, па у новом ЗКП-у из 2010. не постоји ванредно ублажавање казне као посебни ванредни правни лек. Истовремено је проширен број случајева у којима је могуће преиначење правноснажне пресуде без понављање кривичног поступка (неправо понављање кривичног поступка), поред осталог и ако се након правоснажности пресуде појаве нове околности које нису постојале приликом њеног изрицања или се за њих тада није знало мада су постојале, а очигледно би довеле до блаже осуде (члан 447. став 1. тачка 3).

У Босни и Херцеговини је задржан само један ванредни правни лек: понављање кривичног поступка. Ванредно ублажавање казне тамо не постоји од 2003. год.

Дакле, у погледу ванредног ублажавања казне у шест држава, заузета су четири различита става. У три државе ово правно средство је укинута, а у преостале три задржано у различитим формама; само у две као ванредни правни лек, а само у једној као *посебан* ванредни правни лек. Овај кратки упоредно-правни приказ, на примеру једног процесно-правног института, показује како су олако извршене почетне „реформе“ кривичног процесног права у региону, не на основу озбиљног промишљања и претходно обављених истраживања, већ на подлози непроверених личних утисака појединих састављача реформских закона. Једино тиме се може објаснити толико различит однос према једној процесно-правној установи која је у свим тим срединама до скоро била прихваћена без озбиљнијих оспоравања. Да су реформе предузимане на други начин (аналитички, промишљеније и уз одређени научни приступ) резултати не би могли бити у толикој мери различити.

II.

1. Законито и правилно решавање кривичне ствари нарочито је важно код пресуде којом се оптужени оглашава кривим, и још више кад је таквом пресудом, поред утврђивања кривице, изречена казна или мера безбедности. Свака изречена казна погађа интересе окривљеног и по правилу му тешко пада, а ако је неправилно изречена она губи сваки смисао и не може да оствари циљ који јој је у закону одређен. Казна је званична оцена степена опасности дела за које је суђено и лица коме је изречена, па окривљеном није свеједно како и колико ће бити кажњен. Због тога је изрицање законите и правилне казне важан и одговоран задатак суда.

Упркос настојању судова да одлука о казни у свакој осуђујућој пресуди буде законита и правилна, догађа се да правну снагу стекну и пресуде које имају незаконито или неправилно изречену казну. Казна из такве пресуде или није у складу са законом, или није прилагођена личности осуђеног и сразмерна значају кривичног дела, па је са њом немогуће остварити сврху кажњавања, чак и ако је циљ казне одмазда.⁸ Због тога, разлози казнене политике и правичности налажу да све незаконите и неправилне одлуке о казни буду исправљене. За постизање тога циља служе редовни и ванредни равни лекови, али исти циљ се може постићи и неким вансудским средствима (нпр. помиловањем).

Ванредно ублажавање казне се односи на неправилно одмерене казне и има циљ да те неправилности отклони из правноснажних судских пресуда. Казна је неправилна кад суд не оцени или погрешно оцени околности које утичу да она буде строжа или блажа. Суд је тада погрешно оценио коју и колику казну треба изрећи за конкретно кривично дело с обзиром на околности случаја, али без прекорачења законског овлашћења. Успостављање објективне и прецизне равнотеже између значаја кривичног дела, личности окривљеног и казне представља за судију сложено питање, много теже и осетљивије од утврђивања правне квалификације кривичног дела. Тешкоће у првом реду долазе због широке слободе коју судија има у избору врсте и мере казне; у погледу одмеравања санкције он нема чврстог и сигурног ослоња у закону као код утврђивања квалификације кривичног дела. Напуштањем искључиво ретрибутивног карактера казне, њено одмеравање је престало да буде математичка операција чији је резултат сабирање тежине кривичног дела и степена кривице учиниоца. Начело индивидуализације захтева да се узму у обзир и многе друге компоненте личности окривљеног, а исто тако

⁸ И апсолутне теорије о циљу казне узимају да је казна *праведна* одмазда.

и циљ који се казном жели постићи. Могуће је да се казна покаже неправилном иако је суд при њеном одмеравању узео у обзир све тада познате чињенице и околности и на основу њих, у законским оквирима, потпуно правилно изрекао казну. Казна може накнадно постати неправилна због догађаја и промена у околностима везаним за кривичну ствар којих у време суђења није било, не због грешке судије. Казна је неправилно одмерена и ако је чињенично стање погрешно или непотпуну утврђено. Тако утврђено чињенично стање чини неправилном и изречену казну која се на њему заснива. Но, лек у том случају није у поправљању изречене казне, која је само последица неправилно утврђеног чињеничног стања, већ у исправљању самог чињеничног стања, што аутоматски повлачи и исправку изречене казне.

Због значаја које правилно одмеравање казне има, позитивно право предвиђа могућност побијања пресуде због неправилно одмерене казне редовним правним леком – жалбом. Питање је како исправити неправилно одмерену казну у случају кад је пресуда којом је она изречена већ ступила на правну снагу, или кад су околности које захтевају другачије одмеравање казне наступиле касније. По правноснажности пресуде то није могуће учинити ванредним правним лековима понављања кривичног поступка и захтева за заштиту законитости.

Понављање кривичног поступка са циљем промене одлуке о казни могуће је ако се појаве нове чињенице или се поднесу нови докази који су, сами за себе или у вези са ранијим доказима, подобни да проузрокују кажњавање осуђеног по другом, блажем или строжем кривичном закону (тако члан 404. став 1. тачка 4. југословенског ЗКП из 1976). Осим тога, за понављање кривичног поступка битно је да се ради о чињеницама које су, према времену кад су настале, могле да буду узете у обзир приликом изрицања пресуде, а код ванредног ублажавања казне реч је и о чињеницама које су настале после правноснажности пресуде. Ван могућности исправљања у поновљеном поступку остају оне казне чија је правилност доведена у питање подношењем, по правноснажности, нових околности које су постојале и у време пресуђења, али су по интензитету такве да не могу довести до ослобођења осуђеног, осуде ослобођеног или кажњавања по другом, блажем или строжем, кривичном закону. Исто вреди и за околности које су настале после правноснажности пресуде, па их зато у време суђења није било могуће узети у обзир. Неправилно одмерена казна може бити на штету или у корист осуђеног, али је брига законодавца ишла само у правцу исправљања оних правноснажних пресуда у којима је казна неправилно одмерена на штету осуђеног, не и оних у којима је казна неправилно одмерена у корист окривљеног. Правноснажност пресуде не сме да представља препреку да се, и без промене правног садржаја кривичне пресуде, модификује казна

неправилно одмерена на штету осуђеног или казна која је постала неадекватна због појаве нових околности које осуђеном и његовом кривичном делу дају блажи израз. Због свега тога било је неопходно да се установи једно посебно правно средство које ће омогућити да се правноснажна пресуда може изменити и постићи ублажавање казне или по неком правном основу у судском поступку и као право осуђеног, или вансудским путем (ублажавање неизвршењем, без измене пресуде, путем помиловања).

Савремена законодавства, у поменутиим ситуацијама, по правилу, дозвољавају корекцију правноснажно изречене казне, и то помоћу различитих установа. Тако, могуће је проширити понављање кривичног поступка и на случајеве кад се поднесу нови докази који нису били цењени у време изрицања пресуде, иако су постојали, а директно се односе само на казну и не тичу се промене правне квалификације кривичног дела. Ту се ванредном ублажавању казне даје значај понављања поступка у погледу одлуке о казни у корист осуђеног. Тада би се околности којих није било у време суђења него су се појавиле по правноснажности кривичне пресуде, а могле би да изазову блаже кажњавање, могле истицати по неком другом основу предвиђеном у ЗКП (као један од случајева преиначења правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка) или у молби за помиловање. Не марећи много за доктринарну чистоту својих одредаба, ЗКП Србије из 2011. је обе врсте околности за ванредно ублажавање казне обухватио понављањем кривичног поступка (члан 473. став 1. тачка 6).

Друга законодавства не дозвољавају судско ублажавање казне ни у случају околности које су постојале у време изрицања пресуде, него и у том случају упућују на помиловање (Словенија, БиХ, Хрватска) или предвиђају мере у поступку извршења пресуде којима се, при постојању одређених околности и у тачно одређеним границама, може заменити изречена казна блажом казном (Аустрија). Ванредно ублажавање казне као правни лек и субјективно право осуђеног по том основу, у тим законодавствима не постоји. Основни разлог за такво решење је став законодавца да у правноснажну кривичну пресуду не треба дирати без велике нужде. Према нашем мишљењу, то се никако не може оправдати, барем кад је у питању право ванредно ублажавање казне које се заснива на околностима које су постојале у време суђења.⁹

⁹ Тако на пример, осуђени за кривично дело проневере од 3.000 евра, који после правноснажности пресуде пронађе доказ којим правда 2.500 евра, не би могао добити корекцију казне по правном основу (повнављање поступка не долази у обзир јер се у том случају не мења правна квалификација кривичног дела). Осуђеном остаје само

Југословенско кривично процесно законодавство је спадало у ред малобројних које је за поменуте ситуације предвиђало посебан ванредни правни лек – ванредно ублажавање казне.¹⁰ Према том законодавству, под ванредним¹¹ ублажавањем казне подразумевао се ванредни правни лек којим су у закону овлашћена лица могла да траже од суда ублажавање правноснажно изречене казне, у границама квалификације утврђене у пресуди, због тога што су се појавиле ублажавајуће или олакшавајуће околности којих није било у време изрицања пресуде (*noviter reperta*), или што су поднете околности за које суд није знао при изрицању пресуде иако су тада постојале (*noviter producta*), а које би да су цењене у моменту пресуђења очигледно довеле до одмеравања блаже казне. Краће, ванредно ублажавање казне је ново одмеравање блаже казне истом кривцу за већ пресуђено кривично дело, после правноснажности кривичне пресуде, на основу одређених ублажавајућих или олакшавајућих околности.

III.

У погледу питања да ли је ванредно ублажавање казне правни лек или правно средство неке друге врсте у упоредном законодавству нема сагласности. То је питање и поред тога значајно јер од његовог решења зависе правни положај осуђеног и његова људска права.

Питање је у позитивном праву током времена решавано на два различита начина. Старија законодавства ванредно ублажавање казне, по правилу, нису убрајала у правне лекове, већ су о њему, заједно са молбом за помиловање, говорили у посебном одељку закона о кривичном поступку о установама које су сродне правним лековима.¹² Југословенско

помиловање, за које није сигурно да ће га добити јер се даје по дискреционој оцени надлежног органа политичке власти.

¹⁰ Ту правну установу треба разликовати од ублажавања казне у редовном поступку одмеравања казне које прописује КЗ. О томе в. Lj. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož i K. Filipčič, *Kazensko pravo, splošni del*, Ljubljana 2013, стр. 407 . и сл.

¹¹ Реч „ванредно“ у називу института није адекватно употребљена. Ублажавање није ванредно због тога што би се вршило на посебан и нередован начин и што судија не би био дужан да поступа по нормама које важе за одмеравање казне у редовном поступку. Ублажавање је „ванредно“ само због тога што се врши после правноснажности кривичне пресуде. Према томе, не ради се о ванредном ублажавању, већ о новом одмеравању блаже казне после правноснажности кривичне пресуде.

¹² Тако §§ 429. и 430. ЗКП СХС од 1929. год. У време кад је настало, ванредног ублажавања казне је према месту одредаба о тој установа у закону било још даље од правних лекова, тако да су се те одредбе налазиле у одељку о извршењу кривичних

законодавство о кривичном поступку било је на становишту да је ванредно ублажавање казне ванредни правни лек.¹³ Међутим, теоријско образложење и разлози за један и други став су изостали.¹⁴

Према нашем мишљењу, ванредно ублажавање казне се не може лако и у потпуности сврстати у правне лекове, али ни потпуно изоставити из система правних лекова. Реч је о правној установи која има двоструку правну природу: у једном делу је правни лек, док у другом делу излази из строгих оквира правних лекова.

Двострука правна природа ванредног ублажавања казне последица је различитог карактера ублажавајућих околности на којима се ова мера заснива. Те околности могу бити двоврсне: оне могу постојати у време суђења и суд би их ценио да је за њих знао до момента у коме их је било могуће укључити у обвинење (*право ванредно ублажавање казне*), или могу настати накнадно, по изрицању пресуде, дакле, после момента до кога су могле бити укључене у обвинење (*неправно ванредно ублажавање казне*). Захтев који се заснива на ублажавајућим околностима из прве групе има све одлике ванредног правног лека, али то се не може тврдити за онај захтев који се заснива на околностима из друге групе.

Оправдање правог ванредног ублажавања казне као правног лека исто је као и код свих других ванредних правних лекова. Разлози којима се законодавац руководи при сврставању понављања кривичног поступка у правне лекове, важе и овде. Околности на којима се заснива овај део ванредног ублажавања казне су, у ствари, истог квалитета као и нови докази код понављања кривичног поступка, само слабији по интензитету, и зато не могу да доведу до кажњавања по другом кривичном закону у односу на онај примењен у правноснажној пресуди. Захтевом за ванредно ублажавање казне у том случају напада се чињенично стање као непотпуно утврђено и истиче да је због тога одлука о казни у правноснажној пресуди неправилна. Основ правном леку је, дакле, недостатак у утврђеној чињеничној основици пресуде, који се не може

санкција (§ 470. ЂStPO/1803, § 370. ЂStPO/1853, § 410. ЂStPO/1873, § 351. ХКП. и § 366. ЗКПБиХ/1891),

¹³ Одредбе о ванредном ублажавању казне биле су сврстане у главу XXIV ЗКП СФРЈ (чији је наслов: Ванредни правни лекови), одмах после понављања поступка, а пре захтева за заштиту законитости и захтева за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде (чл. 412 – 415).

¹⁴ Проф. М. Доленц напомиње да се међу ванредне правне лекове не рачунају ванредно ублажавање казне и помиловање који су посебни институти са сврхом изузетне и ванредне корекције правноснажне кривичне пресуде (*Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију*, Београд 1933. стр. 249). Проф. Т. Живановић у *Објашњењима Законика о судском кривичном поступку од 1929. године*, ванредно ублажавање казне убраја у ванредне правне лекове.

уписати у кривицу суду, а његов је циљ да се тај недостатак отклони, тј. да се исправи неправилно одмерена казна. Право ванредно ублажавање казне је, у ствари, издвојено из понављања кривичног поступка и са њим има исти циљ, основ и оправдање, дакле, истог је квалитета. Разлике су само у снази основа и у резултату који се једним и другим правним леком постиже. Једним се остварује више, другим мање. Према својој правној природи, право ванредно ублажавање казне је ванредни правни лек, и то понављање кривичног поступка у погледу одлуке о казни у корист осуђеног.

Ствар изгледа сасвим другачије кад је у питању ванредно ублажавање казне које је засновано на разлозима који се појаве после правноснажности пресуде, тј. којих није било у моменту пресуђења (*неправо ванредно ублажавање казне*). У том делу накнадно ублажавање казне нема карактеристике правног лека. Основ за то ублажавање казне су чињенице које су се догодиле после завршеног кривичног поступка и немају никакве везе са кривичним делом које је било предмет суђења. Те су околности настале ван временског оквира кривичног поступка. Због тога се не може узети да њихово неузимање у обзир у пресуди којом је тај поступак завршен чини њену одлуку о казни незаконитом или неправилном. Правни лек се може заснивати и правдати само разлозима непосредно везаним за предмет суђења, а код ублажавања казне на основу околности *noviter reperta*, тих разлога нема. Ублажавање казне се у том случају може правдати само казнено-политичким разлозима, као што су милосрђе, хуманост, правичности и томе слично.¹⁵ Због тога неправо ванредно ублажавање казне, по својој правној природи, није ванредни правни лек. Оно је, у ствари, помиловање регулисано правом и битно се разликује од осталих ванредних правних лекова, али и од обичног помиловања. *Jus aggratiandi* се даје по нахођењу, а неправо ванредно ублажавање казне по праву.

Право и неправо ванредно ублажавање казне могуће је поставити као јединствену правну установу или као две посебне установе. Иако су те установе врло сличне, јединствено регулисање (које је било усвојено у југословенском законодавству о кривичном поступку) доводи до низа тешкоћа. Различите правне природе и различити циљеви које те правне установе имају захтевају различита правна регулисања појединих питања која се постављају у њиховој примени. Право ублажавање казне је ванредни правни лек, а неправо ублажавање казне представља правно средство за корекцију одлуке о казни из разлога правичности; првој мери је циљ да исправи један недостатак одлуке о казни настао без кривице

¹⁵ Mayer, op. cit., S. 563, Ullmann, op. cit., S. 849.

суда, а другој да се на основу новонасталих олакшавајућих околности ублажи положај осуђеног у току извршења казне. Јединствена установа ванредног ублажавања казне захтева једнообразно правно регулисање свих питања која се јављају у практичној примени. Оно ствара привид да се ради о једној установи којој се, због тога, даје исти циљ, или правог или неправог ванредног ублажавања казне, што у многим случајевима одговара само једном, а не и другим сегменту јединствене установе. С обзиром на правну природу и циљ, право ублажавање казне треба да буде могуће и после издржане, односно извршене казне, после смрти осуђеног, помиловања, условног отпуста и тд. Питање истовременог и сукцесивног захтевања и давања правог ублажавања казне и помиловања не би се уопште постављало јер се установе заснивају на различитим основима. Код неправог ублажавања казне сва та питања треба да буду решена на други начин.

Независно од тога да ли се ванредно ублажавање казне третира јединствено или као две посебне установе, његово место у праву може бити међу ванредним правним лековима или ван система правних лекова. Ако неправо ванредно ублажавање казне стоји посебно, његово место би могло да буде међу случајевима преиначења правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка или у праву о извршењу кривичних санкција. Ванредни правни лек је тада само право ванредно ублажавање казне.

Установа ванредног ублажавања казне представља законско средство без кога би накнадно настале и накнадно откривене олакшавајуће и ублажавајуће околности остале без икаквог утицаја на казну изречену пресудом која је постала правноснажна. Та установа омогућава да се и после правноснажности пресуде помогне осуђеном, не путем милости надлежног државног органа већ остваривањем једног законом признатог субјективног права у судском поступку. Отклањање недостатака у кривичној пресуди је императив правичности, и због тога не може бити сумње у оправданост циља који је дат ванредном ублажавању казне. Корекција казне у правноснажној кривичној пресуди оправдана је из правних разлога, јер се мора признати да се појавом нових околности утврђено чињенично стање битно мења и да се тиме доводи у питање и оправданост изречене казне, али и из разлога хуманости и индивидуализације казне у односу на кривично дело и личност учиниоца. Поставља се, међутим, питање да ли је ради постизања тога циљ потребно да постоји посебна правна установа, или се он може постићи и на неки други начин.

Право ванредно ублажавање казне оправдава се чисто правним разлозима. Наступањем нових околности које су постојале и у време суђења, показује се да је чињенично стање утврђено правноснажном

пресудом непотпуно утврђено, што је несумњив правни разлог да се осуђеном дозволи нови правни пут за одбрану својих легитимних интереса. Ванредно ублажавање казне је у том делу ванредни правни лек из истих разлога као и понављање кривичног поступка, али од њега се разликује, како по интензитету последице коју производи, тако и по околностима који су му основ. Како се квалитативно не разликују, могло би се предложити спајање правог ванредног ублажавања казне са понављањем кривичног поступка, и такво решење имају нека законодавства. При томе треба имати у виду да значај ванредног ублажавања казне, ипак, не захтева компликовану и скупу процедуру понављања кривичног поступка и да се циљ може постићи у много једноставнијем и рационалнијем поступку. То је главни разлог да право ванредно ублажавање казне као посебно процесноправно средство буде смештено у групу ванредних правних лекова. Спајање са понављањем поступка није упутно и због тога што се захтеви често подносе по оба основа.

Неправо ванредно ублажавање казне се, међутим, не може оправдати правним разлозима јер околности за то ублажавање казне нису ни постојале у време редовног суђења, а правни лек се може улагати само на основу материјала који је тада постојао и могао бити употребљен у пресуди. То ублажавање се не може оправдати ни разлозима индивидуализације казне јер казна је, у ствари, правилно одмерена у редовном поступку и судска индивидуализација је у потпуности постигнута,¹⁶ а и осим судске постоји још и вансудска индивидуализација казне. Неправо ублажавање казне се може оправдати само хуманошћу, милосрђем и сличним разлозима обзира према осуђеном. Ако је предвиђена законом, том се установом установљава право на хуманост које се не може постићи другим ванредним правним лековима, нити помиловањем које је арбитражна мера политичко-извршене власти која га даје *pietatis causa*, а не по праву, насупрот ванредном ублажавању казне које тада представља једно субјективно право осуђеног са судском заштитом. Установљавање субјективног права на благост уместо обичног помиловања суштина је ове мере. Ако се жели таква функција неправог ванредног ублажавања казне, онда оно мора стајати у оквиру права.

¹⁶ Другачије је код правог ублажавања казне где ублажавајуће околности постоје још у редовном поступку и где се одмах после изрицања пресуде показује да индивидуализација казне није извршена.

IV.

На основу напред изложене анализе могли би се извести следећи предлози и закључци:

а) Решење југословенског кривичног поступка према коме су оба сегмента ванредног ублажавања казне (*право* и *неправо* ванредно ублажавање казне) третирани као јединствена установа, требало би напустити. Одвојено правно регулисање једног и другог вида ванредног ублажавања казне омогућило би адекватнија решења појединих питања која се постављају у њиховој практичној примени.

б) Обе установе треба да нађу своје место у праву као правне установе. У оба случаја ванредно ублажавање казне треба да буде субјективно право осуђеног лица, а не израз добре воље државног органа који по свом нахођењу даје помиловање. Кад је у питању *право* ванредно ублажавања казне тај став се не може довести у сумњу, а требало би га прихватити и за *неправо* ублажавања казне, иако је оно ближе помиловању него субјективном праву осуђеног које је стекао по основу спроведеног кривичног поступка. За такав став говори и чињеница да је и *неправо* ванредно ублажавања казне у досадашњем (југословенском) праву било субјективно право осуђеног, па би промена карактера те установе била у супротности са правилом да се достигнути ниво људских права новим законима не сме смањивати.

в) Само *право* ванредно ублажавања казне треба да остане у систему ванредних правних лекова, заједно са понављањем кривичног поступка и захтевом за заштиту законитости. При томе, оно треба да буде аутономан ванредни правни лек, потпуно одвојен од понављања кривичног поступка. Оно се не може припојити понављању кривичног поступка јер се не уклапа у природу тога ванредног правног лека. Још мање је оправдано тај ванредни правни лек потпуно укинути.

г) *Неправо* ванредно ублажавања казне треба сврстати у случајеве сличне понављању кривичног поступка као један посебан случај преиначења правноснажне пресуде без понављања поступка, или у законодавство о извршењу кривичних санкција.

д) На крају, треба истаћи да забрињава што се на штету људских права брзо плето и некритички укидају установе за које не постоје никакви оправдани разлози да буду укинуте. *Ванредно ублажавања казне*, које се у праву бивше Југославије афирмисало као субјективно право осуђених грађана, пример је погрешне законодавне политике савременог законодавца који, као што каже проф. Љ. Бавцон, сматра да сваку гарантну норму ЗКП која „смета“ ефикасности треба одмах укинути. То

није на линији „превентивне, стварне, одмерене, стручно основане и разумне казнене политике“.¹⁷

Momcilo Grubac, LL.D
Full Professor

L' ATTENUATION EXTRAORDINAIRE DE LA PEINE - ABOLIE OU REFORMEE?

Résumé

L'auteur expose l'histoire de l'atténuation extraordinaire de la peine. Il trouve la racine de l'institution dans le droit autrichien. Parlant de la nature juridique de l'atténuation extraordinaire de la peine, il constate qu'elle est double, à cause du caractère des circonstances atténuantes sur lesquelles elle est fondée. Cette institution est une voie extraordinaire de recours dans la mesure où elle se fonde sur des circonstances dont le tribunal ignorait l'existence lors de la détermination de la peine, bien qu'elles aient existé (c'est la vraie atténuation de la peine). Mais elle n'est pas une voie extraordinaire de recours dans la mesure où elle se fonde sur des circonstances atténuantes qui ont apparues après que le jugement ait passé en force de chose jugée (c'est la fausse atténuation de la peine). Celles-ci est un droit à l'humanisme et à la charité, ce qui la distingue aussi bien de la voie extraordinaire de recours que de la grâce qui est accordée par la libre décision et non par le droit.

L'auteur conclut que l'atténuation extraordinaire de la peine est une institution indispensable de notre système juridique, car sans elle les circonstances atténuantes apparues ou découvertes ultérieurement resteraient sans effet sur la peine fixée par le jugement. Il constate que ce but ne pourrait être atteint par aucun autre moyen juridique. La vraie atténuation se réalise dans une procédure simple et bon marché, ce qui n'est pas le cas pour le renouvellement de la procédure pénale. La fausse atténuation de la peine est un droit subjectif du condamné qui est donné *pietatis causa*, ce qui ne peut être réalisé par la grâce.

¹⁷ Љ. Бавцон, Човекова слобода и/или безбедност, „Темида“, 2/2012, стр. 102.

Dr Drago Radulović
Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica

SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE IZMEĐU NORMATIVNOG I STVARNOG

Apstrakt:

Rad je posvećen jednom novom institutu u našem procesnom zakonodavstvu uvedenom novim Zakonikom o krivičnom postupku 2009.godine. Podijeljen je na četiri dijela. U prvom dijelu autor govori o pojmu i opravdanosti uvođenja u naše zakonodavstvo sporazuma o priznanju krivice i očekuje da će se ovim institutom doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka, bez obzira što su dosadašnja iskustva pokazala da je ovaj institut nedovoljno zaživio u praksi. Autor tu nedovoljnu primjenu u praksi objašnjava činjenicom da naše pravosuđe inače u početku soprezom šire otvara vrata novim institutima. U drugom dijelu govori se o zakonskim uslovima za zaključenje sporazuma, od kojih su neki vezani za krivično djelo (težina krivičnog djela), a neki za učinioca (priznanje krivice), te o nekim problemima koji se tiču granica primjene sporazuma (katalog dijela), kao i onih koji se tiču samog čina priznanja. Treći dio posvećen je predmetu sporazuma, odnosno onome o čemu se stranke sporazumijevaju: vrsti i visini kazne i drugih sankcij, odricanju od prava na žalbu, troškovima krivičnog postupka i imovinskopравnom zahtjevu. I na kraju, u četvrtom dijelu se govori u ulozi i mjestu suda u postupku sporazumijevanja, jer sud na kraju odlučuje o sporazumu i time mu daje pravno dejstvo. Odlučujući o sporazumu sud ga može odbaciti, odbiti ili usvojiti. Da bi usvojio sporazum, sud mora utvrdi da li su ispunjeni svi uslovi koje ZKP traži i nakon toga bez zadržavanja glavnog pretresa u kratkom roku (tri dana) donosi presudu.

Ključne riječi: *Zakonik o krivičnom postupku, sporazum, priznanje, stranke, sud, branilac.*

I Pojam i opravdanost ozakonjenja sporazuma o priznanju krivice

Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva u Crnoj Gori koja je započela 2003. godine donošenjem Zakonika o krivičnom postupku¹, nastavljena donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o

¹ Službeni list RCG br. 71/03

krivičnom postupku 2006. godine², okončana je donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku (u daljem tekstu ZKP) 2009. godine³. Novi ZKP je zadržao mješoviti, akuzatorsko-inkvizitorski sistem krivičnog postupka, uz naglašene elemente akuzatornosti, što je tipično za evropske kontinentalne države.⁴ To je u saglasju sa težnjama naše zemlje ka evropskim integracijama. Međutim, ne možemo pobjeći od sve izraženije univerzalnosti nauke krivičnog procesnog prava i njenog sve većeg uticaja na zakonodavna rešenja u nacionalnim zakonodavstvima bez obzira na nacionalne i druge specifičnosti. Zato danas dolazi do sve većeg smanjenja razlika u krivičnoprocesnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, odnosno danas pojedini krivičnoprocesni instituti, bez obzira iz kojih sistema potiču, dobijaju sve više karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj nacionalnih zakonodavstava.⁵ Tako, i one države koje imaju kontinentalno-evropski tip krivičnog postupka postepeno uvode neke institute koji su do sada bili tipični za adverzijalne krivične postupke, tako da se savremeno krivično procesno pravo sve više karakteriše izvjesnom konvergencijom elemenata ta dva velika pravna sistema, što je, u određenoj mjeri, prisutno i u našem novom krivičnoprocesnom zakonodavstvu.

Upravo jedan potpuno nov institut u našem novom ZKP jeste sporazum o priznanju krivice. *Ratio legis* uvođenja ovog instituta u naše procesno zakonodavstvo jeste stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak, imajući u vidu da je u nekim zemljama ovaj institut u praksi postigao izvanredne rezultate. Tako je, na primjer, u postojbini ovog instituta u SAD zabilježeno da se putem sporazuma okonča i preko 90 % predmeta.⁶ Iluzorno je očekivati da će se kod nas i za duže vrijeme, a kamo li tako brzo, zabilježiti i približno ovakvi rezultati, ali i manji procenat ovako riješenih predmeta doprinijeće rasterećenju sudova.

Inače, primjena integralnog teksta ZKP u Crnoj Gori počela je od septembra 2011. godine, a odredbe o sporazumu o priznanju krivice su znatno ranije počele sa primjenom (od 26.02.2010. godine), tako da već možemo govoriti o četvorogodišnjem iskustvu primjene ovog instituta.

² Službeni list RCG br. 47/06

³ Službeni list CG br. 49/09

⁴ O tome šire dr Drago Radulović: Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore, RKK broj 2, 2010. g., str. 95-111.

⁵ dr Stanko Bejatović: Opšte prihvaćeni pravni standardi i predlog Zakonika o krivičnom postupku, RKK broj 2, 2006. god., str. 44

⁶ T. Lunch: The case against plea bargaining, Law, Cato Institute, str. 23.

Međutim, do sada ovaj institut nije naišao na širu primjenu jer statistika kaže da je zaključno sa 2013. g. u Crnoj Gori 61 predmet je riješen na osnovu sporazuma o priznanju krivice.⁷

Koji su razlozi ovakve (ne) primjene ovog instituta, teško je reći, ali mislimo da se, dobrim dijelom, razlozi nalaze u činjenici da je naše pravosuđe prilično "konzervativno" i teško šire otvara vrata primjeni novih instituta. Takva situacija je bila i kad je riječ i o drugim novim institutima, kao što je diverzija krivičnog postupka, koja je uvedena u ZKP 2003. godine i trebalo je da prođe više godina da se počne sa primjenom u širem obimu.

U krivičnoprocesnoj teoriji preovladavaju mišljenja o potrebi, odnosno opravdanosti ozakonjenja instituta sporazuma o priznanju krivice,⁸ ali ima i mišljenja da se ovaj institut ne može opravdati, jer se jedna funkcija koju treba da vrši isključivo sud prenosi na državnog tužioca, potire načelo legaliteta krivičnog gonjenja i pravo okrivljenog na prezumpciju nevinosti, dozvoljava da se voljom pojedinih procesnih subjekata mijenjaju opšte norme materijalnog krivičnog prava o kažnjavanju učinilaca krivičnog djela.⁹

U svakom slučaju, kako se ističe u literaturi, državni tužilac kod zaključivanja sporazuma mora da bude obazriv i umješan jer postoji opasnost da pojedini loše zaključeni sporazumi o priznanju krivice kompromituju institut i tužilaštvo.¹⁰ Uglavnom, nesporno je da primjena ovog instituta ima za posljedicu, brži, efikasniji i ekonomičniji krivični postupak, rasterećenje sudova, pa i pravosuđa u cjelini, a od koristi je ne samo državnom tužiocu, nego i okrivljenom.

Sporazumom državni tužilac brže i lakše dolazi do presude, pogotovo kada, cijeneći sve okolnosti, procijeni da će imati teškoća za osuđujuću

⁷ dr Drago Radulović: Aktualna pitanja krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore, Pravni zbornik, br. 1-2, 2013. godine, str. 132.

⁸ dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivice, Beograd, 2009. godine, dr Stanko Bejatović: Sporazum o priznanju krivice i druge pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije kao instrument normativne efikasnosti krivičnog postupka, Zbornik "Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Savjeta Evrope", Pravni fakultet Kragujevac, 2009, Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS, RKK br. 1-2, 2012. g, dr Vojislav Đurđić: Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku RKK br. 3/2009; dr Milan Škulić: Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009. g., dr Miodrag Simović: Pojednostavljene forme postupka u krivičnom procesnom pravu BiH, u Zborniku "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim strvarima i alternativne krivične sankcije", Zlatibor, 2009. g.

⁹ dr Momčilo Grubač i dr Branko Vučković: Komentar zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Tivat, 2010. g, str. 722.

¹⁰ mr Jasmina Kiurski: Sporazum o priznanju krivice (krivičnog djela) i izricanje krivične sankcije utvrđene u sporazumu, Zbornik "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt), Zlatibor, 2012. str. 167.

presudu. S druge strane, okrivljeni pred sobom ima izvjesnost krivične sankcije umjesto neizvjesnosti procesa suđenja. Ovdje je riječ o jednoj uprošćenoj procesnoj formi čiji cilj jeste brže i sigurnije izricanje presude na bazi uzajamnih ustupaka stranaka¹¹, a sporazum se uzima kao instrument konsensualne pravde.¹²

Dakle, sporazum o priznanju krivice, je sporazum *sui generis*¹³, koji se zaključuje između državnog tužioca i okrivljenog, odnosno njegovog branioca u pismenoj formi, kao saglasnost slobodnih volja,¹⁴ kojim se državni tužilac obavezuje da okrivljenom ublaži optužnicu i predloži izricanje blaže kazne, dok se okrivljeni za uzvrat obavezuje da prizna krivicu i odrekne prava na suđenje.¹⁵

Kod ozakonjenja sporazuma o priznanju krivice naš zakonodavac, kao i zakonodavstva koja su krenula putem uvođenja ovog instituta u svoja zakonodavstva, imao je u vidu nekoliko najznačajnijih pitanja, kao što su katalog krivičnih djela na koja se primjenjuje predmet sporazumijevanja, uloga suda u postupku sporazumijevanja, uloga branioca, položaja oštećenog i slično.¹⁶

II Zakonski uslovi za zaključenje sporazuma

Glavni cilj zaključenja sporazuma jeste da se izbjegavanjem glavnog pretresa i tako uprošćenom procesnom formom lakše i brže dođe do presude. Zakonske pretpostavke za zaključenje sporazuma su: a) izvršeno krivično djelo ili više krivičnih djela, b) priznanje krivice (krivičnog djela) od strane okrivljenog i c) postojanje optužnog akta, odnosno akta o pokretanju istrage.

¹¹ dr Snežana Brkić: Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Novi Sad, 2004.g, str. 144.

¹² dr Vojislav Đurđić: Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku, RKK br. 3/2009, str. 85

¹³ dr Vojislav Đurđić: Op. cit. str. 85.

¹⁴ dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivičnog djela kao instrument državne reakcije na kriminalitet, zbornik "Teški oblici kriminaliteta i državna reakcija", Trebinje, 2013. g. str. 2.

¹⁵ mr Vanja Bajović: Sporazum o priznanju krivice – uporedno pravni prikaz, Beograd, 2009.g, str. 56.

¹⁶ O tome šire: dr Stanko Bejatović: Sporazum javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS, RKK, br. 1-2, 2012. g. Dr Vojislav Đurđić: stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku RKK br. 3/09. Dr Miodrag Simović: Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom pravu BiH, u publikaciji Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivičen sankcije, Zlatibor, 2009.g, dr Milan Škulić: Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009.g; Dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivice, Beograd 2009. g.

U članu 300. st. 1 ZKP propisano je da se sporazum o priznanju krivice može zaključiti ako se krivični postupak vodi za jedno krivično djelo ili za krivična djela u sticaju za koja je propisana kazna zatvora u trajanju do deset godina. Inače, kada je riječ o katalogu krivičnih djela (granicama primjene sporazuma) za koja se može ići na sporazum zakonodavstva se mogu podijeliti u dvije grupe: 1) ona zakonodavstva gdje nema ograničenja u pogledu težine djela, pa se sporazum može primijeniti na sva djela i 2) ona gdje su granice primjene sporazuma ograničene težinom krivičnog djela.

Ovu drugu varijantu prihvatio je naš zakonodavac, a prva varijanta od zemalja u okruženju prihvaćena je u zakonodavstvu BiH, Srbije i Hrvatske.

U Italiji, koja je jedna od prvih evropskih zemalja koja je u svoje zakonodavstvo uvela jedan vid sporazuma o priznanju krivice (*patteggiamento*), primjena ovog instituta je ograničena na krivična djela za koja je predviđena kazna zatvora do sedam i po godina, odnosno, izrečena kazna umanjena za jednu trećinu ne prelazi pet godina zatvora.¹⁷

U njemačkom zakonodavstvu još nije uveden ovaj institut, ali to ne znači da stranke ne bi mogle i na ovaj način da rješavaju i najteža krivična djela.

U kolijevci ovog instituta, SAD, primjena sporazuma nije ograničena težinom krivičnog djela, ali ipak, u praksi za najteža krivična djela i ona koja izazivaju veliku pažnju javnosti, tužilac ide na kompletan krivični postupak pred porotom.¹⁸

Mišljenja smo da je naš zakonodavac, s pravom prihvatio jednu umjerenu varijantu prihvatljivu u našim uslovima. I ovako limitiranje sporazuma, kako se s pravom ističe u literaturi,¹⁹ ipak omogućava da veliki broj krivičnih djela bude predmetom sporazuma, a izostavljanje teških krivičnih djela opravdano je s jedne strane činjenicom da se radi o potpuno novom institutu koji ipak zahtijeva određenu opreznost i s druge strane ne može se prenebregavati moguće reagovanje javnosti prema konkretnim sporazumima o priznanju krivice do koje može doći u praksi.

Ipak, ovaj institut, u dobroj mjeri, potire javnopravni karakter krivičnom djelu i pravo na disponiranje krivičnim djelom, krivicom i kaznom koje se daje okrivljenom vodi svojevrsnoj reprivatizaciji krivičnog postupka.²⁰

¹⁷ Vidjeti Veljko Turanjanin: Sporazum o priznanju krivice u pravu evropskih zemalja: primjer Italije, *Strani pravni život*, broj 2/2011 g. str. 155.

¹⁸ Vidjeti mr Vanja Bajović: Sporazum o priznanju krivice, RKK br. 3/09, str. 322.

¹⁹ dr Milan Škulić: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Podgorica, 2009. g., str. 863.

²⁰ A. Eser: Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava na putu ka "reprivatiziranju" krivičnog postupka, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1992. g. str. 167.

Ima predloga da se i u našem ZKP brišu ograničenja u pogledu težine krivičnog djela sa obrazloženjem da je za rasvjetljenje i rješenje najtežih krivičnih djela i najpotrebnije ići na sporazum o priznanju krivice. Nije nam poznato na čemu se temelje ovi stavovi, ali iskustva u primjeni ovog instituta u zemljama u okruženju koje ga već deset godina primjenjuju govore nam da u najtežim predmetima priznavanja krivice nisu bila tako česta kao što bi se očekivalo.²¹

Jedan od zakonskih uslova za zaključenje sporazuma jeste priznanje krivice za krivično djelo, odnosno za krivična djela u sticaju. Kod zakonskog uređenja ovog uslova postoje određene nejasnoće, naročito kada je riječ o kvalitetu i obimu priznanja. Tako, u članu 301 st. 1 ZKP je navedeno da "sporazumom o priznanju krivice okrivljeni u potpunosti priznaje djelo za koje se tereti, odnosno priznaje jedno ili više krivičnih djela učinjenih u sticaju koja su predmet optužbe". Nakon toga u čl. 302 st. 8 tač. 1 se navodi da će sud usvojiti sporazum ako utvrdi "da je okrivljeni svjesno i dobrovoljno priznao krivično djelo, odnosno krivična djela koja su predmet optužbe". Upoređivanjem odredbi ovih članova, jezičkim tumačenjem bi se moglo zaključiti da se po čl. 301 može u slučaju sticaja djelimično priznati (neko od djela u sticaju), dok ta mogućnost po članu 302 ne postoji. Zato mislimo da priznanje treba da bude potpuno i da se odnosi na sve tačke optužnice što se radi i u praksi zemalja koje odavno imaju ovaj institut.²²

Priznanje okrivljenog mora da bude dato dobrovoljno uz poštovanje svih prava zagarantovanih međunarodnim dokumentima i unutrašnjim pravom i sadržati izjašnjenje i objašnjenje okrivljenog o svim činjenicama izvršenja krivičnog djela i mora da bude argumentovano, bez bilo kakvih protivriječnosti, kako unutar svoje logičke cjeline, tako i u vezi sa drugim činjenicama i dokazima.²³

Zakonik se ne izjašnjava o načinu i formi priznanja, ali mislimo da se ono mora dati na zapisnik gdje će okrivljeni detaljno opisati sve detalje počev od same radnje, eventualne pripreme, pribavljanja sredstava izvršenja i slično.

Sporazum o priznanju krivice podnosi se, ako optužnica još nije podignuta, predsjedniku vijeća iz člana 24 st. 7 (vanpretresno vijeće), a nakon podizanja optužnice predsjedniku vijeća. Dosadašnja praksa u Crnoj Gori pokazala je da je oko 83% sporazuma o priznanju krivice zaključeno nakon

²¹ dr Veljko Ikanović: Materijalno-pravni i precesni aspekt priznavanja krivice, RKK br. 1-2, 2012. godina str. 278.

²² Vidi dr Miodrag Simović: Krivično procesno pravo, Posebni dio, Banja Luka, 2006. g. str. 84.

²³ dr Milan Škulić: Komentar, str. 869.

podizanja optužnice, a ako 17% prije podizanja optužnice.²⁴ Ako se sporazum o priznanju podnosi prije podizanja optužnice, onda on mora da sadrži sve elemente koje sadrži optužnica. Međutim, mislimo da bi pravo rješenje bilo da do procesa pregovaranja može da dođe u svim fazama krivičnog postupka zaključno sa prvim ročištem za glavni pretres, a procesna faza razmatranja sporazuma o priznanju krivice je moguća tek nakon potvrđivanja optužnice. Razlozi čisto racionalne prirode ukazuju na moguću apsurdnu situaciju u koju bi bilo dovedeno vijeće iz člana 24 st. 7 ako bi se od predsjednika tog vijeća tražilo da razmatra sporazum o priznanju krivice, a to isto vijeće nije potvrdilo optužnicu.

U zemljama u okruženju situacija je drugačija, pa se u ZKP Srbije (čl. 313) sporazumom o priznanju može zaključiti od donošenja naredbe o sprovođenju istrage do izjašnjivanja optuženog o optužbi na glavnom pretresu, ali ako je sporazum zaključen prije podizanja optužnice, javni tužilac će zajedno sa sporazumom dostaviti sudu i optužnicu koja čini sastavni dio sporazuma. Po ZKP Hrvatske (čl. 360 st. 3) sud o sporazumu odlučuje nakon podizanja optužnice. Procesno zakonodavstvo u BiH nije po tom pitanju decidno, ali preovladava stanovište da je potvrđena optužnica uslov za razmatranje sporazuma.²⁵ Pogrešno je mišljenje, koje se može naći u literaturi, da je tužilac dužan da podigne optužnicu ako je prethodno nije podnio jer je sporazum podnesen prije podizanja optužnice.²⁶

III Predmet sporazuma o priznanju krivice

Predlog za zaključenje sporazuma može da potekne od državnog tužioca, odnosno od okrivljenog i njegovog branioca (čl. 300 st. 1). Kad se uputi predlog stranke i branilac mogu pregovarati o uslovima priznanja krivice (čl. 300 st. 2). Sporazum o priznanju zaključen u pisanom obliku i potpisan od stranaka i branioca može se podnijeti najkasnije na prvom ročištu za održavanje glavnog pretresa pred prvostepenim sudom (čl. 300 st. 39).

Iz gore citiranih odredbi ZKP možemo izdvojiti nekoliko pitanja. Prvo, na koji način se stavlja predlog. Zakonodavac koristi termin "predložiti" (predlog) ne određujući njegovu formu i sadržinu za razliku od sporazuma kojem je određena i forma i sadržina. Mislimo da predlog treba da bude u pismenom obliku i u pravnom smislu u vidu ponude.

²⁴ Vidjeti Svetlana Vujanović: Sporazum o priznanju krivice u praksi pravosudnih organa Crne Gore, u Zborniku "Savremene tendencije krivično procesnog prava u Srbiji i regionalna procesna zakonodavstva, Beograd 2012. g. str. 123.

²⁵ Vidjeti dr Miodrag Simović: Op. cit. str. 84

²⁶ dr Momčilo Grubač i dr Branko Vučković: Komentar ... str. 723.

Ima mišljenja da se ponuda može dati i usmeno ili pismeno, telefonom, elektronskom poštom ili bilo kojim sredstvom komunikacije, a izbor sredstava komuniciranja i forme u kojoj će se pregovori predložiti treba da odgovara procijenjenom i potrebnom nivou konspirativnosti.²⁷ Ponuda predstavlja jednostranu izjavu slobodne i dobrovoljne volje upućene drugoj strani u cilju zaključenja sporazuma o priznanju krivice. Predlog može da bude samo inicijativa da se pristupi pregovaranju, ali može odmah sadržati neke ili sve uslove pod kojim je predlagač spreman da zaključi sporazum.

Strankama se ostavlja potpuna sloboda prilikom pregovaranja o uslovima pod kojima se može zaključiti sporazum, a sud nema nikakva prava ni u pogledu inicijative ni u procesu pregovaranja i zaključivanja sporazuma.

Zakonodavac pogrešno u čl. 300 st. 2 kaže "da kad se predlog uputi strankama i branilac mogu pregovarati o uslovima priznanja krivice", jer je potrebno da se suprotna strana izjasni o predlogu, pa da se onda pregovara o uslovima priznanja.

Kao što je već rečeno uslov za zaključenje sporazuma jeste da "okrivljeni u potpunosti priznaje krivično djelo za koje se tereti, odnosno priznaje jedno ili više krivičnih djela učinjenih u sticaju koja su predmet optužbe" (čl. 301 st. 1).

Kada se kaže da okrivljeni priznaje krivično djelo, odnosno krivična djela, onda to znači da priznaje djelo onako kako je činjenično i pravno određeno. Kad je riječ o sporazumu zaključenom poslije podizanja optužnice onda je riječ o djelu onakvom kakvim je ono činjenično i pravno navedeno u optužnici. Međutim, postavlja se pitanje činjeničnog i pravnog oformljenja djela prije podizanja optužbe. Ako idemo jezičkim tumačenjem odredbi člana 300 st. 1 "da okrivljeni i njegov branilac mogu da stave predlog za zaključenje sporazuma...", a da je shodno čl. 22 tač. 2 "okrivljeni lice protiv koga je donešena naredba o sprovođenju istrage ili protiv koga je podignuta optužnica, optužni predlog ili privatna tužba", smatramo, da se početak pregovora za krivično djelo za koje se vodi istraga treba vezati za donošenje naredbe o sprovođenju istrage, a za krivično djelo za koje se vodi skraćeni postupak od podnijetog optužnog predloga.²⁸

To dalje znači da je predmet priznanja u ovoj situaciji krivično djelo onako kako je činjenično i pravno oformljeno u naredbi za sprovođenje istrage, odnosno u optužnom predlogu.

U članu 301 ZKP predviđeni su obavezni i fakultativni elementi sporazuma. Obavezne elemente čini:

- 1) priznanje okrivljenog,

²⁷ dr Vojislav Đurđić: Op. cit. str. 96.

²⁸ Tako i dr Danilo Nilolić: Sporazum o priznanju krivičnog djela kao instrument državne reakcije na kriminalitet... str. 3.

- 2) visina kazne i druge krivične sankcije,
- 3) troškovi krivičnog postupka i imovinsko pravni zahtjev,
- 4) odricanje stranaka i branioca od prava na žalbu protiv odluke donešene na osnovu sporazuma o priznanju krivice,
- 5) obaveza okrivljenog da vrati imovinsku korist stečenu izvršenjem krivičnog djela, kao i predmet koji se po Krivičnom zakoniku ima oduzeti.

Kao fakultativne elemente sporazuma okrivljenom se može odrediti neka od obaveza iz člana 272 st. 1 (obaveze vezane za diverziju krivičnog postupka).

Trebalo bi nam dosta prostora da se bavimo svim elementima sporazuma, pa ćemo se ograničiti samo na neke elemente. O priznanju krivice kao elementu sporazuma već smo naprijed govorili, pa se na ovom mjestu njime nećemo baviti. Pažnju ćemo zadržati na drugom, gore navedenom obaveznom elementu, kako ga ZKP imenuje "visini kazne i drugim krivičnim sankcijama".

Iz ove zakonske formulacije, jezičkim tumačenjem, moglo bi se zaključiti da se podrazumijeva da kazna, kao vrsta krivične sankcije mora biti u sporazumu, a da se dogovara samo njena visina. Međutim, to bi bilo pogrešno i smatramo da se državni tužilac i okrivljeni sporazumijevaju ne samo o visini nego i o vrsti kazne, a mogu da se sporazumiju i o krivičnim sankcijama koje ne predstavljaju kaznu.

Kod sporazumijevanja o vrsti i visini kazne državni tužilac mora imati u vidu da on, faktički vrši ulogu suda i mora da vodi računa o pravilima krivičnog prava u odnosu na odmjeraivanje kazne, o granicama ublažavanja kazne, pravilima o izricanju uslovne osude i slično.

Pored vrste krivičnog djela i propisane kazne državni tužilac mora da ima u vidu i druge okolnosti kao što je raniji život okrivljenog, da li je riječ o primarnom učiniocu ili povratniku, ponašanje poslije izvršenog krivičnog djela, pobude, stepen krivice i slično, a jedan od važnih orijentira prilikom pregovaranja o visini kazne i drugim krivičnim sankcijama jeste kaznena politika u odnosu na predmetno krivično djelo.²⁹

Vidjeli smo da je jedan od obaveznih sadržajnih elemenata sporazuma o priznanju krivice i imovinskopravni zahtjev oštećenog. Osim toga u članu 302 st. 8 tač. 4 je predviđeno da sud prilikom odlučivanja o sporazumu utvrđuje da sporazumom nisu povrijeđena prava oštećenog, pri čemu se ne misli samo na imovinskopravni interes, nego i na njegov javno pravni interes, interes za kažnjavanjem. Radi toga bi poželjno bilo da državni tužilac, iako to ZKP ne zahtijeva, u postupak pregovaranja, na određeni način uključi i oštećenog,

²⁹ mr Jasmina Kiurski: Op. cit. str. 172.

makar i u najmanjoj mjeri da kontaktiranjem sa njim sazna i njegov stav i obavijesti ga o toku i rezultatima pregovora sa okrivljenim.

Pored toga, kako se ističe u literaturi, uključivanje oštećenog u proces pregovaranja o krivici može poboljšati transparentnost i stvoriti povjerenje kako oštećenog, tako i cjelokupne javnosti u proces pregovaranja o krivici, odnosno zaključenje sporazuma o priznanju krivice.³⁰

Sporazumom se mora riješiti i pitanje troškova krivičnog postupka, gdje se državni tužilac u odnosu na dogovaranje o troškovima stavlja u ulogu suda kod donošenja osuđujuće presude. To su troškovi postupka koji su nastali do momenta zaključenja sporazuma, kao i oni koji su nastali pred sudom prilikom odlučivanja o sporazumu. Odluka o troškovima u praksi ne bi trebalo da bude problematična. Tužilac može sa okrivljenim ugovarati i oslobađanje od troškova krivičnog postupka ako je okrivljeni slabog imovnog stanja.

Odluka o imovinsko pravnom zahtjevu kao obavezni sadržajni element sporazuma ima se tumačiti ne u smislu da je nužno da se u potpunosti sporazumiju o visini imovinskopravnog zahtjeva, već da se mogu i djelimično sporazumjeti, a za ostatak dogovoriti da se ostvaruje u redovnom parničnom postupku, ili da se u cjelosti o zahtjevu odlučuje u parnici.

Pravo na žalbu je jedno od visokorangiranih prava okrivljenog zagarantovano i međunarodnim dokumentima i nacionalnim konstitucijama, pa je jedan od obaveznih elemenata sporazuma odricanje stranaka i branioca od prava na žalbu ukoliko sud u potpunosti prihvati sporazum, čime se doprinosi efikasnosti krivičnog postupka. Podrazumijeva se da je isključeno pravo na žalbu i subjektima koji u redovnom postupku imaju pravo da izjave žalbu u korist okrivljenog (čl. 382 st. 2).

Jedan od fakultativnih sadržajnih elemenata sporazuma može da bude obavezivanje okrivljenog na ispunjenje neke od obaveza iz člana 272 (odloženo gonjenje).

Bez obzira što vlada mišljenje da ugovaranje ovih obaveza predstavlja važnu mogućnost davanja posebnog kvaliteta sporazumu, čime se mogu postići neki izrazito pozitivni efekti, kako oni koji uopšte proističu iz takvih svojevrstnih parasankcija, tako i oni koji su povezani sa svojevrstnim namirenjem oštećenog³¹, otvara se nakoliko spornih pitanja. Da podsjetimo, shodno članu 272 odlaganje krivičnog gonjenja (diverzija krivičnog postupka) kao vid oportuniteta krivičnog gonjenja primjenjuje se prema osumnjičenom, gdje se u zamjenu za pokretanje postupka može odrediti neka od obaveza iz pomenutog člana. S druge strane, sporazum o priznanju krivice se zaključuje sa okrivljenim, a ne sa osumnjičenim, i njemu se ne oprašta kazna, odnosno

³⁰ mr Jasmina Kiurski: Op. cit. str. 172.

³¹ dr Milan Škulić: Krivično procesno pravo, Podgorica, 2012.g, str. 380.

krivična sankcija, pa bi onda ispalo da se ugovaranjem ispunjenja obaveza iz čl. 272 u sporazumu o priznanju krivice okrivljeni dvostruko "sankcioniše". Zašto bi onda okrivljeni imao razloga da prihvati izvršenje neke od alternativnih krivičnopравnih mjera.

Ako je zakonodavac ovim računao da će se ovim mjerama u sporazumu postići restorativna pravda³² onda se opet može postaviti pitanje u kakvom odnosu stoje ove mjere sa pitanjem imovinsko-pravnog zahtjeva kao obaveznog sadržajnog elementa sporazuma o priznanju krivice. Ako se rješenjem imovinsko-pravnog zahtjeva okrivljenom nadoknadi šteta, ne može se dodatnom mjerom iz člana 272 okrivljeni obavezati na dodatnu istu činidbu.

Kako oštećeni, po logici stvari, nije ni zainteresovan na ispunjenje onih obaveza iz člana 272 koje se njega lično ne dotiču (na primjer da okrivljeni uplati određeni iznos u korist nekog fonda) i koje se ne mogu dovesti u vezu sa restorativnom pravdom, onda ispada da izvršenje ovih obaveza može da bude korisno za državnog tužioca, odnosno za javni interes. Međutim, u tom slučaju da bi okrivljeni prihvatio tu obavezu morao bi da dobije dodatnu beneficiju, možda blaže kažnjavanje i ublažavanje kazne.³³

Sporazum o priznanju krivice mora da bude zaključen u pismenom obliku i potpisan od stranaka i branioca, a može se podnijeti najkasnije na prvom ročištu za održavje glavnog pretresa pred prvostepenim sudom.

Iako ZKP kaže da sporazum "mora da bude potpisan i od branioca" ne znači da je kod zaključivanja sporazuma obavezna odbrana izuzev ako je riječ o slučajevima obavezne odbrane. Inače, lično smo mišljenja da bi trebalo u svim slučajevima sporazuma o priznanju krivice predvidjeti obaveznu stručnu odbranu, kao što je to predviđeno u nekim drugim zakonodavstvima (na primjer u ZKP Srbije).

IV Odlučivanje o sporazumu o priznanju krivice

U procesu zaključivanja sporazuma o priznanju krivice sud nema nikakvog udjela niti inicijative. Međutim, da bi sporazum proizveo pravno dejstvo sud mora da o njemu da konačnu riječ, jer o sporazumu odlučuje sud i to predsjednik vijeća iz člana 24 st. 7 ako je sporazum podnešen prije podizanja optužnice, odnosno predsjednik vijeća ako je sporazum podnesen nakon podizanja optužnice. Odlučujući o sporazumu sud može da donese dvije vrste odluka – formalnu (procesnu) kada rješenjem odbacuje sporazum i meritornu – kada sporazum usvoji ili odbije.

³² dr Vojislav Đurđić: Op. sit. str. 93

³³ dr Vojislav Đurđić: Op. cit. str. 93

Sporazum odbacuje ako je isti podnesen po isteku roka iz člana 300 stav 3 i ako na ročište na kojem se odlučuje o sporazumu nije došao uredno pozivani okrivljeni. Zakonik ne reguliše mogućnost traženja odlaganja ovog ročišta od strane okrivljenog ili povraćaj u predašnje stanje, ali pošto je ZKP (čl. 217) predvidio u kojim situacijama je okrivljenom dato pravo povraćaja u predašnje stanje, onda znači da to pravo okrivljeni ovdje nema.

Sudija na ročištu upoznaje okrivljenog sa svim njegovim pravima, a posebno sa posledicama koje proističu iz sporazuma, da će na osnovu njega biti donesena osuđujuća presuda koja će svim elementima sporazuma dati pravnu snagu kao i klauzulu izvršnosti, što podrazumijeva i pravo na prinudno izvršenje i slično.

Da bi usvojio sporazum o priznanju krivice sud mora naročito da utvrdi:

1) Da je okrivljeni svjesno i dobrovoljno priznao krivično djelo. Ocijeniti da li je okrivljeni svjesno priznao krivično djelo, znači utvrditi njegovu sposobnost da misli i rasuđuje o objektivnom svijetu različitosti činjenica, te o sebi samom i svojim postupcima. Pojednostavljeno rečeno, to znači, da je okrivljeni sposoban da shvati djelo koje je izvršio, prije svega u njegovom prirodnom smislu polazeći od radnji – činjenja ili nečinjenja koje prouzrokuju određenu posljedicu, kao i društveni smisao i značaj djela.³⁴

Dobrovoljnost priznanja krivice treba šire tumačiti i ne vezati ga samo za "priznanje krivičnog djela, odnosno krivičnih djela", nego dobrovoljnost treba da bude izražena i kod svih uslova sporazuma.

Isključenje mogućnosti priznanja krivičnog djela u zabludi znači da nije kod okrivljenog postojala ni jedna pogrešna predstava o nekoj od okolnosti koje su opredijelile okrivljenog da prizna krivično djelo, prihvati i potpiše sporazum. Mora se raditi samo o pravnorelevantnim činjenicama i okolnostima o kojima je okrivljeni imao pogrešnu predstavu.

2) Da okrivljeni potpuno razumije posljedice zaključenog sporazuma, a naročito da se odriče prava na suđenje i prava na žalbu protiv odluke suda donesene na osnovu sporazuma;

3) Sud takođe mora utvrditi da sporazumom nisu povrijeđena prava oštećenog, te da je sporazum u skladu sa interesima pravičnosti, a sankcija odgovara svrsi izricanja krivičnih sankcija.

Bez obzira što sud ne može da ide van okvira sporazuma ni u pogledu dogovorene sankcije i drugih elemenata sporazuma, on ne treba da bude samo "ovjerivač" sporazuma i zato se naglašava da mora da vodi računa i o interesima pravičnosti. Taj interes pravičnosti, s jedne strane veže se i za oštećenog jer nije dovoljno da se sporazumom zadovolji njegov imovinski

³⁴ dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivičnog djela kao instrument državne reakcije na kriminalitet, Zbornik "Teški oblici kriminaliteta i državna reakcija", Trebinje, 2013. g. str. 20.

interes (izražen imovinskopравним zahtjevom), nego i njegov javnopravni interes (interes za kažnjavanjem) i s druge strane za načelo pravičnosti izraženo u članu 1 ZKP. Bez obzira što sud ne izvodi dokaze pa ni one od kojih zavisi izbor krivične sankcije, on ne bi trebao da usvoji sporazum ako je i na prvi pogled vidljivo da ugovorena kazna (sankcija) ne odgovara svrsi kažnjavanja.

Sud može odbiti sporazum o priznanju krivice.

Protiv rješenja kojim se sporazum o priznanju krivice usvaja žalbu može izjaviti oštećeni, a protiv rješenja kojim se sporazum odbija državni tužilac i okrivljeni.

Kad rješenje o usvajanju sporazuma postane pravosnažno predsjednik vijeća, bez odlaganja, a najkasnije u roku od tri dana donosi presudu kojom se optuženi oglašava krivim u skladu sa usvojenim sporazumom. Protiv presude dozvoljena je žalba samo u slučaju kad ona nije u skladu sa sporazumom. Postavlja se pitanje da li se protiv presude donesene na osnovu sporazuma o priznanju krivice mogu koristiti vanredni pravni lijekovi budući da ZKP pominje samo "odricanje prava na žalbu". Mislimo da se vanredni pravni lijekovi shodno primjenjuju i na ovu presudu.

Drago Radulović, LL.D
Full professor

THE PLEA AGREEMENT BETWEEN THE LAW AND REALITY

Summary

The article is dedicated to a new institution in our procedural legislation introduced with new Criminal Procedure Code in 2009. The article is divided into four parts. In the first part, the author talks about the concept and feasibility of introducing in our legislation the plea agreement with expectation that this institute will contribute to the effectiveness of criminal proceedings, no matter what experience has shown that this concept was not enough used in practice. Author explaining lack of it practical implementation by the fact that our justice system is reserved to new institutions, especially on the beginning of its implementations. The second section focuses on the legal requirements for the conclusion of agreements of which some are related to crime (severity of the offense), and some of the offender (confession of guilt), and some of the problems affecting the limits of the agreements (catalog of criminal acts) as and those related to the act of recognition. The third part is dedicated to the Agreement, or the issues on which the parties hereby agree: the type and high of penalty and other sanctions, waiving of the right to appeal, costs of the

criminal proceeding and property claims. Finally, the fourth section discusses the role and place of the court in the plea bargaining process, because the court ultimately decides on the agreement and gives legal effect. Deciding on the agreement the court may dismiss, deny or adopt. In order to adopt the agreement the court must determine whether the agreement contains all conditions required by the CPC and thereafter without trial in the short term (three days) render a verdict.

Др Драган Јовашевић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНОМ И СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ¹

Анстракт:

Од најстаријих времена малолетници као учиниоци кривичних дела су били третирани на исти начин као и пунолетна лица. Они су називани "злочинци у малом". Стога је и логично да се и према малолетницима у дугој писаној правној историји примењује исти систем казни као и за пунолетна лица, при чему је постепено отупела оштрица кривичноправне репресије према њима, па су им у закону прописиване казне ублажаване у већој или мањој мери. Тек крајем 19. и у 20. веку се за малолетнике примењују посебне врсте кривичних санкција. Међу њима посебан значај имају васпитне мере. Но, поред и уместо васпитних мера, према малолетницима који показују висок степен васпитне запуштености, а који су учинили тешка кривична дела, сва савремена кривична законодавства предвиђају и посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Управо, о појму, карактеристикама, елементима и сврси казне малолетничког затвора у кривичном праву Републике Србије и у упоредном кривичном праву говори овај рад.

Кључне речи: *закон, малолетник, кривично дело, кривица, казна, малолетнички затвор.*

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније" који финансира Правни факултет у Нишу у периоду 2013-1018. године.

1. УОПШТЕ О МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Малолетничко кривично право² је део, сегмент кривичног права једне државе које због обиља специфичних решења у последње време у низу европских држава³ добија карактер самосталне правне (позитивно правне), али и научне дисциплине⁴. Ради се, наиме, о посебној, заокруженој и аутономној целини која садржи низ специфичних решења у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела⁵. Неретко се стога у литератури за ову грану права употребљава назив пара-кривично право или квази-кривично право⁶ које се односи на малолетна лица. Дакле, малолетничко кривично право је скуп законских прописа којима се одређује кривичноправни статус малолетних лица⁷ (као учинилаца кривичних дела, односно малолетних лица као жртава кривичних дела). То је право које прописује посебан третман у поступку прописивања, изрицања и извршења санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела⁸.

Тако овај назив који се често у правној теорији одређује као криминално-политички постулат обухвата грану права са кривичноправним одредбама које се примењују на малолетне учиниоце кривичних дела и које одсликавају посебан, специфичан карактер ове гране права. То је право које се заснива на личности учиниоца деликта (*Taterstrafrecht*), а не на самом деликту (*Tatstrafrecht*). Или другим речима, то је систем законских правних прописа којима се одређује систем кривичних санкција за малолетне

² Термин малолетничко кривично право је готово уобичајен у правној теорији (Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, Скопље, 1998. године, стр. 361, Љ. Бавџон, А. Шелих, Казенско право, Сплошни дел, Љубљана, 1999. године, стр. 230 или П. Новоселец, Опћи дио казеног права, Загреб, 2004. године, стр. 3 или Д.Јовашевић, Малолетничко кривично право, Ниш, 2011. године, стр.13). Но, у правној теорији се за ову грану права употребљава и назив "кривично право за малолетнике". Оба ова термина асоцирају на кривично право "малолетничког карактера" које стоји насупротив пунолетничком кривичном праву (М. Шкулић, Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, Београд, 2003. године, стр. 368).

³ У теорији се сматра да су први "посебни" малолетнички кривични закони донети тек почетком 20. века и то : 1908. године у Великој Британији (Енглеска) и Канади, 1912. године у Белгији и Француској, 1923. године у Немачкој и 1940. године у Финској.

⁴ Д. Јовашевић, Малолетничко кривично право, оп.цит., стр. 14-18.

⁵ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2005. године, стр. 344.

⁶ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, ибид, стр. 344.

⁷ Интересантно је да се у делу немачке кривичноправне теорије јављају и таква мишљења да се овде ради о криминалитету лица која нису навршила 25 година живота.

⁸ Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, оп.цит.стр. 361.

учиниоце кривичних дела⁹, а под одређеним условима и за пунолетне учиниоце, те поступак за изрицање и извршење ових санкција од стране надлежних државних органа. Стога се може рећи да малолетничко кривично право превалази оквире кривичног права јер обухвата не само кривичноправне одредбе материјалноправне садржине, већ и одредбе процесног и извршног кривичног права на начин, у мери и у обиму који се односи на малолетне учиниоце кривичних дела.

Малолетничко кривично право тако представља скуп (систем) законских прописа којима је регулисан положај (права, обавезе и одговорност) малолетника¹⁰ у кривичном праву у целости¹¹. Ове одредбе се, прво, односе на¹²: 1) појам и врсте малолетника као субјеката кривичног права (активни и пасивни¹³ субјект кривичног дела), 2) врсте, услове, сврху, садржину, начин и услове прописивања и изрицања кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела, 3) поступак за изрицање кривичних санкција за малолетнике (који представља посебну, специфичну врсту кривичног поступка – специфичног по органима за покретање и вођење кривичног поступка и за изрицање кривичних санкција, архитектоници и току поступка и учешћу посебних вандсудских – посебно ванкривичносудских органа у поступку изрицања и извршења кривичних санкција) и 4) поступак извршења изречених кривичних санкција, али и неформалних мера (васпитних налога) према малолетним учиниоцима кривичних дела.

Оно се низом својих одредби садржински, а и по форми издваја из кривичног права које се, иначе, примењује према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Под одређеним, законом предвиђеним, условима ово право се изузетно примењује и према млађим пунолетним учиниоцима кривичних дела (у доба млађег пунолетства, дакле од навршене 18 до ненавршене 21

⁹ У историји кривичног права се могу наћи и таква схватања према којима је прва пенитенсијарна установа за малолетне учиниоце кривичних дела основана на иницијативу римског папе Климента IX још 1703. године у Риму да би се касније овакве установе оснивале и у другим државама : Немачкој, Француској, Швајцарској и Великој Британији.

¹⁰ Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, Књига прва, Општи део, Београд, 1985. године, стр. 492.

¹¹ О. Перић, Положај малолетника у југословенском кривичном законодавству са становишта заштите људских права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, број 1-3/2000. године, стр. 27-32.

¹² Д. Јовашевић, Савремене тенденције у области кодификације малолетничког кривичног права, Зборник радова, Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, Ниш, 2010. године, стр. 495-525.

¹³ М. Вешовић, Малољетник као објект кривичноправне заштите, Правна мисао, Сарајево, број 7-8/1978. године, стр. 139-157.

године живота)¹⁴. Потреба за посебним кривичноправним положајем малолетника као учинилаца кривичних дела (а тиме и за издвајањем малолетничког кривичног права у засебну, специфичну грану позитивног правног система) је можда најпотпуније изражена у преамбули Закона о малолетничком кривичном правосуђу Канаде из 2002. године¹⁵ где се као циљеви малолетничког кривичног права сматрају : 1) превенција криминалитета малолетника, 2) рехабилитација и реинтеграција малолетника у друштво, 3) малолетна лица морају сносити адекватне последице за извршење кривичних дела и 4) на тај начин се доприноси дуготрајној заштити друштва.

На сличан начин циљеве малолетничког кривичног права одређује и Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку Републике Српске¹⁶ из 2010. године који у члану 1. наводи да се овим законом утврђују посебна правила поступања према деци која се налазе у сукобу са законом на начин којим се без дискриминације унапређује осећај достојанства и личне вредности детета узимајући у обзир његову узраст, најбоље интересе, право на живот, опстанак и развој при чему сва залагања треба да воде рехабилитацији и социјалној интеграцији детета и његовом преузимању конструктивне улоге у друштву¹⁷.

2. ИЗВОРИ МАЛОЛЕТНИЧКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

У низу савремених европских држава је у последње време дошло до издвајања кривичноправних одредби које се односе на положај малолетних учинилаца кривичних дела у посебно, специјално кривично законодавство. Тиме је створен заокружени систем "малолетничког кривичног права" које уважава низ специфичности малолетних лица с обзиром на њихов узраст, социјално, психолошко и медицинско стање. Историјски посматрано, малолетни учиниоци кривичних дела одавно имају посебан статус. Разлог за то треба тражити у старосном добу у коме се налазе ова лица које је испуњено многобројним и непрестаним променама, добу које је прожето њиховим биолошким и психолошким, односно социјалним сазревањем, а то

¹⁴ Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2011. године, стр. 270.

¹⁵ Ж.Пру, Канадски закон о кривичном гоњењу малолетника, Зборник радова, Кривичноправна питања малолетничкеделиквенције, Београд, 2008. године, стр.37-38.

¹⁶ Службени гласник Републике Српске број 13/2010. Закон је ступио на снагу 1. јануара 2011. године.

¹⁷ М.Симовић, Д.Јовашевић, Љ.Митровић, М.Симовић Нишевић, Коментар Закона о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку Републике Српске, Бања Лука, 2010. године, стр.45-47.

све захтева и прилагођавање мера кривичног права таквом узрасту. У тежњи да се криминално понашање малолетника спречи у корену с обзиром да од тога зависи умногоне и њихов будући живот (па и криминална каријера), сва савремена кривична законодавства у односу на малолетнике показују посебно разумевање¹⁸.

Тако је данас у У Аустрији, Канади, Италији, Немачкој, Финској, Француској, Хрватској, Македонији, Републици Српској (у саставу Босне и Херцеговине) и сада Републици Србији ова грана права формално издвојена из кривичног закона (законика) које важи за остале, "редовне" учиниоце кривичних дела (пунолетна лица, а под законом одређеним условима и правна лица). Прва држава у свету која је успоставила посебан кривичноправни положај малолетника је била Канада где је још 1908. године донет посебан Закон о малолетним деликвентима¹⁹. Овај је закон данас заменио нови Закон о малолетничком кривичном правосуђу из 2002. године²⁰.

А, међу државама на европском континенту које су пошле путем осамостаљивања малолетничког кривичног права је међу првима била Финска. У овој држави је још 1940. године донет посебан Закон о младим преступницима (Young Offenders Act)²¹. Недавно је ова држава отишла корак даље доношењем још два законска текста која предвиђају примену кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела. То су : 1) Експериментални закон о малолетничкој казни (Experimental Juvenile Punishment Act)²² из 1996. године и 2) Закон о малолетничкој казни (Juvenile Punishment Act)²³ из 2004. године. Тако је у Немачкој положај малолетника у кривичном праву уређен одредбама Закона о малолетничком кривичном правосуђу из 1974. године – Jugendgerichtsgesetz²⁴ са последњим

¹⁸ Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, Књига прва, Општи део, оп.цит. стр. 492.

¹⁹ The Juvenile Delinquents Act, Statutes of Canada, 1908. године. Но, и пре тога, у Канади је почев од 1894. године био у примени посебан законски текст који је био посвећен проблематици спречавања и сузбијања малолетничке деликвенције – Закон о хапшењу, суђењу и затварању младих преступника - The Act Respecting Arrest, trial and Imprisonment of Youthful Offenders.

²⁰ The Youth Criminal Justice Act, Statutes of Canada, 2002. године. Овај закон је ступио на снагу 1. априла 2003. године.

²¹ Act No. 262/1940.

²² Act No. 1058/1996.

²³ Act No. 1196/2004.

²⁴ Jugendgerichtsgesetz (JGG) је иначе усвојен 1953. године, а данас је на снази верзија закона која је усвојена 11. децембра 1974. године (Bundesgesetzblatt BGBl) I, број 3427 са изменама и допунама од 8. јула 2008. године (Bundesgesetzblatt BGBl) I, број 1212.

изменама и допунама из 2008. године. У Аустрији је положај малолетних учинилаца кривичних дела уређен посебним Законом о малолетницима²⁵ из 1988. године (чија је иначе прва верзија била сачињена још 1928. године). Исте године и у Италији долази до значајнијих промена у области малолетничког кривичног права након усвајања Декрета председника Републике број 448/88 чије су одредбе посвећене посебном положају малолетних учинилаца кривичних дела и кривичном поступку према њима²⁶. Посебан "малолетнички кривични закон се примењује и у Француској где је у примени Ордонанса за децу и малолетнике (Ordonnance No. 45-174) du 2. fev. 1945. године допуњена Законом број 2002-1138 од 9. септембра 2002. године.

У државама у нашем окружењу посебан кривичноправни статус малолетних учинилаца кривичних дела је први пут уређен посебним законом у Републици Хрватској када је 1997. године донет посебан Закон о судовима за младеж из 1997. године²⁷. Данас је тај закон замењен истоименим текстом Закона о судовима за младеж који је донет јула 2011. године²⁸. Слична је ситуација и у Републици Македонији где је у примени Закон за малолетничка правда из 2007. године²⁹. У Републици Српској (у саставу Босне и Херцеговине) је донет посебан Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку из 2010. године³⁰ (који је ступио на снагу 1. јануара 2011. године).

Следећи тенденције присутне последњих деценија у неким европским државама, и у Републици Србији је при изведеној радикалној реформи у току 2005. године у области кривичног права донет посебан (Lex specialis) Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗОМУКД)³¹. На тај начин је малолетничко кривично право формално издвојено из Кривичног законика, односно Законика о кривичном поступку и Закона о извршењу кривичних санкција. Данас је у Републици Србији наведени закон

²⁵ Jugendgerichtsgesetz - JGG (Bundesgesetzblatt BGBI) I, broj 599/1988.

²⁶ Decreto del presidente della Republica No. 448/88. Више : M.S.Totara, V.Condro, G.Fanelli, M.Nolfo, M.Pergolini, La sospensione del processo e messa alla prova, Roma, 2008. године.

²⁷ Народне новине Републике Хрватске број : 111/97, 27/98 и 12/2002. Више : Ф. Хирјан, М. Сингер, Коментар Закона о судовима за младеж и казних дјела на штету дјече и малољетника, Загреб, 2002. године.

²⁸ Народне новине Републике Хрватске број 84/2011. Закон је ступио на снагу 1. септембра 2011. године.

²⁹ Службен весник на Република Македонија број 87/2007.

³⁰ Службени гласник Републике Српске број 13/2010.

³¹ Закон је објављен у Службеном гласнику Републике Србије број 85/2005, а ступио је на снагу 1. јануара 2006. године.

основни, непосредни извор малолетничког кривичног права које има примат у примени према малолетним учиниоцима кривичних дела, а под одређеним законским условима и према млађим пунолетним лицима. Но, као извор малолетничког кривичног права у Републици Србији такође се јавља и Кривични законик,³² односно споредно, допунско или помоћно кривично право, посебно приликом одређивању појма, елемената и карактеристика појединих кривичних дела на страни чијих учинилаца (у својству извршиоца, саизвршиоца или саучесника) се јављају малолетна лица. Као извор малолетничког кривичног права на одређени начин се јављају и : Законик о кривичном поступку, Закон о извршењу кривичних санкција, Закон о судовима, Закон о јавном тужилаштву, Закон о полицији и сл.

3. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ КАЗНЕ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА

1. Појам казне малолетничког затвора

Иако сва савремена кривична законодавства у систему кривичних санкција предвиђају више различитих врста васпитних мера које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела, тиме ипак није искључена потреба за кажњавањем малолетника³³. Уосталом дуги историјски преглед развоја малолетничког кривичног права показује да су од најстаријих времена према малолетницима примењиване различите врсте и мере казни. Таква је ситуација и данас. Те казне су у почетку биле исте оне казне које су закони прописивали према пунолетним лицима као учиниоцима кривичних дела, да би се тек касније према малолетницима примењивале посебне врсте казни које су специфичне само за ову категорију учинилаца кривичних дела³⁴.

У систему савременог малолетничког кривичног права преовладавају два система кажњавања малолетних учинилаца кривичних дела. Према првом систему према малолетницима се за учињено кривично дело могу изрећи казне које се иначе изричу и пунолетним лицима. При томе се "малолетнички узраст" учиниоца дела цени као олакшавајућа или као ублажавајућа околност (додуше факултативног карактера). Овакво

³² Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 115/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013. Више : Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године.

³³ Б.Ђукић, Д.Јовашевић, Криминалитет малолетника и мјере друштвене реакције у Републици Српској, Бања Лука, 2010. године, стр. 79-84.

³⁴ Д.Јовашевић, Малолетничко кривично право, оп.цит. стр.173.176.

решење данас усвајају кривична законодавства : Аустрије, Руске федерације, Шведске , Норвешке, Финске, Украјине. Но, такво решење је познавало и наше раније кривично законодавство које је било у примени до 1959. године када је новелиран Кривични законик ФНРЈ из 1951. године. Према другом систему према малолетницима се примењују посебне врсте казне – казна малолетничког затвора. Овакво је решење данас у примени у законодавству : Србије, Црне Горе, Хрватске, Немачке, Босне и Херцеговине.

Примена казни према малолетним учиниоцима кривичних дела је оправдана, правична и логична. Наиме, и међу малолетним лицима јављају таква лица која показују висок и континуиран степен васпитне запуштености, који често, обично у дужем временском периоду, у поврату врше тешка кривична дела, често са елементима насиља, са проузрокованим тешким последицама³⁵. Тако данас бројна кривична законодавства познају у структури кривичних санкција којима се настоји постићи ефикасна, квалитетна и законита заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности и казну малолетничког затвора (као посебну врсту казне лишења слободе. Истина, у теорији се могу наћи и таква схватања према којима постоји само једна казна затвора као врста кривичних санкција која се може јавити у више облика (форми) као што су : 1) казна затвора, 2) краткотрајна казна затвора, 3) казна дуготрајног (или доживотног) затвора и 4) казна малолетничког затвора.

Малолетнички затвор је једина врста казне у систему малолетничких кривичних санкција у Републици Србији (чл. 28-38. ЗОМУКД). То је посебна врста казне која се састоји у одузимању слободе кретања старијем малолетном учиниоцу тежег кривичног дела за у судској одлуци одређено време и његовом смештању у одређену установу. По форми је то казна лишења слободе који је сличан је казни затвора коју суд изриче пунолетним учиниоцима кривичних дела. Али по циљевима које треба да постигне, ова је казна веома блиска са васпитним мерама.

2. Карактеристике казне малолетничког затвора

Основне карактеристике казне малолетничког затвора у кривичном праву Републике Србије јесу следеће :

1) то је најтежа врста малолетничке кривичне санкције и једина врста казне која се може изрећи малолетном учиниоцу кривичног дела у Републици Србији, додуше са два ограничења : а) ова се казна не може изрећи сваком малолетнику (већ само старијем малолетнику – дакле лицу узраста од 16 до 18

³⁵ О.Перић, О кажњавању малолетника, Правни живот, Београд, број 3/1982. године, стр. 297-300.

година у време извршења кривичног дела) и б) ова се казна не може изрећи за свако учињено кривично дело - већ само за теже дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година,

2) то је санкција којом се остварују циљеви специјалне и генералне превенције будући да се његовом применом врши појачани утицај на малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела, као и на друге малолетнике да не врше кривична дела,

3) два су услова за изрицање малолетничког затвора : а) извршено кривично дело и б) кривица учиниоца испољена у високом степену. То је једина малолетничка кривична санкција при чијем изрицању је суд обавезан да утврђује постојање и степен кривице његовог учиниоца,

4) казна малолетничког затвора се одмерава по посебним правилима међу којима посебан значај имају субјективне околности везане за личност учиниоца и објективне околности везане за природу и тежину учињеног кривичног дела,

5) казна малолетничког затвора се изриче у трајању од шест месеци до пет година. Ова се казна увек изриче на пуне године и месеце. Но, поред овог општег максимума, закон познаје и још један максимум – од десет година. Малолетнички затвор у трајању до десет година се може изрећи у два случаја : а) када је учињено кривично дело за које је у закону прописана казна затвора од двадесет година или тежа казна и б) када је учињено у стицају најмање два кривична дела за која је у закону прописана казна затвора тежа од десет година. При томе је закон поставио опграничење према коме се казна малолетничког затвора не може изрећи у трајању које је дуже од законом прописане казне затвора за учињено кривично дело,

б) за кривична дела у стицају малолетнички затвор се изриче по посебним правилима. То су следећа правила³⁶ : а) ако старији малолетник учини више кривичних дела у стицају, а суд нађе да за свако кривично дело треба изрећи казну малолетничког затвора, одмериће по слободној оцени за сва дела у стицају једну казну малолетничког затвора у законом одређеним границама, б) ако суд нађе да за неко кривично дело у стицају које је учинио старији малолетник треба изрећи васпитну меру, а за неко дело казну малолетничког затвора, тада ће суд за сва дела у стицају изрећи само једну казну малолетничког затвора, в) ако суд за кривична дела у стицају утврди казну затвора и казну малолетничког затвора, тада изриче јединствену казну затвора сходно правилима за одмеравање казне за дела у стицају учињена од пунолетних лица (систем асперације – члан 60. став 4. КЗ РС) и г) ако суд нађе да за неко кривично дело у стицају треба изрећи васпитну меру, а за неко дело казну затвора, тада изриче само казну затвора. На исти начин суд ће поступити и када одмерава казну осуђеном лицу (ако се после изречене осуде утврди да је осуђени пре или после њеног изрицања извршио друго кривично дело),

³⁶ Изрицање казне малолетничког затвора применом одредаба о стицају као и за пунолетна лица, представља повреду кривичног закона (решење Врховног суда Србије Кжм. 524/97 од 14. новембра 1997. године).

7) казна малолетничког затвора не повлачи правне последице осуде које се састоје у забрани стицања одређених права³⁷,

8) лице коме је изречена казна малолетничког затвора суд може условно отпустити са даљег издржавања казне под следећим условима : а) ако је малолетник издржао трећину изречене казне, али не пре него што је протекло шест месеци. Ово су знатно блажи услови за давање условног отпуста него што Кривични законик Републике Срије тражи после новеле из септембра 2009. године тражи за давање условног отпуста осуђеном пунолетном лицу (када се захтева извршење најмање две трећине изречене казне) и б) ако се на основу постигнутог успеха у извршењу изречене казне малолетничког затвора може очекивати да ће се малолетник на слободи добро понашати и да неће вршити кривична дела. Уз дати условни отпуст суд може малолетнику да одреди и неку од мера појачаног надзора уз могућност примене једне или више посебних обавеза. Овако дати условни отпуст се може опозвати из разлога, на начин и под условима као што се он опозива и у случају изречене казне затвора пунолетном учиниоцу кривичног дела,

9) застарелост извршења изречене казне малолетничког затвора наступа ако је протекло : а) десет година од осуде на малолетнички затвор у трајању преко пет година, б) пет година од осуде на малолетнички затвор у трајању преко три године и в) три године од осуде на малолетнички затвор у трајању до три године.

10) подаци о осуди на казну малолетничког затвора могу се дати само законом изричито одређеним органима и то : а) суду, јавном тужиоцу и органу унутрашњих послова у вези са кривичним поступком који се води против лица које је раније било осуђено, б) органу који учествује у поступку давања амнестије, помиловања, рехабилитације или одлучивања о престанку правних последица осуде као и в) органима старатељства кад је то потребно за вршење послова из њихове надлежности,

11) ако за време трајања васпитне мере суд изрекне старијем малолетнику казну малолетничког затвора, у том случају васпитна мера престаје са извршењем када осуђени започне са издржавањем изречене казне. Ако пак за време трајања васпитне мере суд изрекне пунолетном лицу казну малолетничког затвора или казну затвора у трајању од најмање једне године, васпитна мера престаје када ово лице започне са издржавањем казне, а ако је изречена казна малолетничког затвора или затвора у краћем трајању, суд ће у пресуди одлучити да ли ће се после издржане казне наставити са извршењем васпитне мере или ће се потпуно обуставити њено извршење,

12) лице коме је изречена казна малолетничког затвора не може за време њеног извршења да врши изборне функције у државним органима,

³⁷ Види : О. Перић, Малолетнички затвор, Београд, 1979. године, стр. 78-82; Ђ. Карамитров, Извршување на васпитните мерки и казнета малолетнички затвор во СР Македонија, Скопље, 1981. године.

органима територијалне аутономије, органима локалне самоуправе, органима управљања, пословодним органима или другим органима у предузећима или другим организацијама које послују државном имовином, односно организацијама којима је законом поверено вршење одређених јавних овлашћења,

13) евиденцију о изреченим казнама малолетничког затвора води виши суд који је судио у првом степену и

14) осуда на казну малолетничког затвора подлеже рехабилитацији (законској и судској) на исти начин, под истим условима и у идентичном поступку који су прописани за осуде пунолетног лица.

4. УСЛОВИ ЗА ИЗРИЦАЊЕ КАЗНЕ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА

Казна малолетничког затвора је хибридна кривична санкција која је по својој форми казнена мера са израженим елементима репресије, али је по садржини, суштини и циљу који треба да оствари васпитна мера. У наше кривично право је ова казна уведена новелом Кривичног законика ФНРЈ из 1959. године (иако је и пре тога под одређеним условима било могуће кажњавање чак и млађег малолетника). Ова казна се може изрећи ако су испуњени законом предвиђени кумулативни услови (члан 28. ЗОМУКД). То су следећи услови:

1) да је учинилац кривичног дела старији малолетник тј. лице које је у време извршења кривичног дела навршило шеснаест година, а није навршило осамнаест година,

2) да је малолетник учинио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора тежа од пет година,

3) да је малолетник извршио кривично дело са високим степеном кривице. То је степен кривице изнад уобичајеног, нормалног, просечног степена свесне и вољне управљености учиниоца према извршеном кривичном делу. Да ли постоји висок степен кривице старијег малолетника, представља фактичко питање које судско веће мора да реши у сваком конкретном случају³⁸. Тако висок степен кривице не постоји у случају ако је у конкретном случају остварен неки од субјективних основа за ублажавање казне (нпр. битно смањена урачунљивост) и

4) да је суд дошао до уверења да због природе и тежине учињеног кривичног дела и високог степена кривице није оправдано изрећи васпитну

³⁸ Битно смањење урачунљивости у време извршења кривичног дела искључује постојање високог степена кривице као једног од услова за изрицање казне малолетничког затвора (решење Врховног суда Србије Кжм. 72/95 од 22. августа 1995. године).

меру³⁹. Тежина кривичног дела значи постојање јачег обима и већег интензитета повреде (а изузетно и конкретног угрожавања) заштићеног добра. То указује на обим и интензитет последице кривичног дела. Али, ову околност треба ценити и у склопу врсте нападнутог добра и потребе друштва да обезбеди његову ефикасну и квалитетну заштиту што указује на природу кривичног дела. У судској пракси је спорно како треба тумачити овај услов у случају "покушаног кривичног дела (када последица дела по природи овог института изостаје).

Овај услов указује на изузетан карактер примене казне малолетничког затвора чак и у случају када су испуњени законом предвиђени услови. За изрицање казне малолетничког затвора потребна је и оцена суда, заснована на изведеним личним и материјалним изворима доказа, да у конкретном случају не би било оправдано изрећи васпитну меру⁴⁰. Значи, малолетнички затвор⁴¹ је казна супсидијарног карактера чија је примена увек факултативна.

Када су испуњени законом предвиђени услови, суд старијем малолетнику одмерава казну малолетничког затвора у границама законом прописане казне за учињено кривично дело имајући у виду сврху малолетничког затвора и узимајући у обзир све околности (олакшавајуће и отежавајуће), а нарочито : 1) степен зрелости малолетника и 2) време које је потребно за његово васпитавање и стручно оспособљавање (члан 30. ЗОМУКД) . При томе суд не може изрећи казну малолетничког затвора у трајању дужем од прописане казне за учињено кривично дело, али он при томе није везан за најмању меру прописане казне (за посебни минимум).

³⁹ При опредељењу да изрекне казну малолетничког затвора уместо васпитне заводске мере, суд треба да цени објективне услове за изрицање, тешке последице дела, висок степен кривице, личност малолетника, његов ранији живот и побуде из којих је дело извршио (пресуда Врховног суда Србије Кжм. 42/2000 од 5. септембра 2000. године); При одлучивању о изрицању казне малолетничког затвора и њене висине малолетнику који је навршио 16 година за нова кривична дела цениће се и чињеница да је он пре тога као млађи малолетник извршио кривична дела силовања, дрске крађе и преваре (пресуда Врховног суда Србије Кжм. 17/2003 од 4. новембра 2003. године).

⁴⁰ Тешке последице дела као један од услова за изрицање казне малолетничког затвора не произилазе искључиво из таквих последица које су настале за оштећеног и његову имовину, већ и из остварених околности које им дају такав карактер (решење Врховног суда Србије Кжм. 20/94 од 27. маја 1994. године).

⁴¹ Д.Јовашевић, Примена казне малолетничког затвора – стање и могућности, Теме, Ниш, број 2/2011. године, стр. 421-439.

5. ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА

Казна малолетничког затвора се извршава сходно одредбама чл. 137-145. ЗОМУКД у казнено поправном заводу за малолетнике⁴². Осуђена лица казну издржавају заједно, а одвојено само када то захтева здравствено стање осуђеног или потреба осигурања безбедности и одржавања реда и дисциплине у казнено поправном заводу. Казна изречена женским лицима се извршава у посебном одељењу казнено поправног завода за жене⁴³.

У овим заводима осуђена малолетна лица могу да остану до навршене двадесеттреће године живота. Ако до овог узраста лице не издржи изречену казну у потпуности (а не буде пуштено на условни отпуст), упућује се у казнено поправни завод за пунолетна лица. Изузетно, осуђени старији малолетник који је у међувремену навршио двадесеттри године живота може остати у казнено поправном заводу за малолетнике у два случаја : а) ако је то потребно ради завршавања његовог школовања или стручног оспособљавања или б) ако му је до потпуног издржавања казне остало време до шест месеци, али најдуже до навршене двадесетпете године живота.

6. КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Готово сва савремена кривична законодавства у систему кривичноправних мера реаговања на криминалитет, предвиђају и посебне врсте казни које се примењују према малолетним учиниоцима тешких кривичних дела. И њихова примена се у великој мери наслања на стандарде утврђене међународноправним актима (донетим у оквиру и под окриљем универзалне организације - Организације уједињених нација или регионалне организације - Савета Европе).

1. Аустрија

У Аустрији је положај малолетника у кривичном праву уређен одредбама посебног закона – Закона о малолетницима⁴⁴ из 1988. године. Као малолетници у смислу овог закона сматрају се лица која су у време извршења кривичног дела била у узрасту од четрнаест до осамнаест година (члан 1. Закона). Такав малолетник је по правилу одговоран за учињен кривично дело осим ако из одређених разлога он није довољно

⁴² И. Ковчо, Извршење малолетничких санкција, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 2/1999. године, стр. 685-712.

⁴³ Н. Рицијаш, Обилежја малолетника који извршавају казну малолетничког затвора, Криминологија и социјална интеграција, Загреб, број 1/2005. године, стр. 89-105.

⁴⁴ Jugendgerichtsgesetz – JGG, Bundesgesetzblatt (BGBl) No. 599/1988.

зрео да увиди недопуштено (противправно) свог дела и да према свом расуђивању поступа. Према овим учиниоцима се и у аустријском кривичном праву изричу исте казне које су иначе прописане у закону за пунолетна лица као учиниоце кривичних дела. При томе се узраст малолетства сматра основом за блаже кажњавање таквих лица (факултативна ублажавајућа околност)⁴⁵.

Наиме, према малолетним лицима узраста од шеснаест година у време извршења кривичног дела се уместо казне доживотног затвора или казне затвора у трајању од десет до двадесет година може изрећи казна затвора у трајању од једне до петнаест година (члан 5. став 2. тачка а. Закона). Ако се пак ради о извршењу кривичног дела за које је у закону прописана казна затвора од десет до двадесет година, тада се малолетнику за исто дело може изрећи казна затвора од шест месеци до десет година (члан 5. став 3. Закона). Законом је даље прописано да се максимуми прописаних казни затвора малолетном учиниоцу таквог кривичног дела при изрицању смањују на половину, при чему суд није везан за минимум прописане казне за то дело.

2. Босна и Херцеговина

Кривично право Републике Босне и Херцеговине у структури кривичних санкција, предвиђа посебне малолетничке кривичне санкције које се изричу малолетним учиниоцима кривичних дела⁴⁶. То су : 1) васпитне мере и 2) казна малолетничког затвора, а под одређеним условима и мере безбедности.

Казна малолетничког затвора је једина врста казне коју познаје кривично право Босне и Херцеговине⁴⁷. Ова се казна у смислу члана 95. КЗ БИХ, члана 99. КЗ ФБИХ, члана 99. КЗ БД БИХ, односно члана 50. Закона о заштити и поступању са децом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске изриче на време од једне до десет година старијем малолетном лицу које је учинило кривично дело за које је прописана казна затвора преко пет година, а због тешких последица учињеног дела и високог степена кривице није оправдано изрицање васпитних мера.

У Републици Српској се казна малолетничког затвора изриче са трајањем од једне до пет година, при чему се ова казна може изрећи и до десет година у случају : 1) када старији малолетник изврши кривично дело за које је прописана казна

⁴⁵ J.Kimmel, Oesterreiches Jugendstrafrecht, Wien, 1954. godine, str.78-83.

⁴⁶ М.Симовић ет ал., Малољетничко кривично право, Источно Сарајево, 2013. године, стр. 167-175.

⁴⁷ Б.Петровић, Д.Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр.214-217.

дуготрајног затвора и 2) када старији малолетник изврши у стицају најмање два кривичан дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година.

3. Казахстан

Кривични законик Републике Казахстан из 1997. године са изменама и допунама из 2004. године⁴⁸ (као и сва савремена кривична законодавства која су настала на темељима ранијег социјалистичког совјетског кривичног законодавства) у систему кривичних санкција предвиђа више врста казни као мера друштвене реакције на криминалитет малолетника. Претпоставка за кажњавање је и овде узраст малолетника од навршених шеснаест година у време извршења кривичног дела. Изузетно од овог правила, кривична одговорност се може стећи и са навршених четрнаест година (а тиме и могућност кажњавања) под условом да такав малолетник учини у закону таксативно наведена кривична дела као што су : убиство; силовање; принудни акти сексуалног карактера; отмица; крађа; изнуда; намерно уништење или оштећење имовине под отежавајућим околностима и тероризам (члан 15. став 2. Кривичног законика).

Члан 79. Кривичног законика Републике Казахстан прописује чак шест врста различитих казни које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. То су:

1) новчана казна – ова имовинска казна се може изрећи малолетнику само у случају ако има сопствене приходе или имовину из које се она може наплатити. Изриче се у износу од 10 до 500 месечних износа у Републици и то у периоду од две седмице до шест месеци,

2) забрана учествовања у одређеним активностима у периоду од једне до две године,

3) рад у јавном интересу – казна у виду обављања одређеног друштвено корисног рада у интересу заједнице у трајању од 40 до 160 часова рада и то у време и на начин како се не би ометао рад или образовање малолетника,

4) поправни рад у трајању до једне године, али само ако се ради о малолетнику који је старији од 16 година,

5) ограничење слободе (арест) у виду смештаја малолетника у одређену установу у трајању од једне до две године и

6) малолетнички затвор – одузимање слободе кретања у трајању до десет година, а изузетно и до дванаест година у сличају да се ради о

⁴⁸ Criminal code of the Republic of Kazakhstan – Law No. 167 of 16. July 1997. and Law No. 10 of 9. December 2004.

извршењу кривичног дела убиства под отежавајућим околностима (што представља фактичко питање које суд утврђује у сваком конкретном случају) или ако у стицају изврши два или више кривичних дела. При изрицању казне малолетничког затвора закон је поставио једно ограничење. Тако се ова казна не може изрећи примарном учиниоцу кривичног дела узраста од 14 до 18 година (лицу које је први пут извршило кривично дело мале тежине – кривично дело за које је у закону прописана казна затвора до две године – члан 10. став 2. Кривичног законика). Слично ограничење постоји и за малолетника узраста од 14 до 16 година ако је по први пут извршио кривично дело средње тежине (кривично дело за које је у закону прописана казна затвора до пет година).

4. Мађарска

Мађарски кривични законик⁴⁹ из 1978. године са изменама и допунама до 2005. године, у глави седам, у одредби члана 108. прописује да је сврха кажњавања малолетника првенствено у правилном васпитању малолетника да би постао користан члан друштва у случајевима када се таква сврха не може остварити применом васпитних мера.

Као најтеже врсте кривичних санкција које се уопште могу изрећи малолетном учиниоцу кривичног дела предвиђено је више врста казни. То су :

1) малолетнички затвор (члан 110. КЗ) – одузимање слободе кретања малолетника који је навршио шеснаест година у време извршења кривичног дела у трајању од најмање месец дана до десет година, односно изузетно до петнаест година у случају када се ради о извршењу кривичног дела за које је прописана казна доживотног затвора. У овом другом случају се малолетнику који није навршио шеснаест година у време извршења кривичног дела ипак не може изрећи казна у трајању до петнаест година. Овако одмерена казна малолетничког затвора се у смислу члана 111. КЗ извршава у посебној установи за малолетнике. Но, осуђени малолетник се може и условно отпустити од даљег издржавања казне затвора (члан 112. КЗ) под условом да је издржао најмање трећину изречене казне затвора,

2) друштвено користан рад – члан 113. КЗ се као посебна врста казне изриче малолетном учиниоцу кривичног дела који је навршио осамнаест година у време правноснажности донете судске одлуке,

⁴⁹ Закон IV о Кривичном законик у из 1978. године са изменама и допунама Закона II из 2003. године, Будапест, 2003. године.

3) новчана казна (члан 114. КЗ) се изриче малолетнику ако има сопствени приход или имовину и

4) забрана обављања одређених јавних послова (члан 115. КЗ) – споредна казна која се изриче супсидијарно само у случају ако је малолетнику за учињено кривично дело изречена казна лишења слободе у трајању дужем од једне године. Применом ове казне малолетнику се забрањује обављање одређеног у судској одлуци назначеног јавног посла.

5. Македонија

Ново Кривично право Републике Македоније⁵⁰ после доношења посебног Закона за малолетничку правду из јула 2007. године разликује следеће кривичне санкције које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. То су (члан 28.): 1) васпитне мере, 2) казне, 3) мере безбедности (забрану управљања моторним возилом и протеривање странца из земље) и 4) конфискација имовине и имовинске користи.

Најтеже врсте кривичних санкције које се уопште могу изрећи старијем малолетном учиниоцу кривичног дела јесу казне. Закон за малолетничку правду предвиђа три врсте казни које се могу изрећи овим лицима. То су :

1) казна малолетничког затвора у трајању од једне до десет година (члан 44.). Ова казна лишења слободе у одређеном трајању је једина специфична врста казне која се изриче малолетном учиниоцу кривичног дела у овој Републици. Она се, наиме, изриче кривично одговорном старијем малолетнику који је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година, ако су остварене теже последице дела, а на страни учиниоца постоји висок степен кривице тако да није оправдано изећи васпитну меру. За изрицање ове казне потребно је испуњење пет кумулативних услова. То су : а) да се ради о старијем малолетнику, б) да је такав малолетник кривично одговоран у време извршења кривичног дела – то значи да је урачунљив и вин, в) да је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година, г) да су остварене теже последице учињеног кривичног дела и д) да на страни учиниоца постоји висок степен кривице тако да према оцени суда није оправдано таквом лицу изрећи васпитну меру,

2) новчана казна у дневним износима од једног до 120 износа (дневна глоба) (члан 47. Закона) – ова имовинска казна се изриче када је малолетник учинио кривично дело из користољубља за које је прописана казна затвора од најмање три године. Дакле, два су кумулативна услова законом прописана за изрицање ове казне. То су : а) врста и природа учиненог кривичног дела – дело треба да је учињено из посебне врсте побуде – користољубља (пожуде за непотребним и прекомерним увећањем имовине које није оправдано егзистенцијалним потребама

⁵⁰ Службен весник на Република Македоније број 87/2007.

и б) тежина учињеног кривичног дела – треба да се ради о кривичном делу за које је у закону прописана казна затвора од најмање три године или тежа казна и

3) конфискација (заплена) имовине и имовинске користи – одузимање покретне и непокретне имовине која је прибављена кривичним делом на начин, под условима и у поступку који су одређени законом (члан 97. КЗ).

6. Немачка

У Немачкој, Закон о малолетничком правосуђу (из 1974. године са изменама до 2008. године)⁵¹ који се примењује на лица израста од 14 до 21 године (члан 1. став 1. Закона) предвиђа три врсте малолетничких кривичних санкција⁵². То су : 1) васпитне мере, 2) дисциплинске мере и 3) казна за малолетнике.

Најтежа врста малолетничких кривичних санкција је казна лишења слободе за малолетнике (члан 17. Закона). Ова се казна лишења слободе састоји у смештају малолетног учиниоца кривичног дела у посебну установу када због склоности које је он показао приликом извршења кривичног дела мере појачаног надзора и дисциплинске мере нису довољне за његово надзирање или уколико је таква казна оправдана с обзиром на озбиљан степен кривице таквог лица. Ова се казна изриче у трајању од шест месеци од пет година, а само изузетно у трајању до десет година у случају ако је малолетник учинио теже кривично дело за које је у закону запређена казна затвора преко десет година (члан 18. Закона). При томе је закон изричито одредио да се ова казна одмерава малолетнику тако да се омогући остваривање жељене сврхе која се састоји у његовом појачаном надзору од стране за то овлашћених посебних државних органа.

7. Норвешка

Кривични законик Краљевине Норвешке⁵³ из 1902. године са више измена и допуна до 2005. године у члану 46. одређује да се као малолетник сматра лице које је у време извршења кривичног дела навршило петнаест година, али још увек није наршило осамнаест година. Према овим лицима се изриче иста казна која је иначе у закону прописана за пунолетне учиниоце кривичног дела.

⁵¹ Више: Д. Павловић, Закон о малолетничком правосуђу, Београд, 1997. године.

⁵² Jugendgerichtsgesetz (JGG) – Bundesgesetzblatt (BGBl) p. 3427, sa poslednjim izmenama i dopunama od 8. jula 2008. godine Bundesgesetzblatt (BGBl) p. 1212

⁵³ The General Civil Penal Code of the Kingdom of Norway, Act No. 10. of 22. May 1902. and Act No. 131. of 21. December 2005.

Дакле, и малолетним учиниоцима кривичних дела се по правилу изриче прописана казна затвора у трајању од 14 дана до 15 година (члан 17. став 1. тачка а. КЗ) при чему је према овим лицима искључена примена најтеже казне – казне дуготрајног затвора до 21 године (осим ако се ради о најтежим кривичним делима као што су дела против независности и безбедности државе из главе осам, дела против уставног уређења и државне власти из главе девет, дела против службене дужности из главе једанаест, дела против јавне безбедности из главе четрнаест и дела против живота и тела из главе двадесет друге). При одмеравању казне малолетнику се узраст узима као ублажавајућа околност, па се прописана казна може у конкретном случају ублажити по врсти или мери када се уместо прописане казне затвора таквом лицу могу изрећи новчана казна (члан 26а. КЗ) или казна рада у јавном интересу (члан 28а. КЗ).

8. Руска федерација

Кривични законик Руске федерације⁵⁴ у глави 14. предвиђа две врсте кривичних санкција које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. То су : 1) казне и 2) васпитне мере принудног карактера. Наиме, према малолетницима као учиниоцима кривичних дела се може изрећи чак шест врста различитих казни (што представља изузетно решење у савременом малолетничком кривичном праву).

Тако у смислу члана 88. Кривичног законика Руске Федерације малолетном учиниоцу кривичног дела могу изрећи следеће казне⁵⁵ :

1) новчана казна (штраф) ако су испуњена два услова : а) ако се са тим сагласи родитељ или законски заступник малолетника и б) ако малолетно лице располаже самостално својом зарадом или имовином која се може наплатити. У том случају се малолетном учиниоцу кривичног дела може изрећи ова имовинска казна у износу од 1.000 до 50.000 рубаља или сразмерно висини зарађене плате или других прихода у периоду од две недеље до шест месеци,

2) лишење права на бављење одређеном делатношћу у државним органима, органима локалне (месне) самоуправе или друге професионалне службе у трајању од једне до пет година,

⁵⁴ И. Федосова. Т. Скуратова, Уголовниј кодекс Россијској федерации, Москва, 2005. године, стр.64-65.

⁵⁵ А.И.Рарога, Г.А.Есаков, А.И.Чучаев, В.П.Степалин, Уголовное право России, Части общаја и особеннаја, Курс лекциј, Проспект, Москва, 2007. године, стр.182-185.

3) обавезни рад у слободно време трајању од 40 до 160 сати уз следећа ограничења : а) за лица узраста до 15 година ова казна може да траје највише два сата током дана и б) за лица у узрасту од 15 до 16 година највише до три сата током дана,

4) поправни рад – у трајању до једне године,

5) изолација (арест) – која се може изрећи само малолетнику који је узраста од шеснаест година у трајању од једног до четири месеца и

б) лишење слободе у одређеном трајању до шест година, осим у случају извршења тежег кривичног дела када лишење слободе може да траје до десет година⁵⁶.

9. Словенија

Казенски законик Републике Словеније⁵⁷ предвиђа посебне врсте кривичних санкција за малолетнике који учине кривично дело у узрасту од 14 до 18 година живота. То су : 1) васпитне мере, 2) новчана казна и 3) казна малолетничког затвора. У оквиру казни, учиниоцу кривичног дела који је навршио 16 година (старији малолетник) се могу изрећи две врсте казни. То су : а) новчана казна и б) казна затвора.

Старијем малолетнику се тако може изрећи новчана казна (члан 88. Кривичног законика) ако је учињено кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна. У том случају се изриче новчана казна у дневним износима од два до 180 дневних износа, односно у распону од 10.000 до 1.500.000 толара. Казна малолетничког затвора је најтежа врста кривичне санкције која се може изрећи старијем малолетном учиниоцу кривичног дела које учини кривично дело за које је прописана казна затвора од пет година или тежа казна, а због природе и тежине учињеног дела односно високог степена кривичне одговорности не би било оправдано изрећи неку од васпитних мера⁵⁸.

⁵⁶ А.И.Парога, Уголовное право России, Обшјаја част, Москва, 2008. године, стр. 428-433.

⁵⁷ Нови Казенски законик Републике Словеније је донет маја 2008. године, а ступио је на снагу 1. новембра исте године. Текст закона је објављен у Урадном лицу Републике Словеније број 58/2008. Иако се ради о потпуно новом, систематизованом зборнику кривичноправних норми, он је задржао на снази одредбе ранијег Кривичног законика које се односе на положај малолетника као учинилаца кривичних дела.

⁵⁸ Казенски законик, Урадни лист Републике Словеније број : 63/94, 70/94, 23/99, 40/2004 и 95/2004.

10. Украјина

Нови Кривични законик Украјине⁵⁹ из 2001. године са изменама и допунама из 2009. године такође у систему кривичних санкција које стоје надлежним државним органима у супротстављању криминалитета малолетника предвиђа казне. Но, за примену казне је према овим законским решењима потребно постојање кривичне одговорности на страни малолетног учиниоца кривичног дела, а она се тиче са навршених шеснаест година (члан 22. став 1. Кривичног законика Републике Украјине - КЗ РУ). Само изузетно, кривичну одговорност може да стекне и малолетник узраста од четрнаест година ако је извршио следећа кривична дела : убиство; покушај убиства; напад на судију, судију поротника, војно лице или адвоката; тешку телесну повреду; саботажу, тероризам; узимање талаца; силовање; хулиганство; оштећење важних привредних објеката, магистралних гасовода и нафтовода и то ако је дело извршено при отежавајућим околностима⁶⁰.

Члан 94. Кривичног законика Републике Украјине предвиђа следеће казне за малолетнике. То су : 1) новчана казна (члан 99. КЗ) – може се изрећи само малолетнику који има сопствене финансије или имовину. У том случају ова имовинска казна се може одредити у висини до 500 минималних износа у Републици, 2) рад у јавном интересу (члан 100. КЗ) - "служба за грађане" се може изрећи у трајању од два часа дневно и то у периоду од 30 до 120 часова. Ова се казна може изрећи само старијем малолетнику (лицу узраста од 16 до 18 година). Она се састоји у обављању одређеног посла или у пружању услуга грађанима од стране осуђеног малолетника у слободно време у трајању од два месеца до једне године, 3) поправни рад (члан 101. КЗ) се састоји у изолацији малолетника у специјалној установи за малолетнике у трајању од 15 до 45 дана, 4) ограничење слободе (члан 102. КЗ) се састоји у одузимању слободе малолетника у трајању од шест месеци до десет година. Но, ова се казна не може изрећи примарном учиниоцу и 5) малолетнички затвор – најтежа врста малолетничке кривичне санкције која се састоји у одузимању слободе кретања малолетнику за одређено време и то у трајању до десет година (члан 102. КЗ).

Изузетно се ова казна може изрећи и у трајању до петнаест година. Закон је поставио и одређена правила за одмеравање ове казне, па се тако ова казна може изрећи у следећим распонима и то : а) до две године – ако је малолетник извршио кривично дело мале тежине (то је кривично дело

⁵⁹ Criminal code of the Ukraine, Verkhovna rada Ukrajinі No. 25-26/2001 and No. 20/2009.

⁶⁰ Д.Јовашевић, Малолетничко кривично право, оп.цит., стр.67.

за које је у закону прописана казна затвора која не прелази две године – члан 12. став 2. КЗ), б) до четири године - ако је малолетник извршио кривично дело средње тежине (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која не прелази пет година – члан 12. став 3. КЗ), в) до седам година – ако је малолетник извршио тешко кривично дело (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која не прелази десет година – члан 12. став 4. КЗ), г) до десет година – ако је малолетник извршио посебно тешко кривично дело (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која прелази десет година – члан 12. став 5. КЗ) и д) до петнаест година – ако је малолетник извршио посебно тешко кривично дело које укључује убиство.

11. Финска

Положај малолетних учинилаца кривичних дела и и друштвена реакција на ову врсту криминалитета је у Републици Финској уређена одредбама Закона о младим преступницима⁶¹ из 1940. године, Експерименталног закона о малолетничкој казни из 1996. године и Закона о малолетничкој казни⁶² из 2004. године. Овим законским решењима је одређено да се кривична одговорност малолетника (а тиме и могућност њиховог кажњавања) стиче са навршених 15 година живота у време извршења кривичног дела при чему се узраст од 15 до 17 година узима као олакшавајућа околност од значаја приликом одмеравања казне у конкретном случају.

Посебна врста казне – малолетничка казна је у финско кривично право уведена релативно касно – тек 1996. године. Ова се казна изриче малолетнику који је учинио кривично дело у узрасту од 15 до 18 година под условом да тежина учињеног дела, потреба малолетника за рехабилитацијом и његова способност социјалне адаптације указују да је примена ове најтеже кривичне санкције према њему оправдана. Ова се казна састоји из два дела. То су : а) посебне обавезе малолетника – оне се састоје у обавези малолетника да обавља одређени рад без накнаде у трајању од десет до шездесет часова. На овај начин се обављање различитиуих послова и извршавање постављених задатака од стране малолетника омогућава да се унапреди његово социјално прилагођавање и осећај одговорности и б) надзор над малолетником, његовим животом и радом у трајању од четири месеца до једне године са циљем пружања

⁶¹ Young Offenders Act No. 262/1940.

⁶² Government regulation on juvenile punishment No. 1284/2004 and Juvenile Punishment Act No.1196/2004.

подршке и усмеравања малолетника. Овај надзор спроводи посебна служба за надзор у сарадњи са надлежним центром за социјални рад.

12. Хрватска

У Републици Хрватској је малолетничко кривично право издвојено из општег кривичног права. Његов је основни извор Закон о судовима за младеж из јула 2011. године⁶³. Овај закон предвиђа следеће малолетничке кривичне санкције : 1) васпитне (одгојне) мере, 2) казну малолетничког затвора и 3) све мере безбедности осим мере забране обављања звања, делатности или дужности из члана 77. Казненог закона⁶⁴.

Казна малолетничког затвора (члан 24.) је најтежа малолетничка кривична санкција која се може изрећи само старијем малолетнику у трајању од шест месеци до пет (а само изузетно до десет) година који је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора од три године или тежа казна ако с обзиром на природу и тежину учињеног дела и висок степен кривице учиниоца није оправдано таквом лицу изрећи неку од васпитних мера. Изузетно се ова казна може изрећи у трајању до десет година у два случаја⁶⁵ : а) ако се ради о кривичном делу за које је у закону прописана казна дуготрајног затвора и б) ако се ради о стицају најмање два кривична дела за која је у закону прописана казна затвора од десет година или тежа казна.

Но, Закон о судовима за младеж предвиђа и могућност условног одлагања за време од једне до три године (време прокушавања) изрицања казне малолетничког затвора. Но, по протеку рока од једне године од почетка трајања времена проверавања суд може дефинитивно да одустане од изрицања казне малолетничког затвора ако се на основу нових чињеница саопштених од стране центра за социјални рад увери да малолетник неће даље чинити кривична дела. Овакво је решење могуће ако суд дође до уверења да је малолетник крив за учињено кривично дело, па се самим изрицањем кривиде и претњом накнадног изрицања казне може постићи његово одвраћање од поновног извршења других

⁶³ Народне новине Републике Хрватске број 84/2011. Закон је ступио на снагу 1. септембра 2011. године.

⁶⁴ Б.Павишић, В.Грозданић, П.Веић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр. 258-259.

⁶⁵ А. Царић, Закон о судовима за младеж и одредбе о малољетницима у Закону о прекршајима са коментаторским биљешкама, повезницама и судском праксом, Загреб, 2004. године, стр. 89-102.

кривичних дела. Суд је и у овом случају обавезан да изрекне таквом лицу васпитну меру појачаног надзора или једну или више посебних обавеза⁶⁶.

13. Шведска

Кривични законик Краљевине Шведске⁶⁷ из 1962. године у поглављу 29. које се односи на одмеравање казне говори и о кажњавању малолетних учинилаца кривичних дела. При томе сам закон не прави разлику у кажњавању с обзиром на узраст учиниоца кривичног дела што значи да се и према малолетницима примењују исте казне које су у закону прописане и за пунолетна лица.

У члану 6. поглавља првог Кривични законик одређује да се као малолетници сматрају лица која су у време извршења кривичног дела навршила петнаест година живота, а нису навршила осамнаест година. Таквом се учиниоцу кривичног дела може изрећи казна затвора ако у конкретном случају није могуће изрећи васпитну меру упућивања у затворену установу за бригу о малолетницима (sentence to closed juvenile care), а узраст учиниоца у време суђења или неке друге околности указују на оправданост примене управо ове најтеже казне. Малолетнику се у том случају изриче у закону прописана казна за учињено кривично дело, али се она може и ублажити (члан 7. поглавља 27).

7. Закључак

Следећи стандарде садржане у низу универзалних и регионалних међународних докумената донетих у последње време (који су настали под окриљем Конвенције о правима детета), Република Србија је 2005. године донела посебан Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Тако је свеобухватно у једном законском тексту у целини уређен (материјални, процесни и извршни) правни положај малолетника као учиниоца кривичних дела, односно малолетника као жртава кривичних дела. У том циљу је извршена кодификација малолетничког кривичног права на сличан начин као што су то учиниле и друге европске државе последњих година : Француска, Немачка, Хрватска, Србија, Финска, Црна Гора, Македонија и др.

Малолетничко кривично право предвиђа три врсте кривичних санкција за малолетнике : а) васпитне мере, б) мере безбедности и в) казну

66 Д.Лалић Лукач, Социјално педагошки приступ казненоправној заштити дјече и малолетника, Криминологија и социјална интеграција, Загреб, број 1/2007. године, стр. 67-74.

67 N.Bishop, The Swedish Penal Code from 1962. and 1999.

малолетничког затвора. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела које изричу законом одређени судски органи у циљу заштите друштва од криминалитета кроз васпитање, преваспитање и правилан развој малолетника. Васпитне мере су основна врста малолетничких кривичних санкција. Оне се изричу редовно, по правилу, уобичајено. Могу се изрећи свим малолетним учиниоцима кривичних дела (како млађим тако и старијим малолетницима).

Супсидијарно, и то само изузетно када су испуњени законом предвиђени услови и када суд дође до уверења да се сврха малолетничких кривичних санкција не може остварити применом васпитних мера, суд може старијем малолетнику изрећи посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Ово је изузетна мера коју примењују судови према старијим малолетницима као учиниоцима тешких (углавном насилничких, имовинских или крвних) кривичних дела, са високим степеном кривице, како у кривичном праву Републике Србије, тако и у упоредном праву других савремених држава.

Dragan Jovasevic, LL.D
Full Professor

JUVENILE PRISON SENTENCE IN COMPARATIVE AND SERBIAN CRIMINAL LAW

Summary

Since the oldest days, juvenile perpetrators of criminal offences have been treated in the same way as adult offenders. They used to be called "small criminals". Therefore, it seems logical that long history of written legal sources shows that the system of punishments that used to be applied on juveniles was the same as the one that was applied on adult offenders. However, the blade of criminal legal repression was gradually becoming less sharp in case of juvenile offenders, allowing the mitigation of punishments prescribed by the law. It was not until the end of the 19 th century and the beginning of the 20 th century that special types of criminal sanctions were applied on juveniles. Among them, educational measures have a special significance. However, along with and instead of educational measures, all contemporary legislations contain a special type of

punishment – juvenile prison sentence, which can be imposed on juveniles who demonstrate a high degree of educational disrepair and who have committed serious criminal offences. The author in this paper has analysed the definition, characteristics, elements and purpose of juvenile prison sentence in criminal law of the Republic of Serbia and comparative criminal law.

Др Цане Мојановски
Редовни професор Факултета безбедности - Скопје,
Македонија

OBELEŽJA I NAČIN PREVENIRANJA KORUPCIJE U REPUBLICI MAKEDONIJI, KROZ PERCEPCIJE GRAĐJANA

Apstrakt:

Predmet rada je analiza istraživačkih rezultata stavova građana Republike Makedonije o korupciji, sprovedena na teritoriji zemlje na primerku od 1210 ispitanika u 2013 i 1017 ispitanika u 2014 godini. Naime rezultati pokazuju da je davanje i primanje mita najčešći oblik korupcije, zatim sledi trijada davanje, primanja mita i zloupotreba ovlašćenja sa 13,7%.

Predmet analize su i pitanja sprečavanje korupcije. Pri tome se ocenjuje da značajnu ulogu imaju nadležni organi i institucije. Tako, građani u 2013 godini, sa ocenom 4,76 ocenjuju obavezu organa i institucija u sprečavanju korupcije. Zatim dolazi ocena od 4,73 za otkrivanje, posebno prijavljivanje korupcijskih dela sa strane građanina sa poznatim identitetom. Data je visoka ocena od 4,65 za način otkrivanja korupcije inspekcijских i upravnih organa. Posebno su ocenjene operativno-takitičke mere i istražna dejstva organa koje sprovode zakon. One u u 2013 godini su ocenjene sa ocenom od 4,54.

Ključne reči: korucija, država, suzbijanje korupcije, prevencija korupcije, tranzicija i korupcija

Uvod

Korupcija je složena, višedimenzionalna i teško iskorenjiva negativna društvena pojava. Korupcija je izrazito adaptabilna na promenu društvenih uslova i brzo mutira. U literaturi se govori da svako smisleno i celovito bavljenje korupcijom sadrži najmanje četiri problemska kruga. Prvi, tretira različite teorijsko- metodološke i disciplinarne pristupe u definiranju pojma korupcija. Drugi, je “mapiranje korupcije”, odnosno nastojanje da se odrede javni oblici, vrste i nivoi korupcije, da se identifikuje koruptivna praksa i da se pokuša da se izvede odgovorajuća tipologizacija i klasifikacija. Treći krug se odnosi na suočavanje sa motivima i uzrocima korupcije. I na kraju stvaralači proces izlaganja elemenata strategije: etapnih i finalnih ciljeva, polja primene, korišćenih taktika i sredstava, uključivši i metode evaluacije, i najzad, ostvarivanja sinergije delovanja aktera efektivne antikoruptivne strategije. (Stojiljković, Z, 2013:2).

1. Etimološki, reč korupcija dolazi od latinskog *corruptio* i znači, pored podmićivanja i potkupljivanja, i pokvarenost, kvarnost, odnosno kvarenje, t ruljenje i raspadanje kao proces. Prema nekim tumačenjima korupcija je složenica u kojoj prvi deo - *cor*, ukazuje na sporazum, dogovor, a drugi (od glagola *rompere*) deo na slamanje i izneveravanje datog sporazuma ,odnosno poretka stvari.(Vujaklija,1961: 479).

Korupcija ovde se posmatra kao negativna društvena pojava. Može se reći da ja ona nastala kad i država kao institucija. O korupciji može se govorite od antičke ere naovamo. Korupcija je kao društveno negativna pojava bila definisana već u rimskom pravu (*Lex Julija Reputandae*). Krivično djelo korupcije su definisali kao davanje, primanje ili traženje koristi sa namjerom da se utiče na službenika u vezi sa njegovim poslom. Aristotel, Machiavelli i Montesquieu su konstatovali da je korupcija znak krvarenja moralnih vrijednosti društva. Zbog toga korupciju smatraju kao nemoralnu i štetnu pojavu u društvu zbog toga što nosioci društvenih funkcija moraju zagovarati zajedničke, a ne svoje, privatne interese. (Pusić, E: 1989:87;). Uz razvoj savremene države korupcija se ne može smatrati samo kao moralno štetna, nego i kao uzrok neefikasnosti države. Iako ima velikih razlika, kao najznačajniji oblici korupcije smatraju se davanje i primanje mita, nepotizam i zloupotreba položaja (funkcije) u privatne svrhe. Proklamovane vrijednosti - naročito uspjeh po svaku cenu - djeluju kao podsticaj za širenje koruptivne prakse (Бован, Б.Б.2011:85). Kod definicija, obično, korupcijom se nazva svaka zlouporaba prava i (ili) ovlašćenja nad sredstvima i (ili) pravima drugih u cilju vlastitog dobitka ili sticanja privatnih koristi (*Ibidem...*: 86). Ako se stvari posmatraju tim pristupom, onda korupciji su podjednako izloženi i privatni i javni sektor i gotovo je nemoguće promatrati izolirano korupciju samo privatnog, odnosno javnog sektora, jer su one međusobno povezane i često se isprepleću. Po nekim drugi definicijama korupcije podrazumijeva svaku aktivnost koja predstavlja “zloupotrebu povjerene moći u svrhu ostvarivanja privatne koristi”, čime se broj oblika koruptivnih aktivnosti višestruko povećava (*Ibidem...*: 87).Ovakav prisup je nasoben ka korupciju unutar poduzeća, odnosno korporativne prevare, manipulacije finansijskim izvještajima, “curenje” povjerljivih informacija itd. U ove okvire mogu se navesti i poslovanje s kupcima i dobavljačima koja može biti karakterizirana klasičnim oblicima provizije djelatnicima javnog i privatnog sektora, a uključuje podmićivanje za pobjedu na natječajima javne nabave ili odavanje informacija o ostalim poduzećima koja se prijavljuju na natječaj. U širem tržišnom okruženju zloupotreba položaja i ovlasti može se odnositi na tajno dogovaranje poduzeća o cijeni i kvaliteti proizvoda, osnivanje kartela, čime

se utječe na smanjenje efikasnosti tržišta kroz neprimjerenu tržišnu utakmicu, pri čemu se smanjuje blagostanje određene društvene skupine. Na društvenoj razini koruptivne aktivnosti mogu se prepoznati u nepoštovanju zakona i propisa, zanemarivanju procedura, odnosno izbjegavanju regulatornog nadzora, u “pretjeranom” utjecaju na donošenje zakona i politika kojima se obeshrabruju poduzetničke inicijative i stvaraju otežavajući uvjeti za investicijsko okruženje, u sustavu plaćanja poreza itd. (Letunić, P., 2011:186). Ovakav pristup definiranje problema (fenomena) korupcije ostavlja prostor različitim interpretacijama djelatnosti koje su koruptivne više, manje ili u potpunosti. Zato da bi se uklonile moguće nepreciznosti i nejasnoća koji slede prilikom definisanja složenih fenomena, no, zbog različitih metodoloških pristupa i okvira analize ovog problema, potrebno je da se potenciraju neki elementi sadržaja povezani s predmetom ove analize i njihovih učinkom a društveni razvoj (Letunić, P., 2011:188). Radi se o koruptivnim aktivnostima koje se ne odvijaju po tržišnim principima. Naime, radi se o takvim aktivnostima koje suprotno zakonskim kriterijima za takve poslove se dobija protunaknada u obliku novca i (ili) protiv usluge. Koruptivna aktivnost koja smanjuje troškove.

Korupciju, strukturalno posmatrano, čine tri konstitutivna elementa: (1) javna ovlašćenja; (2) zloupotrba javnih ovlašćenja i (3) ostvareni benefit. Korupciju različito definišu. Tako, Svetska banka u 2000. godini nju određuje kao zloupotrebu javnih ovlašćenja radi sticanja privatne koristi (WB,2000). Robert Klitgard, kaže da korupcija postoji i tada kada neki pojedinac nezakonito stavi lični interes iznad interesa ljudi i ideala kojima se zakleo da će služiti. Ovde se ne radi samo o kršenju zakona, već za izneveravanju javnog interesa i etosa javne službe. Klitgard korupciju određuje pomoću sledeće formule: **korupcija = [(monopol + diskrecija) – odgovornost]**. Polazeći od takvih određenja, izgradnja efektivne antikorupcijske strategije se temelje na redukovanje monopola i diskrecionih ovlašćenja uz istovremeno uvećanje svih oblika odgovornosti (Klitgaard, 1988). Ova formula koristi se i u publikacijama UNDP (UNDP, 2004), oni uzimaju u obzir, proširujući tako listu faktora koji mogu doprineti efektivnoj antikoruptivnoj strategiji. Pri tome naglasak se stavlja na potrebi za integritet i transparentnost kako kontrateža monopolu i tajnosti. Zato se vrši dopuna Klitgardove formule, koja dobija sledeći sadržaj: **Korupcija = [(monopol vlasti + diskreciona ovlašćenja) - (odgovornost +integritet + transparentnost)]** (Stojiljković, Z, 2013:6).

Najzad, potpunu definiciju je Vita Tancija. On utvrđuje da korupcija postoji kada dođe do svesnog, namernog narušavanja principa nepristrasnosti pri odlučivanju i to u cilju prisvajanja neke pogodnosti. (Tanci 1998.). Znači, nema korupcije ako se ne radi o svesnom, planiranom narušavanju principa nepristrasnosti i ako uz svu prateću pristrasnost i bahatost administracije, nema

makar i odloženog plaćanja usluge, ili bar predloga za razmenu usluga (Tanci 1998.).

Kada se govori o korupciji obično se pravi razlika između dva njenih tipova: (a) mito koje se daje u zamenu za dobijanje dozvola koje su potrebne za vršenje legitimnih aktivnosti i (b) mito u zamenu za povlašćeni tretman, na pri-mer, dobijanje ugovora na tenderu za javne nabavke čak i kada niste najbolji ponuđač. Iako je korupcija široko rasprostranjen oblik ponašanja, ona se uglavnom prezire. Korumpirani činovnici smatraju se parazitima koji zloupotrebljavaju svoj položaj u cilju sticanja lične koristi i to na nezakonit način. Pa ipak, uprkos stigmi koju nosi, korupcija je široko rasprostranjen fenomen. Slučajevi korupcije prisutni su u svim oblastima javnih delatnosti, poput javnih nabavki, sudskih procesa, izdavanje dozvola (naročito građevinskih), i drugih. Ona takođe obuhvata i polujavne sfere, kao što su finansiranje političkih stranaka i sportsku industriju. U stvari, korupcija je takođe odomaćena u potpuno privatnim odnosima, gde je jedan od učesnika u povlašćenom položaju zbog veze sa svojim poslodavcem, pa koristi svoj položaj za sticanje lične koristi u kontaktu sa drugim privatnim licima. (Ленгвилер, И., 2011: 19).

Korupcije ima onoliko vrsti i pojava oblika koliko ima i kriterija i elemenata za klasifikovanje. Ako osnov klasifikacije je nivo na kojem se obavlja korupcija i njeni ključni akteri, tada može se razlikovati **agencijska** od **principalske teorije korupcije**. Agencijska korupcija polazi od stanovišta da je *principal* - država benevolentna i da je njen jedini cilj maksimalizacija blagostanja njenih državljanja (Stojiljković, Z, 2013:6). Vodu “mute” “mangupi u našim redovima” (Lenjin), odnosno oni agenti (činovnici), kako naovodi Zoran Stojiljković, koji sasvim suprotno za cilj imaju mansimalizaciju svog blagostanja. Naime, do korupcije dolazi zapravo zbog asimetrije informacija i ponašanja između dobre države (čitaj državnog vrha) i “zločestih” činovnika. (*Ibidem.....*:8.).

Ako se klasifikacija korupcije izvrši na osnovu odnosa prema postojećim propisima onda se ona može podeliti na: (a) korupciju bez krađe, odnosno korupciju koja obezbeđuje bržu primenu postojećih propisa; (b) korupciju uz krađu, koja pretpostavlja izigravanje i kršenje propisa i (c) korupciju koja rezultira promenom propisa, odnosno stvaranjem propisa koji pogoduju koruptoru. Drugo ime za ovu je podela na **belu** (bez kršenja propisa), sivu (sa njihovim izigravanjem) i **crnu** korupciju.

Nesporno, najteži vid korupcije je **politička korupcija**, jer dovodi do prodaje propisa i zakona, odnosno pravljenja propisa po diktatu moćnih koruptora. Ona ima brojne svoje pojavne oblike. Navešćemo neka, kako što su oni od svesnog pripremanja i izglasavanja zakona i podzakonskih akata, defektnih i punih “pravnih praznina”, zatim projektovanje neprimeljivih ili teško primenjivih zakonskih rešenja sa brojnim “iznenađenjima” u prelaznim

rešenjima. Najčešće ona se povezuje sa pojavom izbegavanja poreza, osiguranja sredstava iz “crnih fondova” i netransparentnog vođenja prihoda i rashoda političkih stranaka. Težak oblik ovog oblika korupcije je poreska evazija koja vlasnicima kapitala omogućava veliku uštedu omogućava veliku uštedu i imovine omogućava veliku uštedu velike vrednosti. Takođe treba reći da poreska evzja omogućava uspešno formiranje i održavanje “tripartitnih korupcionaških koalicija” sastavljenih od pripadnika političkih elita, poreskih organa i velikih vlasnika imovine i kapitala (Stojiljković, Z, 2013:11).

Ne manje razorne a po samu mogućnost redukovanja korupcije možda i opasnije su pojave organizovane korupcije i iznude u pravosuđu i policiji.

Na drugoj strani, korupcija je i akt samo jednog aktera koji, u poziciji da diskreciono odlučuje dodeljuje sebi samom benefite i pogodnosti. U tom okviru korupcija, pored davanja i primanja mita, obuhvata i otuđivanje javne imovine i proneveru fondova, prevare i iznude, nezakonito bogaćenje, kao i trgovinu uticajem, lobiranje i pokroviteljstvo, odnosno nepotizam (favorizovanje rođaka) i kronizam (favorizovane prijatelja i partnera) (Николовски, М., 2013, Јабовиќ, М. 2006).

Na osnovu dosadašnje rasprave možemo da zaključimo da je korupcija bolest kako privatnog tako, javnog i političkog sektora. Znači, akteri korupcije mogu biti: a) građani, b) državni činovnici na svim nivoima, v) političari na lokalnom i državnom nivou i g) privatne osobe koje rade u različitim korporacijama.

Pak Hung Mo konstatuje, recimo, povezanost korupcije sa smanjenjem privatnih investicija i uvećanom političkom nestabilnošću, kao rezultantom suženog vremenskog okvira u kome političari mogu konvertovati moć u novac, kao i smanjenjem broja ljudi koji se, u tom okviru, žele baviti privrednim aktivnostima. (Mo, 2001:154).

Istovremeno, brojni autori, poput Tancija, konstatuju da je korupcija vezana za rast javnih investicija, jer su one jedina budžetska stavka na koju novoizabrani političari mogu direktno uticati. Ostale pozicije su manje- više već određene obavezama prethodnih vlada, odnosno “stečenim pravima” budžetskih korisnika (Јабовиќ, М., 2006).

Bez obzira na odgovor na pomalo artifičijelnu dilemu šta je starije kokoška ili jaje, odnosno korupcija ili neproaktivne državne intervencije, nesporna posledica je u raljama predatora zarobljena država. U takvim državama opsesija prisvajanja nezaradjenog - traganja za rentom, vodi endemski raširenoj korupciji u kojoj je sve na prodaju: sudovi, partije i parlament, policija i poreska uprava (Begović, 2007:150).

Materijali i metodi istraživanja korupcije

Interes za istraživanje korupcije u Republici Makedoniji je deo organizovanih aktivnosti društva za suzbijanje različitih oblica korupcije.

Te društvene akcije utiče da Republika Makedonija poboljša svoj položaj na rang-listama *Transparency international*. Tako u 2013 godini Makedonija zajedno sa Crnom Gorom je rangirana na 67 mesto sa indeksom od 44, odmah iza Saudiske Arabije i Jordana, a ispred Italije. Podaci pokazuju da indeks nivoa okorupcije za Makedoniju je 43 i ona je bila na 69 mestu, što znači napredovanje za 2 mesta na ovoj listi. To ukazuje da u zemlji se stvoreni opredeljeni uslovi i su ostvareni rezultati u borbi protiv korupcije.

Nasproti takvata akcija na organiziranoto opštestvo, vo poslednite godini, intenzitet na akciite i svrtenosta kon ova prašanje e so namalen intenzitet ili kako da otsustvuva od praktikata. Tokmu zaoa, istraživačkiot tim se opredeli vo sogleduvanjeto na percepciite na grañanite za korupciite, pred s□, za naćinot na informiranjeto za niv, znaenjata za toa što e korupcija, percepciite za korumpiranosta i naćinot (modelite) za spravuvanje so nea. Isto taka, istraživačkiot tim smetaše deka za ovoj fenomen, osobeno e znaćajno da se sogledaat kakvi se stavovite i na stručnata javnost.

Tabela br.1. Percepcije korupcije po skali Transparency international			
rang	Zemja / teritorija	Skor 2012	Skor 2013 (promena)
43	Slovenija	61	57 (-4)
53	Turska	49	50 (+1)
57	Hrvatska	46	48 (+2)
67	Makedonija	43	44 (+1)
67	Crna Gora	41	44 (+3)
69	Rumunska	44	43 (-1)
72	BiH	42	42 (0)
72	Srbija	39	42 (+3)
77	Bugarska	41	41 (0)
80	Grćka	36	40 (+4)
116	Albanija	33	31 (-2)

Izvor:
www.transparentnost.org.rs/index.php?...indeksa...transparency-internati... [pristapeno na 7.2.2014];

U produžetku vrši se sekundarna analiza istraživaćkih rezultata Državanog zavoda za statistiku (DZS) Republike Makedonije i UNDOC-a, (Kancelarija ujedinjenih nacija za drogu i kriminal) sprovedena u Republici Makedonije od 8 Oktobra do 2 Noembra 2012 godine i terenskih istraživanja „Stavovi građana Republike Makedonije o korupciji“ u 2013 i 2014 godini. Istraživanja su sprovedena u periodu od 8-20 Januara u 2013 i 2014 godini na području Republike Makedonije u 38 u 2013 i 33 opština u 2014 godini, u svim delovima zemlje. U istraživanjima je obuhvaćeno 1207 ispitanika u 2014 i 1017

ispitanika u 2014 godini, od njih 526 ili 47,00% su žene i 526 ili 53,00 su muškarci. Slični su podaci i u 2014 godini. Naime obuhvaćeno je 507 žena i 510 muškaraca (Mojanovski i sor., 2014:12).

Izbor ispitanika je vršen formiranjem istraživačkih celina. U svakom istraživačkom jadrju izabiran je svaki 5 dom (kuća), odnosno 20-ti stan. Izbor ispitanika je vršen po principu najbliži rođendan u porodici. Primenjen je strukturirani intervju lice u lece. Instrument (Osnova za razgovor), je strukturina za nekoliko blokova pitanja (Moјановски, Т.Ц.. 2013:123).

Istraživački instrument „Osnova za razgovor“ je strukturirana na taj način što obuhvata šest grupe podataka i to: u prvoj grupi su demografska obeležja, u drugoj znanja o korupciji, u trećoj iskustva povezanih sa korupcijom, četvrtoj stanje sa korupcijom, petom delu o spremnosti i opredeljenosti građanina za borbu protiv korupcije i šesti deo o ravouju i borbi protiv korupcije. Struktura pitanja je bila različitog oblika (Moјановски, Т.Ц.. 2012б: 423).

Predmet analize u ovom radu su pitanja ocene rizika. One su bile date u sledećem obliku:

Po vašem mišljenju u kojim od sledećih situacija je najviše građanin izložen riziku korupcije? (Rangirajte ovako: 1 - najmanje, 7 - najviše. U svakom redu zaokružuje se jedan broj. Jedan broj može biti zaokružen samo jednom u bilo kom redu)							
1. U situacijama kada hoće da izbegne posledice urađenih prekršaja (saobraćajne, finansijske i slične)	1	2	3	4	5	6	7
2. kada pred organima javne uprave hoće da ostvari zakonsa prva, za kraći vremenski period i van procedure	1	2	3	4	5	6	7
3. u situacijama kada hoće da ostvari imovinku korist u sagasnošću sa zakonom i u skraćenoj proceduri	1	2	3	4	5	6	7
4. u situacijama kada traži posao (zapošljenje) i prilikom napredovanja na poslu	1	2	3	4	5	6	7
5. u situacijama kada hoće da ostvari korist (imotnu ili drugu), ili da se ubrza postupak van od procedure	1	2	3	4	5	6	7
6. u situaciji kada treba da se upiše na fakultet i pri polaganju ispita	1	2	3	4	5	6	7
7. u situaciji pri ostvarivanju prava iz zdravstvenog osiguranja (ubrzavanje zdravstvenih intervencija)	1	2	3	4	5	6	7

Za istraživače (intervjuere) izrađen je anketarski dnevnik i upustvo za pristup i obezbeđivanja saglasnosti za učešća građanina u istraživanju. Takođe kroz obuku savladan je princip rangiranja (Moјановски, Т.Ц.. 2012a: 236).

Rezultati i diskusija

Podaci dobiveni u istraživanju Državanog zavoda za statistiku (DZS) Republike Makedonije i UNDOC-a, sprovedeno od 8 Oktobra do 2 Noembra 2012 godine, ukazuje na to da su sve kompanije koje su imale kontakt sa javnim službenikom u zadnjim 12 meseca, pred sprovođenja istražavanja, 6,5% od njih platile su mito javnom službeniku. Kompanije i

građani daju u proseku prosečno potkup. Naime, građani u 2011 godini u 6,2%, su rekli da su platili potkup državnom službeniku. Iskustvo kompanija koji su dali potkup javnim službenicima potenciraju činjenicu da korupcija još ima značajnu ulogu u svakodnevne biznis aktivnosti kod bronih kompanija. Kompanije koe plaćaju mito, to čine prosečno u 4,8 slučaja davanja potkup na godišnjem nivou ili oko jedan potkup na svakih jedanajst nedelja. Disperzija potkupa je nešto viša kod malih kompanija (one sa 10-49 zaposlenih) nego kog ostalih kompanija.

Značajan deo potkupa koji kompanije u Republiku Makedoniju plaćaju je onaj namenjen za javne službenke. Oblici plaćanja su hrana i pića u 52% slučajeva, zatim slede druge robe koje se ne proizvode od strane kompanije u zamenu za nezakonsku „dobit“ sa 27,6 % i gotovinska plaćanja sa 16,6%. Kada se potkup plaća u gotovinu, sredna vrednost koja se isplaćuje po potkupu je 17.349 denara odnosno 689 EUR.

A na pitanje ko je od ovih dve involviranih strana u potkupu, inicirao potkup, utvrđeno je da 57,5% od svih slučajeva davanja potkupa, potkup je ostvaren bez prethodno da je on zahtevan, odnosno potkup je nuđen sa strane pretstavnika kompanije, dok u više od jedne trećine slučajeva ili 36,1% plaćanje je eksplicitno u 8,9 % ili implicitno u 8,7% zahtevano sa strane javnog službenika. Odnosno potkup je plaćen na zahtev na treću stranu u 18,5%.

Najčešći ciljevi zbog kojih kompanije plaćaju potkup su "da se ubrzaju procedure koji su povrzani sa biznisom", odnosno u 50,2 % od ukupnog potkupa duži se takvoj tvrdnji., Zatim sa 9,6% sledi stav da se potkup daje za da „može da se završi postupak“ odnosno, u 8,6% slučajeva „da se smanje troškovi za postupak ili da se dobije bolji tretman“ i u 2,8% „da se dobije neka informacija“. U isto vreme, skoro jedna četvrtina 22,2 procenti% od potkupa koji je plaćen ne služi za konkretnu namenu, već, po odgovorima kompanija to su „zaslađivači“ koji se daju javnim službenicima za da se poboljša komunikacija u budućnost u interesu kompanije.

Samo 3,3% od kompanija koji su platili potkup njega su prijavili vlastima u roku od 12 meseci pred istraživanju. Kako su glavni uzroci za neprijavjivanje na potkup u 26,1% navedeni su: „plaćanje ili poklon su bili dati kao znak zahfálnosti javnom službeniku zbog toga što je ostvario zahtevanu usluga“, u 20,0% zbog toga što je „bespredmetno da se prijavljuje kada nikome mu nije briga“ i u 18,3% odgovoreno je da „kompanija imala je dobit od potkupa“.

Tabela br.2 Glavni indikatori po sektorima Republike Makedonije i region Zapadni Balkan u 2012 godini

Indikator	Ekonomski sektor					
	Proizvodnja	Izradnja	Trgovina	stambena	Transport	Ukupno
Stopa po ostvarenom kontaktu (Republika Makedonija)	83,8%	66,9%	76,8%	78,4%	85,6%	78,8%
Contact rate (Zapaden Balkan)	67,0%	72,1%	72,6%	72,5%	76,6%	71,8%
Rasprostranjenost potkupa (Republika Makedonija)	5,1%	11,7%	7,5%	3,8%		6,5%
Rasprostranjenost potkupa (Zapadni Balkan)	9,2%	12,2%	10,3%	9,4%		10,2%
Rasprostranjenost provalnih kražbi (Republika Makedonija)	11,8%	13,9%	16,5%	8,2%	13,4%	12,9%
Rasprostranjenost vandalizma (Republika Makedonija)	5,3%	8,2%	8,3%	6,4%		6,9%
Rasprostranjenost izmama (Republika Makedonija)	16,9%	19,3%	20%	11,2%	18%	17,2%

Podaci koji se odnose na podmićivanju sa strane pojedinaca i domaćinstava. Vidi: *Korupcijata vo Republika Makedonija: podmitivanjeto iskuseno od naselenieto*, Skopje Državni zavod za statistika, 2011,

U ovom istraživanju je potvrđeno da za privatni biznis sektor potkupljivanje ne znači samo davanje potkupa sa strane kompanije javnim službenicima, pod tim se podrazumeva i podmićivanje između kompanija sa ciljem da se obezbede biznis transakcije. Iako je nešto manja disperzija potkupa među privatnim i javnim sektorom, odnosno biznis-biznis potkupljivanje je 3%. Podatak govori da je ovaj oblik potkupa praksa među kompanijama u Republiku Makedoniju. Ovaj tip korupcije ne treba se poistovećivati sa

uobičajenim marketing i aktivnostima povrzanim sa odnosima sa javnošću, time što konkretno oni imaju za cilj, preko nelegalnih sredstava da naruši integritet primaoca potkupa u zamenu za dobitak od potkupa. U istraživanju samo 0,2% od davalaca potkupa prijavili su vlastima da takav oblik biznis-biznis potkupa.

Istraživački rezultati govore da 5,3 % od predstavnika kompanija odlučile su da ne prave velike investicije u zadnjih 12 meseci pre istraživanja što se duži na strahu da bi morali da plate potkup za da dobiju potrebne usluge ili dozvole, na taj način potkupot može značitelno da utiče na poslovnu aktivnost.

Posledice od konvencionalnog kriminala na imovinu kompanija i ekonomskim aktivnostima su značajniji kako u odnosu na direktne troškove koji su posledica fizičkog oštećenja i indirektnih troškova u obliku osiguravajućih premija, troškova za obezbeđivanje i izgubljena mogućnost za investiranje. Na primer, u istraživanju je utvrđeno da, u toku zadnje godine, jedna od šest kompanija ili 17,2% od njih je žrtva izmamama u različite oblike, od lica van date kompanije, kao i to da ove kompanije u proseku su žrtve za 5,4 puta u tom vremenskom periodu.

Istraživački rezultati govore da godišnje stope rasprostranjenosti kražbi je 12,9%, vandalizam 6,9 %. Prosečni broj kompanija žrtvi ovih krivičnih dela se kreće od 2,7% do 2,9%. Stopa raspršenosti kražbi motornih vozila je od 0,50% od svih automobila u posedu kompanija. U proseku u 2,4 incidentata stradaju žrtve napadnutih kompanija. Pored toga, u teku prošlih 12 meseci 0,9% od svih kompanija u zemlji bile su žrtvi iznude, kriminal koj može da se poveže sa organizovanim kriminalnim grupama.

Što se tiče prijavljivanja policiji može se konstatovati da veći deo od konvencionalnih krivičnih dela (u proseku 56,3% od pet vidova kriminal) prijavljeni su u policijata sa strane oštećene kompanije. Veći deo kompanija ili 82,6% smatraju da rizik od kriminala za njihovu kompaniju ostao je stabilan u usporedbu sa prethodnih 12 meseci, odnosno skoro jedan od deset slučajeva ili 9,6% smatraju da je u porastu, 7,2% smatraju da se smanjuje.

Ukoliko pogledamo rezultate istraživanje Staovi građana republike Makedonije o korupciji u 2013 i 2014 godini, na pitanju: „**Dali dosada ste bili u situaciji (ili imate lično iskustvo) u kojoj ste bili izloženi riziku korupcije (DA DATE MITO)?**“, odgovori su dati u sledećoj tabeli:

Tabela br.3 Dali dosada ste bili u situaciji (ili imate lično iskustvo) u kojoj ste bili izloženi riziku korupcije (DA DATE MITO)? (Zaokružite jedan odgovor)

		2013		2014	
(1) Da		357	29,50	269	26,45
(2) Ne		674	55,70	599	58,90
(3) Neću da se izjnsnim		179	14,79	149	14,65
Total		1210	100,00	1017	100,00

Podaci govore da se broj ispitanika koji je odgovorio pozitivno sa odgovorom „da“ od skoro jedne trećine u 2013 godini smanjio na nešto više od jedne četvrtine u 2014 godini. Takav odnos je posledica toga što u periodu kada je obavljeno istraživanje, u Republici Makedoniji, bili su najavljeni predsednički izbori i govorilo se o predvremenim parlamentarnim izborima. U tom periodu povećao se broj istraživačkih agencija koji neposredno ili telefonom su pitale građane za razna pitanja. Može se pretpostaviti da potvrdni odgovori su izraz predostrožnosti i nedovoljnog poverenja u ispitivače i njihove namere.

Tabela br.4 Ukoliko ste odgovorili sa DA na koji rizik ste bili izloženi (ŠTA STE DALI)?

		2013	2014	2013	2014
1. novac (gotovinu)		185	145	39,70	41,43
2. novac na račun		42	39	9,01	11,14
3. sponzorstvo		23	17	4,94	4,86
4. razne usluge		103	79	22,10	22,57
5. drugo		113	70	24,25	20,00
Total		466	350	100,00	100,00

Intersantno je i to što su pitanju na kom ste riziku bili izloženi, odnosno šta te trebale dati, povećao se broj ispitanika sa 39,70% u 2013 na 41,43% u 2014 godini. Slično je stanje i po ostalim oblicima. U 2014 godini u odnosu na 2013 smanjio se procenat ispitanika koji su bili u situaciji da nude nešto drugo.

U ovom kontekstu značajna su i stajališta po kojima u koje situacije je građanin izložen na rizik korupcije. Odgovori su dati u sledećoj tabeli:

Tabela br.5 Po vašem mišljenu u kojim od sledećih situacija je najviše građanin izložen riziku korupcije? (1 - najmanje, 7 - najviše)

	godina	
	2013	2014
1. U situacijama kada hoće da izbegne posledice urađenih prekršaja (saobraćajne, finansijske i slične)	4,28	4,56
2. kada pred organima javne uprave hoće da ostvari zakonsa prva, za kraći vremenski period i van procedure	4,12	4,04
3. u situacijama kada hoće da ostvari imovinku korist u sagasnošću sa zakonom i u skraćenoj proceduri	4,16	3,94
4. u situacijama kada traži posao (zapošljenje) i prilikom napredovanja na poslu	4,88	4,78
5. u situacijama kada hoće da ostvari korist (imotnu ili drugu), ili da se ubrza postupak van od procedure	4,57	4,29
6. u situaciji kada treba da se upiše na fakultet i pri polaganju ispita	4,09	3,90
7. u situaciji pri ostvarivanju prava iz zdravstvenog osiguranja (ubrzavanje zdravstvenih intervencija)	4,05	3,89

U obe godine ispitanici su ocenili da građanin je najviše izložen stepenu korupcije u situacijama kada traži posao (zapošljenje) i prilikom napredovanja na poslu. Ova situacija je ocenjena sa ocenom (ocenjivano je od 1 do 7), od 4,88 u 2013 godini, odnosno 4,78 u 2014 godini. Na drugoj poziciji ima promenu u 2013 i 2014 godini. Tako u 2013 godini sa ocenom 4,57 ocenili su da su najizloženiji riziku korupcije „u situacijama kada hoće da ostvari korist (imotnu ili drugu), ili da se ubrza postupak van od procedure“. Sa ocenom 4,56 u 2014 godini građani su ocenili da su najviše izloženi korupciji „u situacijama kada hoće da izbegne posledice urađenih prekršaja (saobraćajne, finansijske i slične)“. Treba da se kaže da su ovi procesi utvrđenu ponderiranom aritmetičkom sredinom. Svi odgovori, su iznad polovine (3,50), što ukazuje da ispitanici imaju značajna iskustva.

Pregled br.1 Po vašem mišljenu u kojim od sledećih situacija je najviše građanin izložen riziku korupcije? (1 - najmanje, 7 - najviše)

	2013	2014
najviše	4. u situacijama kada traži posao (zapošljenje) i prilikom napredovanja na poslu	4. u situacijama kada traži posao (zapošljenje) i prilikom napredovanja na poslu
	5. u situacijama kada hoće da ostvari korist (imotnu ili drugu), ili da se ubrza postupak van od procedure	1. U situacijama kada hoće da izbegne posledice urađenih prekršaja (saobraćajne, finansijske i slične)
	1. U situacijama kada hoće da izbegne posledice urađenih prekršaja (saobraćajne, finansijske i slične)	5. u situacijama kada hoće da ostvari korist (imotnu ili drugu), ili da se ubrza postupak van od procedure

najmanje	3. u situacijama kada hoće da ostvari imovinku korist u sagasnošću sa zakonom i u skraćenoj proceduri	2. kada pred organima javne uprave hoće da ostvari zakonsa prva, za kraći vremenski period i van procedure
	2. kada pred organima javne uprave hoće da ostvari zakonsa prva, za kraći vremenski period i van procedure	3. u situacijama kada hoće da ostvari imovinku korist u sagasnošću sa zakonom i u skraćenoj proceduri
	6. u situaciji kada treba da se upiše na fakultet i pri polaganju ispita	6. u situaciji kada treba da se upiše na fakultet i pri polaganju ispita
	7. u situaciji pri ostvarivanju prava iz zdravstvenog osiguranja (ubrzanje zdravstvenih intervencija)	7. u situaciji pri ostvarivanju prava iz zdravstvenog osiguranja (ubrzanje zdravstvenih intervencija)

Sledeće pitanje koje je predmet analize je ocena građana u kojim situacijama službenik je izložen riziku korupcije. Odgovori su dati u sledećoj tabeli:

Tabela br.6 Po Vašem mišljenju u kojoj od sledećih situacija SLUŽBENIK najviše je izložen riziku korupcije?

	2013	2014
1. u upravnom postupku, u situacije kada rešava za redovne upravne stvari	2,24	2,17
2. u upravnom postupku, u situacije pri rešavanju upravnih sporova	2,56	2,43
3. pri realizaciji javnih nabavki	2,94	2,85
4. u situacijama službenog postupovanja ka rodbinom i prijateljima	2,79	2,92

Podaci govore da ispitanici u 2013 godini su smatrali da službenik najviše je izložen korupciji u situacijama kada postupa „pri realizaciji javnih nabavki“ sa ocenom 2,94. Imajući u vidu da ispitanici ocenjivali od 1 najmanje, a 4 najviše, može se konstatovati da postoji visok stepen saglasnosti da najviši rizik za korupciju javnih službenika je prilikom postupanja javnim nabavkama. Nešto promenljiviji stav građani imaju u 2014 godini kada ocenjuju da je njegova izloženost posebno naglašena „u situacijama službenog postupovanja ka rodbinom i prijateljima“ sa ocenom 2,92.

Ostali raspored izloženosti stepenu izloženosti korupcije je dat u sledećem pregledu:

Pregled br.2 Po Vašem mišljenju u kojoj od sledećih situacija SLUŽBENIK najviše je izložen riziku korupcije?

	2013	2014
najviše	3. pri realizaciji javnih nabavki	4. u situacijama službenog postapupanja ka rodbinom i prijateljima
	4. u situacijama službenog postapupanja ka rodbinom i prijateljima	3. pri realizaciji javnih nabavki
najmanje	2. u upravnom postupku, u situacije pri rešavanju upravnih sporova	2. u upravnom postupku, u situacije pri rešavanju upravnih sporova
	1. u upravnom postpku, u situacije kada rešava za redovne upravne stvari	1. u upravnom postpku, u situacije kada rešava za redovne upravne stvari

Istraživanje je potvrdilo pad rejtinga i gubitak poverenja građana u vodeće političke aktere i institucije. To je indikator svesti o raširenosti korupcije. Obično, na samom početku, gađanin spreman je i veruje u najbolje namere i ponašanje političkih partija i lidera i za korupciju optužuje činovnike i posrednike. Krajnji ekstremni plan čine stavovi o “kleptokratiji”(vladavini lopova) ili čak “kakiokratiji”(vladavini ološa i najgorih). (Stojiljković, Z, 2013:18, Николовски,М., 2010).

Eksperti Svetske banke tvrde da se kroz koruptivne kanale odlije 5-8% DBP, odnosno da je ona razvojno neproduktivna. Klasičan primer nedomaćinskog i netržišnog ponašanja javnih institucija predstavlja raširena praksa “nameštanja” javnih nabavki i tendera. U zemljama u tranziciji i znatan broj neuspelih privatizacija, u kojima su, primera radi, prethodno sistematski ruinirana preduzeća prodavana u bescenje da bi se novi vlasnici domogli atraktivnih lokacija ili pak lišili konkurencije, obavljan je unutar složenih i raširenih lanaca korupcije (*Ibidem*....: 4).

U istraživanju bila je postavljena jedna baterija od 17 pitanja sa zahtevom da ispitanik, na gračičkoj skali od 1 (najmanje do 10 najviše) oceni stepen korumpiranosti određene institucije i profesije. Ocene su date u Tabeli br.7. Šta podaci govore? Da na opšte pretstave korupcije utiču tranzicione promene prsledene siromaštvom, posledicima rata, izolacija, pravne neizvesnosti i nestabilnosti i naglašeno dejstvo vladajuće partije i partijskog aparata. U tranzicionim zemljama na delu je stvaranje nove političke nomenklature koja obilat koristi tehnike vladanja svojstvene komunističkih organizacija. Zbog toga možda bi trebalo i razumeti zašto oni su za najkorumpiranije ocenile poltičke partije.

Tabela br.7 Ocenete go nivoto na korupcija: godina

<i>I nema korupcije</i>	<i>10 najkorupiraniji</i>	2013	2014
u svakodnevnom situacijama građana		6,60	6,90
u političkim partijama		8,04	8,09
kod političkih lidera		8,06	7,93
kod nosilaca državnih (upravnih) funkcija		7,88	7,73
kod državnite službenici		7,59	7,48
kod policajaca i policiskih službenika		7,02	7,36
kod carine i carinskih radnika		8,18	7,96
kod organa za denacionalizaciju		6,53	6,49
kod prodaje državnog zemjišta		6,96	6,84
kod inspekcijских organa		7,60	7,48
kod lekara i zdravstvenih radnika		7,23	7,33
kod sudije		7,97	8,02
kod otužioca		7,27	7,43
kod univerzitetskih profesora		7,12	7,28
kod novinara		5,96	6,49
kod nevladinih organizacija		5,16	5,45
kod privatnih preduzimača		5,60	5,76

Za takav stav treba imati u vidu i činjenicu da se istraživanje odvijalo u periodu kada su najavljeni predsedički izbori i tim povodom u društvu su bila prisutne javne objave o korupciskim skandalima u kojima su uključeni ljudi vladajuće partije. Takođe u tom periodu vladajuća partija, takođe otvarala je afere o korupciji i korumpiranosti opoziciskih lidera i partiske strukture, tako da se u društvu stvarala jedna slika velikog grabeža.

Ako se dublje pogledaju podaci može se konstatovati da u ocenama o nivou korumpiranosti određenih institucija u 2013 i 2014 godini postoje sličnosti i razlike. Naime u 2013 godini prva osam mesta po nivou korumpiranosti imaju sledeće institucije: (1) carine i carinski radnici, (2) politički lideri, (3) političke partije, (4) sudije, (5) nosioci državnih (upravnih) funkcija, (6) inspekcijske organe, (7) državne službenike i (8) tužioci. Slična su stanja i u 2013 godini. Oni se kreću sledećim redosledom: (1) političke partije, (2) sudije, (3) carine i carinski radnici, (4) politički lideri, (5) nosioci državnih (upravnih) funkcija, (6) državni službenici, (7) inspekcijски organi i (8) tužioci. Podaci govore i su u prilogu indikaciji da se u prestavama građana dominiraju prestave koji doprinose održanju visokog nivoa korupcije i predstavljaju svojevrstu smešu otvorenih mogućnosti za korupciju i istovremeno prisutne sklonosti ka korupciji (političko-kulturni razlozi). Na takve stavove najviše utiču loše stanje u javnim službama koje karakterišu partijska prenaseljenost i dominacija logike lojalnosti partiji i lideru nad profesionalnim standardima, kada na to se doda da zapošljavanje je pre svega

partijska redistribucija (slučaj zapošljavanja 1500 radnika u javnom preduzeću „Makedonske šume“ i njihovo redistribuiranje u državnim i javnim ustanovama), zatim način raspodele socijalnih stanova i drugi indikatori koji govore o dominaciji partije dand državom. Zatim raširena praksa izbegavanja plaćenja obaveza prema državi (država oprašta neplaćene račune – kao deo predizborne kampanje), kao i ograničenu ponudu resursa koja vodi uvođenju kvota i postojanju monopola.

Iz ponuđenog pregleda može se zaključiti da građani dominantno veruju da se korupcija može sprečiti „sa strožim kažnjavanjem počinitelaca krivičnih dela iz oblasti korupcije“. Takvu ocenu 5,76 izgradili su u 2013 godini, odnosno 5,60 u 2014 godini. Prva tri odgovora ukazuju na to da ispitanici U Republici Makedonije u oba navrata ocenjuju da država i njeni mehanizmi su ti činioци koji mogu najviše doprineti za sprečavanje korupcije u zemlji. Zašto je to tako? Verovatno zbog toga što se u zadnjim godinama prenaplašeno forsira država i državna intrevencija. Naime prestavnici vlade dogovaraju investicije, grade autoputeve, sklapaju ugovore sa medicinskim ustanovama, raspisuje kurseve za škole i zdravstvene ustanove. Sve akcije koje su preduzete u društvu su akcije, vlade. Još kad se na to doda da postoji uverenje da je partija - država, treba imati na umu zašto su takvi stavovi građana o načinu kako se ona može sprečiti.

Tabela br.8 Po Vašem mišljenju kako se može SPREČITI korupcija? – 2013 i 2014 godina

	2013	2014
1. sa razvojem i primenom strategija za borbu protiv korupcije, sa vaspostnim i dejstovanjem antikorupciskih tela i slično	4,73	4,83
2. sa usoglašavanjem nacionalnog zakonodavstva sa međunarodnim dokumentima posvećenim suzbijanju korupcije	4,52	4,42
3. sa strožim kažnjavanjem počinitelaca krivičnih dela iz oblasti korupcije	5,76	5,60
4. sa dodelom većih ovlašćenja organima koji sprovode zakon za preventivno delovanje protiv korupcije	5,13	5,04
5. sa edukacijom stanovništva	4,30	4,08
6. sa smanjenjem korupciskih rizika preko eliminacije svih i mogućih funkcija i državnih službenika da se nađe u stanju da su korumpirani	4,90	4,62
7. sa donošenjem i sprovođenjem antikorupciskog kodeksa namenjen za funkcionere i državne službenike	4,78	4,56
8. sa adekvatnom primenom zakonodavstva	5,29	5,13

Dosadašnja rasprava upućuje na konstataciju da građane imaju jasnu predstavu o “socijalnoj piramidi korupcije”. Nju identifikuju u praksama svakodnevnih iskustava, posebno lična iskustva korupcije, povezana sa akterima javnih i političkih institucija i funkcija, no i ka nižih činovnika, kao i i preko manifestnih indikatora o raširenom siromaštvu i nesigurnosti.

Zaključak

Dosadašnja rasprava je pokazala da pitanje korupcije i koruptivnih aktivnosti u Makedoniji je aktuelno, da su situacije sa korupcijom i ugroženosti društva i njegovih perspektiva složene, a ponegde i dramatične. Istraživački rezultati upućuju na to da građanstvo nema poverenja u sposobnosti institucija da se sprave. Izlaz se vidi u stvaranju uslova za nesmetani društveni razvoj pretpostavlja jačanje pravne države i mehanime odgovornosti, posebno jačanja samostalnosti i odgovornosti sudske vlasti i kontrolnih institucija. Međutim postavlja se pitanje šta sve treba da se uradi da se korupcija smanji, odnosno da se ona suzbije. Za sprječavanje korupcije najodgovorniji su državni organi. Njima je u zadatak da sprovode različite strategije (da vrše izmene i dopuna zakona, da ograniče ovlašćenja osoba sa javnim ovlašćenjima i da obezbede kontrolu nad osobama, da izvrše promenu poslovnih običaja i profesionalnih kodeksa, da vrše kontrolu javnih oglasa, da osnivanju nezavisne organe za borbu protiv korupcije i podsticanje aktivnosti nevladinih organizacija). Na tom području ostvareni su opredeljeni rezultati. No, objektivno nedostaje kontola, odgovornost i otčetnost.

Zato treba naglasiti da je uspešna borba na suzbijanju korupcije moguća ako postoji raširena svest o njenim razornim efektima, jasna i delatna politička volja, odgovarajući normativno-institucionalni okvir i jedinstvena i koherentna antikoruptivna strategija. U tom kontekstu treba se razvijati stalni monitoring i evaluacija od strane nezavisnih antikorupcijskih tela.

Cane Mojanovski, LL.D
Full Professor
Marjan Nikolovski, LL.D
Associate Professor

FEATURES AND METHODS TO PREVENT CORRUPTION IN MACEDONIA, THROUGH PERCEPTIONS OF CITIZENS

Summary

The paper analyzes the research results of the attitudes of the citizens of Republic of Macedonia on corruption, conducted on the territory of the country on specimen of 1210 respondents in 2013 and 1017 respondents in 2014. The results show that most commonly used forms of corruption are giving and receiving bribes, followed by the triad of giving and receiving bribes and abuse of power with 13.7%.

Subject of the analysis are and issues concerning prevention of corruption. In addition, it is assessed that important role have the competent authorities and institutions. Thus, in 2013, citizens evaluated with a score of 4.76 the fulfillment of obligations of the bodies and institutions to prevent corruption. Then follow the score of 4.73 for detecting, especially for reporting corruption offenses of a citizen with known identity. High score of 4.65 is given for the method of detecting corruption in inspection and administrative bodies. In particular are evaluated the operational and tactical measures and the investigative actions undertaken by law enforcement authorities. In 2013 they are evaluated with a score of 4.54.

Др Саша Кнежевић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ ЗАБРАНЕ ДВОСТРУКЕ УГРОЖЕНОСТИ

Анстракт:

Основни постулати правне сигурности грађана налажу да лица, против којих је кривични поступак правноснажно окончан, морају бити ослобођена неизвесности од поновног покретања кривичног поступка против њих, за исто дело, или, пак, од паралелног вођења кривичног поступка за исто дело. У томе се изражава суштина забране двоструке угрожености, садржане у начелу *ne bis in idem* (не поново о истом). Овај важан принцип кривичног процесног права регулисан је одредбама најзначајнијих међународноправних докумената, као и нормама упоредног и домаћег права.

Кључне речи: *забрана; двострука угроженост; понављање кривичног поступка; Европски суд за људска права; идентитет; кривична ствар.*

Уводне напомене

Суштина међународноправно верификованог права на правну сигурност огледа се у немогућности поновног покретања кривичног поступка против лица, које је у поступку, заснованом на идентичном чињеничном супстрату, осуђено или ослобођено. Исто тако, за исто кривично дело не могу се водити два паралелна кривична поступка. Стога, остваривање постулата правне сигурности утиче на поступак утврђивања чињеничне основице судске одлуке, којом се решава кривичноправни спор.

Дијалектика кривичног поступка онемогућава потпуни склад начела *ne bis in idem* и потпуног и правилног решавања кривичноправног спора. Реализација начела *ne bis in idem*, у пуном опсегу, онемогућавала би понављање кривичног поступка, чак и у случају да се, по правноснажности, појаве нове чињенице и докази, што би нужно довело у питање утврђено чињенично стање. С друге стране, прешироко прописана могућност понављања кривичног поступка девалвирала би интересе правне сигурности и права окривљеног. Нормативни израз начела *ne bis in*

idem је, стога, резултат усклађивања ових двају принципа, који се не могу у потпуности ускладити. Стога ћемо указати на нормативну подлогу овога начела у најзначајнијим међународноправним документима из области заштите људских права, као и у актима међународних кривичних трибунала. У том контексту, сагледаће се и компатибилност законских решења нашег позитивног права са међународним *првенствено, европским, стандардима* заштите правне сигурности окривљеног од "двоструке угрожености".

1. Забрана двоструке угрожености у међународноправним документима универзалног и регионалног карактера

Међународни пакт о грађанским и политичким правима искључује могућност поновног *суђења* и *кажњавања* истог лица због дела за које је већ био *ослобођен* или *осуђен* правноснажном пресудом, у складу са законом и кривичним поступком сваке земље (чл. 14. ст. 7). Из формулације ове одредбе произлази да се поступак може поновити, али само у *корист окривљеног* (*argumentum a contrario*, ако неко не може бити осуђен и кажњен, може бити ослобођен). Међутим, *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* не предвиђа разлоге за понављање кривичног поступка у корист окривљеног.

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (Протокол бр. 7) онемогућава се поновно суђење и кажњавање у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело, за које је неко лице већ правноснажно *осуђено* или *ослобођено*, у складу са законом и поступком те државе (чл. 4. ст. 1. Протокола бр. 7). Међутим, могуће је "поновно отварање случаја", ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или ако је у ранијем поступку учињена битна повреда одредаба, која је могла да утиче на исход поступка (чл. 4. ст. 2. Протокола бр. 7).

Из одредаба *Европске конвенције* произлази забрана поновног суђења и кажњавања, а не поновног вођења кривичног поступка, што је суштина процесних гаранција, обухваћених начелом *ne bis in idem*. Осим тога, примена овога начела могућа је само ако је окривљени правноснажно *ослобођен* или *осуђен*, али не и у случају мериторног окончања поступка пре пресуђења (нпр. непостојање доказа за наставак поступка, застарелост). Реч је о неотклоњивим сметњама, које могу наступити пре судеће фазе поступка, без обзира на форму одлуке (решење о обустави истаге, пресуда којом се оптужба одбија и слично). *Европска конвенција* сужава домаћај начела *ne bis in idem* и допуштањем могућности понављања кривичног поступка и *на штету* окривљеног (за разлику од *Међународног пакта* и *Америчке конвенције*-чл. 8. ст. 4). Тиме

се не доприноси правној сигурности грађана и остварењу принципа правичности суђења. Примена начела *ne bis in idem* релативизује се и неважењем ове забране за *некривичне поступке* (прекршајни, дисциплински), као и њеним важењем искључиво у *границама јурисдикције једне државе* (тако је Европски суд за људска права, у случају италијанског држављанина коме је суђено у Италији, иако је био коначно осуђен у Швајцарској одлучио да је забрањена двострука угроженост само у односу на дело пресуђено у датој држави).¹

Забрана двоструке угрожености садржана је и у *Европској конвенцији о екстрадицији* (чл. 9).² Према овој Конвенцији, "издавање се неће одобрити ако су надлежни органи замољене стране већ правноснажно осудили лице за дело или дела због којих се тражи издавање". Замољена држава, притом, може одбити екстрадицију, ако су њени органи одлучили да не поведу или прекину кривично гоњење, које су вршили због истог или истих дела.

Начело *ne bis in idem* регулисано је и *Европском конвенцијом о преносу поступака у кривичним стварима*³. Овим мултилатералним уговором, забрањено је *гоњење, кажњавање и подвргавање извршењу кривичних санкција* у другим државама лица против којих је донета правноснажна и извршна кривична пресуда, којом је ослобођено, уколико му је изречена кривична санкција извршена, или је у току, ако постоје околности које искључују кривично гоњење (амнестија, застарелост) и ако га је суд огласио кривим, али није изрекао санкције. (чл. 35. ст. 1). Међутим, државе уговорнице овлашћене су да не примењују начело *ne bis in idem* ако је "кривично дело које је проузроковало доношење пресуде" уперено против лица или институција који имају "јавни статус", или је лице против кога је донета пресуда, имало јавни статус у датој држави (чл. 35. ст. 2). На непоштовање ефеката забране двоструке угрожености државе су овлашћене и ако је кривично дело учињено на њиховој територији (чл. 35. ст. 3). Но, и ако се не би респектовале последице начела *ne bis in idem*, државе су обавезне да, у време евентуално изречене казне, урачунају период лишења слободe у другој држави (чл. 36). Најзад, државе потписнице Конвенције овлашћене су да својим законодавством прошире ефекте начела *ne bis in idem* (чл. 37).

Забрана двоструке угрожености предвиђа се и Повељом о правима у Европској унији, усвојеној у Ници, 2000. године. Према овој Повељи, "нико не сме бити поново суђен или кажњен у кривичном поступку за

¹ А. П. против Италије (204/1986), 2. новембар 1987, Одабране одлуке 67, стр. 68.

² European Convention of Extradition, Paris, 13. decembar 1957.

³ *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, Strasbourg, 15. 05. 1972.*

дело за које је, на територији Уније, он или она већ био коначно ослобођен или осуђен у складу са законима " (чл. 50).

Америчка конвенција о људским правима (усвојена 1969. у Сан Хозеу-Костарика, а ступила на снагу 1978. године) забрањује поновно покретање кривичног поступка само ако је окривљени правноснажно ослобођен од оптужбе. Људска права сматрају се прекршена самом чињеницом подизања нове оптужнице, чак и да је на новом суђењу окривљени ослобођен од оптужбе (чл. 4. Америчке конвенције). Забрана двоструке угрожености сматра се прекршеном ако се нова оптужница заснива на "истом основу", и у случају да се оптужница подиже за друго кривично дело.⁴

2. Међународни кривични трибунали и забрана двоструке угрожености

Забрана двоструке угрожености садржана је у *Статуту Међународног кривичног суда*, установљеном Римским споразумом.⁵ Према одредби чл. 20. ст. 1. овог Статута, не може се поново судити лицима, која су *осуђена* или *ослобођена* од овога суда. Међутим, осуђени и тужилац могу иницирати ревизију правноснажне осуђујуће пресуде или изречене казне (чл. 84. Статута). Из ове одредбе произлази да је одступање од начела *ne bis in idem* могуће само у корист окривљеног.

Статутом Међународног кривичног суда предвиђени су разлози због којих се може поновити кривични поступак, чиме се релативизује забрана двоструке угрожености. Понављање поступка могуће је : ако се изнесу нови докази који, без кривице подносиоца захтева за понављање, раније нису били доступни, а могли су утицати на доношење одлуке (чл. 84. ст.1. а); у случају да се утврди да су докази били фалсификовани или лажни (чл. 84. ст. 1. б); ако је судија озбиљно повредио судијски кодекс, и ако је прекршио обавезе предвиђене Статутом суда (чл. 84. ст. 1. ц и чл. 46. ст. 1. а).

Мериторна одлука Међународног кривичног суда представља гаранцију осуђеном да му се за исто кривично дело не може судити пред другим (домаћим) судом (чл. 20. ст. 2. Статута). С друге стране, пред Међународним кривичним судом може се поново судити лицима осуђеним од националних судова, у двама ситуацијама: ако је поступак пред националним судом вођен ради избегавања одговорности за дела из

⁴ Право на правично суђење-приручник, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2001, стр. 127.

⁵ Овај акт ступио је на снагу 1. јула 2002. године, пошто га је ратификовало 66 држава, укључујући нашу земљу.

надлежности Међународног кривичног суда и зато што у поступку пред националним судом није спроведено начело независности и непристрасности, или је домаћи суд био недоследан у намери да се окривљени изведе пред лице правде (чл. 20. ст. 3). Дакле, однос између Међународног кривичног суда и националних судова, у погледу поштовања начела *ne bis in idem* асиметричан је.⁶

Процесна супрематија међународног над националним судовима, у погледу важења забране двоструке угрожености, предвиђена је и *Статутом Међународног Трибунала за бившу Југославију*.⁷ Одредбом чл. 42. Статута овога суда, други судови не могу судити лицима осуђеним од Трибунала, али Трибунал може судити лицима осуђеним од националних судова, у два ситуацијама: ако је дело квалификовано као обично кривично дело, а не дело из надлежности Трибунала, и ако поступак пред националним судом није био независан и непристрасан, или је био усмерен на заштиту окривљеног од суђења пред Трибуналом и, ако тужилац није поступао са ревношћу. Употребом "еластичних" формулација, Статут Међународног трибунала за бившу Југославију, респектовање забране двоструке угрожености од овог Трибунала, препушта волунтаризму!

3. Заштита од двоструке угрожености у упоредном праву

Правна сигурност грађана, као једно од најзначајнијих људских права, саставни је део прокламација основних слобода и права садржаних у уставима многих држава. Немогућност поновног кривичног гоњења правноснажно осуђених лица за исто кривично дело предвиђена је Основним законом Савезне Републике Немачке (чл. 103. ст. 3), Португала (чл. 29), Чешке републике (чл. 40), Словачке (чл. 50), Словеније (чл. 28), Кипра (чл. 12), Малте (чл. 39), Литваније (чл. 31), Естоније (чл. 23). Реч је о државама чланицама Европске уније, које су у своје најважније правне акте инкорпорирале основне постулате међународноправних докумената о заштити правне сигурности грађана.

Забрана двоструке угрожености окривљеног садржана је и у одредбама процесних закона многих земаља. Италијански *Codice di procedura penale* (чл. 649. ст. 1) забрањује поновно суђење против

⁶ Види: Војин Димитријевић, Милан Пауновић: Људска права, Европски центар за људска права, Београд, 1997, стр. 281.

⁷ *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Security Council Resolution 827 (1993), adopted 25 may 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993).*

оптуженог за исто дело, ако је претходно ослобођен или осуђен неопозивом пресудом или неопозивим налогом. Забрана важи и у случају промене правне квалификације, тежине кривичног дела, али и у случају да се установи да је смрт оптуженог погрешно проглашена (чл. 69. ст. 2. СРР) и у случају отклањања појединих процесних сметњи отклоњивог карактера (чл. 345). Реч је о непостојању тужбе, предлога за кривично гоњење, захтева или одобрења за кривично гоњење. Накнадним испуњењем ових процесних услова, сходно одредби чл. 345. италијанског Законика о кривичном поступку, омогућава се наставак кривичног гоњења окривљеног. Ове процесне сметње отклоњивог су карактера, ако је донета процесна пресуда (пресуда којом се утврђује да нема места кривичном гоњењу), или ако је донета тзв. одлука о архивирању. Због забране двоструке угрожености, отклањање ових процесних сметњи без утицаја је на наставак кривичног гоњења ако су донете ослобађајућа или пресуда којом је окривљени неопозиво осуђен.

Устав Савезне Републике Немачке (члан 103, став 3) предвиђа да „нико не може бити кажњен за исто дело више него једном према општим кривичним законима“. Другачији је приступ португалског уставотворца. Према Уставу ове државе "нико не може два пута бити гођен за исто дело" (члан 29, став 1). Устав Русије прецизира да „нико не може бити два пута осуђен за један те исти злочин“ (члан 50).

Немачко право чини разлику између установа *Erledigungsprinzip* и *Anrechnungsprinzip*. Суштина првонаведене установе, јесте немогућност покретања кривичног поступка против лица, против кога је правноснажно окончан кривични поступак, што одговара смислу начела *ne bis in idem*. Установа *Anrechnungsprinzip*, пак, подразумева урачунавање казне, изречене у првобитно вођеном поступку, у казну, изречену у другом поступку. Тиме се не спречава двоструко кажњавање.⁸

Забрана двоструке угрожености садржана је и у француском праву. Одредбама француског Законика о кривичном поступку (СРР) предвиђа се да "ни једно лице које је законито ослобођено оптужбе не може бити поново ухапшено или поново оптужено на основу истих чињеница, чак и ако је њихова квалификација другачија" (чл. 368). Осим тога, кривично гоњење не може се иницирати против лица које докаже да је против њега у истој ствари донесена коначна пресуда, а у случају осуде, да је казна одслужена или да је угашена застарелошћу (чл. 692. СРР). Проширење оптужбе и за кривично дело или прекршај учињен у току кривичног

⁸ John A. E. Vervale, *European Criminal Law and General Principles of Union Law*, Research Papers in Law, Collège d'Europe, Brugge, 2005, n. 5, p. 10.

гоњења могуће је, само ако се установи да је гоњење било незаконито (чл. 6. СРР).

Према Закону о казненом поступку Хрватске, поновно покретање кривичног поступка и осуда нису могући против лица које је правноснажном пресудом осуђено или ослобођено од оптужбе (чл. 11. ст. 1 и 2). Овом одредбом операционализована је уставна прокламација забране двоструке угрожености (чл. 31. ст. 2. Устава Републике Хрватске). Могућност понављања кривичног поступка и на штету осуђеног, у случају да је кривични поступак окончан пресудом којом се оптужба одбија (чл. 406. ЗКП), сужава домашај ове забране.

Правна сигурност грађана штити се и одредбама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине. Начело *ne bis in idem* у босанскохерцеговачком праву има статус основног кривичнопроцесног начела, и прописано је одредбом чл. 4. Закона о кривичном поступку. Овом законском одредбом забрањује се поновно суђење лицу за дело, за које је већ био осуђен и за које је донета правноснажна пресуда.

Забрана поновног суђења и кажњавања лица за кривично дело за које је суђен и за које је донесена правноснажна пресуда предвиђена је и у македонском праву (чл. 5. Закона за кривична постапка Македоније).

Забрана двоструке угрожености егзистира и у црногорском (чл. 6. ЗКП), словеначком (чл. 498. ЗКП), као и у праву Косова (чл. 4 Привременог Закона о кривичном поступку, донетог од UNMIK администрације, 6. јула 2003. године). Интересантно је напоменути да начело *ne bis in idem* у косовском праву има шири домашај него у осталим конституенсима бивше Југославије (осим у законодавству Србије). Наиме, забрана двоструке угрожености у праву донетом од администрације ОУН важи и у случају обуставе кривичног поступка и одбацивања оптужнице.

4. Забрана двоструке угрожености у пракси Европског суда за људска права

Пракса Европског суда за људска права још увек није довољно заживела. На ову околност утиче и чињеница да је забрана двоструке угрожености прописана тек Протоколом бр. 7 Европске конвенције. Из Одлуке Европског суда у случају *Градингер против Аустрије* (23 октобар 1995, серија А бр. 328-ц, став 53) произлази да је повређено начело *ne bis in idem*. Повреда чл. 4. протокола бр. 7. Европске конвенције учињена је јер се против окривљеног водио кривични поступак (због кривичног дела убиства из нехата-чл. 81. ст. 2. КЗ Аустрије) и управни поступак због вожње аутомобилом под дејством алкохола (прекршен чл. 5. Закона о друмском саобраћају). Према одлуци Европског суда за људска права, понашање забрањено законом о друмском саобраћају Аустрије

представља само вид кривичног дела инкриминисаног одредбом чл. 81. ст. 2. Кривичног законика Аустрије. Приликом доношења одлуке, Европски суд је узео у обзир да су суд и управни орган поступали по истом чињеничном стању, као и околност да је судски поступак окончан по ступању протокола бр. 7. уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама.⁹

Из праксе Европског суда произлази и да различити судови могу донети пресуде за различите преступе, протистекле из истог криминалног чина. То произлази из одлуке *Оливеира против Швајцарске* (30. јули 1998. године, случај 84/1997/868/1080). Окривљени је новчано кажњен од полицијског магистрата због неприлагођене брзине при управљању моторним возилом, али и од Обласног кривичног суда у Цириху за телесну повреду оштећеног. Европски суд за људска права заузео је став, да надлежни судски органи Швајцарске нису повредили начело *ne bis in idem*, садржано одредбом чл. 4. Протокола бр. 7. Европске конвенције. Приликом одлучивања, Европски суд је имао у виду да казне изречене од полицијског магистрата и Обласног кривичног суда у Цириху нису кумулиране, већ је тежа казна абсорбовала блажу.

У случају *Готкан против Француске*, Европски суд за људска права заузео је становиште да забрана двоструке угрожености није нарушена чињеницом да је окривљеном, најпре, изречена временски одређена казна затвора и протеривање из Француске, а потом и лишење слободе од царинског органа. Мера изречена од царинских власти, по мишљењу Европског суда, представља архаичну, хибридную меру (комбинација накнаде штете и кривичне казне). Стога није повређено начело *ne bis in idem*.

Из праксе Европског суда за људска права произлази да и дисциплински и други некривични деликти могу имати обележја "кривичне оптужбе", и, следствено томе, издејствовати примену забрану двоструке угрожености. При процени постојања "кривичне оптужбе", суд би требало да има у виду повређене норме и природу и строгост могуће казне. Примера ради, кривично оптуженим би се, у смислу Европске конвенције, могао сматрати учинилац деликта, за који се може изрећи новчана казна у високом износу, као и временски одређена казна затвора.¹⁰

⁹ Види: Жил Диретр, Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права, Београд, Сл. гласник, стр. 394-395.

¹⁰ Види: Проф. др Ђорђе Лазин, Начело *ne bis in idem* у кривичном процесном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Зборник радова са саветовања "Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе", одржаног на Златибору, септембра 2004. године, стр. 345.

Сагласно пракси Европског суда, правноснажна пресуда прекршајног суда, представља решену ствар, и обухваћена је принципом *ne bis in idem*. Повреду одредбе чл. 4. Протокола бр. 7, представља одлучивање двају различитих суда, или казних органа, о истом догађају. Према тумачењу Европског суда, реч "кривична оптужба" има шири смисао, у односу на домаћа законодавства, и укључује различите врсте деликата. Практика Европског суда, притом, успоставља критеријуме за утврђивање, да ли конкретан деликт има обележја "оптужбе за кривично дело". Приликом одлучивања о могућности, да се деликт третира као "кривична оптужба", потребно је применити три критеријума, а то су: разврставање деликата према националном праву, природа дела, и тежина могуће казне, за учињени деликт. Следствено пракси Европског суда, ни урачунавање казне за извршени прекршај, у казну затвора, изречену од кривичног суда, не анулира учињену повреду начела *ne bis in idem*. То произилази из одлуке Марести против Хрватске (25. 6. 2009). Став је Европског суда, да државе не могу својом дискреционом оценом класификовати кривично дело као прекршај или дисциплински преступ. Лица, против којих су вођени административни поступци, или прекршајни поступак, имају право на заштиту од поновног суђења, сагласно чл. 6. Европске конвенције.

5. Забрана двоструке угрожености у нашем позитивном праву

Устав Републике Србије прокламује начело *ne bis in idem*. Одредбом чл. 4. Законика о кривичном поступку, предвиђа се: "да нико не може бити гоњен и кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку".

Законска регламентација начела *ne bis in idem*, не само да респектује међународне стандарде, *већ их и надмашује!* Закоником о кривичном поступку (чл. 6) онемогућава се, не само поновно суђење и кажњавање, већ и *кривично гоњење* за дело, за које је неко лице правноснажно осуђено, ослобођено, али и за које је поступак окончан правноснажном *обуставом кривичног поступка*, или правноснажним *одбијањем оптужбе*. Из одредбе чл. 4 Законика о кривичном поступку, произлази немогућност кривичног гоњења, а не само суђења и кажњавања, што проистиче из одредаба Међународног пакта о грађанским и политичким правима и из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Нормативни израз забране двоструке угрожености у Законнику о кривичном поступку Србије, надмашује међународне стандарде и чињеницом, да се начело *ne bis in idem* примењује, не само након правноснажног пресуђења кривичне ствари, већ и у случају *правноснажности одлука о обустави поступка или о одбијању оптужбе*.

Непостојање могућности поновног покретања кривичног поступка, и у случајевима када кривична ствар није правноснажно мериторно решена, може погодовати и окривљенима против којих је кривични поступак обустављен, или оптужба одбијена из формалних разлога откоњивог карактера. Наиме, окончање кривичног поступка без мериторног решења кривичне ствари, могуће је због материјалних разлога, као што су амнестија, застарелост, непостојање потребног степена сумње. Међутим, кривични поступак може се обуставити и услед околности које су формалног, отклоњивог карактера (стварна надлежност, непостојање захтева овлашћеног тужиоца, или одобрења за кривично гоњење).

Да забрана двоструке угрожености не би имала недопустиво широк домашај, потребно је легислативним решењима спречити важење начела *ne bis in idem* и у случајевима окончања кривичног поступка услед *отклоњивих* процесних сметњи. Стога би законским одредбама требало предвидети да се, у случајевима постојања процесних сметњи отклоњивог карактера, кривични поступак не окончава обуставом или одбијањем оптужбе, већ неком другом врстом одлука. Тако би се спречило важење начела *ne bis in idem* у овим ситуацијама. Законодавац то и чини, прописивањем решења о прекиду истраге и о одбацивању оптужнице, као форми одлука које се доносе услед отклоњивих процесних сметњи.

Уколико околности које привремено онемогућавају кривично гоњење наступе у фази истраге, јавни тужилац доноси решење о прекиду истраге (чл. 307. ст. 1. ЗКП), чиме би се онемогућило поновно покретање кривичног поступка, када престану сметње које су изазвале прекид истраге. Окривљени се, стога, не може позивати на важење начела *ne bis in idem*.

Решење о одбацивању оптужнице форма је одлуке која се доноси на главном претресу, ако се установе процесне сметње отклоњивог карактера. Пошто се у овим процесним ситуацијама оптужба не одбија, нити се кривични поступак обуставља, нису се стекли услови за важење начела *ne bis in idem*.

Да би начело *ne bis in idem* важило, потребно је да постоји идентитет између правноснажно пресуђене и новоутужене кривичне ствари. Објективни идентитет постоји ако је истоветан чињенични основ правноснажно пресуђене и новоутужене кривичне ствари, док је правна квалификација ирелевантна. Суд је, приликом процене да ли је реч о

пресуђеној кривичној ствари, везан кривичним догађајем, а не кривичним делом које се окривљеном ставља на терет.¹¹ Процена постојања идентичности чињеничног стања, фактичке је природе, те је тешко утврдити неке начелне критеријуме. Према једном од схватања у теорији кривичног процесног права, "радиће се о истом дјелу и онда када нова оптужба садржи нове чињенице уколико оне не могу самостално градити друго чињенично стање".¹² Међутим, питање, да ли неке, евентуално нове чињенице, могу самостално да граде друго чињенично стање, исто тако, фактичке је природе.¹³

Примена начела *ne bis in idem* подразумева и постојање идентитета учиниоца у правноснажно пресуђеној и новоутуженој кривичној ствари. Да би забрана поновног гоњења и кажњавања важила, потребно је да је у питању исти учинилац. Притом је ирелевантна промена кривичноправног статуса окривљеног, те, стога, забрана важи и ако би окривљени у новоутуженој кривичној ствари имао статус саучесника.

Забрана двоструке угрожености односи се на кривични поступак. Међутим, поставља се питање, да ли ова забрана важи и за истовремено вођење неког другог, некривичног (прекршајни, дисциплински и слично), поступка против истог лица, односно постоји ли могућност да се, након окончања кривичног поступка, против истог лица покрене неки други поступак. Устав Републике Србије проширује примену забране поновног гоњења и кажњавања, за исто кривично дело, и на поступке за неко друго кажњиво дело (чл. 34. ст. 4). Стога би нови Законик о кривичном поступку Србије требало, у погледу формулације начела *ne bis in idem*, ускладити са Уставом Србије. Тако би се отклонила свака контроверза о важењу овога начела и у односу на некривичне деликте.

Поставља се питање, да ли правноснажна одлука прекршајног суда може, под законом предвиђеним условима, онемогућити вођење кривичног поступка против истог лица. Из закључка Седнице кривичног одељења Апелицаоног суда у Крагујевцу (од 6. 4. 2011. године) произилази, да је за важење принципа *ne bis in idem*, потребно да чињенични опис прекршаја, из пресуде прекршајног суда, обухвата све елементе, који су обухваћени чињеничним описом у диспозитиву оптужног акта. Фактичко је питање, препуштено процени суда, да ли је

¹¹ Види Одлуку Окружног суда у Београду, Кж. 2130/02 од 31.10. 2002. године

¹² Др Драго Радуловић, "Кривично процесно право" Подгорица, 2002, стр. 100.

¹³ Др Ђорђе Лазин, Начело *ne bis in idem* у кривичном процесном законодавству Србије, Зборник радова са међународног научног скупа "Кривично-процесно законодавство у југоисточној Европи и стандарди Европске уније и Савета Европе," одржаном у Београду од 23-24. октобра 2006. године, стр. 150.

радња, за коју је кривљени одговарао у прекршајном поступку, идентична радњи, због које је покренут кривични поступак.

Једно од спорних питања у нашој судској пракси јесте, и да ли забрана поновног вођења кривичног поступка важи и у случају правноснажне пресуде за продужено кривично дело. Наиме, поставља се питање да ли правноснажност пресуде за продужено кривично дело подразумева и немогућност покретања кривичног поступка за кривична дела, која нису била позната суду у време доношења пресуде, а која би ушла у састав продуженог кривичног дела. Проблем се компликује због немогућности понављања кривичног поступка на штету осуђеног у нашем позитивном праву. Ако је полазна премиса да правноснажна пресуда за продужено кривично дело има дејство у односу на сва појединачна кривична дела у његовом саставу, онда важи забрана покретања поступка за новооткривено кривично дело, које би било обухваћено продуженим кривичним делом. Стога се у теорији кривичног процесног права предлаже да се за новооткривено дело води нови кривични поступак, и да се, после правноснажности донете одлуке, пресуде споје у једну¹⁴ Дакле, пледира се за примену правила о стицају кривичних дела

Завршне напомене

Забраном двоструке угрожености, израженом начелом *ne bis in idem*, несумњиво се остварују циљеви правне сигурности грађана. Правноснажно окончани кривични поступак против окривљеног мора представљати брану поновном покретању кривичног поступка против њега, и изрицања казне за исто кривично дело. Интереси правне сигурности грађана налажу и да је неприхватљиво, да се против истог окривљеног истовремено воде два паралелна кривична поступка.

Међународни стандарди заштите људских права садржани су у најзначајнијим међународноправним документима, којима се забрањује поновно суђење и кажњавање окривљеног, против кога је кривични поступак окончан мериторном пресудом. Међутим, шири домашај забрана двоструке угрожености у нашем праву рефлектује се и на ефикасност кривичног прогона. Благодети проистекле из широког домашаја забране двоструке угрожености изазвале су потребу доградње многих законских одредаба, релевантних за несметано одвијање кривичног поступка. Стога

¹⁴ Проф. др Тихомир Васиљевић, проф. др Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, десето измењено и допуњено издање, Београд, 2005, стр. 585.

је потребно "под лупу" ставити позитивноправни режим начела *ne bis in idem*, и свестраном анализом утврдити све практичне импликације прешироко постављене забране двоструке угрожености у нашем праву, које надмашују међународноправне стандарде људских права.

Sasa Knezevic, LLD
Full Professor

THE PROHIBITION OF DOUBLE JEOPARDY

Summary

The interests of legal certainty require that no criminal proceeding may be conducted, nor any sentence may be rendered, against a person who has been finally tried. Likewise, it is unacceptable to run two parallel proceedings against the same person. The double jeopardy rule, embodied in the *ne bis in idem* principle accomplishes these goals.

In this regard, the Criminal Procedure Code of Serbia (ZKP) not only respects, but also extends the international standards. Article 6 of the ZKP prevents not only repeated trial and double punishment, but also the criminal prosecution in cases when person has been finally tried for the same matters, irrespective of whether the proceedings have resulted in conviction, termination, or acquittal. Hence, not only repeated trial and sentencing is impossible, which is in the line with the International Civil and Political Rights Treaty as well as the European Convention on Protection of Civil and Political Rights and Fundamental Freedom, but also the prosecution itself.

In order to keep the scope of the Double Jeopardy rule within the reasonable limitations, legislative solutions prevent its application in the cases of termination of criminal proceedings due to the removable procedural obstacles. If such obstacles exist, the criminal proceeding does not end by definite termination or acquittal, but some other decisions. The halt of investigation or indictment dismissal orders are the forms of decisions brought in cases when removable procedural obstacles exist, and in this way, the application of the *ne bis in idem* rule in such situations is prevented.

Др Војислав Ђурђић
Редовни професор Правног факултета у Университету у Нишу

КОХЕРЕНТНОСТ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНИКА КАО ПРЕТПОСТАВКА ЕФИКАСНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Апстракт:

У раду се расправља о концепцији и структури новог модела кривичног поступка, те о законском уређењу појединих процесних установа и принципа, који се негативно одражавају на кохерентност новог процесног законика. Запажа се да је основни несклад између јавнотужилачке истраге, којом доминира инквизиционо начело, и адверзијалног главног претреса из англоамеричког типа кривичног поступка. Концепцијски је промашај што је јавнотужилачка истрага уређена као структурални елемент опште форме кривичног поступка и формална фаза у којој се изводе сви докази потребни за пресуђење кривичне ствари. Таква концепција је у дисхармонији са адверзијалним претресом, успорава поступак и не доприноси побољшању његове ефикасности, а доводи у питање поједине правне стандарде које инволвира право на правично суђење. Већина одредби о контроли оптужбе некритички је преузета из старог законика као да је истрага и даље судска а не јавнотужилачка. Уређење главног претреса оптерећују бројне противречности: докази које изведе јавни тужилац у истрази изједначени са доказима изведеним на главном претресу; укинута је начело истине и истраживачка максима, да би извођење доказа било поверено странкама, а за утврђено чињенично стање одговара суд, који је у потпуности пасивизиран; странке имају право да жалбом побијају чињенично стање иако одлучне чињенице саме доказују. Све су то напетости због којих се за процесни законик не може рећи да је кохерентан, што се негативно одражава на ефикасност и ефективност кривичног поступка.

Кључне речи: *кривични поступак / истрага / контрола оптужбе / главни претрес / начело непосредности / начело истине / жалба.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Расправа о односу између кохерентности и ефикасности права претпоставља какво-такво одређење ових појмова, пошто им се могу дати

различита значења. Полазећи од учења опште теорије права, може се рећи да ефикасност правних норми може бити примарна, која се осигурава добровољним усклађивањем понашања са диспозицијом правне норме, и секундарна, која применом санкције обезбеђује понашање сагласно правној норми. У циљу повећања његове примарне ефикасности, право треба обликовати у складу с фундаменталним правнополитичким и номотехничким захтевима, који се могу свести у три групе: а) на онтолошкој равни захтеви су *применљивост* норме и *прилагођеност* норме предмету регулисања; б) на аксиолошкој равни норма треба да је заснована на принципима правне државе: *стварне једнакости*, која се своди на “захтев за разумношћу и стручношћу законских решења”, *праведности*, *правне сигурности* и *слободи*; в) у гносеолошком смислу, да би норма омогућила адресатима да је исправно сазнају, неопходно је осигурати њену *кохерентност*, *одређеност* и *јасност*, као и *формализованост језика права*.¹ Следи да је кохерентност само један чинилац на коме се темељи ефикасност права. Као принцип повезивања правних норми, кохерентност има значење да норме у датом систему буду што је могуће више усклађене, са што мање антиномија, празнина и неодређености, укратко, да буде што мање противречна целина.²

Полазећи од ових схватања, у раду ће бити анализирана концепцијска хармонија и нормативна повезаност новог процесног законика, од утицаја на ефикасност кривичног поступка. Најпре ће бити размотрен утицај законске дефиниције почетка кривичног поступка на његову структуру, па консеквентно на форму и циљ јавнотужилачке истраге. Из принципијелне доследности, али засноване на теоријски неутемељеном и принципијелно погрешном одређењу почетка кривичног поступка, произашла је концепција јавнотужилачке истраге која је у потпуној дисхармонији са адверзијалним главним претресом и доводи у питање право на правично суђење. Након истраге, критички ће бити анализирана фаза стављања под суд, у којој је уређење судске контроле оптужбе концепцијски противречно јавнотужилачкој природи истраге. На крају ће бити разматране неусклађености и противречности главног претреса: уређења претреса као чисто страначког, али на коме докази које је јавни тужилац извео у истрази имају исту доказну снагу као да су изведени непосредно пред судом; укидање начела истине и истражне максиме, што ставља суд у непримерено пасиван положај, с једне стране, и одговорности суда за чињенично стање, с друге стране, итд. Коначно, под знак питања је стављено право странака да побијају чињенично стање

¹ Опширније: др Снежана Циглер, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004, стр. 31-35.

² Др Драган Митровић, *Увод у право*, Београд, 2010, стр. 229.

чије је доказивање искључиво у рукама странака, као и преваљивање на процесне странке одговорности за оцену законитости и правилности пресуђења у поступку по жалби.

2. НЕПРИХВАТЉИВО ЗАКОНСКО ОДРЕЂЕЊЕ ПОЧЕТКА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Нови процесни законик обилује многим законским дефиницијама процесних појмова. Осим што су непотребно унете у законски текст, оне су често теоријски дискутабилне или погрешне.³ Међутим, да ли законском нормом треба одредити почетак кривичног поступка, то није само правнотехничко питање. Законским одређивањем у ком моменту започиње кривични поступак, уједно се детерминишу законски услови за његово покретање и структурални елементи кривичног поступка, као антиципација садржаја његовог општег појма.

Према члану 7 ЗКП, редовни кривични поступак започиње „доношењем наредбе о спровођењу истраге“ и „потврђивањем оптужнице којој није претходила истрага“ (тач. 1. и 2), а одредбом чл. 2 ст. 1 тач. 14 одређено је да „поступак“ чини „предистражни поступак и кривични поступак“.

Законски начин одређивања почетка поступка, ни код опште форме ни код скраћеног поступка, није теоријски утемељен, па је зато критикован у научним и стручним радовима, а није јасно да ли може бити од какве користи у правосудној пракси.

Шта се има сматрати моментом у коме поступак почиње, пре свега, зависи од схватања шта је кривични поступак, па консеквентно од структуре коју има нека конкретна форма кривичног поступка, што је резултирало различитим гледиштима. Има мишљења да кривични поступак започиње оног момента *када се предузме прва радња* усмерена на откривање кривичног дела и његовог учиниоца.⁴ За разлику од овог гледишта према коме се почетак кривичне процедуре везује за најранији моменат државне реакције на извршено кривично дело, у српској процесној књижевности преовладава мишљење да се приликом одређивања почетка кривичног поступка треба ограничити на онај

³Опширније: др Војислав Ђурђић, *Рedefинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010. године*, Ревизија за криминологију и кривично право, 2/2010, стр. 3-22.

⁴Гледиште изнето на међународном семинару одржаном у Ноту, на Сицилији, од 27. IX до 2. X 1982. године (Види код: др Davor Кларас, *Припремни стадијум кривичног поступка и компаративном праву*, Jugoslovenska revija за криминологију и кривично право, 1983, br. 1-2, str. 235).

тренутак када се одређено лице бар претежно сматра учиниоцем кривичног дела, али се тај моменат неједнако одређује. По једном гледишту, то је моменат подизања оптужног акта,⁵ а по другима, кривични поступак започиње одлуком суда.⁶

Полазећи од учења о правном појму кривичног поступка,⁷ може се закључити да моменат заснивања кривичнопроцесног односа означава почетак кривичног поступка и да кривичног поступка не би могло бити ако не постоје сва три главна субјекта између којих се тај однос и заснива. Зато се истражне радње предузете пре тог момента, пре него се заснује однос између суда и странака, не могу сматрати радњама предузетим у кривичном поступку (То су антиципативне радње које тек након отпочетог кривичног поступка прихватањем добијају доказну снагу). Из истих разлога, фаза поступка коју поводом кривичне ствари спроводи неки други државни орган а не суд и која претходи судском поступку у коме странке расправљају о главном предмету поступка, не може се сматрати кривичним поступком. И кад се пође од реалистичког појма кривичног поступка, као скупа законом уређених процесних радњи које суд и странке предузимају у одређеном процесном циљу, моменат покретања поступка је исти. Због важења начела оптужбе, суд никада не покреће поступак по службеној дужности, али поступка не може бити без одлуке суда. Због тога се моменат кад тужилац подноси захтев суду да покрене поступак или кад се пре тога предузима нека радња у истом циљу, не може сматрати почетком кривичног поступка, јер у том моменту још увек није извесно да ли ће поступка уопште и бити, будући да о томе одлучује суд. Све радње које пре одлуке суда предузимају органи кривичног гоњења не спадају у кривични поступак, мада се предузимају у истом циљу као и сам кривични поступак. Такву природу имају и радње

⁵ Др Бранко Петрић, *Покретање кривичног поступка*, Правни живот, бр. 2/1968, стр. 3.

⁶ Види: Др Чедомир Стевановић, *Кривично процесно право*, "Научна књига", Београд, 1994, стр. 291; Др Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права SFRJ*, Београд, 1981, стр. 13.

⁷ О дефиницији кривичног поступка види: др Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, I. одељак, Београд 1940, стр. 7, 8, 36, 49 и 50; др Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права SFRJ*, Београд 1981, стр. 5; др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2006, стр. 27; др Давор Крапас, *Кривично процесно право – Прва књига: институције*, Загреб, 2003, стр. 4; др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2008, стр. 48; др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 6-9; др Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 2; др Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013, стр. 3 и 4; др Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2014, стр. 10; и др.

које се предузимају у јавнотужилачкој истрази, па стога она не може бити фаза кривичног поступка, а самим тим почетак истраге не може се сматрати почетком кривичног поступка. Из свега реченог, следи закључак да се и према правној и према реалистичкој дефиницији кривичног поступка, може сматрати да кривични поступак почиње одлуком суда којом се установљава да су испуњени законски услови за вођење поступка.

Насупрот овом теоријском схватању, кад се ради о редовном кривичном поступку, законописци су преузели доктринарно гледиште о почетку кривичног поступка у коме је истрага судска, као да се увођењем јавнотужилачке истраге у њеној природи ништа није изменило. Међутим, поверавање истраге несудским органима, по дефиницији самог кривичног поступка, нужно доводи до редеоинисања његове структуре, па се полицијска или јавнотужилачка истрага не може сматрати фазом кривичног поступка, што *eo ipso* значи да кривични поступак не почиње покретањем несудске истраге већ након ње. Конкретно, кад је истрага несудска, кривични поступак започиње потврђивањем оптужбе, јер се овом судском одлуком утврђује да је оправдано и законито извођење окривљеног пред суд (тако је, уосталом, процесним закоником одређен почетак кривичног поступка на основу непосредне оптужнице). До таквог би закључка дошли и сами законописци да су пажљивије читали процесни законик који им је послужио као узор за увођење и уређење новог модела кривичног поступка. Наиме, у хрватском процесном закоником, одакле су преузета многа законска решења или су служила као инспирација законописцима, сасвим исправно је предвиђено да, кад је у питању општа форма, „казнени поступак започиње потврђивањем оптужнице“ (чл. 17 ст. 1 тач. 1 ЗКП Хрватске) и ниједан други начин покретања овог поступка није предвиђен.

3. ФОРМА И СВРХА ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ – ИСХОДИШТЕ НЕСКЛАДА СА АДВЕРЗИЈАЛНИМ ГЛАВНИМ ПРЕТРЕСОМ

Саобразно дефиницији почетка кривичног поступка коју су законописци унели у законски текст, консеквентно је уређена фаза истраге. Међутим, због погрешног схватања почетка кривичног поступка, па *eo ipso* и општег појма кривичног поступка, погрешно је јавнотужилачка истрага уређена као структурални елемент и строго формална фаза кривичног поступка и одређен њен циљ који не одговара новој природи ове фазе.

Истрага је у целини уређена као да је и даље судска: поред тога што се покреће формалном одлуком⁸ јавног тужиоца, истрага је формална и у погледу: присуства окривљеног, браниоца и оштећеног; предузимања доказних радњи, прекида и обуставе истраге итд. И циљ истраге није прилагођен новој природи ове фазе. У потпуности су преузете одредбе о циљу судске истраге, па се и јавнотужилачка истрага води да се, поред осталог, прикупе докази „који могу бити од користи за поступак“, чије „извођење“ се „показује целисходним“ (чл. 295 ст. 2). То практично значи да је задатак јавног тужиоца да изведе све доказе о свим правно релевантним и другим чињеницама важним за одлучивање, јер је сваки доказ какве одлучне чињенице од користи за поступак. Због тако постављеног циља истраге, јасно је да ће у пракси јавни тужиоци изводити све расположиве доказе, што ће продужити трајање истраге. Ако се томе дода да докази које јавни тужилац изведе у истрази имају исту доказну снагу као да су изведени на главном претресу и због тога могу бити чињенична основа пресуде, такво уређење истраге је у директној супротности са адверзијалним главним претресом. Суштина и смисао адверзијално уређеног главног претреса је да се докази изводе на главном претресу и да их пред судом, под истим условима изводе обе странке.

Због речене концепцијске и нормативне неусклађености, уместо понуђеног законског модела, концепцијски би тужилачка истрага требало да буде што мање формална како би била брза и ефикасна,⁹ а њен задатак морао би бити ограничен на прикупљање доказног материјала довољног да јавни тужилац одлучи о подизању оптужнице, проширен само на доказе чије извођење не трпи одлагање,¹⁰ на извођење тзв. „инцидентних“ доказа од стране суда.¹¹ Такво уређење учинило би законик концепцијски и нормативно кохерентним. Уместо тога, уређење новог модела поступка намеће понављање извођења доказа – најпре ће јавни тужилац изводити доказе у истрази па ће странке те исте доказе изводити на главном претресу, што нужно води одуговлачењу и мањој ефикасности поступка.

⁸ Критику види код: др Милан Шкулић, *Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку*, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010, стр. 65.

⁹ Опширније о природи јавнотужилачке (и полицијске истраге) види код: др Момчило Грубач, *Схватање појма кривичног поступка у новом Законику о кривичном поступку Србије*; Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10-11/2006, стр. 5. и 6.

¹⁰ Vidi: Ulrich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, Spezialkommentar, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2008.

¹¹ О условљености потребе за судијом у јавнотужилачкој истрази види: A. Perrodet, *The public prosecutor*, u: Delmas-Marty/Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 425.

4. СИСТЕМ КОНТРОЛЕ ОПТУЖБЕ КАО ДА ЈЕ ИСТРАГА СУДСКА

После увођења јавнотужилачке истраге било је нужно концепцијски осмислити контролу оптужбе, чијим потврђивањем сада тек започиње кривични поступак у ужем смислу. Уместо мешовитог система контроле оптужбе, по приговору против оптужнице и по службеној дужности, Закоником о кривичном поступку из 2011. уведено је потврђивање оптужнице по службеној дужности у свакој кривичној ствари. То је нов систем контроле само номинално, јер су, у основи, само изостављене одредбе о приговору против оптужнице а преостале одредбе су преузете, пресистематизоване и језички дотеране да изгледају као нови модел контроле. Због тога, систем потврђивања оптужнице има концепцијске недостатке и много више погрешних решења у појединостима.¹²

Основни концепцијски недостатак је у томе што је контрола оптужбе уређена тако као да је истрага судска фаза у којој је суд претходно извршио контролу оправданости и законитости покретања кривичног поступка, пренебрегавајући чињеницу да о покретњу истраге одлучује искључиво јавни тужилац наредбом, против које није дозвољено никакво правно средство о коме би одлучивао суд. Та дисхармонија између јавнотужилачке истраге и судске контроле оптужбе читује се у одлукама које суд доноси у поступку потврђивања оптужнице. У вези са одлукама у поступку контроле оптужбе, концепцијски је дискутабилно и установљавање жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице.

У поступку контроле оптужбе ванпретресно веће може донети одлуку којом наређује допуну или спровођење истраге (чл. 337 ст. 3), што је у потпуној супротности са концепцијом покретања истраге: истрагу покреће јавни тужилац наредбом, против које није допуштено никакво правно средство, па суд нема никаквог утицаја на покретање истраге. Оно што не може приликом покретања истраге може приликом подизања оптужбе, јер својом одлуком може да „изнуди“ покретање јавнотужилачке истраге. Могућност доношења одлуке о допуни истраге у дисхармонији је са укидањем тзв. истражне максиме. Одлука суда да јавни тужилац допуни истрагу, у бити значи наредбу да спроведе доказне радње. Закључак би био да су законописци увели ову инквизициону максиму на почетку судског кривичног поступка, а протерали је са главног претреса?!

¹² Опширније: др Војислав Ђурђић, *Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије*, Правни живот, бр. 9 /2012, стр. 785-800.

И одлука о потврђивању оптужнице, која је негативно дефинисана и суд је доноси ако не обустави поступак или не одбије оптужбу, у нескладу је са природом истраге. После увођења јавнотужилачке истраге, судска одлука о упућивању кривичне ствари на главни претрес мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда да за то има довољно доказа. Суд, дакле, на основу расположивог доказног материјала мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње да се кривична ствар изнесе на главни претрес и да у образложењу решења наведе на којим доказима заснива своје уверење, а не да нема места доношењу других одлука, па да то буде разлог за потврђивање оптужнице.

Установљено право окривљеног да изјави жалбу против одлуке суда којом се потврђује оптужница (чл. 343), не доприноси ефикасности поступка. Осим тога, овакво решење негативно утиче на кохерентност законика због неусклађености са другим процесним институтима. Са увођењем жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице отварају се питања кад се има сматрати да је оптужница потврђена, кад треба сматрати да неко лице постаје оптужени (чл. 2 ст. 1 тач. 3)¹³ или кад треба започети с припремама за главни претрес (чл. 344) – после потврђивања оптужнице или кад буде правноснажно потврђена?!

5. РАЗРУШЕНА НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ И КОНТРАДИКТОРНОСТИ А УВЕДЕНА „РАВНОПРАВНОСТ“ СТРАНАКА

Специфичност законика из 2011. године је у томе што је остваривање начела непосредности доведено у питање иако нису мењане одредбе којима се одступа од непосредног извођења доказа на главном претресу. Проблем је настао зато што је промењена природа истраге, уместо судске постала је јавнотужилачка, а тој радикалној промени није прилагођено посредно извођење доказа на главном претресу. Одредбе о одступању од начела непосредности извођења доказа на главном претресу остале су непромењене, па су помоћу њих изједначени несудски и судски докази, што се види из одредаба о „упознавању са садржином записника о исказима“, према којима се записници о доказима изведеним у истрази могу користити на главном претресу и бити основ пресуде, без обзира

¹³ Дефиција оптуженог аналогна је дефиницији из старог законика, али је она до сада била недвосмислена јер против одлуке о одбијању приговора као неоснованог, окривљени није имао право жалбе и оптужница је у том моменту ступала на правну снагу, па је од тог момента он постајао оптужени (чл. 21. ст. 1. тач. 3. ЗКП/01). Сада оптужба стаје на правну снагу у моменту кад суд негативно одлучи по жалби, а лице кога оптужница терети, према слову закона, постаје оптужени пре тога.

који орган је извео те доказе (чл. 406). Тиме што је у неким случајевима јавном тужиоцу наметнута обавеза да пре испитивања сведока и вештака прибави сагласност судије за претходни поступак (кад се испитују без присуства осумњиченог, било да није позван или се ради о истрази против непознатог учиниоца), не ојачава се доказна снага тужиочевих доказних радњи, нити се тако добијен исказ уопште може конвалидирати претходном одлуком суда.

Одступања од начела непосредности истовремено су и одступања од начела контрадикторности.¹⁴ Посредно извођење доказа на главном претресу разара и непосредност и контрадикторност поступка, на штету квалитета судских одлука, а негативно се оцењује и са становишта заштите људских права.

Европски суд стоји на становишту да сви докази по правилу морају да буду изнети на јавном главном претресу у присуству оптуженог, контрадикторним аргументовањем супротстављених страна.¹⁵ Коришћење посредних доказа стога може да доведе до повреде члана 6 Европске конвенције, у зависности од целокупне правичности поступка.¹⁶ Кад се јави потреба да се употребе искази дати током истраге (нпр. сведок одбија да јавно на претресу понови свој исказ), оптужени мора имати могућност да оспорава такве изјаве, било у време када се оне дају било касније.¹⁷ Ако није постојала адекватна могућност и прописна прилика да окривљени испита сведока, његова осуда не може бити искључиво или углавном утемељена на исказу тог сведока.¹⁸ Коришћење исказа које су у претходном поступку дала лица која, у складу с националним законом, одбију да их дају пред судом, само по себи није некомпатибилно са

¹⁴ Види: др Војислав Ђурђић, *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка*, у: Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2012, стр. 71-87.

¹⁵ Случај *Lüdi v. Switzerland*, пресуда од 15. 6. 1992, А236, став 47.

¹⁶ Ф. Лич, Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, књига 1, Београд 2007, стр. 277.

¹⁷ У случају *Craxi v. Italy*, подносилац представке, бивши премијер Италије, био је осуђен искључиво на основу исказа које су у претходном поступку дали саоптужени, а касније су одбили да понове своје изјаве пред судом, као и на основу исказа лица које је касније преминуло. Европски суд је закључио да постоји повреда члана 6 став 3 тачка (д) ЕК, у вези са ставом 1 истог члана, зато што подносилац представке и његов адвокат нису били у могућности да унакрсно испитују те сведоке и оспоре њихове изјаве које су биле правни и чињенични основ осуде. Види случај *Craxi v. Italy*, пресуда од 5. децембра 2002.

¹⁸ Случај *Kostovski v Netherlands*, пресуда од 20. 11. 1989, став 44.

Европском конвенцијом, али може довести до осуде само ако постоје докази коју потврђују тај исказ.¹⁹

Кад се нова концепција доказне снаге несудских доказа изведених у истрази доведе у везу са страначки уређеним главним претресом, закључак је да се у нашем новом поступку путем одредби о одступању од начела непосредности фаворизује једна странка – јавни тужилац, што такву концепцију чини дубиозном. Док окривљени на главном претресу мора доказивати сваку чињеницу која му иде у корист путем примене начела непосредности и контрадикторности, јавни тужилац доказе које је сам извео (па и оне без присуства осумњиченог) може посредно увести у поступак путем коришћења записника о изведеним доказима и ти докази могу бити основ пресуде. Зато што окривљени не учествује у извођењу доказа и што није осигурана „једнакост оружја“, поступак у коме се пресуђење темељи на несудским доказима далеко је од правичног. Из реченог, општи закључак би био да су одступања од начела непосредности и начела контрадикторности у нескладу са адверзијалном природом главног претреса и доводи у питање његову ефективност.

6. УКИДАЊЕ НАЧЕЛА ИСТИНЕ И ИСТРАЖНЕ МАКСИМЕ ПРОТИВРЕЧЕ ОДГОВОРНОСТИ СУДА ЗА ИЗРИЦАЊЕ ПРАВДЕ

Протеривање начела истине из кривичног поступка најрадикалнија је измена у процесном кодексу из 2011. године, коју консеквентно прати развлашћивање суда да се стара о доказивању правно релевантних чињеница.²⁰ Суд је сада ослобођен одговорности за прикупљање и извођење доказа. То је била „цена“ да се у наш правни систем, уместо мешовитог, уведе англосаксонски, адверзијални тип кривичног поступка.

У новом процесном кодексу нема више законске дефиниције начела истине: у новом моделу кривичног поступка кривични суд ни други државни органи немају више обавезу да истинито и потпуно утврђују чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, као што су имали по до сада важећим прописима. Уместо тога прописано је да одлуку којом пресуђује кривичну ствар „суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен“ (чл. 16 ст. 4), пошто претходно

¹⁹ Случај *Unterpertinger v. Austria*, пресуда од 24. 11. 1986, А110,

²⁰ О минимизирању улоге суда у поступку доказивања види: др Станко Бејатовић, *Неколико разлога неопходности наставка рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије*, у: *Реформа кривичног права*, изд. Удружење јавних тужилаца Србије, Копаоник, 2014, стр. 96 и 97.

„непристрасно оцени изведене доказе“ (чл. 16 ст. 2). Међутим, обавеза суда на утврђивање чињеница са степеном извесности не сме се поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице, суд заснива само на доказима, а доказе на главном претресу изводе једино странке (пошто их претходно предложи, по правилу, на припремном рочишту). То значи да суд може стећи уверење тог степена само ако странке изведу све потребне доказе. У случају да странке изведу недовољно доказа, суд није овлашћен да потребне доказе изведе по службеној дужности, па је нужна примена правила *in dubio pro reo*. Суд, дакле, у погледу сваке одлучне чињенице мора бити уверен да је извесна, али ако за неку од њих нема довољно страначких доказа да би се са извесношћу уверио у њено постојање, суд није овлашћен да истражује да ли та чињеница постоји нити да прикупља доказе да она постоји. Управо зато што степен уверења судије зависи искључиво од страначких доказа, наметање обавезе суду да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање. Омеђено страначким доказима, судијско уверење дели судбину намере странака и њихове способности да докажу истину.

У погледу одговорности за проналажење и извођење доказа, предвиђено је да терет пружања доказа²¹ лежи на тужиоцу, а да „суд изводи доказе²² на предлог странака“ (чл. 15 ст. 1 и 2 ЗКП/2011). Ова одредба је једна светла тачка у области законског уређења доказивања чињеница, али која, нажалост, нема ниједне додирне тачке са било којим правилу о доказним радњама. У даљим законским одредбама о доказним радњама или о току поступка суд није овлашћен да изведе ниједну доказну радњу, због чега та општа одредба остаје само прокламација, која је у колизији са свим другим одредбама о доказивању и пресуђењу кривичне ствари. Зато су строги критичари новог процесног кодекса имали разлога да устврде да је то „омашка твораца новог законика“.²³

Извођење доказа *pro et contra* омеђено је доказним предлозима и активношћу странака. Само изузетно, суд може по службеној дужности

²¹ О помирењу начела истине и правила о терету пружања доказа види: др Милан Шкулић, *Погрешна концепција и бројне правно-техничке грешке новог Законика о кривичном поступку*, у: Реформа кривичног права (Копачић: Удружење јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 23-65.

²² Овој општој одредби, према којој суд изводи доказе, противречна је одредба о извођењу доказа на главном претресу, према којој сведоке и вештаке на главном претресу испитују странке (чл. 402 ст. 2 и 6).

²³ Др Милан Шкулић – др Горан Илић, *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад*, Београд, 2012, стр. 75.

наредити да се изведу поједини допунски докази, али ни тада у циљу утврђивања истине већ само ради отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима. Оваква законска регулатива, садржана у чл. 15 ст. 4, противречна је сама себи а садржински је без икаквог рационалног циља. То је кључна одредба која „на малиган начин тешко инфицира и трује цео текст Законика из 2011. године“²⁴ У вези с тим, нејасно је зашто су сви учесници поступка обавезани на истину – и сведок, о ономе што је опазио и на шта се заклео, и вештак, о чињеницама и стручном мишљењу, и „сведок сарадник“, а само суд није дужан да истражује и утврђује истину?!

Идеја да се суд учини непристрасним тако што ће се учинити пасивним, која прожима читав поступак (суд у истрази нема никаквих ингеренција у домену извођења доказа, а на главном претресу, укидањем инквизиционе максиме, ослобођен је доказне иницијативе), почива на погрешној претпоставци – поистовећује се непристрасност са некативношћу, иако у стварности и по логици ствари, нити неактиван судија мора бити непристрасан нити суд који истражује истину мора бити пристрасан. Насупрот потпуној пасивизацији суда коју су увели, законописци су задржали одговорност суда за утврђивање чињеничног стања, те је реална опасност да ће судије запасти у моралну дилему кад год закључе да је доказни материјал мањкав.²⁵

Протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда одговорности за прикупљање и извођење доказа, наш кривични поступак постао је сличан парничном поступку, у коме странке имају право диспозиције, па консеквентно томе и сnose одговорност за утврђивање чињеница у поступку. Такав поступак је у потпуној противречности са доминирајућим доктринарним схватањем у континенталној Европи о природи и циљу кривичног поступка. Због јавног интереса да се гоне учиниоци кривичних дела и јавног карактера кривичног поступка, у њему важи начело судског истраживања материјалне истине, те у односу на разјашњење предмета поступка није везан активношћу странака већ суд „истражује истину“ извођењем доказа по службеној дужности који су од важности за судско одлучивање.²⁶ И многа савремена законодавства експлиците прописују важење начела истине и одговорности суда за истраживање и утврђивање истине. На

²⁴ Др Милан Шкулић – др Горан Илић, *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад*, Београд, 2012, стр. 76.

²⁵ М. Дамашка, *Хрватски доказни поступак и поредбеноправном свјетлу*, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, vol. 17, број 2/2010, стр. 825.

²⁶ С. Roxin und В. SCHünemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, „Verlag C.H. Beck“, München, 2009, стр. 78 (цитирано према: М. Шкулић – Г. Илић, *op. cit.*, стр. 38).

пример, у законодавствима земаља која су нам традиционално била узор, као што су законодавства Немачке и Аустрије, нити је прихваћен потпуно адверзијални претрес нити је протерано начело истине.²⁷ Напротив, експлицитна је законска заповест да је у *циљу утврђивања истине* суд дужан да по службеној дужности изводи доказни поступак у погледу свих чињеница и доказа који су битни за доношење одлуке (§244 Abs 2 StPO).

7. НЕИСПРАВНО ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ КАО ОСНОВ ЖАЛБЕ

Насилно избацавање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, па самим тим и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, као непотребног инквизиционог елемента на главном претресу, довело је и до неких концепцијских недоследности и дисхармоније законских решења. Најпре, пошто суд нема одговорност за прибирање и извођење доказа и није у обавези да утврђује истину у кривичном поступку, концепцијски је сасвим неспојиво да погрешно и непотпуно чињенично стање постоји као основ за побијање судске одлуке. Ако саме странке изводе доказе на главном претресу а суд нема обавезу да истражује и утврђује истину, за потпуност чињеничног стања једино су странке одговорне, па се поставља питање који је рацио њиховог права да побијају судску одлуку због недостатака за које су оне једино одговорне. Кад је реч о погрешно утврђеном чињеничном стању, суд би могао погрешно утврдити постојање или непостојање одлучних чињеница из доказа које су предложиле и извеле саме странке. Тако гледано, имало би смисла да погрешно утврђено чињенично стање остане као основ жалбе. Међутим, није немогуће да суд погрешно закључи о постојању или непостојању неке одлучне чињенице управо зато што нису изведени сви потребни докази, у ком случају је узрок погрешно утврђеног чињеничног стања опет у понашању странака. Ни суд правног лека, било да одлучује у седници већа или на главном претресу, не може утврђивати одлучне чињенице изван доказа које су саме странке извеле на главном претресу пред првостепеним судом или на претресу пред жалбеном судском инстанцом. Из тих разлога, начелно узев, погрешно и непотпуно чињенично стање као основ жалбе неспојиво је са страначком одговорношћу за прибављање (и извођење) доказа.

Са становишта кохерентности, процесна ситуација је још компликованија кад другостепени суд одлучујући по жалби због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, укине побијану

²⁷ S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, str. 31-34.

пресуду и наложи да се у поновном поступку предузму неке доказне радње и расправе одређена спорна питања. Према одредби члана 462 ст. 3, кад би се самостално тумачила, првостепени суд би био дужан да предузме све доказне радње које му је наложио жалбени суд. Дакле, оно што по закону не може у првостепеном поступку, то не само да може већ је дужан да учини у поновном поступку?! То је још један разлог да се у кривични поступак поново уведе начело истине и истражна максима, како би суд имао овлашћења да предузме све неопходне доказне радње у циљу утврђивања чињеничног стања за чију исправност је одговоран.

8. ПРИПРЕМЕ ЗА ОСНОВНО ИСПИТИВАЊЕ СВЕДОКА И КОЛУЗИОНА ОПАСНОСТ КАО РАЗЛОГ ЗА ПРИТВОР

Са адверзијалним главним претресом, у кривични поступак су уведене неке нове процесне установе, попут „сведока оптужбе“ или „сведока одбране“ (што су уставни појмови)²⁸, те „основно“ и „унакрсно“ испитивање сведока или вештака²⁹. Уколико би поштовали правила основног и унакрсног испитивања, то би значило да би окривљени и његов бранилац требало да „припреме“ сведока одбране за основно испитивање на главном претресу. Међутим, окривљени то не сме да учини јер му прети одређивање притвора по основу колузионе опасности, тј. због опасности да ће утицати на сведока (чл. 211 ст. 1 тач. 2). Та суштинска противречност не може се отклонити ниједним методом тумачења права зато што су разлози за притвор преузети из мешовитог модела кривичног поступка, у коме је суд одговоран за прикупљање и извођење доказа а не странке, а правила о извођењу доказа прописана су по узору на чист оптужни тип кривичног поступка. Закључак би био да оно што је бит права на основно испитивање сведока одбране, окривљени не сме да предузме јер је управо то прописано као разлог за одређивање притвора?! Парадоксално! У држави која претендује да буде изгађена на принципу владавине права не би смело било које право из корпуса права на одбрану да буде основ за ограничење права на слободу.

²⁸ Види члан 33 став 5 Устава Србије.

²⁹ Види члан 2 ст. 1 тач. 21 и 22, као и члан 402 став 6 Законика о кривичном поступку.

Vojislav Đurđić, LL.D
Full Professor

PROCEDURAL CODE COHERENCY AS PRECONDITION FOR EFFICIENT CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The crucial disharmony exists between the public prosecutor's investigation, dominated by the inquisition principle, on the one hand, and the adversarial trial, taken over from the Anglo-American criminal procedure, on the other. The conceptual error lies in the fact that the public prosecutor's investigation has been shaped as a structural element of the general form of the criminal procedure and as a formal phase in which all the evidence necessary for rendering judgment are being presented. Such a conception is in disharmony with the adversarial trial, slows down the proceedings and does not contribute procedural efficiency. At the same time, it jeopardizes the realization of certain legal standards inherent to the right to a fair trial. Most of the provisions referring to the indictment control have been uncritically adopted from the old code as if the investigation is still in hands of the court and not of those the public prosecutor. The regulation of the hearing is burdened with numerous contradictions: the evidence taken by the public prosecutor in the course of investigation are equalized with those taken at the main hearing; the principle of truth and investigation maxim are abolished in order to confer the duty of taking evidence to the parties, and the court, although completely passivized, is still responsible for the determined facts; the parties are entitled to challenge the determined facts on appeal, eventhough they alone take evidence. All these are tensions that make procedural code incoherent, which reflects negatively on the efficiency and the effectiveness of the criminal procedure.

Др Миомира Костић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

КРИМИНОЛОШКО ОДРЕЂЕЊЕ КВАЛИТЕТА ЖИВОТА

Апстракт:

У раду, ауторка је најпре разматрала питања одређења квалитета живота (quality of life), као и разликовање појма квалитета живота од квалитета живљења (quality of living). Посебно је истакла појам квалитета живота одређен од стране Светске здравствене организације (WHO). Потом је анализирала различите аспекте квалитета живота, онако како то чини ОЕБС (OECD). Они се могу односити на: здравствени статус; посао и животну равнотежу; образовање и вештине; социјалне везе; учешће у друштвеном животу и управљање; квалитет животне средине; личну сигурност; и, субјективну добробит. Свака од анализираних страна квалитета живота обухватила је: одговоре на два питања (зашто је тај сегмент важан за добробит појединца и шта је познато о неједнакости у испитиваном сегменту), индикаторе и мерење просечних вредности резултата и стремљења.

Кључне речи: *квалитет живота; квалитет живљења; WHO; OECD.*

1. Уводна разматрања

У литератури, термин квалитет живота (quality of life) се одређује као модел који интегрише објективне и субјективне индикаторе, широки спектар животног домена, као и индивидуалне вредности. Њиме се обухватају процене (вредности, описи) значаја о томе да екстерно произишле норме не треба да буду примењиване без уважавања индивидуалних различитости. Такође, одређивање квалитета живота је у сагласности с објективним поређењима, које треба сачинити између онога што је положај одређене групе појединаца и онога што је нормативни показатељ.

Одређивање значења квалитета живота не представља једноставни поступак, због тога што је то широко обухваћен начин размишљања различитих особа, из различитих занимања, или чак региона света. Светска здравствена организација (WHO) дефинише квалитет живота као перцепцију појединаца о њиховој позицији у животу, у контексту културе и система вредности у којима они живе, и у релацији с њиховим циљевима, очекивањима, стандардима и интересима. То је широко

постављена идеја, на коју утиче сложени скуп елемената, као што су: физичко здравље особе, психички статус, ниво независности, друштвени контакти, лична уверења и њихов међусобни однос, а све то утиче на стварање коначног, видљивог облика у окружењу индивидуе (WHOQOL, 1997:1). Слично, али нешто општије одређење концепта квалитета живота одређује се као „мера способности појединца да дела психички, емоционално и социјално, унутар свог окружења, на нивоу онога што одговара његовим/њеним сопственим очекивањима“ (Marvel Clark Church, 2004: vii).

С друге стране, иако се термин *квалитет живота* широко употребљава, њега не треба изједначавати с термином *квалитет живљења*. Наиме, квалитет живота обухвата субјективно расуђивање, или мишљење, док је критеријум квалитета живљења, који је осмислио Mercer, објективан, неутралан и непристрасан. Квалитет живота обитава око емоционалног статуса и личног живота појединца. Неко може живети у граду, који одговара највишим стандардима према критеријуму квалитета живљења, а ипак имати врло низак квалитет живота, услед несрећних личних околности (болест, незапосленост, усамљеност (Mercer, 2007). Стога, одређење квалитета живота може да се разликује у односу на ниво прихода, социјални статус, здравље и друге услове. С друге стране, квалитет живљења одражава међусобну условљеност политичких, економских и фактора окружења, лоцираних око домаћина (политичко и социјално окружење; економско окружење; социо-културно окружење; медицински и здравствени показатељи; школство и образовање; јавни сервис и транспорт; рекреација; исхрана; становање; природно окружење).

У Европској унији донета је Европска уставна повеља, којом се нека питања, попут минималне наднице, пензије и породичног додатка уопште не регулише. Овај документ је претрпео бројне критике стручне јавности зато што „је такође корак уназад у односу на Универзалну декларацију о људским правима из 1948. године у којој је записано да свака особа „има право на животне услове довољне како би могла да се стара о сопственом здрављу, да обезбеди прихватљив квалитет живота за себе и своју породицу (...); да има право на обезбеђење у случају незапослености, болести, инвалидитета, удовиштва, *старости* и у свим другим случајевима губитка способности да себи обезбеђује средства за живот. Не признаје се право на минималну надницу, па самим тим ни на минималну европску надницу (што би, међутим, био предуслов стварања осећања заједништва свих Европљана).” У посебно су тешком положају жене. „Жене у Француској представљају 83% сиромашних радника и

пензионера чије пензије су испод износа утврђених као минимум за *пристојну старост*.¹ Међутим, осим оваквог критичког става који се односи на положај жена, у чл. II-94 у делу под називом „Социјална сигурност и социјална помоћ” Уставном повељом је прописано да државе чланице Европске уније „препознају и поштују добробит од социјалне сигурности и и социјалних служби”, које се између осталих, старају и о интересима старих особа.

Лична сигурност као аспект квалитета живота

Лична безбедност је основни елемент за добробит појединаца и друштва у целини, а криминално искуство је један од главних фактора који обликују личну сигурност људи. Злочин може довести до губитка живота и имовине, као и до физичког бола, пост-трауматског стреса и анксиозности. Он такође може изазвати недостатке у радним активностима (нпр. нижа продуктивност и већи број одсустава) и поремећај у социјалном функционисању (нпр. ограничавање у слободи кретања и ерозија социјалне кохезије унутар заједнице). Највећи утицај криминалитета на добробит људи је осећај угрожености који изазива. Показатељи личне безбедности односе се на пријављена убиства и самовиктимизацију пријављених. Први индикатор мери број полицијски снимљених намерних убиства, пријављених сваке године, на 100.000 људи. Подаци долазе из Канцеларије Уједињених нација за дрогу и криминал (UNODC) и заснивају се на националним подацима прикупљеним од полиције, тужилаштва и министарстава унутрашњих послова и правосуђа, као и Интерпол, Еуростат и Опсерваторије регионалне превенције криминалитета. Други показатељ је заснован на проценту људи који изјављују да су били жртве злочина у последњих 12 месеци.

Стопа убиства представља најекстремнији облик интерперсоналног (контактног) криминалитета, и на тај начин она не информише о више типичних услова безбедности. Истраживање виктимизације је корисно средство за мерење искустава људи у вези са другим врстама кривичних дела. Док су многе земље предузеле национална истраживања виктимизације, оне су обично ретке и разликују

¹ Предлог Европске уставне повеље су усвојили шефови европских држава јуна 2004. године. Предлог је био предложен за ратификацију до краја 2005. године у 25 земаља чланица ЕУ.

Видети: „Жене и Европска уставна повеља”,

<http://www.atc.org.yu/data/File/Zenska%20prava/Zene%20i%20Evropska%20ustavna%20povelja.pdf>, приступ: 25.11.2008.

се од земље до земље у неколико аспеката. Чак и када се ослања на упоредиве анкете о виктимизацији, самопријављене виктимизације могу да буду недовољне (Уједињене нације 2010). Додатне корисне мере личне сигурности биле би мерење кривичних дела против имовине, неконвенционалних злочина (као што су превара), као и перцепција људи о безбедности у њиховој заједници и њихово поверење у извршне органе. Стопе убистава су ниске у већини земаља ОЕЦД, са просечном вредношћу од 2,2 убистава на 100.000 људи. Оне су, међутим, два пута веће у Сједињеним Америчким Државама (5.2), и више у Чилеу и Мексику. Током протеклих десет година, стопа убистава опала је у свим земљама ОЕЦД, уз то да је пад био посебно велики у земљама са високом стопом убистава у раним двехиљадитим годинама. Стопе убистава су генерално веће у земљама у развоју, посебно у Бразилу и Јужној Африци. У 2010, само мали број људи у земљама ОЕЦД су изјавили да су били жртва напада у протеклих 12 месеци. Стопе за Канаду, САД, Јапан и Велику Британију су испод 2%. Нивои су знатно већи (тј. напади су чешћи) у Чилеу, а посебно у Мексику. Пријављена виктимизација је већа у земљама у развоју, посебно у Бразилу, Јужној Африци и Индији.

Мушкарци су далеко чешће жртве насилних кривичних дела него жене, изузев интимних убистава и убистава по основу пола. У погледу мање тешких облика кривичних дела, социо-економска неједнакост (мерена кроз плату и образовање) игра одлучујућу улогу у појављивању криминалне виктимизације. Особе у неповољном положају чешће живе у окружењу с високом стопом криминалитета и не поседују капацитет ни ресурсе који би их заштитили од напада и кривичних дела (ОЕЦД, 2011: 32).

Квалитет живота може бити посматран кроз субјективне индикаторе сигурности: страха, забринутости због злочина и ризика од криминалитета. Расправа на међународном плану о улози страха, виктимизације и урушавања социјалне средине и окружења на добробит човека, као и на постојање више начина мерења страха, је комплексно питање и указује на неопходност мултидисциплинарног приступа феномену „безбедне перцепције“. Истраживањима је утврђено да једносмерна веза између виктимизације појединца и страха од криминалитета не постоји: перцепција небезбедности је такође узрокована општом анксиозношћу, која се везује за индивидуалне и социјалне варијабле, као што су: узраст, пол/род, економски услови, културни потенцијали и друштвена умреженост. Ипак, како операционализовати схватања попут *сигурности*, или *небезбедности* и њихово сагледавање? У тој перспективи битно је обједињено анализирати субјективне и објективне димензије, као што је перципирање, или постојање стварног страха од тога да се постане жртва; перцепција сигурности у јавном и

приватном простору, и забринутост због криминалитета. С једне стране, могуће је расветљавање широког видика крајње објективно, где су страх и забринутост због злочина јако повезани са претрпљеном виктимизацијом и урушавањем социјалне средине и окружења и предвиђеног ризика да се постане жртва; с друге стране, у непостојању конкретне ризичне ситуације, изгледа као да је страх повезан са слабошћу социјалне комуникације и личном вулнербилношћу (Federici et al, 2012).

У САД се износи претпоставка да уколико би половини свих отпуштених из установа одмах био неопходан посао, транснационални амерички програм запошљавања морао би да обезбеди око 245.000 послова годишње. Учесници у том програму били би ангажовани на радовима у корист друштвене заједнице, под надзором и са минималном платом. Радили би у парковима, на путевима, јавним површинама и државним зградама. Тиме би се програмом спољне постпеналне помоћи омогућило да бивши осуђеници стичу драгоцено радно искуство, упоредо са обезбеђивањем симултаног одобравања околине да допринесе заједници. Ова комбинација транснационалног упошљавања, транснационалног становања, третмана за одвикавање од дрога,² сигурно би значајно допринела побољшању економске и социјалне реинтеграције бивших осуђеника у њихове локалне заједнице и побољшала би квалитет живота тих заједница.³

Остали аспекти квалитета живота

Постоји више страна квалитета живота, које се одвојено сагледавају и мере. Оне се могу односити на: здравствени статус; посао и животну равнотежу; образовање и вештине; социјалне везе; учешће у друштвеном животу и управљање; квалитет животне средине; личну сигурност; и, субјективну добробит. Организација за европску безбедност и сарадњу је 2011. године извршила анализу управо побројаних страна квалитета живота и сачинила свој извештај о томе (OECD, 2011). Свака од анализираних страна квалитета живота обухватала је одговоре на два питања (зашто је тај сегмент важан за добробит појединца и шта је

² Погледати слична искуства и начине поступања у Европи, у тексту: *European Network of Drug Services in Prison, Conference Report*, „Prison Drugs and Society in the Enlarged Europe: Looking for the right direction”, Prague, 25-27 March 2004

<http://www.cpt.coe.int/documents/svn/2002-37-inf-eng.htm>, приступ: 21.7.2010.

³ „From Prison to Work: A Proposal for A National Prisoner Reentry Program”, <http://www.brookings.edu/research/papers/2008/12/prison-to-work-western>, приступ: 14.4.2014.

познато о неједнакости у испитиваном сегменту), индикаторе и мерење просечних вредности резултата и стремљења.

Здравствени статус

Здравље људи представља један од најцењенијих аспеката људског живота. Резултати истраживања у многим државама константно показују да испитане особе стављају здравствено стање, заједно с послом, у сам врх утицаја на њихове услове живота. Здравствено стање људи важно је само по себи, али и за досезање других димензија добробити, као што је добијање доброг намештења и добре зараде, као и могућности за учешће грађана у животу заједнице, у пуном смислу, у дружењу с другима, у похађању школе, као и у едукацији одраслих. Индикатори здравственог статуса људи обухватају трајање људског века од рођења, као и оно што су испитаници самоисказали поводом задовољства у односу на своје здравствено стање. Трајање људског века је стандард који се мери дужином људског живота, и то колико дуго просечно људи очекују да живе, у зависности од нивоа морталитета на специфичном узрасту који је тренутно преовлађујући. Ови се прорачуни могу правити на самом рођењу јединке, или на различитим узрастима. Индикатор самоисказаног задовољства здравственим статусом је заснован на питању типа: „Какво је ваше здравље, уопште?“

Просечно трајање људског века од рођења заснива се на подацима о морталитету, бар у државама Организације за европску безбедност и сарадњу, који спадају међу најпоузданије статистике. Међутим, дужина живота није обавезно информативна у односу на услове квалитета здравља, па и саме добробити појединаца. Индикатори посматраног здравственог статуса обезбеђују несавршену заступљеност истакнутог концепта морбидитета, који може бити повезан културним утицајима и специфичностима појединих држава. Мерење морбидитета је неизвесно, зато што је морбидитет окружен различитошћу услова (физичких и менталних), који су различите јачине (инвалидитет, хронична условљеност), за шта нису могући међународно компаративни инструменти.

Међу државама ОЕБС-а, просечни животни век од рођења, у 2008. години, био је дужи од 82 године живота у Јапану и Швајцарској, и око 74 године у земљама централне и источне Европе. Међутим, очекивана дужина трајања живота је нижа у: Кини, Бразилу, Индонезији и Русији од просечне у државама ОЕБС-а, а много нижа у Индији и Јужној Африци. Одрасле особе које су пријавиле добро, или веома добро здравље је био 85%, или више од тога, у Швајцарској и земљама Северне Америке и Океаније, а само пола од тога у Кореји, Јапану, Португалији и Словачкој.

За жене се претпоставља да ће дуже живети од мушкараца, али пријављују и ниже задовољство својим здравственим статусом, који зависи и од узраста. У односу на различите политичке структуре, или здравствене системе појединих држава, људи с нижим нивоом примања, или образовања су у ситуацији да искусе виши морталитет или морбидитет (ОЕЦД, 2010), услед спајања између тежих животних и радних околности, нижег нивоа у начину здравог живота (на пример, виша инциденца пушења или гојазности), и смањеној могућности приступа адекватној здравственој нези. С друге стране, постоји позитиван однос у различитим државама између просечних мерења трајања људског века и мерења дисперзије у годинама смрти, што указује да је у земљама где је утицај социоекономске основице на дужину животног века нижи, тежи ка томе да упрво то буду земље у којима грађани живе дуже (OECD, 2011: 20).

Посао и животна равнотежа

Проналажење равнотеже између рада и приватног живота представља суштину квалитета живота људи. Премало рада спречава људе да зараде довољно за нормалан живот. Такође, превише рада може имати негативан утицај на квалитет живота људи, тако да се њихово здравље, као последица тога, погоршава, јер они не могу да упражњавају друге важне активности, попут дружења са својом децом и рођацима, посвећивање времена себи. Начин на који људи проводе време је одређен нужношћу и личним приликама, које су условљене личним склоностима, али и културним, социјалним и политичким околностима у којима људи живе.

Ова страна квалитета живота обухвата три индикатора. Најпре, први индикатор показује пропорцију запослених, који обично раде за плату више од 50 сати недељно, искључујући samozапослене раднике који добровољно раде прековремено. Други индикатор приказује податке из националних анкета о коришћењу слободног времена и времена посвећеном личној нези, за популацију 25-64 година старости, чији се припадници чешће суочавају са конфликтима посао-живот. Слободно време укључује активности, попут: спортова, посећивања различитих догађаја, посете пријатељима, хобије итд. Лична нега укључује: спавање, исхрану и личне или кућне услуге и путовања, у вези са личном негом. Трећи индикатор показује стопу запослености мајки са децом старости 6-14 година. Стопа запослености свих жена исте старосне групе је такође приказана, да би се указало на опште контекстуалне информације на тржишту женског рада. Прва два индикатора индиректно и директно мере расположиво време за активности које нису повезане с радом и његов утицај на лични и породични квалитет живота. Иако пружа информације о

уравнотежености коришћења времена, он не указује на начин коришћења слободног времена, нити на могућност уживања у њему. Трећи индикатор пружа информације о могућностима мајки да се суоче са просечним и породичним изазовима, чиме се не илуструје ни могућа криза времена, стреса или фрустрације, коју те мајке могу осећати.

Приликом мерења просечних вредности и трендова уочено је да 8% запослених, у земљама OECD, ради више од 50 часова недељно, у просеку.⁴ Овај проценат је највиши у Турској, скоро 50%, затим следе Мексико и Израел. У Холандији, Шведској и Данској, прековремени рад је редак, где свега 1-2% запослених редовно ради више од 50 часова недељно. Сличан тренд је, такође, уочљив у Руској Федерацији, јединој земљи у развоју са расположивим подацима.

У просеку, у земљама OECD, грађани проводе преко 15 часова дневно у личној нези и слободном времену, које се проводи у трећини тог процента. У Мексику и Јапану на личну негу и слободно време се потроши око 14 часова дневно, у поређењу са 16,5 сати у Данској и Белгији. Коришћење слободног времена у Јужној Африци је слично као у наведеним земљама.

Такође, просечно посматрано, широм OECD, 66% мајки са децом школског узраста ради, у поређењу са 72%, колико износи укупна стопа запослености жена старости од 25 до 49 година. Запосленост мајки варира од врло високе на Исланду 87%, до ниске 24% у Турској. Јаз између стопе запослености мајки и укупне стопе запослености жена је већи у земљама у којима је учешће жена на тржишту рада мање. Културни фактори, нефлексибилни услови рада и породични односи могу објаснити овај образац.

Род је кључна детерминанта неједнакости на раду и у животу. Иако мушкарци проводе више времена у плаћеном раду од жена, жене имају мање слободног времена од мушкараца, зато што проводе већи број сати у неплаћеном раду, као што су кућни послови и брига о деци и остарелим рођацима. Године су такође фактор који обликује равнотежу посао-живот, с тим што млади и стари имају више слободног времена од радно ангажоване популације (OECD, 2011: 22).

Образовање и вештине

Образовање је основна потреба и важна тежња људи. Оно има јак утицај на њихов квалитет живота, односно благостање. Боље образовани

⁴ Нажалост, подаци о броју часова проведених на раду нису доступни за Јапан и Кореју - две земље са јако великим бројем радних сати недељно и годишње.

појединци зарађују више и имају већу вероватноћу да се запосле. Они дуже живе, бољег су здравља и мање су шансе да оболе од хроничних болести, или да имају неки инвалидитет. Боље образовани људи активније учествују у политичком животу средине у којој живе, ређе врше кривична дела и ређе су корисници социјалне помоћи. На нивоу друштва у целини, боље образовање води порасту БДП, бољој наплати пореза и нижим социјалним издацима.

Приказани индикатори се односе на ниво образовања одраслог становништва и ниво писмености петнаестогодишњих ученика. Први индикатор показује образовање одрасле популације у односу на формалне образовне квалификације. Образовно постигнуће је мерено путем процента одраслог становништва (15-64 година старости) који је завршио најмање средње образовање, по OECD-ISCED класификацији. Други индикатор мери способност петнаестогодишњих ученика (који су близу завршетка основношколског образовања), да разумеју писане текстове, у намери да достигну своје циљеве, развију своје знање и могућности. Овај индикатор је настао од Програма међународног постигнућа ученика (ПИСА) из 2009. године, који је усмерен на читање. Ова два индикатора сасвим добро мере способност појединаца да решавају задатке неопходне за живот у модерним друштвима. Док је способност младих старости од 15 година кључна за постигнуће људи у каснијим годинама, она је, такође, важна и за одрасле. Ове информације ће бити доступне кроз OECD Програм међународног постигнућа одраслих, чији су резултати били видљиви у 2013. години. Такође, у будућности ће бити важно проширити мерљивост компетенција, тако да укључују социјалне и емоционалне вештине, као и грађанске компетенције, које су кључне за благостање појединаца у друштву (OECD, 2010e).

Према мерењу просечних вредности и трендова, већина одраслог становништва у земљама OECD има најмање средње образовање. Овај проценат је изнад 90% у Чешкој, али је нижи, и то 35%, у Португалу, Турској и Мексику. Процент одраслог становништва које је завршило најмање средње образовање се смањило за око 9% у земљама OECD, у протеклих десет година, са израженијим смањењем у Ирској, Шпанији, Мађарској и Кореји, и мањим смањењем у Данској. У Бразилу, јединој земљи у развоју са упоредивим подацима, ниво образовног постигнућа је сличан OECD земљама са најслабије образованом популацијом, и није уочена сигнификантна промена у скорашњем периоду.

Просечан скор читања петнаестогодишњих ученика је врло различит од земље до земље. Он је значајно нижи од просека у OECD земљама у Мексику и Чилеу, као и у већини земаља у развоју, и много виши у Финској и Кореји. Промене у периоду од 2000. до 2009. године, обухватају суштински напредак у Чилеу, Израелу, Португалу и Пољској,

док се суштинско назадовање бележи у Ирској и Шведској. Ови трендови су довели до смањивања разлика између држава. У земљама у развоју, скор читања је генерално нижи него у земљама OECD, али значајније расте у неким од њих, попут Бразила и Индонезије.

Резултати образовања се разликују од земље до земље. Образовно постигнуће је више код млађих генерација. У земљама, OECD жене су генерално образованије од мушкараца, а док је различит родни образац образовног постигнућа видљив у неким земљама у развоју. Девојчице имају боље развијене вештине читања, али често ниже математичке вештине. Деца имиграната испољавају ниже компетенције од домаћег становништва. Осим тога, когнитивне способности су у многоне зависне од социо-економских прилика породица у којима ученици живе, посебно у: Мађарској, Белгији, Турској, Чилеу, Луксембургу и Немачкој.

Постоји позитиван однос између просечних постигнућа и једнакости постигнућа. У земљама у којима петнаестогодишњаци исказују боље когнитивне способности, уочљива је тенденција уједначенијих резултата, што указује да је компромис између једнакости и ефикасности ограничен, или не постоји. Истраживање је показало да политике које користе ефикасности нису од утицаја на једнакост (OECD, 2011: 24).

Социјалне везе

Људи су социјална бића. Учесталост њихових контаката са другима и квалитет њихових личних односа су битне одреднице благостања. Људи осећају задовољство када се друже са другима, да било да је то део њихових породица, њихови пријатељи или колеге. Активности представљају веће задовољство када се деле с другима. Поред тога, социјалне везе могу пружити материјалну и емотивну подршку, када је то потребно, као и обезбеђивање приступа пословима и друге могућности. Природа друштвених интеракција такође има шире импликације изван непосредног друштвеног круга, утичући на ниво поверења унутар своје заједнице, што је важан покретач других исхода, укључујући демократско учешће, криминалитет и здравље.

Индикатори друштвене везе представљене се односе на учесталост контаката с другима и подршку коју нуде друштвене везе. Први показатељ, доступан само за одабране европске земље, показује проценат људи који се друже са пријатељима и рођацима, с различитом учесталашћу (тј. једном месечно, једном недељно, или сваког дана). Подаци представљају проценат испитаника који су исказали да се друже, било с рођацима, или пријатељима, бар једном недељно. Они су узети из посебног модула Европске Анкета о приходима и условима живота (EU-SILC) о животним навикама. Подаци за земље које нису чланице ЕУ нису

упоредиви и стога нису укључени у овај Зборник. Други показатељ показује учешће људи у OECD и одабране земље изван земаља OECD, који кажу да, у тренуцима када им је то потребно, могу да рачунају на неког да им помогне. Подаци су узети из Gallup World Poll.

Први индикатор је добар показатељ учесталости људских контаката, али не нужно и неопходност ових веза, нити квалитета времена који се проводи с другима, као и задовољства које потиче од тога. Други индикатор се односи на неке од ових ограничења, мерењем перцепција снаге социјалних мрежа. OECD предузима мере да се побољша прикупљање упоредивих података о важним аспектима друштвеног капитала, укључујући индикаторе о социјалном контакту и подршку социјалних мрежа (OECD и Велика Британија, Канцеларија за националну статистику 2002).

Преко половине европске популације дружи се с пријатељима најмање једном недељно, а за значајан део људи (око 1 у 5) дружи се с пријатељима свакодневно. Међутим, постоје велике разлике између земаља. На пример, у Пољској само око 40% људи види пријатеље и родбину једном недељно, док је овај удео испитаника око 80% у Грчкој. Само у Француској, Мађарској, Словачкој, Чешкој, Белгији и Исланду је то чешће да се друже са родбином него са пријатељима. У Француској и Мађарској је такође релативно низак удео становништва који се друже са пријатељима на недељном нивоу. Широм земаља OECD-а, око 90% људи каже да имају најмање једну особу на коју могу да рачунају, ако имају одређени проблем. Земље са најслабијом подршком су: Грчка, Кореја, Чиле и Мексико, а они са најјачом су: Исланд, Велика Британија и Ирска. Удео испитаника, који су исказали да немају коме да се обрате у случају потребе (проблема) је више него четири пута већи у Грчкој и Кореји, него у Великој Британији и на Исланду. Перцепција подршке, коју људи добијају од стране друштвених веза, углавном је нижа у земљама у развоју, него у земљама OECD-а, посебно у Индији и Кини.

За мушкарце је више вероватно да ће имати контакте са пријатељима бар једном недељно, док је за жене вероватније да ће имати контакт са рођацима. Старост и приход такође утичу на учесталост социјалних контаката. Сиромашни људи имају отприлике два пута већу вероватновћу да неће имати никакав контакт са пријатељима, или родбином. Стари људи имају три пута веће шансе да не пријаве никакве контакте са пријатељима, од опште популације.

Образовање и економски статус, такође утичу на подршку друштвених мрежа. Преко 90% особа са средњим или високим образовањем могу да рачунају на некога за помоћ у хитним случајевима, у поређењу са само 72% испитаника са само основним образовањем. Сличне разлике постоје између особа са горњом висином и доњом

висином у примањима - петина, са 92% особа са најбољим примањима кажу да могу да рачунају на некога, у поређењу са 73% испитаника на дну лествице (OECD, 2011: 26).

Учешће у друштвеном животу и управљање

Учешће у друштвеном животу, на пример, кроз изражавање политичког гласа, од суштинског је значаја за добробит појединца. Политички глас није само део основних слобода и права која су вредна за све људе, он такође повећава одговорност и ефикасност јавне политике. Ово заузврат има јак утицај на благостање, док јавна политика има јак утицај на појединачне животе, на пример путем јавних услуга, регулација и кадрирањем разних институција и тржишта, правосудног система, итд. Поред ових предности, учествујући у животу заједнице, појединцима је омогућено да развију осећај припадности и поверење у друге.

Кључни показатељи грађанског ангажовања и управљања односе се на излазност и постојање формалних и отворених процеса консултација о доношењу правила. Први индикатор мери степен изборне партиципације у великим националним изборима. Разматране су две дефиниције излазности бирача: прве се односе на број гласова који се бацају код становништва које је способно за гласање; друге на број гласова који се бацају код становништва регистрованога да може да гласа. Становништво способно да гласа се углавном дефинише као становништво које је старије од 18 година, док се регистровано становништво односи на становништво које је уписано у бирачки списак. Број гласова који се баци прикупља се од стране националних статистичких завода и националних изборних органа. Други индикатор описује у којој су мери процеси формалних консултација уграђени у кључне фазе доношења законодавних предлога, и да ли постоје механизми да консултације утичу на припрему нацрта закона и подзаконских аката. Овај показатељ је сложени индекс, који обједињава разне доступне информације на почетку поступка доношења закона, као и транспарентности процеса консултација, који постоји приликом њиховог доношења.

Учешће бирача је замена за грађански и политички ангажман, и уједно начин како тиме може ефикасно да се обликује друштво. Информације о изборном учешћу треба допунити мерама о другим врстама учешћа у друштву и поверењем у институцију. Индикатор отворених консултативних процеса, приликом доношења закона, односи се на постојање институционалне праксе, али се не односи на процену, да ли су ове процедуре ефикасне, нити да ли се користе од стране грађана. Упоредивост овог индекса може се ограничити културним, институционалним и историјским контекстима. Идеално, показатеље

квалитета управљања треба мерити тиме да ли је јавна политика ефикасна и транспарентна у постизању својих циљева. Шире мере грађанског ангажовања и управљања, понекад на основу специфичних модула истраживања, доступне су за само неколико земаља OECD.

Делимично, због разлика у изборним системима, учешће значајно варира од земље до земље у државама OECD. У принципу, излазност бирача је висока у нордијским земљама и ниска у земљама источне Европе. Упркос овим разликама у излазности, многе земље OECD су доживела опадање нивоа учешћа у протекле три деценије, након дугог повећања у претходним деценијама. Образац политичке партиципације је различит у земљама у развоју: Бразил и Индонезија имају веома висок одзив бирача; обрнуто, Индија и Руска Федерација имају релативно низак ниво изборне партиципације.

Већина земаља OECD је доживела значајан напредак у побољшању транспарентности код доношења својих примарних и подзаконских аката, али постоје велике разлике између земаља и даље. Отвореност консултација је знатно порасла у: Аустралији, Чешкој и Мексику, између 2005. и 2008. године, док је незнатно смањена у: Финској, Холандији, Словачкој и Швајцарској. У Јужној Африци, једином државом у успону са доступним информацијама, консултације о процедурама одлучивања нису широко распрострањене.

Особе у доњој петини по висини дохотка пријавили су ниже стопе гласања од оних у врху. Процент особа које гласају се повећава са повећањем прихода, али овај ефекат опада код оних са највећим примањима. Образовање је главни покретач политичке партиципације. Изборно учешће повећава се с годинама, уз то, да млади бирачи у просеку излазе на изборе за 20% мање, него особе изнад 65 година старости. У принципу, постојање отворене консултације у процесу вођења политике користи свим грађанима одређење земље, иако не могу сви појединци да искористе могућности које постоје (OECD, 2011: 28).

Квалитет животне средине

Окружење у коме људи живе је кључна компонента квалитета живота. Утицај загађивача животне средине на здравље је значајан, а за око четвртину светских болести се сматра да су повезане с лошим условима у животној средини. Такође је од суштинске важности окружење, када људи придају важност лепоти и чистоћи места где живе. Показатељ квалитета животне средине односи се на становништво - пондерисани просек просечне концентрације ситних честица (PM10) у ваздуху који удишемо (мерено у микро грамама по кубном метру); подаци се добијени праћењем сајтова, који се налазе у стамбеним зонама градова

већих од 100.000 становника. Прашкасте материје се састоје од малих течних и чврстих честица које плутају у ваздуху, и укључују: сулфат, нитрат, елементарни угљеник, органски угљеник, натријум и амонијум јона, у различитим концентрацијама. Од највећег значаја за јавно здравље је да су честице довољно мале, тако да се удахну у најдубље делове плућа: ове честице су мање од 10 микрона у пречнику (ПМ10).

Мерење загађења ваздуха није једноставно, јер је квалитет ваздуха резултат комплексне мешавине загађивача, који могу да варирају током времена, простора и хемикалија. Идеално је заједно груписати неколико мера квалитета ваздуха, да би се формирао композитни индекс квалитета ваздуха. Међутим, изградња таквог агрегатног индикатора је тешка, изискује спорна питања у погледу прикупљања података и пондерисања (с обзиром да загађивачи помешани заједно могу имати адитив, синергијски ефекат и противтежу на људско здравље).

У последње две деценије, концентрације ПМ10 су значајно смањене у многим земљама OECD, а ипак они су и даље изнад границе годишње смернице 20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ постављене од стране Светске здравствене организације Од земаља OECD, највиши ниво концентрације налази се у: Чилеу, Турској и Пољској. Концентрација ПМ10 је драстично опала у Естонији, Чешкој и Словачкој, углавном као последица структурних промена у привреди и увођења нових технологија мотора за возила, али и у: Чилеу, Мексику, Грчкој и Израелу.

Загађење ваздуха је најмање три пута већи у земљама у развоју него у OECD. У овим земљама је, међутим, значајно смањен ниво загађења ваздуха у протеклих неколико година, често по вишој стопи него у OECD земљама. Упркос значајним смањењима, загађење ваздуха и даље је велики проблем у земљама у развоју. OECD пројектује даљи пораст концентрације ПМ10 до 2030. године у најзагађенијим регионима света, у којима ће градско становништво бити изложено концентрацијама које су изнад 70 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ 50-90%.

Ризик и озбиљност негативних последица по здравље услед изложености загађењу ваздуха разликују се код људи у зависности од карактеристика, биолошке осетљивости и способности суочавања са ризицима и исходима. Деца и старије особе су у већем ризику од осталих група становништва. Особе са већ постојећим кардиоваскуларним и респираторним болестима су такође подложније овом утицају. Ефекти ПМ су озбиљнији по особе са ниским социо-економским статусом, због комбинације веће осетљивости, веће изложености и лошијем приступу здравственој заштити. Прво, појединци са нижим социо-економским статусом имају лошије здравље у целини, што их чини више подложним штетним ефектима загађења ваздуха. Друго, они ће вероватно искусити повећану изложеност загађивачима ваздуха, јер бораве ближе путевима

и/или се суочавају са великим ризицима професионалног излагања загађењу (OECD, 2011: 30).

Субјективна добробит

Представе о срећи, користи, или добробити имају дугу традицију, као део схватања о добром животу. Оне обухватају мишљење да се оно што чини добар живот не налази у постојању посебне групе животних околности, већ утицај тих околности на то како се људи осећају у односу на свој живот. Животно задовољство захвата одраз процене о томе како се ствари одвијају у нечијем животу, и дозвољавају процењивање животних околности и услова који су важни за субјективну добробит. Посматрање мера животног задовољства такође помаже да се разуме јаз између објективних услова живота људи и њихове сопствене евалуације тих услова. Лична добробит обухвата срећу, животно задовољство и позитивне последице тога, и сагледава се кроз три области: мерљивост; уобичајени фактори; и, теоријски концепт. Глобално схватање среће је замењено специфичнијим и боље дефинисаним концептима, а мерни инструменти су употпуњени теоријским поставкама. Лична добробит је детерминисана великим бројем фактора, који се могу распоредити на различитим нивоима анализе (Diener, 1984). Међутим, једноставније, субјективна добробит је, у ствари, научни назив онога како људи вреднују сопствени живот, у смислу: општих судова (као што је животно задовољство, или осећање испуњености); вредновање домена њихових живота (брак, посао); развијање њихових емоција о томе шта им се дешава (осећање задовољства, које настаје из позитивне евалуације нечијег искуства, као и из нижих нивоа непријатних осећања, која се развијају из негативне евалуације њихових доживљаја). Стога се мерење животног задовољства управо и врши као део испитивања квалитета живота (OECD, 2011: 34).

Miomira Kostić, LL.D
Full Professor

**QUALITY OF LIFE:
Criminological Issue**

Summary

In this paper, the author first discusses the issues pertaining to the definition of quality of life, with specific reference to the distinction between the quality of life and the quality of living. In particular, the author points to the multidimensional concept of Quality of Life (QOL) developed by the World Health Organization (WHO). Then, the author analyzes various aspects of quality of life which have been measured by applying the OECD Well-Being Indicators: health status, work and life balance, education and skills, social contacts, civic engagement and governance, environmental quality, personal security, and subjective well-being. The analysis of each aspect of quality of life includes answers to two questions: why is this segment important for the well-being of an individual, and what have we learned about the inequalities in the observed segment? The analysis also comprises an overview of relevant indicators as well as the average outcomes and trends for each segment.

Др Владимир Пивоваров

**Редовни професор Факултета за детективе и безбедности, ФОН
Универзитет, Скопје**

Др Никола Мицковски,

**Доцент Факултета за детективе и безбедности, ФОН Универзитет,
Скопје**

ПРАВНИ ОКВИР ПРЕВЕНЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Анстракт:

Кад се прича о полициском раду, неупућени у први мах мисле да су то активности које предузима полиција у циљу откривање и доказивање кривичних дела, али они који су више информисани знају да се полициски рад не односи се само на реактивни приступ према извршеним кривичним делима (откривање и доказивање) где су последице истих видљиве већ да у свеобухватном раду полиције сусреќемо се са њиховим реактивним поступањем у циљу сузбијање криминалитета. Превентивни рад полиције у Републици Македонији регулисан је законским и подзаконским прописима.

Пре свега то су, Закон о полицији, Закон о организацијској постављености Министарства унутрашњих послова (у организацијској постављености при Министарству унутрашњих послова постоје посебна одељена задужена за превенцију криминалитета), Закон за локално самоуправљање, Закон о дечјој правди као и Правилник за начин извршавања полициских радова.

Кључне речи: *проактивни приступ. Реактивни приступ, превенција, Закон о полицији, Закон за локалну самоуправу.*

Правни оквир превенције у Републици Македонији

Увод:

Кад причамо о полициском раду, неупућени у први мах мисле да су то активности које предузима полиција у циљу откривање и доказивање кривичних дела, али они који су више информисани знају да се полициски рад не односи само на реактивни приступ према извршеним кривичним делима (откривање извршиоца и доказивање кривичних дела) где су последице истих видљиве већ да у свеобухватном раду полиције сусреќемо се са њиховим проактивним поступањем у циљу сузбијања

криминалитета. Превентивни рад полиције у Републици Македонији регулисан је законским и подзаконским прописима.

Полицијска ефективност и ефикасност, не мери се само презентацијом података о томе колико кривичних дела су извршена у одређеном временском периоду и колки је проценат откривачке ефикасности већ по броју смањивања извршених кривичних дела шта је резултат предузетих превентивних мера од стране полиције. Превентивним поступањем полиције и постигнутих резултата предузетих превентивних мера упукује на смањење осећаја страха код грађана а на рачун тога до повећаног осећања безбедности грађана.¹

Сви статистички податци који се односе на извршење кривичних дела, указују на то се од године у годину њихов број повећава а по начину извршења (*modus operandi*) сусреќемо се са све веќом бруталности при њиховом извршењу.

Правни оквир поступања полиције у њиховим превентивним активностима обухвата законске и подзаконске прописе као што су, Закон о полицији, Закон о унутршњим пословима, Закон о организацијској постављености Министарства унутрашњих послова (у организацијској постављености у Министарству унутрашњих послова, постоје посебна одељена задужена за спровођење превенције криминалитета), Закон о локалној самоуправи, Закон о малолетничкој правди као и Правилник о начину извршавања полицијских послова.

Општо о превенцији

Превенцијска активност, обухвата скуп планских, осмишљених и организацијски предузетих мера од стране органа унутрашњих послова, којима се настоји да се уклони или смање непосредни или посредни чиниоци који директно или индиректно омогућавају извршење кривичних дела.²

Под појмом превенције подразумевамо превремено (*antedictum*) предузимање мера и активности, односно реаговање целог скупа институционалних механизма, полазећи од полицијских службеника па све до државних институција, невладиних организација, приватних фондација, школе, верских институција, обитељи и других субјеката који у процесу превенције раде на спречавању извршења кривичних дела, односно настоје да се не деси нешто противзаконито, спречити криминалну појаву која е у самом зачетку, још док њихове последице нису се манифестирале. Оно шта треба очекивати од предузетих

¹ Skogan, W.G., Hartnett, S.M., Community Policing, Chicago Style, Oxford University Press, New York, 1997

² Муратбеговик Е., Превенција на криминалитетот, Сараево/Приштина, Април 2007 год.; стр.5-13;

превентивних мера је да се спречи извршење кривичних дела или прекршаја односно смањивање броја извршених кривичних дела шта ће придонети за ефективности и ефикасности у раду полиције.

Зашто превенција

Гледано са економског аспеката, превенција је пуно економичнија од репресивних мера које предузима полиција. Ако узмемо у обзир напред наведени аргуменат, слободно можемо закључити да свако озбиљно друштво треба преферирати ка превенцији криминала као примарну борбу са криминалом који друштвену заједницу кошта мање новца. И друго, последице од извршења кривичних дела некада се изражавају изгубљеним људским животима, великих материјалних и душевних штета које трпи појединац или држава како и остале штетне последице које уколико правовремено превентирамо нећемо осећати последице од извршених криминалних дела.

Законска постављеност превенције у Републици Македонији

Оно што је карактеристично за превентивну активност у Републици Македонији је то што она је делимично регулисана законским нормама. Са једне стране то је и предност зато што оставља велики простор за креативност и разноврсност у преузимању превентивних мера од стране полиције, али са друге стране ипак недостатак законских прописа смањује обавезу за превентивно поступање полицијских службеника.

Ради тога потребно је да се донесу законски прописи који ће свеобухватно одредити правни положај дејствовања полиције у циљу преузимања превентивних активности а не само преузимање репресивних мера које у потпуности су регулисане законским прописима. Правним прописима требало би обухватити више институција које у сарадњи са полицијом ће дати свој допринос у превентивном раду а ту пре свега мислимо на Јавно тужилаштво, Финансијску полицију, Управу за јавне приходе, Царинску управу, центре за социјални рад, школама и казнено поправним установама.

У Републици Македонији основни законски и подзаконске прописе у којима се спомиње и регулира превентивно поступање полицијских службеника су Правилник за начин извршења полицијских радова и Закон о полицији.

Према Кодексу о полицијској етици, полиција у Републици Македонији је организована ради промовисања поверења између полицијских службеника и јавности, преко развијања јавне и транспарентне услужне делатности. Полиција сагласно члана 18 овог кодекса, организује се сагласно принципу Полициског рада у заједници (Community policing), што омогућава успостављање односа на релацији полиција – јавност а са тиме и ефикасну сарадњу са осталим државним

органима, јединицама локалне самоуправе, невладиних удружења грађана и спортским клубовима.

Закон о полицији

Тачни садржај појма полиције, као посебне државне организације, што указује да је то веома различит спектар ствари које се разликују према методама и облицима деловања.³ У обављању својих дужности полиција врши разне сврхе које проистичу из нејзини обавеза које се могу поделити у две велике групе

Спречавање вршења кривичних дела и прекршаја, заједно са њиховим откривањем, преузимање мера у циљу прогона извршиоца тих кривичних дела, као и одржавање јавног реда и мира у друштву је основна делатност полиције.⁴

Задатак полиције је у исто време да се брине о заштити и поштовању основних права и слободе грађана која су гарантована Уставом Републике Македоније, закона и ратификовани међународних договора како и заштиту уставног поретка. У суштини према Закону о полицији у домену полицијских радњи као дејства која требају преузети полицијски службеници, „између осталог“ је и спречавање вршења кривичних дела и прекршаја. За испуњење тог циља, полиција остварује сарадњу са грађанима, државних органа, удружења грађана, невладине организације и друга правна лица.⁵

Спречавање извршења кривичних дела и прекршаја је мерљива категорија која нам омогућава перманентно да пратимо ефекте које дају конкретне мере које преузимамо са предузетим превентивним мерама. Годинама уназад, надлежне институције нису изнеле ни један податак о томе какве мере су преузеле и које резултате са њиховим преузимањем су постигли.

Правилник о начину извршавања полицијских радњи

У нашем позитивном законодавству, постоји Правилник о начину вршења полицијских радњи⁶, у који се предвиђа једно цело поглавље које се односи на спречавање вршења кривичних дела и прекршаја преко описивања начина вршења и остваривања опште превенције, непосредни превентивни рад како и посебних облика превенције.

Овим правилником се предвиђа да полицијски службеници преузимају планске и организоване мере са циљем утврђивања узрока

⁴ Члан 3; Закон за Полицију, „Сл. Весник Републике Македоније“ бр.114 од 03.11.2006 године.

⁵ Cornish, D.B., Clarke, R.V. (eds.), *The Reasoning Criminal*, Springer - Verlag, New York, 1986.

⁶ „Сл. Весник Републике Македоније“ бр.149 од 10.12.2007 године;

који условљавају настанак криминалних и асоцијалних радњи појединаца или група ради спречавања вршења кривичних дела и прекршаја.

Анализом и перманентним праћењем криминалног понашања са аспекта њихових појавних облика као и одређивање фактора који га условљавају, долази се до важних сазнања која могу адекватно да дефинишу и усмере превентивну активност полиције. Креирање конкретног модела за превенцију, пре свега је условљено од потребе за одржавање мира и стабилности, јачања веровања у институције и повећање лојалности грађана према држави. Смањење осећаја страха код грађана можемо постићи само са ефикасним и ефективним радом полицијских службеника који треба да раде професионално и стручно.

Реактивни рад полиције који упућује на недовољну откривачку дјелатност, сам по себи неће дати очекиване резултате, зато што ће страх и смањени осећај несигурности и безбедности код грађана, оста ће као негативности ради чега полиција у свом раду у великој мери треба да се ослони на њено превентивно деловање и постављање различитих превентивних модела са којима се треба спречити могуће идуће криминалне радње.

Са друге стране, ефикасно откривање починиоца кривичних дела и доказивање истих од стране полиције, као реактивни рад полиције (репресивна делатност полицијских органа у функцији превенције), уколико је ефикасна имаће силно превентивно дејство над могућим извршиоцима кривичних дела (одвраћање од извршења кривичних дела) а потенцијални извршиоци преко овакве полицијске ефикасности примају поруку да само извршење кривичних дела ја неисплатљив бизнис.

Органи унутрашњих послова, општу превенцију извршавају преко квалитетно материјално и електронско документовање извршених кривичних дела и прекршаја као и документовање асоцијалних поступака појединаца или групе грађана. Ово треба да буде полазна тачка ка изради превентивних програма а притом у обзир треба узети и учешће осталих институција и субјеката који извршавају васпитно – образовни, социјално хуманитарни, старатељске и друге сличне делатности ради преузимање конкретних радњи у циљу њиховог превентирања.

Закон о локалној самоуправи

Сагласно Закона о локалној самоуправи, органи унутрашњих послова и савет скупштине општине формирају грађанске саветодавне групе састављене од експерта различитих области, едукованих полицијских службеника за превенцију као и представнике јединце локалне самоуправе и невладиних удружења грађана са циљем идентификовање причиниоца ради којих на локалном нивоу се јављају безбедносни проблеми врз основу чега се граде адекватне препоруке за

превентивно планирање активности које треба да преузме полицијска станица опште надлежности.

Шира превенција обухвата проучавање и јавну презентацију практичних искуства у држави и иностранству која су повезана са успешним спровођењем превентивних активности које су дале задовољавајуће резултате.

Закон о унутрашњим пословима

Непосредни или директни превентивни рад полиције, усмерен је ка прикупљању података и информација о одређеном стању, догађаја и понашање које омогућава настајање одређених казних дела. Оваква директна активност обухвата и појачано и перманентно физичко покривање пунктова, места, подручја и средина у којима учесталих појављивања одређених кривичних дела или места на којима се очекује њихово извршење. У извршењу оваквих полицијских активности до израза долази позорна дејност као и мобилне превентивне патроле на критичним местима у критичном времену у онаквом саставу и бројности која одговара конкретним потребама.

Друг начин на који може да се реализује непосредни превентивни рад помоћу позорне и патролне дејности је праћење познатих извршиоца кривичних дела како и успостављање криминалистичке обраде са циљем спречавања и откривања покушаја за поновно извршење кривичних дела (рецидивизам). Планирањем одређених конкретних мера и активности које би преузели полицијски службеници тајним посматрањем криминалних пунктова, места и јавних објеката који су мета криминалних напада, места на којима се врше криминална дела са елементима насиља или места на којима се очекује нарушавање јавног реда и мира или уопште извршење других кривичних дела све са циљем спречавање извршиоца у њиховим намерама и свакако њихово идентификовање.

У правцу остваривања ових планираних активности, уколико то налаже конкретна ситуација могу се применити одређена електронско техничка средства. Идућа мера која би дала свој допринос у превентирању криминала, свакако је затварање и регулисање приступа до одређени простор као и контрола грађана који приступају превенираном простору (преглед самих лица и њиховог пртљага као и преглед возила). На најнижем нивоу могу се подузети мере преко којих ће се подићи ниво безбедносне културе грађана. За тај циљ организирају се предавања ради подизање свести безбедносне културе као што је на пример саобраћајна, затим указивање грађанима на користи од примене заштитних техничких средстава као и упознавање са мерама заштите од напада на живот и личне сигурности грађана.

Исто тако преко оперативног рада полиције и прикупљање оперативних сазнања од информатора и сарадника службе који су

инфилтрирани у криминалном подземљу а која указују на планирање извршења одређеног кривичног дела, врло лако се може превенирати конкретни криминални догађај, нешто што данас у криминалистичкој пракци се не дешава.

Од напред наведеног произлази да превенција криминала представља велики изазов за свако друштво који тражи тимски рад и приступ. Са циљем успешног деловања потребан је тимски рад, специјализираних државних служби и невладиног сектора. Овим ће се предузети мере који ће анулирати узрочно последичне факторе и услове који доприносе ка извршењу кривичних дела.

У правцу тимског рада ка превенирању криминала, као основни предуслов у обзиру требамо узети јачање сарадње између органе локалне самоуправе и удружења грађана чиме би се постигао циљ спречавања асоцијалних појава на микро плану и њихове рефлексиие на безбедносног стања.

Закон о малолетничкој правди

Овај закон за први пут у Републици Македонији је донет 2007 године. Њиме се уређује поступање са децом у ризику као и малолетни извршиоци девијантних понашања која законом су окарактеризована као кривична дела или прекршаји, чиме су саздати услови за примењивање мера помоћи, заштите, васпитне и алтернативне мере намењене малолетницима као и улога и надлежности органа који учествују у поступању са децом у ризику и малолетним извршиоцима.

Институциски стуб спровођења превенције над децом, надлежни је центар за социјални рад, а полицији у спровођењу овог закона је додељена само улога логистичару.

Закључак:

Правна регулатива којом полиција има задужење да превентира криминал у Републици Македонији од направљене анализе указује на недоизграђеност њеног правног оквира. Ово указује да је потребно допрецизовање постојећих законских прописа који регулишу ову материју са прецизним дефинисањем институција које су задужене за преузимања конкретних превентивних мера и извештај за добивене резултате за предузете превентивне мере. Исто тако потребно је и доношење нових законских прописа чиме би се покрио целокупни простор где се може очекивати извршење кривичних дела. Као пример би навели нове облике криминалних радњи као што је компјутерски криминал који до сада није споменут ни у једном закону или подзаконском акту који регулише проблематику превенције. Правни оквир као основ за преузимање конкретних радњи које треба да преузме полиција, представља стуб за

њихово даље поступање. Само целокупни правни оквир омогући ће полицији преузимање конкретних мера у превентирању криминала.

С друге стране, оно што није правно уоквирено искључиво ка превентирању је делимично допуштено у другим законским прописима који омогућавају полицији преузимање оперативних радњи као што је криминалистичка контрола па добивеним сазнањима од њеног спровођења полиција има могућност на тај начин да врши спречавање извршења кривичних дела.

Ипак морамо имати у обзир да и какви свеобухватни закони буду донесени, уколико се они не спроводе у пракси, од њих некемо имати никакве користи.

Vladimir Pivovarov, LL.D

Full Professor

Nikola Mickovski, LL.D

Assistant Professor

LEGAL FRAMEWORK OF PREVENTION IN REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

When talking about police work, insufficiently involved might think that these are actions taken by the police in order to detect and prove the crimes , but those who are more informed know that police work refers not only to the reactive approach to committed criminal acts (detect and prove) where the consequences are visible but in a comprehensive policing we meet their reactive actions in order to suppress crime. Preventive policing in the Republic of Macedonia is regulated by laws and regulations.

Primarily this is Law on Police, Law on the organizational set-up of the Ministry of Interior (in the organizational set-up at the Ministry of Interior, there are separate directorates in charge of crime prevention), Act for Local Self-Government, the Law on Child Justice and the Rulebook on the way of performing police work.

Др Владимир В. Вековић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

**ПРИПРЕМНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА –
МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ, НАЦИОНАЛНО
ЗАКОНОДАВСТВО И СУДСКА ПРАКСА**

Апстракт:

Аутор најпре детаљно анализира позитивну законску регулативу припремног поступка и њену усклађеност са савременим тенденцијама у науци малолетничког кривичног права и упоредном малолетничком кривичном законодавству, као и највишим стандардима успостављеним у релевантним међународним конвенцијама и документима донетим под окриљем Уједињених нација и Савета Европе.

Други део рада посвећен је сагледавању проблема у практичној примени овог првог и обавезног стадијума кривичног поступка према малолетницима, и указивању на могуће правце деловања у циљу њиховог превазилажења. Све то ће омогућити свођење како припремног, тако и кривичног поступка према малолетницима у разумне оквире и остваривање принципа хитности у поступању, а самим тим и успешније спречавање и сузбијање криминалитета ових лица.

Кључне речи: *малолетничко кривично право, припремни поступак, малолетници, међународни стандарди, национално законодавство, Република Србија*

I УВОД

У оквиру генералне ревизије кривичног законодавства, Народна скупштина Републике Србије је 29. септембра 2005. године донела Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМ, закон)¹ чије се одредбе од 1. јануара 2006. примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела, а односе се на материјално кривично право, органе који примењују закон, кривични поступак и извршење кривичних санкција. Дакле, њиме се у потпуности регулише кривичноправни положај малолетника, чиме се Република

¹„Службени гласник РС“, бр. 85/05.

Србија придружила земљама које су ову материју кодификовале и посебним законом издвојиле у самосталну целину.² Закон представља радикалан заокрет у односу на претходна решења – полази од идеје ресторативне правде и дословно је развија; прати савремене тенденције у науци малолетничког кривичног права; предвиђа могућност „скретања“ кривичног поступка и, по први пут, примену васпитних налога као алтернативних мера; даје примат ванинституционалном третману и инсистира на стицању посебних знања и стручног усавршавања свих субјеката система малолетничког правосуђа.³

ЗМ нормира кривични поступак према малолетницима као посебан кривични поступак, који се одвија кроз следеће процесне стадијуме:

1. припремни поступак према малолетнику;
2. поступак пред већем за малолетнике (који се може спровести у седници већа или на главном претресу);
3. поступак поводом правних лекова.

Прва два стадијума, које карактерише максимална функционална усклађеност, чине првостепени поступак. Иначе, припремни поступак је обавезни стадијум кривичног поступка према малолетницима; сврха му је утврђивање свих релевантних чињеница и околности о кривичном делу, али и о социјалним и психолошким обележјима малолетника према коме се поступак одвија, ради дефинисања конкретних узрока и карактеристика његовог криминалног понашања. На тај начин стварају се неопходне претпоставке за доношење адекватне одлуке о даљем току кривичног поступка утемељеног на принципима протективног модела.⁴

II РЕЛЕВАНТНИ МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА ПРИПРЕМНОГ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

1. Покретање припремног поступка

Припремни поступак је први стадијум кривичног поступка према малолетницима и спроводи се обавезно за сва кривична дела без обзира на запрећену кривичну санкцију и независно од тога да ли је учинилац млађи или старији малолетник. У пракси се припремни поступак уобичајено посматра као нека врста истраге у поступку према малолетницима, мада

² З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2009, стр. 336-337.

³ В. В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013, стр. 156.

⁴ М. Шкулић, *Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела*, Београд, 2003, стр. 130.

се он и истрага не могу поистоветити из низа формалних и суштинских (материјалних) разлога.⁵

Одредбама члана 63. став 1. ЗМ прописан је начин покретања припремног поступка. По правилу, припремни поступак се покреће на захтев јавног тужиоца за малолетнике (изузети су предвиђени чланом 57. став 3. и чланом 58. став 4). Захтев за покретање припремног поступка подноси се судији за малолетнике надлежног суда који се са истим може, али и не мора сложити.

Уколико се сложи са захтевом јавног тужиоца за покретање припремног поступка, судија за малолетнике не доноси о томе решење, већ приступа спровођењу потребних процесних радњи. Пошто нема решења, није могуће изјавити жалбу на спровођење припремног поступка;⁶ иначе, припремни поступак сматра се покренутим предузимањем прве процесне радње од стране судије за малолетнике.⁷

Када се судија за малолетнике не сложи са захтевом јавног тужиоца за малолетнике, затражиће да о томе одлучи веће за малолетнике вишег суда.

Иако је за спровођење припремног поступка увек надлежан судија за малолетнике, он, према одредбама члана 63. став 2, може поверити органу унутрашњих послова да изврши наредбу о претресању стана или о привременом одузимању предмета. С обзиром да је реч о процесним а не оперативним радњама, орган унутрашњих послова их предузима на начин предвиђен у ЗКП. Законодавац се определио за овакво решење имајући у виду чињеницу да су наведене процесне радње повезане са евентуалном употребом физичке силе, односно спремношћу да се она примени, а несумњиво је да су за вршење тих активности органи унутрашњих послова адекватнији од суда.⁸

2. Чињенице које се утврђују у припремног поступку

Сврха припремног поступка према малолетнику састоји се у утврђивању различитих чињеница које се уобичајено сврставају у две групе. Најпре се утврђују релевантне чињенице које се тичу кривичног дела (сви елементи, општи и посебни, докази да га је учинио конкретни малолетник), што је и разумљиво, с обзиром да кривичног поступка нема

⁵ Видети: М. Шкулић, И. Стевановић, *Малолетни делинквенти у Србији (нека питања материјалног, процесног и извршног права)*, Београд, 1999, стр. 164-165.

⁶ Став седнице Кривичног одељења ВСС од 1. новембра 1968, *Билтен судске праксе ВСС*, Београд, бр. 14/68, стр. 15.

⁷ ВСС, *Крм 107/94* од 15. марта 1994.

⁸ М. Шкулић, И. Стевановић, *op. cit.*, стр. 167.

ако кривично дело није извршено. Друго, поред чињеница у вези са кривичним делом, у припремном поступку посебно ће се утврдити узраст малолетника, чињенице потребне за оцену његове зрелости, испитаће се средина у којој и прилике под којима живи, као и друге околности које се тичу његове личности и понашања (члан 64. став 1. ЗМ).⁹

Ради утврђивања свих битних околности које се односе на личност и понашање малолетника, те његов микросоцијални амбијент, саслушаће се родитељи, усвојилац, односно старалац и друга лица која могу пружити потребне податке (нпр. сродници, суседи, наставно особље школе коју малолетник похађа и сл.). Прикупљање ових података судија за малолетнике може поверити и стручном лицу (социјалном раднику, психологу, педагогу, специјалном педагогу и др.), ако га има у суду (члан 64. став 2).

О околностима из става 1. члана 64. суд обавезно прибавља мишљење органа старатељства. Уколико је према малолетнику, због раније учињеног кривичног дела, била изречена нека заводска мера (статистички подаци недвосмислено указују да број таквих малолетника константно расте), прибавиће се извештај завода или установе о примени те мере (члан 64. став 3). Овај извештај, нарочито ако је детаљан, може значајно помоћи суду при опредељивању за васпитну меру (евентуално и казну малолетничког затвора) коју треба изрећи поводом новог кривичног дела.

Када је за утврђивање здравственог стања малолетника, степена зрелости и других својстава личности потребно да га прегледају вештаци, за такав преглед одредиће се лекари, психолози или педагози. Оваква испитивања, којима се прибегава у сложенијим случајевима, могу се извршити у здравственој или другој установи – нпр. медицинском центру, васпитној установи, центру за социјални рад и сл. (члан 64. став 4).

Одредбе члана 64. примењују се и у поступку према млађим пунолетним лицима када се стичу услови из члана 46. и у спојеном поступку малолетника са пунолетним лицима (члан 51. став 3).

3. Начин извођења процесних радњи у припремном поступку

Особеност припремног поступка према малолетнику огледа се, између осталог, и у томе да судија за малолетнике сам одређује начин извођења појединих радњи држећи се притом одредаба ЗМ и ЗКП у мери

⁹ Обавезност утврђивања наведених података потврђује и судска пракса – нпр. одлука ВСС, *Кжм.* 155/66 од 4. новембра 1966. и одлука ВСЈ, *Кз.* 38/57 од 10. априла 1957. Постојаће битна повреда одредаба кривичног поступка уколико се ова испитивања не спроведу – одлука ВС НРС, *Кж.* 698/54 од 13. маја 1954. и одлука ВСЈ, *Кз.* 1/58 од 15. јануара 1958.

која обезбеђује права окривљеног на одбрану, права оштећеног и прикупљање доказа потребних за одлучивање (члан 65. став 1. ЗМ).

Право, односно обавеза присуствовања процесним радњама у припремном поступку зависи од врсте радње која се предузима. Саслушању малолетника у припремном поступку морају присуствовати јавни тужилац, бранилац за малолетнике и родитељ, усвојилац, односно старалац малолетника, док осталим процесним радњама у овом стадијуму поступка та лица присуствују по потреби, коју цени судија за малолетнике. Дакле, присуство саслушању малолетника је право и обавеза наведених лица, а присуство другим процесним радњама није њихово право, већ само факултативна могућност. Уколико процени да поједине процесне радње могу негативно утицати на личност малолетника, судија за малолетнике може наредити да се приликом њиховог извођења он удаљи (члан 65. став 2).

Такође, судија за малолетнике може ускратити присуство родитеља, усвојоца, односно стараоца малолетника ако је таква одлука у интересу малолетника (члан 65. став 3). Ово одступање односи се на присуство тих лица саслушању малолетника, јер је већ поменутом одредбом члана 65. став 2. код осталих процесних радњи у припремном поступку судији за малолетнике дата могућност да слободно одлучује о њиховом присуству. Јавни тужилац и бранилац за малолетнике нису обухваћени изузећем и обавезно присуствују саслушању.

Када је то потребно, саслушање малолетника ће се обавити уз помоћ психолога, педагога или другог стручног лица. Ова лица помажу суду не преузимајући његову функцију.¹⁰ У пракси се саслушање малолетника уз асистенцију стручних лица ретко користи, и то углавном када су у питању малолетници заосталог душевног развоја или са другим тежим психичким или евентуално физичким недостацима.¹¹ Иначе, судија за малолетнике може одобрити да радњама у припремном поступку (свим, без изузетка) присуствује и представник органа старатељства. Када наведено лице присуствује тим радњама, може стављати предлоге суду и упућивати питања лицу које се саслушава (члан 65. став 4).

4. Привремени смештај малолетника у току припремног поступка

Одредбама члана 66. став 1. ЗМ предвиђено је да судија за малолетнике може донети решење да се малолетник у току припремног поступка: а) привремено смести у прихватилиште, васпитну или сличну установу; б) стави под надзор органа старатељства, или в) смести у другу

¹⁰ О. Перић, *Коментар кривичноправних прописа о малолетницима*, Београд, 1995, стр. 235.

¹¹ М. Шкулић, И. Стевановић, *op. cit.*, стр. 189.

породицу. Мере привременог смештаја наведене под а) подразумевају боравак малолетника у одговарајућој установи, а оне под б) и в) останак у „отвореној средини“.¹² Суд ће се одредити за неку од наведених мера привременог смештаја уколико процени да је она потребна за остварење бар једног од два алтернативно постављена циља:

1. ради издвајања малолетника из средине у којој је живео, а која штетно утиче на њега, или

2. ради пружања помоћи малолетнику (ако му нпр. недостају средства за живот), надзора (у случају употребе алкохолних пића или опојних дрога, коцкања), заштите (од искоришћавања, присиљавања на просјачење, проституцију), односно смештаја (уколико нема где да станује).

Мере привременог смештаја малолетника нису кривичне санкције; њихово трајање није временски ограничено, али имајући у виду да је поступак према малолетницима хитан, не би требало дуго да трају.

Према одредби члана 67. став 2, време проведено у некој од установа из члана 66. став 1. (прихватилиште, васпитна или слична установа) се, сходно члану 63. Кривичног законика (КЗ),¹³ урачунава у трајање васпитне мере упућивања у васпитну установу, васпитно-поправни дом или казну малолетничког затвора, ако нека од тих кривичних санкција буде изречена.

Против решења о примени мере привременог смештаја жалбу у року од 24 часа могу да уложе малолетник, родитељ, усвојилац, односно старалац, бранилац и јавни тужилац за малолетнике. Жалба нема суспензивно дејство (члан 66. став 2. ЗМ) и о њој одлучује веће за малолетнике првостепеног суда.

Трошкови смештаја малолетника исплаћују се унапред из буџетских средстава и улазе у трошкове кривичног поступка (члан 66. став 3).

Одредбе члана 66. примењују се и у поступку према млађим пунолетним лицима (члан 46), као и у случају конекситета (члан 51. став 3).

5. Притвор у припремном поступку

Према релевантним међународним конвенцијама и документима, као и доминантном схватању у науци малолетничког кривичног права, притвор представља крајњу меру (последње средство) за обезбеђење

¹² О. Перић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2007, стр. 137.

¹³ „Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12 и 104/13.

присуства малолетника у кривичном поступку.¹⁴ У складу са тим универзално прихваћеним препорукама, наш законодавац у члану 67. став 1. ЗМ прописује да изузетно, судија за малолетнике може одредити да се малолетник стави у притвор (факултативна могућност), када за то постоји неки од законских разлога,¹⁵ ако се сврха, ради чијег је остварења притвор одређен, не може постићи мером привременог смештаја малолетника из члана 66. став 1. Дакле, према нашој позитивној законској регулативи, притвор је изузетна и најтежа мера за обезбеђење присуства малолетника. Такође, из одредбе члана 67. став 1. недвосмислено произилази да је примена притвора према малолетнику супсидијарног карактера (долази у обзир тек када се одговарајућа сврха не може постићи неком мером привременог смештаја малолетника);¹⁶ најзад, притвор се може одредити како према млађим, тако и према старијим малолетницима.

На основу решења судије за малолетнике притвор у припремном поступку може трајати најдуже месец дана, с тим да веће за малолетнике истог суда може, из оправданих разлога (на образложени предлог судије за малолетнике или јавног тужиоца за малолетнике), продужити притвор најдуже за још месец дана. После завршетка припремног поступка, од подношења предлога за изрицање кривичне санкције, притвор према старијем малолетнику може да траје најдуже до шест месеци, односно најдуже четири месеца уколико се ради о млађем малолетнику. Након изрицања васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом или казне малолетничког затвора, притвор према малолетнику може трајати најдуже шест месеци (члан 67. ст. 3-6).

У случајевима продужења притвора после завршетка припремног поступка, односно од изрицања кривичне санкције институционалног карактера веће за малолетнике дужно је да периодично, тј. сваких месец дана испитује да ли постоје разлози за притвор и донесе решење о његовом укидању или продужењу (члан 67. став 7). Као најтежа мера процесне принуде, притвор мора бити сведен на најкраће могуће трајање,

¹⁴ Видети: члан 37 (б) (реченица друга) Конвенције о правима детета (КПД), Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 44/25 од 20. новембра 1989; правило 13.1 Стандардних минималних правила за малолетничко правосуђе – Пекиншка правила (ПП), Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 40/33 од 29. новембра 1985; правило 6.1 Стандардних минималних правила за мере алтернативне институционалном третману – Токијска правила (ТП), Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 45/110 од 14. децембра 1990; М. Challen, Т. Walton, *Juveniles in Custody*, London, 2004.

¹⁵ Према члану 67. став 1. ЗМ, судија за малолетнике може одредити притвор када за то постоје разлози из члана 142. став 2. Законика о кривичном поступку (ЗКП). Како је у међувремену ступио на снагу нови ЗКП („Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13) који разлоге за одређивање притвора предвиђа у члану 211. став 1. тач. 1)–4), одредбу члана 67. став 1. ЗМ треба довести у везу са тим чланом важећег ЗКП.

¹⁶ Видети: правило 13.2 ПП; правило 6.2 (реченица прва) ТП.

што је у складу са међународним стандардима у овој области,¹⁷ али и чланом 56, који прописује хитност кривичног поступка према малолетницима.

Према већ помињаној одредби члана 67. став 2, време проведено у притвору, као и свако друго лишење слободе, урачунава се, сходно члану 63. КЗ, у трајање изречене васпитне мере упућивања у васпитну установу, упућивања у васпитно-поправни дом и казну малолетничког затвора.

Малолетник се, по правилу, налази у притвору одвојено од пунолетних лица.¹⁸ Такво решење је приоритетно детерминисано потребом заштите ове старосне категорије учинилаца од тзв. криминалне заразе, која подразумева прихватање негативних вредности, друштвено непожељних образаца понашања и подстицаја за вршење нових кривичних дела од пунолетних лица са којима би заједно били у притвору. Изузетно, судија за малолетнике може одредити да малолетник буде у притвору заједно са пунолетним лицем које на њега не би штетно утицало, а у супротном би усамљење дуже трајало и оставило штетне последице по развој личности малолетника (члан 68. став 1. ЗМ).

Судија за малолетнике има према притвореним малолетницима иста овлашћења која према одредбама чл. 217-223. ЗКП (Поступање са притвореницима) припадају истражном судији у погледу пунолетних притвореника, али посебно мора узети у обзир својства личности и потребе сваког малолетног притвореника (члан 68. став 2. ЗМ).

Одредбе члана 68. став 1. важе и у поступку према млађим пунолетним лицима (члан 46), као и у случају конекситета (члан 51. став 3).

6. Окончање припремног поступка

Законодавац не предвиђа посебан рок у коме се припремни поступак мора окончати, али имајући у виду захтев за експедитивним одвијањем кривичног поступка према малолетнику (члан 56. ЗМ),¹⁹ очигледно је да трајање припремног поступка треба свести на разумну

¹⁷ Видети: члан 37 (б) (реченица друга) КПД; правило 13.1 ПП; правило 6.2 (реченица друга) ПП.

¹⁸ Видети: члан 37 (в) (друга реченица) КПД; правило 13.4 ПП; правило 85.2) Скупа минималних правила о поступању са затвореницима (СМП), усвојених на I Конгресу Уједињених нација за превенцију криминалитета и поступање са преступницима 1955. и потврђених од Економског и социјалног савета резолуцијама 663 С (XXIV) од 31. јула 1957. и 2076 (LXII) од 13. маја 1977; правило 35.4 Препоруке R (2006) 2 Комитета министара Савета Европе у вези са европским затворским правилима (ЕЗП), усвојене од стране Комитета министара на 952. седници одржаној 11. јануара 2006. године на нивоу заменика министара; A. Coyle, *A Human Rights Approach to Prison Management (Handbook for prison staff)*, London, 2009, стр. 140.

¹⁹ Видети: правило 20.1 ПП.

меру. Свако прекорачење оптималног рока, тј. разумног времена резултира непотребним одуговлачењем кривичног поступка и, по правилу, изостанком благовременог и адекватног реаговања на испољено криминално понашање. Стога је законодавац у члану 72. прописао обавезу судије за малолетнике да сваких месец дана обавештава председника суда о предметима малолетника који нису окончани, као и о разлозима због којих је по појединим предметима поступак још у току. По пријему обавештења, председник суда ће предузети мере да се поступак убрза.

Окончање припремног поступка се, уосталом као и његов почетак, не манифестује доношењем посебне формалне одлуке. Према члану 69. став 1, пошто испита све околности које се односе на извршење кривичног дела и друге околности у вези са личношћу и приликама у којима малолетник живи, судија за малолетнике доставља списе надлежном јавном тужиоцу за малолетнике. По пријему списка, јавни тужилац за малолетнике, у року од осам дана, може: а) захтевати допуну припремног поступка; б) поднети образложени предлог већу за малолетнике за изрицање кривичне санкције, или в) предложити судији за малолетнике да обустави поступак.

6.1. Допуна припремног поступка

Уколико сматра да релевантне околности везане за кривично дело и личност малолетника нису довољно разјашњене у припремном поступку, јавни тужилац за малолетнике може захтевати његову допуну. Рок у коме може искористити ову процесну могућност износи осам дана од пријема списка.

У случају да се судија за малолетнике не сложи са захтевом за допуну припремног поступка, затражиће да о томе, у смислу одредбе члана 63. став 1. ЗМ, одлучи веће за малолетнике вишег суда.

6.2. Предлог већу за малолетнике за изрицање кривичне санкције

Јавни тужилац за малолетнике може бити сагласан да су све околности које се тичу кривичног дела и личности малолетника довољно разјашњене у окончаном припремном поступку, па ће у том случају, такође у року од осам дана, поднети образложени предлог већу за малолетнике за изрицање васпитне мере, односно кажњавање малолетника. У предлогу за изрицање васпитне мере, јавни тужилац се не опредељује за конкретну васпитну меру, али може ближе назначити врсту третмана који би, по његовом мишљењу, требало применити (нпр.

ванинституционални или институционални).²⁰ Иначе, према члану 78. став 1. ЗМ, веће за малолетнике није везано за предлог јавног тужиоца при одлучивању да ли ће према малолетнику изрећи казну малолетничког затвора или васпитну меру.

Предлог јавног тужиоца за изрицање кривичне санкције треба да садржи: а) личне податке малолетника (име и презиме, узраст); б) податке о кривичном делу које му се ставља на терет (опис и законски назив дела); в) доказе из којих произилази основана сумња да је малолетник учинио кривично дело; г) образложење које подразумева оцену степена зрелости малолетника и својстава његове личности, као и предлог да му се изрекне васпитна мера, односно казна малолетничког затвора (члан 69. став 2).

6.3. Предлог судији за малолетнике за обуставу поступка

Према члану 70. став 1. ЗМ, јавни тужилац за малолетнике може да поднесе судији за малолетнике предлог за обуставу поступка уколико у току припремног поступка или по његовом окончању (након пријема списка) нађе: а) да нема основа за вођење поступка према малолетнику (нпр. дело које се малолетнику ставља на терет није кривично дело, недостатак доказа да је малолетник учинио кривично дело итд.) или б) да постоје разлози да се поступак обустави по основу опортунитета из члана 58. ст. 1. и 3. У првом случају (члан 58. став 1), реч је о примени принципа опортунитета кривичног гоњења за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, а вођење поступка не би било целисходно с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства. Други случај (члан 58. став 3) је специфичан и знатно ређи у пракси: наиме, јавни тужилац за малолетнике може поднети предлог за обуставу поступка када је извршење казне малолетничког затвора или васпитне мере у току, а малолетник учини ново кривично дело, или се открије дело за које се није знало у време суђења, ако с обзиром на тежину тог кривичног дела, као и на кривичну санкцију која се извршава, не би имало сврхе (тј. било би нецелисходно) вођење поступка и изрицање кривичне санкције за то дело.

О предлогу за обустављање поступка јавни тужилац за малолетнике обавестиће и орган старатељства који је дужан, уколико се не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, да о томе обавести судију за малолетнике у року од осам дана од дана пријема обавештења јавног тужиоца.

²⁰ О. Перић, *op. cit.*, стр. 143.

У случају да се са предлогом јавног тужиоца сложе и судија за малолетнике и орган старатељства, поступак према малолетнику се обуставља.

Међутим, ако се судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике затражиће, у року од три дана, да о томе одлучи веће за малолетнике вишег суда, које одлуку доноси по саслушању надлежног јавног тужиоца за малолетнике. На овај начин судија за малолетнике ће поступити и када се само орган старатељства није сложио са предлогом јавног тужиоца за малолетнике да се поступак обустави (члан 70. став 2).

Када веће за малолетнике вишег суда не усвоји предлог јавног тужиоца за малолетнике да се поступак обустави, поступак према малолетнику се наставља, а јавни тужилац за малолетнике, према одредби члана 59. став 3, мора учествовати у његовом даљем току (члан 70. став 3).

6.4. Условна обустава поступка према малолетнику

Јавни тужилац за малолетнике може самостално да одлучује о опортунитету кривичног гоњења из члана 58. ЗМ све док судији за малолетнике надлежног суда није поднео захтев за покретање припремног поступка, а након подношења тог захтева може само ставити предлог судији за малолетнике да се поступак обустави.²¹ Наиме, према члану 71. став 1, јавни тужилац за малолетнике може поднети предлог да се поступак према малолетнику обустави под условом да малолетник прихвати да испуни један или више васпитних налога из члана 7. став 1. тач. 1)-3) (поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; редовно похађање школе или редовно одлажење на посао; укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја). Могућност условне обуставе поступка према малолетницима предвиђена у члану 71. представља једну од важних новина коју доноси ЗМ,²² и у потпуности је усклађена са највишим међународним стандардима у овој области.²³

²¹ *Ibid.*, стр. 146.

²² Ђ. Лазин, „Принцип опортунитета у покретању кривичног поступка према малолетницима“, Кривичноправна питања малолетничке деликвенције, Међународни научни скуп, Београд, 2008, стр. 181.

²³ Видети: правила 11.3, 17.4 и 18.1 ПП; правила 3.4, 5.1 и 8.2 ТП; принципе 6. и 7. Препоруке R (87) 18 Комитета министара Савета Европе о поједностављењу система кривичне правде, усвојене од стране Комитета министара на 410. седници одржаној 17. септембра 1987. године на нивоу заменика министара.

Уколико се судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, одлуку у року од осам дана доноси веће за малолетнике, које може: а) обуставити поступак према малолетнику ако нађе да одређивање васпитног налога из члана 7. није целисходно, или б) прихватити предлог јавног тужиоца за малолетнике и одредити малолетнику да, као услов за обуставу поступка, испуни један или више васпитних налога из члана 7. Дакле, веће је овлашћено да у примени васпитних налога иде изван предлога јавног тужиоца за малолетнике, јер, осим васпитних налога из члана 7. став 1. тач. 1)-3), може да примени и преостала два (подвргавање одговарајућем испитивању и одвицавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога и укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту – тач.4) и 5).²⁴ Надзор над спровођењем васпитних налога врши орган старатељства (члан 71. став 2).

Када судија за малолетнике прихвати предлог јавног тужиоца за малолетнике, одредиће малолетнику да испуни један или више васпитних налога из члана 7, водећи рачуна да они буду прилагођени личности малолетника и приликама у којима живи, узимајући у обзир његову спремност да сарађује у испуњењу васпитних налога (члан 71. став 3). Према томе, судија за малолетнике може, као и веће за малолетнике, да примени свих пет васпитних налога. Иначе, за извршење васпитног налога поравнања са оштећеним неопходан је пристанак оштећеног (члан 71. став 4).

Уколико малолетник у потпуности изврши преузети васпитни налог, о чему извештај подноси орган старатељства, судија за малолетнике доноси решење о обустави поступка (члан 71. став 5) и о томе обавештава оштећеног, који нема право да захтева покретање поступка (члан 71. став 7).

Ако малолетник не изврши преузети васпитни налог, или га изврши само делимично, али у мери која оправдава даље вођење поступка, судија за малолетнике о томе обавештава јавног тужиоца за малолетнике који ће у року од осам дана од пријема тог обавештења поднети образложени предлог у смислу члана 69 – захтевати да се припремни поступак према малолетнику допуни или поднети образложени предлог већу за малолетнике за изрицање кривичне санкције. У случају да јавни тужилац нађе да нема основа за даље вођење поступка према малолетнику примениће одредбе члана 70. тј. поднеће предлог судији за малолетнике да обустави поступак (члан 71. став 6).

²⁴ О. Перић, *op. cit.*, стр. 147.

Оштећени нема право да остварује свој имовинскоправни захтев ако је малолетник у потпуности накнадио штету насталу кривичним делом, а уколико је штета накнађена делимично, свој имовинскоправни захтев може да остварује у парници (члан 71. став 8).

III ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Припремни поступак је први стадијум кривичног поступка према малолетницима и спроводи се обавезно за сва кривична дела без обзира на запрећену кривичну санкцију и независно од узраста малолетника; сврха му је утврђивање свих релевантних чињеница и околности о учињеном кривичном делу, али и о социјалним и психолошким обележјима малолетника, ради дефинисања конкретних узрока и карактеристика његовог криминалног понашања. На тај начин стварају се неопходне претпоставке за доношење адекватне одлуке о даљем току кривичног поступка утемељеног на принципима протективног модела.

Приликом садржинског конципирања припремног поступка, српски законодавац се, поред позитивних искустава у примени ранијих решења, руководио савременим тенденцијама у науци малолетничког кривичног права и упоредном малолетничком кривичном законодавству, као и највишим стандардима успостављеним у релевантним међународним конвенцијама и документима из ове области. С обзиром на принципе и вредности инкорпориране у позитивна нормативна решења, мало је вероватно да ће дуго најављиване измене и допуне ЗМ донети драматична побољшања. Квалитативни искораци се, по нашем мишљењу, могу пре свега остварити решавањем бројних проблема уочених у судској пракси. С тим у вези, посебно треба инсистирати на:

1. оптималном броју судија, тужилаца за малолетнике и стручних лица (социјалних радника, психолога, педагога, специјалних педагога и др.) у суду; јачању њихове посвећености раду са малолетницима; успостављању продуктивне сарадње судова, тужилаштва и органа старатељства, као и решавању хроничних финансијских проблема. Све то ће омогућити знатно краће трајање како припремног, тако и кривичног поступка према малолетницима и остваривање принципа хитности у поступању (члан 56), а самим тим и ефикасније спречавање и сузбијање криминалитета него до сада;²⁵

²⁵ Са дужим протеком времена малолетнику ће бити све теже, ако не и немогуће, да поступак и одлуку о изреченој кривичној санкцији повеже са учињеним кривичним делом, како интелектуално, тако и психолошки. Сем тога, дуже трајање поступка према малолетницима може у одређеним ситуацијама да утиче на сужавање могућности суда у избору кривичних санкција. Видети: Коментар првила 20.1 ПП; М. Шкулић, И. Стевановић, *op.cit.*, стр. 80.

2. стварању услова за примену мера привременог смештаја малолетника увек када је то потребно, а што у претходном периоду није био случај. Наиме, од укупно 8.719 припремних поступака покренутих од 1. јануара 2010. закључно са 31. децембром 2012. године, мере привременог смештаја одређене су у свега 202 (2,32%) случаја.²⁶ Изразиту рестриктивност у примени ових мера пратила је још једна неповољна околност: судови су се најчешће (у 124, тј. 61,39% случајева) опредељивали за стављање малолетника под надзор органа старатељства (што је било и најлакше применити у пракси), остављајући друге мере на маргини;

3. изузетној примени притвора као најтеже мере процесне принуде, и то у најкраћем могућем трајању. Током посматраног трогодишњег периода (2010-2012) притвор је био одређиван просечно у сваком четрдесетом припремном поступку, најчешће у трајању преко 15 дана до једног месеца (44,70%), потом преко једног до два месеца (29,03%) и до 15 дана (19,36%);

4. што чешћој примени условне обуставе поступка према малолетнику, с обзиром на бројне и добро познате предности васпитних налога у односу на кривичне санкције, нарочито оне институционалног карактера.

Vladimir V. Veković, LL.D
Full Professor

PRELIMINARY PROCEDURES JUVENILE – INTERNATIONAL STANDARDS, NATIONAL LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

Summary

The preparation process is the first stage of the criminal proceedings against juveniles and implemented mandatory for all offenses, regardless of threatened criminal sanction and independent of the age of the minor; its purpose is to establish all the relevant facts and circumstances of the committed criminal act, but also the social and psychological characteristics of juveniles, in order to define the specific causes and characteristics of his criminal conduct.

The contents of conceiving during the preparatory proceedings, the Serbian legislator, despite the positive experiences in the implementation of earlier decisions, led to modern trends in science juvenile criminal law and

²⁶ Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2010. (Билтен бр. 547), 2011. (Билтен бр. 559) и 2012. (Билтен бр. 577), Републички завод за статистику, Београд.

comparative juvenile criminal law, and the highest standards established by the relevant international conventions and documents in this field.

The author is of the opinion that the problems encountered in the practical implementation of the preparatory process can be overcome well-designed and coordinated measures and actions. First of all, it is the increase in the number of judges, prosecutors, juvenile and professionals, as well as to strengthen their commitment to work with juveniles; addressing chronic financial problems; establishment of productive cooperation between courts, prosecutors and the guardianship; creating the conditions for the implementation of temporary accommodation of minors whenever necessary; excellent application of detention and for the shortest time possible, and that more frequent application of conditional suspension of proceedings against a juvenile. All this will allow easy reduction of preparatory, and criminal proceedings against juveniles within reasonable limits, and the realization of the principle of urgent action.

Др Петар Станојевић

**Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица**

Мр Саша Атанасов

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска
Митровица**

ЗНАЧАЈ РЕАКТИВНЕ ИСТРАГЕ ЗА СУЗБИЈАЊЕ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Анстракт:

Рад има за циљ сагледавање значаја примене реактивне истраге, специфичне истражне опције која се заснива на сарадњи жртве трговине људима са надлежним органима ради супростављања трговини људима. У том смислу анализирана су решења садржана у најважнијим међународним и домаћим документима о правима и заштити жртава, објашњен процес трговине људима и структуралне слабости реализовања трговине људима као тачкама ослонца за вођење разговора са жртвом трговине људима. Посебан акценат стављен је на разматрање специфичног начина испитивања жртве трговине људима који омогућује ефикасно прикупљање доказа уз истовремено уважавање психолошке добробити жртве и избегавање додатне виктимизације.

Кључне речи: *трговина људима, жртве, реактивна истрага, испитивање жртава, секундарна виктимизација.*

УВОД

Трговина људима је облик криминалне делатности који је заснован на институцијама ропства и експлоатацији свих човекових (жртвиних) потенцијала од стране другог човека (трговца). То је процес којим се употребом принуде, преваре или других облика злоупотребе, ограничавају права и слободе људи који се третирају као роба у намери стицања материјалне или друге користи за експлоататоре. Трговина људима је озбиљан проблем савременог друштва и један од најтежих облика кршења људских права. Милиони људи свакодневно услед негативних услова живота постају жртве криминалне трговине, а њихова основна права и слободе се на најгрубљи начин крше. Жртве се експлоатишу сексуално,

радно, принуђавају на просјађење или на брак, на вршење кривичних дела, на учествовање у оружаним сукобима, на продају органа мимо њихове воље и др. Због константне изложености злостављању и насиљу, жртве по правилу имају озбиљне здравствене проблеме, што понекад може довести да тога да поричу да су биле у ланцу трговине људима и да су жртве тешког злочина, те да одбијају сваку сарадњу са надлежним органима, без обзира на сву жељу да им се помогне. Нарочито, неадекватно реаговање лица која прва долазе у контакт са жртвом може погоршати целокупну ситуацију у којој се жртва налази.¹ Примарни задатак након откривања и идентификовања јесте обезбеђење физичке безбедности жртве и разумевање ситуације у којој се налази, а потом, кроз програме заштите, помоћи и подршке жртви (њено „оснаживање“),² у посебно опремљеним и за то намењеним склоништима³ или прихватилиштима,⁴ задобити њено поверење за учествовање у поступку против трговаца људима. Трговина људима због своје сложености захтева сложене и квалитетне приступе у њеном спречавању и сузбијању, а реактивна истрага је уз проактивну истрагу, једна од могућих истражних опција која стоји на располагању истражним органима. Специфичност реактивне истраге огледа се у томе, што се у потпуности заснива на изјавама жртве, односно на њеном суделовању у истраживању трговине људима путем пружања обавештења надлежним органима или активном учешће у кривичном поступку у својству сведока.⁵ Лице које испитује жртву трговине људима мора бити посебно обучено и владати техникама кризне интервенције.⁶ Успешност субјеката задужених за откривање, разјашњавање и доказивање трговине људима зависиће од њихове способности да поступају у складу са

¹ Ristanović-Nikolić, V.: Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa, *Temida*, Viktimološko društvo Srbije, broj 1, Beograd, 2003, стр. 4.

² Према члану 41. Закону о социјалној заштити Републике Србије, жртве трговине људима могу користити права и услуге социјалне заштите. У: *Службени гласник РС*, број 24/2011.

³ На пример: у оквиру невладине организације „Атина“ из Београда, функционише једно такво склониште.

⁴ У склопу ново формираног Центра за заштиту жртава трговине људима (формиран одлуком Владе Републике Србије априла 2012. године), уз Службу за координацију заштите жртава трговине људима, егзистира и Прихватилиште у коме се жртвама трговине људима пружа директна помоћ и заштита.

⁵ *Borba protiv trgovine ljudskim bićima*, Regionalni praktični priručnik za borbu protiv trgovine ljudima namenjen kriminalističkim službama, Razvojni program Ujedinjenih nacija i Vlada Rumunije, 2003, стр. 11.

⁶ Ramljak, A.; Simović, M.: *Viktimologija*, Panevropski univerzitet Apeiron, Fakultet pravnih nauka, Banja Luka, 2006, стр. 300.

начелима хуманог опхођења према жртви, ефикасности у спровођењу наведене истражне опције и прикупљања доказа.

І НОРМАТИВНИ ОСНОВ СУПРОСТАВЉАЊА ТРГОВИНИ ЉУДИМА

У намери да спрећи и сузбије трговину људима, заштити жртве трговине људима, међународна заједница је донела више докумената регионалног и универзалног карактера. Међу њима посебно треба издвојити *Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала* и њен допунски *Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом*, из 2000. године, чијим је доношењем постављен темељ ефикасне борбе против трговине људима на националном и међународном нивоу. Државе које су прихватиле *Конвенцију УН против транснационалног организованог криминала* и допунски *Протокол*, међу њима и наша држава, на себе су преузеле обавезу да: пропишу трговину људима као кривично дело, предвиде кажњавање за покушај, саучесништво и организовање или наређивање другима да изврше кривично дело трговине људима, пруже помоћ и заштиту жртвама у току и после учествовања у судском поступку против учинилаца. Затим, ради спречавања секундарне виктимизације, адекватног пружања помоћи и заштите жртвама, охрабривања жртава да учествују у судском поступку као сведоци, посебно оспособе службена и друга лица која долазе прва у контакт са жртвама, едукују припаднике полиције и правосудних органа о ефикасним начинима откривања и идентификовања жртава, вођењу разговора са жртвом и утврђивању чињеничног стања код кривичног дела трговине људима.⁷

Када је у питању заштита жртава трговине људима и спречавање секундарне виктимизације, поменућемо *Декларацију о основним принципима правде за жртва кривичног дела и злоупотребе власти* (1985) која представља својеврстан ауторитет и даје смернице државама како да осавремене приступ жртвама кривичних дела. *Декларација*⁸ од држава захтева да жртвама омогуће ефикасан приступ правди и праведан третман пред законом, право на тражење обештећења, накнаду штете и помоћ. Затим, указује на специјалне потребе жртава и обавезе држава да пропишу једноставну процедуру за отклањање последица причињених кривичним

⁷ *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/2001.

⁸ *UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, no. 40/34, 29.11.1985.

делом, прокламују најширу друштвену солидарност са лицима која трпе последице виктимизације и подстичу доношење других међународних докумената.⁹ Државе се упучује на измену националних кривичних законодавстава са циљем остваривања бољих процесних гаранција жртава кривичних дела и заштиту њихових права.¹⁰ Република Србија је ратификовала *Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала* и њен допунски *Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом*, 2001. године. Потом је, низом измена и допуна у оквиру националног законодавства осавременила приступ у третману жртава. Жртве се третирају као лица којима су повређена основна људска права и слободе загарантоване међународним документима,¹¹ не хапсе се и не протерују по хитном поступку, не криминализују и не муче. Усвојена је стратегија «ојачавања» жртава чији је циљ пружање подршке и заштите жртвама.¹² Уопште, читав приступ супростављања трговини људима мења се у правцу пружања широког спектра превентивних мера, мера заштите жртава од трговаца и од накнадне виктимизације.¹³

II НАЧИН ИЗВРШЕЊА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Трговина људима је сложена, веома динамична и вишедимензионална појава која лако мења појавне облике и своју физиономију. Лако се прилагођава променљивим друштвеним околностима, захтевима потражње и стању на тржишту роба и услуга. Трговина људима је процес који настаје, развија се и опстаје на одређеном простору и у одређеном временском периоду. То је процес који се реализује кроз неколико фаза и који садржи више радњи које се међусобно смењују и преплићу у циљу експлоатације жртава и стицања профита од

⁹ Камбовски, В.: Међународни стандарди о људским правима «Трећа димензија казненог права», *Примена међународних кривичних стандарда у националним законодавствима* (Зборник радова), Београд, 2004, стр. 11.

¹⁰ Више о томе: Мрвић, П. Н.: Међународноправни стандарди заштите људских права жртава кривичних дела, *Примена међународних кривичних стандарда у националним законодавствима* (Зборник радова), Београд, 2004, стр. 387.

¹¹ Према *Универзалној декларацији УН о људским правима* (чл. 3.) - Свако има право на живот, слободу и личну безбедност.

¹² Декић, С. и др.: *Трговина женама: приручник за новинаре*, АСТРА, Београд, 2003, стр. 12.

¹³ Kartusch, A.: *Reference Guide for Anti-Trafficking Legislative Review with Particular Emphasis on South Eastern Europe*, Warshaw, 2001, стр. 69.

стране трговаца људима.¹⁴ Процес трговине људима може трајати од неколико дана до више година, а понекад чак и онда када из неког разлога дође до његовог прекида, исти процес може бити поново обновљен. Почетна фаза регрутовања жртава се најчешће одвија у земљи порекла, која је претежно сиромашна и економски неразвијена земља света, земља у процесу транзиције, ратом разрушена и у којој се грубо крше елементарна људска права и слободе. Жртве се до крајњег одредишта, тј. до земље дестинације која је углавном индустријски развијена, политички стабилна и у којој се жртве трговине људима искоришћавају, превозе и пребацују преко територија трећих земаља које се називају транзитним земљама. Трговина људима не мора обавезно подразумевати прелазак државне границе и одлазак у другу државу, односно она се може одвијати и унутар граница једне државе, па тада говоримо о унутрашњој трговини људима која бележи сваким даном све већи пораст не само у свету, него и код нас. Према подацима Центра за заштиту жртава трговине људима од укупног броја идентификованих жртава трговине људима (њих 92) у 2013. години, држављани Србије чине доминантну групу идентификованих жртава, чак у 96% случајева. Овакав тренд учешћа домаћих држављана у укупном броју идентификованих жртава је присут и у првих неколико месеци 2014. године.¹⁵ У случају унутрашње трговине људима уместо земље порекла, транзита и одредишта говоримо о месту порекла, месту транспортовања и месту одредишта.¹⁶ Комбинујући сврху деловања учиниоца и поменути географски аспект, трговина људима је процес који се одвија кроз три фазе: фазу регрутовања жртава у земљи порекла; фазу транспортовања (транзита) жртава до места одредишта и фазу експлоатације у земљи одредишта. Почетна фаза извршења кривичног дела трговине људима је регрутовање (проналажење) жртава у циљу њихове експлоатације. То је скуп врло различитих метода, радњи и средстава чијом се применом према одређеном лицу доприноси постанку тог лица жртвом трговине људима.¹⁷ Фаза регрутације одвија се у земљи или месту порекла. Регрутовање може бити присилно или добровољно, што значи да неке жртве буду отете или продате, док друге добровољно, често преваром, дођу у положај потчињености. Отмица може бити

¹⁴ Више о томе: Мијалковић, С.: *Супростављање трговини људима и кријумчарењу миграната*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 97 – 118 и 173.

¹⁵ <http://www.centarzztlj.rs/index.php/statistika>, доступно 24.3.2014.

¹⁶ Више о томе: Станојевић, П.; Атанасов, С.: *Откривање и утврђивање чињеничног стања код кривичног дела трговине људима*, *Сузбијање криминала у оквиру међународне полицијске сарадње*, зборник радова, Криминалистичко полицијска академија, Фондација Ханс Зајдел, Тара, 28-30. јун 2011, стр. 403 и 404.

¹⁷ Мијалковић, С.: *Трговина људима*, Беосинг, Београд, 2005, стр. 173.

извршена на различите начине, али сви подразумевају насилно одвођење жртве ради експлоатације. Принуда при извршењу дела може бити усмерена према жртви и/или према њој блиским особама. Продаја је начин регрутовања сличан отмици јер искључује пристанак жртве на експлоатацију. Жртве могу бити продате од стране родитеља, старатеља, усвојитеља и других лица којима је жртва фактички или правно поверена.¹⁸ Најчешћи начин регрутовања жртава у ланац трговине људима представља преварно понашање трговца људима. Превара (врбовање) подразумева да се жртва доводи или одржава у заблуди у погледу одређених чињеница и околности, а у вези са сврхом одласка у неко друго место и/или у вези са условима рада. Регрутери саопштавају жртви потпуно лажне податке о њеном запослењу и условима у којима ће радити (потпуна превара) или јој саопштавају делимичну истину о условима рада (делимична превара). Потпуна превара остварује се најчешће тако што индивидуални регрутери непосредно прилазе потенцијалним жртвама у кафићима, ноћним клубовима, дискотекама и сл. и нуде им примамљиву понуду (запослење, брак, путовање) или се остварује преко огласа у којима се нуди посао или студирање у иностранству. У случају делимичне преваре жртва зна чиме ће се бавити у земљи одредишта, али јој нису познати услови обављања такве делатности. На пример, жртва мисли да ће моћи контролисати своју делатност, да ће располагати зарађеним новцем и моћи напустити посао којим се бави кад год то пожели.¹⁹ Када регрутери користе рафиниране методе врбовања у којима често свесно или несвесно учествују блиски и познати жртви, у чије се информације не сумња па се некритички прихватају, те када се томе дода све чешће суделовање бивших жртава трговине људима, онда проблем откривања и доказивања постаје веома тежак и сложен.²⁰ У пракси органа откривања и гоњења, начин регрутовања путем делимичне истине представља најчешћи начин регрутовања жртве и ствара највише проблема, управо због ограниченог пристанка жртве и учешћа у властитој виктимизацији. Транспортирање жртава трговине људима је процес који се састоји од просторног савладавања одређене удаљености, односно од превозења или одвођења жртве од места полазишта до места одредишта. Транспорт може бити међународног или националног карактера, односно

¹⁸ Николић, Д.: Трговина људима као тешки облик криминалитета, *Тешки облици криминала*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Виша школа за унутрашње послове, Београд, 2004, стр. 297.

¹⁹ *Трговина људима: регионални стандарди, Приручник за судије и туžioце, програм обуке у Југоistočnoј Европи*, ICMPD, Беч, 2006, стр. 47 и 48.

²⁰ Obradović, V.: *Трговина женама у Bosni i Hercegovini*, The Embassy of The United States of Amerika, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, 2004, стр. 29.

жртве се могу превозити унутар једне државе, или из једне земље у другу, односно преко територије више страних држава.²¹ Транспортовање се врши најчешће коришћењем различитих превозних средстава,²² али може бити извршено и пешице, пливањем или уз коришћење домаћих животиња.²³ Начин транспорта зависи од степена организованости криминалне организације, броја жртава које се превозе, географског положаја земље порекла и земље одредишта, конфигурације и природних препрека на терену, од контроле надлежних органа у земљи полазишта, транзита и одредишта. Транспорт може трајати од неколико сати до више дана.²⁴ Процес транспортовања понекад већ на самом почетку може укључивати низ радњи којима се крше основна људска права, физичко и психичко злостављање, као и сексуално злостављање које се више показује као правило.²⁵ Жртве су лишене правог идентитета јер многе не поседују пасош за легално прелажење границе, па подлежу гоњењу од стране имиграционих власти. Слобода кретања им је максимално ограничена, па многе већ у току путовања схватају да су обмањене и да права сврха њиховог путовања коју организују трговци људима јесте њихова експлоатација.²⁶ Од положаја земље порекла и земље одредишта углавном зависе канали транспортовања жртава трговине људима.²⁷ Државна граница се може прећи на граничном прелазу, или ван њега, на легалан или илегалан начин. Међутим, у пракси су чешћи случајеви прелажења преко границе изван граничног прелаза.²⁸ Гранична линија се прелази сувоземним, воденим и ваздушним путем или комбиновано. Када је реч о простору наше земље један крак тзв. *балканске руте* води преко Београда, јужно ка Косову и Метохији, Македонији и Црној Гори, а други западно од Београда ка Републици Српској и даље ка Босни и Херцеговини.²⁹ Фаза експлоатације представља последњу и кључну фазу

²¹ Glonti, G.: *Human Trafficking: Concept, Classification and Legal Issues*, Transnacional Crime - Corruption centre, Tbilisi, 2003, стр. 8.

²² Кривокапић, В.; Жарковић, М.; Симоновић, Б.: *Криминалистика тактика*, Виша школа унутрашњих послова Земун, Београд, 2005, стр. 300 - 310.

²³ Obradović, V.: *нав. дело*, стр. 33.

²⁴ Крунић, Р.: Илегалне миграције (кријумчарење људи и трговина људима), *Безбедност*, број 2/05, МУП РС, Београд, стр. 257.

²⁵ Bjelica, J.: *Trgovina ljudima na Balkanu*, на: <http://www.b92.net/doc/bjelica/03.php>, 19. 08. 2004, стр. 11.

²⁶ Tamura, Y.: Disagreement Over the Immigration of Low-Income Earners in a Welfare State, *Journal of Population Economics*, Vol. 19, No. 4, стр. 691 - 702.

²⁷ *Trafficking in Human Beings in the European Union: A Europol Perspective*, Europol, Februar 2008, стр. 4.

²⁸ Крунић, Р.: *нав. дело*, стр. 257.

²⁹ Bjelica, J.: *нав. дело*, стр. 7, 8 и 11.

трговине људима, која започиње и одвија се у месту одредишта. Стизањем жртава у место одредишта започиње процес искоришћавања свих жртвиних физичких, психичких и сексуалних потенцијала. Организатори трговине људима у овој фази остварују циљ који представља покретачку криминалну снагу, тј. обезбеђују огромну добит искоришћавајући друге. По преласку границе (ако је реч о међународној трговини људима), или по доласку у место одредишта (ако је реч о унутрашњој трговини), над жртвама се у фази експлоатације заснива потпуна контрола и онемогућава свака слобода кретања (уколико то није већ раније урађено у току транспортовања). Жртве се прихватају и смештају у разне објекте, одузимају им се или уништавају лична документа. Жртвама се саопштава положај у коме се налазе и новонастала обавеза да за лице које је „платило“ трошкове њиховог доласка у место одредишта сада морају да се проституишу, да просјаче, врше кривична дела, ратују, дају органе, принудно раде или врше друге радње којима ће трговцима вратити „дуг“, односно донети им огроман профит. Жртве се по доласку у место одредишта прихватају и смештају у различите погодне објекте, над њима се истовремено успоставља потпуна контрола са циљем довођења у подређен положај, погодан за њихову експлоатацију. Организатори трговине људима смештају жртве у приватне станове, куће, ноћне барове, викендице, подруме, локале и сличне објекте. Организатори трговине људима одмах продају неке од жртава другим трговцима, док друге жртве задржавају за себе и различитим методама контролишу их и искоришћавају. Сврха контролисања жртава од стране трговаца јесте онемогућавање бекства жртава из објекта у који су смештене, спречавање пријављивања организатора криминалне трговине надлежним органима или указивање на положај у коме се жртва налази. Затим, сврха контроле је онемогућавање успостављања присних веза са корисницима сексуалних услуга, или другим лицима са којима жртве долазе у контакт (превозници, поштари, инкасанти и др.), спречавање задржавања новца од стране жртава, спречавање самоповређивања жртава или напада на „клијенте“.³⁰ Стварање осећања у жртви да је у страниј земљи, изолована од свих познаника, пријатеља и чланова породице, без познавања језика и без комуницирања на матерњем језику са другим лицима, без личних и путних докумената, уз сталне претње (како њој, тако и њеној породици), уз трпљење сталног физичког, психичког и сексуалног насиља, премештање и препродавање жртве има за циљ да је доведе до физичке и психолошке заробљености од стране трговаца. Страх који жртвама усађују

³⁰ *Trgovina ljudima, Regionalni standardi, priručnik za sudije i tužioce*, стр. 51 - 54.

трговци представља озбиљну сметњу за сарадњу жртве са надлежним органима.³¹

III РЕАЛИЗОВАЊЕ РЕАКТИВНЕ ИСТРАГЕ

Реактивна истрага је истражна опција која следи након што је кривично дело откривено и након што је жртва идентификована. То је истрага која се првенствено темељи на сарадњи жртве кривичног дела трговине људима са органима откривања и гоњења. Могућност реактивног одговора у великој мери зависи од откривања и пријава. Међутим, када не постоји технолошки напредна опрема за откривање фалсификованих исправа на граничним прелазима, када недостаје радна снага за чување и патролирање на порозним границама, када је лоша образовна структура припадника царинских и полицијских органа и лоша безбедносна култура грађана, тада није увек лако открити жртве трговине људима. Чекање пријава о делу, учиниоцу и жртви је неделотворна опција сузбијања трговине људима, из разлога што је пријава често веома мало, па је и број реактивних истрага иницираних од стране жртава мали.³² Томе треба додати да често идентификоване жртве трговине људима и када буду избављене из ланца трговине, не желе да сарађује са органима откривања и гоњења због страха од депортовања, јер су им одузети документи и/или немају регулисан правни статус у земљи у којој се налазе, страха од одмазде трговаца према њој и члановима њене породице, страха да ће бити послате у затвор, осећања стида, непознавања језика и правосудног система земље у којој су откривене, недостатка знања о улози полиције и слично.³³ Због начина рада трговаца људима и трауматичног стања у коме се веома често налазе жртве трговине, припадници полиције и правосудних органа често ће бити лишени помоћи жртава, јер оне неће бити спремне да сарађује у кривичном поступку, нити да се појаве као оштећени или сведоци у судском поступку. Треба напоменути, да је ово понашање жртава потпуно супротно уобичајеним ситуацијама, када по извршењу неког другог кривичног дела, жртве по правилу, одмах сарађују са полицијским службеницима који настоје да

³¹ Ristanović-Nikolić, V.; et al.: *Trgovina ljudima u Srbiji*, Viktimološko društvo Srbije, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Beograd, 2004, стр. 82.

³² *Сузбијање илегалних миграција и кријумчарење миграната у региону западног Балкана*, Савет Европе и Међународна организација за миграције, Стразбур-Женева, 2006, стр. 190 и 191.

³³ Clawson, H.; Dutch, N.; Cummings, M.: *Law Enforcement Response to Human Trafficking and the Implications for Victims: Current Practices and Lessons Learned*, Caliber, an ICF International Company, December 2006, стр. 38 и 39.

разјасне и докажу кривично дело. Оваква ситуација створила је потребу за стварањем новог и другачијег приступа у поступању са жртвама, с тим, да принципи хуманог поступања захтевају да се полиција и тужилаштво понашају према жртвама трговине људима као жртвама тешког кривичног дела, уз максимално поштовање њихових основних људских права и слобода. Само од воље жртава зависи да ли ће сарађивати са надлежним органима на разјашњавању и доказивању кривице учинилаца, због чега, пре него што се од њих затражи било која информација (изјава), треба им пружити информације које им омогућавају да поново преузме контролу над својим животом и питати их за њихове потребе (за медицинском и другом стручном помоћи, водом, храном, лековима, чистом одећом, одмором, да се телефоном јаве члановима породице и др.). У уводној размени информација са жртвом треба да учествује што мањи број лица, по могућности једно, посебно обучено лице, које правилним поступањем према жртви настоји да задобије њено поверење. Информације пружене жртви на добар начин смањују њену тескобу због незнања о томе шта ће се у скорије време десити, пружају јој осећај сигурности, помажу у враћању контроле и задобијању одређеног нивоа самосталности. Такође, добијене информације помажу јој да се преорјентише на свет у ком постоје опције, за разлику од негативних искустава у ланцу трговине људима, где је тај ниво контроле био непостојећи или веома мали. Сврха почетног интервјуа је да се на самом почетку прикупе подаци о личности жртве и сазна да ли постоје непосредни ризици за здравље и безбедност жртве и њој блиских лица. Процена ризика има за циљ да се у разговору између овлашћеног службеног лица и жртве утврди непосредна или будућа штета коју би трговци људима могли нанети жртви и заједнички одреде будући кораци којима ће се обезбедити безбедност и добробит жртве. Рану процену ризика безбедности треба урадити што је пре могуће, након што је жртва добила све што је потребно за испуњење њених основних животних потреба, уводне информације и информације о процесу интервјуисања, те прилику да поставља питања. Никако не треба олако прећи преко процене жртве везане за њену безбедност, јер она најбоље познаје учиниоце и опасности које могу доћи од њих. Процена ризика је континуирана делатност органа откривања и гоњења и треба је предузимати све до окончања кривичног поступка, али и после, све док постоји опасност за жртву, њену породицу и друга јој блиска лица. Уколико жртва не говори језик државе у којој је откривена, одмах јој је неопходно обезбедити преводиоца, али ће се пре започињања разговора обавезно утврдити да ли жртва пристаје да разговара преко преводиоца и да ли жели да преводилац буде присутан приликом разговора. Жртву не треба присиљавати на присуство преводиоца уколико говори довољно добро да може да пренесе оно што жели да каже. Када се ради о глувој

или немој особи, или је жртви нарушено ментално здравље, поред преводиоца мора се обезбедити и тумач, односно специјалиста одређеног профила (психијатар, психолог и др.). Жртви треба пружити све доступне информације на које захтева одговор и тако већ на самом почетку задобити њено поверење.³⁴ Жртве након идентификовања и након што им је пружена помоћ у склоништу или прихватилишту, могу да одлуче да одбију да на било који начин сарађују са овлашћеним службеним лицима полиције или правосудним органима; да пристану да пруже поверљиве обавештајне податке, али под условом да не дају изјаву и да не сведоче на суду, или да одлуче да активно учествују у судском процесу као сведоци. Највећи значај за кривични прогон трговаца људима имају жртве које одлуче да активно учествују у судском поступку као сведоци. Разговор са трауматизованом жртвом мора се водити поштујући оптимални метод који се састоји од две фазе. Прво, смирити психички и физиолошки стабилизovati жртву кроз сигурност и специјалистички медицински третман и друго, а када је жртва доведена у стабилно психичко и телесно стање почети са узимањем изјаве. Испитивач увек треба да се држи ове методе која је коректна и омогућује најбољи пут за истражни процес.³⁵

УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЧНОГ СТАЊА КОД КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Службено лице које разговара са жртвом може вештим, стрпљивим и темељним разговором обезбедити најбоље могуће информације о свим битним обележјима кривичног дела трговине људима. Питања која се постављају односе се на земљу порекла, земљу транзита (уколико је реч о међународној трговини људима) и земљу одредишта, на радње учиниоца без којих се процес трговине људима не би могао реализовати и начин злостављања жртава. Службено лице доказе ће прикупљати и одговоре тражити користећи шаблон који се састоји од три контролне листе питања. На почетку раговора жртви ће се омогућити да изнесе све што јој је познато о делу и учиниоцу све док не опише цео процес трговине људима и не осврне се на комерцијалне елементе трговине људима. У другом делу разговора, жртви ће бити постављена питања са циљем долажења до специфичних детаља који потврђују читаву причу. Затим, ће се од ње

³⁴ *Transnacionalni mehanizmi upućivanja za žrtve trgovine ljudima-NACRT*, стр. 20 - 23, на:

http://www.okruznisudbg.org.yu/content/2008/trgovinaljudima/attachment/at_download. 6. 6. 2009.

³⁵ *Trgovina ljudima: regionalni standardi, Priručnik za sudije i tužioce, program obuke u Jugoistočnoj Evropi*, стр. 67.

тражити да исказује о врстама и начинима њеног злостављања.³⁶ То значи, да су питања која се постављају усмерена ка прикупљању доказа и других података о елементима кривичног дела: *радњи извршења* (врбовању, превозу, пребацивању, продаји, куповини, посредовању у продаји, сакривању и држању лица); *начину извршења* (путем силе или претње, довођењу у заблуду и одржавању у заблуди, злоупотребом овлашћења, односа зависности и тешких прилика другог, задржавању личних исправа жртве, давању или примању новца или друге користи у циљу добијања одобрења лица које има контролу над другим лицем); *сврси експлоатације* (експлоатацији рада, принудном раду, проституцији или другој врсти сексуалне експлоатације, принуди на просјачење или вршење кривичних дела, употреби жртве у порнографске сврхе, заснивању ропског положаја или односа сличног ропству, трговини органима или деловима тела и принуди жртве на учествовање у оружаним сукобима); *пристанку жртве на експлоатацију* (иако није од значаја за постојање кривичног дела, понекад може отежати доказивање кривице учиниоца); *старосној доби жртве* (уколико је реч о малолетном лицу, радиће се о тежем облику дела);³⁷ *о бављењу лица вршењем кривичног дела* (ради се о колективном кривичном делу, односно о занимању за чије је постојање потребно вишеструко предузимање делатности које представљају радњу извршења); *вршењу дела од стране групе* (чине је најмање три лица која су повезана ради трајног или повремениог вршења кривичних дела, при чему чланови групе не морају имати дефинисане улоге, континуитет чланства или развијену структуру); *постојању организоване криминалне групе* (чине је 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, а ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи); *наступању тешке телесне повреде или смрти* једног или више пасивних субјеката (најмање два лица), у односу на коју последицу је учинилац поступао из нехата; *постојању свести* лица које користи услуге жртве о њеном узрасту и о њој као жртви трговине људима.³⁸ Сви наведени елементи утврђују се у вези са местом извршења (географски аспект) и у вези са фазама кроз које се трговина реализује. О *земљи порекла* где се најчешће дешава врбовање и одлазак жртве у другу земљу, жртви ће се поставити питања: да ли је

³⁶ *Borba protiv trgovine ljudskim bićima, Regionalni praktični priručnik za borbu protiv trgovine ljudima namenjen kriminalističkim službama, Razvojni program Ujedinjenih nacija i vlade Rumunije, Bukurešt, 2003, стр. 73 – 85.*

³⁷ *Borba protiv trgovine ljudskim bićima, стр. 71 – 85.*

³⁸ *Stojanović, Z.; Perić, O.: Krivično pravo - posebni deo, XI izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2006, стр. 387 и 388.*

била отета, ако јесте - када, где и како се то догодило; где је држана и да опише просторије и све предмете у њима; да опише услове под којима је држана; да опише да ли је први контакт између ње и трговца људима био на добровољној основи, ако јесте - ко је иницирао контакт; уколико није био на добровољној бази - која средства принуде су коришћена; да ли јој је прећено или је трпела нападе. Затим, жртва ће бити упитана: где и када је дошло до првог контакта, на који начин су успоставили први контакт – путем рекламе или личним контактом са трговцем, или преко треће особе; која средства комуникације су коришћена; какав договор је постигнут и да ли је разумела о каквој врсти договора је реч; да ли је била свесна да јој се нуди бављење проституцијом, и уколико јесте - о којем виду проституције се радило, на улици или у борделу, или у агенцији; да ли је била преварена када је реч о врсти посла који јој се нуди, уколико јесте - шта јој је речено да ће радити, легалан посао, као што је канцеларијски или илегалан везан за „секс-индустрију“, као што је плесачица у ноћном бару или хостеса; где јој је речено да ће живети у земљи одредишта и са киме ће живети; какав је договор постигнут у вези са накнадом за понуђени посао – да ли је требало да извесну количину новца плати унапред или је договорено да ће дуг отплаћивати у ратама; ако јој је понуђено да плати дуг у ратама - колико времена јој је дато да врати дуг и о ком новчаном износу је реч; на који начин је договорено да ће враћати новац, директно трговцу људима у земљи одредишта или уплатом у банку, или ће новац слати у земљу порекла или неку трећу земљу; да ли јој је речено да ће морати да плати и додатне трошкове у земљи одредишта као што су изнајмљивање собе у борделу, на некој другој локацији, или рекламирање. Такође, потребно је знати да ли трговци људима знају њену адресу или податке о њеној породици и њеним најближима; да ли су ове податке знали пре него што је постала предмет трговине; да ли је боравила на некој другој адреси пре него што је напустила земљу; да ли јој је речено колико дуго ће путовати и којим рутама; да ли су њена породица или њени најближи знали за склопљени договор са трговцима; да ли је неко из њене породице или неко друго лице које над жртвом има контролу, примило или дало одређену суму новца или неку другу материјалну добит у замену за њу; да ли је жртва илегално напустила земљу порекла или је путовала легално; да ли је пре него што је постала предмет трговине, била сексуално, физички или психички злостављана или противправно лишавана слободе; да ли је било сведока везаних за све наведене догађаје; колико година има жртва и да ли је трговац људима био свестан њене старости; да пружи колико је то у могућности, детаљан опис свих осумњичених из фазе регрутовања. О *земљи транзита*, жртви се постављају питања: када је напустила (датум и час) земљу порекла и ушла у земљу транзита, и место на коме је то учинила; да ли је земљу напустила легално или илегално; ако је излазак

био илегалан, који су начини за то коришћени; ко је путовао заједно са њом; на који начин је транспортована; да ли је превозно средство заустављано на граничном прелазу. Затим, ако је из земље изашла на легалан начин, да ли је на граничном прелазу била контролисана од стране надлежних органа; да ли је попуњавала неке обрасце као што су потврде о уласку у земљу, царинске декларације и слично; којим се личним и/или путним исправама користила; да ли су лица са којима је путовала контролисана на уласку и изласку из земље, као и да ли су они попуњавали неке формуларе; где је држана и ко ју је чувао; колико времена је била у земљи транзита и у каквим условима је држана; да ли је у фази транзита била физички, сексуално или психички злостављана; да ли је била противправно затварана; ако јесте - да детаљно покуша да опише методе и учиниоце; да ли је током транзита била примећена или заустављена од стране полицијских или других органа; да ли је тражила и да ли јој је указивана медицинска помоћ или нека друга врста помоћи од стране државних органа и институција; да ли је из неког разлога попуњавала или потписивала неки званичан документ; да ли је од ње захтевано да се бави проституцијом током боравка у земљи транзита, уколико јесте - којом врстом проституције и на којим местима; да ли је била искоришћавана на неки други начин; место, време и начин транспорта приликом поласка из земље транзита. Потребно је знати и: ко је био с њом у тренутку контроле при изласку из земље транзита; да ли је она (или лица која су била са њом) предочила неке исправе; да детаљно опише све сумњиве особе са којима је долазила у контакт, просторије у којима је боравила и возила којима је превожена. *О земљи одредишта* у којој се врши прихват, контрола и експлоатација жртава важно је прикупити податке: о месту и времену уласка у земљу одредишта; о томе да ли је улазак у земљу био законит или не; ако је улазак би илегалан, на који начин је ушла у земљу, са ким и који начин превоза је коришћен; да ли је возило било заустављено на граничном прелазу; уколико се радило о броду/чамцу - где је обављено укрцавање и ко ју је сачекао; ако је улазак у земљу био легалан, да ли је на граничном прелазу била контролисана од стране надлежних органа; да ли су приликом уласка у земљу контролисана лица која су путовала са жртвом и уколико јесу - које су исправе предочили; да ли је попуњавала неке обрасце као што су потврде о уласку у земљу, царинске декларације и др.; које личне и/или путне исправе је користила; да ли је приликом уласка у земљу жртву неко сачекао, уколико јесте, како је то лице изгледало; да ли јој је приликом уласка у земљу одредишта било допуштено да задржи личне и/или путне исправе, или су јој одузете. Затим, уколико су јој исправе одузете - ко и када их је одузео; на коју адресу је прво одведена и ко ју је до тамо одвео; како су до тог места стигли; да ли је на том месту било других жртава и како су

изгледале просторије у које је била смештена; да ли је била смештена у "склоништу" или у јавној кући у којој је и радила и да их опише; да ли је приликом прихвата у месту одредишта жртва била противправно затварана или психички, физички или сексуално злостављана, уколико јесте да наведе појединости у вези са тим; на који начин је била експлоатисана, путем проституције, принудног рада, заснивања ропског односа и сл.; да ли је била приморавана на бављење проституцијом; у ком моменту је приморана на бављење проституцијом; да ли је знала да ће се бавити проституцијом; ако није, када је открила истину и ко јој је то саопштио; којим видом проституције се бавила, на улици или по приватним становима, у борделима, салонима за масажу, саунама, као хостеса или плесачица у ноћним клубовима, у агенцијама за пословну пратњу; ако се проституцијом бавила на улици - у ком делу града је радила и зашто баш на том месту; да ли је радила под надзором трговаца људима; да ли је полиција евидентирала, заустављала или приводила због бављења проституцијом; да ли је имала контакта са неким другим органима. Уколико је жртва пружала сексуалне услуге на неком другом месту, а не на улици, потребно је знати где је то било, као и: како је дошло до тога да ради баш на том месту; ко је довео; да ли су трговци људима били присутни у јавним кућама или на улици; да ли је са неким разговарала о свом раду, уколико јесте - са ким; да ли је била под надзором и ако јесте ко је надзор вршио, колику слободу кретања је имала; да ли је могла да напусти јавну кућу, бар или агенцију без надзора; да ли је радила заједно са другим проституткама и/или девојкама, уколико јесте - може ли да се сети како су се звале и да их опише; да ли су службеници полиције или других државних органа долазили у јавну кућу, бар или агенцију; ако јесу - ко и када, да ли је морала да им да своје податке, уколико јесте - које име је користила; колико сати дневно је радила, које врсте услуга је морала да пружи клијентима; да ли је имала слободу у смислу одабира клијената и врсте услуга коју ће пружити; да ли је приморавана на вршење сексуалних односа без средстава за контрацепцију; какве су биле последице уколико би одбила да пружи сексуалне услуге; колико је добро знала језик земље у којој се налазила; да ли је радила на основу списка услуга; уколико није добро знала језик - ко је преводио њен разговор са клијентима; колико је наплаћивала услуге које је пружала; колико је просечно зарађивала дневно и да ли може да процени колико је укупно зарадила за време док је била експлоатисана. Надаље, коме је предавала новац од зараде (трговцу људима, рецепционару или другим запосленима у јавној кући); да ли је новац предавала након сваког клијента или на крају смене; да ли је количину новца који је зарађивала бележила; да ли је од новца који је зарађивала проституцијом куповала својим експлоататорима накит, одећу и сл.; где,

када, коме и колико је новца потрошила, где се ти предмети налазе; да ли је морала по завршетку рада да се врати назад у „склониште“ или је остајала у просторијама где је пружала сексуалне услуге; ако је одлазила у склониште, како је стизала до њега и ко је водио; да ли је добијала проценат од зараде или је морала да преда читав износ; ко је одређивао колико ће да наплати услуге; да ли је морала да враћа дугове, уколико јесте, колико новца је дуговала и колике су биле рате; на који начин је плаћала; да ли је добијала какве потврде о исплати; да ли је жртва морала да шаље новац у земљу порекла и коме, на који начин и на чији рачун; да ли је од ње захтевано да плати и додатне трошкове као што је изнајмљивање просторија или рекламирање услуга; да ли је за додатне трошкове знала пре него што је напустила своју земљу; да ли је у тренутку поласка знала да ће се бавити проституцијом, ако није - којим средствима је била приморавана да се њоме бави. Значајно је и: да ли је прећено њеној породици или њеним најближима; да ли јој је прећено да ће њена породица или њени најближи сазнати да се бави проституцијом или да ће ова чињеница бити откривена путем медија; да ли су коришћени механизми контроле као што су претње везане за веру или културу, да ли су ови механизми контроле коришћени како би се осигурало да ће се жртва придржавати наређења организатора; да ли је могла слободно да се креће и у каквом је психичком стању била; да ли је била у могућности да побегне или да потражи помоћ од полиције; да ли је покушавала да побегне и ако није, зашто; да ли је неком другом приликом била сексуално, физички или психички злостављана или противправно лишавана слободе; да детаљно опише лица, просторије и превозна средства у земљи одредишта, а о којима није било речи у претходним фазама; да наведе да ли је била спасена или је сама побегла и да пружи детаљан опис свега чега се сети. У оквиру свих поменутих фаза лице које води разговор треба да настоји да прикупи што више доказа, чињеница и детаља о евентуалним сведоцима, како би помоћу њих био поткрепљен исказ жртве. Сва тражењем одговора на постављена питања не сме се застати све док не буде прикупљено толико доказа да ће јавни тужилац моћи одлучити о кривичном поступку.

ЗАКЉУЧАК

Трговина људима је безбедносни проблем глобалног карактера који се због своје сложености, укључености организованог криминала у извршење, и насиља које се примењује према жртвама, веома тешко открива и доказује. Промењен однос према жртви, условио је промену у стратегији борбе против трговине људима. Наиме, без обзира на законске могућности и напредну технологију која се може користити у откривању и

доказивању кривичног дела трговине људима, исказ жртве и даље представља важан извор доказа у поступку утврђивању чињеничног стања у вези кривичног дела трговине људима. Реактивна истрага је истражна опција која се заснива на доприносу жртве, али оне жртве која се третира на хуман и достојанствен начин, којој је пружена помоћ и заштита, омогућена подршка како би се поново вратила свакодневном животу. Трауме које жртва носи након извршеног кривичног дела трговине људима могу бити препрека у сарадњи са органима откривања и гоњења, зато их је потребно одмах препознати, жртви помоћи да их преброди, дати јој довољно времена да самостално и без притиска одлучи када ће учествовати у поступку против трговаца. Али када одлучи, њен исказ биће снажно средство у поступку утврђивања чињеница и доказивању кривице трговаца људима.

Petar Stanojevic, LLD
Full Professor
Saša Atanasov, LLM
Assistant

THE SIGNIFICANCE OF REACTIVE INVESTIGATION FOR DIMINISHING HUMAN TRAFFICKING

Summary

The specific aim of this paper is to understand the vastness and importance of applying reactive investigation as a specific investigative option based on cooperation of victims with legal entities, with a sole purpose of preventing human trafficking. Leaning on this objective, various solutions have been analyzed both in domestic and international documents dealing with victims' rights and protection. Furthermore, the process of human trafficking has been explained, pointing out that structural weaknesses in human trafficking can be used as an asset in cooperation with victims. The specific manner when taking victims' depositions and questioning them has been introduced, since it provides suitable basis for the collection of evidence while respecting psychological benefits and avoiding further victimization.

Др Драгиша Дракић

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ПСИХОЛОШКО ВЕШТАЧЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Анстракт:

У првом делу рада аутор говори о настанку и развоју вештачења уопште, а потом и о психолошком вештачењу посебно. Затим се анализирају разлози који су довели до несагласности кривичног права и психологије на плану психолошког вештачења.

Други део рада посвећен је разматрању значаја који психолошко вештачење има у нашем кривичном праву и поступку. Аутор закључује да је наш нови Законик о кривичном поступку психолошком вештачењу доделио другоразредну улогу у поређењу са психијатријским вештачењем.

На крају заузима став да је психолошко вештачење неопходно кривичном праву, али да се његов значај и домањај у овој грани права ипак не би смео преценити.

Кључне речи: *психолошко вештачење, кривично право, кривични поступак.*

Учествовање вештака у судским поступцима има дугу традицију. Томе у прилог говори податак да су се још у Вавилону понекад позивали вештаци приликом доношења судских одлука. Такве информације нам пружају и извори из Кине, Индије, Персије и Египта. И у старој Грчкој и Риму¹ постојала је пракса да се у процесу судског одлучивања узму у обзир и искази стручњака из области медицине и природних наука уопште². Ипак, потребно је свакако нагласити да су тадашња вештачења имала мало тога заједничког са данашњим, као и да су вештаци много ређе него данас учествовали у кривичним поступцима. С тим у вези, методи које су тада користили вештаци били су у најмању руку необични, ако би их упоредили са савременим методима вештачења, док је због

¹ Тако на пример вештаке помиње Момзен у својој књизи Римско кривично право из 1899. године као посебну врсту сведока (*arbitrari*), који су могли бити позвани пред суд да изнесу, не своје знање о некој чињеници, већ стручно мишљење о одређеном питању. Видети, Th.Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Graz 1955, S.431.

² Видети о томе детаљније, K.Dippel, *Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß*, Heidelberg 1986, S.7,8.

једноставних услова живљења судији тада по правилу било довољно и сопствено животно искуство за решавање спорних питања конкретног случаја.

Суштинска промена наступа почетком деветнаестог века, а нарочито крајем деветнаестог и почетком двадесетог века, када долази до убрзаног развоја природних наука и наглог напретка технике у најширем смислу. Овај развој се посредством филозофског позитивизма теоријски обрађује и уобличује након чега се транспортује готово у све области друштвеног живота, укључујући и дешавања у судницама. Захтева се, не само у области природних наука већ и у другим научним областима, егзактно доказивање на основу најновијих научних сазнања и достигнућа и на бази природнонаучног начина размишљања. За ово не постоји бољи пример од психијатрије. Тако је још Кант био мишљења да је лечење душевног болесника ствар филозофа³. Штавише, све до четрдесетих година деветнаестог века важила је морално-теолошка поставка да су душевне болести уствари грех⁴. Тек након тога природнонаучни начин мишљења налази своје место и у области психијатрије, након чега полако почиње да преовладава став да је душевна болест у суштини болест психе, у чијој основи се налази неки органски разлог. Ово схватање проузроковаће далекосежне последице на плану односа психијатрије и психологије, и умногоне предодредити улогу и значај који у савременим кривичним поступцима има психолошко вештачење.

У то време паралелно се одиграва још један процес. Наиме, област научног се шири, те се науком покривају области друштвеног живота, делатности и конкретног поступања који, или раније нису уопште постојали, или нису били предмет научно-стручног интересовања. Истовремено међутим долази и до уситњавања научних области, као и умножавања ускоспецијализованих стручњака који припадају различитим научним усмерењима, а касније и различитим правцима и струјама у оквиру истог усмерења⁵. То је довело до праве најезде ових стручњака као вештака у судове. Поменимо само неке од њих, који су се раније позивали или се и даље позивају у судске поступке: психијатри, психолози, психоаналитичари, карактеролози, физичари, хемичари, петрографи,

³ Тако, K.Dippel, *ibid*, S.11.

⁴ K.Dippel, *ibid*.

⁵ С тим у вези, немачки филозоф Улмер с правом је рекао да "процес специјализације разбија јединство људског знања. Најтежа последица научног напретка је непрозирност модерног начина живота. Долази до страховитог раскорака између стручног и општег знања. Пораст знања о појединим животним подручјима прати све већа несигурност и неизвесност у погледу целине живота". Видети, М.Ђурић, *У спомен на Карла Улмера, Изазов нихилизма/ Искуство разлике*, Београд 1997, стр.93.

минеролози, гемолози, металурзи, антропометријски вештаци, лекари за животиње, зоолози, ботаничари, бактериолози, дактилоскопски вештаци, микроскопичари, фотографи, вештаци за неку уметност, грађевински вештаци, вештаци за паљевине, експерти за оружје, вештаци за теретна возила, нумизматичари, филателисти, вештаци за привредна питања, стручњаци за књиге, за рукопис, за стилистику, педагози, историчари, геолози, метеоролози, стручњаци за биоклиму, и многи други⁶.

Што се тиче психолога, они су се тек почетком двадесетог века почели позивати у кривичне поступке у циљу вештачења урачуњљивости појединих учинилаца кривичних дела⁷. И тек што су закорачили у својству вештака у кривичне судове дошло је до сукоба њихове науке са психијатријском, који ће се проширити и на терен судовања.

Наиме, када је крајем деветнаестог и почетком двадесетог века први пут дошло до ширења психопатолошког поља у психијатрији на тзв. неболесне душевне сметње, настао је својеврсни компетенциони конфликт између психијатрије, која је до тада била надлежна за све болесне душевне поремећаје који имају неки доказани или претпостављени органски узрок, и психологије, у чијој су се компетенционој области до тада налазили нормално-психолошки феномени. Наметнуло се као логично питање, која научна дисциплина ће убудуће имати привилегију да се бави неболесним душевним абнормалностима, које се наводно налазе негде на граници између душевне болести и душевног здравља те као такве у потпуности не припадају ни једној од ових области. У питању је дакле била сасвим трећа новопрокламована област, која се налазила између нормалне психологије и класичне психопатологије, премда је од самог почетка било јасно да се ни од једне ни од друге не може прецизно одвојити нити чврсто појмовно одредити. То је довело до тога да је свака научна дисциплина прогласила искључиво сопствену компетенцију за проучавање ових неконвенционалних психопатолошких феномена, и оспорила надлежност оне друге.

Овај компетенциони конфликт између психијатрије и психологије на плану њихове науке и клиничке праксе данас готово да више није актуелан. Он је разрешен такоређи сам од себе, јер су у међувремену формиран различити психијатријски а нарочито психолошки правци који немају традиционалну психијатријску или психолошку оријентацију, па

⁶ Преузето из, K.Dippel, *ibid*, s.12.

⁷ Тако, T.Fabian, S.Stadler, *Die psychologische Begutachtung der Schuldfähigkeit – Entwicklung, Meinungen, Perspektiven*, in: *Ausgewählte Fragen und Probleme forensischer Begutachtung* (Hrsg von Helmut Kury), Köln – Berlin – Bonn – München 1987, S.123.

самим тим ни изворно ексклузивни предмет сопствене компетенције коју би ваљало бранити од претензија друге научне дисциплине.

Ипак, разрешење овог конфликта није ишло истим путем када је у питању област вештачења у кривичном поступку. Наиме, када је у већини кривичних законодавастава почетком двадесетог века дошло до ширења психопатолошких категорија које могу довести до искључења или смањења урачунљивости на не-болесне душевне сметње, за правнике се поставило питање, да ли вештачење оваквих учинилаца у кривичним поступцима поверавати, као и до тада, искључиво психијатрима, или позивати и психологе. Кривичари су се с тим у вези налазили у деликатној позицији коју је требало ваљано разрешити, јер су емпиријски резултати указивали на то да су "психотични" делинквенти реткост, док су "абнормне личности" као извршиоци кривичних дела правило⁸. А управо су ове личности биле предмет поменутог спора психијатрије и психологије.

Као што смо напред истакли, од почетка двадесетог века психолози почињу, најпре веома ретко, а касније и нешто учесталије да се позивају у кривичне поступке у циљу вештачења урачунљивости. И када се очекивало да ће тренд њиховог позивања расти, у складу са све већим утицајем психологије као науке двадесетог века, он је почео да стагнира или чак да опада. Било је више разлога што је до тога дошло.

Као прво, тренд развоја модерне психолошке науке био је такав да је у кратком временском периоду формиран велики број различитих психолошких праваца, који су понекад на иста питања давали различите одговоре, и међу којима је временом дошло до непомирљивих супротности. Стога се судија нашао пред озбиљном дилемом када је требало наредити вештачење и поверити одређеном вештаку, наиме питањем, којем вештаку одређене психолошке школе дати предност. Њему је свакако у тој ситуацији лакше било поверити вештачење психијатру око чијег избора није имао дилема такве врсте, а који је такође компетентно могао одговорити на питање које би суд упутио психологу, да га је том приликом делегирао као вештака.

Као друго, на крилима процвата психолошке науке прве половине двадесетог века расте притисак психолога на правнике, који траже за себе више простора у кривичним поступцима. Штавише, они се залажу за измену поимања фундаменталних кривичноправних института и њихово предавање у руке психологије. Психолози тако захтевају "да се јака стремљења психологије која разјашњава ставе испред рационалне

⁸ Тако, D.Cabanis, *Möglichkeiten und Grenzen der forensisch-psychiatrischen Begutachtung*, Berlin – Bonn – München 1971, S.13,14.

психологије права", и истичу да се о елементима основних кривичноправних института и појмова, као што су умишљај, намера, мотив, свест о неправу, осећање, способност расуђивања и одлучивања, али и неких других, "не сме доносити одлука на основима судијске лаичке психологије"⁹. Оваквом мишљењу повиновали су се и неки правници пре свега у првој половини двадесетог века¹⁰.

Већина правника ипак енергично се изјашњава против "психологизације" правничког појмовног света", док поједини чак упозоравају "да психологизам може довести до правног nihilизма"¹¹. Коначно, и психијатри стају на страну правника критикујући нарастајуће амбиције психолога усмерене ка "психологизацији" кривичног права и поступка, а неки тврде да ће, ако се психологији дозволи још јачи уплив и већи утицај, то довести напросто до "укидања кривичног права"¹². Свакако, овде би требало истаћи да психијатри нису устали против

⁹ Видети, K.Dippel, *ibid*, S.37.

¹⁰ Тако на пример наш адвокат Ђермеков истиче следеће: "Нису ли чисто психолошки, тешки психолошко-социјолошки проблеми и појмови ти, што их сусрећемо у новом нашем кривичном законнику: опасност за друштвени поредак, злочиначка наклоност, побуде, циљ, непосредни подстрек, мјера увиђавности, кајање, ранији живот, посљедица дјела, особито лак случај, злочиначка воља необично јака и ружна, зао значај, нечасне побуде итд. Да ли могу овакве појмове да схваћају, овакве проблеме – који су тешки чак и за једнога специјалисту психолога и социјолога – свакодневно да рјешавају на задовољство друштва и кривичног законика судци са стручношћу, добивеном на јуридикчко-формалном пољу кривичног права?". Видети, Д.Ђермеков, *Психолошки моменат у нашем новом кривичном закону*, Мјесечник, бр.9,10, г.LV рујан-листопад, Загреб 1929, стр.409. У истом стилу немачки теоретичар и филозоф Урлих Клуг каже да се психијатријски и психолошки вештаци у кривични поступак позивају претежно у вези са питањем урачуњливости. Ипак, пожељно је према његовом мишљењу позивати их у поступак и када се разјашњавају елементи који улазе у тзв. субјективно биће кривичног дела, као што су "намере, мотиви, осећања итд.". Једнако важи и приликом процене да ли постоји "одбрамбена воља код нужне одбране, мотив спасавања код крајње нужде итд.". У обзир долази њихово позивање и када је у питању "умишљај са његовим интелектуалним и волунтативним претпоставкама, субјективне карактеристике нехата, свест о неправу и субјективни елементи основа искључења кривице". Психијатријски и психолошки одговори наводно би могли бити од велике користи и у оквирима института стварне и правне заблуде. Штавише, према мишљењу овог аутора предметни вештаци би својим искуством понекад могли помоћи суду чак и у процесу судског утврђивања чињеничног стања уопште!? Видети, U.Klug, *Phänomenologische Aspekte der Strafrechtsphilosophie von Kant und Hegel*, in: *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz* (Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag), Frankfurt am Main 1969, s.232,233.

¹¹ K.Dippel, *ibid*, S.38.

¹² Видети о томе, T.Fabian, S.Stadler, *ibid*, S.130.

нарастајућих амбиција психологије јер су били уплашени за судбину кривичног права, већ из сопствених разлога, то јест, да би се "територијални сукоб" са психологијом око превласти у вези са вештачењем у кривичном поступку завршио у њихову корист. У сваком случају, овакав развој догађаја одговарао је њиховим тренутним интересима.

Након што су дакле форензички психолози покушали наметнути свој ауторитет вештацима психијатрима, а нарочито када су се усудили да поједине изворно кривичноправне институте, појмове и судске радње доказивања обоје психолошки, и сугеришу своју супериорност за одлучивање у односу на правнике о тако важним питањима као што је на пример кривица, одмеравање казне, или процена испуњености услова за изрицање појединих кривичних санкција, ови последњи крећу у обрачун са психолозима. Расположење правника тим поводом најбоље може илустровати изјава угледног кривичара и теоретичара права Бокелмана који критикује праксу позивања психолошких вештака у суднице, па чак и када је у питању испитивање веродостојности исказа сведока – деце и малолетника. Оспорити судији компетенцију да одлучује и о овим питањима "значило би довести у питање његову егзистенцију", каже Бокелман. С тим у вези даље истиче: "Може се бити судија, а да се не схвата високоразвијена техника. Али, не може бити судија онај коме је стран човек"¹³. Такође, указује на то да психолошке истраживачке методе нису у складу са духом кривичног поступка. Стога би даљу психологизацију кривичног права требало спречити чак и ако би она гарантовала веће успехе од оних који се очекују према садашњем стању науке. Јер, свака психолошка експлорација жигосе оног који јој се подвргава. "Она га материјализује, претвара га у ствар, у материјал за истраживање истине, па и онда када су употребљене методе, какве су свакако вештакове, најбоље и најчасније". Али, "таква деперсонализација", завршава Бокелман, "која може бити и подношљива, када служи терапеутским циљевима и добробити поједине особе, није дозвољена у кривичном поступку"¹⁴. На тај начин овај угледни правни теоретичар заузима јасан и недвосмислен став по питању места и улоге, коју би психолошки вештаци требало убудуће да имају у кривичним поступцима. Његово мишљење заступа и већина тадашњих правника. За њих је продор

¹³ P.Bockelmann, *Strafrichter und psychologischer Sachverständiger*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg 1955, S.329.

¹⁴ О напред реченом видети детаљније, P.Bockelmann, *ibid*, S.335.

психолошких вештака у судску праксу представљао велику невољу за кривично право¹⁵.

Неблагодан однос кривичара у односу на психолошке вештаке задржан је до данас. Када је у питању наша земља, претходно речено јасно се може потврдити ако анализирамо поједине одредбе новог Законика¹⁶ о кривичном поступку¹⁷. Тако се у делу Законика који се односи на посебне случајеве вештачења налазе, међу осталима, одредбе које се односе на психијатријско вештачење. Ове одредбе јасно и недвосмислено налажу органу који води поступак да, кад год се појави сумња у урачунљивост окривљеног, као и да је извршено кривично дело услед зависности од алкохола или дрога¹⁸, односно ако се сумња на то да због душевних сметњи окривљени не може да учествује у поступку, обавезно одреди психијатријско вештачење. Штавише, Законик сугерише органу поступка да одреди психијатријско вештачење чак и када се појави сумња у способност сведока да пренесе своја сазнања или опажања у вези са предметом сведочења, с тим што ово вештачење тада није обавезно¹⁹. Шта се из тога може закључити? У првом реду да орган који води поступак не би у таквим ситуацијама могао наредити психолошко вештачење окривљеног или сведока, па чак и ако би сматрао да се овом врстом вештачења може квалитетније доћи до неопходних података. Из тога следи да је наш нови Законик на тај начин у начелу дао монопол на вештачење психијатрима у односу на психологе, иако би вештак психолог у већини поменутих случајева²⁰ могао једнако компетентно као и психијатар обавити посао вештачења. Додуше, законодавац није у потпуности екскомуницирао психолошке вештаке из кривичних суђења. Дозволио је наиме могућност да јавни тужилац у истрази одреди психолошко испитивање осумњиченог ако процени да би то било корисно

¹⁵ Тако, G.Blau, *Der Strafrechtler und der psychologische Sachverständige*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 78, Heft 1, Berlin 1966, S.153.

¹⁶ Предмет истраживања у овом раду неће бити значај психолошког вештачења у поступку суђења малолетним учиниоцима.

¹⁷ *Законик о кривичном поступку*, Службени гласник Републике Србије бр.72/2011.

¹⁸ Хтели бисмо да нагласимо да се у члану 533 став 1 Законика где се говори о садржини налаза и мишљења вештака у вези са "Поступком за изрицање мере безбедности обавезног лечења алкохоличара или мере безбедности обавезног лечења наркомана" нигде не прецизира да би тај налаз и мишљење требало да донесе вештак психијатар, већ се говори о "вештаку" уопште.

¹⁹ Видети чл.131 ЗКП-а.

²⁰ Осим када се сумња да би урачунљивост окривљеног могла бити искључена или знатно смањена због душевне болести, када долази у обзир једино психијатријско вештачење окривљеног.

у циљу допуне података о његовој личности²¹. Када је у питању главни претрес, закон такву могућност изричито не даје и судији који води поступак. Из тога следи да би он сам морао на главном претресу доћи до свих релевантних података о личности окривљеног које су неопходне за тако важна питања као што је рецимо правилан избор одређене кривичне санкције која би могла бити изречена учиниоцу, односно правилно одмеравање казне, а да се у том циљу не би могао користити психолошким вештачењем.

Додуше, једна општа одредба Законика²² која се тиче разлога за одређивање вештачења буди наду да ситуација није тако неповољна за психолошке вештаке. У њој се каже да ће орган поступка одредити вештачење "када је за утврђивање или оцену неке чињенице у поступку потребно стручно знање"²³. Поставља се питање, да ли би орган поступка заиста могао да искористи ову законску могућност и одреди психолошко вештачење увек када процени да не поседује психолошко стручно знање, уопште или у довољној мери, које је од одлучног значаја за утврђивање неке чињенице, иако о томе не постоји изричита законска одредба којом би се прецизирало под којим конкретним условом и у односу на коју чињеницу би оваква могућност дошла у обзир. Наравно, психолошко вештачење не би никако могло бити одређено у оним ситуацијама за које је Законик сматрао да спадају у искључиву надлежност психијатријских вештака о чему смо напред говорили. Реч је дакле о вештачењу урачунљивости односно стања зависности од алкохола или дрога, процесне способности окривљеног да прати ток поступка, као и психолошкој експлорацији личности сведока у вези са догађањем поводом којег се води поступак. Такође, са формално-правне стране није спорно да је психолошко вештачење могуће тамо где је то изричито предвиђено у Законнику, дакле када је то неопходно ради прикупљања допунских података о личности осумњиченог у истрази. У свим другим ситуацијама, а у вези са оним о чему смо напред говорили, поставља се као логично питање, да ли и поводом којих чињеница би могло бити одређено психолошко вештачење?

²¹ Видети чл.309 ст.2 ЗКП-а.

²² Са њом је компатибилна и одредба чл.2 Закона о судским вештацима у којој се каже да "послови вештачења, у смислу овог закона, представљају стручне активности чијим се обављањем, уз коришћење научних, техничких или других достигнућа, пружају суду или другом органу који води поступак потребна стручна знања која се користе приликом утврђивања, оцене или разјашњења правно релевантних чињеница".

²³ Чл.113 ст.1 ЗКП-а.

Пре коначног одговора на ово питање хтели бисмо да наведемо шта уопште може бити саставни део психолошких вештачења у кривичном поступку. Другим речима, о чему је легитимно да се изјашњавају психолошки вештаци у својим налазима. Износимо при том мишљење форензичких психолога о том питању. С тим у вези, психолошка експертиза би могла обухватити изјашњавање о следећим питањима: опис и тумачење улоге развојних услова; утврђивање нивоа општих и специјалних интелектуалних способности; утврђивање евентуалних психоорганских поремећаја; процена емоционалне и социјалне зрелости; процена вредносног система; анализа мотива (посебно оних у вези са деликтом); откривање доминантних одбрамбених механизма; утврђивање преовлађујућих црта личности и њене структуре; процена присутности психопатолошких појава и њихова анализа са становишта форензичког значаја; процена по посебним критеријумима које случај налаже и процена будућег понашања испитаника²⁴. Несумњиво је да би психолошка сазнања могли имати вишеструку примену у процесу суђења. Тако психолог Биро истиче да би знања из физиолошке психологије могла да укажу на карактеристике људског понашања у посебним стањима (алкохолисаност, стрес, афекат и сл.), из социјалне психологије на улогу групе, међуљудских релација, стереотипа и предрасуда, те на специфичне криминогене ситуације, а знања из клиничке психологије на присуство и значај психопатолошких чинилаца у инкриминисаном акту²⁵. Наш угледни форензички психијатар Капамација нешто је мање издашан када су у питању компетенције психолошког вештака у кривичном поступку. Тако, он све напред наведено своди на два могућа задатка психолога када се у улози вештака нађе у кривичном поступку - "испитивање и портретисање личности као први, и процењивање органског оштећења мозга преко психолошког испитивања, као други задатак", премда признаје да његова улога у појединим случајевима може да буде и шира²⁶.

Када би напред речено хтели да преведемо на терен кривичног права и његов речник, могло би се закључити да ангажовање психолошког вештака у општем кривичном поступку долази у обзир у оквиру института неурачунљивости односно битно смањене урачунљивости ("привремена душевна поремећеност", "заостали душевни развој", "друга тежа душевна поремећеност"); одмеравања казне (евентуално би могло

²⁴ Тако, М.Костић, *Форензичка психологија*, Београд 2002, стр.152.

²⁵ Тако, М.Биро, *Психолошка наука и право*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр.6, Нови Сад 1987, стр.27,28.

²⁶ Видети, Б.Капамација, *Психијатар и психолог као судски вештаци*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр.6, Нови Сад 1987, стр.11.

доћи у обзир у оквиру следећих олакшавајућих и отежавајућих околности: "степен кривице", "побуде из којих је дело учињено", "ранији живот учиниоца", "личне прилике", "његово држање после учињеног кривичног дела", као и "друге околности које се односе на личност учиниоца"); процене испуњености одређених законских услова за изрицање појединих мера безбедности ("опасност од даљег вршења кривичних дела") као и других кривичних санкција (условна осуда, судска опомена, рад у јавном интересу); процене способности окривљеног да прати ток поступка и коначно, испитивања личности сведока у циљу правилне процене веродостојности његовог сведочког исказа.

Није спорно да је учествовање психолошких вештака неопходно²⁷ у одређеним сложеним ситуацијама, чије успешно разрешење захтева поседовање психолошких знања која су *condicio sine qua non* суптилног и нијансираног распознавања и градирања нормално-психолошких датости у својој финој различитости, и које судија свакако не би могао успешно да реши, нити на основу сопственог правничког знања и животног искуства, нити ангажовањем психијатријског вештака. То учествовање може доћи у обзир у већини напред наведених ситуација, наравно уколико околности конкретног случаја захтевају поседовање поменутих стручних психолошких знања које орган који води поступак по природи ствари не може имати. За разлику од правника који и када истражује личност окривљеног или сведока то чини фрагментарно и селективно, јер размишља у категоријама права и правне науке, "гледајући својим духовним очима закон којег он заступа, то јест, којег штити и примењује", психолошки вештак професионално је оријентисан на то да истражи и предочи "свеукупност психолошких налаза о овом окривљеном или сведоку"²⁸. И управо ово последње може проузроковати озбиљне проблеме у кривичном поступку и створити напетости између правника и психолога. Јер, "психологија анализира како човек дела, како његово поступање повратно делује на човека, како дејства његовог поступања утичу на промену околине, како околина утиче на поступање човека, који психички процеси се за то време одигравају у човеку"²⁹. Ипак, све то није интересантно за кривично право и све то није од важности за кривични поступак. У њему се истражује само онолико од личности окривљеног колико је унео у своје дело, односно оно и онолико од личности

²⁷ С тим у вези и Блау тврди да је форензичка психологија неопходна у модерном кривичном поступку. Видети, G.Blau, *ibid*, S.182.

²⁸ D.Lüttge, *Der Psychologe als Sachverständiger im Strafprozeß – Hilfe oder Alibi?*, in: *Ausgewählte Fragen und Probleme forensischer Begutachtung* (Hrsg. Von Helmut Kury), Köln – Berlin – Bonn – München 1987, S.106.

²⁹ D.Lüttge, *ibid*, S.106,107.

окривљеног или сведока што може бити релевантно за тренутно процесноправно или материјалноправно разрешење конкретне правне ситуације. Све друго остаје ван сфере интересовања кривичног права. Наведено размимоилажење између правне и психолошке науке најбоље се може показати на примеру њиховог различитог поимања једне вољне радње. Док кривично право под вољном радњом подразумева просто преобраћање одређеног стања свести у кривичноправно релевантни покрет, с психолошког гледишта вољни карактер неке радње одређен је целокупним комплексом свесних и полусвесних стања, па и несвесних импулса, који заједно творе "ја" које предузима радњу у датом тренутку. Због тога, али и много других разлога, не чуди она суревњивост правника у односу на психолошке вештаке и нерасположење према њиховом учешћу у кривичним поступцима о чему смо говорили на почетку нашег рада.

На крају би се могло закључити да је психолошко вештачење неопходно кривичном праву, премда се његов значај не сме преценити. У нарочито деликатним и суптилним кривичноправно релевантним ситуацијама, чије разрешење захтева поседовање нарочитих психолошких знања, учешће ових вештака је пожељно. Које су то ситуације не би се могло *a priori* рећи, већ то зависи од околности конкретног случаја. У сваком случају, не јављају се често. Неке смо поменули у претходном излагању. Но и тада психолошко вештачење није обавезно, већ је у сваком појединачном случају потребно донети одлуку да ли орган поступка на основу сопственог знања и животног искуства може самостално извршити психолошку процену, или се за помоћ треба обратити психолошком вештаку. Наш Законик је и тамо где би учешће ових вештака могло бити од користи органу који води поступак "везао руке" и обавезао истог да, или за разрешење ових питања у поступак позове вештака психијатра, или да их сам реши. Тиме су психолошки вештаци свакако доведени у неравноправан положај у односу на психијатре и фактички маргинализовани као вештаци у кривичном поступку. Остаје им *ex lege* једино да евентуално на позив тужиоца у истрази прикупе додатне податке о личности окривљеног. Додуше, орган који води поступак има могућност да их позове и на основу опште одредбе – уколико за утврђивање неке чињенице у поступку не поседује стручно знање. Једино што се тада, као логично, поставља питање, шта у таквој ситуацији преостаје психолошким вештацима да вештаче, ако изузмемо послове које је Законик изричито поверио психијатријским вештацима, а које мишљења смо већином компетентно могу обављати и вештаци психолози. Одговор на ово питање гласио би – не преостаје им готово ништа. Стога је законодавац, као што је то учинио и када су вештаци психијатри у питању, био дужан да изричито пропише у којим још случајевима долази

у обзир психолошко вештачење мимо оне могућности њиховог ангажовања која је предвиђена у фази истраге. То би у поменутих случајевима несумњиво допринело правилном и потпуном утврђивању чињеничног стања и самим тим доношењу законите и праведне судске одлуке.

Dragiša Drakić, LL.D
Associate Professor

PSYCHOLOGICAL EXPERTISE IN CRIMINAL LAW

Summary

In the first part of the paper the author discusses the origins and development of expertise in general, and after that, speaks about psychological expertise in particular. Then the author analyzes the reasons that led to disagreement between criminal law and psychology in the field of psychological expertise.

The second part of the paper is dedicated to the consideration of the importance of psychological expertise in Serbian criminal law and procedure. The author concludes that in the new Serbian Code of Criminal Procedure a secondary role is given to the psychological expertise comparing to the psychiatric expertise.

Finally, the author reaches the conclusion that psychological expertise is required in criminal law, but also points out that its importance and scope in this branch of law should not be overestimated.

Др Марјан Николовски
Ванредни професор Факултета безбедности Скопје,
Македонија

ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЧКО-НАУЧНЕ ДЕЛАТНОСТИ И ЕДУКАЦИЈЕ КАДРОВА НАДЛЕЖНИХ ЗА БОРБУ ПРОТИВ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА

Анстракт:

У савременим условима живота организовани криминал представља феномен који обухвата све сегменте друштвеног живота. Припадници организоване криминалне групе не бирају методе и средства ради остваривања својих циљева, настојећи да се уграде у постојеће системе свих институција. Модалитет њиховог деловања су разне форме утицаја, не би ли успели да придобију појединце из државних органа и институција, инволвирајући своје припаднике у највише органе власти, корупцијом важнијих функционера.

Да би се супротставили том облику деловања припадника организованих криминалних група, није довољно само прихватити и ратификовати међународне акте и промене у националним регулативама које се односе на кривична дела из области организованог криминала, већ је од изузетног значаја **научно-истраживачки рад и едукација** кадрова који раде на спровођењу метода и средстава у расветљавању тог типа кривичних дела.

Безбедносне институције, надлежне за борбу са организованим криминалом у погледу кадрова представља сложену структуру, што са своје стране захтева одређену специфичност у погледу примене најнових резултата научно-истраживачког рада и едукације тих кадрова. Потребно је организовати посебну едукацију у појединим областима и то: превентивно-посматрачку делатност, контролну делатност, делатност у прикупљању информација, криминалистичку анализу тих информација, делатност у прикупљању доказа за припрему и извршавање тих кривичних дела, истраживачко-научну делатност, менаџмент итд.

Кључне речи: *научно-истраживачки рад, едукација, специјализација, кривична дела, организовани криминал*

Организовани криминал данас

“Људско биће је продукт два узрока: наслеђење и наобразба. Ако наслеђе је нешто што се неможе мењати, онда наобразба је најзначајнија променљива величина за људски успех. Не постоји нешто што не би се могло направити са квалитетном наобразбом“
Марк Твен

Једна од карактеристика саовременог света је брзи развитак науке, технике, технологије, електронике, информатике. Такав развитак науке не само што доприноси развоја целокупног друштва, већ доводи до тога да извршиоци савремених облика организованог криминала, при извршавању кривичних дела, остају неоткривени између осталог и ради примене савремених научно-техничких сазнања, савремену технологију комуникације која представља најнови хит на светском нивоу. Стог аспекта кад говоримо о разоткривању тог типа кривичних дела, морају се пратити најновије методе и средства које примењују организоване криминалне групе (ОКГ)¹, и вршити континуирану едукацију кадрова који раде на тој проблематици.

Почетак новог милениума карактерише се са коришћењем достигнућа науке и технологије у начину извршавања кривичних дела из области организованог криминала. Институције који су надлежне за расфетљавање тих кривичних дела у принципу иду карак иза извршиоца, они трагају по научним достигнућима који би им помогли и олакшали у разоткривању и сузбијању тог типа криминалитета. Програм едукације се мора прилагођавати према новим начинима извршавања и прикривања кривичних дела од стране организоване криминалне групе.

Модерна друштва у свету данас су под претњом савремених облика организованог криминала, који не познаје никакве границе, ни територијалне, ни административне. Организовани криминал је највећи противник савременог света, који онемогућује и кочи његов развој. За разлику од класичног криминала, организовани криминал има већи обим и интензитет деловања у више друштвених сфера, а исто тако разликује се по томе што су ефекти проузроковани његовим деловањем далеко озбиљнији и имају велики негативни одраз на цивилизацијске добити. У

¹ UN Convention against Transnational Organized Crime, Article 2 Use of terms For the purposes of this Convention:

“Organized criminal group” shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes of offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit

свету скоро и да не постоји земље која није захваћена или је имуна овог типа криминала.

Адекватан одговор организованом криминалу је могућ једино са креирањем адекватне криминалне политике, креирана од стране кривично-правних, криминолошко-криминалистичких и социолошких научних радника који се баве овом проблематиком. Права криминална политика се несме креирати са *ad hoc* решењима, мишљењима и појединачним радовима. Она се мора заснивати на солидна емпирска и компаративна истраживања, добру организацију, више стручних и научних дебата, **адекватна едукација**² кадрова надлежне за справљање с организованим криминалом.

Специфичност организованог криминала на тлу Републике Македоније

Транзиција посткомунистичких земаља укључујући у тој групи и Републику Македонију као процес прелаза са једаног у други друштвено-економског и друштвено-политичког система успоставио је вакум са нарушеним старим и неустављене нове вредности. Такве радикалне промене, генерирале су и етаблирале организовани криминал. Можемо говорити о три групе нивоа условљености појаве организованог криминала:³

- Антрополошко-психолошке фундаменте људске природе;
- Друштвено-културна област и ;
- Узроци који произилазе из политичко-правне и привредне сфере;
- У суштини узроци свега тога налазе се у увођење брзих, објективних и јаких економских и политичких промена, с којима ризик за појаву и развој организованог криминала су веома велика.⁴

Као последица тих промена ослабљује ефикасност казненог гоњења, умножавају се (не) откривени случајеви тешко организованих злочина.

² Реч едукација долази из Латинске речи *educate* што би значило водити

³ Николовски М, Лабовиќ М., “Организиран криминал и корупција“, Факултет за безбедност, Скопје, 2010, стр. 39

⁴ О узроцима организованог криминал у замљама Балкана види опширније В. Dobovshek /Transnational Organized crime – In the western Balkans – The HUMSEC project is supported by the European Commission under the Sixth Framework Programme “Integrating and Strengthening the European Research Area” /http://www.etcgraz.at/cms/fileadmin/user-upload/humsec/Workin_Paper

Прелазак од диригиране у пазарну економију проузрокује дисфункционирање система и објективно гура субјекте на тржишту према “*сналажење по сваку цену*“. У борбу за опстанак у нерегулираним условима, водећу идеју постаје она на корисчење свих могућих, законских и незаконских средстава за опстанак и остваривање профита. То, са своје стране, ствара услова за појаву организоване сруктуре. Тиме се отвара пут за вантржишну „сиву“ економију.

Кад говоримо о специфичностима организованог криминала не можемо да не укажемо на опасност од корупције, која представља нераздвојни део организованог криминала. У делу корупције карактеристична је политичка корупција у државној управи и правосудном систему. Поред осталих узрока који су карактеристика и осталих земаља у транзицији, евидентни су и следећи:⁵

- Неетаблирана етичка елита;
- Недоследно начело подела власти у нејединствени систем државне власти, недостаје систем правних механизма и поступака за узајамну контролу и баланс међу надлежних институција за спровођење закона;
- Непостојање оптимално-независне институције надлежне за откривање, доказивање, гоњење о извршеним кривичним делима из области организованог криминала и корупције, особито највиших носилаца државно-политичких функција у држави;
- Непостојање једног свеобухватног, кохерентног и комплементарног правног система против организованог криминала и корупције итд.;
- Нетранспарентне и недослене системе у процесу приватизације, јавних снабдевања, финансиско управљање и контрола над државним буџетом и јавним фондовима, финансирање политичких странака;
- Ниски стандард државним службеницима и незаштитена службена лица надлежна о откривањеу и доказивањеу високе корупције и организованог криминала.

Кад говоримо о научно-истраживачком раду и сам **програм едукације** мора обухватити све горе наведене специфичности, услове и начине које су карактеристичне на том подручју. Не можемо говорити о универзалном моделу едукације у свим земљама, они се морају прилагођавати према специфичним облицима организованог криминала који егзистирају на тим просторствима. Узроци и облици

⁵. Николовски М, Лабовиќ М., “Организиран криминал и корупција“, Факултет за безбедност, Скопје, 2010

организованог криминала у различитим државама су различити. У претходном делу разрађени су одређени специфични услови за појаву организованог криминала који су специфичне за Републику Македонију. Да би се успешно справили том типу криминала с тим специфичностима морамо између осталог детаљно разрадити те специфичне факторе и њихово инплементовање у програмима за едукацију кадрова, за сваке од њих појединачно и у различним етапама.

Нужност научно-истраживачког рада и перманентну едукацију

За да можемо се супроставити новим савременим облицима организованог криминала, са свим својим изазовима и опасностима, један од основних и неопходних услова је примену најнових достигнућа научно-истраживачког рада као и адекватна и перманентна едукација кадрова надлежне за справљању ове инкриминације. Учење (едукација) мора бити доживотна. *“Доживотно учење значи учење усмерено ка самом себе и према властитом развоју. То је начин да би се разумео себе и света“* (Гросс, 1977).

Да су неопходне стална истраживања као и примена резултата тих истраживања у обуку и обогаћивања знања запослених у институцијама надлежне за справљању са организованим криминалом, говоре и резултати истраживања реализовано 2010 године од стране Факултета безбедности у Скопљу). Наиме учесници обуке за Организовани криминал, запослени у Министарству унутрашњих послова, Одељење за справљање са организованим криминалом, реализовале су упитник на почетку обуке за њихова предзнања у тој области. Резултати су показали да предходна знања учесника обуке за организованим криминалом и корупцију су недовољна. Тачна одговора су дали само 39,17% од укупног броја учесника.

За разлику од одговора за корупцију квалитетна знања испитаници су показали за остале облике као на пример: меѓународне прописе и праксе- тачне одговоре 82,50%; трговија људима 81,67% и др. По завршетку обуке извршено је поновно тестирање ради проверу усвојених знаења и тада у делу корупције биле су приказани већа знаења од претходног, или тачно су одговорили на питања 75% од испитаника. Ово указује на неминовну потребу перманентне едукације и дообучавања кадрова који се професионално занимавају са спречавања разних типова организовањог криминала, укључујући и корупцију у Републици Македонији. По принципу доживотног учења потребна је континуирана и систематска обука кадрова с циљем ефикасније и успешније справљање

организовним криминалом и корупције. У том контексту донет је Правилник за обуку Министарства за унутрашњих послова.⁶

У оквиру Министарства унутрашњих послова, ради ефикасније справљање са организованим криминалом формиран је Центар за справљање са организовним криминалом. У оквиру тог центра одређени су ментори који припремају и спроводе обуку у засебним сегментима деловање Центра за справљању са организованим криминалом. Руководилац центра у континуитету прати потребе и обучавање ментора за одређених подручја, у оквиру тог Центра. Обука у Центру спроводи се на основу наставних програма и планова у сагласности са Стратегијом за обуку Министарства, Стратешког плана Министарства и Стратегију за управљање са људским ресурсима Министарства унутрашњих послова.

Значај обуке надлежних кадрова за справљање са савремених облика организоавног криминала, пре свега полициских службеника је са циљем правовремено препознавање, превенирање и спречавање облика организованог криминала и корупције. Адекватни пример за то је пример њујоршке полиције која реализује обуку увјек када полициске службенике добивају унапређење, са циљем гаранције да се они могу справити са већим одговорностима. Нови руководиоци запознавају се са етичким дилемама са аспекта руководиоца, а полициским службеницима показују се видео снимака тестова за интегритет, као и учење путем игре улоге, а они ће требати одлучивати како ће реаговати при томе.⁷

Успешност обуке полициских службеника зависи од три важна узрока:

1. Успостављање етичке инфраструктуре које омогућују обуку о етици нових регрута, као и текуће обуке раније запослених,

2. Стварање инфраструктуре која укључује повеље вредности који су подржани од стране полициске службе, кодекс понашања (у коме је укључен и етички кодекс), назначене механизме етичког дебризирања као и екипу имплементације састављен од стране битних актера.

3. Основање руководећег тима који је спреман да укључи кадрове и руководиоце у свакодневно и стратешко управљање полициске службе.⁸

Стручно-едукативни процес не сме бити јединоставни скуп информација који се не мењају и једноставно се преносе од генерацију на генерацију. Појављивање нових метода и средства у извршавању и прикривању нових облика из области организованог криминала свакодневно пројављује нове форме. Забрзане промене захтевају

⁶ Правилник за обуку Министарства унутрашњих послова (Сл. ве. Бр. 120 од 02.10.2009 год.)

⁷ Прирачник за полициски интегритет, ДЦАФ, Словачка, 2012, стр. 83

⁸ Ibid... стр. 169;

флексибилност, способност скупљања и презентацију нових информација. Од туда, организације и институције који немају изграђено системе за перманентну обуку осуђени су унапред на неуспех. Једини начин да се стручна лица из тих области суоче са новим предизвицима у модерном свету је навремена, перманентна и квалитетна едукација као и професионална стручна обука припадника надлежних институција. Једино оне организације које инвестирају у едукацију и у обуку својих кадрова, инвестије у себе, у свом успеху у справљање с тог типа криминала. Код припадника специјализованих институција покрај основне, стручне наобразбе, потребна је перманентна обука која ће пратити најновије трендове у тој проблематици и благовремено у континуитету преносити та сазнања стручним кадровима, у зависности од њихових конкретних функција у целокупном систему.

Појавни облик организованог криминала, као и сама организација организоване криминалне групе, разликују се од државе до државе. Оно што је специфично у неким западним земљама, где се организовани криминал јавља у облику- шверца алкохола и цигарета, у другим - плаћеним убиствима, у трећим - привредно-финансијским криминалом и сл. Све то доводи до разлике у приступу државе при дефинисању модела борбе против организованог криминала, ужу специјализацију и обуком кадрова за расфетљавање тог облика организованог криминала који је карактеристичан за ту државу односно региона. Све државе при изградњу политике за борбу са организованим криминалом, узимају у обзир све ове карактеристике и на тај начин настоје да изграде модел едукације кадрова који ће бити најбољи одговор у борби са организованим криминалом на том подручју.

С обзиром на чињеницу да организовани криминал добија на значај све више у задњем периоду, институције надлежне за справљање са организованим криминалом су формално-правно етаблиране и налазе се у периоду екипирања, изградње и пре свега обуку кадра. Ту би пре свега истакао значај континуирану едукацију с обзиром на факт да у континуитету имамо промене пре свега у законодавном систему, а које промене се односе на кривична дела из области организованог криминала.

Навео бих одређене надлежне институције за спровођење и справљање стратегије са организованим криминалом где је неопходна перманентна едукација, а то су пре свега: Суд, Јавно тужилаштво, Полиција, Царина и Финансијска полиција. С друге стране, постоје

органи-институције који директно⁹ или индиректно имају утицај на борбу са организованим криминалом (који не припадају органима који спроводе закон), али који по својој природи задатка, дају велики допринос у борби против организованог криминала.

Можемо говорити за вишеинституцијонални приступ у справљању с организованим криминалом, с тог аспекта је неопходна обука која ќе бити прилагођена законским надлежностима тим институцијама.

Један од модалитета едукације кадрова

У процесу едукације стручних кадрова надлежне за справљање с организованим криминалом, неопходно је обезбедити им позитивну средину и атмосферу за рад, како би могли добијати знања, вештине и ставове који су неопходни за извршавање суштинских задатака на свом радном месту.

Тај профил кадрова не требају једино поседовати квантум знања, већ и:

- Предиспозиције и способност да делују на правилан начин у различним новим ситуацијама, при пројављивању нових начина извршавања и прикривања тог типа криминалитета,
- Одличне комуникациске способности,
- Поседовати способност радити са другима, да анализирају, да буду методични и да трагају по решењима за истакнутим проблемима.

Обука кадрова надлежне за справљању с организованим криминалом мора се концепирати у два основна сегмента и то:

- Перманентна и
- Срецијалистичка обука

⁹ У групи органа који директно учествују у борби са организованим криминалом осим безбедносних органа за спровођење закона, спадају и други органи као нпр. Управа за спречавање прања новца и финансирање тероризма

Шема бр.1
Типови едукације кадрова надлежне за справљање са организованим криминалом



- **Перманентна едукација** обухвата пратња свих новина: у казнено-правном делу, процесном, криминалистичком и сл. и презентовати те новине у континуитету специјализованим кадровима. На тај начин сви појединци као део система за борбу са организованим криминалом биће увјек у току са најновијим збивањима у тој проблематици, како би се могли адекватно поставити и извршавати своје обавезе у свом делокругу рада.
- **Специјалистичка едукација** уско је везана за све специфике појединих облика организованог криминала (недозвољена трговина оружјем, дрогом, насилним криминалом, трговина људима, кријумчарење миграната и сл.) и детаљније и стручно преносити знање кадрова који су специјализовани за расфетљавања тог типа организованог криминала.

Друга подела обуке кадрова надлежне за справљању са организовањем криминалом је према начину њено планирање, организовање и спровођење у сагласности потребе припадника Центра за справљање са организованим криминалом. Та обука може бити:

- Централизована и
- Децентрализована.

Централизована обука планира се и организује од стране организациских јединица надлежне за управљање људским ресурсима Министарства, у циљу успешније вршење извршавањеспецифичних радних обавеза тог одељења за справљање са организованим криминалом.

Централизована обука се организује и спроводи у Центру за обуку Министарства за унутрешњих послова.

Децентрализована обука организује се у оквиру организациских јединица Министарства (Сектори унутрашњих послова) где делују деташирани оперативни радници Оддела за справљању са организованим криминалом. Децентрализована обука спроводи се преко семинара, радионице, курсева и сл.

Уобичајено по завршетку обуке спроводи се евалуација, која садржи:

- Добијене информације од учесника обуке у односу садржаја и методе обуке;
- Процена о степену испуњавања задатака циљева обуке;
- Процена резултата и добит спроведене обуке у односу на испуњавања утврђених циљева за њено спровођење.

Потребно је периодично и проверавати знање у одређеним областима, спровођење анкете теме који нису довољно обрађене, како би се исте могли наћи у даљем планирању едукацију. Прихватити концепт да сами појединци који се практично сусрећу са разноразним проблемима у току рада иницирају предлог теме за стручну разраду и њихово разјашњавање. Тај концепт у који појединци предузимају иницијативу, са или без помоћа других опредељују своје потребе за даља усавршавања, формулирају циљеви учења, идентификују људска и материјалне ресурсе учења и оцењују резултате учења. Такав начин учења у спроводе лица која имају додирне тачке са том проблематиком, његовим потребама и афинитетима.

После завршетку сваког дела едукације извршава се анонимно анкетирање слушалаца, са више питања како би се установиле одређене слабости. Анкетни упитник поставља више питања и врши градацију одговора. Препорука је да део питања се односи око избор теме саме организације, квалитет у извођењу едукације, активно учешће свих субјеката и сл.

Овај систем рада припреме и организовања едукације омогућује најпре дати реалну оцену, детектирати одређене недостатке које свакако би требало превазићи при организовању тог типа едукације у наредном периоду.

Закључак

Организовани криминал данас представља озбиљан криминални феномен који захвата све сегменте друштвеног живота. За веома ужи временски период добија на значај инфилтрирајући се у легалне системе на који начин онемогућује његово искорењивање.

Досадашње имплементисање меѓународне легислативе указује на то да формално институционални систем је постављен, али не постоји активни модел имплементације. Треба утврдити постојеће недостатке, (ре)дизајнирати институције, успоставити ефикасније и ефективније контролне механизме за рад и остваривање и координиране сарадње између свих тих институција које су надлежне за борбу против организованог криминала, као и специјалистичке наобразбе кадрова тих институција.

Да би едукације тих кадрова имала већи резултат морају бити испуњени претходно више услова:

- Заоштраваање критериуме при избор кадрова који раде на тој проблематици, а који ће бити остручавани у делу организованог криминала;
- Сарадња између институције које упућују кандидате на едукацију и научно-образовним институцијама које се баве том проблематиком;
- Заострити критериуме при избор кандидата који ће вршити обуку;
- Форсирати концепт на континуирану и специјалистичку едукацију и сл.;
- Обучавати представника одређених организационих јединица који би продужили са преношењем знања у својим ораганима и институцијама;
- Увођење савремених научно-техничких достигнућа у припреми кадрова за расфетљавање тих кривичних дела итд.

Савремено друштво карактерише сталан и све бржи развој, као и све више нових процеса у свакој животној сфери, посебно у домену спротивстављању организованом криминалу. За успех у справљању с организованог криминала потребни су свеобухватност, превенција као темељ, и свакако перманантна и специјалистичка едукација.

Научно-истраживачки рад и едукација кадрова представља моќно средство, које нам омогућава да идемо у корак са еволуцијом организованих и других криминалних активности.

Marjan Nikolovski, LL.D

Associate Professor

Cane Mojanovski, LL.D

Full Professor

MEANING OF SCIENTIFIC RESEARCH AND EDUCATION OF STAFF COMPETENT FOR DEALING WITH ORGANIZED CRIME

Summary

In modern life, organized crime represents phenomenon which covers all segments of social life. Members of organized criminal groups don't choose means and methods to fulfill their goals, persistent to infiltrate in all existing institutions of the system. Model of their operating are all forms of influence, attracting individuals from civil administration and institutions, involving their members in highest organs of authority, corrupting important officials.

In order to confront this model of operating of the organized criminal groups, adopting and ratifying international acts and change of national regulations which refer to criminal acts is not enough. From great importance is scientific research and education of staff who deal with implementing methods and means for clarification of that type of criminal acts.

Security institutions, competent for fight against organized crime, from staff perspective represent a complex structure demanding certain specificity in terms of application of latest scientific results and staff education. It is necessary to organize a special education in individual areas as: preventive observation area, control area, specialization in gathering information, criminal information analysis, area for preparation of gathering information and execution of crimes, scientific research area, management, etc.

Dr Željko Nikač

Vanredni profesor Kriminalističko-policijsko akademije u Beogradu

Mr Boban Simić

Predavač Kriminalističko-policijsko akademije u Beogradu

Nikola Aritonović

Pravnik unutrašnjih poslova, Inex Plus d.o.o. Preduzeće za pružanje bezbednosnih usluga, Beograd

MEĐUNARODNA POLICIJSKA SARADNJA ZEMALJA JUGOISTOČNE EVROPE*

Apstrakt:

Stanje organizovanog kriminaliteta u svetu pokazuje da je to internacionalni problem celokupne međunarodne zajednice, te da njegovo uspešno suzbijanje podrazumeva zajedničke i koordinirane akcije država i međunarodnih organizacija, koje se ostvaruju putem različitih oblika bilateralne, multilateralne, regionalne i univerzalne saradnje. U radu se analizira i daje pregled postojećih oblika i vidova međunarodne policijske saradnje država Jugoistočne Evrope u kojem centralno mesto ima Konvencija o policijskoj saradnji u JIE kao normativni okvir, te konkretni oblici saradnje poput Asocijacije šefova policije Jugoistočne Evrope (SEPCA) i drugih organizacija. U zaključnim razmatranjima ukazano je na doprinos međunarodne policijske saradnje za uspešno okončanje reforme u oblasti unutrašnjih poslova u Republici Srbiji u sklopu aktuelnih procesa evrointegracija.

Ključne reči: *polICIJA, SEPCA, međunarodna policijska saradnja, Jugoistočna Evropa, EU.*

Uvod

Kriminal se kao globalna društvena pojava poznata od najranijih dana nastanka ljudske zajednice, sa dubokim korenima u svim segmentima društva, uspešno prilagođavao svim društveno-ekonomskim uslovima i političkim promenama. Sredinom XX veka najpre u SAD, a potom i u drugim razvijenim zemljama zapadne hemisfere, pojavio se profesionalni kriminalitet i njegov najopasniji oblik – organizovani kriminalitet. Specifičnost novog pojavnog oblika kriminaliteta ogledala se u novom načinu ustrojstva kriminalnih organizacija, kao i u njenim najtežim manifestacionim oblicima kao što su: ubistva, korupcija, iznude, ucene i druga teška krivična dela. Organizovani kriminal kao takav predstavlja stalnu opasnost za bezbednost građana i

političku stabilnost svake zemlje. Nosioc takvog delovanja između ostalog imaju za cilj i da obezbede legalizaciju svojih kriminalnih aktivnosti i stečenog bogatstva, te da recipročno svojoj ekonomskoj snazi, ostvare politički uticaj i učešće u najvišim organima vlasti.

Savremeni organizovani kriminal ne pokazuje granice, a kriminalne grupe iz jedne zemlje lako se povezuju sa sličnim grupama ili organizacijama drugih zemalja tako da to poprma jednu novu dimenziju u kriminalnom svetu. Na taj način organizovani kriminal se proširio iz razvijenih zemalja u ostale delove sveta, posebno na zemlje u tranziciji čije su krhke novoformirane demokratske institucije posebno podložne uticaju organizovanog kriminaliteta.

Paralelno sa razvojem ideja o saradnji država na ekonomskom i političkom planu, razvijala se i ideja o neophodnoj institucionalizaciji saradnje nacionalnih policija na međunarodnom nivou, sa ciljem pružanja adekvatnog odgovora na ekspanziju svih vrsta i oblika kriminaliteta, a posebno organizovanog, kao njegovog najtežeg oblika. Međunarodna saradnja i koordinacija u suprostavljanju kriminalitetu odvija se preko više specijalizovanih organizacija na regionalnom, evropskom i međunarodnom nivou. Na međunarodnom planu najvažnija je svakako „*Međunarodna kriminalistička policijska organizacija*“ (Interpol), dok na evropskom tlu najvažniju organizaciju predstavlja „*Evropski policijski ured*“ (Europol). Međutim, pored Interpola i Europola, veoma važnu ulogu u suzbijanju transnacionalnog kriminala imaju regionalne policijske organizacije. Kada je u pitanju regionalna saradnja država Jugoistočne Evrope (JIE) u oblasti unutrašnjih poslova, postoji nekoliko organizacija i inicijativa kao što su Policijski forum (PF), Regionalna antikorupcijska inicijativa (RAI), Regionalna inicijativa za migracije, azil i izbeglice (MARRI), Centar za primenu prava u JIE (SELEC) i druge. Svakako da najvažnije mesto zauzima Asocijacija šefova policije Jugoistočne Evrope (SEPCA), stoga je u ovom radu dat poseban osvrt na organizaciju i projekte koje realizuje pomenuta asocijacija.

1. NORMATIVNI ASPEKT POLICIJSKE SARADNJE U JUGOISTOČNOJ EVROPI

Jugoistočna Evropa je oblast koja je doživela mnoge promene u novijoj istoriji. Naime, političke i društvene promene dovele su do oružanih sukoba u bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji (SFRJ), čime se značajno promenila mapa ovog regiona. Posledice ratnih sukoba na teritoriji nekadašnje Jugoslavije i u regionu Zapadnog Balkana bile su veoma teške, a jedna od najozbiljnijih bila je erupcija kriminala i njegovih najtežih pojava oblika. I dalje od toga, zbog činjenice da se radi o nekadašnjoj zajedničkoj državi, srodnim narodima i jezicima, zatim višedecenijskim vezama i drugim razlozima, došlo je pretakanja kriminala iz jedne sredine u drugu. Evidentna je

velika pokretljivost kriminalnih grupa i izvršilaca, koji ne poznaju granice i barijere. Kao i svaka druga kriminalna organizacija i „*ex YU*“ *mafija* poznaje samo profit, pa kriminalne grupe uglavnom spaja ekonomska dobit i drugi kriminalni benefiti. Blizina i relativna poroznost sadašnjih državnih granica omogućavaju brzu dislokaciju zločinaca sa mesta zločina, прибежиште u okruženju i potom dalje na sigurnije destinacije.

U domenu unutrašnjih poslova međunarodna saradnja država obuhvata nekoliko važnih **oblasti**, kao što su: reforma službi bezbednosti i policije, reforma pravosudja i sprovođenje zakona, borba protiv organizovanog kriminala, korupcije i drugih najtežih pojava oblika kriminala, borbu protiv ilegalnih migracija i trgovine ljudima, vizna liberalizaciju i olakšice, integrisano upravljanje granicama i dr.

Međunarodni pravni izvor *par excellence* od značaja za policijsku saradnju na teritoriji nekadašnje SFRJ, Zapadnog Balkana i šire je Konvencija o međunarodnoj policijskoj saradnji u jugoistočnoj Evropi (PCC SEE-Police Cooperation Convention for SEE), koja je potpisana 2006.godine u Beču.¹ Konvenciju su potpisale Albanija, BiH, Bugarska, Crna Gora, Makedonija, Moldavija, Rumunija i Srbija. U cilju implementacije Konvencije predviđeno je da države potpisnice zakluče pojedinačne bilateralne sporazume, što je do sada u velikoj meri urađeno kada su u pitanju države nekadašnje jugoslovenske federacije. Ilustracije radi, tako su zaključeni Sporazumi o međunarodnoj policijskoj saradnji Srbije sa Hrvatskom i BiH koji su danas važan pravni osnov za zajednički rad i saradnju.² Dalje se navode harmonizacija normi i procedura u pogledu zaštite personalnih podataka, kao i standardizacija sistema komunikacija.³

Kao *vidovi i oblici saradnje* u redovnim okolnostima predviđeni su: razmena informacija, standardizacija opreme i komunikacija, zajedničke policijske operacije, zaštite od „curenja informacija“, mere za sprečavanje ometanja istraga i dr. U pogledu oblika i vidova saradnje predviđaju se specijalne istražne tehnike (SIT) i metodi (SIM), kao što su zaštita svedoka, svedok saradnik, kontrolisane isporuke, zatim razmena DNK profila i drugih identifikacionih materijala, obuka i razmena iskustava, oficiri za vezu i drugi

¹ Zakon o potvrđivanju Konvencije o policijskoj saradnji u JIE, „*Službeni glasnik RS*“ br.70/07, Bgd.2007.g.

² „*Sl. glasnik RS*“ – „*Međunarodni ugovori*“ br.19/10 i 01/11.

³ Nikač Ž, Simić B, „*Međunarodna saradnja država sukcesora Jugoslavije i JIE u oblasti unutrašnjih poslova, bezbednosti i pravosuđa*“, Međunarodna naučna konferencija „Regulisanje otvorenih pitanja između država sukcesora SFR Jugoslavije“ (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2012).

„softveri“.⁴ Sekretarijat Konvencije je od 2008.godine sa sedištem u Ljubljani (Slovenija) i ima važnu servisnu, administrativno-tehničku i monitoring ulogu u pogledu primene Konvencije. Sekretarijat priprema i predloge budućih sporazuma i obavlja standardne poslove organa ovog tipa.⁵

Odlukom ministra unutrašnjih poslova RS formirana je posebna *Radna grupa za praćenje primene Konvencije o međunarodnoj policijskoj saradnji u JIE*, koja formacijski deluje pri Kabinetu ministra - Birou za međunarodnu policijsku saradnju i evrointegracije i čiji je član prvi koautor ovog referata. U kontekstu implementacije Konvencije na VI ministarskoj konferenciji o saradnji graničnih policija, održanoj u Beogradu 2009.godine, inicirano je formiranje *Koordinacionog centra za saradnju graničnih policija* u regionu. Predviđeno je da sedište Centra bude u Sarajevu (BiH) i da se njegov rad odvija posredstvom kontakt oficira iz sastava graničnih službi država JIE, kako bi se poboljšala bezbednost granica i korodinirale aktivnosti policijskih službi država članica.

2. ASOCIJACIJA ŠEFOVA POLICIJE JUGOISTOČNE EVROPE (SEPCA)

Međunarodna organizacija *“Asocijacija šefova policije Jugoistočne Evrope”* (Southeast Europe Police Chiefs Association - SEPCA) je formirana sa ciljem da pomogne u transformaciji policijskih sastava država regiona, pa u tom smislu doprinese sveukupnoj bezbednosti u državama JIE.

Asocijacija šefova policije Jugoistočne Evrope (SEPCA) formirana je u Puli (Republika Hrvatska) u januaru 2002. godine. Statut udruženja, odnosno međunarodne organizacije, usvojen je u oktobru 2002. godine u Bukureštu (Rumunija). Istom prilikom, izabrani su Izvršni odbor i rukovodstvo organizacije. Novosnovana međunarodna organizacija je održala svoju prvu zvaničnu Godišnju generalnu skupštinu juna 2003. godine u Beogradu (Republika Srbija), koja je izabrana za zemlju sedišta Asocijacije.

Veliki doprinos u formiranju i funkcionisanju SEPCA dala je Vlada Kanade i njena Kraljevska kanadska policijska služba.⁶ U oktobru 2007. godine nakon potpisivanja novog statuta, sedište Asocijacije je premešteno u Sofiju, Bugarska, gde se nalazi i danas. Države članice SEPCA od osnivanja su: Albanija, BiH – Federacija Bosne i Hercegovine, i posebno BiH Republika

⁴ Đorđević S, „*Policijska saradnja u državama JIE*“, u: Đukanović D, Knezović S, Srbija i regionalna saradnja (Beograd; Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2010), 223-225.

⁵ Lopandić D, Kronja J, *Regionalne inicijative i multilateralna saradnja na Balkanu*, (Beograd: Evropski pokret Srbija, 2010), 195-212.

⁶ Đukanović D, Nikolić G, „*Saradnja država jugoistočne Evrope u oblasti unutrašnjih poslova i pravosuđa*“, Nauka – Bezbednost – Policija, br.1, (2008): 46.

Srpska, Bugarska, Kanada, Hrvatska, Rumunija, Crna Gora i Srbija. Makedonija se priključila članstvu 2004. godine, a Moldavija 2007. godine.

Inicijalna misija SEPCE je da bude glavna regionalna organizacija za unapređenje i olakšavanje kontinuiranog razvoja i implementacije demokratskih principa u razvoju i funkcionisanju policije u regionu. Zemlje članice u okviru SEPCE ostvaruju saradnju u implementaciji policijskih strategija, sistema i procedura, što se posebno odnosi na razvoj i implementaciju partnerstva između policije i lokalne zajednice kroz projekat policije u zajednici.⁷

Kada govorimo o institucionalnom okviru glavni organ predstavlja Predsedništvo odbora, koje se sastoji od izabranih članova Odbora direktora. Odbora direktora je telo koje rukovodi organizacijom, i njegovi članovi mogu biti samo šefovovi policijskih službi. Ovo telo sastoji se od predsednika, potpredsednika, sekretara koji je ujedno i blagajnik, bivšeg predsednika i pet članova postavljenih od strane bivšeg predsednika, ali od predstavnika onih zemalja čiji članovi nisu već predstavljeni u funkcijama predsednika, potpredsednika, sekretara – blagajnika i bivšeg predsednika. Do sada je formirano pet Odbora zamenika za različite oblasti policijskog posla sa ciljem da pomognu Odboru direktora. Ta podršku u radu organizacije posebno je važan Stalni sekretarijat.

Po principu rotacije i alfabetskim redosledom, direktor policije svake članice predsedava Izvršnim odborom Asocijacije u jednogodišnjem mandatu. Direktori policija iz zemalja članica Asocijacije organizuju sastanke dva puta godišnje, a to su Generalna skupština u aprilu i Koordinacioni sastanak u novembru. Cilj ovih sastanaka jeste da članice Asocijacije sa svojim partnerima analiziraju sprovedene aktivnosti, utvrde pravce delovanja u narednom periodu, unaprede svoje partnerske odnose i ojačaju međusobno poverenje.

Kao osnovni zadaci Asocijacije šefova policije Jugoistočne Evrope ističu se: razvoj i održavanje profesionalnih organizacija posvećenih poboljšanju rada policije u regionu; razvoj zakona, procedura i praksi koje će unaprediti delotvornosti i efikasnosti policije u regionu, poboljšanje usluga i sposobnosti policije da se integrišu principi demokratskog rada policije i povećati odziv i odgovornosti prema zajednici⁸, razvoj saradnje policije i razmena informacija i iskustva u regionu i širom sveta, nastave da vode sve neophodne korake kako bi osigurali da organizacija bude adekvatno finansirana kako bi vršila svoje dužnosti i da osiguraju da se efikasno upravlja tim sredstvima i drugi.

⁷ Videti: Internet stranicu: "Southeast Europe Police Chiefs Association" Internet, <http://sepca-see.eu/about-sepca/aims-and-objectives>, 10.05.2014.

⁸ Šire: Nikač Ž, *Policija u zajednici*, (Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 2007)

Rad ove organizacije regionalnog karaktera se manifestuje u organizovanju konferencija, seminara i prezentacija u različitim oblastima policijskog posla. Na ovim aktivnostima učestvuju svi partneri SEPCA, a realizacija samih aktivnosti poverava se ekspertima u određenim oblastima policijskog posla. SEPCA je otvorena za sve pojedince, policajce, eksperte iz oblasti policije, organizacije i institucije koje su voljne da rade sa članovima SEPCA i da daju doprinos unapređenju stabilnosti i bezbednosti u Jugoistočnoj Evropi.

Finansiranje Asocijacije se odvija na dva načina, prvi način je na principu samoodrživosti kroz plaćanje godišnje članarine od strane članica Asocijacije, a drugi je preko potencijalnih donatora. Jedni od glavnih donatora u proteklom periodu predstavljaju Kanadska agencija za međunarodni razvoj (CIDA), zatim Kanadska Kraljevska konjička policija, Švajcarska agencija za razvoj i saradnju (SDC), Kneževina Lihtenštajn i Ženevski centar za demokratsku kontrolu oružanih snaga. U okviru Asocijacije postoje partneri za institucionalni razvoj koji su do sada dali značajan doprinos u ostvarivanju ciljeva Asocijacije, a najvažniji među njima su: *Evropska komisija, SPMU/Jedinica za strateška policijska pitanja, Švajcarska agencija za razvoj i saradnju i Regionalni savet za saradnju.*

Danas SEPCA posebnu pažnju obraća razvijanju i implementaciji raznih projekata za borbu protiv organizovanog kriminala i kao takva predstavlja vodeću asocijaciju u Jugoistočnoj Evropi. Jedan od najznačajnijih partnera za implementaciju projekta Asocijacije je svakako INTERPOL, kao svetski lider u oblasti bezbednosti i međunarodne policijske saradnje. Odlična saradnja ove dve organizacije potvrđena je kroz sprovođenje niza uspešnih projekata, kao što su BESA, I-24/7, Crveni put, Pink Panter i mnogi drugi.

Tokom godina uspešnog postojanja, SEPCA je izgradila partnerstva sa EUROPOL-om, Evropskom komisijom, Švajcarskom agencijom za razvoj i saradnju (SDC), Ženevskim centrom za demokratsku kontrolu oružanih snaga (DCAF), Razvojnim programom Ujedinjenih nacija (UNDP), Savetom za regionalnu saradnju (RCC) koji je nastao 2008. godine transformacijom Pakta stabilnosti, Regionalnim centrom za pomoć pri overi i sprovođenju kontrole oružja (RACVIAC), Antikorupcijskom inicijativom Pakta stabilnosti (SPAI), Regionalnom inicijativom za migraciju, azil i izbeglice (MARRI), Međunarodnom asocijacijom šefova policija (IACP), Konvencijom o policijskoj saradnji (PCC), i drugim.

SEPCA je zaključila memorandume o razumevanju sa policijama Republike Austrije i Republike Italije, koje predstavljaju regionalne nosioce u borbi protiv organizovanog i prekograničnog kriminala. SEPCA je takođe zaključila operativni sporazum sa Federalnim istražnim biroom (FBI), koji predstavlja platformu za različite zajedničke projekte, počev od edukacijskih

programa do zajedničkih operacija iz oblasti visokotehnološkog i drugih vidova kriminaliteta.

Sobzirom da je prevashodno oformljena kao asocijacija koja treba da inicira i razvija saradnju i implementaciju demokratskih principa u razvoju i funkcionisanju policija u regionu, SEPCA je tokom godina funkcionisanja prošla kroz period sazrevanja te sada predstavlja vodeću organizaciju za policijsku saradnju u JIE. U toku je izrada i usvajanje nove strategije razvoja SEPCA Asocijacije za period od 2014 – 2017, koja treba da donese novi koncept razvoja Asocijacije, i koji kao centralnu tačku ima borbu protiv organizovanog kriminala.

2.1. PROJEKTI ASOCIJACIJE ŠEFOVA POLICIJE JUGOISTOČNE EVROPE

U okviru svog rada organizacija SEPCA realizovala je mnogobrojne projekte, kao što su: Zajednička obuka za borbu protiv organizovanog kriminala za operativno rukovodstvo u jugoistočnoj Evropi-OCTN (Organized Crime Training Network); Regionalna mreža žena policajaca (Women Police Officer Network); BESA projekat (BESA Project); Bled projekat u odnosu na krivična dela u vezi sa krađom automobila (Bled Process on Stolen Vehicle Crime); Policija u zajednici (Community Policing); Policijska akademija balkanska deca (Balkan Child Police Academy); Komunikacija i VEB projekat (Communications and WEB Project); I24/7 globalna policijska mreža (I-24/7 Main Checking Point Connection); Policija predvođena obaveštajnim podacima (Intelligence Led Policing). U nastavku ćemo opisati neke od najvažnijih.

a) Projekat “*Organized Crime Training Network – (OCTN)*”. Pakt za stabilnost Jugoistočne Evrope⁹ je u saradnji sa SEPCA osnovao posebnu mrežu istražitelja organizovanog kriminala iz osam zemalja Jugoistočne Evrope (Albanije, Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Moldavije, Rumunije, Srbije i Crne Gore). Ovom projektu Slovenija se pridružila 2005. godine, dok se Bugarska pridružila mreži 2006. godine. Zemlje članice su potpisale pismo namere 2005. godine, u cilju izgradnje partnerstva izražavajući spremnost da sarađuju u oblasti borbe protiv prekograničnog organizovanog kriminala i da se uspostavi „zajednička obuka za borbu protiv organizovanog kriminala za operativno rukovodstvo u jugoistočnoj Evropi (OCTN)“.¹⁰

⁹ Pakt za stabilnost Jugoistočne Evrope je 2008. godine reformisan u Savet za regionalnu saradnju (RCC).

¹⁰ Videti internet stranicu: “Southeast Europe Police Chiefs Association” Internet, <http://www.sepca-see.eu/projects/current-projects>, Organized Crime Training Network OCTN, od 10.05.2014.

OCTN ima cilj da izgradi platformu za borbu protiv organizovanog kriminala u regionu kroz uspostavljanje mreže za specijalizovane policijske istražitelje i da organizuje seminare za donosioce odluka u policiji, kao i da izgradi svest o učenju iz najbolje prakse. Ovaj projekat, takođe, sadrži ciljeve iz nekoliko oblasti organizovanog kriminala kao i nove kriminogene pojave i tendencije sa kojima se treba upoznati, a takođe, OCTN koristi i regionalne slučajeve organizovanog kriminala kako bi razradio praksu. OCTN seminari traju jednu nedelju ali svaka obuka u vezi specifičnosti organizovanog kriminala sprovodi se u tri etape za nedelju dana. Učesnici na ovim seminarima su obavezni da rade samostalno između seminara a rezultati se saopštavaju na narednom sastanku. Svaki seminar se ocenjuje a nezavisna procena se sprovodi jednom godišnje.

Dosadašnji ishod ovog projekta unapredio je znanja donosilaca odluka na osnovu dobre prakse za borbu protiv organizovanog kriminala, takođe izgradio je razumevanje o kriminalnim pretnjama u pravcu poboljšanja zakonodavstva za potrebe istražitelja. U okviru OCTN projekta, takođe je, uspostavljena mreža takozvane Lokalne Kontakt Tačke (Lokal Contact Points) radi utvrđivanja strategije projekta.

b) Regionalna mreža žena policajaca “*Women Police Officers Network – (WPON)*”. Asocijacija šefova policija Jugoistočne Evrope (SEPCA), pokrenula je na svojoj generalnoj skupštini, krajem 2008. godine, inicijativu da se uspostavi regionalna mreža žena policajaca (Women Police Officers Network – WPON), čiji su ciljevi promovisanje i primena principa rodne ravnopravnosti i demokratičnosti u obavljanju policijskih poslova kroz razmenu informacija, iskustava i najboljih praksi. Takođe, cilj projekta je uspostavljanje WPON kao jake mreže sa stalnom i formalnom strukturom sa sopstvenim statutom, regulisano članstvo i jasnim ciljevima. Tokom 2009 i 2010. godine sprovedene su pripremne aktivnosti za uspostavljanje mreže, u okviru kojih je, između ostalog, realizovano i empirijsko istraživanje na uzorku od 3.897 ispitanika iz osam ministarstava unutrašnjih poslova (Hrvatska, BiH – Federacija, BiH – Republika Srpska, Crna Gora, Albanija, Makedonija, Bugarska i Srbija). Cilj istraživanja bio je da se utvrdi aktuelni status i uloga žena u regionalnim policijskim službama, kao i prioritetne oblasti i oblici njihove buduće saradnje. Za korišćenje u pragmatične svrhe, rezultati istraživanja saopšteni su u formi izveštaja i predstavljaju polazište za planiranje aktivnosti Mreže, koja je formalno uspostavljena krajem novembra 2010. godine u Sarajevu.¹¹

¹¹ Videti internet stranicu: “Southeast Europe Police Chiefs Association” Internet, <http://www.sepca-see.eu/projects/current-projects>, Women Police Officers Network – WPON, od 10.05.2014.

Predmet istraživanja bio je aktuelni status žena u policijama regiona i očekivanja od buduće mreže da utvrdi prioritetne oblasti i oblike saradnje videne iz perspektive žene policajaca, muškaraca policajaca, žene rukovodilaca i muškaraca rukovodilaca, kao i stručnih službi koje su zadužene za upravljanje ljudskim resursima i obukom. Ciljevi istraživanja, primarno pragmatični, bili su usmereni na utvrđivanje polazišta za dalje konkretne aktivnosti na uspostavljanju Mreže.

U okviru četvrogodišnjeg funkcionisanja, rezultat ovog projekta je stabilno samoupravljanje Mreže žena policajaca u regionu Jugoistočne Evrope. Pored toga, implementacija projekta je dovela do povećanja svesti o važnosti žena policajaca u svim oblastima policijskog rada, a posebno kada je u pitanju nasilje u porodici, trgovine ljudima i zlostavljanje žena i dece. U sklopu aktivnosti WPON-a a uz stručnu podršku Ženevskog centra za demokratsku kontrolu oružanih snaga (DCAF), održane su dve radionice, prva u saradnji sa Ministarstvom unutrašnjih poslova Republike Hrvatske u maju 2011. godine, a druga u saradnji sa Ministarstvom unutrašnjih poslova Republike Srbije u maju 2012. godine. Drugi ishod ovog projekta je jačanje komunikacije i razmena ideja i prakse oficira žena policajaca unutar SEPCA članice, kao i stvaranje mogućnosti da veći broj žena policajaca pohađa seminare i kurseve. WPON aktivno podržava razvoj nacionalnih udruženja žena policajaca. Do sada, formirana su dva nacionalna udruženja žena policajaca i to: "Mreža žena u Ministarstvu unutrašnjih poslova Republike Srpske," i "Mreža žena policajaca" u Bosni i Hercegovini, a radi se na formiranju sličnih udruženja u ostalima članicama SEPCA-e.

c) Projekat *BESA* se realizuje u saradnji sa INTERPOL-om, na način da je INTERPOL bio rukovodilac projekta i imao za cilj borbu protiv kriminalnih grupa i njihovih saradnika umešanih u organizovani kriminal u JIE.

BESA projekat ima za cilj stvaranje regionalne mreže službenih lica za sprovođenje zakona u regionu koji su uključeni u borbu protiv organizovanog kriminala kroz omogućavanje sigurne komunikacije i razmene informacija. INTERPOL koristi *BESA* projekat kao centralno mesto za prijem nacionalnih informacija iz zemalja članica SEPCA organizacije, u vezi sa osnovnim ciljem *BESA* projekta, a to je borba protiv etničkih kriminalnih grupa. Polazeći od toga, glavni cilj je da se organizuju regionalni sastanci sa namerom da se diskutuje o razmeni dobre prakse i da se usklade istrage, kao i da tesno rade zajedno u zajedničkim operacijama i da se na taj način omogući konstantno povećanje razmene informacija. Drugi cilj je da se procene tehnički standardi sa ciljem njihovih unapređenja zarad poboljšanja rezultata istraga.

U okviru projekta uspostavljena je mreža partnera iz oblasti sprovođenja zakona koja se bavi započinjanjem, planiranjem i organizovanjem istraga. Održano je nekoliko sastanaka oficira za vezu u projektu *BESA* iz policija zemalja koje su učestvovalе u projektu: Albanije, Federacije Bosne i

Hercegovine, Republike Srpske, Bugarske, Hrvatske, Makedonije, Moldavije, Crne Gore i Srbije. Veoma značajna je saradnja u oblasti razmene podataka o kriminalcima, njihovim načinima rada i njihovim pravcima kretanja. Dosadašnje uspešne zajedničke akcije su realizovane u oblasti borbe protiv krijumčarenja narkotika, u kojima je lišeno slobode preko 350 lica i zaplijenjeno oko deset kilograma “teških droga” i stotine kilograma marihuane.

d) *BLED* projekat u odnosu na krivična dela u vezi sa krađom automobila (*BLED Process on Stolen Vehicle Crime*). Ministarstva unutrašnjih poslova zemalja Jugoistočne Evrope, na inicijativu Pakta stabilnosti, preduzela su niz aktivnosti u borbi protiv kriminaliteta iz oblasti krađe automobila. U okviru ovog projekta, organizovno je nekoliko regionalnih konferencija u Bledu (Slovenija) između 2003 i 2006 godine, sa namerom da se u regionu koordinira borba protiv kriminaliteta u vezi sa krađom automobila. *Bled projekat* je dobio visok prioritet na regionalnim skupovima. Od 2008. godine SEPCA je preuzela upravljanje ovim projektom obezbeđujući neophodne prioritete Bled projektu za postizanje ciljeva. Kroz *Bled projekat*, ministarstva unutrašnjih poslova zemalja članica, razvila su nacionalne akcione planove za borbu protiv kriminaliteta u vezi sa krađom automobila od 2009. godine.¹²

Ovaj projekat ima za cilj da razvije nacionalne akcione planove za sprovođenje ovog projekta u svim zemljama članicama. Nacionalna partnerstva u okviru svake od zemalja izgrađena su od strane nacionalnih policijskih službi, carinske i poreske vlasti i iz privatnog sektora: preduzeća za osiguranje i uvoz automobila. U pogledu imidža regiona kao prostora trgovine ukradenih automobila, Bled projekat se fokusira na razmeni informacija između državnih organa u regionu. Ishod ovog projekta trebao bi biti smanjenje stope kriminala u pogledu krađe automobila u regionu i u Evropi.

3. OSTALI VIDOVI SARADNJE U OBLASTI UNUTRAŠNJIH POSLOVA U JIE

a) *Policijski forum (PF - Police Forum, 2000)* je neformalni oblik saradnje država regiona jugoistočne Evrope. Cilj Foruma je da se pospeše i ubrzaju aktuelne reforme službi bezbednosti i transformacija policije. Aktivnosti Foruma realizuju se kroz projekte i projektne zadatke. U ovom trenutku aktuelni su *projekti* pod sledećim nazivima: a) Regionalna policijska obuka (*RPT - Regional Police Training*), b) Mreža za obuku u borbi protiv organizovanog kriminaliteta (*OCTN-Organized Crime Training Network*) i c)

¹² Videti: Internet stranicu “Southeast Europe Police Chiefs Association” Internet, <http://www.sepca-see.eu/projects/current-projects>, Bled Process on Stolen Vehicle Crime, od 10.05.2014.

Ukradena vozila (SC-Stolen Car). U skladu sa svojim aktivnostima Forum ima odličnu saradnju sa ostalim neformalnim i formalnim asocijacijama, na koji način je njegov uticaj evidentan u policijskim i javnim krugovima,¹³ dok značajnu finansijsku podršku Policijski forum dobija od Komisije Evropske unije.

b) *Regionalna antikorupcijska inicijativa (RAI - Regional Anti-Corruption Initiative, 2000)* je vid formalne saradnje država regiona i šire. Bazični cilj *inicijative* je borba protiv korupcije u zemljama u regionu, posebno što se nalaze u procesu tranzicije i izgradnje institucija. Pored zemalja regiona član RAI je i Moldavija. Inicijativa je istovremeni i regionalni forum za saradnju vladinog, nevladinog i civilnog sektora u ovoj oblasti. U okviru ove inicijative sprovedeni su važni projekti kao što su: istraživanje o nezavisnosti pravosuđa, projekti u saradnji sa UN (UNODC) o razvoju mehanizama za nadzor pravosudnih organa i organa za sprovođenje zakona. Republika Srbija i ostale zemlje regiona preuzele su i određene obaveze u primeni GRECO programa¹⁴, te preporuka u vezi sa tim.

c) *Regionalna inicijativa za migracije, azil i izbeglice (MARRI - Migration, Asylum, Refugees, Regional Initiative, 2003)* je formalni oblik saradnje država regiona, osnovana u nameri da se osmisli program pomoći migrantima, azilantima i raseljenim licima. Ciljevi MARRI su mnogo značajniji i odnose se na koordinaciju država u okviru integrisanog upravljanja granicama, procesima migracija, azila, viznog režima i dr procesa. Inicijativa se oslanja na dobru praksu razvijenih država, univerzalne standarde i međunarodno pravo. Glavni organi MARRI su Regionalni forum, Regionalni centar u Skoplju i Upravni odbor u koji ulaze predstavnici država i važnih međunarodnih organizacija (Evropska komisija, PESC, UNHCR i dr.).¹⁵ U okviru MARRI inicijative realizuje se više značajnih projekata koji se odnose na različita polja deovanja i to: izgradnju jedinstvene baze podataka za suzbijanje trgovine ljudima i podrška žrtvama, povećanje sigurnosti dokumenata i dr. Značajne aktivnosti odnose se na borbu protiv ilegalnih migracija i s tim u vezi jačanje saradnje zemalja regiona. Podsećamo i na probleme koje ima Republika Srbija u odnosima sa zemljama EU zbog pojedinaca koji zloupotrebljavaju prava i slobode kretanja, bezviznog režima i

¹³ Đukanović D, Nikolić G, „*Saradnja država jugoistočne Evrope u oblasti unutrašnjih poslova i pravosuđa*“, Nauka – Bezbednost – Policija, br.1, (2008): 37-53.

¹⁴ Savet Evrope je 1999. godine osnovao GRECO kako bi nadgledao usaglašavanje standarda država članica sa standardima organizacije u oblasti borbe protiv korupcije. Članovi GRECO su sve države članice Saveta Evrope, njih 47, kao i Sjedinjene Američke Države.

¹⁵ „Joint Statement, Ministerial SEECF Meeting/Regional Forum of MARRI“, Herceg Novi, April 2004.

azila. Povodom toga reagovala je Vlada RS i MUP RS je usvojio poseban podzakonski akt radi kontrole tzv. virtuelnih migranata i azilanata.¹⁶

d) *Regionalni centar za borbu protiv prekograničnog kriminala (SECI)* predstavlja inicijativu za saradnju pokrenutu 1996. godine, posle prestanka oružanih sukoba u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini, tj. nakon potpisivanja Parisko-dejtonskog ugovora o miru. SECI regionalni centar za borbu protiv prekograničnog kriminala (SECI Regional Center for Combating Transborder Crime) otpočeo je sa radom u Bukureštu maja 1999. godine.

Države članice SECI su Albanija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Crna Gora, Grčka, Hrvatska, Mađarska, Moldavija, Makedonija, Rumunija, Slovenija, Srbija i Turska. Zemlje članice su se obavezale na učešće u razmeni informacija i podataka, kao i na zajedničko vođenje istražnih radnji i kažnjavanje dela prekograničnog kriminala. Sve države članice su predstavljene u SECI centru preko oficira za vezu i to po jedan za carinu i za policiju, a u svakoj od država je formirana i nacionalna jedinica (national focal point). Aktivnosti su usmerene na bržu i koordinisanu razmenu informacija o delovanju kriminalnih grupa između organa zaduženih za sprovođenje zakona država članica, koordinaciju regionalnih operacija i formiranje zajedničkih istraga ovih organa, organizovanje multilateralnih operacija i koordinaciju prilikom istražnih postupaka u državama članicama. U decembru 2009. godine u Bukureštu je potpisana Konvencija o Centru za sprovođenje prava u jugoistočnoj Evropi (Convention on Southeast European Law Enforcement Centre SELEC), i nakon ratifikacije u parlamentima država potpisnica, SECI centar postaje SELEC. SECI/SELEC će imati 13 stalnih članica i 23 posmatrača.¹⁷

d) *Centar za primenu prava u JIE (SELEC – Convention on Southeast European Law Enforcement Centre)* je nastao u kontinuitetu sa prethodnim čuvenim SECI Regionalnim centrom za borbu protiv prekograničnog kriminala. Pravni prehodnik - *SECI* (Southeast Cooperation Initiative) je Regionalni Centar za borbu protiv prekograničnog kriminala (Regional Center for Combating Transborder Crime), koji je počeo sa radom još 1999. godine. Pored država nekadašnje SFRJ članovi SECI su Albanija, Bugarska, Mađarska, Moldavija, Rumunija i Turska, dok je veći broj zemalja van regiona JEI u pravnom statusu posmatrača. Pravni osnov za formiranje i delovanje SECI Centra je *Sporazum o saradnji u aktivnostima sprečavanja i borbe protiv organizovanog kriminala*, prema kojem su predviđeni konkretni oblici saradnje:

¹⁶ Uredba o bližem uređivanju načina vršenja policijskih ovlašćenja policijskih službenika granične policije i dužnostima lica koje prelazi državnu granicu, „Sl. glasnik RS“ br.39/11, Bgd.2011.g.

¹⁷ Lopandić D, Kronja J, *Regionalne inicijative i multilateralna saradnja na Balkanu*, (Beograd: Evropski pokret Srbija, 2010), 208.

razmena informacija, zajedničke istrage, kažnjavanje za krivična dela prekograničnog kriminala i dr.¹⁸ Sedište Centra je i danas u Bukureštu gde se nalze svi organi u zgradi Parlamenta Rumunije. Važniji organi Centra su Komitet za zajedničku saradnju (*JCC –Joint Cooperation Committee*), direktora i zamenika direktora, Sekretarijat i specijalizovane Radne grupe za borbu protiv: trgovine ljudima i krijumčarenja migranata, narkotika, prevara i krijumčarenja, VTK i privrednog kriminala, trgovine ukradenim vozilima, terorizma i transporta opasnih materija.¹⁹ Pored razmene informacija važne aktivnosti Centra su koordinacija regionalnih policijskih operacija, zajednički istražni timovi i dr.

Zaključak

Oružani sukobi i desetogodišnji period fragmentacije regiona stvorili su nove društvene „tranzicione“ okolnosti u kojima je kriminal predstavljao način preživljavanja i stvaranja novih profita. Policija u jugoistočnoj Evropi se u novim društvenim okolnostima suočavala sa dvostrukim problemom – osloboditi se nasleđa prošlosti s obzirom na represivnu ulogu koju je imala u komunizmu i stvoriti novu, reformisanu policiju sa „demokratskim licem“. Stvaranje velikog broja regionalnih organizacija i inicijativa za saradnju u oblasti unutrašnjih poslova u Jugoistočnoj Evropi, podstaknuto je zalaganjem Evropske Unije, međutim, evidentno je da države regije postepeno preuzimaju vlasništvo nad njima. Regionalne inicijative za saradnju u oblasti unutrašnjih poslova predstavljaju važnu kariku u reintegraciji regiona, i kao deo tog procesa doprinose izgradnji i stvaranju evropskih standarda policijskog delovanja.

Veliki broj ovih organizacija neretko dovodi do preklapanja određenih nadležnosti. Međutim tokom proteklih nekoliko godina može se uočiti da postepeno dolazi do njihovog međusobnog povezivanja i usaglašavanja aktivnosti. Jedna od najznačajnijih organizacija je svakako „Asocijacija šefova policije Jugoistočne Evrope (SEPCA)“ čija je inicijalna namena bila da pruži

¹⁸ „Agreement on Cooperation to Prevent and Combating Transborder Crime“, Bucharest, 26 May 1999, Internet, http://www.secccenter.org/p169/Legal_framework_SECI_Agreement, 09.11.2012.

¹⁹ Prvopotpisani koautor je bio gost SELEC Centra povodom Međunarodne stručne konferencije na Policijskoj akademiji „Alexandru Ioan Cuza“ pod naslovom „European Union – area of freedom, security and justice“, Bucharest, Romania, 24.11.-28.11.2011.godine, kojom prilikom je obišao sedište Centra u zgradi Parlamenta (X sprat) i bio gost oficira za vezu MUP RS (g.Surla).

Šire: Zakon o potvrđivanju Konvencije o Centru za sprovođenje zakona u JIE, „Sl. glasnik - Međunarodni ugovori“ br.8/11, Bgd.2011.

pomoć u reformi policijskih snaga u zemljama nastalim na području nekadašnje SFRJ. Analiza postignutih rezultata potvrdila je da su policijske agencije koje su članice SEPCA nosioci borbe protiv prekograničnog organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, ali imaju i značajnu ulogu u jačanju pomirenja u regionu i stvaranju poverenja među policijama i narodima.

Sobzirom da organizovani kriminal i korupcija predstavljaju realnu prepreku demokratskoj stabilnosti, vladavini prava, ekonomskom razvoju i izgradnji građanskog društva u regionu, razvijanje regionalne policijske saradnje kroz članstvo u regionalnim policijskim organizacijama daje ogroman doprinos za uspešno okončanje reforme u oblasti unutrašnjih poslova u Republici Srbiji u sklopu aktuelnih procesa evrointegracija.

Željko Nikač, LL.D.
Associate Professor
Boban Simić, LL.M.
Nikola Artonović

INTERNATIONAL POLICE COOPERATION OF THE SOUTHEAST EUROPEAN COUNTRIES

Summary

Conditions of organized crime in the world shows that it is an international problem of the entire international community, and that its successful suppression means joint and coordinated actions of states and international organizations, which are realized through various forms of bilateral, multilateral, regional and universal cooperation. This paper analyzes and summarizes the existing shapes and forms of international police cooperation in Southeast Europe, in which a central place is the Convention on Police Cooperation in South Eastern Europe as a normative framework, and specific forms of cooperation such as the Association of Southeast Europe Police Chiefs Association (SEPCHA) and other organizations. In concluding remarks it is pointed to the contribution of international police cooperation for the successful completion of reforms in the Interior of the Republic of Serbia within the current process of European integration.

Др Дарко Димовски
Доцент на Правном факултету у Нишу

КАРАКТЕР, ТЕМПЕРАМЕНТ И МЕНТАЛНЕ ДЕВИЈАЦИЈЕ КАО ФАКТОРИ ИЗВРШЕЊА УБИСТАВА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ*

Анстракт:

Наглашавајући да је убиство у криминолошком аспекту до сада било предмет истраживања у неколико наврата у нашој држави, аутор истиче да ниједно криминолошко истраживање убиства за своје територијално одређење није имало област југоисточне Србије. Аутор наглашава да је феномен хомицида резултат деловања бројних криминогених фактора, како егзогених, тако и ендогених. У овом раду аутор се бави карактером, темпераментом и менталним девијацијама као криминогеним факторима, посматрајући их кроз призму феномена хомицида у југоисточној Србији у периоду од 2006. до 2010. године.

Кључне речи: *убиства, југоисточна Србија, карактер, темперамент, менталне девијације.*

1. Увод

Још пре Другог светског рата су поједини кривичноправни писци почели да се интересују за феномен хомицида. Такви писци су били Гроздановић Глигорије, Кларић Фрањо, Суботић В. и други. Међутим, дуго времена је недостајало бављење на целовити начин појавом, настанком и превенцијом убиства. Криминолошки и виктимолошки приступ оваквој појави је био још мањи. Тако је, на пример, само Милован Миловановић у свом чланку „*Хомицидодогена улога убијених у убиству*“ из 1930. године имао виктимолошки приступ убиствима пре Другог светског рата. Ипак, неколицина истраживача је отворила пут већем посматрању убиства кроз криминолошку призму. Прва је била професорка на Правном факултету у Нишу, Слободанка Константиновић Вилић са својом докторском дисертацијом „*Жене убице*“ из 1984. године. Исте године криминолог Шпиро Вуковић се, такође, на један свеобухватан начин, а пре свега криминолошки, бавио крвним деликтима у Србији. Такође, професорка Миомира Костић је на Правном факултету у Нишу 2001. године одбранила докторат под називом „*Деца убице*“. Убиство са криминолошког аспекта је било предмет доктората још само код Биљане Симеуновић Патић, код које оно било територијално

ограничено само на простор Београда. Иако су досадашња истраживања открила бројне феноменолошке и етиолошке аспекте кривичног дела убиства, још увек има доста простора за спровођење разних истраживања, чији би предмет било убиство. До сада територијално одређење једне криминолошке студије о убиствима није била територија југоисточне Србије.

2. Поставке емпиријског истраживања

Како су основни и виши судови надлежни за кривично дело убиства, предмет истраживања је ограничен на територију југоисточне Србије, у складу са темом истраживања, под надлежношћу основних и виших судова у Нишу, Пироту, Врању, Лесковцу и Прокупљу. Како би се обезбедили сви потребни подаци, истраживање је спроведено у оним казнено-поправним заводима или окружним затворима, као и у Васпитно-поправном дому у Крушевцу, у којима су упућена осуђена лица на издржавање одговарајућих кривичних санкција. Такође, временски истраживање је ограничено на период од 2006. до 2010. године, при чему предмет интересовања истраживача само су правноснажне пресуде. Истраживањем су обухваћени случајеви кривичних дела убиства, пресуђених на територији одабраних седишта основних и виших судова, при чему се истраживач руководи следећим критеријумима: да је донесена правноснажна судска одлука за извршено убиство; да је извршен било који облик привилегованог, обичног или квалификованог убиства или покушај и да су обухваћени пресуђењима, у посматраном временском периоду, од 2006. до 2010. године.

Структура убистава према полу у југоисточној Србији је веома различита. можемо видети да су бројни облици убистава извршени у периоду 2005-2010. године били почињени само од стране мушкараца. Тако су само припадници јачег пола извршавали обична убиства – 31 убица мушког пола. Такође, поред обичног убиства, које спада у „специјалност“ мушкараца, и убиства на свиреп и подмукао начин, убиство којим се доводи у опасност живот још неког лица, убиства при извршењу разбојништва или разбојничке крађе, убиства из користољубља и убиства из безобзирне освете или других ниских побуда спадају у „ексклузивни домен“ вршења убистава од стране мушкараца.

Треба напоменути да је у посматраном узорку било 4 починитеља убистава више лица мушког пола, док је само једна жена извршила овај облик тешког убиства. По једна извршитељка јавила се код убиство на мах, као и код убиства детета при порођају.

3. Криминогени фактори чињења убиства

Етиолошке теорије о разумевању чињења убиства ослањају се на дејство одређених криминогених фактора. Како је убиство такво кривично дело у којем долази до саделовања бројних чиниоца, потребно их је све анализом обухватити. Другим речима, неопходно је у етиолошком сагледавању све њих узети у обзир. Да бисмо могли да дубље анализирамо криминогене факторе, морамо прво одредити њихов појам. Тако се криминогени фактори могу одредити као објективни и субјективни чиниоци, који делују у процесу настанка, формирања и коначне реализације криминалитета као масовне друштвене појаве и појединачног понашања.¹ Такође, криминогени фактори се могу дефинисати као скуп чинилаца биопсихолошке и социјалне природе, који делују као узроци, услови и поводи за извршење кривичних дела. Из оваквог одређења криминогених фактора произилази њихова подела на узроке, услове и поводе. Оваква диференцијација фактора направљена је на основу интензитета дејства и утицаја. Узроци криминалитета се одређују као пресудни и одлучујући чиниоци, који у датој ситуацији изазивају криминално понашање, док се услови могу посматрати као активности и утицаји, који олакшавају и омогућавају вршење кривичних дела. Спољни утицаји, који утичу на доношење одлуке за извршење одређене криминалне активности, су поводи.

Поред поделе извршене на основу дејства, постоје и поделе извршене од стране одређених криминолога. Док је Ломброзо криминогене факторе сматрао само антрополошким, његов ученик Фери, представник позитивне школе, је поред овог фактора убрајао и факторе физичке средине и факторе друштвене средине. На основу овога, Фери се сматра претечом мултифакторске теорије. Садерланд је, заједно са Зелигом, делио криминогене факторе на историјске, који делују приликом формирања личности, као и ситуационе, који делују у тренутку извршења кривичног дела. Ипак, општеприхваћена подела је она, коју је изврши Габријел Тард. Он је разликовао егзогене и ендogene факторе. Егзогени криминогени фактори су они чиниоци, који произилазе из спољашње средине. Психолошки и биолошки чиниоци се убрајају у ендogene факторе. Како је немогуће обрадити све криминогене факторе вршење убиства у једном ауторском чланку, у наредном делу рада предмет посебне анализе биће карактер, темперамент и менталне девијације, као фактори који су утицали на вршење убистава у југоисточној Србији.

¹ Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., Криминологија, Пеликант принт, Ниш, 2009. година, стр. 348.

4. Карактерне особине и убиства

У психологији се могу наћи различита одређења карактера. Једно од таквих је да се под карактером подразумева спој различитих психичких особина једне особе, које дају печат целокупном њеном понашању, односно које дају целовиту слику једне особе.² Постоји схватање да карактер чини комплекс личних особина – моралних и вољних, које омогућавају појединцу да упркос препрекама поступа на релативно доследан начин, у односу на моралне принципе и морална схватања који постоје у једном друштву.³ Другим речима, карактер представља систем особина којима се означава активност у остваривању друштвено прихваћених или неприхваћених циљева. Неки психолози, под термином карактер, подразумевају целокупну личност, означавајући при томе морална својства личности, моралне и конативне особине.

Карактерне особине су вољне диспозиције за друштвено важне и релативно трајне начине понашања, који се, сходно моралним принципима у једном друштву, оцењују као добри или лоши, односно друштвено пожељни или непожељни. Карактерне особине формирају се под утицајем егзогених фактора. Полазећи од тога, можемо да кажемо да склоност ка вршењу кривичних дела постоји код оних личности, које нису у стању тзв. довољне отпорности ка спољашњим факторима. Од психоструктуре једне личности зависи који ће утицаји (позитивни или негативни) на одређену личност имати преовлађујући карактер. Уколико је утицај негативних фактора јачи, онда долази до испољавања различитих облика делинквентног понашања.⁴

Постоји низ карактерних особина, али су истраживања показала да неке од особина имају већи значај у настанку крвних деликата. Једна од таквих особина је примитивизам, чије одлике су недостатак поштовања моралних норми у једном друштву, као и недостатак васпитања и низак културни ниво. Наиме, бројна убиства су последица мржње, нетрпељивости и освете, који се преламају кроз призму примитивизма.

Кривична дела убиства су великим делом последица постојања агресивности. Код извршилаца убистава постоји тенденција решавања спорова применом насиља. Истраживање спроведено, од стране криминолога Вуковића, у КПЗ у Пожаревцу је показало да од 100

²*Temperament, Karakter, Ličnost.* Видети: http://www.akademijauspeha.org/clanci_svi/Licnost%20i%20karakter.html, приступ 24.01.2012. године

³ Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 417.

⁴ Бошковић, М., *Криминологија и социјална патологија*, Матица Српска, Нови Сад, 1995. година, стр. 117.

затвореника, осуђених за тешке крвне деликте, њих 34 је показало агресивност у знатној мери, 42 су имали веома изражену агресију, док само њих 24 нису били посебно агресивни.⁵ Импулсивност је веома блиска агресивности. Овакве личности имају низак праг толеранције на фрустрацију, што значи да реагују афективно на безначајне поводе.

Егоизам и егоцентричност су такве карактерне особине које се могу повезати са вршењем убиства. Одлика егоизма је свесна, спонтана и стална тежња ка стицању материјалних вредности, као и тежња да се сопствени интереси ставе изнад других, док је егоцентричност прецењивање својих особина и стављање сопствених преокупација изнад потреба других лица.⁶

У нашем истраживању, код 10 убица постоји егоцентричност, односно у 18% случајева. Остале карактерне особине које се могу везивати за извршење убиства не постоје код већег особа осуђених за ово кривично дело, са посматране територије у нашем истраживању. Инфериорност се јавља само код 2 убица (4%), док ригидност постоји код 3 убица (5%). Такође, импулсивност, осећај ниже вредности, посесивност су заступљени као и инфериорност – 4%. Сугестибилност, осећај више вредности и хостилност постоје код по једног убице (2%). Ипак, карактерна особина која у највећем броју случајева одликује убице из југоисточне Србије је агресивност. Наиме, она постоји код 25 особа осуђених за убиство, што чини 45% од укупног броја убица са посматране територије.

5. Темперамент и убиства

У психологији преовлађује мишљење да темперамент представља диспозицију за начин емоционалног реаговања. Другим речима, њиме се означава колико се лако и са којим интензитетом и трајањем јављају осећања. Темперамент не показује само емоционални начин реаговања неке особе, већ и брзину, снагу и трајање свих активности појединаца уопште.

Једну од најпознатијих класификација темперамента дао је грчки лекар и филозоф Хипократ, који је разликовао 4 типа: меланхолични, флегматични, сангвинични и колерични. Особе, које карактеришу меланхолични темперамент, одликују се спорим и ретким реакцијама, али су те реакције уједно и веома јаке. За разлику од меланхолика, који има ретке, споре али и јаке реакције, флегматичне особе се од њих

⁵ Вуковић, Ш., *Крвни деликти у Србији*, „Зајечар“, „Интерпреглед“ и „Савремена администрација“, Београд, 1984. година, стр. 142.

⁶ Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 418.

диференцирају само по слабијим осећањима. Код ових људи преовлађују негативна осећања. Код сангвиника постоји брза промена осећања, али она нису јака и не трају дуго. Постоји прелазак из негативног у позитивно расположење. Колерицима су својствена јака осећања, лако одлучивање на акцију, уз постојање честих и наглих реакција. Управо због ових особина, колерици могу лако да упадају у различите сукобе, чак и са смртним исходом, са другим лицима.⁷

Поред ове класификације темперамента, за деликте насиља веома је битна подела на интровертне и екстровертне. Интровертна личност је затворена према спољним збивањима. Није предустретљива, него је спремна на стално повлачење пред објектом. На већим окупљањима људи, она се осећа изгубљено и усамљено.⁸ Други облик ове класификације темперамента одликује се друштвеношћу, мотивисаношћу спољних фактора, склоношћу ка свађама и сукобима са другим лицима.⁹

Иако је „доказано“ да темперамент може имати утицај на вршење кривичних дела, о повезаности темперамента и криминалног понашања је највише писао Ајзенк у својој теорији личности. Темперамент може представљати добар показатељ каснијег понашања, чак и у најранијим периодима живота. У Аустралији је био спроведен пројекат, који је показао да су деца, која су од својих мајки оцењена као непокорна и склона иритацији у првим годинама живота, у својој седмој и осмој години испољила агресивно хиперактивно понашање. У једном другом истраживању 1995. године дошло се до резултата да су деца од три године, која нису била одговарајуће контролисана (немирна, импулсивна са слабом пажњом), у 21. години живота била осуђивана.¹⁰ Такође, и неке друге анализе су показале да је веће учешће одређених облика темперамента у криминалитету уопште, као и у криминалитету насиља. Тако су колерични људи више склони криминалитету насиља. Исти је случај и са екстровертним људима у односу на интровертне.

Истраживање темперамента убица са територије југоисточне Србије показало је да у највећем броју случајева стручни тимови у пријемним одељењима казнено-поправних установа нису утврђивали овај криминогени фактор. Наиме, код 39 убица није установљен облик

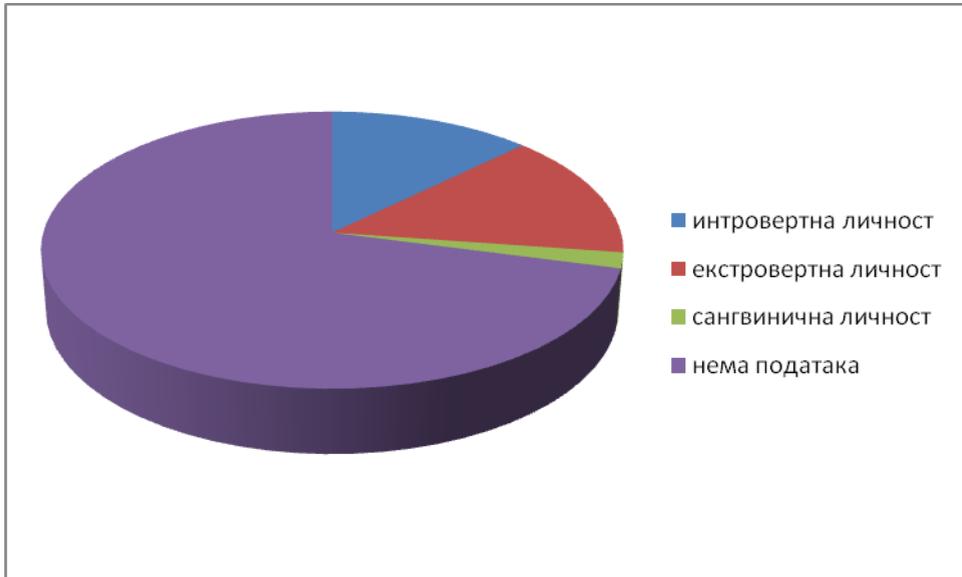
⁷ *Pojam temperamenta u psihologiji i tradicionalnoj astrologiji.* Видети: <http://www.natasakaralic.com/tekstovi/temperament.html>, приступ 26.01.2012. године

⁸ Харк, Х., *Лексикон основних Јунговских појмова*, Дерета, Београд, 1998. година, стр. 71.

⁹ *Tipovi ličnosti i temperamenta.* Видети: <http://www.apafun.com/index.php?topic=25043.0>, приступ 26.01.2012. године

¹⁰ Tonry, M., *The handbook of crime & punishment*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 254.

темперамента, што представља 70%. У осталим случајевима постоји скоро подједнак однос интровертних и екстровертних убица – 7:8. Њихов удео у процентима појединачно износи 13%, односно 15%. Код једног убице преовлађује сангвинични темперамент (2%), док за једну осуђеницу не постоје подаци (2%).



Графикон 24. Темперамент убица са територије југоисточне Србије

6. Менталне девијације и убиства

Убиство може бити извршено не само од особе коју одликује нормално психичко стање, већ и од лица које пати од одређених менталних девијација. Термин душевно или ментално здравље је термин који се употребљава да се опише постојање, односно непостојање душевне болести. Постоји широк спектар поремећаја душевног здравља који може да утичу на понашање једне особе. Другим речима, њихово постојање може довести до разних облика криминалног понашања, што у неким случајевима резултира смртном последицом. С обзиром на чињеницу да постоји велики број менталних девијација, у наредном делу нећемо се посебно бавити одређењима таквих девијација, већ ћемо указати на неке криминолошке студије у вези њих и хомицида. О важности изучавања ове везе указује и податак да постоји посебна теорија – психопатолошка теорија, којом се објашњава вршење кривичних дела деловањем душевних поремећаја.

Криминолошка истраживања спроведена у Сједињеним Америчким Државама и Западној Европи су показала дијаметричне резултате. Наиме, енглески криминолог Вест је у свом проучавању 78 случајева убиства, код којих је на крају убица починио самоубиство, закључио да њих 45 болује од неке врсте менталног поремећаја: 28 убица је депресивно, 7 су неуротичари, шизофренија постоји код 4 особе, двоје је морбидно љубоморно, док се за четворо сматра да су агресивне психопате. Међутим, један од првих криминолога који се бавио феноменом убиства, Волфганг, је дошао да супротних резултата. Тако је он у свом проучавању 24 случаја убиства, са постојањем суицида, пронашао постојање менталних болести само код три лица. Такође, Рут Каван је пронашла душевну болест код једног извршиоца кривичног дела убиства од њих 18. Ипак, треба нагласити да код упоређивања добијених података мора постојати доза опрезности, јер код ових истраживања није коришћена иста методологија и систематика. Истраживачи су до података долази непосредним увидом у полицијске статистике, док су други до њих долазили током разговора са члановима породице убице.¹¹

Нека друга истраживања спроведена у Енглеској су дала другачије резултате. Тако је на узорку од 3.645 убиства, извршених од 1996. године па до 2004. године, било 34% убица који су током целог живота боловали од одређених менталних болести, њих 18% је имало контакт са надлежним здравственим установама, док је само 9% убица било на лечењу годину дана пре почињеног кривичног дела. У време извршења убиства 15% особа из узорка је боловало од менталних девијација. Исто тако, злоупотреба дроге и алкохола је постојала код 45% почињених убиства.¹² Проучавање убиства у Италији је показало да 15% убица, који су починили кривично дело према члану своје породице, болује од неке врсте менталних болести.¹³

На основу увида у списе предмета евидентирано је да је код 51 убице, од 55 испитаника, спроведено и судско-психијатријско вештачење. Суд је у 93% случаја из нашег узорка извршио судско-психијатријско вештање, односно суд није посумњао у урачунљивост код 7% убица. Ово значи да је спроведено судско-психијатријско сагледавање и добијени резултат је у складу са другим показатељима из литературе, као и судске праксе. Резултати су указивали на следеће:

¹¹ Websdale, N., *Understanding domestic homicide*, Northeastern University Press, North Carolina, 1999, pp. 56-57.

¹² David Rawlins, M., Littlejohns, P., *Delivering Quality in the NHS 2004*, Radcliffe Medical Press, Abingdon, 2004, p. 49.

¹³ Liem, M., Alex Pridemore, W., *Handbook of European Homicide Research: Patterns, Explanations, and Country Studies*, Springer, New York, 2012, p. 385.

а) утврђење психичких поремећаја код испитане групе:

Врста менталног поремећаја	Број поремећаја	Проценти
Деменција – излапелост (F 00-F09)	/	/
Зависност од алкохола (F 10.2)	3	5%
Зависност од наркотика (F 11)	1	2%
Схизофренија и поремећаји са суманутошћу (F 20-F29)	4	7%
Афективни поремећаји (F30-F39)	1	2%
Неурозе и соматоформни поремећаји (F40-F49)	5	9%
Поремећаји личности (F60, F61, F62)	25	46%
Душевне заосталости (F70, F71 и F 72)	1	2%
Без поремећаја	14	25%
Нема података	1	2%
Укупно	55	100%

Табела 21. Психички поремећаји код убица са југоисточне Србије

Добијени резултати су указали на највећу заступљеност извршиоца из категорије поремећаја личности, где је скоро половина испитаника припадала некој од подтипова овог поремећаја (Табела 21). Са правног становништа ове особе се у принципу не сврставају у биолошке основе неурачунљивости, што је и у свим ситуацијама ових особа утицало на изрицање осуђујућих пресуда. Ова категорија и њено постојање у криминалитету није изненађујућа, јер су ове особе, у криминалитету генерално, па и у криминалитету насиља, у принципу највише заступљене.

Друга група по величини је група у којој није утврђен никакав ментални поремећај – 25%, што такође упућује на околност да није било биолошких предуслова за умањење урачунљивости код тог дела анализираног узорка.

Од осталих који спадају у оне психичке поремећаје које закон сврстава у биолошке основе умањења или искључења урачунљивости, било је 10 испитаника, и то: половина са стањима психозе (душевно обољење), 3 са знацима зависности од алкохола, док су по један сврстани у категорију зависности од дрога и заосталог душевног развоја.

Овакви резултати су у складу са показатељима из судско-психијатријске литературе,¹⁴ по којима се „патолошки криминалитет“ у сличном проценту јављао и у другим истраживањима кривичног дела убистава.

б) утврђење афеката код испитане групе:

Лак интензитет афекта	Средњи интензитет афекта	Јак интензитет афекта
/	14	3

Табела 22. Афективна узбуђења код убица са југоисточне Србије

Други податак који нас је интересовао је утврђивање постојања стања афективног узбуђења (правни појам раздраженост), у време извршења кривичног дела убистава. Од 51 испитаника, колико је вештачено, код њих 17 (33%) смо утврдили постојање афективног узбуђења које је најчешће био афект страха, гнева или истовремено постојање оба ова квалитета афективног узбуђења (Табела 22). У сагледавању степена афективне узбуђености, вештачењем је утврђено 14 средњег, а 3 јаког степена узбуђености.

Разлог за истраживање ове околности нашли смо у чињеници да афект, иако део нормалне људске психологије, делује у време свог испољавања на бројне психичке функције, а посебно на свест, логичко расуђивање, контролу вољне активности и испољавање агресивности, а тиме и на специфичан начин, у време извршења дела, може утицати и на способност схватања значења дела и управљање својим поступцима. Наше законодавство чак афективно стање одређује као елемент бића неких кривичних дела убистава – убиство на мах и убиство у прекорачењу нужне одбране. Тако је, према нашем узорку, један кривични догађај оквалификован од стране суда као убиство на мах.

Да је афект значајан, осим са становништа квалификације, тако и са становништа одређивање казне, показала је чињеница да је код свих извршиоца са постојањем афективног стање утврђен одређен степен умањења урачунљивости, при чему је у два случаја оцењено да постоји битно смањена урачунљивост. То је утицало да суд приликом утврђивања чињеничног стања установи постојање факултативно олакшавајуће околности.

¹⁴ Више видети: Капамација, Б., *Убиство – психопатологија и судска психијатрија*, Матица српска, 1981. година, стр. 90-116.

Полазећи од чињенице да је афект део бића кривичног дела убиства на мах и убиства у прекорачењу нужне одбране, али да постоје таква убиства у којима се не испуњавају сви елементи бића претходно наведених облика убиства, као и околности да афект има утицај на бројне психичке функције, предлажемо да се у наше кривично законодавство уведе посебан облик кривичног дела убиства, у којем би постојање провокације од стране жртве и стања раздражености код убице представљало биће кривичног дела убиства без предумишљаја. Другим речима, према садашњим законским решењима, ако не постоје елементи бића убиства на мах и убиства у прекорачењу нужне одбране, суд је афект узимао само као факултативну олакшавајућу околност. Због тога је потребно увести инкриминацију новог облика убиства, у којем би постојање афекта био елемент бића таквог кривичног дела, при чему не постоје услови за квалификацију убиства на мах и убиства у прекорачењу нужне одбране. Такође, за ово ново убиство потребно је предвидети блаже кажњавање.

ц) утврђење акутног напитог стања код испитане групе:

Истраживањем је утврђено да је 7 испитаника било у време извршења убиства у акутном напитом стању, а да нису при томе испољавали зависност од алкохола. Иако су вештаци ову околност са медицинског становишта третирали као чињеницу која је умањивала урачунљивост, суд је применио законску регулативу у вези о скривљеној неурачунљивости (*actiones liberae in causa*), те ово смањење урачунљивост није третирао као олакшавајућу околност приликом санкционисања.

7. Закључак

Имајући у виду коначност и по последицама свевременост самог чина убиства, као потпуно друштвено негативну појаву, никада се не може рећи да је овај проблем довољно осветљен. За његово свеобухватно схватање потребно је садејство истраживача из најразличитијих области.

Тешко је дати одговор на једноставно питање: зашто починиоци убистава лишавају живота друге људе? Разлози су веома различити. На појаву хомицида делују, поред спољашњих, и унутрашњи фактори. Иако извршење убиства зависи од бројних криминогених фактора, неопходно је проучавати их појединачно. Стога је посебна пажња, у овом раду, поклоњена карактеру, темпераменту и менталним девијацијама као факторима извршења убистава на територији југоисточне Србије. Познавање карактера људи је веома важно, јер од његових особина у многе може зависити понашање особа. На основу тога могуће је

закључити да ли ће се неко лице криминално понашати, самим тим извршити и најтежа кривична дела. Највећи број убица из узорка нашег истраживања се одликује агресивношћу, што доводи до крвних деликата. Темперамент, као и карактер, је веома важно установити, али се стручна лица пријемних одељења у казнено-поправним установама, у која су убице послате на издржавање казне затвора, односно мера безбедности, за разне облике убистава, нису у највећем броју случајева бавили њиме. Иако је било за сходно очекивати да постоји много већи удео екстровертних особа у нашем истраживању, однос између екстровертних и интровертних особа је скори изједначен.

Имајући у виду чињеницу да је три четвртине испитанака-убица из нашег истраживања боловало у тренутку извршења убиства од неког од облика менталних девијација, од којих се неки могу сврстати у биолошке основе неурачунљивости, а неки не могу, надлежне државне институције би требало више да раде на дијагностиковању и лечењу ових девијација, како би се у крајњем случају извршила превенција крвних деликата.

Наглашавамо да, иако су у раду обрађена само три криминогена фактора, неопходно је даље радити на утврђивању свих узрока, услова и повода вршења убистава, како би се изградиле ефикасне мере превенције вршења истих. Само свеобухватно сагледавање криминогенних фактора довешће до тога да у потпуности разумемо зашто долази до извршења убиства.

Библиографија

David Rawlins, M., Littlejohns, P., *Delivering Quality in the NHS 2004*, Radcliffe Medical Press, Abingdon, 2004, Liem, M., Alex Pridemore, W., *Handbook of European Homicide Research: Patterns, Explanations, and Country Studies*, Springer, New York, 2012,

Pojam temperamenta u psihologiji i tradicionalnoj astrologiji. Видети: <http://www.natasakaralic.com/tekstovi/temperament.html>, приступ 26.01.2012. године

Temperament, Karakter, Ličnost. Видети: http://www.akademijauspeha.org/clanci_svi/Licnost%20i%20karakter.html, приступ 24.01.2012. године

Tipovi ličnosti i temperamenta. Видети: <http://www.apafun.com/index.php?topic=25043.0>, приступ 26.01.2012. године

Tonry, M., *The handbook of crime & punishment*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 254.

Websdale, N., *Understanding domestic homicide*, Northeastern University Press, North Carolina, 1999, pp. 56-57.

Бошковић, М., *Криминологија и социјална патологија*, Матица Српска, Нови Сад, 1995. година,

Вуковић, Ш., *Крвни деликти у Србији*, „Зајечар“, „Интерпреглед“ и „Савремена администрација“, Београд, 1984. година,

Капамација, Б., *Убиство – психопатологија и судска психијатрија*, Матица српска, 1981. година,

Констанитновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант принт, Ниш, 2009. година,

Харк, Х., *Лексикон основних Јунговских појмова*, Дерета, Београд, 1998. година,.

Darko Dimovski, LLD
Docent

Summary

Dr Darko Radulović
Docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore

**KRATKOTRAJNA KAZNA ZATVORA I NJENO IZVRŠENJE SA
ASPEKTA NAJNOVIJIH IZMJENA I DOPUNA KRIVIČNOG
(MATERIJALNOG I IZVRŠNOG) ZAKONODAVSTVA CRNE GORE**

Apstrakt:

Krivično zakonodavstvo Crne Gore (materijalno i izvršno) slijedi savremene tendencije kada je u pitanju sužavanje normativnih okvira za primjenu kratkotrajne kazne zatvora. U tom pravcu, sa aspekta materijalnog zakonodavstva, teži se široj primjeni tzv. alternativnih krivičnih sankcija poput mjera upozorenja, novčane kazne, rada u javnom interesu, određenih krivičnih sankcija i krivičnopravnih mjera za maloljetne učinioce krivičnih djela, sa aspekta procesnog krivičnog zakonodavstva ide se za time da se obezbijede uslovi za širu primjenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja, odloženog krivičnog gonjenja i tako dalje. U ovom radu bavili smo se nekim najznačajnijim pitanjima izvršenja kratkotrajne kazne zatvora i u tom kontekstu uvođenjem u krivično zakonodavstvo Crne Gore jedne nove krivičnopravne mjere koja podrazumijeva mogućnost da lice osuđeno na kaznu zatvora do šest mjeseci istu izdržava u prostorijama za stanovanje. U većini uporednih zakonodavstava pomenuta krivičnopravna mjera naziva se kućni zatvor. Kućni zatvor predstavlja modifikaciju izvršenja izrečene kazne zatvora do šest mjeseci i u širem smislu takođe jednu značajnu alternativu klasičnom zatvorskom sistemu izvršenja kratkotrajnih kazni lišenja slobode. Kratko smo se osvrnuli i na iskustva u primjeni kućnog zatvora u uporednom zakonodavstvu, prije svega zakonodavstvu Srbije s obzirom na to da se slična krivičnopravna mjera u Srbiji primjenjuje već nekoliko godina.

Ključne riječi: *Izvršenje kratkotrajna kazne zatvora, alternativne krivične sankcije, kućni zatvor.*

1. Poslednjih decenija prošlog stoljeća, a naročito od početka ovog vijeka intezivirano se noviraju sistemi krivičnih sankcija savremenih evropskih zakonodavstava u pravcu sužavanja normativnih okvira za mogućnost izricanja a naročito izvršenja kratkotrajne kazne zatvora. U središtu interesovanja nauke odnosno teorije krivičnog prava i prakse nalaze se tzv. alternativne krivične sankcije kojima se nastoji ograničiti odnosno smanjiti primjena kazne zatvora uopšte, a pogotovo kratkotrajne kazne lišenja slobode. Kada je Crna Gora u pitanju, u ovom pravcu, na zakonodavnom planu je dosta toga urađeno već

krajem 2003. i početkom 2004.godine¹ kada je kodifikovano krivično zakonodavstvo i kada su po prvi put uvedene neke krivične sankcije koje su postojale u uporednom zakonodavstvu,a koje naše pravo do tada nije poznavalo. Uz već postojeće krivične sankcije koje se smatraju alternativnim krivičnim sankcijama poput novčane kazne,uslovne osude,sudske opomene,određenih krivičnih sankcija za maloljetnike,uz određene krivičnopravne mjere koje se takođe smatraju alternativnim modelima izvršenja kazne zatvora kao što je institut uslovnog otpusta, uvedena je kazna rada u javnom interesu, kao i novi model izricanja novčane kazne tzv.novčana kazna u dnevnim iznosima. Od tada do danas krivično zakonodavstvo je bilo nekolicinu puta novelirano² u dijelu koji se tiče krivičnih sankcija. Proširen je zakonski okvir za primjenu kazne rada u javnom interesu,donesen je krajem 2011.godine i Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku³ kojim je po prvi put kodifikovana kompletna materija maloljetničkog krivičnog prava i koji između ostalog predviđa alternativne mjere za maloljetnike (opomena,vaspitni nalozi).Sve prethodno pomenuto predstavlja jedan, možemo reći, odraz opšte tendencije ka restriktivnoj primjeni kazne zatvora,pogotovo kazne zatvora koja se smatra kratkotrajnom, a to je po stavovima većine penologa i autora koji se bave materijom krivičnog prava sa terijskog aspekta i sa aspekta sudske prakse kazna zatvora koja ne prelazi šest mjeseci,najviše do godinu dana.

Na raskršću puteva rješavanja problema kratkotrajnih kazni zatvora pokazuju se, naime, različiti pravci. Jedan od mogućih koji se nudi jeste modifikovanje izvršenja kazne lišenja slobode (vikend zatvor,polusloboda,kućni zatvor i slično), a koji se u teoriji naziva treći pravac-između dva ekstremna, lišavanja slobode i potpune slobode.

Slijedeći navedene tendencije, avgusta prošle godine donesen je Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika⁴ koji se sada i službeno naziva „Krivični zakonik Crne Gore“ umjesto dosadašnjeg naziva „Krivični zakonik“ i kojim je uvedena još jedna mogućnost da se redukuje primjena klasičnog sistema izvršenja kratke kazne zatvora predviđanjem jednog modaliteta u izvršenju izrečene kazne zatvora do šest mjeseci koji ne predviđa izvršenje pomenute kazne u zatvorskim uslovima. Naime ,u pitanju je kazna zatvora koja se izdržava u prostorijama za stanovanje (u većini zakonodavstava koji predviđaju ovu mjeru ona se naziva kućni zatvor) i koja predstavlja mogućnost

¹ Krivični zakonik:Službeni list RCG,br.70/03,47/06.

² Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika:Službeni list CG,br.40/08,25/10,32/11.

³ Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku:Službeni list CG,br.64/2011

⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika:Službeni list CG,br.40/2013 i 56/2013.

(ne i pravo) pravosnažno osuđenog učinioca krivičnog djela na kaznu zatvora do šest mjeseci da istu izdržava u kućnim uslovima odnosno prostorijama u kojima stanuje.

2. Prije nego što se u značajnijoj mjeri osvrnemo na ovu veoma važnu novinu u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i uporedimo je sa, prije svega, sličnim rješenjem u krivičnom zakonodavstvu Srbije, interpretiraćemo neka najznačajnija pitanja izvršenja kratkotrajnih kazni lišenja slobode, imajući u vidu činjenicu da su one i dalje naša zakonodavna i sudska realnost, da ih zakonodavac i dalje propisuje za znatan broj krivičnih djela i da ih sudovi izriču u znatnom obimu. Pokušaćemo da odgovorimo na konstantno aktuelno pitanje zbog čega je prisutna očigledna i paradoksalna divergentnost u nastojanjima da se izricanje i izvršenje kratke kazne zatvora svede na minimum i činjenice da se ista i dalje izriče i izvršava u nemalom broju.

Neki na ovo pitanje odgovaraju konstatacijom-ili su kritike usmjerene protiv kratkih kazni zatvora od strane teoretičara neopravdane ili su zakonodavci i sudije neopravdano uporni u zadržavanju ovih kazni.⁵

Napuštanjem shvatanja da je svrha kažnjavanja odmazda i retribucija zbog izvršenog krivičnog djela, te prihvatanjem nove koncepcije definisanja svrhe kažnjavanja kao prevaspitanja i resocijalizacije stvoreni su uslovi da se postavi pitanje da li kratkotrajne kazne zatvora odgovaraju toj svrsi s obzirom na to da zbog kratkog trajanja nisu pogodne za realizaciju iole ozbiljnijeg tretmana u zatvorskim ustanovama ako znamo da je sprovođenje odgovarajućih oblika tretmana prema osuđenim licima osnova uspješno sprovedenog postupka resocijalizacije. Dakle, za takvo poimanje tretmana nepodesne su kratke kazne zatvora, što je, dobrim dijelom bio razlog da pitanje izvršenja kratkotrajnih kazni zatvora nije zaokupljalo ili je pak nedovoljno zaokupljalo pažnju naučne i stručne javnosti. Pažnja je bila usredsređena na izvršenje dužih zatvorskih kazni, počev od problema prostora za njihovo izvršenje, pa do obezbjeđivanja odgovarajućeg osoblja koje će sprovoditi prevaspitni tretman. Te duge kazne zatvora izricane su za teška krivična djela ili višestrukim povratnicima, pa su učinioci takvih teških krivičnih djela, i zbog svojih subjektivnih svojstava, smatrani društveno opasnijim i kao takvi više su bili predmet interesovanja i teoretičara i praktičara. Kod ovakvog pristupa, dugo vremena se izvršenje kratkotrajnih kazni zatvora svodilo na pasivan boravak u zatvoru bez ikakvog tretmana, čime se izvršenje takve kazne skoro svodilo na odmazdu. U tom smislu, pojedini izvještaji u dokumentima OUN ističu da se kod izvršenja ovih kazni radi samo o čuvanju osuđenika i da se izvršenje svodi samo na izdržavanje u kome je jedina mjera prevaspitanja čišćenje zatvorskih

⁵ Dr Dragomir Davidović-Jelena Špadijer-Džinić-Branko Vukadinović: Efikasnost kratkih kazni lišenja slobode, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1965.godina, str.3.

prostorija.⁶ Međutim, kada bi se uzeo u obzir broj osuđenih na kaznu zatvora u kratkom trajanju, onda bi pažnja naučne i stručne javnosti trebalo da bude obrnuta ili makar podjednaka onoj koja se posvećuje dužim kaznama. Tek zadnjih decenija posvećuje se više pažnje izvršenju kratkotrajnih kazni zatvora, upravo radi toga što se nije moglo pobjeći od činjenice da su kratke kazne naša realnost, bez obzira na sve prepreke da se pronađu alternativne sankcije ili mjere. Čak šta više, u nekim zemljama se obim njihove primjene povećava. Ako su one naša realnost, onda se treba okrenuti drugom pitanju, a to je pitanje njihovog izvršenja, jer je sasvim razumljivo da se ona penitensijarna rješenja koja se odnose na duže zatvorske kazne, kao što su principi izvršenja, tretman osuđenika, obrazovanje i slično, ne mogu jednako primijeniti i na kratkotrajne kazne zatvora. Pažnju ćemo zadržati na nekim problemima koji se javljaju u izvršenju ovih kazni.

3. Prvo pitanje koje se nameće jeste da li su redovne kazneno-popravne ustanove pogodne za izvršenje ovih kazni, ili treba formirati posebne ustanove za njihovo izvršenje. U teoriji skoro da su nepodijeljena mišljenja da bi bilo poželjno da se za ove kazne formiraju posebne kazneno-popravne ustanove, jer bi se na taj način lakše otklonile štetne posljedice njihovog izvršenja, i omogućilo da se penitensijarne mjere prilagode učiniocima krivičnih djela osuđenim na ove kazne.

Praksa je pokazala da se u ustanovama u kojima se izdržavaju duže zatvorske kazne ne može organizovati proces resocijalizacije kada su u pitanju kratkotrajne kazne zatvora, jer je u njima nemoguće organizovati i sprovoditi tretmane koji odgovaraju ličnosti osuđenika, a koji bi se zasnivali na njihovom prethodnom izučavanju.⁷

Do takvog zaključka je došla, dosta davno, i Radna grupa UN na sastanku održanom u Strazburu 1959.godine, konstatujući da osuđenici na kratkotrajne kazne zatvora izdržavaju ove kazne ne samo lišeni svakog tretmana, već i u objektivnim okolnostima koje na njih negativno utiču i da se lijek za takvu situaciju nalazi u stvaranju posebnih ustanova ili specijalnih odjela koji omogućavaju bar odvajanje primarnih delinkvenata od recidivista, odnosno mlađih od starijih.⁸

Neke zemlje su slijedile preporuke odgovarajućih međunarodnih organizacija, među kojima su, po običaju, prednjačile skandinavske zemlje, pa su organizovale posebne ustanove za izvršenje kratkotrajnih kazni zatvora, sa posebno obučanim prevaspitnim personalom i uz modifikovani tretman u odnosu na tretman osuđenih na duge zatvorske kazne.

⁶ A/CONF. 87/7. 9.jul 1980. godina, str.37.

⁷ Dr Milan Milutinović: Penologija, Savremena administracija, Beograd, 1992. godina, str.156.

⁸ Dr Vjekoslav Vidović: Kazna lišenja slobode, Banja Luka, 1981. godina, str.310.

Kad je riječ o tom problemu kod nas, ne samo u Crnoj Gori, nego i prostorima prethodne Jugoslavije, nije došlo do unapređenja u organizaciji izvršenja ovih kazni. One se izvršavaju ili u zatvorima ili u ustanovama opšteg tipa (kazneno-popravnim domovima). Konkretno, u Crnoj Gori, kazne zatvora do šest mjeseci izdržavaju se u posebnom odjeljenju (odjeljenju za kratkotrajne kazne zatvora) u okviru Zavoda za izvršenje krivičnih sankcija kao ustanove opšteg tipa. U pomenutom odjeljenju izdržavaju se ne samo izrečene kazne zatvora do šest mjeseci nego i izrečene zatvorske kazne u dužem trajanju kod kojih preostali dio neizdržane kazne ne prelazi šest mjeseci.

O manjkavostima izvršenja kratkotrajnih kazni zatvora u lokalnim zatvorima, odnosno kazneno-popravnim ustanovama, posebno kada je riječ o tretmanu i prevaspitnom personalu, najbolji sud je dao Pol Cornil. On je, govoreći o personalu koji treba da sprovede odgovarajući prevaspitni tretman, konstatovao da se on u zatvorima svodi praktično na čuvare koji su dužni da osiguraju prisustvo osuđenika u zatvoru. Ukoliko se pak kratkotrajne kazne zatvora izvršavaju u kazneno-popravnim ustanovama, većina ovih osuđenika ostaje »anonimna« za zatvorski personal koji se uglavnom bavi prevaspitnim tretmanom osuđenika na duge kazne.⁹

Izlaganje o ustanovama za izvršenje kratkotrajnih kazni zatvora zaključićemo iznošenjem vlastitog stava o ovom problemu koji se ne razlikuje od većinskog mišljenja, a svodi se na konstatovanje potrebe za formiranjem posebnih ustanova za izvršenje kratkotrajnih kazni zatvora, što bi u većoj mjeri odgovaralo osnovnim zahtjevima savremene kriminalne politike. Jer postojanje posebnih ustanova, ne samo što bi doprinijelo otklanjanju štetnih posljedica izvršenja kratkotrajnih kazni zatvora koje rezultiraju iz unutrašnjih međusobnih kontakata i nedostatka klasifikacije osuđenika, već bi omogućilo i sprovođenje konstruktivnog tretmana, prilagođenog specifičnostima ove kazne.¹⁰ Međutim, svjesni smo i naših, prvenstveno materijalnih, mogućnosti koje su determinanta obezbjeđenja potrebnih prostornih, kadrovskih, tehničkih i drugih uslova za realizaciju dobrih ideja. Sve ovo učvršćuje uvjerenje da u većoj mjeri treba ići na alternative kaznama zatvora u kratkom trajanju, pogotovo onim do tri mjeseca. To što se one još u znatnom broju izriču rezultat je shvatanja da kazna mora odgovarati stepenu krivice koju izražava krivično djelo.

Naglasili smo da bi za izvršenje ovih kazni najpovoljnije bilo da se one izvršavaju u posebnim ustanovama, ali odmah slijedi dodatno pitanje koji tip ustanove, obzirom na stepen obezbjeđenja od bjekstva, bi bio najpovoljniji-otvoreni, poluotvoreni ili zatvoreni. Već pomenuta Radna grupa UN na sastanku u Strazburu podržala je praksu nekih zemalja, da se kratkotrajne kazne

⁹ Pol Cornil: La réforme des prisons, Revue pénitentiaire et de droit pénal, br.2, 1962.godina, str.474.

¹⁰ Dr Desanka Lazarević: Kratkotrajne kazne zatvora, Beograd, 1974. godina, str.168.

zatvora, naročito u odnosu na primarne delinkvente, izvršavaju u otvorenim ustanovama, jer one pružaju mogućnost za konstruktivniji tretman pri izvršenju ovih kazni.

U literaturi skoro da je nepodijeljeno mišljenje da se u odgovoru na ovo pitanje mora poći od ličnosti učinioca krivičnog djela, jer učinioci krivičnih djela koji su osuđeni na kratkotrajne kazne zatvora podliježu individualizaciji penitensijarnog tretmana, što će reći da to, da li će neko ko je osuđen na kratku kaznu zatvora, istu izdržavati u poluotvorenoj ili otvorenoj ustanovi, ne znači ili primarno ne znači neku privilegiju za takvog osuđenog, nego upravo individualizaciju tretmana koji je prilagođen ličnosti osuđenog. U kom tipu ustanove će se izdržavati ova kazna zavisi od toga da li je riječ o prvoprestupniku, licu čije je kriminalno ponašanje samo jedna epizoda u njegovom životu, ili odraz dubljeg antisocijalnog stava i slično. U svakom slučaju, za većinu ovakvih osuđenika pogodnije je da kaznu izdržavaju u otvorenim ili poluotvorenim ustanovama, jer one mogu, u dobroj mjeri, da ublaže negativne posljedice koje povlače kratkotrajne kazne zatvora. Međutim, opet smo i tu limitirani našim mogućnostima, prvenstveno materijalnim, ali bi se problem mogao bar ublažiti formiranjem određenih radnih jedinica u okviru postojećih kazneno-popravnih ustanova.

Kada su u pitanju duže zatvorske kazne, od značaja je i pitanje opservacije osuđenih lica kojoj slijedi odgovarajuća klasifikacija, a potom i izbor, odnosno prilagođavanje tretmana prevaspitanja. Ovo pitanje postalo je aktuelno kada se napustio koncept klasične škole krivičnog prava o ekvivalenciji sankcije sa težinom krivičnog djela i krivicom njegovog učinioca, a savremena kriminalna politika okrenula individualizaciji krivične sankcije prema ličnosti konkretnog učinioca i konkretnog krivičnog djela, kako u postupku izricanja kazne, tako i u postupku njenog izvršenja. Tako, ako imamo u vidu naše procesno zakonodavstvo, propisano je (član 263 ZKP), da će istražni sudija pribaviti podatke o ranijem životu okrivljenog i o prilikama u kojima živi, kao i o drugim okolnostima koje se tiču njegove ličnosti, a može odrediti medicinske preglede i psihološka ispitivanja okrivljenog kad je potrebno da se dopune podaci o ličnosti okrivljenog. Dakle, ovdje je riječ o mediko-psihološkoj i sociološkoj opservaciji za potrebe krivičnog postupka (individualizacije kazne) čiji rezultati se kasnije mogu koristiti i u penitensijarnoj fazi. Pošto se ova odredba ZKP nalazi u poglavlju posvećenom istrazi koja predstavlja fazu redovnog krivičnog postupka, a kazna kratkotrajnog zatvora se izriče u skraćenom postupku, postavlja se pitanje, da li se ovo što je rečeno u členu 263 ZKP, a predstavlja mediko-psihološku i sociološku opservaciju može primijeniti u skraćenom postupku, pa prema tome i na učinioce krivičnih djela osuđenih na kratke kazne zatvora. Imajući u vidu odredbu člana 441 ZKP, po kojoj se u postupku za krivična djela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili zatvor do tri godine, primjenjivaće se

odredbe članova 442 do 456 (odredbe o skraćenom postupku), a ukoliko u ovim odredbama nije nešto posebno propisano, primjenjivaće se shodno ostale odredbe ZKP, može se zaključiti da se i odredbe o opservaciji mogu primijeniti i kad su u pitanju kratkotrajne kazne zatvora. I u teoriji su sve izraženiji zahtjevi za produbljenijim upoznavanjem ličnosti učinioca krivičnog djela, radi individualizacije sankcije i u fazi izricanja i u fazi izvršenja. Isto tako i određene međunarodne organizacije su se bavile ovim problemom, pa je, na primjer, na Drugom kongresu UN za sprečavanje zločina i tretman delinkvenata veliki broj učesnika smatrao da se opservacija koja se praktikuje u odnosu na lica koja su osuđena na dugotrajne kazne zatvora treba da se proširi, razumije se u prilagođenom obliku i na osuđenike na kratkotrajne kazne zatvora.¹¹ Sličnog stanovišta je bila i već pominjana Radna grupa UN na sastanku u Strazburu.

Međutim, u praksi je situacija sasvim drugačija, i samo u malom broju zemalja se praktikuju ovi vidovi opservacije.

U uskoj vezi sa opservacijom jeste i pitanje klasifikacije osuđenih lica, a bez dobre opservacije, na osnovu koje se vrši klasifikacija osuđenih lica, nema dobrog, odnosno odgovarajućeg tretmana. Oni koji su osporavali značaj tretmana osuđenih na kratkotrajne kazne zatvora, onda nisu samim tim ni isticali značaj klasifikacije takvih osuđenika i izvršenje kazne svodilo se samo na čekanje »da prođe vrijeme«. Nasuprot ovom, imamo mišljenja da je klasifikacija poželjna i kod ove osuđeničke populacije, ali ne po svim ovim kriterijumima po kojima se vrši kad su u pitanju osuđenici na duge kazne.

Odsustvo adekvatnog tretmana kod izvršenja kratkotrajnih kazni zatvora je jedan od osnovnih prigovora koji se upućuju ovim kaznama, pa se ta činjenica opravdava različitim razlozima. I na već više puta pominjanom Drugom kongresu UN zauzeto je stanovište da i tokom izvršenja kratkotrajnih kazni zatvora treba sprovoditi vaspitni tretman, prilagođen specifičnostima ovih kazni. Međutim, to ne znači da prema svakom takvom osuđeniku treba primjenjivati i prevaspitni tretman. U odnosu na društveno prilagodljive ličnosti, koje, uglavnom, prevladavaju u masi osuđenika na ove kazne, nikakav poseban tretman nije ni potreban.¹² Tu se misli na osuđenike koji su krivično djelo izvršili iz nehata ili u okolnostima koje ukazuju na manju društvenu opasnost, gdje je delinkventno ponašanje samo epizoda u životu ili odstupanje od uobičajenog ponašanja, te nema potrebe za izmjenom stavova, navika i sklonosti.¹³ Na primjer, kod učinilaca krivičnih djela protiv

¹¹ Resolution sur le traitement de courte durée des délinquants adultes, Revue de droit et de criminologie, Bruxelles, br.2-3, 1973.godina, str.225-256.

¹² Dr Desanka Lazarević: Op.cit.....str.187.

¹³ Milan Milutinović: Aktuelna situacija i tendencije kriminalne politike u Jugoslaviji, Zbornik sa savjetovanja Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1986. godina, str.120.

bezbjednosti saobraćaja dovoljno je u kratkom vremenu poboljšati saobraćajnu kulturu.

Kad je riječ o osuđenima prema kojima ipak treba sprovesti odgovarajući popravno-prevaspitni tretman, s pravom se postavlja pitanje kako to sprovesti u kratkom vremenskom periodu. Tretman, odnosno izvršenje bi se moglo postaviti na način blizak izvršenju dužih kazni zatvora u pogledu osnovnih zahtjeva, s ogradom da sve te zahtjeve treba organizovati na način da budu ispunjeni, ali uz specifičnost određenu uslovima u kraćem vremenu. To bi se mnogo bolje moglo sprovesti u posebnim ustanovama namijenjenim za ovu vrstu kazni, u kojima bi se u skladu sa primjenom odgovarajuće opservacije i klasifikacije, mogle primjeniti odgovarajuće forme tretmana kao što su: moralno-pedagoško vaspitanje i obrazovanje osuđenika, radna terapija, korišćenje slobodnog vremena, osuđenička samouprava, nagrađivanje i kažnjavanje, približavanje osuđeničkog tretmana uslovima života na slobodi i slično.¹⁴ Za kratko vrijeme izvršenja ove kazne ne može se realizovati kompletan program opšteg ili profesionalnog obrazovanja, ali pozitivno dejstvo može ostvariti dobro organizovanje slobodnog vremena, jer sadržaji i programi kulturno-prosvjetnog, zabavnog, obrazovnog i sportskog karaktera, djelatnosti kroz kurseve računara i drugih radionica, mogu imati djelotvoran uticaj na ublažavanje posljedica izolacije.

Optimalnom izvršenju kratkotrajne kazne zatvora, kao prepreka, može da se pojavi ponašanje koje produkuje zatvorski društveni sistem (osuđeničko društvo), a koje može da bude antisocijalni oblik ponašanja. Do takvog ponašanja može da dođe u odnosima prema osoblju zatvora i prema osuđeničkoj populaciji. S obzirom na karakteristike ličnosti i uspostavljeni odnos sa ove dvije kategorije subjekata, koje jedino susreće u zatvorskoj sredini, zatvorenik pokazuje svoj karakter i temperament i orjentiše se ka sredini ili sukobu sa jednom ili drugom kategorijom subjekata,¹⁵ tako da izvršenje treba organizovati tako da se suzbije negativan, a podstiče pozitivan uticaj na zatvoreničko društvo.

Tretman koji je u funkciji prevaspitanja i popravljanja učinioca i njegovog vraćanja normalnom životu, može ostati neuspješan, ako se osuđeno lice vraća u nepromijenjene društvene uslove,¹⁶ čime postpenalna pomoć osuđenima dobija na značaju, jer se njom okončava jedan proces koji je započet izvršenjem kazne. Dakle, iako je postpenalna pomoć mnogo značajnija kad se radi o osuđenima na duge kazne zatvora, ne može se zanemariti njen

¹⁴ Milan Milutinović: Aktuelna situacija i tendencije.....str.120

¹⁵ Dr Dobrivoje Radovanović: Čovjek i zatvor, Beograd, 1992.godina, str.20.

¹⁶ Dr Žarko Jašović: Tretman lica osuđenih na kaznu lišenja slobode i prevencija kriminaliteta, Zbornik sa savjetovanja Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1986.godina, str.124.

značaj i za osuđeničke na kratke kazne zatvora. Drugo je pitanje kako je kod nas razvijen institut postpenalne pomoći uopšte, a ne samo u slučaju osuđenika na kratke kazne zatvora.

4. Kao što smo na početku istakli, u kontekstu najznačajnijih problema u izvršenju kratkih kazni zatvora, jedan dio rada posvetićemo kućnom zatvoru kao krivičnopravnoj mjeri kojom se modifikuje izvršenje kratkotrajne kazne lišenja slobode. Naime, u pitanju je alternativa zatvorskom režimu izdržavanja kazne kojom se u bitnoj mjeri prevazilaze svi oni problemi u izvršenju kratkotrajne kazne zatvora koje smo u prethodnom dijelu rada postavili kao najznačajnije i koja se na taj način može smatrati alternativom kazni zatvora u širem smislu.

Kućni zatvor je mjera koja se primjenjuje u nekim zemljama na način da osuđenik na kratku kaznu zatvora isti izdržava kod kuće. Primjenjuje se u zemljama kao što su Amerika, Italija, Španija, Turska, kada se radi o lakšim krivičnim djelima, naročito krivičnim djelima ugrožavanja javnog saobraćaja pod dejstvom alkohola i slično. Ono što je karakteristično za ovu mjeru i što se u literaturi može zapaziti, jeste različito pojmovno određenje ovog instituta. Naime, negdje se, za terminološko označavanje pomenute mjere, koristi pojam kućni zatvor (house confinement), zatim kućni pritvor (house arrest) i domaće zatvaranje (home confinement). Međutim, pomenute terminološke nepodudarnosti ne mijenjaju suštinu ove mjere koja se ogleda u izdržavanju kazne lišenja slobode u kućnim uslovima.

Kada odlučuje da li će izreći mjeru kućnog zatvora, sud, po pravilu, cijeni uzrast, zdravstveno stanje okrivljenog, njegov socijalni status, zaposlenost, porodične obaveze i druge okolnosti, a sve to uz njegovu saglasnost odnosno pristanak na izvršenje određenih obaveza, nametnutih kao preduslov za izricanje ove mjere. Osuđenom na kućni zatvor sud nameće jednu ili više obaveza, poput naknade štete, plaćanja novčane kazne, vršenja opšte korisnog rada, podvrgavanje određenom medicinskom tretmanu i slično, a neizvršavanje navedenih obaveza povlači za sobom mogućnost ponovnog vraćanja u zatvor.¹⁷

Prednost ovakvog načina izdržavanja kratkih kazni lišenja slobode jeste smanjenje zatvorske populacije,¹⁸ smanjenje troškova izvršenja kazne u zavodskim ustanovama, izbjegavanje negativnog uticaja zatvorske zajednice, vaninstitucionalni tretman i slično. No, ova krivično pravna mjera nije imuna ni na kritike koje se najčešće odnose na njen sporan krivično pravni status, te na činjenicu da se ovom mjerom ne izbjegava ograničavanje slobode, u krajnjoj

¹⁷ Dr Milenko Radoman: Penologija i sistem izvršenja krivičnih sankcija, Novi Sad, 2003. godina, str. 69.

¹⁸ Dr Milan Škulić: Alternativne krivične sankcije, u publikaciji "Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet", Banja Luka, 2014. godina, str. 261.

liniji iako je izrečena umjesto kazne zatvora. Zatim joj se zamjera da ne postoji nikakav resocijalizacioni tretman u njenom sprovođenju, te da je ona hendikepirana i sa te strane.

U principu, postoje dva oblika kućnog zatvora, sa i bez elektronskog nadgledanja. Kućni zatvor sa elektronskim nadgledanjem pojavio se u Americi početkom XX vijeka, kada je i počela njegova primjena u eksperimentalnoj fazi. Ovaj modalitet izvršenja kazne lišenja slobode sastoji se u tome da se putem elektronske tehnike omogućava kontrola izlaska osuđenika iz stana, odnosno zone u kojoj se može kretati. To se vrši preko računarskog sistema koji se preko telefonske linije povezuje sa odašiljačem koji je osuđenik dužan stalno nositi. Ovo je takozvani aktivni sistem elektronskog nadgledanja, koji se češće primjenjuje.

Postoji, međutim, i takozvani pasivni sistem elektronskog nadgledanja koji podrazumijeva da osuđeno lice mora potvrđivati svoje prisustvo u kući ili dozvoljenoj zoni kretanja, putem slučajnih telefonskih javljanja koja se kompjuterskim putem registruju, odnosno zahtijeva se da osuđenik stavlja ručnu alku u aparat koji je pričvršćen za njegovu telefonsku liniju.¹⁹

Najznačajnija prednost kućnog zatvora uz elektronsko nadgledanje jeste u tome što osuđeno lice ostaje u svojoj životnoj sredini, u krugu porodice i prijatelja, može da zadrži i svoje zaposlenje, da se školuje i slično. U literaturi ima predloga da se ova mjera primjenjuje na učinioce imovinskih krivičnih djela koja nisu izvršena u povratu, krivičnih djela protiv bezbjednosti javnog saobraćaja i djela vezana za korišćenje droga.²⁰ Međutim, troškovi elektronskog nadzora su mnogo skuplji, pa je njegova primjena naišla na otpor.

Drugi oblik kućnog zatvora odnosno kućni zatvor bez elektronskog nadgledanja, primjenjuje se u Italiji od 1986. godine kao alternativa zatvorskoj kazni do dvije godine, odnosno kao način izdržavanja ostatka kazne zatvora do dvije godine. Predviđeno je da se ona izdržava u vlastitom stanu ili drugom mjestu namijenjenom boravku, a navedeno je i na koja se lica obično primjenjuje. To su trudne žene, doilje sopstvenog djeteta, majke djece mlađe od tri godine, lica lošeg zdravstvenog stanja kojima je potreban stalni kontakt sa ljekarom, lica starija od 65 godina, kao i lica mlađa od 21 godine, ako je to neophodno zbog učenja, porodičnih ili drugih sličnih razloga.²¹ Uz krivično

¹⁹ Dr Gordana Lažetić-Bužarovska: Alternativi za zatvorot, Skoplje, 2003. godina, str. 122.

²⁰ M. Nellis: The Electronic Monitoring of offenders in England and Walles, Recent Developments and Future Prospects, Tte British Journal of Criminology, 31(2), 1991. godina, citirano po: Milorad Panjević: Savremene alternative kazni zatvora, Magistarski rad, Kragujevac, 1999. godina, str. 107.

²¹ Dr Đorđe Ignjatović: Savremeni oblici zamene kazne zatvora, Pravni život, br. 9, 1996. godina, str. 425.

pravnu mjeru kućnog zatvora može se nametnuti jedna ili više obaveza osuđenom licu, čije neispunjenje povlači mogući opoziv date mjere. U Španiji i Turskoj ova mjera se primjenjuje na lica starija od 65 godina, ako kazna ne prelazi trideset dana zatvora. Osim već pominjanih država, kućni zatvor se, sa ili bez elektronskog nadgledanja, koristi i u Argentini, Engleskoj, Švedskoj, Njemačkoj itd.

Pored svih prednosti koje kućni zatvor pruža kao alternativa kazni zatvora odnosno alternativa zatvorskom režimu, činjenica je da se radi o veoma teško primjenjivom rješenju kada su naši uslovi u pitanju. Ovo prije svega iz razloga što izvršavanje ove mjere zahtijeva široku i modernu organizaciono tehničku osposobljenost za sprovođenje u život jedne ovako zahtjevne krivičnopravne mjere. Osim toga, postavlja se pitanje da li je etički, dakle, da li je moralno opravdano kuće pretvoriti u zatvore, kako se tom prilikom osjećaju članovi porodice osuđenih, te da li im se na taj način grubo narušava privatnost.²²

5. U krivično zakonodavstvo Crne Gore kućni zatvor, odnosno, preciznom zakonskom terminologijom, kazna zatvora koja se izvršava u prostorijama za stanovanje uvedena je poslednjim izmjenama i dopunama iz 2013.godine. U članu 36a Krivičnog zakonika Crne Gore kaže se da ako učiniocu krivičnog djela izrekne kaznu zatvora do šest mjeseci, sud može istovremeno odrediti da će se ova kazna izvršiti tako što će je osuđeni izdržavati u prostorijama u kojima stanuje ukoliko se, s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje poslije učinjenog djela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je djelo učinio, može očekivati da će se i na taj način ostvariti svrha kažnjavanja. Dalje se u istom članu kaže da osuđeni kome je određeno izvršenje kazne zatvora na ovaj način ne smije napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Ukoliko osuđeni jednom u trajanju preko šest časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje, sud će odlučiti da ostatak kazne zatvora izdrži u Zavodu za izvršenje krivičnih sankcija. U poslednjem stavu ovog člana propisan je izuzetak u primjeni ovog modaliteta u izvršenju kratkotrajne kazne zatvora na osuđenog za krivično djelo protiv braka i porodice koji živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu ili porodičnoj zajednici. Analizirajući zakonske odredbe koje regulišu izvršenje kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje može se doći do zaključka da je zakonodavac bio inspirisan određenim rješenjima iz uporednog prava, pogotovo skoro identičnim rješenjem u krivičnom zakonodavstvu Srbije. Koliko će primjena ovakvog načina izvršenja kratkotrajne kazne zatvora zaživjeti u praksi zavisi od više uslova. Neki od tih

²² Dr Gordana Lažetić-Bužarovska: Op. cit.....str.125

uslova tiču se načina na koji će Zakon o izvršenju krivičnih sankcija odnosno eventualno pravilnik o izvršenju ove krivičnopravne mjere detaljno razraditi način i sistem realizacije iste. Ovo iz razloga što takav pravilnik još ne postoji, pa ćemo tek u perspektivi moći da govorimo o konkretnim problemima vezano za zakonski i praktični aspekt realizacije izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje. Za sada možemo samo pomenuti nekoliko problema koji su postojali u praksi primjene kućnog zatvaranja u krivičnom zakonodavstvu Srbije s obzirom da se ova mjera onamo primjenjuje već nekoliko godina, a uslovi za njenu primjenu, makar oni materijalnopravne prirode, su gotovo isti kao u našem zakonodavstvu. Naime, jedina razlika je u tome što KZ Srbije predviđa mogućnost da se izrečena kazna zatvora do jedne godine²³ (a ne do šest mjeseci kao u KZ Crne Gore) može izdržavati u prostorijama u kojima osuđeni stanuje ako sud tako odluči cijeneći iste one okolnosti koje su propisane i u KZ Crne Gore. Jedno od spornih pitanja u primjeni kućnog zatvaranja u Zakonodavstvu Srbije odnosi se na neusklađenost propisa odnosno odredaba Krivičnog zakonika i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, jer prvi ne predviđa mogućnost retroaktivne primjene ove mjere, a drugi tu mogućnost dozvoljava pod određenim uslovima. Radi se o tome da Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija RS iz 2011.godine dozvoljava mogućnost da se odredi izvršenje izrečene kazne zatvora do jedne godine u prostorijama u kojima osuđeni stanuje i nakon pravosnažnosti presude kojom je učinilac krivičnog djela osuđen na kaznu zatvora ili se već nalazi na izdržavanju kazne zatvora na predlog osuđenog, javnog tužioca ili direktora Uprave zatvorske ustanove. O ovom predlogu odlučuje predsjednik suda koji je donio prvostepenu presudu.

Takođe, jedno od spornih pitanja jeste i pitanje pravne prirode ove mjere. Iako pozitivnopravni propisi upućuju na zaključak da se ovdje radi o modalitetu u izvršenju kazne zatvora, postoje mišljenja da je pitanje svrhe kaznjavanja glavna odrednica sudu u odluci da li odrediti da se kratkotrajna kazna zatvora izdržava u kućnim uslovima ili ne, pa prema tome ovu mjeru treba normirati ili kao posebnu krivičnu sankciju ili u najmanju ruku kao posebnu vrstu kazne zatvora.²⁴

²³ Član 45 stav 5 KZ Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br.85/2005,88/2005,107/2005,72/2009,111/2009,121/2012,104/2013.

²⁴ Prof.dr Snežana Soković i prof.dr Branislav Simonović: Alternativne krivične sankcije: Osnovna zakonska obeležja i iskustva u primeni, u publikaciji „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)“, Zlatibor, 2012. godina, str.388.

Kaznu zatvora koja se izdržava u prostorijama za stanovanje sud može izreći sa ili bez elektronskog nadzora. I vezano za elektronski nadzor i njegovu realizaciju postoji nekoliko spornih pitanja odnosno nedosljednosti propisa koji regulišu ovu oblast, počevši od organa koji odlučuje o primjeni elektronskog nadzora do organa koji ovu mjeru sprovodi u život.

Na kraju ovog, s razlogom, kratkog osvrtu na novu krivičnopravnu mjeru u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i njene komparacije sa sličnom mjerom u Krivičnom zakonodavstvu Srbije, umjesto zaključka, konstatovaćemo da prije neposredne primjene kućnog zatvaranja u sudskoj praksi, treba obezbijediti jasnu i usklađenu normativnu osnovu, kao i tehničke i druge bitne uslove za realizaciju ovakvog načina izvršenja kratkotrajne kazne zatvora o čijim prednostima smo u prethodnim dijelovima rada dosta govorili.

Darko Radulovic, LLD
Docent

**SHORT-TERM IMPRISONMENT AND ITS PERFORMANCE IN VIEW
OF THE LATEST
AMENDMENTS TO THE CRIMINAL (substantive and
enforceable) LEGISLATION IN MONTENEGRO**

Summary

Criminal legislation of Montenegro (substantive and enforceable) follows contemporary trends when it comes to narrowing the normative framework for the implementation of short-term prison sentences. In this regard, in terms of substantive law, seeks to wider application of so-called alternative criminal sanctions as a warning measure, fines, community service, certain criminal sanctions and criminal measures for juvenile offenders. Also, criminal procedure legislation provides the conditions for a broader application of the principle of opportunity, deferred prosecutions, and so on. In this article we have dealt with some of the most important issues of enforcement of current

prison sentence in the context of the introduction in the criminal legislation of Montenegro, a new criminal justice measures, which implies the possibility that a person sentenced to imprisonment up to six months serving in the place of residence. In most comparative legislations mentioned criminal measures called house confinement. House confinement is a modification of the execution of the sentence of imprisonment up to six months in a broader sense also an important alternative to the conventional prison system of enforcement of current penalties of deprivation of liberty. We have briefly discussed the experience in the application of house arrest in comparative law, primarily Serbian legislation considering that the same criminal measures in Serbia applied for several years.

Dr Tatjana Gerginova
Docent Fakulteta bezbednosti – Skopje

AKTIVNOSTI EVROPSKE UNIJE U SUZBIJANJU GLOBALNIH BEZBEDNOSNIH PRETNJI I IZAZOVI

Abstract:

Poslednju deceniju i početak ovog veka obeležila su nova bezbednosna kretanja u svetu. Bezbednost je iz pretežno vojne sfere proširena i na druge oblasti, prvenstveno ekonomsku, energetsku, socijetalnu i ekološku bezbednost, uključujući bezbednost pojedinca i društva u celini. Dokument pod nazivom "Bezbedna Evropa u boljem svetu", koji je usvojen 2003 godine, predstavlja prvu zvaničnu i sveobuhvatnu evropsku strategiju bezbednosti. Ovim dokumentom se identifikuju globalni izazovi i ključne pretnje po bezbednost evropskog kontinenta, definišu strateški ciljevi kojim bi se uspešno odgovorilo na pretnje i ocenjuju političke posledice koje Evropa može imati ukoliko se ovi ciljevi ostvare. U ovom radu će biti predstavljena priroda i struktura samog dokumenta, i u tom smeru će biti predstavljena sadržina teksta koju čine tri dela: pretnje (analiza izazova i ključnih pretnji); strateški ciljevi i političke implikacije. Istovremeno, u Strategiji je izraženo jasno opredeljenje država članica za izgradnju međunarodnog poretka koji će biti zasnovan na "efektivnom multilateralizmu", odnosno na izgradnji snažnog međunarodnog društva, međunarodnih institucija i međunarodnog prava. Na kraju rada će biti izložena sadržina teksta Strategije unutrašnje bezbednosti Evropske unije (2010), sa kojom se utvrđuje da ne postoji mogućnost oko ostvarivanje apsolutne zaštite, i da je bezbednost ključni činitel ostvarivanje zaštite i unapređenje kvaliteta života evropskih građana i prevencija pretnjama.

Ključne reci: *izazovi i ključni pretnji, strateški ciljevi, strategija evropske unutrašnje bezbednosti.*

Uvod

Proces zajedničkog djelovanja u oblasti spoljašnje bezbednosti u formalno pravnom smislu je završen donošenjem Evropske strategije bezbednosti (European Security Strategy). Evropska strategija bezbednosti (ESB) usvojena je na sastanku Evropskog saveta u Briselu 12. decembra 2003. godine, a njen pun naziv glasi „Evropska strategija bezbednosti – sigurnija

Evropa u boljem svetu”.¹ Ovim dokumentom se identifikuju globalni izazovi i ključne pretnje po bezbjednost evropskog kontinenta, definišu strateški ciljevi kojim bi se uspešno odgovorilo na pretnje i ocenjuju političke posledice koje Evropa može imati ukoliko se ovi ciljevi ostvare. U Strategiji je naglašena potreba da budu smanjene unutrašnje tenzije i prevaziđena kriza nastala neslaganjem država članica EU oko rata u Iraku, kao i potreba da bude ojačana zajednička vizija i da postoji koherentna i stabilna evropska spoljna politika. Istovremeno, u Strategiji je izraženo jasno opredeljenje država članica za izgradnju međunarodnog poretka koji će biti zasnovan na "efektivnom multilateralizmu", odnosno na izgradnji snažnog međunarodnog društva, međunarodnih institucija i međunarodnog prava.

Evropska strategija bezbednosti iz 2003 godine: ključne pretnje, strateški ciljevi i političke implikacije

Evropska bezbednosna strategija - Ovim dokumentom Evropska unija je po prvi put od svog osnivanja na jednom mestu predstavila i definisala sopstvenu strategiju bezbednosti, i po prvi put su uspostavljeni principi i definisani ciljevi za unapređenje Evropskih bezbjednosnih interesa.

Proučavanjem prirode i structure samog dokumenta uočavamo da sadržinu teksta čine tri glavna dela: pretnje, strateški ciljevi i političke implikacije. Sa ovom strategijom EU je naglasila potrebu osavremenjivanja svojih sredstava, načina funkcionisanja i saradnje sa partnerima u rešavanju bezbednosnih problema.

Prvi deo se odnosi na analizu bezbednosnog okruženja, odnosno na analizu globalni izazova i ključnih pretnji evropskoj bezbjednosti; zatim su u drugom definisani tri strateška cilja, od kojih je jedan upravo borba protiv navedenih prijetnji; dok je u trećem dijelu izvršena procjena implikacija za Evropu.

U uvodni deo, Evropske strategije bezbednosti iznosi stavove Evropske unije o sopstvenoj poziciji u svetu i principima kojih se pridržava u međunarodnoj politici. Evropska unija smatra da joj pripada uloga globalnog igrača. Ta procena bazirana je na ukupnom broju udruženih država članica EU, broju stanovništva, udelu u ukupnoj svetskoj proizvodnji, te brojnim instrumentima i sredstvima koje raspolaže u rešavanju bezbednosnih problema od Balkana, preko Avganistana do Istočnog Timora.² Da bi ostvarila i zaštitila svoje interese EU se opredelila za miroljubivo delovanje i rešavanje problema uz zajedničku saradnju sa postojećim međunarodnim institucijama i državama.

¹European Security Strategy – A Secure Europe in a Better World, Internet, 11/06/2004, http://www.iue.eu.int/cms3_fo/showpage.asp?id=391&lang=en.

² Ibid., p. 1.

Bez zajedničke akcije i podele odgovornosti u ostvarenju međunarodne bezbednosti i stabilnosti neće biti moguće izgraditi bolji svet, koji je sve više suočen sa mnogobrojnim, novonastalim, bezbednosnim izazovima.³ U uvodnom delu istaknuta je ključna uloga Amerike, i njeno delovanje kroz NATO, u ostvarivanju evropske bezbednosti i integracija tokom hladnog rata. Nakon njegovog završetka Americi je na evropskom tlu priznata samo dominantna pozicija kao vojnog faktora u odnosu na EU.

Prvo poglavlje posvećeno je utvrđivanju bezbednosnih izazova i su definisane globalne pretnje, sa kojima je suočena EU.⁴ Kao globalni izazovi prepoznati su ratovi, siromaštvo, bolesti, takmičenje država za prirodnim resursima i zavisnost za energijama (voda, nafta i gas).⁵

Kada je reč o ključnim pretnjama ESB je istakla da opasnost od masovnog napada na Evropu ne postoji, ali da je EU zato suočena sa brojnim novim pretnjama koje su raznovrsnije, manje vidljive i manje predvidive u odnosu na period XX veka. Potom se u ESB izdvajaju ključne pretnje sa kojima se Evropa suočava, a koje su sada raznovrsnije, manje uočljive i manje predvidljive: terorizam, proliferacija oružja za masovno uništenje, regionalni sukobi, neuspeh država, organizovani kriminal.⁶ Naglašava se da je došlo do smanjenja direktnih vojnih pretnji i da u svetu preovladavaju konflikti do koji dolazi zbog siromaštva i lošeg upravljanja. Takođe, naglašava se da je sve prisutnija nestašica energije i prirodnih resursa.

Terorizam – dovodi živote u opasnost i predstavlja rastuću stratešku pretnju celoj Evropi. Sa svojim globalnim obimom naročito nakon napada na SAD 11. Septembra 2001. godine, terorizam je postao deo evropskog problema. Po svom dometu novi vid terorizma je globalan, a pošto Evropa predstavlja metu, ali i bazu za pojavu takvog terorizma, neophodno je preduzimanje usklađene evropske akcije kojom će se Evropa boriti protiv takve pojave. Utvrđene su brojne lokalne ćelije Al-Kaide u evropskim državama i stavljen je naglasak na neophodnost udruženog evropskog delovanja protiv terorizma.

Proliferacija oružja za masovno uništenje – Ovo je potencijalno najveća pretnja po bezbednost evropskog kontinenta. Međunarodni ugovori i

³ Po završetku hladnog rata svet se suočio sa porastom oružanih sukoba, a naročito sa ratovima unutar država, ibid., p. 1.

⁴ The Security Environment, Global Challenges and Key Threats, ibid., pp. 2-5.

⁵ Od 1990. godine, oko 4 miliona ljudi je nastradalo u ratovima, od toga 90% su civili. Oko 3 milijarde ljudi živi sa manje od 2 evra dnevno, AIDS postaje jedna od najvećih pretnji po populaciju sveta. Problem nedostatka , vode, nafte i gasa je sve veća u Evropi. Procene govore da će EU do 2030. godine uvoziti do 70% ovih energenata, ibid., pp. 2-3.

⁶ Ibid., pp. 3-4.

sporazumi o kontroli izvoza oružja usporili su širenje oružja za masovno uništenje, ali nova i opasna vremena povećaju mogućnost za trku u proliferaciju oružja za masovno naoružanje, posebno na Bliskom istoku. Napredak do koga je došlo u biološkim naukama može povećati moć biološkog oružja. Upotreba biološkog, hemijskog ili nuklearnog oružja moguća je i od strane malih terorističkih grupa te je kontrola nad oružjem za masovnim uništavanjem i sredstvima za njihovu isporuku još značajnija.

Najopasniji scenario razvoja situacije bio bi onaj u kome terorističke grupe dolaze do oružja za masovno uništenje. U tom slučaju, mala grupa bila bi sposobna da nanese štetu koju su nekada mogle naneti samo države i armije.

Organizovani criminal – Evropa je meta organizovanog kriminala, koji se prevashodno odvija van EU, kao što je trgovina drogom, ženama, decom i oružjem. Međutim, on se često ne zaustavlja na spoljnim granicama EU. Takve kriminalne aktivnosti često su povezane sa slabim ili urušenim državama. Organizovani criminal, takođe on može i dominirati jednom državom. Posebno je naglašena veza organizovanog kriminala sa terorizmom i propalim državama.

U prvom delu ovog poglavlja predstavljene su aktivnosti koje je sprovela Evropska unija u dotadašnjem otklanjanju pretnji i njeni pogledi i stavovi prilikom rešavanja bezbednosnih problema.⁷

U drugom delu dokumenta pažnja je posvećena strateškim ciljevima i promociji vrednosti EU.⁸ Da bi zaštitila svoju bezbednost i promovisala svoje vrednosti, EU ima tri strateška cilja:⁹

EU je bila aktivna u suočavanju sa ključnim pretnjama.

1. Nakon 11 septembra, odgovorila je merama koje su uključile usvajanje evropskog naloga

za hapšenje, postupke za sprečavanje finansiranja terorizma, i sporazum o međusobnoj pravnoj pomoći sa SAD. EU nastavlja da razvija saradnju u ovoj oblasti, i da poboljšava svoju zaštitu.

⁷ Prilikom otklanjanja ključnih pretnji, a u cilju ostvarenja svoje bezbednosti i širenja svojih vrednosti Unija je sprovela sledeće aktivnosti, 1) U borbi protiv terorizma, nakon 11. septembra 2001. godine, EU je odgovorila sa merama borbe sprečavanja finansiranja terorista, uz uzajamnu pomoć SAD, te usvajanjem European Arrest Warrant; 2) sprovela je politiku sprečavanja širenja oružja za masovno uništavanje, uz saradnju sa Međunarodnom agencijom za atomsku energiju, uz naglašavanje značaja postojećih multilateralnih ugovora i režima za kontrolu oružja za masovno uništavanje i njihovog uklanjanja; 3) u sprečavanju regionalnih sukoba i organizovanog kriminala na Balkanu, u Avganistanu i Kongu EU je preduzela korake obnove lokalne vlasti, pruživši joj pomoć, i uspostavljanja demokratije kako bi države funkcionisale, *ibid.*, p. 6.

⁸ *Strategic Objectives*, *ibid.*, pp. 6-10.

⁹ *Bezbedna Evropa u boljem svetu – Evropska strategija bezbednosti usvojena od šefovi država i vlada na Evropskom savetu u Brisel, 12.12.2003, str. 10.*

2. Već mnogo godina unazad, EU vodi politiku protiv proliferacije. Unija je upravo usaglasila dalji program delovanja, koji predviđa korake ka jačanju Međunarodne agencije za atomsku energiju, mere pooštavanja kontrole izvoza i postupanja sa ilegalnim pošiljkama i nedozvoljenim nabavkama. EU je usmerena ka dostizanju nivoa opšteg pridržavanja režima zasnovanih na multilateralnim ugovorima, kao i ka jačanju ugovora i njihovih odredaba za verifikaciju.

3. EU i njene države članice uključile su se da bi potpomogle rešavanje regionalnih sukoba i oporavak neuspelih država na Balkanu, u Avganistanu i Demokratskoj republici Kongo.

Ponovno uspostavljanje dobre vladavine na Balkanu, razvoj demokratije i podrška lokalnim vlastima u suprotstavljanju organizovanom kriminalu, jedan je od najdelotvornijih načina borbe protiv organizovanog kriminala u EU.

Tradicionalna koncepcija samoodbrane Evropske unije od pretnje oružane invazije na nju nadomeštena je novom. "U eri globalizacije, udaljene pretnje mogu biti podjednako zabrinjavajuće kao i one na dohvat ruke. Nuklearne aktivnosti u severnoj Koreji, nuklearni rizici u Južnoj Aziji, i proliferacija na Bliskom istoku, razlozi su za brigu u Evropi. Teroristi i kriminalci sada su u mogućnosti da deluju širom sveta; njihove aktivnosti u centralnoj i jugoistočnoj Aziji mogu biti pretnja evropskim državama ili njihovim građanima.

U međuvremenu, globalna komunikacija jača svest u Evropi o regionalnim sukobima ili humanitarnim tragedijama u bilo kom delu sveta".¹⁰ Tradicionalni koncept samoodbrane – do Hladnog rata i njegovog kraja – zasnivao se na opasnosti od invazije. S novim pretnjama, prva linija odbrane često će biti u inostranstvu. Usled pojave novih pretnji prva linija odbrane pomaknuta je izvan granica EU. Pojava pretnji koje su raznovrsnije, manje vidljive i manje predvidive, u odnosu na vreme hladnog rata, uslovile su spremnost Unije da reaguje pre nego se sama kriza i problem pojave na njenim granicama.¹¹ Nasuprot, očiglednoj masivnoj pretnji iz doba Hladnog rata, nijedna od novih pretnji nije čisto vojna, niti se i jednoj može suprotstaviti čisto vojnim sredstvima. Svaka od njih zahteva kombinaciju sredstava. Proliferacija može biti suzbijena kontrolom izvoza i dodatno ciljana pomoću političkih, ekonomskih i drugih pritisaka, dok se takođe utiče i na političke uzroke koji stoje u osnovi ovog problema. Obračunavanje sa terorizmom može zahtevati kombinaciju obaveštajnih, policijskih, sudskih, vojnih i drugih sredstava. U

¹⁰ Bezbedna Evropa u boljem svetu – Evropska strategija bezbednosti usvoena od šefovi država i vlada na Evropskom savetu u Brisel, 12.12.2003, str. 11.

¹¹ Ibid., p. 7.

neuspelim državama, mogu biti potrebna vojna sredstva da bi se uspostavio poredak, a humanitarna sredstva da bi se odgovorilo na neposrednu krizu. Regionalni sukobi zahtevaju politička rešenja, ali vojna sredstva i delotvorno policijske metode mogu biti potrebni u post-konfliktnoj fazi. Ekonomska sredstva služe obnovi, a civilno upravljanje krizama pomaže ponovnom uspostavljanju civilne vlasti. EU je posebno dobro opremljena da odgovori na te složene situacije. Posedovanje multifunkcionalnih instrumenata u otklanjanju bezbednosnih pretnji nije bio jedini cilj kome je težila EU. Unija je težila i izgradnji *stabilnog bezbednosnog okruženja*. Interes EU je da se na njenim granicama nalaze stabilne i odgovorne države.¹² Sa svakim proširenjem Unija je menjala i proširivala svoje granice, a samim tim se sve više približavala bezbednosno problematičnim područjima. Stoga je EU imala nameru da stvori u svom okruženju „prsten” stabilnih država – posebno na istoku Evrope i na Mediteranu. Bez namere da se stvaraju nove linije podele Evropa nastoji da se sa stvaranjem stabilnih država pomogne njihov razvoj i otklone potencijalna žarišta za pojavu bezbednosnih pretnji koje bi mogle da ugroze EU.

Zatim, Unija teži da, promovišući suštinske vrednosti na kojima počiva, unapredi sopstvenu bezbednost i doprinese izgradnji stabilnog okruženja.

Treći deo je posvećen političkim implikacijama. Ovim dokumentom se ističe želja EU, da s obzirom na to da raspolaže "civilnim instrumentima", doprinese rešavanju kriza kako preventivno, tako i postkonfliktnim situacijama. Kako bi uspešno odgovorila na pretnje, EU mora biti aktivnija prilikom ostvarivanja strateških ciljeva, sposobnija da odgovori na pretnje, uključujući u to i razvijanje sopstvenih vojnih kapaciteta, kao i da mora biti koherentnija u spoljnoj politici. Konačno, Strategijom se pozivaju države članice da započnu proces razvijanja jedinstvene strateške culture EU, koja podrazumeva jačanje sopstvenih kapaciteta radi adekvatnog odgovaranja na bezbednosne pretnje. Važni elementi izgradnje strategijske autonomije EU u okvirima međunarodnog poretka, zasnovanog na "efektivnom multilateralizmu", jesu Zajednička spoljna i bezbednosna politika, kao i njen integralni deo, Evropska bezbednosna i odbrambena politika. Takođe, document potvrđuje da su multilateralizam i međunarodno pravo najbolji način rešavanja problema pred kojima se nalaze Evropa i svet. Evropska unija je svoj „glas” i nastojanja u međunarodnoj politici usmerila na uspostavljanje efektivnog multilateralnog sistema – razvoj snažne međunarodne zajednice, funkcionalnih međunarodnih institucija i međunarodnog prava. Ukoliko su ovi ciljevi postignuti ostvarenje bezbednosti i napretka međunarodnog sistema, te suprotstavljanje pretnjama biće moguće. Ujedinjene nacije su prepoznate kao nosilac međunarodnih promena, uz postojeće međunarodne trgovinske i

¹² Ibid., p. 7.

finansijske institucije. Doprinos razvoju multilateralnog sistema daju razvijeni transatlantski odnosi, oličeni u NATO-u, te brojne regionalne organizacije.¹³

Sama Evropska unija je spremna da pomogne brojnim državama koje su ostale isključene iz međunarodnog sistema pružajući im pomoć u njihovom povratku među ostale države međunarodne zajednice. One države koje ne iskažu svoju opredeljenost za multilateralni međunarodni sistem snosiće svu odgovornost po cenu narušenih odnosa sa EU.

Treće poglavlje Evropske strategije bezbednosti ukazuje na potrebu osavremenjivanja EU, šta još Unija treba da uradi kako bi iskoristila sve svoje potencijale u ostvarivanju strateških ciljeva i suprotstavljanju pretnjama.¹⁴ Da bi ostvarivala postavljene ciljeve i sprovodila postavljene zadatke EU mora da bude aktivnija, sposobnija, usklađenija i da saraduje sa drugim partnerima.

– *Veća aktivnost* odnosi se na puno iskorištavanje i primenu svih raspoloživih instrumenata kojima raspolaže EU u sprovođenju Peterburgških zadataka – vojnih i civilnih. Da bi uspešnije prevazilazila bezbednosne probleme u svetu i Evropska unija je promovisala princip *preventivnog delovanja* – delovanja pre pojave određenog problema – u svojoj bezbednosnoj politici.¹⁵ Sve veće preduzimanje odgovornosti u međunarodnoj politici podrazumevalo je sve veću aktivnost Unije u međunarodnim odnosima.

– *Osposobljavanje* Unije za ostvarenje i sprovođenje utvrđenih ciljeva i zadataka moguće je ukoliko se izvrše određene transformacije vojnih i civilnih kapaciteta, ojača zajednička diplomatija i razmena informacija, ali i osnuju nova tela – poput odbrambene agencije. Utvrđuje se da je potreban veći kapacitet da bi se u potpunosti primenili sva neophodna civilna sredstva za krizne i post-krizne situacije. Potreban je sistem koji kombinuje kapacitete država članica sa kapacitetima EU institucija. Zajedničke procene pretnji je najbolja osnova za zajedničko delovanje i zahteva bolju razmenu obaveštajnih podataka između država članica, ali i sa partnerima. Potreban je i širok spektar misija (operacije razoružanja, podršku trećim zemljama u borbi protiv terorizma i reformi sektora bezbednosti. Poslednja misija je činila deo šireg procesa izgradnje institucija. Evropska strategija bezbednosti konstatovala je da bi sposobnost EU bila manja ukoliko ne bi postojao Berlin plus ugovor koji je unapredio saradnju EU sa NATO i dozvolio pristup Unije kapacitetima i sredstvima Alijanse.¹⁶ EU-NATO trajni sporazumi (posebno Berlin Plus, povećaju operativnu sposobnost EI i obezbeđuju okvir za strateško partnerstvo

¹³ Strategije nabroja sledeće međunarodne i regionalne organizacije, UN, Svetsku trgovinsku organizaciju, NATO, OEBS, Savet Evrope, ASEAN, Afričku uniju, *ibid.*, p. 9.

¹⁴ A secure Europe in a better world; European Security Strategy - Policy Implication for Europe, *ibid.*, pp. 11-14.

¹⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶ *Ibid.*, p. 12.

između dve organizacije u upravljanju krizama. Ovo odražava zajedničku rešenost da se suočimo sa izazovima novog veka.

– *Usklađenija* EU je naredna stavka na koju moraju da obrate pažnju politički odlučioi Unije. Svrha usklađenog i udruženog delovanja svih institucija, politika i država članica Unije je od zajedničkog interesa. Samo kroz saradnju ZSBP i EBOP, te sadejstvo II i III stuba Evropska unija će moći uspešno da učestvuje u borbi protiv terorizma i organizovanog kriminala. Bezbednost Unije je prvi preduslov za njen dalji razvoj uopšte, a ona se ne može ostvariti ukoliko nema usklađenosti između svih komponenti EU.¹⁷

Poglavlje se završava sa naglaskom neophodne *saradnje Unije sa partnerima*. Međunarodna multilateralna saradnja sa ključnim međunarodnim organizacijama i državama je neizbežna. Između ostalog, transatlantska povezanost SAD i EU je nezamenjiva, te EU nastoji da stvori sa Amerikom efikasno i ujednačeno partnerstvo, kako bi zajednički delovali u svetu.¹⁸

U veoma kratkom zaključku Evropske strategije bezbednosti ponovljena je konstatacija da je aktivnija i sposobnija Unija može da ostavi snažan uticaj u svetskim razmerama. Kao i da će se usredsrediti na ostvarivanje efektivnog multilateralnog sistema koji bi vodio pravičnijem, bezbednijem i ujedinjenijem svetu.¹⁹

Evropska strategija bezbednosti predstavlja sveobuhvatan strateški okvir Evropske unije u oblasti bezbednosti. Njome je EU učinila ozbiljan korak u operacionalizaciji bezbednosne politike. Ovim dokumentom data je istovremeno vizija uloge Evropske unije u svetu, ali i analiza postojećih bezbednosnih pretnji, strateških ciljeva kojima se teži, te preporuka koje bi trebale da prihvate države članice u cilju boljeg i efikasnijeg ostvarenja evropske bezbednosne politike. Kao glavne odrednice iz ESB možemo izdvojiti:

1. Globalna odgovornost EU – Unija nastoji da uveća i vodi mnogo veću ulogu u međunarodnim odnosima;
2. Efektivni multilateralizam – rešavanje međunarodnih problema moguće je po EU samo u zajedničkoj aktivnosti međunarodne zajednice, institucija i prava. Multilateralna saradnja je neizbežna jer države ne mogu samostalno rešavati složena pitanja i dati pravo rešenje;
3. Preventivno delovanje – da bi se sprečila pojava određenog problema i pretnje EU treba da deluje preventivno i pruža pomoć tamo gde je neophodno u saniranju bezbednosnog problema.

¹⁷ Ibid., p. 13.

¹⁸ Saradnja sa partnerima podrazumeva saradnju sa drugim državama kao što su Rusija, Japan, Kina, Kanada i Indija, ibid., pp. 13-14.

¹⁹ Ibid., p. 14.

Buduće operacije i misije koje bude sprovodila EU neće se sprovoditi samo vojnim kapacitetima, već će podrazumevati i upotrebu civilnih, nevojnih, kapaciteta (političkih, humanitarnih, ekonomskih);

4. Stabilno bezbednosno okruženje – postojanje miroljubivog i stabilnog susedstva (prsten stabilnih država oko EU) neophodno je za bezbednost Unije i njen dalji nesmetani razvoj;

5. Održavanje transatlantskog partnerstva i saradnje sa SAD je neophodno, ali bi bilo potrebno bazirati ga na efikasnijem i uravnoteženijem partnerstvu. To podrazumeva i održavanje saradnje sa NATO zbog sklopljenog Berlin plus ugovora;

6. Konačno utvrđivanje spiska ključnih bezbednosnih pretnji EU.

Na istom sastanku Evropskog saveta, na kome je doneta i Evropska strategija bezbednosti, usvojena je i *Strategija EU protiv širenja oružja za masovno uništavanje*. Donošenje ove strategije uslovljava procena da je širenje oružja za masovno uništavanje i sredstava za njihovu isporuku rastuća pretnja po EU i međunarodni mir i bezbednost. Ovom strategijom utvrđeni su konkretni postupci i radnje kako bi se efikasno reagovalo na polju sprečavanja širenja, razoružanja i kontrole oružja za masovno uništavanje. I u sklopu ove Strategije potvrđen je najveći broj odrednica iz Evropske strategije bezbednosti.²⁰

Pozitivan trend u razvoju bezbednosne politike nastavljen je i u 2004. godini. Pored planova za razvoj EBOP, Evropsku uniju je u 2004. godini očekivalo novo proširenje za deset novih država i usvajanje Ustava za Evropu.

Čak ni teroristički napad u Madridu, 11. marta 2004. godine, nije sprečio EU od realizacije utvrđenih planova. Napad u Madridu samo je učvrstio potrebu daljeg razvoja i dopunjavanja mera u borbi protiv terorizma. Prve mere uvedene su odmah nakon zasedanja Evropskog saveta dve nedelje nakon napada. Evropski savet oformio je mesto *Protivterorističkog koordinatora*. Radeći unutar Saveta novopostavljeni koordinator treba da usklađuje rad između država članica u borbi protiv terorizma i da prikuplja informacije u vezi terorističkih delatnosti. Države članice EU su se obavezale da će garantovati primenu načela solidarnosti koje je pomenuto u nacrtu Ustava. Načelo solidarnosti odnosilo se na zajedničko delovanje svih država članica EU u pružanju pomoći onoj državi koja je žrtva terorističkog napada, prirodnih katastrofa ili katastrofa izazvanih ljudskom krivicom.

²⁰ EU Strategy against Proliferation of Weapons of Mass Destruction, *Chaillot Papers* 67, From Copenhagen to Brussels, European defence, Core documents, Misirolli Antonio (compiled by), EU Institute for Security Studies, Paris, December 2003, op. cit., pp. 311-21.

Havijer Solana je u svom izvještaju podnesenom Evropskom savjetu od 11.12.2008 godine pod nazivom "Pružanje bezbjednosti u svijetu koji se mijenja", a koji u stvari predstavlja izvještaj o implementaciji Evropske strategije bezbjednosti iz 2003 godine, naglasio da izazovi i prijetnje koji su tada identifikovani nisu nestali, već naprotiv, da su postali još složeniji, a pored starih da su se javili i neki novi izazovi.²¹

Aktivnosti Evropske unije – Tampere program, Lisabonski ugovor, Štokholmski program

Kao prvi pravni okvir u području unutrašnje bezbjednosti za period od 1999 do 2004 godine, dvije godine kasnije, ustanovljen je Tampere program (*Tampere Programme*). Ovaj petogodišnji program podrazumijevao je široku saradnju u policijskim i pravosudnim poslovima. Saradnja je dalje proširena tzv. Haškim programom.²² (Hague Programme) koji je realizovan u period od 2005 do 2010 godine, a koji je između ostalog uključivao jačanje osnovnih prava građana, te produbljenje i proširenje bezbjednosne saradnje u području migracija, azila i prevencije terorizma. Zatim je usvojen Lisabonski ugovor²³ koji je doveo do ukidanje stubova na području slobode, bezbjednosti i pravde. Na 02.12.2007 godine usvojen je tzv. Štokholmski program²⁴ za period od 2010 do 2014 godine, i ovaj program predstavlja nastavak na Haški, a u vezi je sa daljim razvojem strateških smjernica i politika razvoja Evropske unije.²⁵ Kao najveći izazov u Štokholmskom program naveden je balans između obezbjeđenja poštovanja osnovnih prava i sloboda, uz istovremeno garantovanje bezbjednosti u Evropskoj uniji. Kao bitni politički prioriteti, na čijoj je realizaciji Evropska unija proteklih godina radila, a u skladu sa ovim programom su: promovisanje statusa građanina i osnovnih prava; Evropa prava i pravde; Evropa koja štiti; pristup Evropi u globalizovanim svijetu; Evropa

²¹ Javier, S. (2008). *Report on the Implementation of the European Security Strategy – Providing Security in a Changing World (S407/08)*. Brussels: European Council, pp. 3-6.

²² The Hague programme: *Strengthening freedom, security and justice in the European Union*, Official Journal 2005/C 53.

²³ *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, Official Journal of the European Communities, 2007/C 306. Potpisan 13.12.2007 godine u Lisabonu, a stupio na snagu 01.12.2009 godine nakon ratifikacije u svim zemljama članicama Evropske Unije.

²⁴ *The Stockholm programme – an open and secure Europe serving and protecting citizens*, Official Journal of the European Union, 2010/C 115.

²⁵ O slobodi, bezbjednosti i pravdi u Evropskoj Uniji nakon Lisabonskog ugovora i Štokholmskog programa vidi: Wolff, S., Goudappel, F., Zwaan, W.J. (ed.) (2011). *Freedom, security and justice after Lisbon and Stockholm*. The Hague: Asser press.

odgovornosti, solidarnosti i partnerstva na području migracija i azila; Evropa u vrijeme globalizacije itn.

Strategija unutrašnje bezbjednosti Evropske Unije i Akcioni plan za njeno provođenje

Na osnovu Štokholmskog programa početkom 2010 godine, usvojena je Unutrašnja strategija bezbjednosti Evropske unije.²⁶ S obzirom da je promjenjena priroda međunarodnih odnosa u svetu nakon završetku Hladnog rata, napušta se tradicionalni concept bezbjednosti, (državocentričan i vojnocentričan concept) koji je shvaćen kao korišćenje vojne sile radi odbrane teritorijalnog integriteta suverene države i prihvata se novi sveobuhvatan pristup koji sve više uključuje nevojne pretnje – političke, socijalne, ekonomske, ekološke i nedržavne aktere. Concept unutrašnje bezbjednosti u Unutrašnje strategije bezbjednosti Evropske unije je shvaćen kao široki sveobuhvatan pristup koji objedinjuje više sektora u cilju rješavanja prijetnji koje imaju direktan uticaj na život, bezbjednost i dobrobit građana. Strategijom je prepoznato kako ne postoji mogućnost apsolutne zaštite, te da je bezbjednost ključni činilac u zaštiti kvaliteta života evropskih građana, kritične infrastructure, te prevenciji prijetnji.²⁷

Strategija unutrašnje bezbjednosti sastoji se od tri dijela. Prvi dio nosi naslov "Zaštita ljudi u Evropi unutar globalnog društva", drugi "Prema evropskom modelu bezbjednosti" i treći "Budući koraci" u pogledu sprovođenja strategije. Naime, radi daljnjeg razvoja Evrope kao područja slobode, bezbjednosti i pravde strategija je definisala zajedničke prijetnje, postavila načela i politiku unutrašnje bezbjednosti, te definisala Evropski model bezbjednosti (European Security Model). U prvom dijelu se ističe kako je bezbjednost ključni dio kvalitetnog života u evropskom društvu. Kao zajedničke prijetnje koji su glavni izazov unutrašnjoj bezbjednosti Evropske unije navedeni su: terorizam; organizovani criminal; sajber (cyber) criminal; prekogranični criminal; nasilje; saobraćajne nesreće kao i prirodne i od čovjeka izazvane katastrofe, uz tvrdnju da su sistemi civilne zaštite esencijalni elementi modernih i naprednih sistema bezbjednosti.²⁸ Nadalje se ističe da je Evropski model bezbjednosti centralni okvir kojim EU nastoji realizovati novi, integrisani pristup bezbjednosti. Taj model daje usmjerenje na integraciju četiri

²⁶ *Draft Internal Security Strategy for the European Union: "Towards a European Security Model"*. Bruxelles: Council of European Union, 8.3.2010.

²⁷ Bilandić, M. (2012). *Prema strategiji "nacionalne" sigurnosti Evropske unije? – Analiza Strategije unutarnje sigurnosti Evropske Unije*, Policija i Sigurnost, broj 1, str. 49-69.

²⁸ *Draft Internal Security Strategy for the European Union, op. cit.*, pp. 5-6.

oblasti, i to: policijsko djelovanje (law enforcement); pravosudno djelovanje (judicial); kontrolu granice (border management) i zaštitu civila (civil protection).

Kako bi ova načela bila realizovana, a vrijednosti zaštićene, krajem 2010 godine, Evropska komisija je u saradnji sa Evropskim parlamentom i Savjetom Evropske unije izradila document pod nazivom "*The EU Internal Security Strategy in Action "Five steps towards a more secure Europe"*", koji u stvari predstavlja akcioni plan za realizaciju Evropske unutrašnje strategije bezbjednosti.²⁹ U ovom akcionom planu identifikovani su najurgentniji izazovi i prijetnje za bezbjednost Evropske unije, te je predloženo pet strateških ciljeva i nekoliko konkretnih koraka za svaki od ovih ciljeva za period 2010-2014 godine, koji bi trebali da pored tekućih napora i inicijativa, pomognu da Evropska unija bude bezbjedna. Pet strateških ciljeva koji su definisani ovom strategijom su:

1. poremetiti međunarodne kriminalne mreže;
2. prevencija terorizma, radikalizacije i regrutovanja terorista;
3. podizanje nivoa zaštite za građane i poslovna preduzeća u sajber prostoru;
4. jačanje bezbjednosti kroz bolje upravljanje granicama i
5. povećanje evropske otpornosti na krize i katastrofe.

Potrebno je da svaka nacionalna država preduzme koordinirane aktivnosti na usaglašavanju i izmjenama zakonske regulative i bezbjednosne strategije, u skladu sa Evropskom bezbjednosnom strategijom i Unutrašnje strategije bezbjednosti Evropske unije, a u odnosu utvrđivanje bezbjednosne politike kao i u odnosu na procjene globalnih rizika i zakana. Istovremeno, potrebno je raditi na razvoju sopstvenih kapaciteta, kroz razvoj strategija i akcionih planova na prevenciji globalnih pretnja i zakana, uz punu primjenu dostignutih standard Evropske unije.

Zakljucna razmatranja

Današnje okolnosti (promjenjena priroda međunarodnih odnosa u svetu nakon završetka Hladnog rata) zahtevaju novu strategiju koja bi uvažila promene u globalnom i regionalnom okruženju. Sa Evropskom bezbjednosnom strategijom se napušta državocentričan i vojnocentričan concept bezbednosti, i prihvata se novi sveobuhvatan pristup promišljanju bezbjednosti koji podrazumeva proširenje pretnji sa vojnih na nevojne pretnje, kao i produbljivanje koncepta bezbednosti kako bi kao objekat koji treba da se zaštititi

²⁹ "*The EU Internal Security Strategy in Action "Five steps towards a more secure Europe"*", COM (2010) 673 final, Brussels, 22.10.2010.

pored država bili prepoznati i njihovi građani. Sa ovom strategijom, EU je uradila analizu bezbjednosnog okruženja, odnosno analizu izazova i ključnih pretnji. Da bi ostvarila i zaštitila svoje interese EU se opredelila za miroljubivo delovanje i rešavanje problema uz zajedničku saradnju sa postojećim međunarodnim institucijama i državama. Kao globalni izazovi prepoznati su ratovi, siromaštvo, bolesti, takmičenje država za prirodnim resursima i zavisnost za energentima (voda, nafta i gas). Danas EU je suočena sa brojnim novim pretnjama koje su raznovrsnije, manje vidljive i manje predvidive u odnosu na period XX veka. U ključne pretnje su svrstani: terorizam, širenje oružja za masovno uništavanje, regionalni sukobi, propale države i organizovani kriminal. Sa ciljom da zaštiti i unapredi svoju bezbednost i da promoviše sopstvene vrednosti, kao i da da pridones kon izgradnji stabilnog okruženja, Evropska unija je dužna da razvija sopstvene vojene kapacitete i da bude koherentnija u spoljnoj politici. Kako bi uspešno odgovorila na pretnje, EU mora da razvija stratešku politiku koja podržava ranu, brzu i nužni i snažnu intervencija. Nužno je i razvijanje operacije koji bi uključili vojnih i civilnih sposobnosti (EU da doprinese reavanju kriza kako preventivno, tako i u postkonfliktnim situacija), a veoma bitan element u vezi strategijske autonomije EU je i unapređenje međunarodnog poredka zasnovanog na efektivnog multilateralnog sistema – razvoj snažne međunarodne zajednice, funkcionalnih međunarodnih institucija i međunarodnog prava. Dalje se pozivaju države članice da započnu proces razvijanja jedinstvene strateške culture EU, i jačanje sopstvenih kapaciteta radi adekvatnog odgovaranja na bezbednosne prijetnje. Između ostalog, transatlantska povezanost SAD i EU je nezamenjiva, te EU nastoji da stvori sa Amerikom efikasno i ujednačeno partnerstvo, kako bi zajednički delovali u svetu. Ovako aktivnija i sposobnija Unija može da ostavi snažan uticaj u svetskim razmerama, kao i da će se usredsrediti na ostvarivanje efektivnog multilateralnog sistema koji bi vodio pravičnijem, bezbednijem i ujedinjenijem svetu. Radi daljeg razvoja Evrope kao područja slobode, bezbjednosti i pravde, na osnovu Štokholmskog programa početkom 2010 godine usvojena je Unutrašnja strategija bezbjednosti Evropske unije, koja je definisala zajednike prijetnje, postavila načela i politiku unutrašnje bezbjednosti, te definisala Evropski model bezbjednosti koji daje usmjerenje na integraciju četiri oblasti i to policijsko delovanje (law enforcement); pravosudno djelovanje (judicial); kontrolu granice (border management); i zaštitu civila (civil protection). Kako bi ova načela bila realizovana, a vrijednosti zaštićene, krajem 2010 godine, Evropska komisija je u saradnji sa Evropskim parlamentom i Savjetom EU izradila document pod nazivom "The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe", i ovaj document predstavlja akcioni plan za realizaciju Evropske unutrašnje strategije bezbjednosti. U ovom akcionom planu su predloženi pet strateških ciljeva i nekoliko konkretnih koraka za svaki od ovih

ciljeva za period 2010 – 2014 (poremetiti međunarodne kriminalne mreže; prevencija terorizma, radikalizacije i regrutovanja terorista; podizanje nivoa zaštite za građane i poslovna preduzeća u sajber prostoru; jačanje bezbjednosti kroz bolje upravljanje granicama i povećanje evropske otpornosti na krize i katastrofe. Reč je o zajedničkom pristupu i odgovoru na bezbednosne pretnje i izazove koji su ispred nas i gde „moramo da saradujemo kako bi povećali bezbednost građana i poslovnog okruženja u EU“. U dokumentu se ističe važnost jačanja bezbednosti građana, ali i zaštite njihovih ljudskih prava i sloboda.

Tatjana Gerginova, LLD
Docent

ACTIVITIES OF THE EUROPEAN UNION IN THE FIGHT AGAINST GLOBAL SECURITY CHALLENGES AND THREATS

Summary

Today's circumstances (the changed nature of international relations in the world after the Cold War) was imposed by the need for a new security strategy that will monitor changes in global and regional environment. The European Security Strategy European Union, leaving the state - centered and war - centered concept of security and establish a comprehensive approach to the determination of safety, which includes expanding the threat of war on non-military threats, and expanding the content of the concept of security, where such object of protection is determined exercise of state security, and safety of citizens. With this strategy, the EU made an analysis of the security environment, i.e. analysis of the challenges and key threats. To achieve and protect their interests in the EU opted for peaceful action and solving problems through cooperation with international institutions and countries. As the global challenges facing the EU are set: war, poverty, disease, competition among countries for natural resources and dependence on energy (water , oil and gas). Today, the EU faces a number of new threats as varied, less predictable and visible in the period of XX century terrorism, proliferation of weapons of mass destruction, regional conflicts, state failure and organized crime. To protect and enhance their safety and promote their own values and to contribute to building a stable environment, the EU must develop their own military capabilities and be coherent foreign policy. For meeting new dynamic threats, it is necessary to develop a strategic EU policy that supports early, rapid and strong intervention necessary. It is the development of operations that would include military and civilian capabilities (to contribute to solving the crisis prevention as well as in post-conflict situations), and a significant element of strategic autonomy of the EU is promoting an international order based on "effective multilateralism"

(development of strong international community, international institutions and international law). The strategy urge member states to begin the process to develop a unique strategic culture of the EU, which means the strengthening of capacities for adequate response to security threats. Also transatlantic relationship of the U.S. and EU is unrivaled, and the EU seeks to America to create a uniform and efficient partnership to jointly act in the world. Such active and capable Union can leave a strong impact on a worldwide scale, and build an effective multilateral system leading to an fair, secure and united world. For further development of Europe as an area of freedom, security and justice, in early 2010, based on the Stockholm Programme adopted the Strategy for Homeland Security, which defines common threats, set policies and internal security policy and the European model finds security (European Security Model) giving guidance on the integration of four areas: police action (law enforcement); judicial action (judicial); Control borders (border management); Protection of citizens (civil protection). In order for these policies to be implemented, and the values protected, in late 2010, the European Commission in cooperation with the European Parliament and the EU Council, prepared a document entitled "Building a strategy for internal security in the EU in five steps to secure Europe" (The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe), and this paper presents an action plan for implementation of the European Strategy for Homeland Security. This paper proposed five strategic goals and several specific steps for each of these targets for the period 2010 - 2014 (To discover international criminal networks, prevention of terrorism, radicalization and recruitment of terrorists; raising the level of protection for citizens and business enterprises in cyberspace, strengthening security through better border management and increased resistance to European crises and disasters. It is a common approach and response to security threats and challenges that lie ahead and where he needs to work together to increase safety citizens, and stable environment in the EU, and protection of human rights and freedoms.

Ivica Josifovic, LLD
FON University

INSTITUTIONAL ISSUES AND DIFFICULTIES OF THE LISBON TREATY AND THE EUROPEAN \ COMMON SECURITY AND DEFENCE POLICY

Анстракт:

Рад има за циљ да објасни институционалну постављеност оперативног дела Заједничке спољне и безбедносне политике - Европска / Заједничка безбедносна и одбрамбена политика. Лисабонски уговор је увео неке промене и новине у начину на који се спроводи спољна, безбједносна и одбрамбена политика Европске уније, што је последња политика у којој је међувладин приступ и даље институционализиран.

Рад објашњава тешкоће са којим се суочавају институције и државе чланице, имајући у виду принцип суверенитета и процес доношења одлука у овој специфичној области. Високи представник, Европска комисија, Европски савет, Савет министара и Европски парламент, према Лисабонски уговор учествују у развоју Заједничке безбедносне и одбрамбене политике, али државе чланице су још увек "господари" своје спољне, безбедносне и одбрамбене политике. Због тога, много ће зависити од воље земаља чланица за побољшање перформансе Европске уније као спољни и безбедносни глумац.

Кључне речи: *политика, безбедност, одбрана, Лисабон, институције.*

INTRODUCTION

The European Security and Defence Policy was created at the European Council Summit in Cologne in June 1999, when started the development of military and civilian capabilities for conflict prevention and crisis management.¹ As far as the military capabilities, member-states at the Helsinki Summit in December 1999, introduced the Headline Goal declaring that EU is capable of setting 60.000 troops, deployable for 60 days and sustainable for one year.² At the Nice Summit in December 2000 new innovations were created

¹ Cologne European Council, Presidency Conclusions, *Annex III: European Council Declaration on Strengthening the Common European Policy on Security and Defence*, Cologne, June 3-4, 1999.

² Helsinki European Council, Presidency Conclusions, *Annex IV: Presidency Progress Report to the Helsinki European Council on "Strengthening the Common European Policy*

such as the High Representative for Common Foreign and Security Policy (CFSP), the Political and Security Committee (PSC), the EU Military Committee (EUMC) and the EU Military Staff (EUMS).³ In 2004, the Headline Goal was further elaborated introducing the battle groups, European Defence Agency and civil-military cells.

Following these initiatives, at the European Council Summit in Santa Maria de Feira in June 2000, EU made major steps in developing ESDP modalities also in the civilian crisis management.⁴ First, a Committee responsible for civilian aspects of the crisis management was established, acting as Council's working group, and second, the EU member-states agreed in creating an Action Plan for introducing four priority areas for civilian crisis management: police, rule of law, civil administration and civil protection. Civilian Headline Goal 2008 is the first attempt systematically to identify which civilian capacities are necessary for the EU in order to be effective and operational.⁵ Headline Goal 2008 combines the achievements of concrete targets in four above mentioned priority areas with the introduction of two new areas: monitoring and support for EU's Special Representatives. Also, Civilian Response Teams were created with potential tasks that include execution of assessment and fact-finding missions, posing priority measures for beginning a full mission, or strengthening the existing EU crisis management mechanisms; and European Gendarmerie Force as a special formation that can be designated under civilian or military command as an integrated police unit in the ESDP framework.

Unanimous decision-making by the European Council and the Council is needed, main instigator is the PSC; major military body the EUMC; the EUMP ensures competence and support; while the CIVCOM plans and supervise the progress of civilian operations. Decisions often implicate use of financial programmes with the involvement of the European Commission and each operation has financial coverage through *ad hoc* mechanism included in the common action. Administrative expenses are drawn out of the EU budget, while operational expenses from member-states according their GDP or other way adopted by the Council.

on Security and Defence” and on “Non-Military Crisis Management of the European Union”, Helsinki, December 10-11, 1999.

³ Nice European Council, Presidency Conclusions, *Annex VI: Presidency Report on the European Security and Defence Policy*, Nice, December 7-9, 2000.

⁴ Santa Maria de Feira European Council, Presidency Conclusions, *Annex I: Presidency Report on Strengthening the Common European Security and Defence Policy*, Santa Maria de Feira, June 19-20, 2000.

⁵ Brussels European Council, *Civilian Headline Goal 2008*, Council of the EU, 15863/04, Brussels, December 7, 2004.

COMMON SECURITY AND DEFENCE POLICY IN THE LISBON TREATY

The Lisbon Treaty contains most of the changes introduced in the Constitutional Treaty: President of the European Council with 2.5 years mandate; new spot combining the foreign policy and the commissioner for external relations; introducing new voting rules to ensure adopting decisions by majority, instead of unanimity; redistribution of member-states votes in the 2014-2017 period; decrease of Parliament members from 785 to 750; smaller European Commission than member-states as of 2014; new mandates for the European Commission, the European Parliament and the European Court of Justice; removal of national veto in many areas.⁶

According to the Treaty, the EU structure on three pillars is replaced. EU's competences in the Common Foreign and Security Policy are simultaneously increased. The Treaty anticipated the position of the High Representative to be coupled with the Commissioner for External Relations, introducing the "High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy", at the same time being Vice-President (HR/VP) of the Commission and supported by the European External Action Service.

While the Lisbon Treaty negotiations lasted, operational side of the CSDP moved in adequate direction, although there were debates that some of the shortfalls shall draw some attention. The problem was more difficult by the fact that defence experts were not trained enough for crucial issues related with the EU institutions and decision-making. Still, the Lisbon Treaty made innovations for CSDP that are potentially of great significance for development of capabilities: creating the function of the High Representative; establishing the European External Action Service; mutual assistance and solidarity clause; introducing the Permanent Structured Cooperation. The Treaty contains some other elements that need to be mentioned:

- The Treaty stipulates that "the common security and defence policy shall include the progressive framing of a common Union defence policy. This will lead to a common defence, when the European Council, acting unanimously, so decides. It shall in that case recommend to the Member States the adoption of such a decision in accordance with their respective constitutional requirements".⁷

⁶ Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the EU, C 83/1, 2010.

⁷ Consolidated Versions, Article 42.

- The Treaty recalls on NATO: “commitments and cooperation in this area shall be consistent with commitments under the North Atlantic Treaty Organisation”.⁸
- The Treaty “institutionalize” the Petersberg tasks: “joint disarmament operations, humanitarian and rescue tasks, military advice and assistance tasks, conflict prevention and peace-keeping tasks, tasks of combat forces in crisis management, including peace-making and post-conflict stabilization.” Also, the Treaty underlines the contribution which these missions and operations may have in “the fight against terrorism, including by supporting third countries in combating terrorism in their territories.”⁹
- In the Treaty is underlined that the provisions covering the CFSP do not give new powers to the Commission to initiate decisions nor do they increase the role of the European Parliament. This means that the European Parliament shall be regularly consulted and informed by the HR/VP on the main aspects and the CFSP and CSDP development. Still, the fact that the High Representative is also the Vice-President of the Commission ensures the European Parliament with additional democratic control regarding the appointments, motion of censure and resigns of the Commission and the HR/VP.¹⁰
- The Lisbon Treaty provision that the EU shall have legal personality is not going to result in changes in the decision-making process. Unanimity shall remain necessary for the decisions having “security and defence implications”. As a general rule, the Treaty shall “not influence on competences and responsibilities of the member-states in the security and defence area, nor over veto competences of each member-state on CFSP decisions, thus remaining subject specific rules and procedures.” There is a possibility for qualified majority voting when the Council adopts decision “defining a Union action or position, on a proposal which the High Representative ... has presented following a specific request from the European Council, made on its own initiative or that of the High Representative.”¹¹

⁸ Consolidated Versions, Article 42, paragraph 7.

⁹ Consolidated Versions, Article 43.

¹⁰ Consolidated Versions, Article 18.

¹¹ Consolidated Versions, Article 31.

THE FUNCTION OF THE HIGH REPRESENTATIVE/VICE-PRESIDENT OF THE COMMISSION

The EU's High Representative for CFSP, at the same time the Vice-President of the European Commission, is the successor of the Minister for Foreign Affairs as anticipated by the Draft Constitutional Treaty. It may be noticed that the HR/VP will wear two hats, but if we consider his/her tasks and responsibilities according the Lisbon Treaty, a third hat should be added: the HR/VP shall chair the Foreign Affairs Council.¹² Further, "The High Representative shall represent the Union for matters relating to the common foreign and security policy. He shall conduct political dialogue with third parties on the Union's behalf and shall express the Union's position in international organisations and at international conferences."¹³ This means that the HR/VP shall undertake the responsibilities of the EU's Presidency regarding the CFSP issues.

Also, the HR/VP shall "contribute through his proposals towards the preparation of the Common Foreign and Security Policy and shall ensure implementation of the decisions adopted by the European Council and the Council" and "shall be put into effect by the High Representative and by the Member States".¹⁴ Finally, his/her capacity as the VP of the Commission, shall "ensure the consistency of the Union's external action" and "shall be responsible within the Commission for responsibilities incumbent on it in external relations and for coordinating other aspects of the Union's external action. In completing these tasks, the HR/VP shall "ensure consistency and effectiveness of action by the Union." He/she "may refer any question relating to the common foreign and security policy to the Council and may submit to it, respectively, initiatives or proposals." Confirming the development of a crisis as an issue of emergency, the HR/VP may decide to "convene an extraordinary Council meeting within 48 hours or, in an emergency, within a shorter period."

The Lisbon Treaty confirms the actual practice. In theory, the HR now does not have the right on initiatives and may only speak on behalf of the EU upon the request of the Presidency. In practice, the HR/VP mostly leads the EU on international meetings and conferences; meets and talks with foreign officials; regularly make statements reflecting the EU's position; submits to the Council, on its own or in cooperation with the Commission, reports containing ideas and recommendations; and seats on the negotiating table with third parties, after Council's authorization. But, apart of its codified dimension, the Lisbon Treaty empowers the HR/VP with bigger mandate and authority, while

¹² Consolidated Versions, Article 18.

¹³ Consolidated Versions, Article 27.

¹⁴ Consolidated Versions, Article 26.

regarding his/her foreign representation responsibilities, the actual format is not ideal for clearness and continuity, as the priority changes with every Presidency rotation.

On the other side, there shall be *checks and balances*. The HR/VP shall have important role in shaping the decision-making process, but when the policy is implemented, shall be bound by the Council's decisions, except those unanimously adopted by the member-states. Also, he/she shall be responsible in front of the European Council (deciding about the termination of its mandate) and the Council, as well as in front of the European Parliament in his/her capacity as the VP of the Commission. The difficulties that the HR/VP may have in completing its tasks and responsibilities could be the following ones:

- In situation where there is an end of the representation system, the President of the European Council shall take part in crisis situations and in representing the EU, which can worry the Commission regarding EU's external representation. Certain mechanisms are necessary where EU member-states are kept out of the equation.
- Another complex issue may be the internal coordination in the Commission, especially between the HR/VP and those commissioners still having important responsibilities in the external representation area; a problem which is going to be more critical according the actual configuration.
- Biggest advantage of the position, the connected role between the Commission and the Council, may theoretically end badly if these institutions find each other in disagreements about certain political issues. In such case, the HR/VP shall need to use its knowledge and experience to sustain closest possible cohesion among different actors.
- As a logic consequence of the three hats, the HR/VP shall be charged with huge work and responsibilities, needing large amount of time and energy. Further, the difficult schedule which the HR/VP needs to endure in attempt to listen the EU's voice abroad, entail the three hats and the job description to outstrip even the best abilities of every individual.
- Another important risk is that the HR/VP may spend a lot of time facing with the inner disputes in attempt everyone to be satisfied, regarding the transfer of EU messages to third parties and on the international scene. His/her main target shall be removing the difficulties or securing the compromise.¹⁵

¹⁵ EU Foreign Policy and European External Action Service, The Finnish Institute of International Affairs, 25 February 2008.

Creating the HR/VP is a fundamental institutional provision of the Lisbon Treaty and bears a great potential for significant increase of coherence and effectiveness of the EU's external policy. The personality and the cooperation with the member-states, the Commission and the Parliament are going to be crucial for determining his/her success. From the CSDP point of view, most probably is that the HR/VP function shall prefer general EU action, especially about mobilizing the member-states in generating the necessary political will.

CHANGES IN THE EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE

The European External Action Service (EEAS) shall be significant asset for supporting the HR/VP regarding the external representation. Together, the HR/VP and the EEAS may contribute for the decrease of different dichotomies which traditionally hampered the Union's external representation. The Service shall assist the HR/VP in formulating the messages by the EU institutions in appropriate manner. Therefore, the Service must be organized in a manner for securing the necessary impulse for convergence, harmonization, coherence and policy implementation.

The Lisbon Treaty foresees no clear mandate for the EEAS: "In fulfilling his mandate, the High Representative shall be assisted by a European External Action Service ... and shall comprise officials from ... the General Secretariat of the Council and of the Commission as well as staff seconded from national diplomatic services of the Member States. The organisation and functioning ... shall be established by a decision of the Council ... shall act on a proposal from the High Representative after consulting the European Parliament and after obtaining the consent of the Commission."¹⁶

Most of the organizational and functioning details of the EEAS need to be worked out.¹⁷ Generally, there is an agreement for the *sui generis* nature of the new service, although it is a fact that it does not completely connects with some of the EU pillars. Therefore, there is a lack of clear image for what this mean in the institutional structure frame, as well as for the EEAS degree of autonomy. Ideally, the Council's and Commission's departments with competences in the external relations area should unite in the EEAS with all the

¹⁶ Consolidated Versions, Article 27.

¹⁷ Significant ideas were presented before the ratification of the EU Constitution Treaty. On 1st of March 2005, the High Representative for CFSP, Javier Solana and the President of the European Commission, Jose Manuel Barroso, presented a document with purpose to serve as a ground for initial discussions with member-states in the context of preparing mutual progress report. The document represent more minimalistic model emphasizing the role of the EU's Foreign Minister and the EEAS in the CFSP area. Issue Paper on the European External Action Service, SN 1508/05, 1 March 2005.

competent political units of the Council's General Secretariat and the Commission's General Directorates. This means that all the commissioners with external relation responsibilities shall submit reports to the HR/VP.

Regarding the external representation, the Commission delegations, employing more than 7.000 personnel and working on analysis, assistance programmes and functions, must be enforced to become EU's delegations representing it in third countries and international organizations. Appropriate mechanisms needs to be worked out in order to enable the delegations to perform its tasks, including clear communication lines with Brussels, as well as effective liaison offices and cooperation with diplomatic missions of member-states. In international organizations where the EU have a status of an observer, working arrangement shall be very important in order to secure that the EU messages are of some importance.¹⁸

These organizational aspects over the future position of the EEAS concerns the different actors involved in the shaping and the creation of the EU's external acting. The Commission is concerned over the possible loss of its general responsibilities, as well as the specific competences regarding the external representation. The Council's General Secretariat fears the "centre of gravity" may incline towards the Commission. For their part, the member-states are concerned about the EEAS impact, particularly by the possible degradation of national diplomatic services. The middle and small member-states, those not able to be present in all parts of the world are aware of the possibility for the enforcement, thorough EEAS, of their external representation and the decrease of administration expenses. Also, however, they are concerned that the important messages, influencing their crucial national interests, may be adopted by the new bureaucratic machinery in which they are misrepresented, especially at the highest administrative and decision levels.

Accordingly, the main challenge is going to be the protection of the original nature and role of the EEAS, thus needing to face with tensions which are inherent of its *sui generis* nature; achieving perfect centre between the accepted degree of autonomy and the necessary confidence among different institutions; avoiding the complications in EEAS as a consequence of conflicts among different actors; and minimizing the possible duplication of political responsibilities and support functions.¹⁹ Further, although it is clear that the EEAS is going to be accountable in front of the HR/VP, member-states shall certainly express their desires to enjoy certain degree of supervision and administrative-budgetary control of the European Parliament. According these

¹⁸ Also, effective means must be find out for integrating the work of EU's Special Representatives and their offices reporting to the Council through the High Representative.

¹⁹ The European External Action Service: The nucleus of a strong European foreign policy, International Policy Analysis, European Integration Working Group, May 2009.

circumstances, the possibility of infusing “European diplomacy culture” through the EEAS might be dangerous and occur only as a result of convergence of interest among member-states.

As a conclusion, there are insecurities regarding the exact shape of EEAS and lot will depend from the political will of member-states and the consensus degree. If it is adequately equipped and with support of member-states, the EEAS shall effectively rise above challenges it faces and play important role in search of greater consistency regarding policy formulation and decision implementation. From CSDP point of view, while the EEAS might be of some use for the general EU approach, there are strong chances for the Service to insist towards more traditional external representation and the civilian dimension of the crisis management. The PSC and the EUMC shall have to play their part, and that also refers to the European Defence Agency.

MUTUAL ASSISTANCE CLAUSE AND THE SOLIDARITY CLAUSE

Regarding mutual assistance, the Treaty provides that “If a Member State is the victim of armed aggression on its territory, the other Member States shall have towards it an obligation of aid and assistance by all the means in their power, in accordance with Article 51 of the United Nations Charter”.²⁰ Member-states have the obligation to secure aid and secure on national basis and shall decide, again on national basis, what kind of aid are going to offer. Theoretically, EU as a whole shall not be involved, but upon the request of the member-state concerned or the HR/VP, General Affairs Council emergency meeting shall be held. The proposal for implementing the clause, which needs to be put into effect upon the request of the member-state victim of terroristic attack or man-made disasters, is submitted by the HR/VP, while the Council adopts decisions with qualified majority and especially in cases with defence implications requesting unanimous decisions. Then member-states are coordinating in the Council. Further, as a response to the fears that the clause might undermine NATO the Treaty stipulates that the solidarity “shall be consistent with commitments under the North Atlantic Treaty Organisation, which, for those States which are members of it, remains the foundation of their collective defence and the forum for its implementation.”²¹

Also, several issues refer to the range and nature of the solidarity clause, such as the civil protection, police or military units preventively mobilized in activities for crisis management. But, do these actions apply “out of area” or on the EU territory and whether the solidarity clause is legal

²⁰ Consolidated Versions, Article 42, paragraph 7.

²¹ Ibid.

provision or political principle? From one side, the European Court of Justice (ECJ) jurisdiction implicitly covers the area of the clause, while from the other side military assets mobilized on the EU territory may be viewed in the frame of political and coordinated Council's actions. As the implementation of the solidarity clause might prove difficult because of the political disagreements, the lack of progress might enforce some member-states to move towards accelerated cooperation or the ECJ to extend its jurisdiction on implementation of the clause.

To sum up, as mentioned before, the Lisbon Treaty is not attempting to turn the EU into a military alliance. Still, inclusion of mutual assistance and solidarity bears significant burden, but most important is that they exist.

PLANNING AND CONDUCTING OPERATIONS

At first sight, the Lisbon Treaty has no implications on the planning, beginning and conducting the CSDP operations. Provisions indicate only minor changes, creating the possibility to “entrust the execution of a task, within the Union framework, to a group of Member States which are willing and have the necessary capability for such a task. Those Member States, in association with the High Representative ... shall agree among themselves on the management of the task”.²²

What is the meaning of this new provision? The first step is defining the term “management of the task.” If the management includes planning and establishment of command structure and if the formal decision-making is limited on smaller group of “entrusted” states (for example, after the Council unanimously decides that the military action is appropriate), this provision may represent additional value, since it may indicate the concept of the “framework nation”.²³ According this provision, the group of member-states undertaking the task shall benefit from the inclusion of EU institutions: HR, EEAS, the Commission and delegations.

Another provision anticipates the creation of a start-up fund made up of member-states contributions. The Council shall adopt by a qualified majority, on a proposal from the HR/VP, decisions establishing the procedures for setting up and financing the start-up fund, the procedures for administering the start-up fund, and the financial control procedures. Then, the Council shall authorize the

²² Consolidated Versions, Article 44.

²³ Sven Biscop, Franco Algieri (eds.), “The Lisbon Treaty and ESDP: Transformation and Integration”, *Egmont Paper 24*, Royal Institute for International Relations, Austrian Institute for European and Security Policy, June 2008, pp. 45-49.

use of the fund (unanimously or *ad hoc*). The creation of the start-up fund is crucial for planning and conducting an operation.²⁴

PERMANENT STRUCTURED COOPERATION

The Lisbon Treaty gives opportunity for member-states to establish Permanent Structured Cooperation (PSCo) in the defence area, but only for capabilities development and operation assets, without applying the implementation of missions and operations. PSCo is established by the Council with qualified majority and a member that no longer fulfils the criteria or is no longer able to meet the commitments may face a suspension by qualified majority from other participant member-states. All other decision for implementation of the PSCo, in practice, shall be unanimously adopted.²⁵

The Lisbon Treaty provisions regarding the modalities for establishing the PSCo and the membership criteria are not fully determined, which is not the case with the decision procedures. Within three months, the Council, after consulting the HR/VP, shall adopt a decision by a qualified majority establishing PSCo and determining the list of participating Member States. Any Member State which wishes to participate in the PSCo shall notify its intention to the Council and to the HR, after which the member-states shall adopt a decision by qualified majority confirming the participation based on the fact whether it fulfils the criteria and makes the commitments referred to in Protocol 10 on PSCo.²⁶ If a participating Member State no longer fulfils the criteria or is no longer able to meet the commitments regarding Protocol 10, other participating members may adopt a decision by qualified majority for suspending the participation of the member-state concerned.²⁷

The establishment of the PSCo, the participation of new members and the suspension of a member are the three areas where the decisions are adopted by qualified majority voting, which means that no single individual member-state has the right of veto, while all other decisions regarding the substance of the PSCo shall adopt unanimously by participant states. Still, crucial question remains: when and by who shall be the PSCo being established? Protocol 10 refers that the momentum for defying the aims and commitments of the PSCo starts on the day when the Treaty enters in force. Having in mind the existing

²⁴ Consolidated Versions, Article 41, paragraph 3.

²⁵ PSCo is more “flexible” rather than “enhanced cooperation”; minimal quorum of participants is not necessary; the threshold for participants is not fixed and accession criteria do not exclude all members from the start.

²⁶ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Consolidated Versions.

²⁷ Consolidated Versions, Article 46, paragraph 4.

lack of clearance regarding the commitments and criteria, the possible establishment within three months after entering the Treaty into force means that: (1) preparatory work shall be undertaken; (2) the details of criteria and commitments previously needs to be clarified; and (3) initiative by a small group of capable and/or willing.²⁸

According relevant provisions, the PSCo is established in the Council frame, but only participating members may adopt decisions. Also, possibilities are missing on how the relevant Council bodies are going to be involved in the PSCo. In its Preamble, the Protocol 10 recalls on the importance of the HR being fully involved in proceedings relating to PSCo. The Treaty mentions the notification to the HR about the intention of member-states to participate, as well as the consultations with the HR before establishing the PSCo. This represents that the HR shall be in charge of the PSCo meetings in the Council formation. The Council's Secretariat, EUMP, EEAS and the EDA, shall be capable of securing the support for the work and the meetings in the PSCo frame. Since the PSCo must face with structural weaknesses of the European defence, it is important for the member-states to receive larger part of the actions in shaping the relevant decision of special interest.²⁹

The membership criteria are defined in article 1 of protocol 10 as general aims, stipulating that PSCo is opened for any member-states which undertake, from the date of entry into force of the Treaty, to:

- proceed more intensively to develop its defence capacities through the development of its national contributions and participation, where appropriate, in multinational forces, in the main European equipment programmes, and in the activity of the Agency in the field of defence capabilities development, research, acquisition and armaments; and
- have the capacity to supply, either at national level or as a component of multinational force groups, combat units, structured at a tactical level as a battle group, with support elements including transport and logistics, capable of carrying out the tasks, within a period of 5 to 30 days, in particular in response to requests from the UN, and which can be sustained for an initial period of 30 days and be extended up to at least 120 days.

²⁸ Article 3 of the Protocol explicitly refers to “criteria to be established, inter alia, on the basis of Article 2” (regarding the contributions) and underlines that the European Defence Agency “shall contribute to the regular assessment of participating Member States’ contributions with regard to capabilities.”

²⁹ Sven Biscop, “Permanent Structured Cooperation and the Future of ESDP”, *Egmont Paper 20*, Royal Institute for International Relations, Austrian Institute for European and Security Policy, April 2008.

The estimation is whether these targets are additional or alternative, because the interpretation is crucial if there is a wish for success of the PSCo. However, the collective defying and unanimous decision-making may complicate the approach criteria, if are interpreted in modest manner.³⁰ It needs to be stressed that PSCo focuses on capability targets, although the Treaty makes no mention of contributions towards EU missions and operations, which is a confidential indicator of enthusiasm and involvement. However, member-states that all ready participate in UN peace missions and/or NATO operations may use its contribution in the international crisis management as a proper criterion in particular case.

Article 2 of Protocol 10 indicates the ways for achieving the objectives pointed out in article 1. Again, the text remains unclear and leaves a lot of space for interpretation. More specifically, the member-states:

- a) cooperate, as from the entry into force of the Treaty, with a view to achieving approved objectives concerning the level of investment expenditure on defence equipment, and regularly review these objectives, in the light of the security environment and of the Union's international responsibilities;³¹

This suggests that the participating states are at the desirable level of investment expenses for defence equipment, with further obligation for achieving the objectives for a certain period. Complementing the capabilities is of key importance, but there is a need of increase in investments. Member-states confirmed nonbinding collective benchmarks regarding expenses for defence supply and defence research and technology, as well as expending programmes:

- 20% of total expenses for equipment;
- 30-40% equipment in joint European programmes;
- 1,5-2% of defence budget for research and technology of which;³²
 - 15-25% in European cooperation programmes.

³⁰ Belgium and Greece roughly filled out the criteria of point a), while the criteria of point b) exclude several states, such as Cyprus, Luxembourg and Baltic states. Bruno Angelet, Ioannis Vrailas, "European Defence in the Wake of the Lisbon Treaty", *Egmont Paper 21*, Royal Institute for International Relations, Austrian Institute for European and Security Policy, May 2008.

³¹ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Article 2-a.

³² The establishment of 2% of GDP's defence budget as a threshold for participation in the PSCo, might lead towards cooperation only between France, Great Britain, Greece, Bulgaria and Romania. For member-states, such as Austria, Germany and Belgium, such amount is much bigger than their defence budget. Sven Biscop, "Permanent Structured Cooperation and the Future of ESDP" ..., op. cit., p. 7.

But, increasing the investments of defence budgets will lead to a decrease in another area, thus explaining why member-states did not accept to go further than collective benchmarking “which can be used for national target-setting on a national basis and without timelines”.³³

- b) bring their defence apparatus into line with each other as far as possible, particularly by harmonising the identification of their military needs, by pooling and, where appropriate, specialising their defence means and capabilities, and by encouraging cooperation in the fields of training and logistics.³⁴

Different processes, such as the “harmonising the identification”, “pooling”, “specialising” and “cooperation”, are recommended for fulfilment of objectives, but there is no clear end. On the other side, no single country has been prepared to quit from the capabilities and to rely on partners if the mutual support and the guaranteed access are not politically and legally flexible. The PSCo may help in creating new forms of specialization, through establishment of different mentality and values, including the development of bilateral cooperation among member-states bringing to a closer partnership in this area. Particular attention needs to be put on the concept of “bring into line” of the defence apparatus and “pooling” military means and capabilities for planning and commanding structures. Military headquarters are present in Europe, thus raising the question of their use.

- c) Take concrete measures to enhance the availability, interoperability, flexibility and deployability of their forces, in particular by identifying common objectives regarding the commitment of forces, including possibly reviewing their national decision-making procedures.³⁵

PSCo needs to promote unity of military concepts and aims for capability development in NATO, thus showing its additional value and the increase of its credibility if it is able to combine the enforcement of European capabilities with the improved cooperation between EU and NATO. Also, EU may consider the increase of criteria level and focus more on quality aspect of deployment. The anticipated measures will spread out over human resource management and personal structures, training programmes, harmonization of concepts and doctrines, equipment interoperability, financing and procurement practices, logistic support, etc. The question is how the measures are going to be adopted and how is going to be determined their implementation and

³³ Brussels European Council, Presidency Conclusions on External Relations, 14 December 2007.

³⁴ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Consolidated Versions, Article 2-b.

³⁵ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Consolidated Versions, Article 2-c.

timeframe. The language is more non-binding and unclear regarding who will supervise and determine further efforts. Regarding national decision-making procedures, member-states should secure faster decision-making for deployment of troops, which can be difficult for those states whose relevant parliamentary procedures are longer and more rigorous.

- d) Work together to ensure that they take the necessary measures to make good, including through multinational approaches, and without prejudice to undertakings in this regard within the NATO, the shortfalls perceived in the framework of the Capability Development Mechanism.³⁶

The shortfalls refer mainly on the strategic transport, collecting intelligence information, helicopters, combat support and information superiority.

- e) Take part, where appropriate, in the development of major joint or European equipment programmes in the framework of the European Defence Agency.³⁷

The Treaty introduces special legal basis for the EDA, although does not change the essence of the existing Agency mandate. The sole and unusual provision is that the “The Council, acting by a qualified majority, shall adopt a decision defining the Agency's statute, seat and operational rules ... Specific groups shall be set up within the Agency bringing together Member States engaged in joint projects”.³⁸ This means that the future revision of the EDA's *modus operandi* may need to take into consideration the new responsibilities for the implementation of the PSCo and ambitions of those states with membership aspirations in the PSCo. In order to be successful, the PSCo must have more powerful gravitation centre, with authority, resources and initiative. Having in mind that the EDA is the main candidate, the Lisbon Treaty provisions have to be connected with the PSCo and with the specific provisions referring to the role of the Agency.

PSCo provision stipulates that the “European Defence Agency shall contribute to the regular assessment of participating Member States' contributions with regard to capabilities ... and shall report thereon at least once a year”.³⁹ This means that the provisions must be interpreted in concrete objectives, with the Agency involved. Further, the Agency must evaluate the

³⁶ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Consolidated Versions, Article 2-d.

³⁷ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Consolidated Versions, Article 2-e.

³⁸ Consolidated Versions, Article 45, paragraph 2.

³⁹ *Protocol (No 10) on Permanent Structured Cooperation Established by Article 42 of the Treaty on European Union*, Consolidated Versions, Article 3.

contributions from the participants, which can serve as a basis for a decision to suspend a participant state which is not fulfilling its commitments. Such role will bring not only new responsibilities, but bigger relations between participant states and the EDA. The text suggests an obligation for informing and commitments for complete transparency *vis-à-vis* EDA, while participant states decides on *ad hoc* basis if and when to submit information to the EDA. They are the only ones who decide whether to authorize the EDA to make such data public, although, in practice have not accepted the EDA to be capable of supervision, assessment and evaluate such information.

EDA may conduct and another task: prevention or reducing the negative effects in capability development of two-speed Europe, as a result of the PSCo. There is a danger that those states not participating in the PSCo, would not feel obligated for developing its capabilities in a manner which is going to be interoperable with those members of the PSCo. This might create practical and operational difficulties when they decide to participate in CSDP mission. The EDA may play the role of a coordinator by guiding the member-states with the standards set up by the PSCo.

EXISTING INSTITUTIONAL PROBLEMS AND SHORTFALLS

The intensive debates resulting in the Lisbon Treaty reflected the importance of the foreign, security and defence policy, as well as the high level of polarization in the EU. Discussion lines were still among more traditional dichotomies in member-states: while some focused on gradual communitarization, others were unprepared to transfer bigger mandate for the Commission, thus keeping the inter-governmental approach. Thereby, the art of negotiations lies in indentifying possibly bigger common ground and the Lisbon Treaty provisions contain some general and unclear information, although that was the only way for achieving consensus despite the different concepts and interest in the integration policy.

Pulling out the competences of the HR and External Affairs Commissioner and uniting them is a solution that avoids the basic conflict among federal and inter-governmental ideas. The HR shall serve the Commission and the Council and such duplication, in practice, is expected to be more challenging for the position holder.⁴⁰ Another important issue refers on how the HR is going to balance its role with the President of the European Council, the Commission and the Council. Regarding the fact that with the Treaty a very little is changed in the position of the HR, the restraint is

⁴⁰ Graham Avery, "The new architecture for EU foreign policy In: The people's project? The new EU Treaty and the prospects for future integration", *Challenge Europe Issue 17*, European Policy Centre, Brussels 2007.

illustrated by member-states in challenging their sovereignty in this area. Change in the name of the HR is with intention to stress that the EU is not becoming a super-state with its own ministers and that the new architecture is not going to replace national politics with common EU policy.

Further, it is not clear how the EEAS is going to be designated in the institutional EU frame. In this regard, it is suggested to be given the status of agency or common service, subordinate to the Council and the Commission. However, it remains unclear the range of representation and the involvement of the Commission and the Council.⁴¹ This is evaluated as of crucial importance regarding the bridging of division between national and European diplomacy for the inclusion of the member-state's Foreign Affairs ministers as "stakeholders" and enforcement of their relation with the High Representative. Still, it needs to be decided how the national diplomatic services and the EEAS are going to complement each other.

Changes regarding flexible arrangements and the CSDP structural cooperation have shown especially controversial, leaving many open questions.⁴² UK and some Central and Eastern Europe member-states still have concerns that this might lead to creating blocks in EU, which would be critical for NATO. However, although the functional arrangements of the PSCo are specified in special protocol in the Lisbon Treaty, more of the provisions are still unclear and remains open which membership criteria, with which participants and by which means is the PSCo going to be implemented in practice.⁴³

In addition, introducing the mutual assistance clause was disputed among member-states. Not only it was not supported by neutral states, undertaking all efforts for rephrasing this clause in voluntary commitment, but faced with significant contradiction by states closer to NATO. That is why in the Lisbon treaty the mutual defence clause is clearly relieved: it is specified that the mutual defence shall not prejudice the specific character of the security and defence policy of certain member-states and that this commitment shall be

⁴¹ Simon Duke, "The Lisbon Treaty and External Relations", *Eipascope 2008/1*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2008, pp. 13-18.

⁴² Jolyon Howorth, "The European Draft Constitutional Treaty and the Future of the European Defence Initiative: A Question of Flexibility", *European Foreign Affairs Re-view 9 (4)*, 2004, pp. 483-508.

⁴³ Antonio Missiroli, "The Impact of the Lisbon Treaty on ESDP", *Briefing paper*, Brussels, European Parliament, Directorate General External Policies of the Union, Policy Department External Policies, January 2008, p. 3; Christian Mölling, "ESDP after Lisbon: More Coherent and Capable?", Zurich, CSS Analyses in Security Policy, *Center for Security Studies Vol. 3, No. 28*, 2008.

implemented in close cooperation with NATO, which remains the foundation of collective defence for its member-states.

Since the Maastricht Treaty there was a struggle among member-states on issues regarding which decision-making modalities are able to ensure fast reaction and firmness in CSDP. On one side, are the supporters of the unanimous voting because of the reasons of national sovereignty, while on the other side, there is a group of member-states favouring qualified majority voting. Losing the battle on several occasions during the Lisbon Treaty negotiations, there is no possibility to reach widespread of qualified majority voting in all CFSP/CSDP areas. Illustrative for the lack of will in EU member-states and the possibility to give up of the remaining areas of sovereignty was introduction of two declarations (13 and 14) in the Lisbon Treaty. Some member-states, especially UK, insisted in these declarations explicitly to stress that the EU is not going to cross over the foreign policy of a member-state, which again illustrates the sovereignty reflection.⁴⁴

Although almost 50% of the EU Treaty amendments, contained in the Lisbon Treaty, refer to the foreign, security and defence policy, does not mean that revolutionary changes are achieved. As the controversies among member-states and their national emotions are permanent and intensive, CFSP provisions, and specifically CSDP, still have no potential to be an obstacle in the constitutionalization of the European integration process, which became apparent with the rejection of the Lisbon Treaty ratification in Ireland in June 2008, although the concerns regarding the future CFSP/CSDP development and Ireland's neutrality were not the only one reason for the negative result.

⁴⁴ The first Declaration regarding CFSP, including the creation of the High Representative and the EEAS “do not affect the responsibilities of the Member States, as they currently exist, for the formulation and conduct of their foreign policy nor of their national representation in third countries and international organisations.” The Treaty “recalls that the provisions governing the Common Security and Defence Policy do not prejudice the specific character of the security and defence policy of the Member States. This Declaration gives the impression that the Lisbon Treaty includes no changes for member-states in the area of foreign, security and defence policy. In similar direction, the second Declaration underlines that the “provisions covering the Common Foreign and Security Policy... will not affect the existing legal basis, responsibilities, and powers of each Member State in relation to the formulation and conduct of its foreign policy, its national diplomatic service, relations with third countries and participation in international organisations, including a Member State's membership of the Security Council of the United Nations. The Declaration “also notes that the provisions covering the Common Foreign and Security Policy do not give new powers to the Commission to initiate decisions or increase the role of the European Parliament”.

INSTEAD OF CONCLUSION: WHAT IS NEXT?

The Lisbon Treaty provisions regarding the CSDP and the institutions involved, so far failed to answer the fundamental and controversial questions for the course of the European defence. On the contrary, in its attempt to calm down the different views about the future integration of defence on EU level, the achieved progress lacks of direction.

In the past years since the Lisbon Treaty entered into force, EU stood aside and watched as the France and UK participated in the North Africa crises, without even considering the possibility for intervention according the CSDP frame. Some could argue that the crisis in Libya marks the effective end of the CSDP. It seems that the CSDP is going to be shaped according the Arabian revolutions and the difficulties for the EU to appear with common ground. If the lesson is learnt, member-states must follow more comprehensive and contemporary regional strategies. In this context, the PSCo and the Solidarity clause have the best implementing potential. In the meantime, the more controversial provisions for mutual assistance and the possibility to entrust the execution of a task to a group of member-states as a last resort, should remain on the agenda.

It was not meant to be like this. On the contrary, the Lisbon Treaty should give the CSDP better institutional arrangements for defining the EU's foreign policy strategic interests. In practice, the Treaty stopped the CSDP in its course. Even in 2012 there was a possibility for renewal process for the CSDP after the initial 20 crisis management operation from 2003 till 2009. The EEAS concluded that the EU's role as a security actor is rapidly expanding with the new missions in Somalia, Sudan and Niger, only to confirm that the missions - all civilians - are comprised of around 60 member personnel. In the meantime, the CSDP mission in Libya is facing difficulties; while in Mali the EU did not response and left the risky operation to France.

The abovementioned institutional issues are not completely solved with the Lisbon Treaty as the rivalry among institutions continue despite introducing the new novelties. Having in mind that it is impossible by the Treaty text to pull out the distribution of responsibilities between institutions, Treaty provisions aim to draw out bigger influence for the newly created structures. Also, member-states get in this picture. Since the beginning it was clear that the political competition instead of actual will for enhancing the effectiveness shall change their conduct towards the implementation of the Treaty provisions and national governments are shaping them according their own fashion.

The Treaty increased the HR's responsibilities in the expense of the Commission and the Presidency, but it does not give bigger authority for the European Parliament, except that the new position of the HR shall be approved by the Parliament. Also, the Treaty does not exclude the unanimous voting

regarding the CSDP, whether about missions, initiatives or contractual arrangement with security or defence implications. While the Lisbon Treaty formally removed the pillar structure, CSDP is still far from other EU politics. The implication of such clarity is the continuous dependence of member-states for further development with no stable impetus for evolution.

To sum up, the EU performances in security and crisis management according the Lisbon Treaty might be categorized as slow, minimal and timid. EU must prove that CSDP provisions in the Lisbon Treaty are not just symbolic, but consistent and with desired aim. European and national policy-makers must seat on the same table and arrange the details for further implementation of the Lisbon Treaty provisions. On the other side, if the Lisbon Treaty provisions are used in practice, for example, the mutual assistance and the solidarity clause, the EU's profile shall start to gain its significance and cooperation among member-states. But, for this to happen, more time is needed before the provisions are implemented and become live. For EU to become a true security and defence actor, there is a need of more ambitious arrangement among member-states and the new CSDP provisions of the Lisbon Treaty might just show the way.

Ivica Josifovic, LLD
Docent

INSTITUTIONAL ISSUES AND DIFFICULTIES OF THE LISBON TREATY AND THE EUROPEAN \ COMMON SECURITY AND DEFENCE POLICY

Summary

The paper aims to explain the institutional designation of the operational part of the Common Foreign and Security Policy – The European/Common Security and Defence Policy. The Lisbon Treaty introduced certain changes and innovations in the way the foreign, security and defence policy of the European Union is guided, making it the last policy where the inter-governmental approach is institutionalized.

The paper explains the difficulties that institutions and member-states are facing, having in mind the sovereignty principle and the decision-making process in this specific area. The High Representative, the European Commission, the European Council, the Council of Ministers and the European Parliament, according the Lisbon Treaty participate in the Common Security and Defence Policy development, but member-states are still “masters” of their foreign, security and defence policy. By that, much will depend on the member-states will for improvement of the European Union performances as a foreign and security actor.

Иван Илић

Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРИМЕНА НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ДРЖАВАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ¹

Апстракт:

Аутор се у раду бави анализом примене појединих облика начела опортунитета. Најпре је објашњен појам начела легалитета и опортунитета, сличности и разлике међу њима, као и потреба њиховог паралелног постојања и комплементарности у примени. Аутор се одлучио за анализу два облика начела опортунитета, одлагање кривичног гоњења и одбацивање кривичне пријаве применом опортунитета. У раду је извршена компарација важећих процесних закона Србије, Македоније, Црне Горе, Хрватске, Словеније и Косова, док су процесни прописи Босне и Херцеговине изостављени, будући да не предвиђају ова два облика опортунитета кривичног гоњења, у поступку према пунолетним лицима. У раду су критички анализирани законске одредбе, нарочито, српског ЗКП-а. Извршено је упоређивање са раније важећим законом и изведен закључак да је нормативна законска основа добар темељ за надградњу начела опортунитета подзаконском регулативом.

Кључне речи: *начело легалитета, начело опортунитета, одлагање кривичног гоњења, одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности.*

1. НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА И ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Једно од начела, које се неизоставно налази у разним класификацијама савремене процесне теорије је начело легалитета. Једни га сврставају у начела, која се односе на покретање и вођење поступка,² други у начела кривичног гоњења,³ трећи у начела која се односе на

¹ Чланак представља резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, под редним бројем 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

² Давор Крапац, Казнено процесно право, прва књига: Институције, Загреб, 2010.

³ Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд, 2009.

кривичну тужбу,⁴ а четврти у начела која се односе на јавног тужиоца.⁵ У једноме се сви слажу, да је начело легалитета једно од основних начела кривичног права.⁶

Начело легалитета установљава обавезу за јавног тужиоца да, у случају кривичних дела, која се гоне по службеној дужности, предузме кривично гоњење⁷ и одржава га у току, ако су испуњени законом прописани (стварни и правни) услови.⁸ Јавни тужилац, приликом покретања кривичног поступка, сходно овом начелу, процењује само законитост кривичног гоњења. Покретање кривичног поступка, дакле, не зависи од нахођења јавног тужиоца, јер у случају испуњења неопходних услова постоји обавеза (дужност) да врши функцију кривичног гоњења. Управо се стога у процесној теорији срећу идеје да се овом начелу промени назив у „начело облигаторности“⁹ или „начело императивности“¹⁰ кривичног гоњења.

Начело легалитета је од самог настанка поседовало особину релативности. Одступања од њега уобичајено се називају начелом опортунитета. Под начелом опортунитета разуме се обавеза органа кривичног гоњења да исто предузме, ако су испуњени законом прописани услови и ако је то у датом случају сврсисходно (целисходно), са становишта јавног интереса.¹¹ Према томе, јавни тужилац најпре цени постојање стварних и правних претпоставки кривичног гоњења. У случају када нађе да су они испуњени, јавни тужилац цени је ли кривично гоњење опортуно у том случају. Процена целисходности врши се искључиво у јавном интересу. То аутоматски искључује произвољну процену јавног

⁴ Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд, 2009.

⁵ Тихомир Васиљевић, Кривично процесно право, Београд, 1981.

⁶ Чедомир Ставановић, Војислав Ђурђић, Кривично процесно право-општи део, Ниш, 2006, Исто: Станко Бејатовић, Кривично процесно право, Београд, 2014, Хајрија Сијерчић- Чолић, Кривично процесно право, књига прва, Сарајево 2008. , Драго Радуловић, Кривично процесно право, Подгорица 2009.

⁷ Неки аутори користе следеће изразе: покретање кривичног гоњења (Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 121.), вршење кривичног прогона (Владимир Бајер, Југословенско кривично процесно право, књига прва, Загреб 1982., стр. 159.), вршење функције кривичног гоњења (Снежана Циглер, Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења- магистарски рад, Нови Сад 1992, стр. 13.), покретање кривичног поступка (Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 47.).

⁸ Војислав Ђурђић, Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка, У: Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања, Београд, 2009, стр. 81. Исто: Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 93.

⁹ Загорка Симић- Жекић, Кривично процесно право, Београд 1983., стр. 69.

¹⁰ Станко Пихлер, Нека питања у вези са начелом легалитета у кривичном праву, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 1-3/1989, стр. 235.

¹¹ Снежана Циглер, *op. cit.*, стр. 14.

тужиоца, односно елиминише могућност одлуке о кривичном гоњењу по сопственом нахођењу. Јавни тужилац, дакле има право да не предузме кривично гоњење, иако у конкретној ситуацији сматра да су испуњени законски услови, кад, ценећи обзире јавног интереса, процени да то не би било оправдано. Реч је, дакле, о дискреционој оцени, на страни јавног тужоца, омеђеној јавним интересом.

Овим се начелом, такође, решава питање обавезности кривичног гоњења. Сходно томе, орган надлежан за кривично гоњење је *дужан* (мора) да иницира покретање кривичног поступка, уколико утврди да су испуњени неопходни услови (стварни и правни) и уколико, по сопственој дискреционој оцени, нађе да је кривично гоњење опортуно. Као и код начела легалитета, и применом начела опортунитета постоји *императивност* вршења основне функције јавног тужоца. Начело опортунитета се простире искључиво на кривична дела која се гоне *ex officio*. Поље примене овог начела је, дакле омеђено обимом важења начела официјелности, чија је претпоставка организовање кривичне тужбе као јавне.¹²

Као разлози примене начела опортунитета најчешће се наводе: багателитет кривичног дела, одсуство или незнатна штетна последица извршења кривичног дела, чињеница да је штета надокнађена, дејство кривичног поступка на јавност, обзире према учиниоцу кривичног дела, према његовој породици и јавности, захтеви спољне политике државе, дискрепанција између трошкова поступка и ефеката вођења поступка,¹³ криминално- политички разлози¹⁴ и др.

На питање, које су манифестације начела опортунитета, процесуалисти дају различите одговоре.¹⁵ Једно од најчешћих схватања у одступања од начела легалитета убраја: (условно) одлагање кривичног гоњења, одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, уступање кривичног гоњења страном држави, опортунитет у поступку према малолетницима, као и одобрење за кривично гоњење¹⁶ и опортунитет у поступку екстрадиције, за које се сматра да само условно потпадају под

¹² Војислав Ђурђић, *Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења*, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Београд 2009., стр. 14.

¹³ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 135.

¹⁴ Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 434.

¹⁵ Све данашње облике начела опортунитета визионарски је класификовао Јулиус Гласер у свом делу *Handbuch des Strafprozesses*, 1883, стр. 214, наведено према: Албин Есер, *op. cit.*, стр. 172.

¹⁶ Приклањамо се становишту оних, који сматрају да је установа одобрења заправо један од правних услова за кривично гоњење (Снежана Циглер, Драгољуб Димитријевић, Загорка Јекић), а такође и одступање од начела официјелности, али не и од легалитета.

начело опортунитета, будући да целисходност не процењује јавни тужилац, већ законодавни орган, влада или министар правде.¹⁷ Неки аутори осим наведених модалитета у круг изузетака од начела легалитета убрајају још и: нагодбу са покајником,¹⁸ давање имунитета сведоку,¹⁹ и могућност одбацивања кривичне пријаве за кривично дело са елементима насиља.²⁰ Уз то, по неким схватањима, начело опортунитета постоји и у поступку према правним лицима.²¹

Ми ћемо се у даљем тексту бавити опортунитетом према врсти деликта,²² где сврставамо одлагање кривичног гоњења и одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности.²³ Ове две манифестације начела опортунитета примењују се за кривична дела, која условно речено, можемо сврстати у најлакша и релативно лакша кривична дела,²⁴ за која се води сумарни кривични поступак. Осим тога, у оба случаја реч је о опортунитету, који се примењује у поступку према пунолетним лицима.

2. ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Одлагање кривичног гоњења је релативно нов институт, уведен у кривично процесно право Србије усвајањем Законика о кривичном поступку 2001. године.²⁵ Но, прва од држава бивше СФРЈ која је прописала овакву могућност, била је Словенија, у Закону о казенском поступку из 1994. године (члан 162.). У Хрватској га препознаје процесни кодекс из 1997. године (члан 175.), а у Македонији Закон за кривичната постапка из исте године (члан 145.). У Црној Гори постоји од доношења ЗКП-а из 2003. године (члан 244.). У теорији се среће неколико синонима, „условно одлагање кривичног гоњења“²⁶, „условљени опортунитет“²⁷,

¹⁷ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, оп. cit., стр. 72- 75. Супротно: Момчило Грубач, оп. cit., стр. 138-140., Драго Радуловић, Кривично процесно право, Подгорица 2009., стр. 58.

¹⁸ Горан Томашевић, Казнено процесно право, опћи дио-темељни појмови, стр. 171.

¹⁹ Хајрија Сијерчић- Чолић, оп. cit., стр. 97.

²⁰ Давор Крапац, оп. cit., стр. 97-101.

²¹ Ibid.

²² Снежана Циглер, оп. cit., стр. 77-95.

²³ Наведена два случаја сматрају се применом начела опортунитета у сфери багателног криминалитета.

²⁴ Снежана Бркић, Кривично процесно право II, Нови Сад, 2013, стр. 78.

²⁵ "Сл. лист СРЈ", бр. 70/2001 и 68/2002 и "Сл. гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010.

²⁶ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, оп. cit., Ниш, 2006., стр. 67, исто: Снежана Бркић, Маргиналије уз члан 236. Законика о кривичном поступку Србије, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2009, стр. 167.

„диверзија кривичног поступка“²⁸, док се у тужилачкој и судској пракси примена овог института зове „примена члана 283. ЗКП“, или једноставно „одлагање кривичног гоњења“.

Реч је о институту који води порекло из земаља англо-америчке правне провинијенције. У суштини, реч је о овлашћењу јавног тужиоца да, у случају лакших кривичних дела, може привремено застати са кривичним гоњењем, иако су испуњени услови за покретање поступка против осумњиченог, уколико оцени да је то целисходно, уз услов да је осумњичени претходно прихватио да изврши наложену му обавезу.

Поставља се питање правне природе овог института. Разлике у схватањима своде се на дилему, да ли је реч о манифестацији начела опортунитета, или о нечему другом? Тако неки сматрају да се не ради о начелу опортунитета, већ о одложеном гоњењу,²⁹ односно о „једном новом овлашћењу државног тужиоца...да одложи кривично гоњење“.³⁰ Насупрот томе, неки таоретичари сматрају да је одлагање кривичног гоњења један вид „одступања од начела легалитета“,³¹ односно један од случајева поступања по начелу опортунитета.³² Постоји и схватање да је реч о установи „хибридног“ карактера, која у себи садржи како елементе „непокретања поступка због нецелисходности“, тако и елементе „опроштаја“ учиниоцу извршења кривичног дела, тачније „специфичне аболације коју је заслужио“.³³ Неспорно је да одлагање гоњења представља овлашћење дато јавном тужиоцу, чија примена може имати за последицу одбацивање кривичне пријаве, али се не може говорити о опроштају, када је учинилац заузврат извршио реституцију или неку другу наложену обавезу. Сматрамо да је суштина овог института у дискреционом поступању јавног тужиоца, јер он ценећи околности случаја³⁴ одлучује да ли је сврсисходно (опортуно) покретање кривичног поступка. У том смислу, треба га сматрати одступањем од начела

²⁷ М. Шкулић, *op. cit.*, стр. 50.

²⁸ Драго Радуловић, *op. cit.*, стр. 57.

²⁹ Станко Бејатовић, Драго Радуловић, Законик о кривичном поступку, Београд 2002., стр. 160. Исто тако и: Станко Бејатовић, Божидар Бановић, Кривичнопроцесно законодавство Србије, Београд 2005, стр. 204: „Овде се не ради о овом начелу (начелу опортунитета прим. аут.), него о одложеном гоњењу“.

³⁰ Драго Радуловић, Кривично процесно право, Подгорица 2002., стр. 77.

³¹ Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 136. Исто и : Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 72.

³² Загорка Јекић, Милан Шкулић, Законик о кривичном поступку са објашњењима и регистром појмова, Београд 2002, стр. 106.

³³ Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 50.

³⁴ Нпр: степен кривице учиниоца дела, обим штете и последице настале извршењем кривичног дела, околности под којима је дело извршено итд.

легалитета, односно, поступањем по начелу опортунитета. С обзиром да у овом случају поступање јавног тужиоца зависи од испуњења обавезе, која је наложена осумњиченом, сматрамо да је прихватљив став појединих аутора да се ради о атипичном опортунитету, који називају *условљеним (условним³⁵) опортунитетом³⁶* (одлагањем гоњења³⁷).

Условно одлагање гоњења поседује сличности са неколико других института. Најпре, садржи елементе *консенсуалних форми*, које су карактеристичне за англосаксонски тип поступка, чија је суштина у некој врсти нагодбе између странака, уз учешће јавног тужиоца, о избегавању поступка или његовом окончању.³⁸ Осим тога, овај институт се може сматрати једним видом *диверзије³⁹* кривичног поступка, који представља скретање са редовног тока поступка ка неком облику вансудског решавања спора. Другим речима, кривични поступак се не покреће, већ неку врсту санкције осумњиченом изриче орган кривичног гоњења још у преткривичном (предистражном) поступку. Одлагање гоњења има и елементе *медијације*, будући да је његов крајњи циљ помирење између осумњиченог и оштећеног. Постоји сличност и са неким кривичним санкцијама (новчана казна и рад у јавном интересу) и са мерама безбедности (обавезно лечење алкохоличара и наркомана, односно обавезно психијатријско лечење на слободи). Неке од законом предвиђених обавеза, које се могу изрећи осумњиченом, приликом примене овог института, имају сличности са санкцијама грађанскоправног карактера (накнада штете, исплата доспелих обавеза издржавања, извршење судске одлуке). Најзад, одлагање гоњења има елементе правног посла приватног права између државе, коју представља јавни тужилац, и осумњиченог.⁴⁰

У делу процесне теорије постоји неслагање са постојањем института одлагања гоњења. Осим уобичајених приговора, упућених одступањима од начела легалитета, чија је суштина у томе да је легалитет од круцијалног значаја за правну сигурност и једнакост грађана, те да би прешироко постављени изузеци широм отворили врата арбитрерности,

³⁵ Саша Кнежевић, Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, У: Приступ правосуђу- инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, тематски зборник радова, књига 4. ,стр. 371- 385.

³⁶ Милан Шкулић, *op.cit.*

³⁷ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op.cit.*, стр. 73.

³⁸ Давор Крапац, Основна права човека и грађанина и начела кривичног поступка, Зборник радова Правног факултета у Загребу, 5-6/1989, стр. 829.

³⁹ лат. *diversion*- одвраћање, скретање, промена правца.

⁴⁰ Милан Шкулић, *op. cit.*

самовољи и нарушавању принципа једнакости пред законом⁴¹ приликом покретања поступка и могућности да утицајни и богати избегну кривични прогон⁴², присутни су и приговори усмерени искључиво према одлагању гоњења. Према том схватању, давањем овлашћења органима кривичног гоњења, да могу својом одлуком изрицати неке врсте мера, које су по својим ефектима блиске кривичним санкцијама, и сагласно томе, да својим одлукама окончавају поступак против учинилаца кривичних дела, нарушава се принцип одвојености процесних функција⁴³ (монофункционалности⁴⁴). Сматра се да је применом условног одлагања гоњења нарушено оптужно начело⁴⁵ и начело утврђивања истине, јер суд у замену за извршење наложене обавезе осумњиченог не наставља трагање за истином, као и да је нарушена сама претпоставка невиности, због доношења „осуђујуће“ одлуке у фази предистражног поступка, кад кривична ствар још увек није расветљена са највишим степеном извесности. Према мишљењу дела процесне теорије, доведени су, такође, у питање принципи *bona fides*, праведног одмеравања казне, затим правило *in dubio pro reo*, као и начело једнаког третмана.⁴⁶

Бројни су, међутим, разлози који оправдавају примену одлагања гоњења. Они произилазе из идеја хуманизације и ресоцијализације кривичног права, које пледирају за замену репресивног приступа државе сузбијању криминалитета мерама генералне и специјалне превенције, нарочито за лакша кривична дела. У вези с тим је идеја решавања конфликта између учиниоца и државе, насталог извршењем кривичног дела, на једној страни, и учиниоца и оштећеног (жртве), на другој страни, мирним, вансудским путем, у ситуацији када се тиме не нарушава државни *ius puniendi*. Неки од разлога су практичне природе, растерећење судова од дуготрајних и скувих поступака за *тзв. багателни криминалитет*, затим повећање ефикасности поступка, рационализација кривичног правосуђа и реформа казнене политике савремене државе, у смислу декриминализације. Осим тога, условно одлагање гоњења се, компаративно посматрано, показао као веома ефикасан и користан

⁴¹ Реч је о принципу наведеном у Уставу Републике Србије ("Сл. гласник РС, бр. 83/06) у члану 21.

⁴² Ђорђе Лазин, Одлагање кривичног гоњења, у: Кривично законодавство Државне заједнице Србије и Црне Горе, Београд 2003., стр. 295- 314.

⁴³ Ђорђе Лазин, Одступања од принципа легалитета у новом Законику о кривичном поступку, ЈРКК бр. 2-3/2002, стр. 105- 126.

⁴⁴ Саша Кнежевић, *op. cit*

⁴⁵ Давор Крапац, *op. cit*.

⁴⁶ Владо Сиротић, Примјена начела сврховитости из чланка 175. Закона о казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр. 1/2006, стр. 20.

институт у пракси многих земаља, што оправдава његову примену у нашем кривичном поступку без бојазни њему слични институти представљају „нужно зло“,⁴⁷ које ће довести до „реприватизације кривичног поступка“.⁴⁸

Одлагање гоњења прописано је у члану 283. ЗКП Србије.⁴⁹ У члану 283. став 1. ЗКП прописано је да: „Јавни тужилац може одложити кривично гоњење за дела за која је законом предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година, ако осумњичени прихвати једну или више од следећих обавеза:

- 1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету
- 2) да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе
- 3) да обави одређени друштвенкорисни или хуманитарни рад
- 4) да испуни доспеле обавезе издржавања
- 5) да се подвргне одвикавању од алкохола или опјних дрога
- 6) да се подвргне психосоцијалном третману, ради отклањања узрока насилничког понашања
- 7) да испуни обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком

У односу на члан 236. претходно важећег ЗКП – а из 2001. године, број обавеза смањен је са осам на седам, док је једна од обавеза модификована. Шеста обавеза је прецизирана, тако да је сада јасно да је реч о психосоцијалној терапији, која се предузима с циљем отклањања узрока насилничког понашања. Оваква стилизација законодавца вероватно ће довести до чешће примене ове обавезе, која је у ранијем периоду ретко примењивана. Са друге стране, изостављена је мера, чија је суштина била у обавези да осумњучени положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс. Законодавац је сматрао да нема потребе посебно издвајати ову обавезу, иако је било целисходно предвидети је, с обзиром на могућност примене код неких кривичних дела против безбедности саобраћаја.

Ако осумњичени прихвати извршење наложене(их) мере(а), мора их извршити у року, одређеном од стране јавног тужиоца, који не може

⁴⁷ Мирјан Дамашка, Напомене о споразумима у казном поступку, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб 2004, бр. 1/2004, стр. 3- 20.

⁴⁸ Албин Есер, Функционалне промене процесних максима кривичног права: на путу к „реприватизирању“ кривичног поступка, Зборник правног факултета у Загребу, бр. 2/1992, стр. 167- 191.

⁴⁹ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013.

бити дужи од годину дана (члан 283. став 3. ЗКП). У поређењу са претходно важећим законом, сада је могућност индивидуализације сваке обавезе проширена. У сваком конкретном случају се одређује рок за испуњење обавезе, с тим што је законом лимитиран до годину дана. Имајући у виду да је смисао примене одлагања гоњења у скраћењу трајања поступка, приликом изрицања обавеза треба остављати минимални период, који не би требао да буде испод реално могућег. Нарочито је потребно ургентно поступити у случају надокнаде штете, односно испуњења доспелих обавеза издржавања. Насупрот томе, у случају примене терапије одвикавања од конзумирања алкохола или злоупотребе наркотика, питање је да ли ће и годину дана бити довољно за остварење сврхе. Слична сумња постоји за психосоцијалну терапију, с циљем отклањања насилничког понашања. Препрека утврђивању озбиљности поремећаја у понашању насилника, као и алкохоличара и наркомана, је немогућност одређивања вештачења у предистражном поступку. Стога приликом доношења одлуке о примени ових мера треба бити поступати са повећаном дозом опреза. Некада је корисније упустили се у поступак, у коме ће вештак одговарајуће струке сагледати комплетно стање личности окривљеног, него применити краткотрајни третман, након чега се осумњичени може вратити својим старим навикама и пороцима.

Неке од обавеза, наведене у члану 283. ЗКП –а, недовољно су прецизиране, што може негативно утицати на правну сигурност. Обавеза плаћања одређеног износа у хуманитарне сврхе нема одређен минимум, ни максимум, што би било од користи, с циљем уједначавања праксе. Потребно је предвидели листу установа, организација и корисника ових средстава, на државном, или локалном нивоу.⁵⁰ Ни временско трајање друштвенокорисног рада није одређено, осим што подлеже општем максимуму од годину дана, који је прописан за све обавезе. Приликом одређивања ове обавезе било би целисходно обратити пажњу на ниво образовања и стручну оспособљеност осумњиченог, те у том смислу извршити индивидуализацију. Из наведених разлога је потребно додатно прецизирање законског текста и разрада подзаконском регулативом.

Уколико осумњичени у остављеном року, у потпуности испуни обавезу, јавни тужилац ће донети решење о одбацивању кривичне пријаве, чиме се даље гоњење дефинитивно окончава (члан 283. став 4. ЗКП). Јавни тужилац ће о одбацивању кривичне пријаве обавестити оштећеног, који у тој ситуацији нема могућност изјављивања приговора непосредно вишем јавном тужиоцу, што је, иначе, овлашћење, које оштећени има у случају одбацивања кривичне пријаве, без претходне примене одложеног

⁵⁰ Снежана Бркић, *op. cit.*, стр. 78.

кривичног гоњења (члан 51. став 2. ЗКП). Имајући у виду да се за примену било које обавезе више не захтева претходна сагласност оштећеног, није тешко закључити да је процесна позиција овог субјекта погоршана. У случају примене одложеног кривичног гоњења, овлашћењу јавног тужиоца да применом дискреционе оцене одложи кривично гоњење и у случају испуњења обавезе, одустане од кривичног гоњења, није успостављена противтежа, нити је установљен коректив. Оштећени нема могућност војевања против одлуке јавног тужиоца, иако је одложено гоњење инструмент ресторативне правде, који у коначници има за циљ, реституцију. Њему на располагању остаје једино могућност остваривања имовинскоправног захтева у парници. Са друге стране, опортунитет јавног тужиоца лишен је било какве контроле суда, чиме се кривично гоњење за велики број кривичних дела у потпуности препушта органу управе. Ако, пак, осумњичени не изврши наложену обавезу, јавни тужилац ће донети наредбу о спровођење истраге, чиме ће отпочети кривични поступак.

Ревизијом раније важећег ЗКП из 2009. године, била је установљена могућност да јавни тужилац кривично гоњење привремено одложи и *на главном претресу*, најкасније до његовог завршетка, уз претходно добијену сагласност суда пред којим се води претрес.⁵¹ Уколико би окривљени⁵² испунио наложене обавезе у року, судија појединац би доносио пресуду којом се оптужба одбија, услед одустанка јавног тужиоца од даљег гоњења. Важећи ЗКП више не допушта могућност одлагања гоњења на главном претресу, што сматрамо оправданим, будући да се на тај начин не може постићи убрзање вођења поступка. Према раније важећем ЗКП-у постојала је *обавеза* за јавног тужиоца да за кривична дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до три године испита, да ли постоји могућност примене института условног одлагања кривичног гоњења, пре него ли приступи подношењу оптужног предлога или својим предлогом иницира спровођење појединих истражних радњи (члан 236. став 9. ЗКП). С циљем испитивања наведене могућности, јавни тужилац је био дужан да обави разговор са осумњиченим, оштећеним и другим лицима, и да прикупи друге податке, о чему је био у обавези да састави службену белешку. Оваква одредба више не постоји. Сматрамо оправданим њено изостављање из текста важећег закона, будући да је стилизација била примеренија подзаконској регулативи. Ипак, обавеза обављања разговора са осумњиченим, а нарочито са оштећеним, с обзиром на непостојање правног лека, било би

⁵¹ С обзиром да је реч о кривичним делима за која се води скраћени (сумарни) поступак, функционално је надлежан судија појединац.

⁵² У законском тексту стајало је “осумњичени“!

веома значајно. Овиме би се остварило настојање да између осумњиченог и оштећеног дође до својеврсне пацификације односа, чак и до помирења.

Ранији недостатак контроле праћења извршења наложених обавеза осумњиченом, законодавац је покушао да отклони предвиђањем да то буде овлашћење Повереника из управе за извршење кривичних санкција. Контрола извршења обавеза врши се у складу са прописом, који доноси министар правосуђа (члан 283. став 3. ЗКП). Успостављање контроле над извршењем је позитиван искорак, али сматрамо да није било потребе уносити једну овакву одредбу у законски текст. Остаје да се види у пракси, колико ће се предвиђена законска решења разрадити подзаконским актима, што је предуслов за примену оваквих процесноправних института.

Условљени опортунитет предвиђен је у хрватском ЗКП- у из 2008. године⁵³ у члану 206д. Јавни тужилац може привремено одустати од кривичног гоњења за кривична дела са запређеном казном затвора до пет година. Услов је да претходно добије сагласност оштећеног и осумњиченог. Круг могућих обавеза, које се могу наложити осумњиченом обухвата шест мера, с тим што се њихова формулација у највећем делу поклапа са мерама наведених под тачкама од 1. до 5. из српског ЗКП-а, док је мера под тачком 6. унеколико обogaћена мера подвргавања психосоцијалној терапији, с циљем отклањања насилничког понашања (члан 206д. став 1. тачка 6. ЗКП Хрватске). Ова се мера може извршити тако да осумњичени не напушта породичну заједницу, или са његовим пристанком, уз напуштање породичне заједнице. Окривљеном се оставља рок до годину дана за извршење изречене мере. Решење о условном одлагању кривичног гоњења доставља се окривљеном, оштећеном и подносиоцу кривичне пријаве. Овај институт може се применити и након започетог кривичног поступка (члан 206д. став 5. ЗКП Хрватске). Након дате изјаве јавног тужиоца о условном одустајању од кривичног гоњења доноси се решење о прекиду поступка, а у случају испуњења обавезе осумњиченог, долази до обуставе поступка. За разлику од решења из ЗКП Хрватске из 1997. године (који је важио до 2002. године), искључена је судска контрола поступања јавног тужиоца.

Закон о казенском поступку Словеније⁵⁴ одредбе о условном одлагању гоњења садржи у члану 162. За изрицање мера осумњиченом потребна је претходна сагласност оштећеног, а овај институт се примењује на кривична дела са прописаном затворском казном до три године. Међутим, према ставу 2. овог члана, може се применити и на

⁵³ „Народне Новине“ [152/08](#), [76/09](#), [80/11](#), [121/11](#), [91/12](#), [143/12](#), [56/13](#), [145/13](#).

⁵⁴ „Урадни лист Републике Словеније бр. 8/2006.

следећа, таксативно набројана кривична дела: омогућавање уживања дроге, тешка крађа, утаја, принуда, пословна превара, оштећење туђе имовине, проневера, издавање чека без покрића, злоупотреба банковне или чековне картице. То су кривична дела са забрањеном казном затвора до пет година. Словеначки законодавац се, дакле, служи мешовитом методом генералне клаузуле, са егземплифкативним набрајањем. Предвиђене мере одговарају мерама из члана 236. ЗКП Србије од тачке 1. до тачке 4. (уклањање или смањење штете, плаћање одређеног износа у хуманитарне сврхе, обављање општекорисног рада и плаћање обавезе издржавања). Максимални рок је шест месеци, осим код обавезе из тачке 4, који износи годину дана. Корисно је што је законодавац прецизирао да праћење извршења наложених мера прати Центар за социјални рад, уз садејство државног тужиоца. Пример добре законодавне технике је и одредба из става 6. члана 162. ЗКП Словеније, којом се предвиђа доношење посебних упутстава о одлагању кривичног гоњења, од стране генералног државног тужиоца.

Изгледа да је узак круг мера, предвиђених у раније важећем ЗКП-у Македоније био стимуланс да у новом ЗКП-у,⁵⁵ који је почео да се примењује од 2012. године, предвиди најдужи списак мера од свих држава бивше Југославије. Осим стандардних мера, предвиђене су мера враћања одузетих предмета, забрана контактирања са жртвом и трећим лицима, за период од највише шест месеци, када су испуњени услови за ослобођење, услед компензације штете настале извршењем кривичног дела, према одредбама КЗ. (члан 43. став 1. ЗКП Македоније из 2010. године). Максималан рок за извршење изречених мера је за неке од мера шест месеци, а за неке годину дана, а утврђује се у консултацији јавног тужиоца са специјалном установом за лечење болести зависности, или са центром за социјални рад. За примену предвиђених обавеза не тражи сагласност оштећеног.

Законик о кривичном поступку Црне Горе из 2009. године⁵⁶ проширио је обим примене одлагања кривичног гоњења на кривична дела са предвиђеном казном затвора до пет година. Црногорски законописац је прецизирао услове примене овог института. Јавни тужилац може одложити кривично гоњење кад процени да вођење кривичног поступка не би било целисходно, с обзиром на природу дела, околности под којима је извршено, те ранији живот осумњиченог (члан 272. ЗКП Црне Горе). Потребна је и сагласност осумњиченог за извршење неке од четири предвиђених мера (истих као у ЗКП Словеније, с тим што је у оквиру

⁵⁵ Службен весник на РМ, бр. 150.

⁵⁶ "Службени лист ЦГ", бр. 57/2009 и 49/2010.

извршења доспеле обавезе издржавања додато „односно друге обавезе утврђене судском одлуком“, што одговара мери из тачке 7. српског ЗКП). Предвиђено је достављање решења осумњиченом, оштећеном (ако га има) и хуманитарној организацији, у корист које је наложена исплата одређене суме. Слично словеначком, и црногорски ЗКП садржи одредбу, према којој ће се ближи услови примене овог модела прецизирати подзаконским актима Министарства правосуђа. Сходно томе, ресорно министарство донело је Правилник о одложеном кривичном гоњењу⁵⁷, којим се уређује ближи начин спровођења одлагања гоњења, начин испуњења наложених мера као и садржај решења којим се одлаже кривично гоњење.

Законик о кривичном поступку Косова⁵⁸ предвиђа примену диверзије у члану 230. Услови под којима јавни тужилац може привремено прекинути кривично гоњење одговарају онима из члана 272. ЗКП Црне Горе. Ужи је круг кривичних дела (до три године затворске казне), са изузетком кривичних дела насиље у породици и сексуално насиље (став 5. члана 226. ЗКП Косова). Овај институт се, уз сагласност оштећеног, може применити до окончања истраге. Круг обавеза обухвата отклањање или накнаду штете, уплату одређене своте у хуманитарне сврхе и друштвенкорисни рад, а рок за испуњење је шест месеци.

3.ОДБАЦИВАЊЕ КРИВИЧНЕ ПРИЈАВЕ ПРИМЕНОМ ОПОРТУНИТЕТА

Овај модалитет поступања органа кривичног гоњења у теорији се назива „безусловни одустанак од кривичног гоњења“,⁵⁹ односно „чист опортунитет, без елемената споразумевања“,⁶⁰ или „прави опортунитет“.⁶¹ Може се наићи и на схватање да је реч о безусловној обустави поступка из разлога целисходности, предвиђеном за тзв. неправне багателне деликте.⁶² Не може се прихватити став да је реч о безусловном одустанку од кривичног гоњења, будући да је у закону прописано неколико услова за

⁵⁷ „Службени лист ЦГ“, број 60/10.

⁵⁸ Законик бр. 04/Л-123.

⁵⁹ Давор Крапац, Казнено процесно право..., стр. 101.

⁶⁰ Берислав Павишић, Казнени поступак у Републици Хрватској- поглед на реформу из 1997. године с посебним освртом на престајни поступак и истрагу, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр. 2/2000. Исто: Горан Илић, Искуства и уочени проблеми у досадашњој примени начела опортунитета у Србији, у: Опортунитет кривичног гоњења, Београд 2009., стр. 90.

⁶¹ Милан Шкулић, *op.cit.*

⁶² Снежана Циглер, *op. cit.*, стр. 80. Под неправим багателним деликтима разумеју се повреде права које сеу оцени појединачног случаја покажу као багателне.

примену овог модалитета начела опортунитета. Стога смо се одлучили за назив одбацивање кривичне пријаве применом јавнотужилачког опортунитета.

Према одредби члана 284. став 3. ЗКП Србије, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву, уколико су кумулативно испуњени следећи услови. Потребно је да је реч о кривичном делу, за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године. Неопходно је да је осумњичени услед стварног кајања спречио наступање штете⁶³ или је исту већ надокнадио. Најзад, потребно је да јавни тужилац према околностима конкретног случаја оцени, да кривично гоњење не би било правично. Као што се да приметити, нагласак је на стварном кајању и репарацији осумњиченог. Да је реч о примени начела опортунитета, говори нам трећи наведени услов, према коме јавни тужилац по сопственој дискреционој оцени просуђује о правичности кривичног гоњења, разуме се, у јавном интересу. Потпуно исту формулацију срећемо у члану 273. ЗКП Црне Горе, под насловом „Одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности“.

Будући да је стварно кајање установа материјалног кривичног права, која представља један од факултативних основа за ослобађање од казне (члан 59. став 2. КЗ Србије), потребно је разграничити је од услова, који је прописан за примену члана 284. ЗКП. Разлика се, најпре, огледа у субјекту, који доноси одлуку о примени. О доношењу пресуде којом се окривљени ослобађа од казне, за коју је један од основа и стварно кајање, одлучује суд. Насупрот томе, доношење одлуке о одустанку од кривичног гоњења, препуштено је јавном тужиоцу. Разликују се, такође и законски услови у две поменуте ситуације. За ослобођење од казне, потребно је да је учинилац отклонио последицу дела или надокнадио штету проузроковану његовим извршењем, *пре него што је сазнао да је откривен*. Последње наведена околност није услов за одустајање од кривичног гоњења. Трећа разлика огледа се у обиму кривичних дела, обухваћених двома установама. Док се одлагање кривичног гоњења може

⁶³ У теорији, по питању критеријума спречавања наступања штете и стварног кајања, постоји једна дилема. Наиме, да ли законодавац погрешно сврстава и спречавање наступања штете у стварно кајање, будући да оно може постојати једино код свршеног кривичног дела, док спречавање наступања штете представља заправо добровољни одустанак од свршеног покушаја (Наташа Делић, Поравнање учиниоца и оштећеног као основ за ослобођење од казне, у: Казнено законодавство, прогресивне или регресивна решења, Београд 2005, стр. 296- 297.). Супротан је став да је законодавац ипак имао у виду довршено кривично дело, зато што говори о спречавању наступања *штете*, а не *последице* (Иван Ђокић, Начело опортунитета кривичног гоњења, у: Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, 3. део, Београд 2009., стр. 303- 316.).

применити на кривична дела за предвиђеном казном затвора до три године, ослобођење од казне је могуће применити и на тежа кривична дела са предвиђеном казном затвора до пет година. Сличност између предметних установа огледа се и у одсуству неопходности кажњавања,⁶⁴ и такође у томе што обе пледирају за поравнање учиниоца кривичног дела и оштећеног. Повољнији исход по учиниоца кривичног дела, свакако је предвиђен процесним правом, јер применом одустајања од кривичног гоњења уопште не долази до покретања и вођења кривичног поступка.

Као недостатак решења из члана 284. ЗКП Србије у теорији се наводи недостатак обавезе процене субјективних и објективних услова извршења кривичног дела, изузев стварног кајања. Присталице тог становишта критеријум правичности сматрају недовољно прецизним.⁶⁵ Кључни разлог што се овај модалитет опортунитета само спорадично примењује у пракси ипак је постојање дела малог значаја, као основ који искључује постојање кривичног дела. Стога је потребно разграничити ова два института. Кривични законик Србије⁶⁶ је напустио раније прихваћени материјални појам кривичног дела (са елементом друштвене опасности) и усвојио формални појам кривичног дела.⁶⁷ Истовремено, као један од основа искључења постојања кривичног дела предвидео је дело малог значаја.⁶⁸ Према одредби члана 18. КЗ Србије, није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја посебног бића кривичног дела, представља дело малог значаја. Да би дело било малог значаја, потребно је да су кумулативно испуњени следећи услови: прво, низак степен кривичне учиниоца дела; друго, одсуство или незнатан обим штетне последице; и треће, да према општој сврси кривичних санкција изрицање исте није неопходно. Институт дела малог значаја може се применити на кривична дела са запређеном новчаном казном или казном затвора до пет година. Но, и поред преласка са материјалног на формални појам кривичног дела, наш законодавац и даље кривично гоњење заснива на начелу легалитета. Осим тога, за дело малог значаја предвиђени су уобичајени услови за

⁶⁴ Иван Ђокић, *op. cit.*

⁶⁵ Ђорђе Лазин, *The Principle of Opportunity of Criminal Prosecution and the International Legal Standards*, у: Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, 2. Део, Београд 2008, стр. 48-60.

⁶⁶ "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

⁶⁷ Према члану 14. став 1. КЗ: „Кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено“.

⁶⁸ Још у римском праву била је позната максима „*Minima non curat praetor*“ (судија се не брине о малим стварима). Смисао ове установе је био да искључи примену кривичне санкције у случају када су испуњена сва обележја кривичног дела, али је реч о безначајном кривичном делу.

примену начела опортунитета. Таква ситуација проузрокује следеће правне последице. С обзиром да је дело малог значаја један од основа који искључује постојање кривичног дела, уколико јавни тужилац процени да су испуњени услови из члана 18. става 2. КЗ Србије, донеће решење о одбацивању кривичне пријаве, јер у конкретном случају кривичног дела нема. Међутим, у члановима 283. и 284. ЗКП Србије предвиђена је могућност поступања по начелу опортунитета. Стога се оправдано поставља питање како да се у пракси разграничи прекорачење криминалне зоне,⁶⁹ те консеквентно томе примени дело малог значаја ако није прекорачена, односно одлучити да кривично гоњење није у јавном интересу, иако јесте прекорачена. У првом случају реч је о материјалном критеријуму, а одлука јавног тужиоца зависи од испуњености законом прописаних услова за постојање кривичног дела. У другом случају примењује се процесни критеријум, а процена јавног тужиоца је ширег обима, јер процењује испуњеност стварних и правних услова, али и целисходност гоњења у јавном интересу. Стога, примена института дела малог значаја не представља манифестацију начела опортунитета. Иста ситуација са прихваћеним формалним појмом кривичног дела и са делом малог значаја је у Кривичном закону Македоније (члан 8. КЗ Македоније⁷⁰), Кривичном законнику Црне Горе (члан 9. КЗ Црне Горе⁷¹), и Казненом закону Хрватске (члан 28. КЗ Хрватске⁷²). Кривични закон Босне и Херцеговине⁷³ у члану 23а. такође предвиђа институт дела малог значаја (безначајног дјела), но Законик о кривичном поступку не предвиђа поступање по начелу опортунитета, у поступку према пунолетним лицима. Нови Казенски законик Словеније⁷⁴ не предвиђа дело малог значаја, за разлику од пређашњег. Утисак је да је постојање дела малог значаја у систему са прихваћеним формалним појмом кривичног дела и са предвиђањем начела опортунитета у сфери багателног криминалитета прилично компликовано решење, које збуњује и отежава практичну примену.

⁶⁹ Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 17.

⁷⁰ "Службен весник на РМ", бр. 37/96.

⁷¹ "Службени лист ЦГ", бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006, бр. 40/2008.

⁷² "Народне новине" бр. 110/97. Казнени закон Хрватске не даје дефиницију кривичног дела. За постојање дела малог значаја (безначајног дјела) предвиђа следеће услове: да је дело очито безначајно с обзиром на начин извршења, кривицу учиниоца и наступелу последицу.

⁷³ Службени гласник Босне и Херцеговине" бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10)

⁷⁴ Урадни лист бр. 55/2008.

Одбацивање кривичне пријаве применом јавнотужилачког опортунитета предвиђено је и у члану 206ц. ЗКП Хрватске. Реч је о могућности да јавни тужилац одбаци кривичну пријаву, или одустане од кривичног гоњења, за кривична дела са прописаном казном затвора до пет година, у следеће четири ситуације: Најпре, ако је у конкретном случају, у случају вођења кривичног поступка, вероватно доношење пресуде којом се окривљени ослобађа од казне. Друга ситуација односи се на новоизвршено кривично дело, у току извршења казне или мере безбедности против учиниоца, које је према објективним и субјективним критеријума багателно у односу на раније почињено, па би изрицање кривичне санкције било несврсисходно. Наредна ситуација у којој се може применити прави опортунитет је случај, ако је окривљени изручен страном држави или међународном кривичном суду за друго кривично дело. Најзад, јавни тужилац може одустати од кривичног гоњења и у ситуацији, ако је осумњичени пријављен за више извршених кривичних дела, али је опортуно да се осуди само за једно од њих, због багателног карактера осталих кривичних дела. Наведеном одредбом замењена је одредба из члана 175. став 4. раније важећег ЗКП- а Хрватске, према којој је јавни тужилац могао да одустане од гоњења за кривична дела са предвиђеном новчаном или казном затвора до 3 године, ако је дело извршено са нижим степеном кривице, а размере штетних последица не налажу предузимање кривичног гоњења. Наведена одредба је била на мети критике теорије услед коришћења каучук појмова, што се одражавало на избегавање њене примене.⁷⁵ Но, она је, у пракси послужила за заобилажење (тада важеће) тражења сагласности суда за условно одлагање кривичног гоњења.⁷⁶ Из тог разлога сматрамо да је решење из новог ЗКП- а Хрватске боље, пре свега зато што су условни и безусловни опортунитет одвојени у два посебна члана, што смањује могућност и оправданост могућности њиховог мешања. Осим тога, сада важећа одредба из члана 521. значајно је јаснија, јер се законописац користио методом енумерације приликом предвиђања могућих случајева примене безусловног опортунитета. У погледу процесног положаја оштећеног, регулатива у Хрватској је боља од српског закона, будући да је на одлуку о одустанку од кривичног гоњења оштећени може изјавити притужбу непосредно вишем јавном тужиоцу (члан 206ц. ста 2. ЗКП Хрватске).

Својеврсну комбинацију решења из српског и хрватског ЗКП- а садржи ЗКП Словеније. Према слову члана 163. ЗКП Словеније, јавни тужилац може применити „прави“ опортунитет у два случаја. Прва

⁷⁵ Више о томе: Владо Сиротић, *op. cit.*

⁷⁶ *Ibid.*

могућност односи се на ситуацију када је Кривичним закоником предвиђена могућност ослобођења од казне, те из тог разлога јавни тужилац сматра да вођење кривичног поступка није неопходно. Други случај је процена јавног тужиоца да кажњавање у конкретном случају не би било оправдано, услед спречавања наступања последице кривичног дела од стране осумњиченог, услед његовог стварног кајања, или услед чињенице да се приступило поступку поравнања. Ова могућност примењује се на кривична дела са запређеном новчаном казном или казном затвора до једне године. Очигледно је наведена одредба из члана 163. ЗКП Словеније послужила као узор македонском законодавцу, будући да је безусловни опортунитет нормиран готово идентичном формулацијом (члан 146. ЗКП Македоније). Разлика се огледа у већем обиму кривичних дела, за примену одустанка од кривичног гоњења у случају стварног кајања, обухваћена су кривична дела са предвиђеном казном затвора до три године. У ЗКП Косова прописане су две могућности одустанка од кривичног гоњења. Једна ситуација је ако постоје метеријалноправне околности, у којима може доћи до одустајања од кажњавања, а јавни тужилац процени да кривично гоњење није неопходно (члан 231. став 1. ЗКП Косова). У дугој ситуацији јавни тужилац може да одлучи да не започне кривично гоњење, или да од њега одустане, ако окривљени услед искреног кајања спречи наступање штете или отклони последице извршења кривичног дела. Потребно је да јавни тужилац на основу околности случаја процени да изрицање кривичне санкције не би било оправдано, као и да је реч о кривичном делу са запређеном казном затвора до годину дана (члан 231. став 2. ЗКП Косова).

Закључак

Начело легалитета и опортунитета представљају стубове савременог кривичног поступка. То су начела која се међусобно допуњају и кохабитирају, свако са својом улогом и обимом важења у кривичном поступку. Њима се остварују различити криминалополитички циљеви, али њиховим истовременим постојањем остварује се неопходна равнотежа између циљева репресије и превенције (генералне и специјалне), између ефикасности и заштите основних права и слобода, између интереса окривљеног и оштећеног у кривичном поступку.

Досадашња примена неких од модалитета начела опортунитета је минорна (неке од мера условног одлагања кривичног гоњења, а нарочито одбацивање кривичне пријаве применом јавнотужилачког опортунитета), што доказује да посао није завршен са доношењем нових прописа. Много теже је обезбедити примену истих, како законске одредбе не би остале мртво слово на папиру. Насупрот томе, одлагање кривичног гоњења, у

целини, у јавнотужилачкој пракси, сваке године бележи раст. Стога се може поставити да ли је кривично гоњење у сфери тзв. багателног криминалитета у потпуности прешло у руке јавног тужиоца. Намеће се закључак да у кривичном поступку држава бивше Југославије начело опортунитета јача, али начело легалитета не одумири, већ се модификује у складу са измењеним околностима. Оно остаје веома важна брана једнакости и правичности и стуб борбе против криминалитета, а нарочито његових најтежих облика. Кохабитацијом начела легалитета и опортунитета осигурава се неопходан баланс кривичнопроцесног система.

Ivan Ilic, LL.D
Assistant

THE APPLICATION OF THE OPPORTUNITY PROSECUTION PRINCIPLE IN THE FORMER YUGOSLAVIA

Summary

The author of the paper deals with the application of some form of the opportunity principle. First the concept of the legality and opportunity principles has been explained, as well as the similarities and differences between them, and the need of their co-existence and complementarity in the application. The author decided to analyze two forms of the opportunity principle, delay of the prosecution and dismissal of the charge by using opportunity. This paper presents a comparison of the existing procedural codes of Serbia, Macedonia, Montenegro, Croatia, Slovenia and Kosovo, while the procedural regulations of Bosnia and Herzegovina omitted, since it does not provide for these two forms of opportunity prosecution, in the proceedings against adults. This paper critically analyzes the legal provisions, in particular, of the Serbian CPC. The comparison with the previous code has been performed and concluded that the positive normative legal basis is good foundation to upgrade the principle of opportunity by secondary legislation.

Иван Милић

Асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

КРИЈУМЧАРЕЊЕ ДРЖАВЉАНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У ДРЖАВИ СВОГ ДРЖАВЉАНСТВА

Апстракт:

Суштина писања овог рада јесте да укаже на проблематику кријумчарења држављана Републике Србије у својој држави. Наиме, према међународним документима држављанин Републике Србије не може бити кријумчарено лице у Републици Србији, с обзиром да може слободно да се креће и настањује у својој држави. Са друге стране, према нашем законском решењу којим се проширује криминална зона у односу на међународне документе, радикално се прописује другачије решење. Даље, најновијим изменама и допунама Кривичног законика прописује се и једно ново кривично дело, које је по свом начину извршења слично (или боље речено идентично) кријумчарењу људи, те је у појединим случајевима тешко и разликовати ова два кривична дела. С тим у вези, кривично дело омогућавање злоупотребе остваривања права азила у страној држави биће предмет овог рада. У раду ће бити речи и о подзаконском акту којим се ограничава слобода напуштања Републике Србије. На крају, видећемо да ли се прописивањем ових кривичних дела и донетим подзаконским актима крше Уставом загарантована права држављана Републике Србије.

Кључне речи: *кријумчарење, држављанство, кривично дело, пребивалиште.*

Увод

Када се говори о кријумчарењу, као облику противправне делатности, пре свега се мисли на робу која се преноси преко царинске линије уз избегавање мера царинске контроле. Данас, у условима све већих миграција становништва, као облик противправне делатности, веома је заступљена делатност појединих криминалних група и појединаца који кријумчаре мигранте преко државне границе. Кријумчарење људи преко државне границе огледа се у радњи којом се избегавају мере контроле државних органа приликом преласка границе. Код кријумчарења људи, као и код трговине људима, постоје државе из

којих се лица кријумчаре, државе дестинације и транзитне државе,¹ с тим да понекад земље транзита могу и да изостану. Радња кријумчарења људи огледа се у томе да се преко државне границе пребацују појединци или групе људи који немају право да законито пређу државну границу.² Кријумчарење људи може да се врши тако да се лице које се кријумчари пребацује преко државне границе на граничном прелазу или ван граничног прелаза.³ Разлика између кривичног дела кријумчарења људи и трговине људима је у закону јасно постављена али је у пракси некада тешко направити разлику.⁴ Често се и само кријумчарено лице након откривања представља као жртва трговине људима, а разлог је тај што у том случају стиче одређена права⁵ и зато што не може да одговара за незаконит прелаз државне границе. Међутим, суштина писања овог рада тиче се проблематике кривичног дела „недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи“, којим се санкционише и кријумчарење држављана Републике Србије у држави свог држављанства. С тим у вези, предмет овог рада биће међународни документ који систематски регулише питања кријумчарења миграната, који обавезује и нашу државу. На крају, у раду ће бити укратко указано и подзаконски акт којим се „ограничава“ држављанину Републике Србије да напусти своју државу.

¹ Види код: Diet A. C.: Not Our Problem: Russia's Resistance to Joining The Convention on Action Against Trafficking in Human Beings, Suffolk Transnational Law Review, No. 1, 2008, p. 165.

² У теорији постоји мишљење да кријумчарење миграната нужно захтева прелажење државне границе, Види: Мијалковић, С., Супротстављање трговини људима и кријумчарењу миграната, Београд, 2009. стр. 51.

³ Да ли ће се мигранти пребацити преко државне границе на један или други начин зависи од много услова. Мишљења смо да се не могу наћи неки универзални услови који би одређивали сам начин извршења. Услови се крећу од природних нпр. државна граница се на појединим местима, дуж граничне линије, лакше или теже контролише, што у случају тежег контролисања од стране државних органа пружа могућност кријумчарима да лакше пређу државну границу ван граничног прелаза. Када у кријумчарењу учествују и службена лица, која су задужена за контролу државне границе, онда се мигранти кријумчаре преко граничног прелаза. Могли бисмо навести још неке услове, као што су степен организованости кријумчара, број лица која се кријумчаре, годишњег доба, временских услова, итд.

⁴ Постоји мишљење „да се због могуће злоупотребе и присиљавања на проституцију, било каква активност која се односи на кријумчарење људи, нарочито жена и деце, првенствено мора подводити под трговином људима“. Данилов, В., Трговија со луге–криминален бизнис со робовладентелски лик (случај Македонија), ИОМ, Скопје. Преузето од Мијалковић, С., Појмовно разгарничење трговине људима и других сличних појава и термилошких концепата, Безбедност, 1/05, стр. 58.

⁵ Види: Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, Службени гласник РС, бр. 19/2009.

1. Међународна и домаћа регулатива у области кријумчарења људи

Последњих неколико година све је више како појединаца и криминалних група које кријумчаре мигранте, тако и миграната који напуштају своју државу у потрази за бољим условима живота, најчешће из сиромашних земаља у такозване земље благостања. Чињеница да се кријумчарење миграната врши преко државне границе и да једна држава сама не може сузбити ова кривична дела, само је један од аргумената да је више него потребна међународна сарадња. Међународни документ који систематски регулише питање кријумчарења миграната јесте Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом, који представља допуну Конвенције Уједињених Нација против транснационалног организованог криминала,⁶ (у даљем тексту Протокол), коју је и наша држава ратификовала 2001. године. Протокол на један свеобухватан, али не и довољно прецизан начин обавезује државе потписнице на предузимање одговарајућих законских мера, којима се регулишу питања кријумчарења миграната. Обавезе држава се крећу од предузимања мера у циљу инкриминације кријумчарења миграната, преко поступања са мигрантима, па све до њиховог повратка у државу чије држављанство имају или државу у којој имају стални боравак.

Обавезе које се односе на прописивање кривичних дела предвиђене су чланом 6. Протокола. Наведеним чланом свака држава потписница је дужна да пропише као кривично дело одређене радње, које се учине на међународном нивоу,⁷ које су повезане са илегалним миграцијама, али само под условом ако се такве радње врше у циљу стицања финансијске или друге материјалне користи на посредан или непосредан начин. Радње које су државе дужне да пропишу као кривично дело су, пре свега, радње којима се непосредно кријумчари мигрант, затим, производња лажног путничког и идентификационог документа, као и набавка, обезбеђење и поседовање таквог документа, омогућавање лицу које није држављанин или лице са сталним боравком да остане у држави без испуњења потребних услова за законит останак у тој држави ако се то чини нелегалним средствима. У зависности од основног концепта правних система, државе потписнице Протокола, треба да санкционишу и покушај

⁶ Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 6/2001.

⁷ У теорији постоји и мишљење да законодавац има обавезу да инкриминише дела која су прописана Протоколом и када су она извршена од стране једне особе као и када нема елемента транснационалности. Види: Раичевић, Н., Конвенција против транснационалног организованог криминала и њени протоколи, Трговина људима, Правна заштита у међународним и националним оквирима, Ниш, 2011. год. стр. 45.

горе наведених радњи, као и учешће саучесника у кривичним делима. Државе потписнице су дужне да, у складу са својим правним системом, утврде као отежавајуће околности уколико се кријумчарење миграната врши на начин којим се угрожава или је вероватно да се угрожава живот или безбедност миграната, односно уколико постоје околности које повлаче нехумани или дерогирајући третман, укључујући и експлоатацију таквих миграната.⁸ Наша држава као потписница Протокола извршила је преузете обавезе⁹, што је резултирало инкриминисањем дела „недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи“,¹⁰ чланом 350. Кривичног законика Републике Србије.¹¹

1.1. Држављанин Републике Србије као кријумчарено лице према Протоколу

Иако сам Протокол не одређује ко је мигрант, ипак на основу дефиниције шта се сматра под „кријумчарењем миграната“,¹² можемо доћи до закључка и ко се не може сматрати кријумчареним лицем. Најпре, кријумчарени мигрант не може бити домаћи држављанин, а са домаћим

⁸ Експлоатација је радња која постоји код кривичног дела трговине људима, па смо мишљења да се не може експлоатација узети као отежавајућа околност код кријумчарења миграната, посебно не по нашим важећим прописима. Код мигранта увек мора постојати добровољност током кријумчарења, уколико не постоји добровољност миграната онда не постоји ни кријумчарење миграната, већ трговина људима. О квалификацији дела у случају експлоатације и лишавања слободе миграната током путовања види код: Крунић, Р., Илегалне миграције (кријумчарење људи и трговина људима), Безбедност, 2/05. стр. 251-265.

⁹ По ранијим прописима постојало је кривично дело „недозвољен прелаз државне границе“, а другим ставом је прописивао да „ко се бави недозвољеним пребацивањем других лица преко границе СРЈ или ко из користољубља омогућава другом недозвољени прелаз границе, казниће се затвором од шест месеци до пет година“ види: члан 249. Основног кривичног закона, Сл. лист СФРЈ", бр. 44/76, 36/77 - испр., 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 - испр. и 54/90 и "Сл. лист СФРЈ", бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 41/93, 50/93, 24/94, 61/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 39/2003).

¹⁰ Када се и само терминолошки посматра наш законодавац проширује криминалну зону, наиме Протокол говори о кријумчарењу **миграната**, а Кривични законик о кријумчарењу **људи**.

¹¹ Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – исп., 107/2005 – исп., 72/2009, 111/2009 и 121/2012.

¹² Кријумчарење миграната, за потребе Протокола, значи обезбеђивање нелегалног уласка у државу потписницу лица које није њен држављанин или лица са сталним боравком, а у циљу стицања, на посредан или непосредан начин, финансијске или друге материјалне користи. члан 3. Протокола.

држављанином изједначен је и странац коме је у тој држави одобрен стални боравак. Другим речима, према Протоколу држављани Републике Србије и страни држављани који у Републици Србији имају стални боравак не могу бити „предмет“¹³ кријумчарења миграната. Мишљења смо да је ово добро и једино логично решење. Наиме, како једно лице може да буде мигрант у својој држави или држави где има одобрен стални боравак, када слободно може да се креће и настањује у својој држави? С тим у вези, сматрамо да држављанин Републике Србије може бити „предмет“ кријумчарења миграната само када се налази у другим државама, под условом да је такво понашање кажњиво.

1.2. Држављанин Републике Србије као кријумчарено лице према домаћим прописима

Кривични законик Републике Србије прописивао је да кривично дело кријумчарења људи постоји само у случају ако се не кријумчаре држављани СЦГ.¹⁴ Међутим, корак даље у проширењу криминалне зоне, а корак ближе кршењу Устава Републике Србије, наш законодавац је отишао 2009. године, доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика.¹⁵ Наведеним изменама и допунама прописано је да и држављанин Републике Србије може да се кријумчари у својој држави. Наш законодавац је то урадио на врло једноставан начин, само је наведеним изменама и допунама из 2. става члана 350. Кривичног законика избрисао речи „лицу које није држављанин СЦГ“.

Ако логички посматрамо не можемо прихватити чињеницу да се може кријумчарити домаћи држављанин, али када језички тумачимо законску одредбу кривичног дела кријумчарења људи, онда недвосмислено закључујемо да је то могуће.¹⁶ До таквог закључка

¹³ Протокол користи термин „предмет“, који је стран науци националног кривичног права. О томе како енглески језик утиче на међународно кривично право види код: Ристивојевић, Б., Енглески језик као надмоћни језик у међународном кривичном праву, *Crimen*, Београд, број 1/2012. стр. 53-72.

¹⁴ Види: Решење Округног суда у Суботици Кж. 104/2007 од 21.3.2007. године. Извор: *Paragraf Lex*, на дан 10.04.2014. год.

¹⁵ Види: члан 155. Закона о изменама и допунама Кривичног Законика, текст закона доступан на: <http://www.parlament.gov.rs/народна-скупштина.115.html>, на дан: 06.03.2014. год.

¹⁶ У науци постоји и мишљење да ово кривично дело, према нашем законском решењу, постоји само када се кријумчари лице које није држављанин Републике Србије, види: Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика, Београд, 2011. год. стр. 1025.

долазимо и ако „историјски“ тумачимо законску одредбу, јер према Кривичном закону из 2005. године ово кривично дело, као што смо већ напоменули, могло се извршити само ако се кријумчаре лица која нису држављани Републике Србије.¹⁷ Чим је законодавац изменама и допунама Кривичног законика једноставно избрисао „лице које није држављанин СЦГ“ то недвосмислено упућује на исправност нашег закључка. Даље, према Протоколу могу се кријумчарити страни држављани, ако им се обезбеђује нелегални улазак, док према нашем Кривичном закону могу да се кријумчаре држављани Србије и то како приликом уласка, тако и приликом изласка из Србије, чак и ако им се омогућава недозвољени боравак или транзит кроз Србију.

Радња извршења основног, квалификованих облика, као и извршење дела од стране организоване криминалне групе, може да се изврши на исти начин као и када се кријумчаре страни држављани.¹⁸ Зато на овом месту нећемо говорити о радњи извршења кријумчарења држављана Републике Србије, већ ћемо само указати на наш став да је законодавац приликом инкриминисања овог дела „заборавио“ на Устав Републике Србије.

Држављанин Републике Србије може слободно да напусти нашу државу,¹⁹ и да се у њу врати, с тим што напуштање може бити ограничено законом, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка, заштите јавног реда и мира, спречавања ширења заразних болести и одбране Републике Србије.²⁰ Што се тиче повратка држављана Републике Србије, ту не постоје никаква ограничења, не може се држављанину Републике Србије забранити повратак у Србију.²¹ Зато са разлогом можемо поставити питање зашто би држављанин Републике Србије илегално прелазео државну границу, када то може учинити на законом дозвољен начин уз одговарајућу путну исправу или личну карту?²²

¹⁷ Више о тумачењу види код: Ристивојевић, Б., Тумачење у српској науци кривичног права, Нови Сад, 2010.

¹⁸ Више о овом кривичном делу види код: Стојановић, З., Коментар Кривичног законика, Београд, 2009. стр. 744-746.

¹⁹ Постоје посебна правила око преласка државне границе за држављане Републике Србије који имају пребивалиште на територији Аутономне Покрајине Косово и Метохија.

²⁰ Види: члан 39. Устава Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006. Види и код: Марковић, Р., Уставно право и политичке институције, Београд, 2008. год. стр. 467-468.

²¹ Види: члан 39. Устава Републике Србије; и члан 4. Закона о путним исправама, Службени гласник РС, бр. 90/2007, 116/2008.

²² Ипак је могуће да држављанин Републике Србије одлучи да илегално пређе државну границу, само уколико жели да избегне граничну контролу, а све у циљу

Устав Републике Србије гарантује слободу кретања, што значи да сваки држављанин Републике Србије може да се слободно креће по целој територији Републике Србије. Ако постоји овако зајамчена слобода кретања онда није могуће да се кријумчари држављанин Републике Србије у својој држави, на начин што му друго лице омогућава транзит кроз Србију. Како и зашто би неко пристао да буде кријумчарен, када има право да се слободно креће на територији своје државе? Са друге стране, можда је интенција законодавца била та да ако се и претпостави да ће држављанин Србије прећи илегално границу, да се исти спречи да то учини на домаћој територији. Међутим, сматрамо да се тако повређује право држављанина Републике Србије на слободу кретања, а са друге стране није ни криминалнополитички оправдано.

Да би смо још доказали да је потпуно апсурдно да држављанин Републике Србије може да се кријумчари у смислу да му се омогући недозвољен боравак само ћемо се задржати на Уставу Србије који гарантује слободу настањивања.²³ Ако је сваки држављанин Републике Србије слободан да се настањује у Републици Србији, онда не може да се кријумчари у смислу да се истом обезбеђује недозвољен боравак на територији Републике Србије.²⁴

избегавања неке казнене одговорности. Али се и тада поставља питање квалификације таквог преласка, односно да ли постоји прекршај или можда неко друго кривично дело.

²³ Члан 39. Устава Републике Србије.

²⁴ Интересантно је да и то да Кривични законик Републике Црне Горе, не прописује да не може да се кријумчари држављанин Републике Црне Горе, с тим што је за постојање кривичног дела потребно да се учинилац **бави** недозвољеним пребацивањем других лица преко грнице Црне Горе или да из **користољубља** омогућава другом недозвољен прелаз границе или недозвољен боравак или транзит. Види члан 405. став 2. 3. и 4. Кривичног Законика Црне Горе, текст Законика преузет са:

<http://www.pravda.gov.me/biblioteka/zakoni?query=krivi%u010Dni%20zakonik&sortDirection=desc>, на дан 17. 04.2014. год. Казнени закон Републике Хрватске прописује кривично дело „протузаконито улажење, кретање и боравак у Републици Хрватској“, које чини онај „тко једној или више особа које **нису држављани Републике Хрватске из користољубља** омогући или помогне недозвољено ући, кретати се или боравити у Републици Хрватској. Види: члан 326. Казненог Закона Републике Хрватске, текст Закона преузет са: http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011_11_125_2498.html, на дан 17.04.2014. год.

2. Могући разлози нашег законског решења

Након све већег броја држављана Републике Србије у државама Европске уније који су се представљали као азиланти и, слободно можемо рећи, претњама да ће се укинути безвизни режим, промењено је и наведено кривично дело у смислу да се може кријумчарити и држављанин Републике Србије. Можда је додатни разлог и тај што су у последње време појединци, као и службена лица омогућавала држављанима Србије, са пребивалиштем у Аутономној Покрајини Косово и Метохија, пре свега албанске националности, пријаву пребивалишта у Србији. На основу таквог пријављеног пребивалишта полицијске управе су им издавале пасоше,²⁵ са којима су могли да путују у земље „Шенгенског споразума“

Да је ово „могући“ разлог оваквог инкриминисања потврђује и Закон о изменама о допунама Кривичног законика Републике Србије из 2012. године којим се прописује ново кривично дело „омогућавање злоупотребе остваривање права азила у страни држави“,²⁶ као и подзаконски акти којима се ограничава слобода напуштања и право настањивања у Републици Србији.

3. Кривично дело омогућавање злоупотребе остваривања права азила у страни држави

Држављани Републике Србије могу легално или илегално прелазити државну границу Републике Србије и тражити боље, углавном економске, услове живота у другим државама. У последње време, а нарочито након укидања виза, као неопходног услова за улазак, пре свега, у земље „Шенгенског споразума“ за држављане Републике Србије, није занемарљив број наших држављана, а нарочито оних са пребивалиштем у Аутономној Покрајини Косово и Метохија, који су покушали или су успели да остваре право азила у другим државама. Мигранти представљају највећи проблем за оне државе у коју мигрирају, а најмањи за ону из које емигрирају. С тим у вези, најбоље је за државу транзита или крајњег одредишта да спрече мигранта да уђе на њену територију, јер чим пређе на територију те државе стиче одређена права, а те држава

²⁵ Држављани Републике Србије са пребивалиштем на територији Аутономне Покрајине Косово и Метохија могу добити пасош који издаје Координациона управа МУП-а Републике Србије, али за њих не важе иста услови за прелаз државне границе. Види: Уредбу о поступку утврђивања испуњености услова за издавање пасоша за лица са подручја Аутономне Покрајине Косово и Метохија, Службени гласник РС, бр. 76/2009.

²⁶ Види: члан 350 а. Кривичног законика Републике Србије.

обавезе. Илегалне миграције можемо спречити било на начин што се државна граница обезбеђује тако да се у највећој мери спречи илегални прелазак, као и санкционисањем таквог преласка. Да би се спречило да држављани Републике Србије под изговором угрожености њихових људских права и слобода, у иностраној држави тражи и остварује право азила, најновијим изменама и допунама Кривичног законика инкриминисано је и такво понашање.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године прописује једно ново кривично дело, које не носи назив кријумчарење, али се по начину извршења дела скоро изједначава са кријумчарењем људи. Чланом 350 а. Кривичног законика Републике Србије прописано је кривично дело “омогућавање злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави“. Кривично дело има основни облик, док се тежи облик може извршити на два начина. За ово кривично дело прописана је и мера безбедности одузимање предмета, тако да се предмети, превозна и друга средства намењена или употребљена за извршење овог кривичног дела обавезно одузимају. Овим кривичним делом се само још више штите друге државе од држављана Републике Србије, односно од могућности да држављанин Србије оствари нека права у иностранству. Видећемо из даљег излагања да ни законодавцу није јасно када је држављанин Републике Србије мигрант, а када лажни азилант. На крају, кривично дело је сврстано у групу кривичних дела против јавног реда и мира, а нисмо сигурни да је јавни ред и мир заштитни објект овог кривичног дела.

Основни облик чини оно лице које у намери да себи или другом прибави какву корист, врши или организује транспорт, пребацивање, прихват, смештај, скривање или на други начин омогућава да држављанин Србије, лажним приказивањем угрожености његових људских права и слобода, у иностраној држави затражи азил. За овај облик прописана је казна од три месеца до три године затвора. Радња основног облика овог кривичног дела може да се изврши на више алтернативно постављених начина, која се састоје у: 1. вршењу; или 2. организовању неке од следеће наведених радњи: А) транспорта; Б) пребацивања; В) прихвата; Г) смештаја; Д) скривања; или, Ђ) на други начин омогућавања држављану Србије да лажним приказивањем угрожености људских права и слобода у иностраној држави затражи азил. На страни извршиоца кривичног дела мора постојати намера која се огледа у томе да за себе или друго лице прибави какву корист. Закон код овог кривичног дела, као и код кријумчарења људи, прописује да се побуда огледа у намери да се прибави каква корист, која може бити како имовинска тако и неимовинска. Без улажења у даљу расправу око ове проблематике, а да истовремено докажемо да није било места да се инкриминише ово дело, само ћемо поставити питање, како према држављанину Републике Србије може да се предузимају радње

транспорта, пребацивања, прихвата, смештаја, скривања, или друге радње у Републици Србији у смислу овог кривичног дела, када сваки њен држављанин има право на слободу кретања и настањивања? Ово кривично дело постојаће само ако се претходно наведене радње врше према држављанину Србије,²⁷ односно ово кривично дело неће постојати уколико се наведене радње предузимају према странцу, док је посебно питање одговорност лица према којем се предузимају ове радње.

Кривично дело омогућавање злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави има и своје теже облике,²⁸ код којих постоји већа друштвена опасност и за које су прописане строже санкције. Тежи облик постоји уколико се нека радња из основног облика врши од стране групе²⁹ или злоупотребом овлашћења и прописана је казна од шест месеци до пет година затвора. Није баш најјасније зашто је законодавац као тежи облик прописао уколико се дело врши злоупотребом овлашћења, а не злоупотребом службеног положаја. На овај начин извршилац може бити и лице које нема службени положај, што опет доводи до проширења криминалне зоне. Организатор се строже кажњава, и за њега је прописана казна од једне до осам година затвора.

4. Подзаконски акт којим се ограничава слобода прелаза државне границе држављанима Републике Србије

На почетку рада рекли смо да држављани Републике Србије могу слободно напустити Републику Србију, осим када је то неопходно ради вођења кривичног поступка, заштите јавног реда и мира, спречавање ширења заразне болести или одбране Републике Србије, с тим што се таква забрана може прописати само законом.³⁰ Супротно таквој уставној одредби Влада Републике Србије донела је 2011. године „Уредбу о ближем уређивању начина вршења полицијских овлашћења полицијских службеника граничне полиције и дужностима лица која прелазе државну границу“,³¹ која на један потпуно неуобичајан и нејасан начин предвиђа овлашћења граничне полиције приликом преласка државне границе

²⁷ Ко се сматра држављанином Републике Србије, Види: Закон о држављанству, Службени гласник РС, бр. 135/20004. и 90/2007.

²⁸ Члан 350 а. став 2. Кривичног законика Републике Србије.

²⁹ Група је најмање три лица повезаних ради трајног или привременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру, члан 112. став 22. Кривичног законика Републике Србије.

³⁰ Члан 39. Устава Републике Србије.

³¹ Службени гласник РС, бр. 39/2011.

држављана Републике Србије.³² Иако је циљ ове Уредбе садржан у првом ставу,³³ сматрамо да сама Уредба није у складу са Уставом Србије с једне стране, а није ни легитимна,³⁴ са друге стране. На основу ове Уредбе полицијски службеник може од држављанина Републике Србије, приликом преласка државне границе, осим путне исправе или друге исправе прописане за прелазак државне границе, тражити и:

А) Друга одговарајућа документа којима се доказује сврха путовања у државе чланице Европске уније³⁵ (потврда о резервацији хотела, потврда или ваучер од туристичке агенције или организатора путовања акредитованих од стране држава чланица Европске уније, позивно односно гарантно писмо, путно осигурање, званичан документ издат од стране надлежног органа државе чланице Европске уније, повратна карта и сл.).

Б) Доказ о поседовању довољно средстава за издржавање за време боравка у државама чланица Европске уније (новац, платне картице, чекове и сл.) у складу са сврхом путовања;

В) Друге доказе, позиве и потврде у погледу сврхе путовања, предвиђене законодавством Европске уније и њених држава чланица.

Сама Уредба има за циљ, исто као и кривично дело омогућавање злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави, да спречи држављане Републике Србије да остварују одређена права, а пре свега право азила, у другим државама. Овом Уредбом даје се дискреционо овлашћење полицијским службеницима граничне полиције да наведена

³² Влада Републике Србије је донела још једну уредбу којом се поштравају услови за добијање пасоша, као и којом се ограничава право настањивања држављанима Републике Србије са пребивалиштем на подручју Аутономне Покрајине Косово и Метохија, види: Уредбу о поступку утврђивања испуњености услова за издавање пасоша за лица са подручја Аутономне Покрајине Косово и Метохија. Посебно је „интересантан“ законски основ за доношење ове Уредбе, а то је члан 30. Закона о путним исправама, који чини се и није „основ“ за доношење Уредбе, види: члан 30. Закона о путним исправама.

³³ Уредба је донета: Ради заштите интереса Републике Србије и њених грађана, односно спречавања злоупотребе безвизног режима Европске уније према Републици Србији, члан 1. наведене Уредбе. Такође, и код ове Уредбе „интересантан“ је законски основ за њено доношење. С тим у вези, види: члан 6. став 1. тачка 4. и 6. и члан 26. Закона о заштити државне границе, Службени гласник РС, бр. 97/08.

³⁴ Правило је да се странцима постављају посебни услови приликом уласка на територију Републике Србије, а не држављанима Републике Србије приликом изласка из своје државе. О разлозима за одбијање уласка страних држављана у Републику Србију види: Уредбу о ближим условима за одбијање уласка странаца у Републику Србију, Службени гласник РС, бр. 75/10.

³⁵ С тим што све исто важи и за остале државе, види члан 2. наведене Уредбе.

документа тражи од држављана Републике Србије. Другим речима, да ли ће тражити додатна документа, која врсту документа, од којег држављанина Републике Србије, зависи од дискреционог овлашћена полицијског службеника граничне полиције. Даље, иако из самог назива Уредбе произлази да постоје дужности лица која прелазе државну границу, у даљем тексту се не прописују никакве дужности, нити санкције за оног ко нема додатна документа или не жели да их покаже, па нам није јасно да ли су држављани Србије дужни да поседују и покажу наведена документа и које су консеквенце уколико исто не учине. На крају, поставља се и једно суштинско питање, да ли се држављанину Републике Србије може забранити да пређе државну границу Србије уколико не поседује наведена документа? Сматрамо да се мора дозволити прелаз државне границе, јер се не могу подзаконским актима прописивати додатни услови за прелаз државне границе.

Закључак

Као што смо у раду показали на међународном нивоу донети су документни којим се поспешује сарадња у области кријумчарења миграната. Протоколом се и наша држава обавезала да инкриминише дела која су повезана са кријумчарењем људи. Међутим, наш законодавац је знатно проширио криминалну зону, за разлику од обавеза из Протокола, тако да може да се кријумчари и држављанин Републике Србије, а кривично дело може да се изврши и ако код извршиоца кривичног дела постоји намера да прибави и неимовинска корист. Даље, кријумчарење може да се изврши било да обезбеђује недозвољени улазак или излазак из Републике Србије, као и на начин што се обезбеђује боравак или транзит кроз Србију. Корак ближе кршењу Устава наш законодавац је отишао када је инкриминисао кривично дело омогућавање злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави. Наиме, тим кривичним делом инкриминишу се радње којима се омогућава да држављанин Републике Србије приказивањем угрожености својих људских права и слобода, у иностраној држави затражи азил. Овим кривичним делом се још више штите друге државе од могућности да држављанин Србије затражи азил у другим државама. Није нам сасвим јасно зашто је законодавац инкриминисао ово дело кад истовремено прописује да може да се кријумчари и држављанин Републике Србије, па је тешко одредити када постоји кријумчарење људи, а када омогућавање злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави.

Још један корак у циљу спречавања да држављанин Републике Србије остварује, између осталих, и право азила учињен је Уредбом Владе Републике Србије о ближе уређивању начина вршења полицијских овлашћења полицијских службеника граничне полиције и дужностима лица која прелазе државну границу, која предвиђа да припадници граничне полиције могу од

држављана Републике Србије затражити и додана документа приликом изласка из Србије. На крају, Уредбом о поступку утврђивања испуњености услова за издавање пасоша за лица са подручја Аутономне Покрајине Косово и Метохија, којом се ограничавају Уставом Републике Србије загарантована права као и претходном Уредбом, отежавају се услови за добијање пасоша и право настањивања, а све у циљу спречавања да држављанин Србије остварује нека права у иностранству. Наши прописи су више усмерени ка томе да се спречава да држављанин Републике Србије остварује право азила у страниј држави, него да се спречи улазак страних миграната, њихово кажњавање и повратак. На крају, чини се приликом прописивања кривичних дела и доношења подзаконских аката заборавило на Устав Републике Србије.

Ivan Milic, LL.M
Assistant

PEOPLE SMUGGLING OF SERBIAN CITIZENS WITHIN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The reason for writing this paper is to indicate the problem of people smuggling of Serbian citizens within the Republic of Serbia. According to international documents, a Serbian citizen can not be a subject of human smuggling within the Republic of Serbia, because of the fact that he can freely move and take up residence within his own country. On the other hand, according to domestic legislation, which widens the criminal zone in comparison to international documents, prescribes a radically different approach. Furthermore, recent changes to the Criminal Code prescribe a new crime, which is similar (or, more appropriately, identical) to people smuggling, making it difficult to distinguish between the two in certain cases. Accordingly, the crime of enabling abuse of the right of asylum in a foreign country will be the subject of this paper as well. The paper will also cover the secondary legislation which limits the freedom of leaving the Republic of Serbia. Finally, we shall consider whether the new crimes that were prescribed and the secondary legislation represent an infringement of the constitutional rights which are guaranteed to the citizens of the Republic of Serbia.

Мирјана Ђукић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска
Митровица**

РЕЗИДУАЛНИ МЕХАНИЗАМ И НАЦИОНАЛНИ СТАНДАРДИ У ПРОЦЕСУИРАЊУ РАТНИХ ЗЛОЧИНА

Апстракт

Рад се бави међународном и регионалном сарадњом на пољу процесуирања ратних злочина почињених на подручју бивше Југославије. Међу бројним међународним судским институцијама, аутор анализира структуру, надлежност и поступак Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију и Механизма за међународне кривичне судове, као релативно нове институције, која једним делом представља наставак рада МКСЈ-а.

Посебна пажња је посвећена регионалној правосудној сарадњи у поступцима за ратне злочине између Србије, Хрватске, Босне и Херцеговине и Црне Горе, као кључу успеха у борби против некажњивости ратних злочина.

Кључне речи: *ратни злочини, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Механизам за међународне кривичне судове, регионална сарадња међу земљама бивше Југославије.*

І УВОД

Почетак трећег миленијума карактерише вртоглав успон међународног кривичног права. Мобилност људи и добара уз постепено укидање граница међу неким државама, нарочито унутар Европе, глобализација људских делатности, један су од фактора који поспешује вршење кривичних дела са међународним обележјима. Усавршавање готово свих врста прекограничног криминалитета и интернационализација криминалне делатности, условљавају потребу за све већом међународном сарадњом држава, као и њихових надлежних органа у сузбијању криминалитета.

Деценијама уназад, све је више присутна примена насиља у међународним односима у доба оружаних сукоба. Други светски рат је својим катастрофалним последицама био вишеструка поука по човечанство. Још важније, искуства у њему стечена практично су упозорила човечанство на могућу катаклизму, уколико се озбиљно не

супротстави рату. Овакво стање иницирало је потребу да се успостави такав систем међународне безбедности који би ограничио или смањио дејство примене насиља, као и потребу утврђивања кривичне одговорности и изрицања кривичних санкција за случајеве кршења међународног кривичног права.

На страдања и губитке живота у ратовима одговорено је развитком и применом правила међународног хуманитарног права. Ову грану права чине правни прописи садржани у актима међународне заједнице, а циљ им је да обезбеде ефикасну и квалитетну заштиту од непотребних разарања, као и да пруже заштиту жртвама оружаних сукоба. Поједностављено, превасходни циљ међународног хуманитарног права јесте да се хуманизује рат, као крајње нехумано средство политике.

Кршењем правила међународног хуманитарног права, остварују се обележја бића међународних кривичних дела против човечности и међународног права, на који начин оно пружа основу за инкриминације кажњивих понашања. Након прихватања одговарајућих међународних правних аката, национална законодавства за овакве облике кривичних дела предвиђају кривичне санкције, на који се начин норме хуманитарног права инкорпоришу и постају саставни део националног законодавства.

Пракса кажњавања за најтеже повреде међународно правних норми постојала је у мањем или већем обиму током читаве историје. Доста је писаних трагова који говоре о томе да су појединци одговарали за своја недела, конкретно за најтеже злочине у смислу међународног права. Што се више ближимо нашем времену, таква је пракса развијенија.

Карактеристично је да је у дужем временском периоду санкцију изрицао домаћи орган (владар, римски Сенат и др.), било да се ради о домаћем или страном држављанину. Међународних судова није било. Као први међународни кривични суд који је судио за оно што се данас назива злочином против човечности, забележен је *ad hoc* кривични суд, састављен од 28 судија из разних градова-државица Алзаса, Немачке и Швајцарске. Године 1474. осудио је на смрт једног племића (гувернера окупираног града Брајзаха) за злочине против цивилног становништва (убиства, силовања, конфискација приватне имовине од грађана), која су по његовом наређењу извршила лица под његовом командом. Оптужени Peter von Hagenbach се на овом процесу бранио да за извршене злочине не сноси личну одговорност, обзиром да је следио наређења претпостављеног.¹

¹ Schwarzenberger Georg, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, London, 1968, pp. 462-466. Племић Peter fon Hagenbah (Peter von Hagenbach) проглашен је кривим за наведена злодела. Лишен је племства и осуђен на смрт. Није му помогло то што се позивао да су наведени акти извршени по наређењу његовог господара Šarla

О зачецима међународног кривичног права се може говорити још у античком Риму, на неке његове елементе наилази се и у средњовековном праву. Међутим, у излагању које предстоји ће бити речи само о новијем развоју међународног кривичног права, при чему се фокус ставља на ратне злочине, како са материјалног, тако и са процесног аспекта.

II МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВОСУЂЕ

1. Поједине институције међународног кривичног права у послератном периоду

Генерално, ратни злочини представљају тешке повреде међународног хуманитарног права почињене у време међународних или немеђународних оружаних сукоба. Кроз историју посматрано, ратни злочини су настали раније од већине међународних кривичних дела. Регулисани су бројним међународним уговорима, конвенцијама, пактовима и протоколима. Међу њима, свакако најважније место заузимају Женевске конвенције из 1949. године и два допунска протокола из 1977.године. Као конвенције којима је утврђен читав низ правила и поступака зарађених страна према цивилном становништву, рањеницима, болесницима, бродоломницима, санитетском, верском особљу, оне чине темељ међународног хуманитарног права (међународно хуманитарно право се назива и „женевско право“). Реч је о:

- 1) Конвенцији о поступању са ратним заробљеницима,
- 2) Конвенцији за побољшање судбине рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору,
- 3) Конвенцији о заштити грађанских лица за време рата и
- 4) Конвенцији за побољшање судбине рањеника и болесника оружаних снага у рату.²

Крајем Другог светског рата цивилизација је била ужаснута неописивим злочинима нациста. Правнички свет је био затечен.

Burgunskog. Тиме је одбачена одбрана на основу наређења претпостављеног. Закључак судског већа био је да је оптужени поступао супротно божијим и људским законима.

² Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011, стр.55. Додатни протокол I Женевских конвенција предвиђа заштиту особама погођеним оружаним сукобом међународног карактера, у смислу да забрањује употребу наоружања које проузрокује прекомерне повреде или непотребне патње и прописује одговорност надређених. Додатни протокол II предвиђа заштиту свим особама погођеним оружаним сукобом који је немеђународног карактера, у смислу да предвиђа основно право на судски поступак и забрану регрутовања војника испод 15 година старости.

Испоставило се да нема ни међународног суда који би могао поступати у тим стварима, нити правила и утврђених санкција за учиниоце ратних злочина.

Суђење нацистичким злочинцима организовано је од стране Сила победница у Намачкој (Нирнберг) и Јапану (Токио). Ради правног утемељења суђења донети су правни акти на основу којих је оно организовано и спроведено:³

- 1) Московска декларација о одговорности за почињена зверства од 1943. године,
- 2) Лондонски споразум о судском гођењу и кажњавању главних ратних злочинаца Европске осовине од 1945. године и
- 3) Статут Међународног војног суда од 1945. године.

Прокламујући принцип индивидуалне кривичне одговорности, без обзира на државни и политички ранг учинилаца кривичних дела, ови прописи су високо оцењени у међународној јавности, научној и стручној литератури. Генерална скупштина Уједињених нација потврдила је начела међународног права призната статутом Нирнбершког суда, тако да су иста уграђена и у Римски статут сталног Међународног кривичног суда и постала саставни део међународног кривичног права.⁴

Догађаји на Балкану и у Руанди на самом крају двадесетог века условили су оснивање још два *ad hoc* међународна кривична суда. Поред њих, основан је читав низ интернационализованих (хибридних или мешовитих) кривичних судова (Источни Тимор, Косово и Метохија, Камбоџа и Сијера Леоне), као и стални Међународни кривични суд (отпочео са радом 2003. године са седиштем у Хагу). Иако ће даље излагање бити посвећено МКСЈ-у и Резидуалном Механизму као институцији која наслеђује његове функције, споменућемо укратко да је оснивањем сталног Међународног кривичног суда отворена нова страница у историји људске цивилизације. Наиме, статут сталног Међународног кривичног суда (познатији као Римски статут) је углавном настојао да усклади европско континентално и англосаксонско кривично право и да при том оствари синтезу начела кривичног права из разних правних система.⁵Из тог разлога доминантно је мишљење да овај статут у

³ Д. Јовашевић, нав. дело, стр.60.

⁴ Б. Кривокапић, Развој међународног кривичног судства, Страни правни живот 1-2, 2007, стр. 39-60.

⁵ Д. Јовашевић, нав. дело, стр. 75. Стални међународни кривични суд је комплементаран националном правосуђу. Он представља проширење националне кривичне јурисдикције, јер је пре свега на државама да гоне учиниоце међународних злочина, а ако оне то не учине, поступак покреће Међународни кривични суд.

поређењу са статутима претходних кривичних судова, представља значајан корак напред.

2. МКСЈ и његов „остатак“

Ратна збивања на просторима бивше СФРЈ условила су оснивање *ad hoc* трибунала искључиво за суђење лицима која су починила најтеже и најозбиљније повреде међународног хуманитарног права на подручју ове земље. Међународни кривични суд за бившу Југославију (у даљем тексту МКСЈ) основан је Резолуцијом Савета безбедности ОУН-а број 827 од 25.маја 1993.године.⁶ Резолуцијом истог органа постављена је „завршна стратегија“ која предвиђа да до краја 2004.године све истраге буду окончане пред овим судом, првостепени поступци до краја 2008.године, не би ли до краја 2010.године били окончани и сви кривични поступци по правним лековима.⁷

О оснивању и функционисању МКСЈ доста се писало у различитим контекстима, позитивним и негативним. Такав је тренд задржан и до данас, када се спрема његово коначно гашење. Оспоравања која се највећим делом односе на функционисање МКСЈ, нису представљала препреку значајнијим актерима међународних односа да се укључе у његов рад и подрже га. Иако је из вишегодишње праксе МКСЈ произишао велики број политички мотивисаних и неоправданих одлука, начелно је схватање да масовна кршења међународног хуманитарног права не могу бити унутрашња ствар државе. Наиме, тамо где државе које су у питању нису довољно јаке да саме казне починиоце злочина, превагу има међународна заједница која у том светлу мора да реагује и на себе преузме такав задатак.

Обзиром да је Резидуални Механизам већ наследио функције МКСЈ, и да је при том у једном периоду дошло до њиховог преклапања, потребно је укратко се осврнути на састав и надлежност Хашког трибунала, пред којим се у скорије време очекује окончање појединих поступака, а тиме и престанак рада. МКСЈ се састоји из суда, тужилаштва и секретаријата. Суд функционише у судским већима која поступају у првом степену и апелационом већу које пресуђује на основу жалби. Максимално је 16 сталних и 12 *ad litem* судија. *Ad litem* имају улогу

⁶ И. Јосиповић, Ново хрватско имплементацијско казнено право: процесно правни и организациони аспекти, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 2/2003, стр. 843-876.

⁷ Д. Јовашевић, нав. дело, стр. 66. Још се у току сукоба преговарало о стварању трибунала, између осталог и због веровања да ће послужити као средство да се починиоци одврате од вршења злочина.

резервних судија, у случају да неки од сталних судија мора да напусти веће у поступку.⁸

Према Статуту МКСЈ за судију може бити изабрано лице високих моралних особина уз непристрасност и поседовање квалификација које се траже у њиховим државама за највиша судска звања. Редовне судије се бирају тако што на позив Генералног секретара УН-а, државе номинују своје кандидате. Међу пристиглим номинацијама Савет безбедности бира судије на период од четири године. *Ad litem* судије се бирају на сличан начин, али о њиховом избору не одлучује коначно Савет безбедности, већ само утврђује ширу листу кандидата, међу којима одлуку о коначном избору доноси Генерална скупштина, на период од четири године, уз могућност поновног избора.⁹

У складу са традицијом заједничких судско-тужилачких институција, тужилац је одређен Статутом као орган који је независан и одвојен од рада суда. Поставља га Савет безбедности на период од четири године. Обзиром да је одговоран за истрагу почињених злочина и оптужење починиоца кривичних дела из надлежности трибунала, тужилац може бити лице које између осталог поседује искуства у вођењу истрага и оптужби у предметима ратних злочина.¹⁰

Секретаријат се стара о административним аспектима суда, укључујући заштиту сведока и оштећених у кривичном поступку, притвор, питања одбране, судске управе и односа са јавношћу. Чине га секретар кога поставља Генерални секретар ОУН-а на период од четири године и остало особље.¹¹

У надлежности МКСЈ-а је више група злочина: 1) тешке повреде Женевских конвенција из 1949.г.; 2) кршење обичаја ратовања; 3) геноцид; 4) злочин против човечности. МКСЈ је надлежан за наведене злочине почињене током међународних¹² и унутрашњих оружаних сукоба.¹³

Трибунал има персоналну јурисдикцију над починиоцима злочина, у смислу да је превасходни циљ њиховог процесуирања утврђивање индивидуалне кривичне одговорности. Чињеница да су

⁸ Статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију, члан 11. и 12. (1993.г.)

⁹ *Ibid.*, члан 13. и 14.

¹⁰ *Ibid.*, члан 16.

¹¹ *Ibid.*, члан 17.

¹² *Ibid.*, члан 2. (прописује надлежност за тешке повреде Женевских конвенција)

¹³ *Ibid.*, члан 3. (прописује надлежност за кршења одређених закона или обичаја рата и према тумачењу у предмету Тадић примењује се у унутрашњим оружаним сукобима); Душко Тадић, предмет број IT-94-I-A, Одлука по интерлокуторној жалби одбране на надлежност суда, 2.10.1995. pp. 79-80.

поједине особе обављале функције вишег ранга не ослобађа их кривичне одговорности.

Установљење Трибунала Резолуцијом Савета безбедности имплицира да његове одлуке, захтеви, наредбе за лишење слободе и слично, директно и правно обавезују сваку државу чланицу УН-а. У том контексту, не постоје захтеви за додатном ратификацијом и приступањем. Налог Трибунала за лишавање слободе или захтев за сарадњу, аутоматски обавезују државу којој су упућени, а у случају неиспуњења, дотична држава се може суочити са санкцијама Савета безбедности. МКСЈ има примат над надлежношћу националних судова. Изузетно им може препустити случајеве за које сматра да могу бити правично процесуирани (реч је о националним судовима држава из којих потичу извршиоци злочина, или држава у којима су они почињени).¹⁴

У досадашњој пракси, тужилаштво МКСЈ је у предметима ратних злочина подигло оптужнице против 161 особе, судско веће прогласило кривим 64, а ослободило кривице 13 особа.¹⁵ МКСЈ је у 2003. години усвојио Стратегију окончања рада са циљем да се осигура благовремено окончање мандата и координација будућих суђења са правосудним системима у бившој Југославији. Све истраге МКСЈ-а су окончане крајем 2004. године. У његовој је надлежности да оконча све првостепене и жалбене поступке до 1. јула 2013. године. Након овог датума, недовршени поступци се воде пред Резидуалним Механизмом.

Механизам за међународне кривичне судове (UNITED NATIONS MECHANISM FOR INTERNATIONAL TRIBUNALS-MICT) основан је Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација бр.1966, 22. децембра 2010. године. Реч је о новој, малој, привременој и ефикасној институцији, која за задатак има да настави надлежност, права, обавезе и кључне функције МКСЈ и МКСР и тако очува њихово наслеђе.¹⁶ ММКС (MICT) има два огранка: један, који обухвата функције проистекле из МКСР-а (Међународног кривичног суда за Руанду), смештен у Аруши (Танзанија), отпочео са радом 1. јула 2012. године; други, који је преузео функције проистекле из МКСЈ-а, смештен у Хагу, отпочео са радом 1. јула 2013. године. Иако је ММКС основан за МКСЈ и МКСР, овај рад се односи на МКСЈ, првенствено на одредбе које су од највећег значаја за особе

¹⁴ Резолуција Већа Сигурности 1503, U. N.DOC.S-RES-1503(28.8.2003.), и Резолуција Већа Сигурности 1534, U. N.DOC.S-RES-827(26.3.2004.).

¹⁵ Преузето са: www.unmict.org/about_bcs.html.

¹⁶ Преузето са: www.unmict.org/about_bcs.html: „Оснивањем Механизма за међународне кривичне судове, Савет безбедности је помогао да се затварањем прва два ад хос међународна суда, не отвори пут владавини некажњивости, када су ратни злочини у питању“.

инволвиране у предмете ратних злочина пред регионалним судовима. У првом периоду рада Механизма дошло је до временског преклапања са МКСЈ (јун и јул месец 2013.године). ММКС обавља више кључних функција које је раније обављао МКСЈ: *ad hoc* функције (лоцирање и кривично гоњење преосталих оптужених који су у бекству; жалбени поступци; поновљена суђења; суђења у предметима за непоштовање суда и лажно сведочење; поступци преиспитивања правноснажних пресуда) и трајне функције (заштита жртава и сведока; надгледање издржавања казни; помоћ националним судовима; чување и вођење архиве МКСЈ).¹⁷

Лоцирање и кривично гоњење преосталих оптужених који су у бекству је функција која је у међувремену постала беспредметна, обзиром да нема више ниједног оптуженог у бекству.

У погледу жалбених поступака, МКСЈ огранак Механизма ће спровести и окончати све жалбене поступке за које је најавио жалбе на првостепену пресуду поднесена након датума почетка његовог рада. Огранак МКСЈ ће спровести евентуалне жалбене поступке у предметима Радована Карацића, Ратка Младића и Горана Хаџића.¹⁸

Правила МКСЈ омогућују подношење захтева за преиспитивање пресуде ако се открије нова чињеница која релевантној страни није била позната за време вођења процеса. Поновљена суђења оптужених пред МКСЈ, која наложи Жалбено веће шест месеци пре почетка рада огранка ММКС за МКСЈ, водиће се пред Механизмом.¹⁹

У предметима који се тичу непоштовања суда и лажног сведочења почињеног у поступцима пред ММКС, ММКС је надлежан да води истраге, првостепене и другостепене поступке.²⁰

Осим преиспитивања сопствених пресуда, огранак МКСЈ Механизма је надлежан да спроводи поступке преиспитивања пресуда МКСЈ, уколико је захтев за преиспитивање поднет на дан почетка његовог рада, или након тог датума.²¹

У погледу заштите жртава и сведока у предметима ратних злочина, Механизам придаје огроман значај томе да се одржи континуитет мера у вези са њиховом заштитом и безбедношћу. Оба огранка Механизма имају независне Службе за подршку и заштиту сведока (СПЗС), које функционишу кроз своје теренске канцеларије, од којих се једна за МКСЈ огранак налази у Босни и Херцеговини. Канцеларија смештена у Сарајеву

¹⁷ Статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију, чланови 1-8.

¹⁸ Статут Међународног Резидуалног Механизма за међународне кривичне судове, Додатак 2, члан 2., S/RES/1966/2010.

¹⁹ *Ibid.*, члан 24.

²⁰ *Ibid.*, члан 4.

²¹ *Ibid.*, члан 3.

од кључне је важности за рад седишта Службе, зато што жртвама и сведоцима ратних злочина почињених на тлу бивше Југославије, пружа једноставан и широк приступ МКСЈ огранку Механизма у Хагу, где им се уједно пружа заштита и подршка.²²

Особе осуђене пред МКСЈ не издржавају казне у притворским јединицама овога суда, јер он није казнена установа, већ у једној од држава које су склопиле споразум о спровођењу казни. Почевши од 1.јула 2013.године за предмете пред МКСЈ, ММКС је надлежан да одређује државе у којима ће се казне издржавати.²³ У досадашњој пракси Механизма, Милан Лукић, бивши вођа паравојне групе босанских Срба у Вишеграду, друго је лице по реду осуђено пред МКСЈ, које је ММКС пребацио на издржавање казне у трећу државу (Естонију).²⁴

Свакако најзначајније функције Механизма за успешно и ефикасно процесуирање ратних злочина пред судовима на просторима бивше СФРЈ, јесу чување архиве МКСЈ и пружање помоћи националним судовима. У архиви МКСЈ-а смештеној у огранку Механизма у Хагу, документоване су истраге, оптужнице, судски поступци, као и однос Трибунала са државама, другим правним субјектима, међународним и невладиним организацијама и јавношћу. Националним судовима пред којима се воде релевантни поступци, огранак Механизма МКСЈ пружа помоћ у виду пребацивања списа, одговарања на захтеве за доставу доказа, као и на захтеве за испитивање особа у притвору.²⁵

Механизам наставља материјалну, временску, територијалну и персоналну надлежност МКСЈ-а. Његово успостављање је од изузетног значаја за особе осуђене од стране МКСЈ, јер ће након његовог затварања имати институцију којој ће моћи да се обрате, поготову када су у питању жалбени поступци. ММКС надлежан је да кривично гони:

- 1) Особе против којих је МКСЈ подигао оптужницу, а које спадају у највише руководиоце, за које постоји висок степен вероватноће да су починиле тешка кршења правила међународног хуманитарног права;²⁶

²² Ibid., члан 20.

²³ Ibid., члан 26.

²⁴ Преузето са: www.unmict.org/news/2014/140211_PR20_bcs.html. Претресно веће МКСЈ-а осудило је Милана Лукића на доживотну казну затвора 20.јула 2009.године, а Жалбено веће је 4.децембра 2012. године потврдило ову казну. Осуђен је за злочине против човечности, кршења закона или обичаја ратовања, почињене у Вишеграду током сукоба 1992.и 1993.године. Пребачен је од стране ММКС-а 10.фебруара 2014.године у Естонију на издржавање казне.

²⁵ Статут Међународног Резидуалног Механизма са међународне кривичне судове, члан 28.

²⁶ Ibid., члан 1.став 2.

- 2) Особе против којих је МКСЈ подигао оптужницу, које нису високо рангиране, уз услов да је Механизам претходно исцрпио сва могућа средства за прослеђивање предмета националним јурисдикцијама;²⁷
- 3) Особе које свесно и хотимично ометају спровођење правде у Механизму, при чему је надлежан и да утврђује њихову кривицу за непоштовање суда;²⁸
- 4) Сведоке који свесно и хотимично дају лажан исказ пред Механизмом.²⁹

За тешка кршења правила међународног хуманитарног права почињена на просторима бивше Југославије, Механизам није надлежан да подиже нове оптужнице, већ након стадијума оптужења само наставља поступак који је започет пред МКСЈ.

Напредак у раду Механизма размотриће Савет безбедности 2016.године, након чега његов мандат може бити ревидиран на сваке две године.

ММКС ће имати значајну улогу након затварања Трибунала 2014.године у бројним правним активностима, како на међународном, тако и на националном нивоу земаља пред чијим се судовима воде релевантни поступци.

III НАЦИОНАЛНИ СТАНДАРДИ У ПРОЦЕСУИРАЊУ РАТНИХ ЗЛОЧИНА

1. Регионална сарадња као кључ успеха у борби против некажњивости ратних злочина

У етничким сукобима на просторима бивше Југославије, који су трајали скоро једну деценију, изгубљено је око 140.000 живота, а расељено скоро четири милиона људи.³⁰ У постокнфликтном периоду најнужније је било оспособити, а потом достићи пун ниво сарадње националних са међународним правним институцијама, не би ли се интезивирала суђења за ратне злочине.

Србија је једна од неколико земаља у свету у којој се последњих година континуирано воде поступци за ратне злочине. Злочини против човечности, геноцид, ратни злочини против цивилног становништва,

²⁷ Ibid., члан 1.став 3.

²⁸ Ibid., члан 1.став 4.

²⁹ Ibid., члан 1.став 5.

³⁰ Преузето са: [//ictj.org/publication/transitional-justice-former-yugoslavia](http://ictj.org/publication/transitional-justice-former-yugoslavia).

ратних заробљеника, рањеника и болесника, кривична су дела која се колоквијално често збирно називају ратни злочини, при том заузимајући највећи део Главе XXII Кривичног законика Републике Србије.

Оно што пре свега диференцира суђења за ратне злочине у односу на друге врсте кривичних поступака, јесте међународноправни карактер ових дела, као и посебна организација и надлежност тужилаштва и судских одељења која у овим предметима поступају. У том контексту, постоје посебне процесне одредбе које предвиђају правила вођења поступка за ратне злочине, али не у ЗКП-у (као што се оправдано очекује, обзиром да се ради о посебној врсти кривичних поступака), већ у посебном Закону о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине. Период који је претходио политичким променама у Србији, карактерише занемарљив број суђења за ратне злочине. Усвајањем Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине 2003. године, основано је Тужилаштво за ратне злочине и Веће за ратне злочине Округног суда у Београду, што је резултирало тиме да се број поступака против починилаца ових кривичних дела знатно повећа.³¹ Наиме, Тужилаштво за ратне злочине са седиштем у Београду, као посебно и од остатка јавнотужилачке власти функционално независно тужилаштво, Веће за ратне злочине при Вишем суду у Београду, Служба за откривање ратних злочина при Министарству унутрашњих послова, посебна притворска јединица у Округном затвору у Београду, као и посебна служба при Вишем суду у Београду за административно-техничке послове, те заштиту сведока и оштећених, тела су која ефикасно функционишу на плану борбе против некажњивости ратних злочина. На то се, као кључан фактор за успешно процесуирање ратних злочина, надовезује регионална сарадња са правосудним системима земаља бивше Југославије.

Регионална правосудна сарадња у поступцима за ратне злочине није одувек постојала у садашњем обиму. Чињеница да се окривљени, сведоци и други докази налазе у различитим земљама бивше Југославије, те да као такви нису доступни (или је до њих отежано доћи) надлежним органима, условила је, не би ли се омогућило уступање предмета између различитих националних тужилаца, потребу закључивања регионалних споразума. Сврха споразума јесте да се поједностави процедура размене доказног материјала и других информација, као и да помогне реализацију екстрадиционих поступака.

³¹ Преузето са : http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/pocetna_cir.htm. Укупан број: 383 процесуираних лица; 143 оптужених лица; 2598 жртава.

Први корак у сарадњи представља закључивање Меморандума о сагласности у остваривању и унапређењу сарадње у борби против свих облика тешког криминала (укључујући и ратне злочине) 5.фебруара 2005.године између тадашњег Републичког јавног тужиоца и Тужиоца за ратне злочине Србије и са друге стране, Главног одвјетника Републике Хрватске.³² Споразумом о сарадњи у прогону учинилаца кривичних дела ратних злочина, злочина против човечности и геноцида, закљученом 13.октобра 2006.године у Загребу, ТРЗ РС и Државно одвјетништво РХ, изразили су обострану спремност да се унапреди сарадња у смислу кривичног прогона учинилаца кривичних дела ратних злочина, који имају држављанство или живе у Хрватској, односно имају држављанство или живе у Србији.³³

Сарадња са Босном и Херцеговином обележена је најпре Меморандумом о сагласности у остваривању и унапређењу сарадње у борби против свих облика тешког криминала, закљученом 1.јула 2005.године, потом Протоколом о сарадњи у прогону осумњичених за ратне злочине, злочине против човечности и злочин геноцида, потписаним између ова два тужилаштва 31.01. 2013.године у Бриселу.³⁴

Сарадњу са Црном Гором Србија је започела закључивањем Споразума о сарадњи у кривичном гоњењу учинилаца кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, 31.10. 2007.године у Подгорици.³⁵

Сарадња са Косовом је отпочела 11.новембра 2004.године, када су представници УНМИК-овог оравосуђа постигли договор са ТРЗ РС о саслушању сведока који се налазе на подручју Косова од стране представника правосудних органа РС и обратно, сведока који не налазе на територији РС од стране представника УНМИК-овог правосуђа.³⁶

³² Преузето са: www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/saradnja_lat.htm. Резултат закључивања Меморандума је између осталог, конкретна сарадња ТРЗ РС са Тужилаштвом из Сплита на расветљавању ратног злочина почињеног у луци „Лора“ код Сплита 1992.године.

³³ Преузето са: www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/SARADNJA/S_SPORAZUM_TRZ_DORH_LAT.PDF.

³⁴ Преузето са: www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/SARADNJA/S_PROTOKOL_TRZ_TVIN_LAT.PDF.

³⁵ Преузето са: www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/SARADNJA/S_SPORAZUM_TRZ_VDTRCG_LAT.PDF.

³⁶ Преузето са: www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/saradnja_lat.htm. Ова два тужилаштва заједнички раде на расветљавању случаја „Одсечене главе“. Сарадња се огледа у томе што оба надлежна органа обављају разговоре са сведоцима. Саслушано је преко 400 сведока у неколико наврата о догађајима киднаповања, отмица и убистава

У напред датој табели се најбоље може видети успешност сарадње између земаља у региону у последње три године:

Сарадња ТЗР РС са осталим земљама у региону	Укупан број размењених информација и доказа у 2012.г. 86	Укупан број размењених информација и доказа у 2013.г. 196	Укупан број размењених информација и доказа у 2014.г. 242
Хрватска	54	116	121
Б и Х	8	21	33
Црна Гора	5	9	9
Еулекс	19	50	79

Извор: www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/saradnja_lat.htm.

ЗАКЉУЧАК

Када МКСЈ буде окончао свој рад крајем 2014.године, сва суђења за ратне злочине прелазе у надлежност националних судова. ММКС као његов „остатак“, уз услов да је МКСЈ већ подигао оптужницу, надлежан је да кривично гони особе на високим функцијама, као и особе које нису високо рангиране, само након што су исцрпљена сва могућа средства за прослеђивање предмета националним јурисдикцијама.

Начелно је становиште да је процесуирање ратних злочина пред националним судовима, оптерећено политиком и различитим интерпретацијама историје. Уколико се број жртава или осуђених стави у контекст злочина почињених деведесетих година, или пак контекст архиве МКСЈ-а која је регионалним тужилаштвима на располагању, тешко да се може закључити да је ритам процесуирања ратних злочина задовољавајући.

Незастаревање ратних злочина свакако не сме бити изговор. Потребан је бржи, енергичнији и храбрији рад на процесуирању ратних злочина. Ипак, спровођење суђења у овим предметима, данас, у нашем окружењу, представља веома тежак посао. Судија мора бити апсолутно специјализован за овакву врсту предмета. У супротном, лако се може десити да се не поштују права жртве, окривљеног, што сем њима, може створити проблем правосудним органима, па и целокупном државном

неалбанских цивила, који су се одиграли на подручју Косова и Метохије од 1998.г. до 2000.године. Значајна је сарадња и у предметима „Ћушка“, „Лимај“, као и у потрази за локацијама масовних гробница на Косову, у Рудници, проналажењу скелетних остатака у језеру Перућац.

систему. Могуће су ситуације када јавно мњење не прихвата постојање одговорности одређених лица за ратни злочин. Тада се мора водити рачуна да се не омогући стварање антитезе да могући учуникац дела постане жртва, а да при том жртва или сведок буде општеприхваћен и третиран у јавности као кривац. Овакве ситуације умногоме зависе од квалитета суђења и стручног функционисања тужиоца током поступка. Свакако да олакшање за рад националним судовима представља познавање међународних стандарда, као и постојање одлука међународних судова, који су већ разматрали неке од правних проблема, а који се извесно могу појавити и у функционисању нашег правног система.

Мимо свега, право жртве на правду представља приоритет. Не без разлога када су поступци за ратне злочине у питању, јер је у њима жртва угроженија више него у било којој другој врсти поступака. У већини случајева су искази жртава објављивани, а оне саслушаване на неадекватан начин. Размишљајући једино о сензационалној вести, медији су углавном објављивали имена и ближе податке жртве сведока, што је за последицу имало не само њену угроженост, већ и породице, окружења. Наиме, ако жртва није довољно заштићена, при чему се превентивно мисли на жртву сведока, суд неће имати осуду правог кривца. Без доказа тужилац неће моћи да процесуира поступак, а судија и ако евентуално утврди кривицу, да осуди.

Mirjana Djukic, LL.M
Assistant

RESIDUAL MECHANISM AND NATIONAL STANDARDS IN PROCESSING OF WAR CRIMES

Summary

The paper deals with the international and regional cooperation in the field of war crimes, committed in the former Yugoslavia. Among the many international judicial institutions, the author analyzes the structure, jurisdiction and procedure of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and Mechanisms for international criminal courts, as an institution, which in part is a continuation of the ICTY.

Special attention was paid to the regional judicial cooperation in war crimes between Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Montenegro, as the key to success in the fight against impunity for war crimes.