

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Научни скуп са међународним учешћем
„ПРАВО У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ДРУШТВА“

Ставови и закључци изнесени у чланцима лични су ставови њихових аутора и не изражавају мишљење уредништва.

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Зборник радова
„ПРАВО У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ДРУШТВА“

Издавач:

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

За издавача

проф. др Владан Михајловић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Дејан Мирковић

Уређивачки одбор

Чланови из земље:

Проф. др Владан Михајловић, проф. др Јелена Беловић, проф. др Дејан Мирковић,
проф. др Олга Јовић Прлаиновић, доц. др Огњен Вујовић (Правни факултет
Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици),
проф. др Андреја Катанчевић, доц. др Валентина Цветковић Ђорђевић (Правни
факултет Универзитета у Београду)

Чланови из иностранства:

Академик САНУ Елена Юрьевна Гуськова (Институт за славистичке студије Руске
академије наука, Руска Федерација), dr Valerio Massimo Minale (University of Naples
„Federico II“, Универзитет у Напуљу, Италија), проф. др Марија Амповска
(Универзитет „Гоце Делчев“, Штип, Правни факултет, Северна Македонија)

Секретар Уређивачког одбора:

Асс. Горан Тишић

Технички уредник:

Младен Тодоровић

Дизајн корица:

Димитрије Милић

Штампа: Кварк, Краљево

Тираж: 100 примерака

ISBN 978-86-6083-060-1

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

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВО У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ДРУШТВА

COLLECTION OF PAPERS
THE ROLE OF LAW IN SOCIAL DEVELOPMENT

Научни скуп са међународним учешћем одржан је 24. маја 2019. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Том II

Косовска Митровица, 2019.

САДРЖАЈ

КРИВИЧНО ПРАВНА, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВНА И КРИМИНОЛОШКА ОБЛАСТ

- Др Драган ЈОВАШЕВИЋ**
МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У
ПОРОДИЦИ
INTERNATIONAL STANDARDS FOR PREVENTION OF DOMESTIC
VIOLENCE 11
- Др Жељко НИКАЧ, др Бранко ЛЕШТАНИН**
КОНЦЕПТ ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА И
ДЕМОКРАТИЗАЦИЈЕ ДРУШТВА 33
- Марија СТОЈАНОВИЋ, др Весна ЖУНИЋ-ПАВЛОВИЋ**
ВАСПИТНИ НАЛОЗИ – САВРЕМЕНИ ОБЛИК РЕАГОВАЊА НА
МАЛОЛЕТНИЧКУ ДЕЛИНКВЕНЦИЈУ 51
- Вера ПЕТРОВИЋ, др Горан ЈОВАНИЋ**
ЛЕГАЛНИ И ФАКТИЧКИ АСПЕКТИ ЗАТВОРСКЕ КАЗНЕ ПРЕМА
ЖЕНАМА 69
- Др Ванда БОЖИЋ**
КАЗНА ЗАТВОРА У КАЗНЕНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ ХРВАТСКЕ И
СРБИЈЕ - осврт на поједина законска рјешења уз приједлоге *de lege
ferenda*- 91
- Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ**
„ПРАВИЧАН ПОСТУПАК“ ТЕМЕЉНО НАЧЕЛО ЗАКОНИКА О
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2011. 107
- Др Иван ИЛИЋ, Катарина МОМИРОВИЋ**
PRITVOR - LEGISLATIVNI OKVIR I PRIMENA EVROPSKIH
STANDARDA 123
- Др Љепосава ИЛИЈИЋ, др Оливера ПАВИЋЕВИЋ**
ЖЕНЕ У ЗАТВОРУ У СРБИЈИ: о антагонизму између прокламованог
положаја и права и стварног стања 137

Др Иван Д. МИЛИЋ, Др Лука О. БАТУРАН
КРИВИЧНОПРАВНО (НЕ)РЕШАВАЊЕ ПРОБЛЕМА НЕЛЕГАЛНОГ
ОРУЖЈА 157

Др Филип МИРИЋ
САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ РАЗВОЈА ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА
КРИМИНАЛИТЕТА 177

Др Милица КОВАЧЕВИЋ, Марија МАЉКОВИЋ
ДОКАЗНЕ ЗАБРАНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И МОГУЋНОСТ
УПОТРЕБЕ ПРИВАТНО САЧИЊЕНИХ СНИМАКА 185

Др Сузана ДИМИЋ, асс. Мирјана ЂУКИЋ
ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЂЕЊА КОД ПОРЕСКИХ КРИВИЧНИХ
ДЕЛА 201

Др Божидар ОТАШЕВИЋ, др Саша АТАНАСОВ,
др Здравко ГРУЈИЋ
ПОЛИТИЧКИ ЕКСТРЕМИЗАМ У СПОРТУ 213

Владан МИРКОВИЋ
ИЛЕГАЛНА ВИРТУЕЛНА ТРЖИШТА КАО
САВРЕМЕНИ БЕЗБЕДНОСНИ ПРОБЛЕМ 229

Никола ПАУНОВИЋ
КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА
ПРОГАЊАЊА 247

ГРАЂАНСКО ПРАВНА И ТРГОВИНСКО ПОСЛОВНО ПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Станка СТЈЕПАНОВИЋ
ЗАШТИТА ИМОВИНЕ ДЕТЕТА У БИТКОИН И
СЛИЧНИМ ТРАНСАКЦИЈАМА 267

Др Олга ЈОВИЋ-ПРЛАИНОВИЋ, др Јелена БЕЛОВИЋ
УЈЕДНАЧАВАЊЕ НОРМИ БРАКОРАЗВОДНОГ ПРАВА
У ЕВРОПИ 279

Dr Tina PRŽESKA THE ROLE OF MORTGAGE IN THE REAL ESTATE TRADE	299
Dr Marija AMPOVSKA MEDICAL PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE IN THE MACEDONIAN LEGAL SYSTEM	323
Др Душко ЧЕЛИЋ АРБИТРЕРНО УКЛАЊАЊЕ НЕПОКРЕТНОСТИ У СВОЈИНИ ЛИЦА ПРОГНАНИХ СА КОСОВА И МЕТОХИЈЕ – ЈОШ ЈЕДАН ВИД КРШЕЊА ПРАВА НА МИРНО УЖИВАЊЕ ИМОВИНЕ	339
Др Ана ЧОВИЋ ПОРОДИЦА НА РАСКРШЋУ – ИЗАЗОВИ И МОГУЋНОСТИ ДА СЕ НА ЊИХ ОДГОВОРИ	359
Мр Тијана БАЋОВИЋ УГОВОР О ПОКЛОНУ СА НАЛОГОМ ИЛИ ТЕРЕТОМ	379
Мирјана ГЛИНТИЋ ОПРАВДАНОСТ ПРИМЕНЕ ПОЛНО НЕУТРАЛНИХ ПРЕМИЈА ОСИГУРАЊА	393
Слобода МИДОРОВИЋ, Милица КОВАЧЕВИЋ СЛОБОДА УГОВАРАЊА И ЊЕНЕ ГРАНИЦЕ НА ПРИМЕРУ „НЕПРАВОГ“ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ	409
Виолета В. ЋУЛАФИЋ ЕКОЛОШКА ДИМЕНЗИЈА КОНЦЕПТА ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ КОМПАНИЈА	429

ПРЕДГОВОР

Наслов научне конференције са међународним учешћем чији смо домаћини "Право у функцији развоја друштва" је одабран после дужих консултација у редакционом одбору. Наша намера је била да обухватимо што више правних грана и области и да тема научне конференције не буде уско повезана са јавним или приватним правом, кривичним или грађанским, породичним или привредним, световним или канонским, унутрашњим или међународним. Желели смо да што већи број аутора изложи своје радове али и да се упореде правни аргументи и у цивилизованом и научном дијалогу допринесе решавању бројних правних али и проблема који се јављају у пракси у Србији и иностранству. Нажалост, ми запослени на Правном факултету Универзитета у Косовској Митровици смо свесни да друштвене околности веома утичу на испуњавање правних аката и правних норми. Годинама радимо у правном контексту и околностима које су саме по себи *sui generis*. Чиста теорија права Ханса Келзена тешко да се може применити на Косово и Метохију или на околности под којим радимо и у којима објављујемо своје научне радове и организујемо овакве научне конференције. Наравно, то не значи да одбацујемо основни правни унутрашњи и међународни оквир у којем се одвија ова научна конференција и наш рад, Устав Републике Србије из 2006. године и Резолуцију 1244 СБ УН из 1999. године који изричито прописују да је Косова и Метохија у правном и државном систему Републике Србије као њена јужна покрајина. Међутим, у нашем случају има и елемената међународног интревенционизма или оних уговора и друштвених околности ванредног стања које је најбоље описао чувени немачки правник Карл Шмит. У том контексту, публикација која је пред вама представља допринос развоју и разумевању друштва које нас окружује али и подизању правне науке на виши научни ниво. Коначно, са задовољством констатујемо да је велики број научника из Републике Србије и иностранства послао вредне и занимљиве радове који су презентирани у овој публикацији. Са задовољством смо их читали. Ауторима се и овом приликом захваљујемо и позивамо научну али и ширу јавност да са пажњом прочитају овај више него интересантан зборник. У њему има вредних доприноса научној теорији у свим гранама и областима права. Практичарима ће свакако бити интересантан и велики број правних чињеница које садржи овај зборник.

УРЕДНИК

КРИВИЧНО ПРАВНА, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВНА И
КРИМИНОЛОШКА ОБЛАСТ

Драган ЈОВАШЕВИЋ*

Правни факултет Универзитета у Нишу

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

INTERNATIONAL STANDARDS FOR PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE

Апстракт: Насиље у породици (породично насиље) представља стару, негативну друштвену појаву која је позната у свим државама од најстаријих времена до данашњих дана. Некада су овакви облици насиља били строго кажњавани, а некада су представљали дозвољене, па чак и пожељне облике понашања чланова породице. Уочавајући опасност од свих облика насиља према личности другог или других лица, а посебно од различитих облика и видова породичног насиља, савремено право, крајем 20. века и почетком трећег миленијума, а посебно европско кривично право, у оквиру и под окриљем Савета Европе, утврђује бројне документе. Њима је постављена солидна основа за јединствену, координисану, свеобухватну, закониту, ефикасну, квалитетну и благовремену борбу са различитим облицима насиља у породици од стране националних правних система. У овом се раду разматра систем међународних докумената, а посебно Истанбулска конвенција, који утврђују мере за спречавање и сузбијање насиља у породици, органе, поступак и средства за ове активности.

Кључне речи: *породица, насиље, род, међународни документи, кривично дело, одговорност, санкција, превенција.*

Abstract: Domestic violence (family violence) is an old negative social phenomenon known in all countries from the earliest times to the present day. Sometimes these forms of violence have been severely punished, and sometimes they were permitted by the permissible and even desirable forms of family members' behavior. Recognizing the danger of all forms of violence against the personality of another or other person, and especially of various forms and forms of family violence, modern law, at the end of the 20th century and the beginning of the third millennium, and especially European criminal law, within and under the auspices of the Council of Europe, There are numerous documents. They have established a solid basis for a unified,

* редовни професор, jovas@prafak.ni.ac.rs

coordinated, comprehensive, lawful, efficient, high-quality and timely fight against different forms of domestic violence by national legal systems. This paper deals with the system of international documents, in particular the Istanbul Convention, which sets out measures to prevent and combat domestic violence, organs, procedures and means for these activities.

Key words: family, violence, gender, international documents, criminal act, responsibility, sanction, prevention

1. УВОД

Насиље у породици¹ је од најстаријих времена присутно у људској и друштвеној стварности. Но, свест о потреби кажњавања за оваква противправна и недопуштена понашања је тек новијег датума. Она је, у првом реду, резултат настојања да се на ширем плану, прво у међународној заједници, а потом и у појединим државама, подигне свест о потреби заштите сваког члана породице и свих заједно од свих облика насиља (физичког, психичког, вербалног, сексуалног и др.).

Тако је на нивоу међународне заједнице² под окриљем Организације уједињених нација донето више међународних докумената који предвиђају низ мера и препорука у правцу сузбијања и спречавања насиља у породици, насиља над женама и децом и других сличних недопуштених понашања. Међу универзалним међународним документима се нарочито истичу следећи :

1) Универзална декларација УН о људским правима (1948),

2) Конвенција УН о елиминисању свих облика дискриминације жена (ЦЕДАВ) - представља најважнији међународни уговор у области права жена. Општа препорука бр. 19 Комитета за елиминисање свих облика дискриминације жена (Комитета ЦЕДАВ) из 1992. године налаже државама потписницама предузимање свих неопходних мера ради укидања дискриминације жена и сузбијања насиља над женама, укључујући усвајање посебних прописа о свим облицима насиља над женама, кривичне санкције за извршиоце насиља, грађанске правне лекове, превентивне и заштитне мере,

3) Декларација УН о елиминисању насиља над женама (1993) - конкретизује акције које држава треба да предузме ради укидања насиља у породици, а које подразумевају одговарајуће кривично законодавство, доношење националних акционих планова, обезбеђивање услуга и ресурса за жене жртве насиља, обуку и сензибилизацију јавних службеника у

¹ А.К. Kelly, *Domestic violence and the politics of privacy*, Ithaca, 2003, 89-92.

² В. Павишић, Т. Буловић, *Међународно казнено право*, Ријека, 2013, 67- 74.

погледу полова, као и обезбеђивање ресурса из буџета с циљем борбе против насиља над женама,

4) Резолуција Комисије УН за људска права 2003/45 - посвећена је елиминисању насиља над женама истиче да владе имају „афирмативну обавезу да унапређују и штите људска права жена и девојчица и да морају с дужном прилежношћу спречавати, истраживати и кажњавати све акте насиља над женама и девојчицама”,

5) Конвенција УН о правима детета (1989) - истиче да су државе обавезне да предузимају „све одговарајуће законодавне, административне, социјалне и образовне мере ради заштите детета од свих облика физичког и менталног насиља”,

6) Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом (2006) у члану 6. истиче да државе потписнице признају да су жене и девојчице са инвалидитетом изложене вишеструкој дискриминацији и да су у том смислу дужне да предузимају мере ради осигуравања пуног и равноправног уживања свих људских права и основних слобода жена и девојчица са инвалидитетом,

7) Пекиншка декларација и Платформа за акцију (1995) – у области насиља у породици, као приоритетно питање поставља преиспитивање и ревизију законодавства, као и предузимање других потребних мера, уз стварање одговарајућих механизма да би се обезбедило да све жене уживају заштиту од насиља у породици, а да насиље треба да се третира као кривично дело кажњиво законом (тач. 124 – 126). У овом документу насиље у породици је дефинисано као : „...било који чин насиља базираног на различитости полова који резултира или би могао резултирати у физичкој, сексуалној или психолошкој штети и патњи жена, укључујући претње таквим чином, принудом или самовољним лишавањем слободе, у јавном и приватном животу” и

8) Миленијумски циљеви развоја који су усвојени на Миленијумском самиту УН (2000) – међу овим циљевима се посебно истиче трећи миленијумски циљ развоја - равноправност полова и побољшање положаја жена.

2. НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ И УЈЕДИЊЕНЕ НАЦИЈЕ

Насиље над женама, заправо, представља резултат наравнотеже моћи између жена и мушкараца. Према Општој препоруци 19 УН Комитета ЦЕДАВ (1992) насиље над женама представља облик дискриминације у смислу одредбе члана 1. Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена (ЦЕДАВ) и треба га сматрати озбиљним кршењем женских људских права.

Тако ова Конвенција у члану 1. дефинише дискриминацију жена као: ”насиље које је засновано на полној различитости, односно насиље које је усмерено против жене само због тога што је жена или која непропорционално погађа жене. Обухвата сваки поступак којим се наноси штета или патња физичке, менталне или сексуалне природе, укључујући и претње таквим поступцима, као и принуду и друге облике ограничавања слободе”. Насиље које је засновано на полној различитости представља такође и кршење специфичних одредаба Конвенције, без озбира на то да ли те одредбе изричито спомињу насиље” (ова дефиниција се користи и у Детаљној студији Генералног секретара УН о свим облицима насиља над женама из 2006. године).

Декларација Уједињених нација о укидању насиља над женама из 1993. године дефинише кључне облике насиља над женама прецизирајући да такво насиље може бити физичке, сексуалне или психичке природе. Тако се насиље над женама може испољити у три облика: 1) у породици што обухвата премлаћивање, сексуално злостављање женске деце, силовање у браку, генитално сакаћење жена и насиље које врше друге особе изузев супружника, 2) у широј заједници, укључујући силовање, сексуално злостављање и сексуално узнемиравање на радном месту и 3) насиље које врши или подстиче држава где год да се оно одвија.

Насиље које се чини према члановима породице разликује се од насиља учињеног ван породице. Насиље у породици увек представља злоупотребу моћи и контролисање чланова породице који имају мање моћи или располажу мањим ресурсима. У већини друштава, нарочито у традиционалним и патријархалним заједницама, мушкарци имају знатно више моћи – не само физичке, већ и економске и друштвене.

Сличне су тенденције присутне и у области регионалних међународних стандарда које је институционализовао Савет Европе кроз низ својих докумената. Међу овим документима нарочито се истичу следећи³: 1) Европска конвенција о накнади штете жртвама насилних кривичних дела из 1983. године, 2) Препорука о насиљу у породици Р (85) 4 из 1985. године, 3) Препорука о социјалним мерама које се односе на насиље унутар породице Р (90) 2 из 1990. године, 4) Препорука о насиљу над женама у Европи 1450 (2000) из 2000. године, 5) Препорука о насиљу у породици над женама 1582 (2002) из 2002. године, 6) Препорука о заштити жена од насиља Рец (2002) 5 из 2002. године и 7) Препорука о кампањи за борбу против насиља над женама у породици у Европи 1681 (2004) из 2004. године.

³ В. Павишић, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006, 78-87.

Поред тога, Савет Европе је 1998. године усвојио План акције за супротстављање насиљу над женама ЕГ-С-ВЛ (98) који је државама чланицама препоручио више стратегија за борбу против насиља у породици као што су : промене у законодавству (породичном, прекршајном, кривичном и др.) и у области правосуђа, као и других државних органа. Посебно је наглашен значај превенције, едукације, подршке и помоћи жртвама, али се инсистира и на посебним програмима за "насилнике"⁴.

Парламентарна скупштина Савета Европе је такође на 32. заседању 2004. године усвојила Препоруку 1681 под називом : "Кампања за сузбијање насиља у породици против жена у Европи". Овим документом се захтева од појединих држава – чланица ове регионалне организације да проблем насиља у породици третирају као "национални политички приоритет и да се њиме баве у ширем политичком контексту уз учешће владе, парламента и цивилног друштва", те се од појединих држава тражи да предузму ефикасне мере за елиминисање насиља над женама, као и да штите жртве⁵.

На бази наведених докумената, као и посебно Конвенције из Истанбула (2011.године) бројна савремена (породична и казнена) законодавства предвиђају разуђен систем мера за заштиту од насиља у породици, као и кривичну одговорност њихових учинилаца. У Републици Србији је заштита од насиља у породици уређена следећим законима и то : 1) Породичним законом⁶, 2) Кривичним закоником⁷ и 3) Законом о спречавању насиља у породици⁸.

3. НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ И САВЕТ ЕВРОПЕ

Међу документима универзалног и регионалног карактера који постављају систем међународних стандарда за спречавање и сузбијање различитих облика и видова насиља у породици посебно се истичу акти Савета Европе као најзначајније европске регионалне организације⁹.

Препорука о насиљу у породици Р (85) 4 из 1985. године полази од појма породице као основне организационе јединице демократског

⁴ Д.Јовашевић, *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010, 78-86.

⁵ В.Петровић, Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, Сарајево, 2010, 112-119.

⁶ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 18/05.

⁷ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

⁸ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 94/16.

⁹ Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, Ниш, 2011, 98-105.

друштва у којој сви њени чланови треба да уживају заштиту од насиља у породици. Само насиље у породици¹⁰ је дефинисано као чињење или нечињење које угрожава живот, физички или психички интегритет или слободу појединца или озбиљно нарушава развој личности које посебно погађа жене и децу. Стога се државама препоручује да упознају ширу јавност о распрострањености, озбиљности и специфичностима насиља у породици, да промовишу ширење знања о друштвеним и породичним односима, раном откривању потенцијалних конфликтних ситуација и мирном решавању таквих ситуација унутар породице. Такође се од држава захтева да преиспитају своје законодавство у смислу ограничавања или забране физичког кажњавања деце, да случајеве насиља у породици решавају специјалновани тимови у полицији, правосудју и другим службама, те се предлаже разматрање корисности усвајања система кривичне одговорности и кажњавања за кривично дело насиље у породици¹¹.

Препорука о социјалним мерама које се односе на насиље унутар породице Р (90) 2 из 1990. године Комитета министара позива државе чланице да предузму или подрже мере генералне и специјалне превенције које се односе на насиље у породици. Мере општег карактера се односе на : реформу система социјалне и здравствене заштите, урбанизацију, рад, културу и образовање како би се смањио "економски и социјални притисак" на породицу. Но, важније од њих су мере специјално превентивнг карактера. Оне се односе на информисање и едукацију грађана о узроцима и раширености насиља, као и о постојању програма помоћи и заштите¹². При томе се захтева не само примена ових и сличних мера према општој јавности, већ и према органима који се у свакодневном раду баве породицом и њеним проблемима, односно проблемима њених чланова. Те мере се посебно односе на пружање помоћи породицама уопште, а нарочито онима које су "угрожене", односно којима прети појава насиља у породици. У ове мере спадају : оснивање саветовалишта и "кризних центара", примена посебних терапијских програма и превенција насиља над децом. При томе се овим Препорукама посебна пажња указује породицама у којима се налазе пасторци, усвојена деца, деца на хранитељству или деца са инвалидитетом.

У Препоруци о насиљу над женама у Европи 1450 (2000) из 2000. године Скупштина Савета Европе указује на пораст различитих облика насиља над женама означавајући ову појаву као кршење основних људских права жена – права на живот, сигурност, достојанство и

¹⁰ J.Aranson, *Domestic violence*, London, 1996, 89-103,

¹¹ E.Buzawa, C.Buzawa, *Domestic violence*, Thousand Ouks, 1996, 89-102.

¹² R.L.Davis, *Domestic violence – facts and fallacies*, Westport, 1998, 156-176.

психички или физички интегритет. Имајући то у виду препоручује се државама чланицама доношење посебних закона којима ће се санкционисати сви облици насиља у породици, уз обезбеђење веће заштите жена од "брачног силовања". Поред кривичне процедуре, тражи се и примена других флексибилнијих облика приступа правди. Од државних органа који се баве овом проблематиком захтева се увођење посебних образовних програма за раднике у полицији и правосудју, оснивање склоништа за жене – жртве насиља, спровођење широких акција којима би се код јавности утицало на подизање друштвене свести о неприхватљивости насиља над женама и ширег промовисања равноправности полова.

Препорука о насиљу над женама у породици 1582 (2002) из 2002. године наглашава да насиље у породици треба квалификовати као политички и јавни проблем и кршење људских права жена, те га предвидети као кривично дело. Од држава чланица се захтева да истраже, спрече и казне учиниоце свих кривичних дела насиља у породици, те да обезбеде заштиту жртава овог насиља. Посебно је указано на потребу доношења стратегија за предузимањ друштвених мера у локалној заједници у циљу координације и боље сарадње између свих државних органа у борби против насиља у породици.

Интересантна је и садржина **Препоруке за заштиту жена од насиља Рец 2002(5)** из 2002. године. Она представља први међународни докуменат који предлаже доношење глобалне стратегије за превенцију насиља и заштиту жртава свих врста родно заснованог насиља, али и насиља у породици. И ова Препорука тражи од појединих држава чланица примену свих раније наведених општих и посебних превентивних мера са циљем искорењавања или бар смањења свих облика насиља над женама, па и насиља у породици¹³. У области кривичног права, захтева се прописивање посебног кривичног дела насиље у породици (посебно физичко и сексуално насиље) којим се угрожава психички и телесни интегритет и слобода члана породице, уз широку примену мера заштите жртава од насиља, придужење рокова застарелости кривичног гоњења или извршења изречених казни за ова дела, примену допунских казни (санкција) уз казну затвора које би се примењивале или паралелно са затворским третманом или после издржане казне (како би се предупредио рецидив).

О ефикасности примене наведених мера у појединим државама чланицама Савета Европе и њиховом доприносу спречавању или сузбијању насиља у породици изјаснила се и **Препорука о кампањи за**

¹³ R.Alexandar, *Domestic violence in Australia*, Sydney, 2002, 167-193.

борбу против насиља над женама у породици у Европи 1681 (2004) из 2004. године. Она констатује да је, истина, забележен почетни успех у борби против насиља у породици, посебно у делу спровођења информативних и образовних кампања о правима жртава насиља у породици, уз нова законска решења у овој области (породично право, право социјалне заштите, кривично право, прекршајно право и др.) у појединим државама. При томе, ова Препорука истиче мере Комитета министара који се односе на усмеравање паневропске кампање у борби против насиља над женама као што су : измене у националном законодавству, повећање ефикасности полицијске акције и боља заштита жртава насиља у породици (уз примену мера из тзв. "аустријског модела").

И коначно, **Препорука 1905 (2010) Парламентарне скупштине Савета Европе**, усвојена у марту 2010. године, указује на неопходност заштите деце која су сведоци насиља у породици, а ослања се на Резолуцију 1714 (2010) Парламентарне скупштине Савета Европе о деци – сведоцима насиља у породици.

3.1. Истанбулска конвенција

Најзначајнији акт који представља основу за ефикасну борбу против насиља у породици јесте Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици¹⁴, која је донета у Истанбулу 11. маја 2011.године¹⁵. Наиме, државе чланице Савета Европе су на министарској конференцији у Истанбулу 11.маја 2011. године усвојиле Конвенцију о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. У основи ове Конвенције налази се низ међународних докумената раније донетих у оквиру и под окриљем ове регионалне европске организације као што су: 1) Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*ЕТС* бр.5, 1950) са допунским протоколима, 2) Европска социјална повеља (*ЕТС* бр.35, 1961, која је ревидирана 1996. године, *ЕТС* бр.163), 3) Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима (*ЕТС* бр.197, 2005) и 4) Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (*ЕТС* бр.201, 2007).

Поред Конвенција које су обавезујуће снаге, од посебног значаја за ефикасну и квалитетну заштиту (спречавање и сузбијање) свих облика насиља у породици, имају и бројне препоруке Савета министара државама чланицама Савета Европе. То су : 1) Препорука *Рец(2002)5* о заштити

¹⁴ Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori br. 12/13.

¹⁵ D.Jovašević, V.Ikanović, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2015, 89-94.

жена од насиља, 2) Препорука ЦМ/Реџ(2007)17 о стандардима и механизмима родне равноправности и 3) Препорука ЦМ/Реџ(2010)10 о улози жена и мушкараца у превенцији и разрешењу сукоба и изградњи мира.

3.2. Појам и облици насиља у породици

Сви наведени европски стандарди, заправо, се заснивају на осуди свих видова насиља у породици, и посебно насиља над женама у чијој се основи налази вековима усвојена традиционална становишта као што су¹⁶:

а) насиље над женама представља манифестацију историјски неједнаких односа моћи између жена и мушкараца, који су потом и довели до доминације и дискриминације над женама од стране мушкараца, као и до спречавања напредовања жена у пуној мери,

б) структурна природа насиља над женама се јавља као родно засновано насиље,

в) насиље над женама представља један од кључних друштвених механизма, којима се жене приморавају да буду у подређеном положају у односу на мушкарце,

г) жене, а посебно девојчице су често изложене тешким облицима насиља попут насиља у породици, сексуалног узнемиравања, силовања, принудног брака, кривичних дела која су извршена у име такозване „части” и гениталног сакаћења, а што све у крајњој линији представља различите облике и видове испољавања озбиљног кршења људских права жена и девојчица, али и главну препреку за остваривање једнакости између жена и мушкараца,

д) жене и девојчице су изложене већем ризику од родно заснованог насиља од мушкараца и

ђ) насиље у породици погађа жене неравномерно, иако је чињеница да и мушкарци такође могу бити жртве насиља у породици.

Управо препознајући да су деца често жртве насиља у породици¹⁷, али и сведоци насиља у својој породици (породичној заједници), а у настојању да се створи Европа слободна од насиља над женама и насиља у породици Савет Европе је 2011.године и донео тзв. Инстанбулску конвенцију - Конвенцију о спречавању и борби против насиља над женама

¹⁶ Г. Гасми, "Нова Конвенција СЕ о превенцији и борби против насиља над женама и породичног насиља – значај установљења европских правних стандарда", *Страни правни живот*, бр. 2, Београд, 2014, 37-56.

¹⁷ С.Константиновић Вилић, "Насиље у породици – кривичноправно регулисање у Србији и пракса Европског суда за људска права", *Правна клиника за заштиту права жена*, Ниш, 2013, 77-92.

и насиља у породици са следећим циљевима (члан 1.)¹⁸: 1) заштита жена од свих видова насиља и спречавање, процесуирање и елиминисање насиља над женама и насиља у породици, 2) допринос сузбијању свих облика дискриминације над женама и промоција суштинске једнакости између жена и мушкараца, укључујући и оснаживање жена, 3) израда свеобухватног оквира, политика и мера заштите и помоћи свим жртвама насиља над женама и насиља у породици, 4) промоција међународне сарадње у погледу елиминисања насиља над женама и насиља у породици, 5) пружање подршке и помоћи организацијама и органима унутрашњих послова (полицији) у делотворној сарадњи да би се усвојио обухватни приступ елиминисању насиља над женама и насиља у породици и 6) установљавање посебног механизма за праћење у циљу делотворне, ефикасне, квалитетне и законите примене Конвенције од свих држава уговорница.

Конвенција се односи на све видове насиља над женама, укључујући и насиље у породици, које жене погађа несразмерно и то како у доба мира, тако и у доба рата (оружаног сукоба). При томе је сама Конвенција у одредби члана 3. одредила појам насиља и његових појединих облика и видова испољавања¹⁹. Тако „насиље над женама” означава кршење људских права, али и облик дискриминације над женама. Као такав он сва дела родно заснованог насиља која доводе до или могу да доведу до : физичке, сексуалне, психичке, односно, финансијске повреде или патње за жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду или произвољно лишавање слободе, било у јавности, било у приватном животу. Као „насиље у породици” одређује се свако дело физичког, сексуалног, психичког, односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства, односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио исто боравиште са жртвом, док је „родно засновано насиље над женама“ насиље, које је усмерено против жене зато што је жена, односно оно које несразмерно погађа жене (при чему појам „жена” укључује и девојке – децу узраста испод 18 година живота).

Истанбулска Конвенција²⁰ има посебан значај за сва национална законодавства држава чланица Савета Европе, као што је и Република

¹⁸ Г.Ковачек Станић, С.Самарцић, "Новине које доноси Конвенција СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2, Нови Сад, 2014, .93-98.

¹⁹ В.Јарић, "Допринос УН у Србији заштити жена жртава насиља у породици и у интимним партнерским односима", *Темид*, бр. 1, Београд, 2015, 55-74.

²⁰ Д.Јовашевић, "Европски стандарди и насиље у породици", *Европско законодавство*, бр. 45-46, Београд, 2013, 73-88.

Србија, посебно јер инсистира на систему мера опште и специјалне превенције како до насиља у породици или насиља над женама не би уопште дошло или би било смањено на прихватљив минимум. У том смислу државе потписнице Конвенције су у смислу члана 12. преузеле следеће обавезе²¹ :

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

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

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

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

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

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

3.3. Стандарди за спречавање насиља у породици

У остваривању Конвенцијом утврђених циљева од стране појединих држава и њихових надлежних органа од посебног је значаја подизање свести грађана (члан 13.). Стога се уговорне стране обавезују да, редовно и на свим нивоима, пропагирају, односно спроводе кампање или програме подизања свести у јавности о различитим манифестацијама свих видова насиља у породици или насиља над женама, њиховим последицама по децу и потребе да се такво насиље спречи у сарадњи са : а) државним институцијама за људска права и телима за равноправност, б) цивилним друштвом и ц) невладиним организацијама, посебно женским, кад год је

²¹ А.Човић, "Значај ратификације Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици", *Страни правни живот*, бр. 3, Београд, 2013, 279-292.

то потребно, а све с циљем подизања свести и разумевања шире јавности²².

У систему мера превенције од посебног значаја су следеће мере које се односе на²³: 1) образовање, 2) превентивна интервенција и програм рада са извршиоцима насиља, 3) приватни (нејавни) сектор, 4) средства информисања и 5) подршка жртвама насиља у породици.

Систем образовања и обуке је стављен на прво место у систему превентивних мера против насиља у породици (члан 14.). Наиме, државе се обавезују да предузму све неопходне кораке за увођење наставног материјала у свим нивоима школског образовања (звисно од узраста) о питањима као што су: а) једнакост жена и мушкараца, б) нестереотипне родне улоге, в) узајамно поштовање, г) ненасилно разрешење сукоба у међуљудским односима, д) родно засновано насиље над женама и њ) право на лични интегритет. Поред формалног образовног процеса, ова начела се морају промовисати и у различитим неформалним образовним установама, као и у спорту, културним и рекреативним установама, те средствима јавног информисања. У систему образовних мера превенције посебно је истакнут значај обуке стручњака (члан 15.). То обухвата напоре да се ојача одговарајућа обуку запослених лица који се у свакодневном раду у различитим институцијама баве жртвама или учиниоцима свих дела насиља у породици, као и насиља над женама са циљем спречавања и откривања таквог насиља, једнакости између жена и мушкараца, потребама и правима жртава, као и о спречавању секундарне виктимизације.

Програми превентивне интервенције и програми за рад са учиниоцима насиља (члан 16.) обухватају предузимање неопходних законодавних или других мера за израду или подршку програма, који имају за циљ да учиниоци насиља у породици савладају и усвоје ненасилно понашање у међуљудским односима у циљу спречавања њиховог даљег вршења насиља, као и промене образаца насилног понашања. Овде се посебно истичу мере које служе за израду и подршку програма за рад са сексуалним преступницима, који имају за циљ спречавање понављања вршења истоврсних кривичних дела (специјални поврат).

²² Г. Гасми, "Нова Конвенција СЕ о превенцији и борби против насиља над женама и породичног насиља – значај установљења европских правних стандарда", *Страни правни живот*, бр. 2, Београд, 2014, 37-56.

²³ С.Самарић, "Правни механизми заштите жена од насиља у породици и партнерским односима на нивоу ЕУ и Србије", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Нови Сад, 2012, 423-442.

У спречавању различитих облика родно заснованог насиља, значајно је и учешће приватног сектора, али и средстава јавног информисања и комуницирања - мас медија (члан 17.). Уз дужно поштовање Уставом прокламоване слободе изражавања и њене независности, државе су обавезне да подстичу приватни сектор, сектор за информационе и комуникационе технологије и средства јавног информисања на учешће у разради и спровођењу политика и успостављања смерница и сопствених регулаторних стандарда за спречавање насиља над женама и веће поштовање њиховог достојанства.

У сарадњи са приватним сектором (удружењима грађана, невладиним организацијама итд.) државе развијају основу за промоцију способности код деце, родитеља и васпитача у раду у информационо-комуникационом окружењу, које омогућава приступ деградирајућем садржају сексуалне или насилне природе, а који може бити штетан.

Заштита и подршка жртвама насиља у породици и насиља над женама (члан 18.) представља изузетно значајан сегмент мера секундарне превенције. Стога је и логично што су државе обавезане да предузимају константно неопходне законодавне или друге мере заштите свих жртава од даљег насиља. У складу са домаћим прописима, државе предузимају неопходне законодавне или друге мере и обезбеђују одговарајуће механизме за делотворну сарадњу између свих релевантних државних органа, укључујући судове, јавна тужилаштва, органе унутрашњих послова, локалне и регионалне управе, као и невладине организације и остале релевантне организације и лица у пружању заштите и подршке жртвама и сведоцима свих облика насиља, укључујући и упућивање на опште и специјализоване службе подршке.

Пружање услуга подршке жртвама насиља не сме да зависи од њихове спремности да поднесе пријаву или сведочи против било ког починиоца. Помоћ жртвама насиља обухвата различите мере које омогућују да жртве имају приступ услугама, које омогућавају њихов брз, квалитетан и ефикасан опоравак од насиља као што су услуге : правно и психолошко саветовалиште, финансијска помоћ, становање, образовање, обука и помоћ приликом запошљавања, као и приступ услугама здравствене и социјалне заштите.

Поред општих мера помоћи и заштите од посебног су значаја и непосредне краткорочне и дугорочне специјализоване услуге подршке за сваку жртву која је била изложена било ком облику насиља. То су²⁴ : а) сигурне куће у довољном броју и лако доступне за безбедан смештај и да

²⁴ М.Тејић, В. Николић Ристановић, М.Докмановић, *Правна регулатива насиља у породици и међународни стандарди*, Нови Сад, 2007, 78-93.

проактивно приступе жртвама насиља, посебно женама и њиховој деци, б) СОС телефони - успостављање нон-стоп (24 сата дневно, седам дана у недељи) бесплатне СОС телефонске линије, која покрива целу земљу, ради давања савета позиваоцима у поверљивој форми или чувајући њихову анонимност у вези свих видова насиља, ц) подршка за жртве сексуалног насиља кроз отварање одговарајућих, лако доступних, кризних центара за случајеве силовања, односно центре за жртве сексуалног насиља, који, у довољно великом броју, жртвама обезбеђују: услуге лекарског и лабораторијског прегледа, подршку у случају трауме и саветовање и д) подршка за децу - жртве или сведоке насиља кроз психосоцијално саветовање примерено узрасту деце сведока свих видова насиља.

Од посебног значаја за превенцију свих облика насиља у породици и посебно насиља над женама је предузимање хитних мера заштите (члан 52.)²⁵. Наиме, у ситуацијама када постоји непосредна опасност надлежни државни органи имају овлашћење да издају одређене налоге извршиоцу насиља у породици као што су : 1) да напусти место становања жртве или угроженог лица у довољном временском периоду и 2) да му забране да повреди боравиште, односно ступи у контакт са жртвом или угроженим лицем. Мере забране приласка, односно заштите (из члана 53.) треба да буду доступне свим жртвама различитих облика и видова насиља и без непотребних финансијских или административних оптерећења за жртву. Оне се изричу на одређени временски период или док се не измене, односно укину. Издају се на *ex parte* основи са непосредним дејством, те су доступне независно од судских поступака или уз друге судске поступке који се истовремено воде у вези или поводом извршеног дела насиља у породици.

3.4. Кривичноправни облици насиља у породици

Истанбулска конвенција је поред одређивања појма и карактеристика насиља у породици, насиља над женама и родно заснованог насиља, прописала и друга различита противправна, забрањена и кажњива понашања која препоручује државама потписницама Конвенције да ин инкриминише у националном кривичном законодавству и пропише одређену врсту и меру казне за њихове учиниоце. У та специфична кривична дела спадају следећа²⁶:

²⁵ R.Odeljan, "Nasilje u obitelji – komparativna analiza pravne regulative u zemljama nemačkog govornog područja", бр. 2, *Policija i sigurnost*, Zagreb, 2013, 258-267.

²⁶ Ј. Њагуловић, "Насиље у породици – три сегмента правне заштите у домаћем законодавству", *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 62, Ниш, 2012, 593-603.

1. Психичко насиље (члан 33.) обухвата свако намерно понашање, које озбиљно нарушава психички интегритет неког лица принудом, односно претњу таквим понашањем,

2. Прогањање (члан 34.) је намерно понашање понављањем претњи упућених другом лицу, које узрокују да се оно плаши за своју безбедност,

3. Физичко насиље (члан 35.) чине намерно извршена дела физичког насиља над другим лицем,

4. Сексуално насиље, укључујући силовање (члан 36.) обухвата различите видове намерног понашања као што су : а) вагинална, анална или орална пенетрација сексуалне природе на телу другог лица без њеног, односно његовог пристанка, коришћењем било ког дела тела, односно предмета, б) друге сексуалне радње са лицем без њеног, односно његовог пристанка и в) навођење другог лица на покушај сексуалних радњи са трећим лицем без њеног, односно његовог пристанка. При томе се сматра да пристанак мора да буде добровољан, те да је настао као исход слободне воље лица што се као фактичко питање процењује у сваком конкретном случају. Ова дела могу да буду извршена над садашњим или бившим супружницама или партнеркама,

5. Принудни брак (члан 37.) је присиљавање одраслог лица или детета да ступи у брак са учиниоцем дела. При томе се као кажњиве радње сматрају и подстрекавање, односно намамљивање одраслог лица, односно детета на територију стране или државе, која није њена држава боравишта, с циљем принуде тог одраслог лица или детета да ступи у брак,

6. Генитално сакаћење жена (члан 38.) обухвата различите облике и видове намерног понашања као што су : а) обрезивање, инфибулација или било какво друго сакаћење целих, односно било ког дела женских малих и великих усмина или клиториса, б) принуда и навођење жена да се подвргну некој од наведених радњи и в) подстицање, принуда, односно навођење девојчице на неку од наведених радњи,

7. Принудни абортус и принудна стерилизација (члан 39.) се састоје у намерном предузимању следећих радњи као што су : а) абортус жене без њеног претходног и информативног пристанка и б) операција у сврху или уз исход онемогућавања природне репродукције код жене без њеног информативног пристанка или разумевања процедуре и

8. Сексуално узнемиравање (члан 40.) представља сваки облик нежељеног вербалног, невербалног или физичког понашања сексуалне природе у сврху или уз исход повреде достојанства лица, посебно када се ствара застрашујућа, непријатељска, деградирајућа, понижавајућа, односно увредљива атмосфера.

Конвенцијом је у смислу члана 41. изричито прописана кривична одговорност, не само за умишљајно извршење наведених кривичних дела,

већ је кажњив и покушај (започињање извршења дела), као и саучесништво у облику подстрекавања и помагања које је добило карактер самосталне радње извршења²⁷. За учиноце кривичних дела која су предвиђена Конвенцијом, поред казне затвора, могу се изрећи сходно члану 45. и специфичне кривичноправне мере као што су : а) праћење, односно надзор осуђених лица и б) укидање права на родитељство, уколико се принцип најбољег интереса за дете не може гарантовати ни на који други начин, а што може да обухвати и безбедност жртве.

При одмеравању казне, суд је дужан да у сваком конкретном случају посебно узме у обзир следеће отежавајуће околности (члан 46.), ако не представљају елементе бића основног или тежег облика кривичног дела, као што су : а) кривично дело учињено над бившом или садашњом супружницом или партнерком у складу са националним законодавством од стране члана породице или лица, које живи заједно са жртвом, односно лица, које је злоупотребило свој ауторитет, б) поновљено кривично дело (специјални поврат), односно сродно дело, ц) кривично дело учињено над лицем, које је постало угрожено услед одређених околности, д) кривично дело учињено над дететом или у присуству детета, њ) кривично дело учињено од стране два или више удружених лица, е) кривично дело коме је претходило или га је пратило екстремно насиље, ф) кривично дело учињено на опасан начин - уз употребу оружја или уз претњу оружјем, г) кривично дело са озбиљним физичким, односно психичким последицама за жртву и х) ако је учинилац претходно осуђиван за кривична дела сличне природе (специјални повратник).

4. ЗАКЉУЧАК

Насиље у породици или породичној заједници представља прастари облик испољавања криминалитета насиља који се одиграва у кругу блиских сродника или брачних, односно ванбрачних партнера. Ипак, тек у последње време, управо под утицајем низа релевантних међународних универзалних и регионалних докумената, међу којима се по свом значају издваја Истанбулска конвенција, овај облик насиља добија своје законско оживотовање. Наиме, велики број савремених кривичноправних система успоставља систем кривичне одговорности и кажњивости за различите облике и видове испољавања насиља у породици. Слична је ситуација и у Републици Србији.

²⁷ И.Марцус, "Рedefинисање концепта насиља у породици као акта тортуре или тероризма у породици", *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 67, Ниш, 2014, 13-24.

У Републици Србији је први пут ово кривично дело уведено новелом Кривичног закона Републике Србије из априла 2002.године у одредби члана 118а. Готово идентичан опис, појам, елементе бића, карактеристике, облике испољавања и прописане казне за ово кривично дело предвиђа у глави деветнасет, у групи кривичних дела против брака и породице и Кривични законик из 2005.године. Овај Законик, поред основног облика овог кривичног дела, познаје и његов посебни облик (којим је прописана одговорност за неизвршење посебних мера одређених од стране суда на основу Породичног закона), односно три тежа, квалификована облика испољавања (зависно од околности извршења дела, начина и средства предузимања радње, те обима и интензитета проузроковане последице).

Нешто пре тога, су појам и облици испољавања насиља у породици одређени и Породичним законом из 2005.године. То иначе није реткост у савременом кривичном законодавству да се ово кривично дело истовремено прописује у кривичном, али и у ванкривичном законодавству, које често познаје систем специјалних превентивних мера које се примењују према учиниоцима насиља, односно систем мера подршке жртавама таквог насиља. Поред тога, 2016.године у Републици Србији је донет и посебан Закон о спречавању насиља у породици који са широком лезом превентивних – заштитних мера и обавеза надлежних државних органа успоставља ефикасан, законит и квалитетан механизам заштите од понављања насиља у породици.

Сви ови законски прописи о превенцији (спречавању) и репресији (сузбијању) различитих облика и видова испољавања насиља у породици у својој основи имају релевантне универзалне (ОУН) и регионалне (Савет Европе) међународне документе. Међу европским документима посебно је значајна Истанбулска конвенција из 2011.године. Она „насиље над женама” означава као кршење људских права, али и облик дискриминације над женама. Као такав он сва дела родно заснованог насиља која доводе до или могу да доведу до : физичке, сексуалне, психичке, односно, финансијске повреде или патње за жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду или произвољно лишавање слободе, било у јавности, било у приватном животу. Као „насиље у породици” одређује се свако дело физичког, сексуалног, психичког, односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства, односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио исто боравиште са жртвом, док је „родно засновано насиље над женама“ насиље, које је усмерено против жене зато што је жена, односно оно које несразмерно погађа жене (при чему појам „жена” укључује и девојке – децу узраста испод 18 година живота).

Истанбулска Конвенција има посебан значај за сва национална законодавства држава чланица Савета Европе, као што је и Република Србија, посебно јер инсистира на систему мера опште и специјалне превенције како до насиља у породици или насиља над женама не би уопште дошло или би било смањено на прихватљив минимум. У том смислу државе потписнице Конвенције су у смислу члана 12. преузеле следеће обавезе : 1) да предузму све неопходне мере у промоцији промена друштвених и културних образаца понашања жена и мушкараца с циљем искорењивања предрасуда, обичаја, традиције и других пракси, које се заснивају на идеји инфериорности жена, односно на стереотипним улогама жена и мушкараца, 2) да предузму неопходне законодавне или друге мере у превенцији свих облика насиља у породици или насиља над женама које је извршено од сваког физичког, односно правног лица, 3) да се посебна пажња посвети одговарајућим специфичним потребама лица угрожених одређеним околностима и да се они поставе у средиште људска права свих жртава, 4) да предузму све неопходне мере у подстицању свих чланова друштва, посебно мушкараца и дечака, да активно доприносе спречавању свих облика насиља у породици или насиља над женама, 5) да се култура, обичаји, религија, традиција или такозвана „част” не сматрају оправдањем за извршење или толерисање било којег дела насиља и 6) да предузму све неопходне мере у промоцији програма и активности за оснаживање жена.

Управо бројне мере и поступци превентивног карактера преузети из ове Конвенције су унети и у Закон о спречавању насиља у породици који је почео са применом 1.јула 2017.године.

ЛИТЕРАТУРА

- Alexandar, R., *Domestic violence in Australia*, Sydney, 2002.
- Aranson, J., *Domestic violence*, London, 1996.
- Buzawa, E., Buzawa, C., *Domestic violence*, Thousand Oaks, 1996.
- Гасми, Г., "Нова Конвенција СЕ о превенцији и борби против насиља над женама и породичног насиља – значај установљења европских правних стандарда", *Страни правни живот*, бр. 2, Београд, 2014.
- Davis, R.L., *Domestic violence – facts and fallacies*, Westport, 1998.
- Јарић, В., "Допринос УН у Србији заштити жена жртава насиља у породици и у интимним партнерским односима", *Темид*, бр. 1, Београд, 2015.
- Јовашевић, Д., *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010.
- Јовашевић, Д., "Европски стандарди и насиље у породици", *Европско законодавство*, бр. 45-46, Београд, 2013.

- Јовашевић, Д., *Међународно кривично право*, Ниш, 2011.
- Јовашевић, Д., Икановић, В., *Међународно кривично право*, Ванја Лука, 2015.
- Kelly, A.K., *Domestic violence and the politics of privacy*, Ithaca, 2003.
- Ковачек Станић, Г., Самарцић, С., "Новине које доноси Конвенција СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2, Нови Сад, 2014.
- Константиновић Вилић, С., "Насиље у породици – кривичноправно регулисање у Србији и пракса Европског суда за људска права", *Правна клиника за заштиту права жена*, Ниш, 2013.
- Марцус, И., "Редефинисање концепта насиља у породици као акта тортуре или тероризма у породици", *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 67, Ниш, 2014.
- Њагуловић, Ј., "Насиље у породици – три сегмента правне заштите у домаћем законодавству", *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 62, Ниш, 2012.
- Odeljan, R., "Nasilje u obitelji – komparativna analiza pravne regulative u zemljama nemačkog govornog područja", бр. 2, *Policija i sigurnost*, Zagreb, 2013.
- Pavišić, V., *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006.
- Pavišić, V., Bupalović, T., *Међународно казнено право*, Rijeka, 2013.
- Petrović, V., Jovašević, D., *Међународно кривично право*, Sarajevo, 2010.
- Самарцић, С., "Правни механизми заштите жена од насиља у породици и партнерским односима на нивоу ЕУ и Србије", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Нови Сад, 2012.
- Службени гласник Републике Србије бр. 18/05.
- Службени гласник Републике Србије бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.
- Службени гласник Републике Србије бр. 94/16.
- Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори бр. 12/13.
- Тејић, М., Николић Ристановић, В., Докмановић, М., *Правна реагулатива насиља у породици и међународни стандарди*, Нови Сад, 2007.
- Човић, А., "Значај ратификације Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици", *Страни правни живот*, бр. 3, Београд, 2013.

Dragan JOVAŠEVIĆ, Ph.D

Full Professor, Faculty of law, University of Niš

INTERNATIONAL STANDARDS FOR PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE

Summary

Violence in the family or family community represents an ancient form of manifestation of crime of violence that takes place in the circle of close relatives or marital or extra-marital partners. However, only recently, under the influence of a number of relevant international universal and regional documents, among which the Istanbul Convention stands out, this form of violence is gaining its legal life. Namely, a large number of modern criminal justice systems establish a system of criminal responsibility and punishability for various forms and forms of domestic violence manifestations. A similar situation exists in the Republic of Serbia.

In the Republic of Serbia for the first time this criminal act was introduced by the amended Criminal Code of the Republic of Serbia from April 2002 in the provision of Article 118a. The almost identical description, concept, elements of beings, characteristics, forms of manifestation and prescribed punishment for this criminal offense are foreseen in the chapter nine-fold, in the group of criminal offenses against marriage and family and the 2005 Criminal Code. In addition to the basic form of this criminal offense, this Code also recognizes its special form (which stipulates responsibility for non-execution of special measures determined by the court on the basis of the Family Law), or three weighted, qualified forms of manifestation (depending on the circumstances of the execution of the work, means of undertaking the action, and the extent and intensity of the resulting consequences).

Somewhat before, the concept and forms of domestic violence are also defined in the Family Law of 2005. This is not a rarity in modern criminal legislation that this crime is simultaneously imposed in criminal, but also in offensive legislation, which is often known by the system of special preventive measures applied to perpetrators of violence, that is, the system of measures to support victims of such violence. In addition, in 2016, a special Law on the Prevention of Domestic Violence was adopted in the Republic of Serbia, which, with a wide range of preventive - protective measures and obligations of the competent state authorities, establishes an effective, lawful and high-quality mechanism for the protection against repetition of domestic violence.

All these legal regulations on the prevention and repression (suppression) of various forms and forms of domestic violence show, on their

basis, relevant universal (OUN) and regional (Council of Europe) international documents. The Istanbul Convention of 2011 is particularly important among European documents. This "violence against women" is a violation of human rights, but also forms of discrimination against women. As such, all acts of gender-based violence that lead to or may lead to: physical, sexual, psychological, or financial injuries or suffering for women, including threats to such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether in the public, private life. As a "domestic violence", every act of physical, sexual, psychological or economic violence that comes from within a family or household, or between former or present spouses or partners, is determined, whether or not the offender shares or shares the same residence with victim, while "gender-based violence against women" is violence directed against a woman because she is a woman, that is, disproportionately affects women (where the term "woman" includes girls - children under 18 years of age).

The Istanbul Convention is of particular importance for all national legislations of the member states of the Council of Europe, such as the Republic of Serbia, in particular, because it insists on a system of general and special prevention measures that would not, or would be, reduced to acceptable domestic violence or violence against women minimum.

Жељко НИКАЧ*

Криминалистичко-полицијски универзитет Београд

Бранко ЛЕШТАНИН**

Правни факултет Универзитета у Нишу

МУП Републике Србије

КОНЦЕПТ ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА И ДЕМОКРАТИЗАЦИЈЕ ДРУШТВА*

Апстракт: У реферату су изложени најважнији елементи савременог концепта организације и рада полиције у заједници под називом *Community policing*, који је прихваћеном у развијеном свету и нешто касније у земљама у транзицији. У Републици Србији овај модел је усвојен након друштвених промена и почетка реформе државне управе, чији је полиција интегрални део. У средишту модела је организација и начин рада полиције који одговара потребама савременог друштва постављеног на темељима демократије, парламентаризма, плуразма и владавине права. Као надградња промовисан је *Полицијски обавештајни модел* (ПОМ) као нови систем у обављању полицијских послова у Србији. Аутори су посебно изнели критичке ставове о примени модела Полиције у заједници у пракси, са предлозима за унапређење. У завршном делу дати су предлози *de lege ferenda* за унапређење националног легислативног оквира, релаксацију полицијских процедура и прихватање добре праксе развијених држава.

Кључне речи: полиција, реформа, *Community policing*, Србија и ЕУ.

1. УВОД

У последњој декади минулог века дошло је до колапса комунистичког система у Европи и дуго очекиваних друштвених промена у земљама социјалистичког блока, које су до тада биле затворене и изоловане. Промене су захватиле све области друштвеног живота и

* Редовни професор, zeljko.nikac@kpu.edu.rs

** Докторанд, blestanin@gmail.com

*Реферат је резултат рада на Пројекту „Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција,“ МПНТР РС бр.179045.

започета је транзиција у друштвено-политичком, правном и економском систему.

Као домино ефекат талас промена се проширио и на некадашњу Југославију која је била оптерећена унутрашњим економским и политичким проблемима, посебно због недостатка воље политичких елита да се очува и трансформише заједничка држава на миран начин и институционално. Национализам и сепаратизам су однели превагу над интеграцијама и суживотом што је све кулминирало (грађанским) ратом и довело до великог броја жртва, рањених и прогнаних лица, као и проузроковало несагледиву материјалну штету. После окончања ратних сукоба успостављен је мир Дејтонско-париским мировним аранжманом (1995) и потом Кумановским споразумом (1999). Осим тешких инцидената на КиМ (2004) крхки мир је одржан до данас и започете су друштвене промене у новонасталим државама.

Према Пројекту европског управног простора² Србија је покренула реформу државне управе и с тим у вези и полиције, као апарата силе који треба да буде под демократском контролом друштва. Традиционални, затворени и централизовани модел организације и рада полиције није био кохерентан потребама савременог друштва, па је покренут процес трансформације МУП и полиције у његовом саставу.³ По узору на развијени свет из састава МУП је издвојена тајна служба и формирана БИА, као агенција под контролом Владе.⁴ Реформа у оквиру сектора безбедности је настављена у погледу војних служби безбедности оснивањем ВБА и ВОА,⁵ затим у оквиру локалне самоуправе формирањем Комуналне полиције,⁶ правним уређењем сектора приватне безбедности⁷ и водећом улогом Савета за националну безбедност⁸ као кровне институције за координацију рада служби безбедности.

²Више: Д.Кавран, „Европски управни простор, реформа и образовање државне управе“, *Правни живот* бр.09/2004, 1059-1075

³Ж.Никач, *Полиција у заједници*, КПУ, Београд, 2019, 31-36.

⁴Закон о БИА, „Службени гласник РС“ бр.42/02, 11/09, 65/14-Одлука УС и 66/14.

⁵Закон о ВБА и ВОА, „Службени гласник РС“ бр.88/09,55/12-Одлука УС и 17/13.

⁶Закон о комуналној полицији, „Службени гласник РС“ бр.51/09.

Након усвајања новог ЗОП инициране су измене и допуне Закона о комуналној полицији које ће обухватити не само нови назив, већ и новеле у погледу појединих овлашћења и друга питања. <https://www.pravniportal.com/najnovije-izmene-i-dopune-zakona-o-komunalnoj-policiji/> 21.04.2019.

⁷Закон о приватном обезбеђењу, „Службени гласник РС“ бр.104/13 и 42/15 и Закон о детективној делатности, „Службени гласник РС“ бр.104/13.

⁸За потребе рада Савета основана је Канцеларија СНБ и заштиту тајних података, Закон о основама уређења служби безбедности РС, „Службени гласник РС“ бр.116/07 и 72/12.

Реформа полиције је најпре артикулисана одредбама Закона о полицији (2005),⁹ затим новим прописом (2016)¹⁰ и последњим новелама (2018).¹¹ То су пратиле организационе промене и уместо некадашњег Ресора јавне безбедности основана је Дирекција полиције, која у свом саставу има сродне специјализоване линије рада и територијалну полицију.

Истакнут је нови начин организације и начина рада полиције по моделу *Community policing* (Полиција у заједници), где је у првом плану сервисна улога полиције у заједници. Као сервис грађана полиција и њени припадници поштују захтеве локалне самоуправе и грађана и обављају послове на остварењу пуне безбедности у заједници. У борби против криминалитета усвојен је савремени модел *Intelligence Led Policing* (Полицијски обавештајни модел-ПОМ),¹² који је у развијеном свету водећи у борби против организованог и тешког криминала.

Трансформација полиције је посебно важна у погледу наше апликације за пријем у ЕУ и отворених поглавља бр.23 /правда, слобода и безбедност/ и бр.24 /правосуђе и основна права/. Потребно је довршити започету транзицију сектора безбедности и полиције, хармонизовати усвојени модел и начин рада са добром праксом држава ЕУ и нашом полицијско-правном традицијом. Реформа полиције неће моћи бити брзо окончана због актуелних унутрашњих и спољних прилика, али и чињенице да се у пракси још трага за оптималним моделом организације и начина рада МУП РС и полиције.¹³

2. ПОЛИЦИЈА У ЗАЈЕДНИЦИ – ПОЈАМ, ЕЛЕМЕНТИ И ПРИНЦИПИ

2.1. Периодизација у историјском развоју полиције, осврт

Према водећим схватањима у савременој доктрини, посебно америчкој, у историјском развоју полиције наводе се следеће *етане*: а)

⁹Закон о полицији, „Службени гласник РС“ бр.105/05, 63/09 - одлука УС, 92/11 и 64/15.

¹⁰Закон о полицији-ЗОП, „Службени гласник РС“ бр.06/16.

¹¹Закон о изменама и допунама (ЗИД) Закона о полицији, „Службени гласник РС“ бр.24/18.

¹²Б.Лештанин, В.Божих, Ж.Никач, „Правни оквир за успостављање криминалистичко обавештајног модела према стандардима ЕУ“, Зборник радова *Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама (Acquis Communautaire) ЕУ – стање у БиХ и искуста других*, Истраживачки центар, Бања Лука, 2018, 241-254.

¹³Ж.Никач, Б.Лештанин, „Критички осврт на Закон о полицији“, *Култура полиса* 32/2017, 217-223.

политичка, б) реформска и в) ера полиције у заједници.¹⁴ После познатог терористичког напада на Светски трговински центар у САД од 11. септембра 2001. године, амерички аутори заговарају идеју о четвртој по реду етапи у периодизацији полиције, под називом „ера борбе против тероризма“.¹⁵ Поменута етапа још није општеприхваћена у обавештајно-безбедносној заједници у свету, али је због перманентне опасности од тероризма изгледно да ће се то десити у наредном периоду.

Ера полиције у заједници (1970 до данас) обухвата период у којем је дошло до општег техничко-технолошког напретка друштва, као и неколико преломних историјских догађаја у модерној светској историји. Међу њима од посебне важности су окончање процеса деколонизације у свету, завршетак светске нафтне (економске) кризе и пад Берлинског зида, односно слом комунизма. У новом друштвеном амбијенту у најразвијенијим земљама света зачета је идеја *Community policing*-а као нове етапе у развоју, организацији и методологији рада полиције. Главне карактеристике савремене полицијске организације су: легитимитет заснован на подршци грађана, релативно децентрализована организација, улога у решавању проблема (локалне) заједнице, партнерство са заједницом, задовољство грађана, превентивни рад, пешачке патроле, квалитет живота и безбедност заједнице.

2.3. Полиција у заједници – појам и елементи

а) *Појам Community Policing* је релативно слично одређен у актуелној литератури па смо се поделили за становиште које су изнели познати амерички полициолози Роберт Тројановиц (Robert Trojanowicz) и Бони Букеро (Boonie Bucqueroux).

Полиција у заједници изражава *нову филозофију* полицијског рада, засновану на идеји да полицајци и грађани раде заједно, те да на различите креативне начине решавају проблеме на нивоу локалне заједнице који су везани за криминал, страх од криминала и друге друштвене поремећаје. Циљ заједничког деловања је да се успоставе и развијају квалитетни односи између полиције и њених припадника са грађанима и заједницом, који треба да дефинишу приоритете и унапред квалитет живота на подручју где живе.¹⁶

Као нови модел организације и начина рада полиција у заједници помера фокус полицијског деловања са реаговања на пријаве грађана, на

¹⁴ L.G. Kelling, H.M. Moore, *Community policing*, 2000, 96–116.

¹⁵ Ж.Никач, *op. cit.*, 49-51.

¹⁶ Више: R. Trojanowicz, B. Bucqueroux, *Community Policing: How to Get Started*, Anderson Publishing Company, Cincinnati 1990.

конкретно решавање проблема. Програми рада полиције у заједници иду за тим да уоставе снажне везе између полицијске организације, грађана и локалне самоуправае с посебним акцентом на унапређењу професионализма у полицијској делатности.

У савременој доктрини се даље наводи да постоји неколико **аспеката** концепта полиције у заједници: филозофски, стратешки, тактички и организациони.¹⁷ *Филозофски* аспект обухвата поменућу нову филозофију рада уз поштовање креативне улоге заједнице и грађана, што омогућава потребан утицај грађана на полицијски рад¹⁸ и самосталнији рад полицијских службеника. *Стратешки* аспект претпоставља оперативност концепта и преводи филозофску димензију у акцију у којој се истичу: промене у вршењу полицијских активности, територијално усмеравање рада и превенција. *Тактички* аспект чине радње којима се идеја и стратегија *community policing* преводи у конкретне програме, праксу и понашање, што треба да доведе до позитивне интеракције са грађанима, стварање партнерстава и решавање проблема. *Организациони* аспект обухвата потребне измене у организацији и менаџменту полиције, контроли рада и надзору којима се утиче на имплементацију *Community Policing*-а и модернизацију стилова руковођења, праћења рада, изградњу организационе културе и увођење стратешког планирања.

б) Основне компоненте концепта *Community policing* су партнерство са заједницом и проблемски оријентисан рад полиције.

Партнерство подразумева сарадњу и развијање равноправних односа између полиције, институција, локалних самоуправа, организација, пословне заједнице и грађана и то пре свега у идентификовању и решавању безбедносних проблема, али и других комплементарних питања. Партнерски однос омогућава да заједница истакне своје безбедносне и друге приоритете, а да полиција партиципира са својим ресурсима на добробит заједнице и њених грађана.

Након утврђивања приоритета и идентификације проблема заједница (локална, држава, грађани) и полиција делују партнерски ради проналажења дугорочног решења за узроке и последице криминалитета. У том контексту полиција делује проактивно, спречава проблеме или предупређује кризне ситуације. У случајевима одсуства партнерског приступа, полиција делује у релативној изолацији и реагује на инциденте тек када избију.

¹⁷ Пројекат „Теоријски и практични аспекти имплементације полиције у заједници (*Community Policing*)“, МУП РС, ВШУП, ИРЈ, Београд, 2005. Руководилац (аутор) проф. др Б.Симоновић, 12–16.

¹⁸ Позната максима гласи „*Од грађана, за грађане и са грађанима*“ (енгл. *Of the people, for the people and by the people*).

Проблемски оријентисан рад полиције обухвата заједнички интерактивни приступ и деловање полиције и заједнице у идентификовању и решавању конкретних безбедносних проблема. Основ овог приступа је студија проблема заједнице која полази од анализе конкретне проблематике са којом се суочава локално подручје, као што су социопатолоше појаве просјачење, проституција, малолетничка делинквенција и др.). Потом следи анализа очекивања заједнице и грађана од полиције, на основу које се даље утврђују средства и методе за адекватан одговор на идентификоване проблеме.¹⁹

Концепт има три основне фазе: дефинисање проблема, истраживање и утврђивање алтернативних решења. Интенција је да полиција буде проактивна и да иде у сусрет проблемима, а не да чека да се они развију и сходно томе да исте решава у сарадњи са грађанима и другим субјектима социјалне контроле. Полиција настоји да се преусмери са постојеће стратегије са инцидента на инцидент, са једног на други случај, на проблемски оријентисан рад.

Проблемски оријентисан рад треба да буде стандардни оперативни модел полицијског рада и практикован од стране полицијских службеника свих звања, са непосредно практичним значајем, уз мултиганецијски приступ и сарадњу са другим агенцијама за примену закона и службама, као и уз могућност утицаја, партиципације и одговорности заједнице за своју заштиту.²⁰

3. ПОЛИЦИЈА У ЗАЈЕДНИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ПОЧЕТНА ИСКУСТВА И ПЕРСПЕКТИВЕ

3.1. Полицијски рад од средине седамдесетих до краја деведесетих година

а) Полицијски рад у локалној заједници у некадашњој Југославији и Републици Србији био је у складу са друштвено-политичким и економским приликама у ранијој држави. У периоду од средине 60 – тих до краја 80-тих прошлог века био је актуелан концепт „друштвене самозаштите“ који је имао извесне сличности са моделом Community policing-a. Полиција је била устројена по централизованом моделу организације, али уз уважавање локалних специфичности.

¹⁹ Н. Goldstein, „Improving Policing: A problem-Oriented Approach“, *Crime and Delinquency* 2/1979, 25.

²⁰ G. Cordner, „Community policing, Elements and Effects“, In: *Critical Issues in Policing: Conterporary Readings*, (eds. R. Dunham and G. Alpert), Prospect Heights, IL Waveland, 1998, 52–55.

Основни облици полицијског рада били су територијални, линијски и објектни. Територијални облик рада или, како се у полицији зове, рад на безбедносном сектору, дефинисан је као основни принцип рада полиције.²¹ Безбедносни сектор је географска целина која обухвата подручје једне или више месних заједница, који је организационо и институционално представљао основну ћелију рада подељену на позорничке и патролне рејоне. У том периоду полиција је организовала и подстицала заједнички рад и окупљање грађана формирањем савета за безбедност и других тела при скупштинама општина и у месним заједницама.

б) Полицијски рад у локалној заједници од 90-тих до 2000. године обележава напуштање превентивних облика деловања, па су у први план избили милитаристички концепт полиције и репресивни начин рада. На то су примарно утицале друштвене, политичке и економске (не) прилике које су ескалирале до ратних сукоба на територији некадашње заједничке државе са катастрофалним последицама које осећамо до данас. Класични полицијски послови на сузбијању криминалитета и других незаконитих појава и догађаја у локалној заједници сведени су на минималну меру, а акценат је стављен на припрему и извршавање полицијских задатака на територијама захваћеним ратним сукобима као што је то био случај са АП КиМ.

Рад полиције на секторима, патролним и позорничким рејонима је у овом периоду у великој мери замро и припадници полиције су имали елементарне контакте са грађанима, што је дезавуисало оперативни рад на терену. Полиција је била усмерена на одржавање јавног реда и мира на бројним политичким и другим скуповима.²² Полицијска организација је била строго централизована са израженом хијерархијом и командном структуром, док на локалном нивоу полиција није имала слободу самосталног деловања већ је добијала наређења из седишта МУП-а.

Овај период обележавају бројна нерасветљена политичка и мафијашка убиства, као и друга најтежа кривична дела која су продукт организованих криминалних група. Међу њима предњаче производња и стављање у промет опојних дрога, кријумчарење акцизних роба и дефицитарних производа (нафта, цигарете), фалсификати и преваре у свим областима.

Као резултат таквог стања били су повлашћени појединци који су стекли енормно богатство, остварили блиске родбинске и друге везе са појединим носиоцима власти. Створени су отуђени центри моћи и спрега

²¹ Ж.Никач, *op. cit.*, 219-242.

²² Ж. Никач, „Слобода јавног окупљања и активности полиције МУП РС на заштити права на живот и других вредности“, *Правни живот* бр. 9/2014, 227-246.

појединаца из државног врха са организованим криминалом, услед чега су један број појединаца и фирми били недодирљиви за правосудне органе. У истом периоду порасла је значајно и корупција у управи, полицији, правосуђу и осталим областима друштвеног живота. Посебан апсурд је био што је официјелна статистика у овом раздобљу наводила изузетну ефикасност полиције у расветљавању кривичних дела (79%), док су грађани и њихова имовина били све маље безбедни.

Укратко, деведеситих ратних година простори некадашње Југославије и Србије постали су рај за организоване криминалне групе и њихове активности, што је констатовано и у официјелним извештајима међународних организација (пр. ОЕБС).²³

3.2. Полицијски рад од 2000. године до данас

Након друштвених промена крајем 2000. године долази до покретања процеса трансформације државних органа с циљем професионализације и деполитизације. На идентичан начин је покренута трансформација МУП РС и полиције у његовом саставу, што је у одређеној мери и остварено претходних година. Почетне прогнозе су указивале да реформу министарства силе неће бити лако спровести и посебно не брзо, јер су били евидентни отпори изнутра и у самом друштву. У том контексту значајна је била помоћ међународне заједнице и њених институција.

а) Почетни документ за трансформацију МУП и полиције била је **Визија за реформу МУП** донета још 2002.године.²⁴ У документу су истакнути следећи магистрални правци: замена традиционалног модела концептом Полиције у заједници, полицијско преузимање државне границе од војске, оснивање само једне специјалне јединице, борба против корупције, појачана унутрашња контрола рада полиције, посебно поштовање и заштита људских права и грађанских слобода, демократизација и контрола рада полиције.

Први кораци учињени су увођењем *Стратегије полицијског рада* која се заснива на новим основама: превентивном раду на терену, изградњи институционалног односа полиције и грађана, сарадњи полиције са другим институцијама (мултисекторски приступ) и грађанима,

²³ Ц.Слејтер, *Извештај о процени стања људских права, етике и стандарда полицијског функционисања у СРЈ - Србији и Црној Гори*, ОЕБС, Београд, 2001, 5.

²⁴ Документ *Визија за реформу МУП РС*, Сажетак, МУП РС, Официјелни документ, Београд, 2003.

едукацији припадника полиције и грађана, транспарентном односу са медијима, територијалном и проблемски оријентисаном раду полиције.²⁵

б) Свакако најважнија иницијатива била је увођење *Пилот пројекта „Полиција у заједници“* којим је отпочела прва фаза у развоју и реализацији модела Community policing-а у Србији. У том контексту инициране су поједине превентивне мере, проактивни облик полицијског рада, полицијско покривање територије, успостављање нових облика сарадње и комуникације са грађанима, локалном самоуправом и медијима.

Пројекат је отпочео у јулу 2002. када је формирано *централно тело* за имплементацију и координацију пројекта, у чији су састав ушли представници локалних самоуправа, ОЕБС-а, полиције, експерти и лица по позиву. Пројекат је кренуо са реализацијом на територији више општина: Прешево, Медвеђа и Бујановац, Београд - општина Звездара, Нови Бечеј, Врњачка Бања и градско подручје Крагујевца. На почетку пројекта је спроведена анкета међу грађанима и припадницима полиције са циљем да се сагледа почетно стање у овој области и очекивања учесника и корисника, као и предузете друге припремне радње за реализацију пројекта.²⁶

Као најважније активности Пилот пројекта наводимо: оснивање *форума* на нивоу локалне заједнице; утврђивање методологије рада; едукацију полицијских службеника, реформу програма полицијског образовања, оспособљавања и усавршавања, обезбеђење материјално-техничких ресурса, медијску подршку и др.²⁷

Пилот пројекат је трајао пет година након чега је спроведена евалуација и потом успостављен официјелни концепт под називом *Рад полиције у заједници*, који је данас правно артикулисан одредбама ЗОП-а (чл.27).

У функцији боље имплементације пројекта полиције у заједници дате су и прве сугестије за његово унапређење и промене које су обухватиле: увођење у праксу савремене полицијске стратегије; институционализовање односа полиције са грађанима, повезивање полиције са другим институцијама и сарадњу са грађанима; едукацију жртава; професионални однос полиције и медија; анализу безбедности и безбедносних потреба у локалној заједници, предлагање решења и програма превенције; територијални полицијски рад на сектору и проблемски оријентисан рад.²⁸

²⁵ Ж.Никач, *op. cit.*, 219-242.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

в) Даље су уследиле пројектне, истраживачке и друге активности као што је истраживање под називом „Опажање полиције у Србији“, у организацији МУП РС и ОЕБС-а. Истраживање је спроведено у пилот општинама: Београду – Звездара, Крагујевцу, Врњачкој Бањи, Новом Бечеју, Пршеву, Бујановцу и Медвеђи.

У вези процене безбедности и опажања проблема у локалној заједници преовлађује став да се већина грађана осећа релативно сугурно у свом блиском окружењу, док непријатне и опасне догађаје везују за одређена места, групе људи и стил живота. Безбедност у земљи и већини градова оцењују релативно ниско и изражавају посебну бојазан за децу и младе. Као реалне ризике наводе доступност наркотика, алкохола и оружја, затим безбедност деце у школама, вршњачко насиље, обијање станова, разбојништва, крађу возила и насиље у породици.²⁹

У погледу ставова према снагама реда, полицији и њеном раду постоје позитивни помаци, јер је садашње стање оцењено бољим него у претходном периоду. Констатоване су позитивне промене у понашању и раду организације и њених припадника, али је с друге стране истакнуто да је полиција недовољно успешна у сузбијању и спречавању убистава, кријумчарења дрога, разбојништава, провала станова и насиља у породици. Као разлоге за слабије резултате наведени су лоши услове рада, слаба организација рада, недостатак средстава, недовољно едуковани кадрови, изостанак превентивног деловања и др. Испитаници из општинских органа, невладиних организација, судства и социјалне заштите су у највећем броју задовољни квалитетом односа са полицијом, брзином реаговања и успешношћу реализованих заједничких задатака. Замерке се односе на преузимање иницијативе за контакте и сарадњу, која према испитаницима углавном потичу од других служби.³⁰

Током истраживања профилисан је *прототип пожељног полицајца* којег у заједници грађани познају, који је упознат са проблемима у средини, укључује се у решавање проблема, пријатно се опходи и улива поверење.

г) У новије време остварено је више значајних резултата у имплементацији концепта полиције у заједници и то посебно у функцији владавине права, заштите и поштовања људских права, грађанских слобода и осталих универзалних вредности.

Због просторних и других лимита само подсећамо на важније резултате и то: увођење полицајца за превенцију, унапређење безбедности школа и ученика, активности на спречавању насиља у

²⁹ *Ibid.*, 246-247.

³⁰ *Ibid.*

породици, даљи тразвој проблемски орјентисаног рада, борбу против хулиганизма на спортским приредбама и др.

Као изузетно важно наводимо увођење посебног наставног предмета за најмлађе под називом ***Основи безбедности деце*** који се изучава у IV и VI разреду основних школа. Смисао је повећање безбедносне културе најмлађих који су посебно рањива социјална група и за чију су будућност заинтересовани не само родитељи, већ и заједница и држава. Програм обухвата вежне наставне јединице: безбедност деце у саобраћају (пешаци, бициклисти, путници у возилима); полиција у служби грађана (послови полиције, школски полицајац); насиље као негативна друштвена појава (појам, превенција, заштита); превенција злоупотребе и заштита деце од свих врста опојних дрога и алкохола; безбедно коришћење интернета и друштвених мрежа; превенција и заштита деце од трговине људима; заштита од пожара, техничко-технолошких опасности и природних непогода.³¹

Посебно значајан је и пројекат „**Матура 2018**“ који је усвојен у функцији веће безбедносне заштите ученика у школама као део шире активности заштите живота, права и слобода грађана, имовине, превенције криминала и унапређења безбедности у заједници.

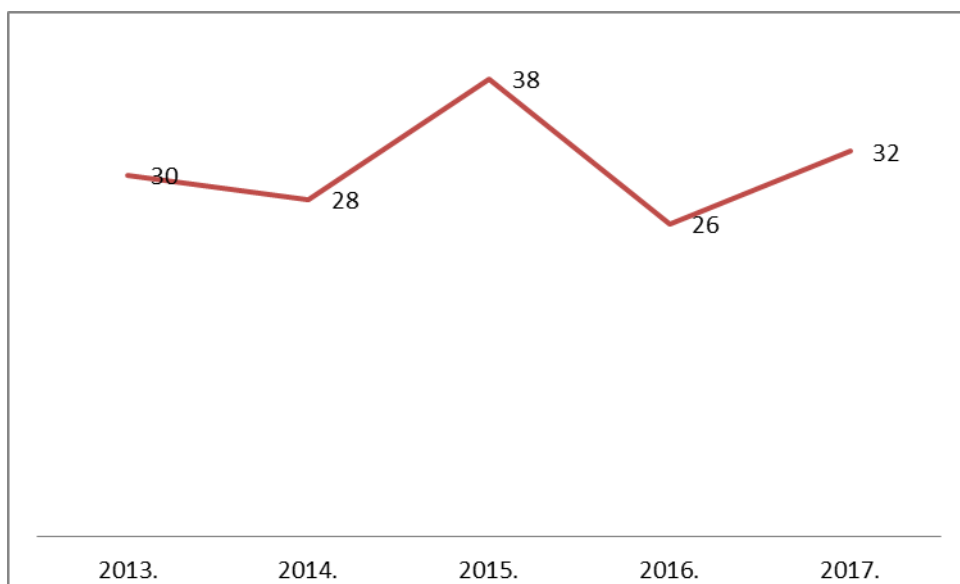
Циљ пројекта „Матура 2018“ јесте да се унапреди безбедност матураната, током манифестација које се организују поводом завршетка школе и да се успостави пуна сарадња полиције са школама, родитељима и ученицима, Министарством просвете, науке и технолошког развоја и другим субјектима у заједници. Реализација пројекта је предвиђена у свим средњим школама у Републици Србији, којих има укупно 590 и обухвата ученике завршних разреда који традиционално прослављају завршетак средње школе. Просторни и временски оквир пројекта утврђују се према календару активности школа и Правилнику МПНТР о школском календару за текућу шк.годину (2017/2018, 2018/2019 и даље).³²

Матурске прославе поводом завршетка средње школе имају одређене безбедносне ризике, појаве и догађаје које их прате. Прославе почињу већ у школским двориштима злоупотребом пиротехничких средстава, употребом алкохола и других психоактивних супстанци, а настављају се на улицама, парковима, трговима и другим местима. Под утицајем алкохола и опојних дрога ученици улазе у међусобне сукобе и туче након чега долази до повређивања, самоповређивања, пијанства,

³¹ Програм обуке „Основи безбедности деце“, МУП РС, Кабинет министра, бр.01-6012/17 од 07.06.2017.

³² Пројекат „Матура 2018“, МУП РС, Дирекција полиције, Управа полиције, официјелни документ, Београд, 2018.

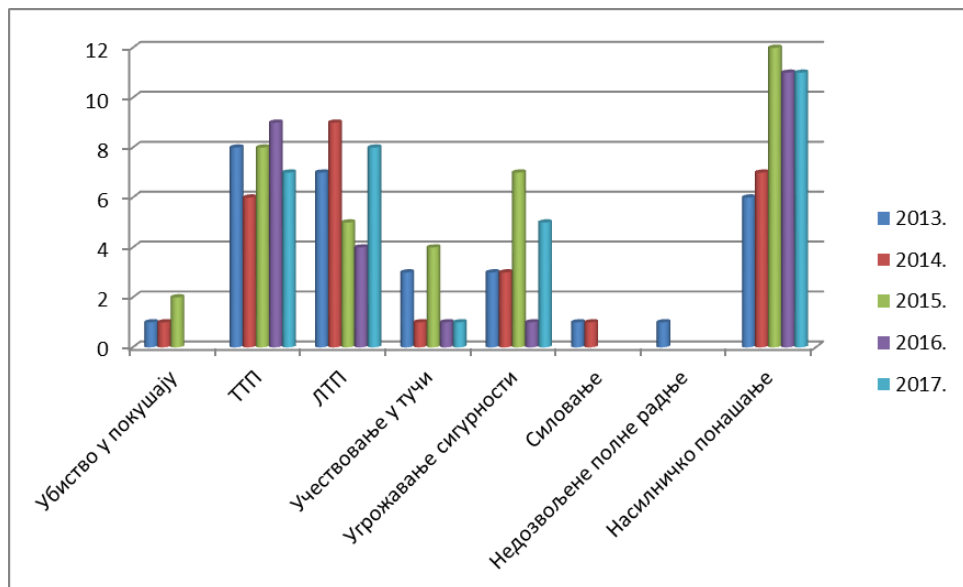
ометања саобраћаја, ремећења ЈРМ, криминалних аката и на крају сукоба са полицијом (Графикон 1).



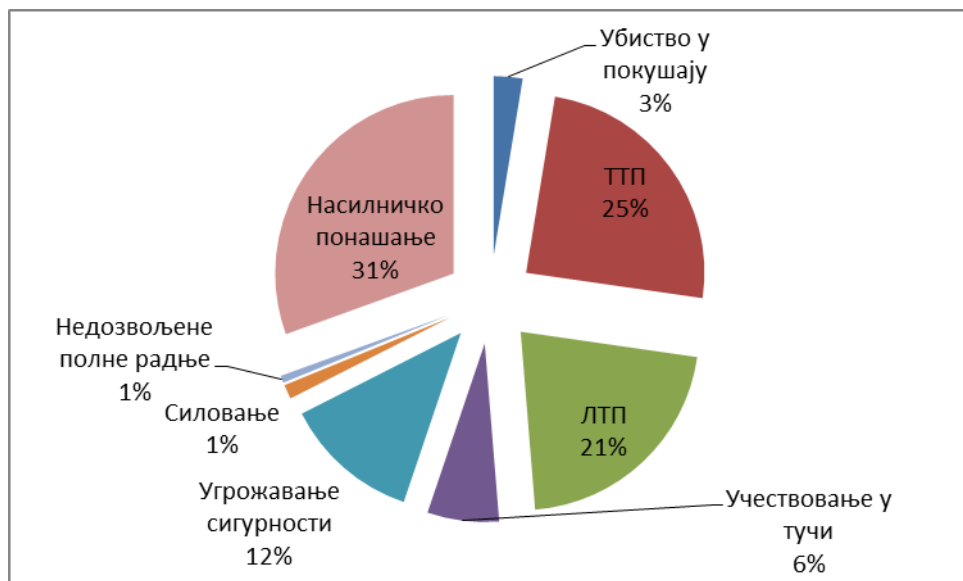
Графикон 1: Укупан број кривичних дела са елементима насиља чији су извршиоци и оштећени старости 18 и 19 год. у периоду 2013-2017³³

Поменути проблеми не утичу само на њихове актере и остале матуранте, већ и на безбедност осталих ученика у школи и других лица у широј зони окупљања и матурских прослава. Проблеми добијају на тежину услед чињенице да су непосредни актери и извршиоци прекршаја и кривичних дела лица старости од 17 до 19 година и да се то понавља сваке године, што даје посебну димензију вршњачком насиљу у заједници (Графикони 2 и 3).

³³ Подаци из *Ibid.*, 5-7.



Графикон 2: Врсте кривичних дела са елементима насиља чији су извршиоци и оштећени старости 18 и 19 год. у периоду 2013-2017³⁴



Графикон 3: Учешће појединих кривичних дела са елементима насиља чији су извршиоци и оштећени старости 18 и 19 год. у периоду 2013-2017³⁵

³⁴ Ibid.,

ЗАКЉУЧАК

Реформа полиције као дела сектора безбедности је процес који траје у Србији још од познатих друштвених промена до данас, а одвија се с мање или више успеха. У питању је део ширег процеса транзиције друштва и то у свим областима живота и рада у савременом тренутку.

У одговору на све ове изазове прихваћен је концепт *Community policing*-а који у први план истиче рад полиције у заједници, у интересу грађана и на добробит заједнице. У средишту модела је полиција као сервис гађана и њена услужна улога, па с тим у вези истицање превентивне улоге као примарне. Репресивна улога је само нужни алат за сузбијање криминала и других тешких безбедносних изазова када превенција затаји, а степен угрожавања заштићених добара ј изузетно велики.

Легислативни оквир за реформу полиције, савремену организацију и начин рада чини пре свега ЗОП и подзаконски акти за његову имплементацију. Међу њима се посебно истичу Кодекс понашања полицијских службеника и сродни акти усвојени на основу релевантних међународних норми у овој области. То је и у складу са апликацијом Републике Србије за пријем у ЕУ, па је и овај пропис прошао познати тзв. пут закона од сачињавања нацрта МУП као предлагача, достављања осталим овлашћеним субјектима на мишљење и сугестије, јавне расправе и упућивања Европској комисији на мишљење о квалитету решења и усклађености са европском легислативом.

Нормативна решења актуелног полицијског права код нас су релативно добра полазна основа за развој концепта „Полиције у заједници“. Сматрамо да због обиља норми ваља бити опрезан и *de lege ferenda* извршити *функционалну денормативизацију* ових прописа. У том смислу ваља сагледати искуства земаља из окружења и ЕУ које имају мању и одвојену полицијску легислативу (нпр. Хрватска - Закон о полицији и Закон о полицијским овлашћењима). Мишљења смо да би било целисходно још једном размотрити одредбе ЗОП које се односе на полицијске мере, радње и овлашћења, а које су комплементарне решењима из ЗКП, Закона о прекршајима и осталих прописа те отклонити дуализам норми и тгиме олакшати њихову примену у пракси. То се такође односи и на део посвећен радним односима и правима полицијских службеника и запослених у МУП, који заузима изузетно велики део законског текста.

³⁵ *Ibid.*, 5-7.

ЛИТЕРАТУРА

Визија за реформу МУП РС, Сажетак, МУП РС, Официјелни документ, Београд, 2003.

Cordner G., „Community policing, Elements and Effects“, In: Critical Issues in Policing: Conterporary Readings, (eds. R. Dunham and G. Alpert), Prospect Heights, IL Waveland, 1998, 45–68.

Закон о БИА, „Службени гласник РС“ бр.42/02, 11/09, 65/14-Одлука УС и 66/14.

Закон о ВБА и ВОА, „Службени гласник РС“ бр.88/09,55/12-Одлука УС и 17/13.

Закон о комуналној полицији, „Службени гласник РС“ бр.51/09.

Закон о приватном обезбеђењу, „Службени гласник РС“ бр.104/13 и 42/15

Закон о детективској делатности, „Службени гласник РС“ бр.104/13.

Закон о основама уређења служби безбедности РС, „Службени гласник РС“ бр.116/07 и 72/12.

Закон о полицији, „Службени гласник РС“ бр.105/05, 63/09 - одлука УС, 92/11 и 64/15.

Закон о полицији-ЗОП, „Службени гласник РС“ бр. 6/16, 24/18 и 87/18

Кавран Д., „Европски управни простор, реформа и образовање државне управе“, Правни живот бр.09/2004, 1059-1075

Kelling L.G., Moore H.M., *Community policing*, 2000

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

Никач Ж., Лештанин Б., „Критички осврт на Закон о полицији“, Култура полиса 32/2017, 217-223.

Никач Ж., *Полиција у заједници*, КПУ, Београд, 2019

Никач Ж., „Слобода јавног окупљања и активности полиције МУП РС на заштити права на живот и других вредности“, *Правни живот* 9/2014, 227-246.

Слејтер Ц., Извештај о процени стања људских права, етике и стандарда полицијског функционисања у СРЈ - Србији и Црној Гори, ОЕБС, Београд, 2001

Trojanowicz R., Bucqueroux B., *Community Policing: How to Get Started*, Anderson Publishing Company, Cincinnati 1990.

***Програм обуке „Основи безбедности деце“, МУП РС

***Пројекат „Теоријски и практични аспекти имплементације полиције у заједници (CommunityPolicing)“, МУП РС, ВШУП, ИРЈ, Београд, 2005. Руководилац (аутор) проф. др Б.Симоновић

***Пројекат „Матура 2018“, МУП РС, Дирекција полиције, Управа полиције, официјелни документ, Београд, 2018.

<https://www.pravniportal.com/najnovije-izmene-i-dopune-zakona-o-komunalnoj-policiji/>

<http://euintegracije.skgo.org/sr/documents/index/>

Željko Nikač, Ph.D

Full Professor, The University of Criminal Investigation and Police Studies,
Belgrade, Serbia

Branko Leštaniin, PhD candidate, Law Faculty of Niš

Ministry of Interior of Republic of Serbia

THE COMMUNITY POLICING CONCEPT IN THE FUNCTION OF DEVELOPMENT AND DEMOCRATIZATION OF SOCIETY

Summary

The paper outlines the most important elements of the modern concept of community policing, which is accepted in the developed world and somewhat later in countries in transition. In the Republic of Serbia, this model was adopted after social changes and the beginning of the reform of the state administration, within police as their integral part. At the heart of the model is the organization and way of work of the police that responds to the needs of a modern society based on democracy, parliamentarism, pluralism and the rule of law. As an upgrade, the Police Intelligence Model (Intelligence Led Policing) was promoted as a new way in performing policing in Serbia. In particular, the authors presented critical suggestions on the implementation of the Community Policing model in practice, with suggestions for improvement. In the final part, suggestions were made to *de lege ferenda* for the improvement of the national legislative framework, the relaxation of police procedures and the acceptance of good practice by developed countries.

Key words: *police, reform, Community policing, Serbia u EU.*

Марија СТОЈАНОВИЋ*

Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију

Весна ЖУНИЋ-ПАВЛОВИЋ**

Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију

ВАСПИТНИ НАЛОЗИ – САВРЕМЕНИ ОБЛИК РЕАГОВАЊА НА МАЛОЛЕТНИЧКУ ДЕЛИНКВЕНЦИЈУ¹

Апстракт: У раду је приказан тренд примене васпитних налога у Републици Србији, за период од 2012. до 2017. године, са освртом на проблеме који се појављују у њиховој реализацији. Евидентан је благи пораст примене васпитних налога, иако је њихова заступљеност у поређењу са укупним бројем кривичних пријава и укупно изреченим кривичним санкцијама и даље минимална. Током 2012. године васпитним налогом разрешено је само 3,22% случајева у којима је поднета кривична пријава против малолетника, док је у 2017. васпитним налогом разрешено 11,49% случајева у којима је поднета кривична пријава. Најзаступљенији васпитни налог свих година током посматраног периода био је *Поравнање са оштећеним*, док се васпитни налози најчешће примењују за кривична дела против имовине, кривична дела против јавног реда и мира и у случају кривичних дела против живота и тела. У извршењу васпитних налога појављују се бројни проблеми, као што су непотпуна нормативна регулатива, лоша интерресорка сарадња, недостатак једнаких институционалних капацитета у локалним заједницама и др. Уважавањем и радом на нерегулисаним питањима у овој области, очекује се да примена и реализација института васпитних налога буде на знатно вишем нивоу, уз остваривање свих позитивних ефеката које њихова примена доноси.

Кључне речи: мере диверзионог карактера, примена васпитних налога, малолетници.

* Асистент, s.marija1994@gmail.com

**Редовни професор, vzunicpavlovic@gmail.com

¹Рад је настао као резултат истраживања на пројектима „Социјална партиципација особа са интелектуалном ометеношћу“ (Бр. 179017) и „Криминал у Србији: феноменологија, ризици и могућности социјалне интервенције“ (Бр. 47011), које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. УВОД

Проблем малолетничке делинквенције је веома комплексан, стога је његово решавање приоритет у готово свим државама, укључујући и Републику Србију. Историјски посматрано, наша држава је примењивала различите механизме реаговања на понашања малолетника која су законом инкриминисана као кривична дела.

Једна од кључних тенденција у савременом малолетничком законодавству, покренута низом међународних стандарда и докумената, јесте примена диверзионих мера и поступака. У западно-европским државама је 70-их година прошлог века, насупрот класичним кривичним санкцијама и мерама, отпочела примена алтернативних мера према малолетницима које су имале сва обележја диверзионих мера, при чему се основни разлог увођења ових мера огледа у *кризи* која је захватила традиционални систем кривичних санкција, а у оквиру тога и оних које су изрицане малолетним учиниоцима кривичних дела². Диверзиони модел реаговања на малолетничку делинквенцију подразумева примену социјалних, образовно-васпитних и медицинских мера и поступака чија је основна сврха избегавање вођења кривичног поступка, односно обустављање већ покренутог кривичног поступка према малолетницима. У нашој земљи диверзиони модел поступања према малолетницима подразумева примену васпитних налога, као посебних мера, које законодавац препознаје од 1. јануара 2006. године.

2. НОРМАТИВНИ ОКВИР ПРИМЕНЕ ВАСПИТНИХ НАЛОГА

Реформа малолетничког законодавства у Србији резултирала је усвајањем Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица³ (у даљем тексту: ЗОМУКД), који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године. Тиме је кривичноправни статус малолетника регулисан као посебан и свеобухватан законски оквир, којим се уређује систем кривичних санкција за малолетне учиниоце кривичних дела, поступак и начин изрицања, као и поступак и услови извршења малолетничких кривичних санкција. Поред тога, посебна пажња посвећена је кривичноправној заштити малолетних лица у

²Божидар Бановић, Иван Јоксић, "Диверзиони концепт реаговања на криминалитет малолетника у Србији: законодавство и пракса", *Теме*, 2/2011, 349.

³Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗОМУКД, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005.

случају када су виктимизирана законом предвиђеним кривичним делима⁴. Темелј ЗОМУКД-а налази се у следећим међународним правним актима које је наша земља усвојила: Конвенција УН о правима детета из 1989. године⁵, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода⁶, Минимална стандардна правила за малолетничко кривично правосуђе (тзв. Пекиншка правила) усвојена од стране ОУН 1985. године⁷, Правила УН о заштити малолетника лишених слободe (тзв. Хаванска правила) из 1990. године⁸, Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције (тзв. Ријадске смернице) из 1990. године⁹, Стандардна минимална правила УН за алтернативне казнене мере (тзв. Токијска правила) из 1990. године¹⁰ и Европска правила о друштвеним санкцијама и мерама за спровођење малолетничког кривичног правосуђа (тзв. Бечка правила) из 1997. године¹¹.

Малолетничко законодавство подразумева, већ поменути, систем кривичних санкција и систем ванинституционалних облика реаговања на делинквенцију малолетника. У складу са ратификованим међународним стандардима и документима, у државној реакцији на делинквенцију малолетника примат имају мере, које укључују бригу, помоћ, усмеравање, надзор, образовање, програме третмана и стручне праксе и друге алтернативе традиционалном начину реаговања – институционалном третману, са интенцијом отклањања сметњи и неповољних услова за нормалан развој.

⁴Сања Топић, „Карактеристике савременог правног и друштвеног реаговања на малолетничку делинквенцију у Србији“, *Малолетничка делинквенција у свету и Србији: трендови и друштвени одговори* (ур. В. Николић-Ристановић, Ј. Стевковић), ИГП Прометеј – Београд и Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2014, 215-237, 217.

⁵Конвенција УН о правима детета из 1989. године, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 15/90.

⁶Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори“, бр. 9/03.

⁷Минимална стандардна правила за малолетничко кривично правосуђе – Пекиншка правила, „Резолуција УН“ бр. 40/33 од 29. новембра 1985. године.

⁸Правила УН о заштити малолетника лишених слободe – Хаванска правила, „Резолуција УН“ бр. 45/113 од 14. децембра 1990.

⁹Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције – Ријадске смернице, „Резолуција УН“ бр. 45/112 од 14. децембра 1990. године.

¹⁰Стандардна минимална правила УН за алтернативне казнене мере – Токијска правила, „Резолуција УН“ бр. 45/100 од 14. децембра 1990. године.

¹¹Европска правила о друштвеним санкцијама и мерама за спровођење малолетничког кривичног правосуђа – Бечка правила, „Резолуција Економско-социјалног савета УН“ бр. 97/39 од 21. јула 1997. године.

По угледу на европске и светске трендове, најновија реформа малолетничког кривичног законодавства уноси и елементе модела ресторативне правде, као савременог облика друштвеног реаговања на малолетничку делинквенцију. Један од елемената ресторативне правде огледа се у примени васпитних налога, као мера *sui generis*, односно мера посебне врсте које немају карактер кривичних санкција.

Васпитни налози су мере диверзионог карактера, чија је основна сврха непокретање или обустава кривичног поступка. Њиховом применом утиче се на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности, како убудуће не би вршио кривична дела. Основ за примену ових мера произилази, првенствено, из чл. 40. ст. 3. тач. б. Конвенције УН о правима детета коју је Република Србија 1990. године потписала и ратификовала, према коме је потребно и пожељно да се уведу мере поступања са децом која су прекршила закон, али без прибегавања судском поступку¹², али и из других међународних стандарда.

Према малолетном учиниоцу кривичног дела могу се применити један или више васпитних налога за кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година¹³. Васпитни налог према малолетнику може применити надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике¹⁴, уз испуњење основних услова за њихову примену, а то су, поред претходно споменутог објективног услова који се тиче тежине кривичног дела, и два субјективна услова: признање кривичног дела од стране малолетника и његов однос према кривичном делу и оштећеном. Као што се може видети, законодавац не прецизира природу односа учиниоца према кривичном делу и оштећеном, те јавни тужилац за малолетнике има широка дискрециона овлашћена при одлучивању да ли ће кривични поступак бити избегнут применом диверзије, или ће, пак, кривични поступак бити покренут. Ипак, претпоставља се да је реч о посебном односу према кривичном делу и оштећеном који се огледа у кајању и жељи да се учињена штета отклони¹⁵.

Законодавац дефинише пет васпитних налога, то су: *Поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице*

¹²Драган Јовашевић, „Новине о кривичном законодавству о малолетницима у светлу ресторативне правде“, *10 Темид*, 1/2004, 19.

¹³Чл. 5., ст. 1. ЗОМУКД.

¹⁴Чл. 5., ст. 2. ЗОМУКД.

¹⁵Милица Ковачевић, „Диверзиони концепт поступања према малолетним учиниоцима кривичних дела – општа разматрања и осврт на Србију“, *6 Правни записи*, 1/2015, 117.

дела¹⁶; *Редовно похађање школе или редовно одлажење на посао*¹⁷; *Укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја*¹⁸; *Подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога*¹⁹; *Укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту*²⁰.

Јавни тужилац за малолетнике може донети одлуку о непокретању кривичног поступка, уз примену васпитних налога из чл. 7. ст. 1. тач. 1-3. ЗОМУКД, односно може изрећи васпитне налоге *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 и Укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја*. Са друге стране, судија за малолетнике може да изриче све васпитне налоге предвиђене чл. 7. ЗОМУКД. Ово одређење није у складу са идејом примене васпитних налога као вида скретања са класичне судске процедуре, те би, према мишљењу појединих аутора, и јавном тужиоцу за малолетнике требало ставити на располагање свих пет васпитних налога²¹.

Приликом избора васпитног налога надлежни јавни тужилац за малолетнике и судија за малолетнике узимају у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног, водећи рачуна да се примењивањем једног или више васпитних налога не омета школовање или запослење малолетника²². Максимално трајање васпитног налога износи шест месеци, и у том временском периоду може бити укинута или замењена другим васпитним налогом. Избор, замена и контрола, односно надзор над применом васпитног налога се врши у сарадњи са родитељем, старатељем

¹⁶Чл. 7., ст. 1. ЗОМУКД.

¹⁷Чл. 7., ст. 2. ЗОМУКД.

¹⁸Чл. 7., ст. 3. ЗОМУКД.

¹⁹Чл. 7., ст. 4. ЗОМУКД.

²⁰Чл. 7., ст. 5. ЗОМУКД.

²¹С. Попић, „Правни и институционални оквир за примену алтернативних санкција и решења са елементима ресторативне правде у Србији“, *Ставови грађана и стручњака о алтернативним санкцијама и ресторативној правди* (ур. В. Николић-Ристановић, Н. Вучковић), Фондација Центар за демократију, Београд, 2015, 14-35, 24.

²²Чл. 8., ст. 1. ЗОМУКД.

или усвојиоцем малолетника, као и органом старатељства²³. Такође, веома је битна сагласност малолетника са изреченим васпитним налогом, јер је сврха самог диверзионог поступка избегавање силе или принуде.

Уколико малолетник испуни васпитни налог јавни тужилац ће донети решење о одбацивању кривичне пријаве, односно предлога оштећеног за покретање поступка²⁴, а судија за малолетнике доноси решење о обустављању поступка²⁵. У супротном, против малолетног учиниоца се води кривични поступак.

ЗОМУКД је основни нормативни оквир за примену васпитних налога, али с обзиром на то да су у извршењу васпитних налога укључени бројни друштвени подсистеми (образовање, социјална заштита, здравство, локална самоуправа, привреда, невладин сектор) битне елементе извршења чине и други закони и подзаконски акти, стратешки документи и протоколи којима се регулишу ове области²⁶. Најважнији су Породични закон, Закон о социјалној заштити, Закон о медијацији, Закон о основама система образовања и васпитања, Закон о здравственој заштити, Национални план акције за децу, Национална стратегија за младе итд.

3. ПРЕДНОСТИ ПРИМЕНЕ ВАСПИТНИХ НАЛОГА

Позитивни ефекти, и то како позитиван психолошки утицај на малолетника, тако и стимулација социјалних контаката кроз укључивање у друштвену заједницу и у том смислу овладавање социјалним и животним вештинама, огледа се кроз смањен број рецидива и осујећење могућности продубљивања конфликта²⁷. Такође, васпитни налози су јефтинији за државу, доприносе већој ефикасности судија и тужилаца и њиховом применом се уважавају интереси и потребе жртве.

Васпитни налози примењују се и са циљем да се избегне стигматизација малолетника која проистиче из кривичног поступка и, посебно, кажњавања малолетног учиниоца. Чињеница да малолетник има криминални досије доводи до етикетирања малолетника као *криминалца*.

²³Татјана Бугарски, „Васпитни налози као диверзиони модел поступања и њихова примена у пракси Вишег јавног тужилаштва и Вишег суда у Новом Саду“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2015, 99.

²⁴Чл. 62., ст. 4. ЗОМУКД.

²⁵Чл. 71., ст. 5. ЗОМУКД.

²⁶Републички завод за социјалну заштиту (2012). *Развој стандарда и процедура за примену васпитних налога*, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Standardi%20i%20procedure%20Vaspitni%20naloz.pdf>, приступ: 8. март 2019. године.

²⁷Јелица Вучковић-Јанковић, „Примена васпитних налога у тужилачкој пракси“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), 2012, 155-161, 159.

Означавање такве деце као проблематичне и њиховим строгим искључењем из друштва изрицањем најтежих малолетничких санкција (нпр. малолетничког затвора), а не пружањем других алтернативних видова помоћи усмерених на њихову рехабилитацију – може итекако утицати на даљи развој личности малолетника и њихово одрастање²⁸. То последично доводи до маргинализације и одбацивања малолетника као непожељног и опасног члана друштвене заједнице, као и до њихове даље криминализације.

На позитивне ефекте васпитних налога указује и пракса судија за малолетнике Вишег суда у Новом Саду током 2010. и 2011. године²⁹. Према њиховом искуству, малолетници су у потпуности извршили васпитне налоге који су били примењени. У шест од девет поступака, у којима су били примењени васпитни налози, није било рецидива. Такође, у два случаја, након што су малолетници у потпуности извршили васпитни налог *Укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација* наставили су да волонтирају у поменутиим организацијама. Наведена искуства указују на изузетно позитивне ефекте васпитних налога и на оправданост њихове примене увек када су за то испуњени законом предвиђени услови.

4. ПРИМЕНА ВАСПИТНИХ НАЛОГА – СТАЊЕ У СРБИЈИ С ОСВРТОМ НА ПРОБЛЕМЕ У ЊИХОВОЈ РЕАЛИЗАЦИЈИ

Примена васпитних налога, као диверзионих мера, могућа је само у оној мери у којој обезбеђује хуманизацију система кривичних санкција и отклањање кривичне процедуре у случајевима багателног, као и средњег криминалитета који је процентуално најзаступљенији у односу на целокупан криминалитет који врше малолетници³⁰. Врста и дужина диверзионог поступка мора бити прилагођена узрасту малолетника, његовим културним и социјалним приликама, а неуспели поступак диверзије се завршава кривичним поступком према малолетнику³¹.

²⁸Борислав Бојић, Светислав Влајнић, „Значај и примена алтернативних санкција према малолетницима“, *Култура полиса*, 31/2016, 420.

²⁹Драгана Драгичевић, „Примена васпитних налога у пракси Вишег суда у Новом Саду“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), 2012, 172-179, 175.

³⁰Т. Бугарски, *op. cit.*, 91.

³¹UNICEF diversion and alternatives, <http://www.createsolutions.org/unicef/whatdefinitionsdiversion.html>, приступ 8. март 2019. године.

Приликом разматрања о примени васпитних налога, узима се у обзир личност учиниоца, природа самог дела, околности под којима је дело извршено, ранији живот као и сва лична својства учиниоца.

Оно што отежава примену васпитних налога и успешну реализацију истих је, првенствено, непотпуна нормативна регулатива. Подзаконски акти, којима се ближе уређује примена васпитних налога, нису донети. Такође, велики проблем представљају и нерегулисана питања финансирања васпитних налога, као и непрецизно дефинисане улоге и одговорности бројних учесника у извршењу васпитних налога. То потврђује и пракса у Вишим тужилаштвима у Лесковцу, Прокупљу и Нишу, где је васпитни налог *Поравнање са оштећеним* спровео сам тужилац у просторијама тужилаштва, што значи да учесници у ланцу примене не знају у потпуности своје улоге, да се оне преклапају и да нису јасно дефинисане, као и да у тужилачким срединама нису исти услови за примену ових мера³². Примена васпитних налога подразумева активно учествовање великог броја актера. Поред правосудних органа, малолетника, његових родитеља или заступника, то су, пре свега, органи старатељства, затим образовне и здравствене установе, спортске и привредне организације, организације цивилног друштва и струковна удружења³³. Међутим, стање у пракси указује на лошу интерресорску сарадњу, како на централном тако и на локалном нивоу. Проблем представља и недостатак институционалних капацитета у локалним заједницама, који су неопходни за успешну реализацију васпитних налога.

Уз присуство бројних практичних проблема, посматрајући период од последњих неколико година, можемо приметити благи пораст примене васпитних налога, иако је учешће института васпитних налога у поређењу са укупним бројем кривичних пријава и укупно изреченим кривичним санкцијама и даље минимално (Видети Табелу 1). Подаци о примени, структури, као и о кривичним делима у случају којих су примењени васпитни налози преузети су са Републичког завода за статистику^{34,35,36,37,38,39}.

³²Ј. Вучковић-Јанковић, *op. cit.*, 157.

³³Драгица Влаовић-Васиљевић et al., „Стандарди и процедуре за примену васпитних налога“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), 2012, 145-155, 149.

³⁴Република Србија, Републички завод за статистику. (2013). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 577. Београд.

³⁵Република Србија, Републички завод за статистику. (2014). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 589. Београд.

³⁶Република Србија, Републички завод за статистику. (2015). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 604. Београд.

Као што се може видети, током 2017. године примењено је највише васпитних налога за посматрани период, у поређењу са 2012. годином током које је примењен најмањи број васпитних налога. Током 2012. године васпитним налогом разрешено је само 3,22% случајева у којима је поднета кривична пријава против малолетних лица, док је у 2017. васпитним налогом разрешено 11,49% случајева у којима је поднета кривична пријава. Посматрајући 2012. и 2017. годину, можемо закључити да постоји знатно боља позиција института васпитних налога, али још увек знатно лошија у поређењу са другим државама. Нпр. у Немачкој је током 2006. године применом диверзионих мера решено чак 69% малолетничких предмета⁴⁰.

Табела 1 – Примена васпитних налога (2012-2017)

Година	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Укупан број кривичних пријава	3913	3844	3110	3355	3643	3465
Укупан број изречених кривичних санкција	2302	2648	2034	1926	2032	1633
Број случајева у којима је примењен васпитни налог у циљу непокретања кривичног поступка	106	171	176	246	241	330
Број случајева у којима је примењен васпитни налог у циљу обуставе кривичног поступка	20	34	30	78	63	68
Укупан број случајева у којима је примењен васпитни налог	126	205	206	324	304	398

³⁷Република Србија, Републички завод за статистику. (2016). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 618. Београд.

³⁸Република Србија, Републички завод за статистику. (2017). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 630. Београд.

³⁹Република Србија, Републички завод за статистику. (2018). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 641. Београд.

⁴⁰Josine Junger-Tas, Frieder Dunkel, *Reforming Juvenile Justice*, Springer, New York, 2009, 154.

С тим у вези, можемо закључити да иако је последњих година присутна тенденција фаворизовања диверзионих облика поступања према малолетним учиниоцима, њихова примена у пракси није заживела. Оваква ситуација указује на несклад између онога чему се тежи у теорији и реалног стања у пракси.

Табела 2 – Структура примењених васпитних налога (2012-2017)

Година	2012	2013	2014	2015	2016	2017
<i>Поравнање са оштећеним</i>	108	163	150	215	167	216
<i>Редовно похађање школе или редовно одлажење на посао</i>	13	20	13	17	28	42
<i>Укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја</i>	13	17	46	90	110	112
<i>Подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога</i>	1	4	0	1	0	0
<i>Укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту</i>	0	3	7	10	10	22

Што се тиче структуре васпитних налога (видети Табелу 2), најзаступљенији васпитни налог свих година током посматраног периода био је *Поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела*. Најмање примењиван васпитни налог у 2012. и 2013. години био је *Укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту*, док је у периоду 2014-2017. васпитни налог *Подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога* примењен само једном, током 2015. године.

Проблеми у примени ова два васпитна налога проистичу из чињенице да у Србији здравствене установе не примају пацијенте млађе од 16 година. Такође, дневни третман одвикавања може да се реализује само уз двомесечно присуство родитеља који, уколико је у радном односу

може имати озбиљан проблем око изостанка са посла у том периоду⁴¹. Са друге стране, присуство родитеља третману у дневним болницама је обавезно, јер они имају улогу копаџијената. Дакле, условљавање од стране дневних болница у којима се пружа третман, у смислу обавезног присуства родитеља, и проблеми који могу настати на радном месту свакако доприносе неадекватној примени ових васпитних налога, те није ни чудо што је њихова примена сведена на минимум.

Истиче се да проблем у примени васпитног налога *Поравнање са оштећеним* – радом произилази из неповерења жртве виктимизиране кривичним делом против имовине, те у ретким случајевима жртве дају свој пристанак да малолетни учинилац изврши наведени васпитни налог⁴². Међутим, оправданост примене овог васпитног налога проистиче из анулирања штете нанете кривичним делом и из развијања одговорности и могућности развоја радних навика малолетног учиниоца. Други проблеми који се јављају у пракси приликом примене васпитних налога су недовољна квалификација (у смислу педагошког и психолошког знања и искуства) лица која учествују у поступку медијације, посебно код васпитног налога извињења оштећеном, што је психолошки веома захтеван поступак, а нарочито ако је и сам оштећени малолетно лице⁴³.

Код примене васпитног налога *Укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја* проблем се може јавити у сфери извршења истог, пре свега из разлога што установе којима је поверено извршење ове мере (културно-образовне установе, установе комуналних делатности и др.) немају ефикасан систем контроле извршења овог васпитног налога, те постоји бојазан да малолетници према којима се примењује овај институт, изиграју његово извршење⁴⁴.

У Табели 3 приказали смо врсте кривичних дела код којих су најчешће примењивани васпитни налози. Уочава се најчешћа примена васпитних налога у случају кривичних дела против имовине, што и није изненађујуће с обзиром да у целокупном малолетничком криминалитету доминирају кривична дела против имовине.

⁴¹Т. Бугарски, *op. cit.*, 100.

⁴²Александар Гаврић, „Изрицање и примена васпитних налога“, *Малолетничко правосудје у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), 2012, 161-172, 165.

⁴³Т. Бугарски, *op. cit.*, 100.

⁴⁴А. Гаврић, *op. cit.*, 167.

Табела 3 – *Кривична дела и примена васпитних налога (2012-2017)*

Година	Кривична дела	Број примењених васпитних налога
2012	<i>КД против имовине</i>	51
	<i>КД против живота и тела</i>	29
	<i>КД против јавног реда и мира</i>	15
2013	<i>КД против имовине</i>	125
	<i>КД против живота тела</i>	23
	<i>КД против јавног реда и мира</i>	17
2014	<i>КД против имовине</i>	111
	<i>КД против јавног реда и мира</i>	33
	<i>КД против живота и тела</i>	24
2015	<i>КД против имовине</i>	157
	<i>КД против јавног реда и мира</i>	62
	<i>КД против живота и тела</i>	31
2016	<i>КД против имовине</i>	134
	<i>КД против јавног реда и мира</i>	63
	<i>КД против живота и тела</i>	34
2017	<i>КД против имовине</i>	165
	<i>КД против јавног реда и мира</i>	76
	<i>КД против живота и тела</i>	62

Додатни проблем у вези са институтом васпитних налога тиче се непостајања јединствене евиденције о њиховој примени, реализацији и евалуацији. У том смислу, поред података Републичког завода за статистику, доступни су нам и подаци Републичког завода за социјалну

заштиту⁴⁵. Према евиденцији центара за социјални рад, у периоду 2011-2015. године уочљива је знатно већа примена васпитних налога у односу на претходно приказане податке. Током 2011. године примењено је 283 васпитна налога, са значајним повећањем примене током 2012. године на чак 634 налога, да би 2013. године њихова примена пала на 480 налога, са тенденцијом пораста током 2014. (681 васпитни налог) и 2015. године (773 васпитна налога).

Потреба за променом ЗОМУКД-а резултирала је припремом Нацрта новог закона, под називом Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку⁴⁶. На основу препорука за измене и допуне тренутног закона део Нацрта новог закона који се односи на васпитне налоге, такође предвиђа одређене измене.

У Нацрту новог закона допуњени су постојећи услови за примену васпитних налога и подигнута је граница објективног критеријума за њихову примену. Дакле, предвиђена је примена васпитних налога за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до осам година⁴⁷, као и услова који ће бити узимани у обзир. То су: признање кривичног дела од стране малолетника које је поткрепљено и другим доказима, околности које оправдавају примену васпитног налога под којим је то кривично дело учињено, пристанак малолетника на примену васпитног налога и однос према кривичном делу и оштећеном, из којег произлази оправданост васпитног налога⁴⁸.

Нацрт предвиђа допуну постојећих васпитних налога са још два васпитна налога: *Похађање курсева или припрема и полагање испита којима се проверава одређено знање*⁴⁹ и *Укључивање у одређене спортске активности*⁵⁰. Додатна измена која се тиче врсте васпитних налога,

⁴⁵Републички завод за социјалну заштиту (2015). *Деца у систему социјалне заштите*, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/izvestaj2016/deca%20u%20sistemu%20socijalne%20zastite%202015.pdf>, приступ 6. март 2019. године.

⁴⁶Министарство правде (2015). *Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку*, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступ 6. март 2019. године.

⁴⁷ Чл. 7., ст. 1. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

⁴⁸ Чл. 7., ст. 2. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

⁴⁹ Чл. 9., ст. 4. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

⁵⁰ Чл. 9., ст. 5. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

односи се на минималне преформулације налога *Укључивање у појединачни или групни третман*, и у Нацрту новог закона гласи *Укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи, саветовалишту или другој овлашћеној организацији*⁵¹. На овај начин се проширује опсег установа у којима је могуће реализовати овај васпитни налог, што ствара могућност укључивања различитих организација, олакшава и подстиче његову примену. Такође, прецизирано је питање вођења евиденције и статистике о примени васпитних налога, те се истиче да орган који је одредио васпитни налог о њему води и посебну евиденцију⁵². Статистику о васпитним налозима водиће Министарство надлежно за послове правосуђа⁵³. На овај начин ће бити олакшана анализа примене васпитних налога и стања у пракси, без постојања различитих евиденција чији су подаци неконзистентни.

Претходно споменути проблеми који се тичу недефинисаног питања финансирања реализације васпитних налога и нејасног дефинисања улога учесника у њиховој примени нису решени, али на темељу измена у новом Нацрту закона, са његовим ступањем на снагу можемо очекивати учесталију и успешнију примену васпитних налога који ће деловати у правцу позитивног развоја малолетника.

5. ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду наведене предности примене васпитних налога и негативне последице вођења кривичног поступка према малолетнику и изрицања кривичних санкција, можемо рећи да је неопходно радити на унапређивању система примене и реализације ових мера. Тренутно, примена института васпитних налога није на завидном нивоу, иако је евидентан напредак у односу на период од пре неколико година. Уважавајући искуства стручњака из праксе, предложене су одређене измене у Нацрту новог закона, под називом Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, које се тичу горућих проблема у овој области.

Сходно постојећим иницијативама, надамо се да ће, уважавањем и радом на нерегулисаним и непрецизно дефинисаним питањима у овој

⁵¹ Чл. 9., ст. 7. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

⁵² Чл. 11., ст. 1. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

⁵³ Чл. 11., ст. 4. Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.

области, примена и реализација мера диверзионог карактера бити на знатно вишем нивоу, уз остваривање свих позитивних ефеката који се везују за институт васпитних налога.

ЛИТЕРАТУРА

Бановић Б., Јоксић И., "Диверзиони концепт реаговања на криминалитет малолетника у Србији: законодавство и пракса", *Теме*, 2/2011, 349.

Бојић Б., Влајнић С., „Значај и примена алтернативних санкција према малолетницима“, *Култура полиса*, 31/2016, 420.

Бугарски Т., „Васпитни налози као диверзиони модел поступања и њихова примена у пракси Вишег јавног тужилаштва и Вишег суда у Новом Саду“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2015, 99.

Влаовић-Васиљевић Д., Цамоња-Игњатовић Т., Марковић Љ., Софреновић В., „Стандарди и процедуре за примену васпитних налога“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), Центар за права детета, Београд, 2012, 145-155.

Вучковић-Јанковић Ј., „Примена васпитних налога у тужилачкој пракси“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), Центар за права детета, Београд, 2012, 155-161.

Гаврић А., „Изрицање и примена васпитних налога“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), Центар за права детета, Београд, 2012, 161-172.

Драгичевић Д., „Примена васпитних налога у пракси Вишег суда у Новом Саду“, *Малолетничко правосуђе у Републици Србији* (ур. И. Стевановић), Центар за права детета, Београд, 2012, 172-179.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори“, бр. 9/03.

Европска правила о друштвеним санкцијама и мерама за спровођење малолетничког кривичног правосуђа – Бечка правила, „Резолуција Економско-социјалног савета УН“ бр. 97/39 од 21. јула 1997. године.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗОМУКД, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005.

Јовашевић Д., „Новине о кривичном законодавству о малолетницима у светлу ресторативне правде“, *10 Темида*, 1/2004, 19.

Ковачевић Милица, „Диверزيونи концепт поступања према малолетним учиниоцима кривичних дела – општа разматрања и осврт на Србију“, *6 Правни записи*, 1/2015, 117.

Конвенција УН о правима детета из 1989. године, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 15/90.

Минимална стандардна правила за малолетничко кривично правосуђе – Пекиншка правила, „Резолуција УН“ бр. 40/33 од 29. новембра 1985. године.

Министарство правде (2015). *Нацрт закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку*, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступ 6. март 2019. године.

Правила УН о заштити малолетника лишених слободе – Хаванска правила, „Резолуција УН“ бр. 45/113 од 14. децембра 1990.

Република Србија, Републички завод за статистику. (2013). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 577. Београд.

Република Србија, Републички завод за статистику. (2014). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 589. Београд.

Република Србија, Републички завод за статистику. (2015). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 604. Београд.

Република Србија, Републички завод за статистику. (2016). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 618. Београд.

Република Србија, Републички завод за статистику. (2017). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 630. Београд.

Република Србија, Републички завод за статистику. (2018). Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде, Билтен 641. Београд.

Републички завод за социјалну заштиту (2012). *Развој стандарда и процедура за примену васпитних налога*, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Standardi%20i%20procedure%20Vaspitni%20nalozi.pdf>, приступ: 8. март 2019. године.

Републички завод за социјалну заштиту (2015). *Деца у систему социјалне заштите*, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/izvestaj2016/deca%20u%20sistemu%20socijalne%20zastite%202015.pdf>, приступ 6. март 2019. године.

Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције – Ријадске смернице, „Резолуција УН“ бр. 45/112 од 14. децембра 1990. године.

Стандардна минимална правила УН за алтернативне казнене мере – Токијска правила, „Резолуција УН“ бр. 45/100 од 14. децембра 1990. године.

Ђопић С., „Карактеристике савременог правног и друштвеног реаговања на малолетничку делинквенцију у Србији“, *Малолетничка делинквенција у свету и Србији: трендови и друштвени одговори* (ур. В. Николић-Ристановић, Љ. Стевковић), ИГП Прометеј – Београд и Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2014, 215-237.

Ђопић С. (2015). „Правни и институционални оквир за примену алтернативних санкција и решења са елементима ресторативне правде у Србији“, *Ставови грађана и стручњака о алтернативним санкцијама и ресторативној правди* (ур. В. Николић-Ристановић, Н. Вучковић), Фондација Центар за демократију, Београд, 2015, 14-35.

Junger-Tas J., Dunkel F., *Reforming Juvenile Justice*, Springer, New York, 2009, 154.

UNICEF diversion and alternatives, <http://www.createsolutions.org/unicef/whatdefinitionsdiversion.html>, приступ 8. март 2019. године.

Marija STOJANOVIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Special Education and Rehabilitation – University of Belgrade

Vesna ŽUNIĆ-PAVLOVIĆ, Ph.D

Full Professor, Faculty of Special Education and Rehabilitation – University of Belgrade

EDUCATIONAL ORDERS – MODERN FORM OF REACTION TO JUVENILE DELINQUENCY

Summary

The paper presents the trend of application of educational orders in the Republic of Serbia for the period 2012-2017., with an overview of the problems that arise in their realization. There is a slight increase in the use of educational orders, although their representation is still minimal compared to the total number of criminal charges and total criminal sanctions. During 2012. only 3.22% of cases of criminal charges against juvenile were resolved with the educational order, while in 2017. 11.49% of the cases of criminal charges against juvenile were resolved with the educational order. The most frequent educational order for all years during the observed period was *Alignment with the damaged*, while educational orders are most often applied for criminal acts against property, criminal acts against public order and for criminal acts against life and body. Accepting the experience of people from practice, the most significant problems in the implementation of educational orders are incomplete normative regulations, poor inter-departmental cooperation, lack of equal institutional capacities in local communities, etc. By respecting and working on unregulated issues in this area, it is expected that the implementation and realization of the educational orders institute will be at a much higher level, while achieving all the positive effects that their application brings.

Key words: *diversionary measures, application of educational orders, juveniles.*

Вера ПЕТРОВИЋ*

Горан ЈОВАНИЋ*

Универзитет у Београду

Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију

ЛЕГАЛНИ И ФАКТИЧКИ АСПЕКТИ ЗАТВОРСКЕ КАЗНЕ ПРЕМА ЖЕНАМА

Апстракт: Жене чине релативно мали део затворске популације сваке земље. Удео жена у затворској популацији у свету се креће од 2 до 9%. Релативно ниска заступљеност жена у затворском сиситему, паралелно са високим трошковима одржавања затворског система, разлози су због којих су затвори преваходно дизајнирани у складу са потребама осуђених мушкараца. У преамбули Правила Уједињених нација о поступању са затвореницама и извршењу некустодијалних мера према осуђеним женама из 2010. године, се наводи да су затвори грађени по мери мушкараца, што води занемаривању специфичних потреба жена. Актуелно све се више пажње усмерава на чињеницу да осуђени мушкарци и жене имају другачије потребе током извршења затворске казне, које би требало да буду уважене, како би корективно-рехабилитациони третман био ефективан. Циљ рада је да укажемо на специфичне потребе и неке од проблема са којима се жене суочавају у затворском сиситему.

Кључне речи: *казна затвора, жене, дискриминација, третман.*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Релативно мала заступљеност жена у затворском сиситему, доприноси да њихове потребе за третманом, у затвору и након отпуста, неретко буду занемарене. Већи број студија наглашава разлике између мушкараца и жена на извршењу затворске казне, а које се одражавају на потребе у третману. Раним студијама је апострофирана карактеристика мушкараца која се односи на агресивност, док су жене које су починиле злочине посматране као особе са менталним поремећајима. Такво становиште често је присутно и данас, посебно када се ради о насилним злочинима, јер је уврежено мишљење да жене, за разлику од мушкараца,

* Асистент, verapetrovic@fasper.bg.ac.rs

* Ванредни професор, goranjovanic@fasper.bg.ac.rs

нису способне за агресивна и насилна дела.¹ То утиче на даљу изолацију, маргинализацију и дискриминацију жена, како унутар затворског система, тако и након изласка на слободу.² Релативно мала заступљеност жена у затворском систему доприноси да су затвори у великој мери дизајнирани тако да се фокусирају на потребе мушке осуђеничке популације. С тим у вези, у преамбули Правила Уједињених нација о поступању са затвореницама и извршењу некустодијалних мера према женама извршитељкама (тзв. Банкошка правила) из 2010. године, се наводи да су затвори грађени по мери мушкараца, што води занемаривању специфичних потреба жена.³ Неке жене затворенице посебно су рањиве због своје социјалне ситуације и културолошких улога. Оно што посебно разликује осуђене жене од осуђених мушкараца су фактори вазани за физичко, сексуално или психолошко насиље, укључујући насиље у породици, специфичне потребе за здравственом заштитом, одговорност за бригу о деци и/или породицама, те вероватноћа виктимизације након отпуста из затвора и напуштање од стране породице и сродника,⁴ из чега произилазе и разлике у потребама током корективно-рехабилитационог третмана у затвору. Диференцијалне карактеристике осуђених жена, чине да оне представљају посебно рањиву категорију, која има посебне потребе и захтеве у односу на мушку осуђеничку популацију, стога и начин поступања према њима треба да буде родно сензитиван.⁵ Овакво стање пред затворске управе ставља комплексан задатак балансирања између специфичних потреба жена у затвору и затворског система који је превасходно дизајниран према потребама осуђених мушкараца.

Стопа затварања жена се повећава, док затварање мушкараца бележи благи пад или константу. Треба напоменути да су званичне стопе криминалитета жена вероватно и подцењене, јер жене обично чине мање видљива кривична дела, као што је насиље у партнерским односима и

¹ L. Saavedra *et al.*, „Men and women’s prisons in the Portuguese press: The gender of punishment“, 21 *Punishment & Society*, 1/2019, 32.

² K. Watt *et al.*, „Imagine if I’m not here, what they’re going to do?—Health-care access and culturally and linguistically diverse women in prison“, 21 *Health Expectations*, 21/2018, 1160.

³ С. Ћопић, Б. Шаћири, „Жене у затвору у Србији: услови за живот осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу“, *Темид*, 2012/4, 24.

⁴ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ), <https://rm.coe.int/16808b642d>, 12. април 2019.

⁵ С. Ћопић, Љ. Стевковић, Б. Шаћири, „Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу“, *Темид*, 2012/4, 46.

злостављање деце.⁶ Већина жена се у затворима налази због ненасилних кривичних дела, а више од 50% њих рецидивира након отпуста.⁷ На основу резултата истраживања које је реализовано са 115 осуђеница из Казнено-поправног завода за жене у Пожаревцу, од укупног броја испитаних жена, 46% се налазило у затвору због кривичног дела убиства. Због кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога било је 16,5% осуђених жена. Њих 13,9% се налазило у затвору због крађе, 12,2% због разбојништва, 5,2% због насиља у породици, 3,5% осуђених жена се налазило у затвору због кривичног дела преваре и 2,6% због трговине људима.⁸ Поједини аутори наводе да жене врше убиства далеко ређе него мушкарци, а онда када их изврше, ређе од мушкараца користе ватрено оружје. Када врше убиства, жене најчешће убијају насилне мужеве или друге чланове породице који су их дуже времена злостављали, или децу.⁹

Имајући у виду чињеницу да се потребе осуђених мушкараца и жена знатно разликују, као и да постоји глобални тренд повећања затворске популације жена, намеће се потреба за уважавањем ових разлика у циљу адекватне процене ризика, капацитета и потреба и примене третмана који су прилагођени женској затворској популацији.

1. УЧЕШЋЕ ЖЕНЕ У УКУПНОЈ СВОТИ ИЗЕЧЕНИХ КАЗНИ ЗАТВОРА

Жене чине релативно мали део затворске популације сваке земље. Удео жена у затворској популацији у свету се креће од 2 до 9%.¹⁰ На пример, до 2014. године у Енглеској и Велсу је било око 4000 жена које су се налазиле на извршењу затворске казне, што чини 5% укупне затворске популације.¹¹ Поједини аутори наводе да жене чине око 7% укупне америчке затворске популације, при чему је више од једне трећине жена

⁶ V. de Vogel, M. Bruggeman, M. Lancel, „Gender-Sensitive Violence Risk Assessment: Predictive Validity of Six Tools in Female Forensic Psychiatric Patients“, 46 *Criminal Justice and Behavior*, 2019/4, 533.

⁷ A. Bove, R. Tryon, „The Power of Storytelling: The Experiences of Incarcerated Women Sharing Their Stories“, 62 *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 15/2019, 4816.

⁸ С. Попић, Б. Шаџири, *op cit.* 28.

⁹ В. Николић-Ристановић, С. Константиновић-Вилић, *Криминологија*, Прометеј, Београд, 2018, 233.

¹⁰ I. Kovčo Vukadin, M. Mihoci, „Nasilje u penalnim ustanovama“, 17 *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2010, 341.

¹¹ A. Sutherland, „A propensity score analysis of a community resettlement programme for women prisoners“, 19 *Criminology & Criminal Justice*, 1/2019, 116.

(36%) осуђено за насилне злочине, који обично доводе до дуготрајних казни.¹² Током 2015. године у америчким затворима се налазило 111.000 жена, што чини 7% затвореничке популације.¹³ У 2010. години у Мексику у укупној суми осуђених на затворску казну, налазило се 4,5% жена.¹⁴

Стопе затварања жена расту у време када је стопа затварања мушкарца стабилна или чак и смањена. Од 2000. године број жена у затворима се повећао и до око 50% и тај број расте на свим континентима.¹⁵ На пример, у Канади број осуђених жена је био 9% између 1999. и 2000. године. У периоду између 2008. и 2009. године учешће осуђених на затворску казну се повећао на 12% у укупној осуђеничкој популацији у Канади.¹⁶ Између 2000. и 2010. године, број жена у затворима у САД повећао се за 30,1%, док се број мушкараца у затворима повећао за 19,3%. Између 2010. и 2013. године, број жена затвореница у САД повећао се за 10,8% док је број мушкараца смањен за 4,2%.¹⁷

1.1. Осуђене жене у Републици Србији

На основу података Републичког завода за сататистику за период од 2013. до 2017. године приказали смо учешће жена у укупној суми осуда у Републици Србији.

¹² T. Reidy, J. Sorensen, „The Influence of Sentence Length on the Commission of Serious and Violent Prison Infractions by Female Inmates“, 45 *Criminal Justice and Behavior*, 9/2018, 1420.

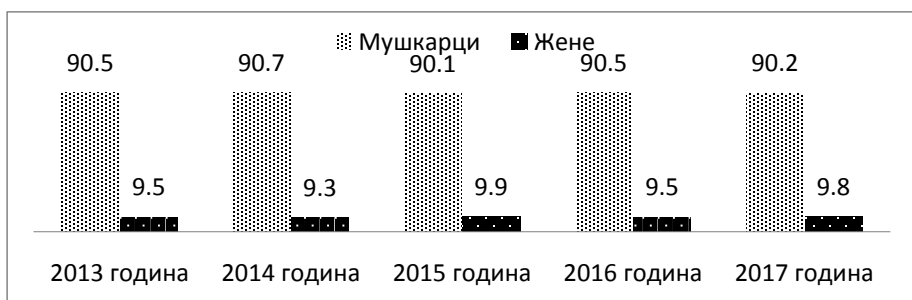
¹³ S. Sered, M. Norton-Hawk, „Women on the Institutional Circuit: A 9-Year Qualitative Study“, 25 *Journal of Correctional Health Care*, 1/2019, 26.

¹⁴ J. Rodríguez, J. Zayas, J. González, „Penitentiary Treatment in Mexico: A Comparison between Men’s and Women’s Situation“, *Open Journal of Social Sciences*, 7/2019, 15.

¹⁵ M. Van Hout, R. Mhlanga-Gunda, „Contemporary women prisoners health experiences, unique prison health care needs and health care outcomes in sub Saharan Africa: a scoping review of extant literature“, 18 *BMC international health and human rights* 1/2018, 2.

¹⁶ R. Ahmed *et al.*, „The impact of homelessness and incarceration on women’s health“, 22 *Journal of Correctional Health Care*, 1/2016, 62.

¹⁷ E. King, S. Tripodi, C. Veeh, „The relationship between severe mental disorders and recidivism in a sample of women released from prison“, 89 *Psychiatric Quarterly*, 3/2018, 718.



Графикон 1 – Осуђена лица у Републици Србији према полу

На основу података приказаних на Графикону 1 запажа се да су у свим посматраним годинама жене заступљене између 9 и 10% у укупној суми осуђених у Републици Србији. Претпоставља се да је број жена осуђених на затворску казну знатно нижи, посебно имајући у виду чињеницу да затворске казне у Републици Србији партиципирају у суми свих изречених кривичних санкција у око једне четвртине случајева.¹⁸

Када се посматрају доступни подаци о флукуацији осуђених и прекршајно кажњених жена, уочава се да су 2007. године на извршење казне затвора примљене 233 жене, 2008. године 232 жене; затим 2009. године је примљено 297 жена на извршење затворске казне; 2010. године 239 жена, а 2011. године 282 жене. Највећи број примљених жена је евидентиран 2012. године, њих 318, док је 2013. године број жена који је примљен на извршење затворске казне износио 295.¹⁹ У периоду од 2007. до 2011. године жене су у просеку чиниле око 2% укупне затворске популације у Републици Србији (што укључује кривично и прекршајно кажњена лица и лица у притвору), односно око 3% укупног броја лица осуђених за кривична дела која су се налазила на извршењу казне затвора.²⁰

¹⁸ В. Петровић, „Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин“, *Национално и међународно право – Актуелна питања и теме* (ур. О. Јовић-Прлаиновић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017, 115.

¹⁹ Подаци су доступни у годишњим извештајима Управе за извршење кривичних санкција Министарства правде и државне управе РС. <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika/>

²⁰ С. Ћопић, Б. Шаћири, *op. cit.* 24.

2. КАРКТЕРИСТИКЕ ЖЕНА КОЈА СЕ НАЛАЗЕ У ЗАТВОРУ

Жене које се налазе у затвору се суочавају са специфичним проблемима по којима се разликују од мушкараца који се налазе на извршењу затворске казне. Услед релативно мале заступљености жена у осуђеничкој популацији, њихове специфичне карактеристике из којих произилазе и специфичне потребе за третманом, неретко бивају занемарене и недовољно истражене. Важно је нагласити да не можемо третмански деловати на ову популацију без сагледавања путева криминализације, као и њихових специфичних потреба по којима се разликују од мушке осуђеничке популације, а према чијим је потребама затворски систем превасходно дизајниран.

Ипак, треба нагласити да су код жена које се налазе на извршењу затворске казне утврђене и поједине потребе за третманом које су карактеристичне и за мушку осуђеничку популацију. Те потребе се превасходно односе на низак образовни статус, незапосленост пре доласка на извршење затворске казне, као и на проблеме са психоактивним супстанцама и проблеме у породичном функционисању.²¹

2.1. Здравствени статус

Жене у затвору имају лошији здравствени статус и код њих постоји три пута већа вероватноћа да имају проблеме са менталним здрављем у односу на жене у општој популацији.²² Поједини аутори наводе да жене у затворима у САД имају значајно већу преваленцију хроничних медицинских и психијатријских проблема у односу на осуђене мушкарце,²³ што се повезује са значајно више трауматских догађаја у прошлости.²⁴ Жене чешће пате од поремећаја личности од мушкараца који се налазе у затвору, код којих се чешће примећују злоупотреба алкохола и дрога или сексуални поремећаји, као што су парафилије или сексуалне дисфункције.²⁵

²¹ R. Hornsveld *et al.*, „Violent female offenders compared with violent male offenders on psychological determinants of aggressive behavior“, 62 *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 2/2018, 452.

²² S. Sered, M. Norton-Hawk, „Criminalized women and the health care system: The case for continuity of services“, 19 *Journal of Correctional Health Care*, 3/2013, 166.

²³ S. Sered, M. Norton-Hawk, *op. cit.*, 25.

²⁴ R. Ahmed *et al.*, *op. cit.*, 63.

²⁵ J. Sea, D. Youngs, S. Tkazky, „Sex difference in homicide: comparing male and female violent crimes in Korea“, 62 *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 11/2018, 3410.

Према подацима америчког министарства правде из 2013. године преко 60% жена у затвору, извештава о историји најмање једног проблема менталног здравља у односу на око 40% мушкараца. Наводи се да је код 32% жена у затворима у САД дијагностикована депресија, биполарни поремећај личности и поремећаји из психотичног спектра.²⁶ Поједини аутори наводе да је код око 80% жена у затвору дијагностикован неки од психијатријских поремећаја.²⁷ У 2016. години 74% жена у Масачусетсу је имало проблеме менталног здравља, код 15% су дијагностиковани озбиљни и дуготрајни ментални поремећаји, а 61% жена је било на психотропним лековима.²⁸

Жене са проблемима менталног здравља чешће не желе да учествују или одустају од корективно-рехабилитационог третмана. Ова спремност за учествовање у третману је вишедимензионални концепт који обухвата унутрашње и спољашње елементе. Рад са осуђеницама којима недостаје мотивација за учешће у третману је најчешће неуспешан, а као крајњи исход јавља се рецидивизам.²⁹ Уколико осуђене жене са проблемима менталног здравља не испуњавају критеријуме за премештај у психијатријску или другу здравствену установу, треба усвојити приступ који обухвата помоћ клиничких психолога у осмишљавању индивидуалних програма, укључујући психо-социјалну подршку, саветовање и третман. Недостатак таквих програма може донети пораст броја инцидената везаних за наношење самоповреда и прекомерну употребу продуженог трајања усамљења³⁰, што би се негативно одразило на здравствено стање и рехабилитациони процес осуђенице.

2.2. Искуство виктимизације

Родно насиље је главна категорија анализе када се разматра утицај претходне виктимизације на криминализацију. Насилне партнерске везе и криминал жена су повезани са патријархалним ставовима у оквиру којих се тешко прави диференцијација између улоге жртве и/или преступника.³¹ Такође, у овим ситуацијама бивају угрожени и други сегменти живота

²⁶ E. King, S. Tripodi, C. Veeh, *op. cit.*, 718-721.

²⁷ A. Bove, R. Tryon, *op. cit.*, 4816.

²⁸ S. Sered, M. Norton-Hawk, *op. cit.*, 26.

²⁹ A. Nyamathi *et al.*, „Correlates of Treatment Readiness Among Formerly Incarcerated Homeless Women“, 45 *Criminal justice and behavior*, 7/2018, 970.

³⁰ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ), <https://rm.coe.int/16808b642d>, 12. април 2019.

³¹ L. Becerra, J. Serra, „Impact of Partner Violence on Female Delinquency“, 8 *Social Sciences*, 2/2019, 1.

жртве, као што су односи са широм породицом, пословни и социјални односи. Тако, насиље у партнерском односу постаје универзални и вишедимензионални проблем који за последицу може изазвати криминалитет жене.³²

Наводи се да жене које се налазе у затвору чешће имају историју физичког и сексуалног злостављања од жена у општој популацији.³³ Стога се у фокус интересовања наретко ставља криминализација која настаје као последица дугогодишње виктимизације. У студији из 2005. године која се бавила испитивањем менталног здравља жена у затвору, утврђено је да је њих 98% имало претходно искуство трауме, која је повезана са насиљем од стране интимног партнера (71%).³⁴ Кривична дела жена које се налазе у затвору, а које су имале претходно искуство виктимизације, најчешће представљају реакцију на претходно дугугодишње насиље од стране интимног партнера. Ипак, треба имати у виду да ова врста партнерских убистава није честа, те да мушкарци чешће убијају своје партнерке него што жене убијају своје partnere. На глобалном нивоу, партнери су одговорни за скоро 40% убистава које укључују жене жртве, у поређењу са 6% убистава партнера које учине жене. У Аустралији између 2008. и 2010. године 51% жена и 9% мушкараца су убијени од стране интимних партнера.³⁵ Студије наглашавају да жене најчешће врше убиства партнера када је он онеспособљен. У овим ситуацијама, убиства која чине жене су почињена из очаја и као последње средство самоодбране.³⁶ У САД од оних жена које су затворене, више од 35% пријављује физичко, емоционално или сексуално злостављање у детињству. Такође, већина жена је злостављана у неком тренутку свог живота, а 75% њих се може описати као жртва посттрауматског стресног поремећаја.³⁷

Имајући у виду да претходна виктимизација доприноси криминализацији жене, неопходно је приликом процене и утврђивања програма третмана, утврдити факторе који се односе на претходну виктимизацију, те у складу са њима и конципирати третмански процес.

³² L. Becerra, J. Serra, *op. cit.* 2.

³³ M. Van Hout, R. Mhlanga-Gunda, *op. cit.* 2.

³⁴ S. Sered, M. Norton-Hawk, *op. cit.* 166.

³⁵ H. Johnson *et al.*, „Intimate femicide: The role of coercive control“, 14 *Feminist Criminology*, 1/2019, 4.

³⁶ J. Sea, D. Youngs, S. Tkazky, *op. cit.* 3409.

³⁷ A. Bove, R. Tryon, *op. cit.* 4816.

2.3. Емоционални проблеми

За жене које се налазе у затвору карактеристично је да доживљавају више интернализованих проблема, за разлику од мушкараца, код којих су присутнији екстернализовани проблеми. За ове жене је карактеристично да бивају жртве стигматизације, стереотипа, означене од стране друштва као девијантне, те стога одбачене од пријатеља, породице и друштва у целини.³⁸ На основу истраживања које је реализовано у Мексику, дошло се до податка да су жене које се налазе у затвору чешће обачене од стране породице, за разлику од мушкараца, који, док су на извршењу затворске казне, добијају подршку од стране брачног партнера, сродника и пријатеља.³⁹

Одлазак на извршење затворске казне у комбинацији са друштвеном стигмом и родним стереотипима, значајно утиче на лични идентитет затворене жене. Долази до развијања осећања кривице, ниског самопоштовања⁴⁰ и негативне слике о себи.⁴¹ Ови проблеми се додатно усложњавају и интензивирају јер жене не могу да испуне своје обавезе као мајка, ћерка, жена или пријатељ. Затворене жене често доживљавају осећај интензивног стреса услед прилагођавања на затворско окружење.⁴²

3. (НЕ)ПРИЛАГОЂЕНОСТ ЗАТВОРСКОГ СИСТЕМА ЖЕНАМА

Имајући у виду заступљеност жена у укупној суми осуђених на казну затвора, не изненађује што су затворски систем и третмански поступци превасходно усклађени са потребама мушкараца, занемарујући потребе осуђених жена које произилазе из биолошких разлика, друштвених улога и искуства. У пракси, оваква неусклађеност затворског система специфичним потребама жена које извршавају казну, ствара бројне потешкоће током боравка у затвору, али и након отпуста.

Имајући то у виду, потребно је женама које се налазе у затвору обезбедити адекватно поступање, које је у складу са њиховим карактеристикама. Стога се јавља неопходност увођења родно специфичних питања у почетне процене које се обављају у пријемним одељењима, како би касније интервенције биле усклађене са

³⁸ A. Bove, R. Tryon, *op. cit.* 4816.

³⁹ J. Rodríguez, J. Zayas, J. González, *op. cit.* 18.

⁴⁰ A. Bove, R. Tryon, *op. cit.* 4816.

⁴¹ R. Hornsveld *et al.*, *op. cit.* 452.

⁴² A. Bove, R. Tryon, *op. cit.* 4816.

капацитетима, ризицима и потребама осуђеница.⁴³ Неуважавање специфичних ризика, капацитета и потреба осуђених жена умањује ефекте корективно-рехабилитационог рада.

Док су у затвору жене теже да остварују односе са улогама уз породичног живота, те стварају блиска пријатељства.⁴⁴ Мушкарци у затвору чешће врше насиље и удружују се у затворске банде, зарад различитих интереса.⁴⁵ Не искључује се да и жене у затворима приступају чињењу дисциплинских престапа и насилном понашању, али се наводи да су такве активности које спроводе жене мање опасне у смислу последица које производе по друге осуђене и запослене.⁴⁶ Сматра се да програми који се спроводе према женама у затвору треба да се фокусирају на учење метода успостављања граница, посебно у партнерским односима⁴⁷, као и на побољшање самопоштовања и развијање позитивне слике о себи.⁴⁸

Поједини аутори наглашавају да се стиче утисак да је заврврски систем мање репресиван према женама. Истичу да је фокус превасходно на пружању помоћи женама, а тек секундарно на кажњавању, за разлику од затвора у којима се налазе мушкарци. Ово се посебно односи на затворенице које имају децу, уколико се деца са њима налазе у затвору.⁴⁹ Други истичу да родно засноване интервенције жене стављају у неравноправан положај у односу на мушке затворенике. Овакви, родно засновани програми жене посматрају у светлу њихове традиционалне улоге жене, где се од жена очекује да буду брижне, одговорне, емоционалне. Стога знаци „мушког понашања“ присутни код жена бивају процењивани као патолошки, а жене у затвору за такве акте бивају дисциплински кажњаване, док би се такво понашање код мушких затвореника некада и толерисало.⁵⁰ На основу истраживања дисциплинских престапа осуђених у Тексасу закључено је да је већина дисциплинских престапа које врше жене мање озбиљна од оних које

⁴³ Assessment of the Situation of Women in the Criminal Justice System in Viet Nam, <http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/05/assessment-of-the-situation-of-women-in-the-criminal-justice-system-in-viet-nam>, 11. април, 2019.

⁴⁴ I. Kovčo Vukadin, M. Mihoci, *op. cit.* 341.

⁴⁵ R. Trammell *et al.*, „Doing gender as self-improvement: An exploration of how incarcerated men and women interpret the advice from prison employees“, 13 *Feminist Criminology*, 5/2018, 518.

⁴⁶ T. Reidy, J. Sorensen, *op. cit.* 1421.

⁴⁷ R. Trammell *et al.*, *op. cit.*, 517.

⁴⁸ A. Bove, R. Tryon, *op. cit.* 4817.

⁴⁹ S. Sered, M. Norton-Hawk, *op. cit.* 27.

⁵⁰ T. Kolind, J. Bjonness, „The right way to be a woman’: Negotiating femininity in a prison-based drug treatment programme“, 21 *Punishment & Society*, 1/2019, 108.

врше мушкарци. Ипак и поред тога, дисциплински преступи које чине жене се озбиљније кажњавају, јер се одређена правила понашања стриктно примењују и поштују у женским затворима, али се игноришу у мушким затворима.⁵¹

4. ИНСТРУМЕНТИ ПРОЦЕНЕ РИЗИКА

У досадашњој пеналној пракси, уважавајући факторе за које је истраживањима утврђено да су повезани на вероватноћом чињења кривичних дела, развијени су бројни инструменти којима се процењује ризик криминалног рецидивизма. Адекватна процена ризика пружа смернице за управљање ризиком и даљи корективни рад, стога је од велике важности и за осуђене, али и за друштво у целини. Иако је остварен велики напредак у области процене ризика рецидивизма, мора се нагласити да је већина тих инструмената дизајнирана на основу истраживања о факторима ризика, која су примарно обављена на мушкој осуђеничкој популацији. Остаје питање колико се ова сазнања могу генерализовати на жене, чија се социјализација и животна искуства пре затвора разликују од мушкараца. Такође, поставља се питање да ли би могуће разлике у факторима ризика рецидивизма резултирале различитим програмима третмана за мушкарце и жене.

На основу бројних метааналитичких студија, Ендруз и Бонта су закључили да осам фактора предвиђају будуће криминално понашање. Ових осам фактора аутори су поделили у две групе: „Велика четири” (Big Four) и „Скромна четири” (Modest Four). Прва група укључује: историју криминалног понашања, антисоцијални образац личности, антисоцијалне ставове и антисоцијалне пријатеље. Ови фактори су се показали као најбољи предиктори будућег криминалног понашања. Друга група укључује: породичне факторе, образовање и рад, слободно време и злоупотребу психоактивних супстанци. Наводи се да су ови фактори у мањој мери повезани са криминалним рецидивизмом.⁵² Ових осам фактора чине саставне елементе готово свих инструмената процене ризика рецидивизма.

С друге стране постоје и поједини фактори ризика за које се сматра да могу бити од утицаја само код женске осуђеничке популације, као што су трауматска искуства, претходна виктимизација, рана трудноћа, проституција.⁵³ Поред тога, постоје и одређени заштитни фактори који су се показали значајним код жена, као што су: блиске породичне везе,

⁵¹ I. Kovčo Vukadin, M. Mihoci, *op. cit.* 342.

⁵² R. Hornsveld *et al.*, *op. cit.* 451.

⁵³ V. de Vogel, M. Bruggeman, M. Lancel, *op. cit.* 2.

позитивни друштвени односи, финансије, религиозност и самоефикасност.⁵⁴

На узорку од 1.030 мушкараца и 500 америчких затвореница, утврђено је да су затворенице пријављивале чешћа искуства сексуалног злостављања и родитељске физичке агресије у односу на мушкарце. Међутим, резултати појединих истраживања указују да злостављање у детињству није имало никаквог утицаја на укупни рецидивизам ни за жене ни за мушкарце. Претпоставља се да злостављање, као фактор ризика, може бити апсорбовано кроз алтернативне предикторе ризика, као што је злоупотреба супстанци, али знање о претходној виктимизације је и даље од вредности у спровођењу корективног третмана.⁵⁵

Анализирајући неке од инструмената процене ризика, који се примењују у пеналној пракси, запажа се да они не процењују све факторе ризика специфичне за жене преступнице. Неки од њих су: историја виктимизације и злостављања, ментални проблеми, самопоштовање, самопоуздање, дисфункционални породични односи и фактори родитељства.⁵⁶ Неколико студија је утврдило мању предиктивну валидност за жене него за мушкарце Инструмента за клиничку процену и управљање историјским факторима ризика (The Historical-Clinical-Risk Management-20 – HCR-20). Испитивањем предиктивне валидности Контролне чеклисте за психопатију (Psychopathy Checklist – PCL) добијени су неконзистентни резултати по питању предиктивности ризика насиља у женској осуђеничкој популацији.⁵⁷

Пракса да се родно специфичне процене ризика не користе у пеналној пракси може се приметити и у Републици Србији. Од 2013. године, на основу Директиве Министарства правде и државне управе⁵⁸ у затворима код нас се користе два инструмента процене ризика рецидивизма (шира у ужа верзија OASys инструмента, за осуђене на затворску казну до три године и преко три године). Процена ризика која се добија применом наведених инструмената се базира на факторима ризика за које је бројним истраживањима потврђено да представљају

⁵⁴ *Ibid*, 3.

⁵⁵ R. Hornsveld *et al.*, *op. cit.* 453.

⁵⁶ R. Hornsveld *et al.*, *op. cit.* 452.

⁵⁷ V. de Vogel, M. Bruggeman, M. Lancel, *op. cit.* 4.

⁵⁸ Директива Министарства правде и државне управе Републике Србије. (2013). Директива о начину рада службеника третмана у Заводима, процедурама у раду и изгледу и садржају докумената током утврђивања, спровођења и измене програма поступања са лицима осуђеним за кривична дела и прекршај и начину примене Правилника о третману, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица. (Бр. 110-00-1/13-03). Министарство правде и државне управе, Управа за извршење кривичних санкција. www.uiks.gov.ra/images/Direktiva_24.02.2013.pdf, 10 март, 2019.

предикторе будућег криминалног понашања.⁵⁹ Међутим инструменти не садрже родно специфичне факторе ризика, карактеристичне за осуђене жене. У складу са принципима ефективних интервенција (Risk-Need-Responsivity), потенцијални проблем који може настати применом инструмената процене који не садрже родно специфичне факторе ризика јесте неадекватна процена, што би допринело конципирању и примени третмана који није у складу са процењеним ризицима, капацитетима и потребама осуђенице. Као крајњи исход такве процене и третманског процеса, рецидивизам, бива учестала појава.

Иако постоје мишљења да нема разлога заузимати став да инструменти процене ризика треба да буду родно специфични, јер већина фактора ризика рецидивизма јесте значајна и за мушкарце и жене (претходно насилно понашање, године када је први пут учињено кривично дело, злоупотреба супстанци)⁶⁰, ослањајући се на студије који показују нижу предиктивну валидност појединих инструмената на женској осуђеничкој популацији, мишљења смо да за потребе процене ризика рецидивизма осуђеница треба конструисати родно специфичне инструменте или у већ постојеће инструменте уврстити додатна питања која циљају ризичне факторе карактеристичне за женску осуђеничку популацију.

5. УСЛОВИ И СПЕЦИФИЧНОСТИ ИЗВРШЕЊА ЗАТВОРСКЕ КАЗНЕ ПРЕМА ЖЕНАМА

Дуго нису постојале посебне установе у којима би жене извршавале затворске казне, стога су оне смештане у посебним одељењима у оквиру затвора за мушкарце. Недостатак капацитета или одговарајућих специјализованих објеката за жене и захтеви за одвојеним смештајем различитих категорија могу резултовати тиме да поједине жене на дужи период времена буду подвргнуте непотребно рестриктивном режиму, или режиму сличном самици.⁶¹ С друге стране, поједини затворски системи се суочавају и са проблемима везаним за осуђене жене изузетно високог ризика, због непостојања затвора максималне безбедности за њих.⁶²

⁵⁹ Г. Јованић, В. Петровић, „Условно отпуштање у пракси окружног затвора и надлежних судова“, 16 *Специјална едукација и рехабилитација*, 1/2017, 114.

⁶⁰ V. de Vogel, M. Bruggeman, M. Lancel, *op. cit.* 2.

⁶¹ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ), <https://rm.coe.int/16808b642d>, 12. април 2019.

⁶² J. Rodríguez, J. Zayas, J. González, *op. cit.* 18.

Неретко се дешава да се затвори за жене смештају унутар зидина, у застарелој затворској архитектури, која је у директној вези са контролом и мерама обезбеђења које су несразмерне друштвеној опасности осуђеница. Таква ситуација настоји се оправдати малим бројем осуђених жена у односу на број осуђених мушкараца и одсуством финансијских средстава да се улаже у изградњу и реконструкцију затвора за жене. Затворске грађевине које карактерише максимално или средње обезбеђење (али ближе максималном него минималном обезбеђењу) представљају правило када се ради о затворима за жене.⁶³ Оваква ситуација је уједно у супротности са принципима ефективних интервенција, јер се ниво надзора и интензитет контроле несразмерно примењује према нискоризичним осуђеницама.⁶⁴

Жене у затвору би требало да имају приступ свеобухватном програму сврсисходних активности (рад, обука, образовање и спорт) као и мушкарци. Женама затвореницама често се нуде активности које се сматрају “одговарајућим” за њих (као што је шивење или ручни рад).⁶⁵ Такође, због оскудног броја установа у којима жене могу извршавати казну затвора, оне се често налазе далеко од својих домова. Чињеница просторне удаљености од породице онемогућава адекватан контакт мајки са децом и другим члановима породице, што доприноси проблемима у прилагођавању институцији.⁶⁶ Одвајање од деце може имати штетне ефекте и на децу. Законским нормама у Републици Србији дефинисано да осуђени имају право на посете. Међутим, не постоји разлике у овом праву у односу на осуђене мушкарце и жене. Стога се оправдано намеће потреба да се у законске прописе унесу измене у правцу сепаратно дефинисаних права осуђених мајки на посете деце.

Према Закону о извршењу кривичних санкција, осуђена лица извршавају затворску казну у четири могућа режима (отвореног,

⁶³ В. Николић-Ристановић, „(Без) смисао казне затвора или ка феминистичкој анализи казне“, 2 Женске студије, 3/1995, <https://www.zenskestudie.edu.rs/izdavastvo/elektronska-izdanja/casopis-zenske-studije/zenske-studije-br-2-3/260-bez-smisao-kazne-zatvora-ili-ka-feministickej-analizi-kazne>, 07. април 2019.

⁶⁴ Г. Јованић, В. Жунић-Павловић, „Примена принципа ризика, потреба и респонзивности у пеналном третману сексуалних преступника“, *Универзално и особено у праву* (ур. О. Вујовић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2018, 118.

⁶⁵ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ), <https://rm.coe.int/16808b642d>, 12. април 2019.

⁶⁶ I. Kovčo Vukadin, M. Mihoci, *op. cit.* 341.

полуотвореног, затвореног и затвореног типа са посебним обезбеђењем).⁶⁷ Како је број особа женског пола које извршавају затворску казну у Републици Србији релативно мали, није могуће извршити њихову класификацију у поменуте режиме извршења. Стога је Казнено-поправни завод за жене у Пожаревцу једина установа у Републици Србији у којој се извршава казна затвора и казна малолетничког затвора изречена женама. Зграда, у којој осуђене жене и данас извршавају затворску казну је саграђена 1874. године.⁶⁸

Према Закону о извршењу кривичних санкција, Казнено-поправни завод за жене је установа полуотвореног типа.⁶⁹ Зграда затвора је ограђена високим зидом, што се сматра проблематичним, јер одаје утисак затвора затвореног, а не полуотвореног типа, како је нормативно предвиђено.⁷⁰ У овом затвору су смештене све осуђене жене, без обзира на врсту учињеног дела, процењен ризик, дужину изречене затворске казне и године старости. Оправдање за оваквav смештај жена се налази у чињеници да услед мале заступљености жена у затворском сиситему, једино овакав начин извршења омогућава организацију третманских активности које су примерене њиховим специфичним карактеристикама. Када се имају у виду кривична дела која врше жене, посебно околности под којима их врше, и лична обележја просечне осуђенице, поједини аутори истичу да су отворене установе као и третман базиран на оспособљавању за живот на слободи, прави облик реаговања на њихово криминално понашање.⁷¹ У оквиру таквих, отворених затвора у којима би казне извршавале осуђене жене, било би могуће организовати затворена одељења за осуђене жене високог ризика.

⁶⁷Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС - „Службени гласник Републике Србије“, бр. 55/2014, чл. 14

⁶⁸ Д. Милорадовић, „Антрополошко виђење жена са маргина друштва – осуђенице женског затвора у пожаревачком казненом заводу у 19. веку“, *7 Годишњак историјског архива Пожаревац*, 7/2018, 166.

⁶⁹Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС - „Службени гласник Републике Србије“, бр. 55/2014, чл. 13

⁷⁰ М. Поповић, *Затворенице, Албум женског одељења пожаревачког казног завода (1989)*, Лагуна, Београд, 2017, 260.

⁷¹ В. Николић-Ристановић, „(Без) смисао казне затвора или ка феминистичкој анализи казне“, *2 Женске студије*, 3/1995, <https://www.zenskstudie.edu.rs/izdavastvo/elektronska-izdanja/casopis-zenske-studije/zenske-studije-br-2-3/260-bez-smisao-kazne-zatvora-ili-ka-feministickej-analizi-kazne>, 07. април 2019.

6. ПРОБЛЕМИ НАКОН ОТПУСТА

Осуђене жене се суочавају са низом проблема, који трају од извршења кривичног дела, настављају се у затвору, а интензивирају у периоду реинтеграције у друштвену заједницу након отпуста. Нека родно специфична питања за успешну реинтеграцију укључују: мање економске могућности, различите здравствене проблеме, веће стопе менталних поремећаја, веће стопе претходне виктимизације и различите породичне одговорности.⁷²

Након отпуста, жене ће, више него мушкарци, бити изложене дискриминацији и стигматизацији.⁷³ Поред тога, историја виктимизације, економска и социјална маргинализација, бескућништво и здравствени проблеми, који престављају и околности које су допринеле примарном криминалитету жена, отежавају процес реинтеграције.⁷⁴ Неретко су ове жене одбачене од стране породице и сродника и суочавају се са губитком родитељског права. Уколико дође до прекида партнерског односа, наступају и бројне економске, социјалне и правне потешкоће.⁷⁵ Суочавају се са проблемом проналаска смештаја, запослења⁷⁶, наступају покушаји враћања старатељства над децом. Сматра се да је поновно успостављање, јачање и одржавање веза са члановима породице, посебно са децом, од суштинске важности за жене након извршења затворске казне.⁷⁷ Одржавање контакта и подршка породице док су у затвору може имати важну улогу и након отпуста. Интервјуи са затвореницама у САД (Илиноис) откривају да су породичне посете изузетно важне за жене, да представљају израз подршке. Жене које нису добијале посете су наводиле да је одсуство посета један од најтежих аспеката извршења затворске казне.⁷⁸

⁷² E. King, S. Tripodi, C. Veeh, *op. cit.* 720.

⁷³ Assessment of the Situation of Women in the Criminal Justice System in Viet Nam, <http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/05/assessment-of-the-situation-of-women-in-the-criminal-justice-system-in-viet-nam>, 11. април, 2019.

⁷⁴ K. Barrick, P. Lattimore, C. Visher, „Reentering women: The impact of social ties on long-term recidivism“, 94 *The Prison Journal*, 3/2014, 281.

⁷⁵ Assessment of the Situation of Women in the Criminal Justice System in Viet Nam, <http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/05/assessment-of-the-situation-of-women-in-the-criminal-justice-system-in-viet-nam>, 11. април, 2019.

⁷⁶ A. Nyamathi *et al.*, *op. cit.* 971.

⁷⁷ Assessment of the Situation of Women in the Criminal Justice System in Viet Nam, <http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/05/assessment-of-the-situation-of-women-in-the-criminal-justice-system-in-viet-nam>, 11. април, 2019.

⁷⁸ K. Barrick, P. Lattimore, C. Visher, *op.cit.* 282.

Поједини аутори наводе да се жене након отпуста примарно фокусирају на проблеме становања (71,9%), злостављања које су раније преживеле (69,2%), као и на обезбеђивање финансијске поршке (60,8%). Потребе које постоје код бивших осуђеница, а које оне сматрају мање значајним се односе на здравствене проблеме (25,1%) и проблеме са менталним здрављем (6,7%).⁷⁹

7. ЗАКЉУЧАК

Како се на извршењу затворске казне налази мањи број жена у односу на мушкарце, затворски систем је превасходно прилагођен потребама осуђених мушкараца. Иако жене у затворима имају специфичне потребе по којима се разликују од осуђених мушкараца, и даље не постоје адекватна решења на који начин одговорити на њих. Извршење затворске казне у грађевинама које карактерише максимално или средње обезбеђење (али ближе максималном него минималном обезбеђењу) и неразвијени или недовољно развијени инструменти процене ризика који не уважавају родно специфичне факторе ризика рецидивизма, остављају простора да се постави питање колико било какав третмански процес са овом категоријом може бити ефикасан. Иако се стопа затварања жена повећава, још увек осуђене жене представљају маргинализовану и дискриминисану групу у оквиру затворског система. Стога је неопходно предузети активности у циљу уважавања њихових специфичних потреба, те прилагођавања затворског система у што већој мери овој осуђеничкој популацији.

ЛИТЕРАТУРА

Ahmed, R. A., Angel, C., Martell, R., Pyne, D., Keenan, L. „The impact of homelessness and incarceration on women’s health“, 22 *Journal of Correctional Health Care*, 1/2016, 62-74.

Assessment of the Situation of Women in the Criminal Justice System in Viet Nam, Преузето са <http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/05/assessment-of-the-situation-of-women-in-the-criminal-justice-system-in-viet-nam>.

Barrick, K., Lattimore, P. K., Visher, C. A. „Reentering women: The impact of social ties on long-term recidivism“, 94 *The Prison Journal*, 3/2014, 279-304.

⁷⁹ R. Ahmed *et al.*, *op.cit.* 64.

Becerra, L. A., Serra, J. C. „Impact of Partner Violence on Female Delinquency“, 8 *Social Sciences*, 2/2019, 1-16.

Bove, A., Tryon, R. „The Power of Storytelling: The Experiences of Incarcerated Women Sharing Their Stories“ 65 *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 15/2018, 4814-4833.

De Vogel, V., Bruggeman, M., Lancel, M. „Gender-Sensitive Violence Risk Assessment: Predictive Validity of Six Tools in Female Forensic Psychiatric Patients“, 46 *Criminal Justice and Behavior*, 4/2019, 528–549.

Hornsveld, R. H., Zwets, A. J., Leenaars, E. P. E., Kraaimaat, F. W., Bout, R., Lagro-Janssen, T. A. L., Kanters, T. „Violent female offenders compared with violent male offenders on psychological determinants of aggressive behavior“, 62 *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 2/2018, 450-467.

Johnson, H., Eriksson, L., Mazerolle, P., Wortley, R. „Intimate femicide: The role of coercive control“, 14 *Feminist Criminology*, 1/2019, 3-23.

King, E. A., Tripodi, S. J., Veeh, C. A. „The relationship between severe mental disorders and recidivism in a sample of women released from prison“, 89 *Psychiatric Quarterly*, 3/2018, 717-731.

Kolind, T., Bjønness, J. „The right way to be a woman’: Negotiating femininity in a prison-based drug treatment programme“, 21 *Punishment & Society*, 1/2019, 107-124.

Kovčo Vukadin, I., Mihoci, M. „Nasilje u penalnim ustanovama“, 17 *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2010, 333-367.

Nyamathi, A. M., Salem, B. E., Ekstrand, M., Yadav, K., Le, Y., Oleskowicz, T., Shin, S. S. „Correlates of Treatment Readiness Among Formerly Incarcerated Homeless Women“, 45 *Criminal justice and behavior*, 7/2018, 969-983.

Reidy, T. J., Sorensen, J. R. „The Influence of Sentence Length on the Commission of Serious and Violent Prison Infractions by Female Inmates“, 45 *Criminal Justice and Behavior*, 9/2018, 1420-1434.

Rodríguez, J. H., Zayas, J. V. González, J. „Penitentiary Treatment in Mexico: A Comparison between Men’s and Women’s Situation“, *Open Journal of Social Sciences*, 7/2019, 13-26.

Saavedra, L., Seixas, E. C., Cameira, M., Silva, A. M. „Men and women’s prisons in the Portuguese press: The gender of punishment“, 21 *Punishment & Society*, 1/2019, 28-46.

Sea, J., Youngs, D., Tkazky, S. „Sex difference in homicide: comparing male and female violent crimes in Korea“, 62 *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 11/2018, 3408-3435.

Sered, S., Norton-Hawk, M. „Criminalized women and the health care system: The case for continuity of services“, 19 *Journal of Correctional Health Care*, 3/2013, 164-177.

Sered, S., Norton-Hawk, M. „Women on the Institutional Circuit: A 9-Year Qualitative Study“, 25 *Journal of Correctional Health Care*, 1/2019, 25-36.

Sutherland, A. „A propensity score analysis of a community resettlement programme for women prisoners“, 19 *Criminology & Criminal Justice*, 1/2019, 115-132.

Trammell, R., Wulf-Ludden, T., Pyfer, N., Jakobitz, E., Mullins-Orcutt, J., Nowakowski, K. „Doing gender as self-improvement: An exploration of how incarcerated men and women interpret the advice from prison employees“, 13 *Feminist Criminology*, 5/2018, 516-542.

Van Hout, M. C., & Mhlanga-Gunda, R. „Contemporary women prisoners health experiences, unique prison health care needs and health care outcomes in sub Saharan Africa: a scoping review of extant literature“, 18 *BMC international health and human rights*, 1/2018.

Watt, K., Hu, W., Magin, P., Abbott, P. „Imagine if I'm not here, what they're going to do?“—Healthcare access and culturally and linguistically diverse women in prison“, 21 *Health Expectations*, 6/2018, 1159-1170.

Директива Министарства правде и државне управе Републике Србије. (2013). Директива о начину рада службеника третмана у Заводима, процедурама у раду и изгледу и садржају докумената током утврђивања, спровођења и измене програма поступања са лицима осуђеним за кривична дела и прекршај и начину примене Правилника о третману, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица. (Бр. 110-00-1/13-03). Министарство правде и државне управе, Управа за извршење кривичних санкција. Преузето са www.uiks.gov.ra/images/Direktiva_24.02.2013.pdf.

Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ). Преузето са <https://rm.coe.int/16808b642d>.

Закон о извршењу кривичних санкција „Службени гласник Републике Србије“, број 55/2014.

Јованић, Г., Петровић, В. „Условно отпуштање у пракси окружног затвора и надлежних судова“, 16 *Специјална едукација и рехабилитација*, 1/2017, 95-122.

Јованић, Г., Жунић-Павловић В., „Примена принципа ризика, потреба и респонзивности у пеналном третману сексуалних преступника“, *Универзално и особено у праву (ур. О. Вујовић)*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2018, 115-138.

Милорадовић Д. „Антрополошко виђење жена са маргина друштва – осуђенице женског затвора у пожаревачком казненом заводу у 19. веку“, 7 *Годишњак историјског архива Пожаревац*, 7/2018, 162-174.

Николић-Ристановић, В. „(Без) смисао казне затвора или ка феминистичкој анализи казне“, 2 *Женске студије*, 3/1995.

Николић-Ристановић, В., Константиновић-Вилић, С., *Криминологија*, Прометеј, Београд, 2018.

Петровић, В., „Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин“, *Национално и међународно право – Актуелна питања и теме* (ур. О. Јовић-Прлаиновић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 111-130.

Поповић, М., *Затворенице, Албум женског одељења пожаревачког казног завода (1989)*, Лагуна, Београд, 2017.

Ђопић, С., Стевковић, Л., Шаћири, Б. „Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу“, *Темида*, 4/2012, 45-73.

Ђопић, С., Шаћири, Б. „Жене у затвору у Србији: услови за живот осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу“, *Темида*, 4/2012, 23-44.

Vera PETROVIC

Goran JOVANIC, Ph.D

Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Special Education and Rehabilitation

LEGAL AND FACTUAL ASPECTS OF PRISON SENTENCES FOR WOMEN

Summary

Women make up a relatively small portion of prison population of any country. Ration of women in prison community rates between 2 and 9%. Relatively low presence of women in prison system, along with high prison system maintenance costs, are the reasons as to why prisons are predominantly designed satisfy the needs of incarcerated men. The preamble of the United Nation Rules for the Treatment Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders from 2010 states that prisons have been designed to conform to the needs of men, which results in specific needs of women being neglected. Presently, an increasing amount of attention has been focused on the fact that convicted men and women have different necessities in the course of their prison sentence serving, and that those necessities should be acknowledged in order for the correction and rehabilitation treatment to be effective. The aim of this work is to indicate the specific needs and some of the issues women face in prison system.

Key words: *prison sentence, women, discrimination, treatment.*

Ванда БОЖИЋ*

Правног факултета Свеучилишта у Загребу

КАЗНА ЗАТВОРА У КАЗНЕНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ ХРВАТСКЕ И СРБИЈЕ

- осврт на поједина законска рјешења уз приједлоге *de lege ferenda*-

Апстракт: Рад садржи компаративни приказ законских рјешења у односу на прописане казне затвора у казненом законодавству Републике Хрватске и Републике Србије. С теоријског аспекта анализирани су законске одредбе казне затвора, казне дуготрајног затвора и казне дуготрајног затвора у трајању до 50 година у казненом законодавству Републике Хрватске као и законске одредбе казне затвора и казне затвора за најтежа казнена дјела и најтеже облике тешких казних дјела у трајању од 30 до 40 година у казненом законодавству Републике Србије. Истражена је судска пракса у погледу изрицања наведених казни затвора према осуђеним особама у Хрватској и Србији те је направљен компаративни приказ и анализа. У складу с проведеном теоријском анализом и истраживањем судске праксе *de lege lata*, указано је на могуће приједлоге *de lege ferenda*.

Кључне ријечи: казна затвора, казна дуготрајног затвора, компаративни приказ законских рјешења, Република Хрватска, Република Србија.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Казна одузимања слободе позната је још од давних дана када је била фокусирана на починитељев тјелесни интегритет, откупнину и крвну освету. Стога је и перцепција казне била схваћена на један другачији начин, гледајући сврху кажњавања кроз имовинску санкцију или тјелесну казну. Казна затвора сматра се коначно прихваћеном, као редовна и самостална казна, у почецима модерне нововјековне државе.¹ Иако је ријеч о казни одузимања слободе, у односу на казне с којима смо се сусретали кроз повијест, може се рећи да у данашње доба све иде ка сталној хуманизацији казне.²

* Доцент, научни сурадник на Катедри за казнено право, vanda.bozic@pravo.hr

¹ Radić Ž, *Zatvor u srednjovjekovnom trogirskom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazнено право i praksu, Vol. 12, No. 1/2005, str. 89-107.

² Милутиновић М, *Пенологија*, ИИИ издање, Београд, 1985, стр.21.

У модерном казненом праву највише се као казненоправна санкција примјењује казна одузимања или ограничавања права и слобода особе осуђенику, особи проглашеној кривом за казнено дјело на темељу осуђујуће пресуде. Претпоставка изрицања казне је да постоји почињено казнено дјело и кривња починитеља, као објективни и субјективни елементи казног дјела. У том случају, суд у казненом поступку, доноси осуђујућу пресуду која се састоји од одлуке о кривње и одлуке о казни.³

Сврха кажњавања починитеља казног дјела првенствено је индивидуална, што значи да се на конкретног починитеља казног дјела утјече да убудуће више не чини казнена дјела, па говоримо о специјалној превенцији. Исто тако, починитеља казног дјела треба спријечити да не чини даљња казнена дјела, што је исто једна од сврха кажњавања. Међутим, сврха кажњавања појединог починитеља казног дјела обухваћа и поруку која је његовом осудом послана грађанима и јавности, да не чине казнена дјела. И коначно, кажњавање је једна врста друштвене осуде због почињеног казног дјела с циљем јачања и поштовања закона,⁴ али и заштите жртве која кроз осуду починитеља казног дјела остварује, донекле, одређену сатисфакцију за учињено јој зло и неправду. На тај начин осигурано је задовољење правде.

2. ЗАКОНСКА РЈЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ ПРОПИСАНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У КАЗНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ ХРВАТСКЕ

У казненом законодавству Републике Хрватске предвиђено је да се *казна затвора* и *казна дуготрајног затвора* осуђенику могу прописати само као главне казне.⁵ Казна затвора и казна дуготрајног затвора прописане су у одвојеним чланцима казног закона из разлога што се дуготрајни затвор сматра посебном врстом затвора, стога се и наводи као самостална казненоправна санкција.

Казна затвора може бити прописана у распону од 3 (три) мјесеца до 20 (двадесет) година.⁶ У односу на бивши казнени закон, за тзв. *обични*

³ Види: Đurđević Z, *Odluka o kazni – kaznenoprocena pitanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 11, broj 2/2004, str. 751-782.

⁴ Стојановић З, *Превентивна функција кривичног права*, Цримен, Београд, бр.1/2011, стр.3-25.

⁵ ⁵ Čl.40.st.3. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (KZ RH), Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.

⁶ Čl.44.st.1. KZ RH

затвор сада је горњи максимум подигнут с 15 (петнаест) година⁷ на 20 (двадесет) година чиме је уклоњена празнина од пет година у односу на распон између горњег тадашњег максимума и доњег максимума за казну дуготрајног затвора.

Доњи максимум прописане казне затвора од бивших 30 (тридесет) дана подигнут је на 3 (три) мјесеца чиме је указано на разлику између прекршаја и казних дјела.

Једино у случају да је ријеч о замјени новчане казне казном затвора допуштен је изузетак да казна затвора може бити краћа и од 3 (три) мјесеца.⁸

Казна затвора изриче се на пуне дане и мјесеце уколико је ријеч о казни затвора у трајању до 6 (шест) мјесеци, а уколико је изречена казна затвора виша, изриче се на пуне године и мјесеце.

Новелама Казненог закона дана је могућност осуђенику који је осуђен на казну затвора у трајању до једне године дана, да казну може извршавати у свом дому у складу с одредбама посебног закона.⁹

Хрватски Законодавац предвидјелио се, по узору на швицарско казнено законодавство, за изнимност краткотрајне казне затвора.¹⁰ Краткотрајном казном затвора сматра се казна у трајању до 6 (шест) мјесеци коју ће суд изрећи само у изнимним и оправданим случајевима. То се односи на ситуације ако се очекује да се новчана казна или рад за опће добро не могу или неће моћи извршити или се наведеним изреченим санкцијама не би могло очекивати да ће се постићи сврха кажњавања. Управо из разлога што се сматра краткотрајном казном затвора, закон не предвиђа могућност ублажавања краткотрајне казне затвора.

Ако се суд унаточ свим околностима ипак одлучи да починитељу казненог дјела изрекне казну затвора у трајању краћем од шест (6) мјесеци, своју такву одлуку дужан је образложити.

Изнимност изрицања краткотрајне казне затвора не односи се на казну затвора која је замјена за неплаћену новчану казну, замјена раду за опће добро које није извршено нити у ситуацијама опозива увјетне осуде.

По узору на швицарско, њемачко и аустријско казнено законодавство, краткотрајну казну затвора треба, у свим ситуацијама када је то изводиво, замијенити новчаном казном, радом за опће добро или

⁷ Према чл.53. KZ/1997 „Казна затвора не може бити краћа од тридесет дана ни дуља од петнаест година.“ Kazneni zakon, Narodne novine br. 110/97.

Види и: Novoselec P, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Osijek, 2007.

⁸ Čl.44.st.3. KZ RH

⁹ Čl.44.st.4. *Ibid.*

¹⁰ Čl.45. *Ibid.*

увјетном осудом, уважавајући при томе сврху кажњавања и постојање олакотних околности.¹¹

Иде се ка томе да се изрицање краткотрајних казни затвора сведе на најмању могућу мјеру те да се умјесто краткотрајних казни затвора примјењују друге алтернативне санкције, што је као рјешење позитивно.

Прије свега, због чињенице да краткотрајне казне затвора немају своју сврху из више разлога. Наиме, краткотрајним изреченим мјерама не може се утицати на починитеља да убудуће не почини такво или слично казнено дјело. Затим, починитеља није могуће у тако кратком времену преодгојити у понашању да се одвикне чињења криминалних радњи, већ само долази до пренапучености казнионица осуђеницима. Негативни учинци изрицања краткотрајних казни затвора огледају се и на личност окривљеника и на његов положај у друштву који се, прије свега, односи на губитак заспослења и нарушења односа унутар обитељи. И управо из свега наведеног и образложеног, Законодавац је направио добро рјешење што се одлучио за изнимност изрицања краткотрајних казни затвора.

Казна дуготрајног затвора третирана је као посебна врста казне затвора која се може изрећи, на пуне године, осуђенику за најтежа казнена дјела у распону од најмање 21 годину до највише 40 година затвора.¹² Казна дуготрајног затвора не може се изрећи осуђенику које још није пунољетно.

С обзиром да је доња граница дуготрајне казне затвора 21 година, може се учити да није могуће изрећи казну затвора у трајању између 20 година затвора и 21 године дуготрајног затвора, међутим, што се тиче утјецаја на сврху кажњавања наведена околност није од великог утјецаја, јер се ради свега о једној години.

Ваља напоменути да је радна скупина дуго расправљала и водила дебату на тему да ли се опредијелити за увођење доживотног затвора или дуготрајног затвора у трајању од 50 (педесет) година, да би на крају ипак упутила приједлог законодавцу за увођење дуготрајног затвора у трајању од 50 (педесет) година. Као алтернатива казни дуготрајног затвора од 50 (педесет) година, наводили су се и приједлози сигурносног смјештаја и сукцесивног издржавања казне затвора.¹³

¹¹ Божић В, *Казненоправне санкције у законодавству Републике Хрватске – критички осврт и анализа стања уз приједлоге de lege ferenda*, Зборник радова Удружења за међународно кривично право, Тара, 05/2019, стр. 319-334.

¹² Čl.46. KZ RH

¹³ Више: Turković K, Maršavelski A, *Reforma sustava kazni u novom Kaznenom zakonu*, Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu (Zagreb), vol. 19, br. 2/2012, str. 795-817. Види и: Turković K i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013.

Законодавац је предвидио изнимно изрицање казне дуготрајног затвора у трајању од 50 (педесет) година, која су резервирана за случајеве стјецаја тешких казних дјела ако су за два или више казних дјела утврђене појединачне казне дуготрајног затвора чији зброј прелази 50 (педесет) година.¹⁴

Дуготрајна казна затвора од 50 (педесет) година прихваћена је вјероватно из разлога што је сматрано да би доживотна казна затвора могла бити прописана код великог броја казних дјела, а усвојеном казном ипак се сузио број могућих случајева. Тада се може изрећи као јединствена казна казна дуготрајног затвора у трајању од 50 (педесет) година.

За претпоставити је да се Законодавац определио за ово рјешење јер се тиме желио ријешити добне скупине починитеља између 18 (осамнаест) и 30 (тридесет) година као починитеља најтежих казних дјела у стјецају. С обзиром на наведену скупину починитеља казних дјела, казна дуготрајног затвора од 40 година не би их спријечила да и након издржане казне, почине поново иста или нека друга тешка казнена дјела.

У табlici под бр. 1. приказана су законска рјешења у односу на прописану казну затвора.

Таблица бр.1. Приказ прописане казне затвора у КЗ Хрватске

Казна затвора у Казненом закону Републике Хрватске	
1. Казна затвора	Од 3 мјесеца до 20 година
2. Казна дуготрајног затвора	Од 21 до 40 година
3. Казна дуготрајног затвора у трајању од 50 година	50 година

3. ЗАКОНСКА РЈЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ ПРОПИСАНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У КАЗНеном ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

У кривичном законодавству Републике Србије предвиђена је *казна затвора* и *казна затвора* која се може изрећи *за најтежа казнена дјела*.

¹⁴ Čl. 51. st. 3. KZ.

Казна затвора прописана је у распону од 30 (тридесет) дана до 20 (двадесет) година те се изриче на пуне године и мјесеце, док се казна затвора до (6) шест мјесеци изриче и на дане.¹⁵

За најтежа казнена дјела, изнимно се може прописати казна затвора у трајању од 30 до 40 година. Ова најтежа казна изриче на пуне године и не може се изрећи особи која у вријеме почињења казног дјела није навршила 21 годину живота.¹⁶

Суд може одредити да осуђеник изречену казну затвора до једне године издржава у просторијама свога стана, под одређеним увјетима. Ти увјети односе се на околност да се тако одређеним издржавањем казне, који се може сматрати једном врстом кућног затвора, може очекивати да ће се остварити сврха кажњавања. Овакво законско рјешење имали смо и у хрватском казненом закону.

Суд ће приликом доношења одлуке посебно цијенити личност починитеља казног дјела, његов ранији живот, ступањ кривње те његово понашање након почињеног казног дјела.¹⁷ Ако се осуђени удаљи из стана у којем станује у трајању преко шест сати или два пута у трајању до шест сати самовољно напусти просторије у којима станује, суд ће одредити да остатак казне затвора издржи у заводу за извршење казне затвора.¹⁸ Ваља напоменути да ова санкција тзв. кућног затвора није изведива ни примјењива према починитељу казног дјела против брака и породице који живи под истим кровом с оштећеним.¹⁹

У табlici под бр. 2. приказана су законска рјешења у односу на прописану казну затвора.

Таблица бр.2. Приказ прописане казне затвора у КЗ Србије

Казна затвора у Кривичном законик у Републике Србије	
1. Казна затвора	Од 30 дана до 20 година
2. Казна затвора за најтежа кривична дјела	Од 30 до 40 година

¹⁵ Чл.45. ст.1. и 2. Кривичног законика Републике Србије (КЗ РС), "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

¹⁶ Чл.45. ст.4. КЗ РС

¹⁷ Чл.45. ст.5. *Ibid.*

¹⁸ ст.6. *Ibid.*

¹⁹ ст.7. *Ibid.*

Поставља се питање зашто је Законодавац Републике Србије оставио у Кривичном законнику празнину према којој није могуће изрећи казну затвора у распону од 20 до 30 година, што би свакако требало у будућим изменама и допунама Кривичног законика добро размислити да ли такву законску (не)могућност оставити. Предлаже се укидање ове празнине из разлога што се односи на јако дуг временски период, на период од 10 (десет) година.

4. АНАЛИЗА И ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ИЗРИЦАЊУ КАЗНИ ЗАТВОРА У ХРВАТСКОЈ

У табlici под редним бр.3. приказане су изречене казне затвора пунољетним осуђеним починитељима казних дјела у шестогодишњем раздобљу од 2012. до 2017. године.

Прво што се може примјетити јест опадајући тенд из године у годину у односу на број изречених казни затвора. Тако је у 2012. години било највише изречених казни затвора (19221), да би пет година касније, у 2017. години било изречено свега (11692) казни затвора, што је у односу на 2012. годину само 60,83% од укупно изречених казни затвора у 2012.години. Занимљиво је за напоменути да је из године у годину забиљежен пад у броју изречених казни затвора, тако да у правилу свака сљедећа година има мањи број евидентираних казни затвора.

Слична ситуација је и с изреченим казнама безувјетног затвора. Највише казни безувјетног затвора изречено је у 2012. години (4012), а најмање у 2015. години (2345) и у 2017. години (2352). Из анализе произлази да је у 2017. години изречено свега 58,62% казни безувјетног затвора у односу на број истих казни изречених у 2012. годину.

Највише изречених безувјетних казни затвора је у раздобљу до године дана. Погледамо ли распон казни безувјетног затвора у посматраном шестогодишњем раздобљу, ситуација је сљедећа. Највише казни безувјетног затвора кретало се у распону до 6 (шест) мјесеци. Тако је у 2012. години изречено (1513) казни безувјетног затвора у трајању до 6 (шест) мјесеци, док је у 2017. години изречена свега (331) таква казна. Разлог оваквом драстичном смањењу, гдје је у 2017. години изречена свега 21,88% безувјетна казна затвора у трајању до 6 (шест) мјесеци, од укупно изречених истих казни у 2012. години, јесте управо реформа казног законодавства²⁰ према којој се казна затвора у трајању до 6

²⁰ Види: Turković K, *Okviri reforme sustava kaznenopravnih sankcija u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, br.2/2009, str. 809-841.

(шест) мјесеци изриче само изнимно. Законско рјешење видљиво је и надаље у судској пракси, погледамо ли још гдје је у 2014. години било доста изречених краткотрајних казни затвора (814), да би у 2015. години тај број изречених казни се доста смањио и износио свега (354).

Занемаримо ли законску обавезу на изнимност изрицања краткотрајних казни затвора, претеча је казна безувјетног затвора од 6 (шест) до 12 (дванаест) мјесеци која је у проматраном раздобљу доста бројчано изједначена. Тако је у 2012. години изречено (1088) наведених казни, у 2013. години (1273), да би у посљедној 2017. години било изречено (1382) казни безувјетног затвора од 6 (шест) до 12 (дванаест) мјесеци.

Најмање казни безувјетног затвора евидентирано је у распону од преко 5 година. У 2012. години изречено је тако (97) таквих казни, а у 2017. години само њих (58).

Што се тиче увјетно осуђених особа, бројчано стање увјетно осуђених је у опадању из године у годину.²¹ Сами за себе говоре подаци видљиви у табlici под бр.3. У 2012. години било је изречено (15209) увјетних осуда на казну затвора, да би у 2017. години било изречено свега (9340). У односу на 2017. годину то је 61,41% од наведене изречене казне у 2012. години.

Таблица бр.3. Пунољетне осуђене особе на казну затвора у раздобљу од 2012 до 2017.²²

ПУНОЉЕТНЕ ОСОБЕ ОСУЂЕНЕ НА КАЗНУ ЗАТВОРА ОД 2012. ДО 2017. ГОДИНЕ						
	2012	2013	2014	2015	2016	2017
УКУПНО	19221	15777	14287	11987	12934	11692
БЕЗУВЈЕТНИ ЗАТВОР	4012	3594	3719	2345	2375	2352
ВИШЕ ОД 5 година	97	104	98	53	74	58
ОД 2 ДО 5 године	544	396	344	252	205	217
ОД 1 ДО 2 године	770	739	631	475	381	364
ОД 6 ДО 12 мјесеци	1088	1273	1794	1211	1325	1382
ДО 6 мјесеци	513	1082	852	354	390	331
УВЈЕТНО ОСУЂЕНЕ НА ЗАТВОР	15209	12183	10568	9642	10559	9340

²¹ Више види о примјени увјетне осуде: Krstulović A, Šćepanović M, *Utjecaj izmjena Kaznenog zakona na mogućnost i učestalost primjene uvjetne osude (i njihov daljnji utjecaj na primjenu instituta kaznenog materijalnog i procesnog prava)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2006, 13 (2), str. 617-655.

²² Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2017. godini, 1627 Izvješće, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2018.

Ваља се сложити са стајалиштем да се изрицањем увјетних осуда не остварује сврха кажњавања. Наиме, ако је сврха кажњавања да се изрази друштвена осуда због почињеног казног дјела, да се јача повјерење грађана у правни сустав, да се утјече на самог починитеља и на све друге грађане да не чине казна дјела, поставља се питање како је онда изрицањем увјетне осуде остварена сврха кажњавања кад сами увјетно осуђени, такву осуђујућу пресуду, у бити доживљавају као ослобађајућу јер их она *де факто* и *де iure* на ништа не обавезује. Једина њихова обавеза је да у времену провјеравања не почине неко друго казно дјело.

5. АНАЛИЗА И ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ИЗРИЦАЊУ КАЗНИ ЗАТВОРА У СРБИЈИ

У табlici под редним бр.4. приказане су изречене казне затвора пунољетним осуђеним починитељима казних дјела у шестогодишњем раздобљу од 2012. до 2017. године.

Може се примјетити да из године у годину број изречених казни затвора се креће у распону између (13026) и (8220). Највише изречених казни безувјетног затвора биљежи 2014. година (13026), а најмање 2017. година (8220), што је свега 63,11% изречених казни безувјетног затвора у 2017. години у односу на 2014. годину.

Погледамо ли распон изречених казни безувјетног затвора оне се крећу од 1-2 мјесеца па све до 40 година. Ваља нагласити да је доста изречених краткотрајних безувјетних казни затвора, у распону од 1-2 мјесеца, 2-3 мјесеца те 3-6 мјесеци. Ситуација у погледу наведених краткотрајних безувјетних казни затвора (до 6 мјесеци) је сљедећа: највише их је изречено у распону од 3-6 мјесеци и то у 2014. години (3772), а најмање у 2017. години (2000). Затим слиједи казна безувјетног затвора у распону од 2-3 мјесеца којих је највише изречено у 2014. години (1899), а најмање у 2017. години (757). Увјерљиво најмање изречених казни безувјетног затвора односи се на казне у распону од 1-2 мјесеца, тако да их је у 2014. години највише изречено (630), а најмање у 2017. години (193).

Слиједи закључак да су у судској пракси Републике Србије још увијек релативно популарне краткотрајне безувјетне казне затвора, вјеројатно из разлога да се починитељу казног дјела одмах упути пријекор због почињеног казног дјела и да се на њега утиче да ни таква

лакша казнена дјела која имају прописану мању казну, више не чине, а и да се јавности пошаље идентична порука. Међутим, ваља истаћи да је ипак, ако гледамо посматрани шестогодишњи период од 2012. до 2017. године, 2017. година далеко мања по броју изречених краткотрајних казни затвора у односу на наведено остало петогодишње раздобље од 2012. до 2016. године.

Сљедећи распон изречене казне безувјетног затвора који је доста присутан у судској пракси односи се на период од 6 до 12 мјесеци. Највише тавих казни изречено је у 2014. години (3184), док је најмање евидентирано у 2017. години (2199).

Затим слиједи распон казне безувјетног затвора од 1-2 године који, исто тако, има доста изречених казни, међутим бројчано је релативно сталан у посматраном шестогодишњем раздобљу и креће се од (1631) казне изречене у 2014. години до (1448) казне изречене у 2017. години.

Распон изречених казни од 2-5 година, које је подијељен на казне од 2-3 године и казне од 3-5 година, дијеле скоро исто бројчано стање у односу на изречене казне. Тако се изречене казне затвора од 2-3 године у шестогодишњем раздобљу крећу између (993) евидентираних у 2013. години и (770) забиљежених у 2017. години. С друге стране, изречене казне затвора у распону од 3-5 година крећу се од (772) изречене у 2012. години, до (550) изречених у 2015. години.

Ваља напоменути да су још увијек присутне у судској пракси и казне безувјетног затвора од 5-10 година, које се крећу од (59) изречених у 2014. години, до (34) изречених у 2015. години.

Казне затвора преко 15 година, исто нису незанемариве. Највише безувјетних казни затвора од 15-20 година изречено је у 2012. години (30), док је најмање изречено у 2015. години (3). Изречене дуготрајне казне затвора од 30-40 година крећу се у распону од (12) евидентираних у 2012. години до (9) забиљежених у 2013. и у 2016. години.

У судској пракси, иако у малом броју, изречене су и најтеже казне од 40 година затвора. У 2016. години изречено је њих (5), до је у 2013. години изречена свега (1) таква казна.

У таблици су наведени и подаци за особе које су увјетно осуђене на казну затвора. Може се одмах уочити да је у посматраном раздобљу бројчано стање увјетно осуђених особа из године у годину доста слично. Најмање увјетно осуђених особа на казну затвора је у 2013. години (17152), док их је највише у 2015. години (19290).

Таблица бр.4. Пунољетне осуђене особе на казну затвора у раздобљу од 2012 до 2017.²³

ПУНОЉЕТНЕ ОСОБЕ ОСУЂЕНЕ НА КАЗНУ ЗАТВОРА ОД 2012. ДО 2017. ГОДИНЕ						
	2012	2013	2014	2015	2016	2017
УКУПНО	27381	28356	31333	28110	26960	26168
БЕЗУВЈЕТНИ ЗАТВОР	10212	11204	13026	8820	9419	8220
ОД 40 година	2	1	2	4	5	2
ОД 30 ДО 40 година	12	9	11	13	9	11
ПРЕКО 15-20 година	30	14	23	3	22	18
10-15 година	46	48	59	34	49	38
5-10 година	232	260	191	171	191	156
3-5 година	722	665	677	550	707	628
2-3 године	850	993	947	875	930	770
1-2 године	1485	1536	1631	1438	1520	1448
ПРЕКО 6-12 мјесеци	2225	2728	3184	2422	2424	2199
3-6	2701	3003	3772	2116	2269	2000
2-3	1301	1355	1899	864	965	757
1-2	606	592	630	330	328	193
УВЈЕТНО ОСУЂЕНЕ НА ЗАТВОР	17169	17152	18307	19290	17541	17948

Након проведеног истраживања и анализе изречених казни затвора на подручју Републике Србије треба истаћи сљедеће.

И даље је присутна казнена политика изрицања краткотрајних казни затвора које у коначници не постижу сврху кажњавања, већ напротив само могу произвести нежељене учинке и пренапученост затвора. Ваљало би наведене санкције замијенити учинковитијим алтернативним санкцијама као што су, примјера ради, рад у јавном интересу.

С друге стране, поставља се питање оправданости доношења увјетно осуђујућих пресуда, којима се сигурно не може у потпуности остварити сврха кажњавања. Наиме, осуђеник *de facto* није добио никакву

²³ Punoletni učinoci krivičnih dela u 2017. godini, Prijave, optuženja i osude, Beograd, Bilten 643, 25.12.218, Republički Zavod za Statistiku.

казну затвора која би га спријечила и утицала на њега да не почини више нити једно казнено дјело, једино има обавезу да у периоду провјеравања не почини нити једно казнено дјело јер ће се у противном увјетна осуда²⁴ опозвати и извршит ће се казна. Ваљало би размислити да ли је у свим овим случајевима доношење увјетне осуде у потпуности оправдано и да ли је остварена сврха кажњавања.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У раду је направљена компаративна анализа казног законодавства и истражена судска пракса у односу на изречене казне затвора у Републици Хрватској и Републици Србији. И једна и друга држава имале су и имају обавезу усклађивања свог националног казног законодавства с међународним документима и правом Еуропске уније. Република Хрватска је у великој мјери хармонизирала своје национално казнено законодавство с еуропским још приликом приступања Еуропској унији као пуноправна држава чланица 01. септембра 2013. године, док је Република Србија још увијек у процесу усклађивања својих одредби као земља која аплицира за пријем у чланство ЕУ, иако је до сада пуно тога по том питању учинила.

Након усклађивања казног законодавства, Република Хрватска је доживјела потпуну реформу у односу на пријашњи Казнени закон, тако да су и прописне казненоправне санкције изнова преиспитане. У складу с Казним законом могу се изрећи новчана казна, казна затвора и казна дуготрајног затвора.

Новина је казна дуготрајног затвора у трајању од 50 година која се може изрећи починитељу који у стјецјају почини најтежа казнена дјела. Република Србија предлаже увођење казне доживотног затвора, што је, исто тако, била и једна од опција Хрватског Законодавца приликом реформе казног законодавства. У Приједлогу измјена и допуна Казног закона Републике Хрватске била је и казна доживотног затвора, међутим од ње се одустало јер се дошло до закључка да је казна доживотног затвора доста неодређена и да би могла бити прописана код великог броја казнених дјела.

Стога, Хрватски законодавац се одлучио за увођење казне затвора у трајању до 50 година, из разлога што се, казном од 40 година затвора не би остварила сврха кажњавања, надаље казна од 40 година, нити

²⁴ Више о увјетној осуди: Aljinović N, *Djelomična uvjetna osuda i njezina primjena u praksi s prikazom sustava uvjetne osude u novom kaznenom zakonu*, *Zagrebačka pravna revija*, 2017, 6 (3), str.337-367.

починитеља у стјецају нити рецидивисте не би спријечила да чине најтежа казнена дјела и након што су издржали ту изречену дуготрајну казну.

С друге стране, инзистира се на смањењу прописивања краткотрајних казни затвора из разлога што оне само могу створити негативан учинак, већ се сугерира да се оне замијене другим алтернативним санкцијама ако, у конкретном случају, то околности дозвољавају.

Што се тиче казне затвора постоји дистинкција у погледу доњег прописаног минимума између Казненог закона Републике Хрватске и Кривичног законика Републике Србије. У првотном, доњи минимум казне затвора је три мјесеца, док је у потоњем тридесет дана.

Није схватљиво зашто је Законодавац Републике Србије прописао казну затвора у трајању до 20 година, да би за најтежа казнена дјела и најтеже облике тешких казних дјела предвидио могућност изрицања казне затвора у распону од 30 до 40 година, остављајући при томе празнину у односу на (не)могућност изрицања казне затвора у распону од 20 до 30 година. Предлаже се размислити да ли такву законску одредбу и наведену празнину оставити, јер се не види њезина сврха таквог њезина постојања, стога би било упутно приликом сљедећих измјена и допуна Кривичног законика ово питање ријешити.

ЛИТЕРАТУРА

Aljinović N, *Djelomična uvjetna osuda i njezina primjena u praksi s prikazom sustava uvjetne osude u novom kaznenom zakonu*, Zagrebačka pravna revija, 2017, 6 (3), str.337-367.

Божић В, *Казненоправне санкције у законодавству Републике Хрватске – критички осврт и анализа стања уз приједлоге de lege ferenda*, Зборник радова Удружења за међународно кривично право, Тара, 05/2019, стр. 319-334.

Ђурђевић З, *Odluka o kazni – kaznenoprocena pitanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 11, broj 2/2004, str. 751-782.

Krstulović, A. i Šćepanović, M. *Utjecaj izmjena Kaznenog zakona na mogućnost i učestalost primjene uvjetne osude (i njihov daljnji utjecaj na primjenu instituta kaznenog materijalnog i procesnog prava)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2006, 13 (2), str. 617-655.

Kazneni zakon RH, Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18.

Kazneni zakon RH, Narodne novine br. 125/11.

Kazneni zakon RH, Narodne novine br. 110/97.

Kazneni zakon Njemačke, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Kazneni zakon Austrije, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Kazneni zakon Švicarske, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Кривични законик Републике Србије, “Сл. гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

Novoselec P, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Osijek, 2007.

Милутиновић М, *Пенологија*, ИИИ издање, Београд, 1985.

Punoljetni počinitelji kaznenih djela, *Prijave, optužbe i osude u 2017. godini*, 1627 Izvješće, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2018.

Пунолетни учиниоци кривичних дела у 2017. години, *Пријаве, оптужења и осуде*, Београд, Билтен 643, 25.12.218, Републички Завод за Статистику.

Radić Ž, *Zatvor u srednjovjekovnom trogirskom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 12, No. 1/2005, str. 89-107.

Стојановић З, *Превентивна функција кривичног права*, Цримен, Београд, бр.1/2011, стр.3-25.

Turković K i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013.

Turković K, *Okviri reforme sustava kaznenopravnih sankcija u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, br.2/2009, str. 809-841.

Turković K, Maršavelski A, *Reforma sustava kazni u novom Kaznenom zakonu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 19, br. 2/2012, str. 795-817.

Vanda BOŽIĆ, Ph.D

Scientific Associate, Department of Criminal law, Faculty of Law University of Zagreb

INPRISONMENT IN CRIMINAL LEGISLATION OF CROATIA AND SERBIA

- review of some legal solutions with *de lege ferenda* proposals –

Summary

The paper contains a comparative overview of legal solutions in relation to the prescribed prison sentences in criminal legislation of Republic of Croatia and Republic of Serbia. Legal provisions of imprisonment, long-term imprisonment and long-term imprisonment for up to 50 years in the criminal law of Republic of Croatia as well as legal provisions of imprisonment and imprisonment for the most serious crimes and the most severe forms of serious criminal offenses for the duration of 30 to 40 years in criminal law of Republic of Serbia have been analyzed from a theoretical point of view. Case law was investigated with regard to the pronouncement of the mentioned prison sentences against convicted persons in Croatia and Serbia and a comparative overview and analysis were made. In accordance with theoretical analysis and research of the judicial practice *de lege lata*, the possible proposals of *de lege ferenda* were pointed out.

Key words: *imprisonment, long-term imprisonment, comparative representation of legal solutions, Croatia, Serbia.*

Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ¹

Адвокат из Београда

„ПРАВИЧАН ПОСТУПАК“ ТЕМЕЉНО НАЧЕЛО ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2011.

Апстракт: Законик о кривичном поступку, од 2011 године, је изграђен по правилима англоамеричког кривичног поступка тзв. – *адверзијалног поступка*, са значајним институтима које је изнедрила европска кривичнопроцесна трдиција. Законик је утемељен на „начелу правичног поступка“, уместо „начела истине“. Зато је тешко разумети назив „правичан поступак“, када суд нема обавезу да утврђује истину. Начело *правичан поступак*, треба да успостави систем процедура, које би биле основа за правично и фер суђење. Напуштањем начела истине, наглашена је улога странака у праву на доказ, док су у правилу искључене овласти суда првенствено у праву на извођење доказа по службеној дужности. У Законику су углавном усвојени међународни стандарди као и стандарди права Европске уније, пре свих стандарди из Европске Конвенције, који се остварују, преко деловања ЕСЈП и његових одлука, на изградњи „правичног поступка“ и „правичног и фер суђења“.

Кључне речи: Закон, адверзијални поступак, начело „правичан поступак“, окривљени, поштено и фер суђење,

¹ Ванредни професор, njovancevic@orion.rs

1. Уводни приступ

Доношењем Законика о кривичном поступку, од 2011 године², који је изграђен по правилима англоамеричког кривичног поступка тзв. – *адверзијалног поступка*, напуштен је традиционални - континентални поступак, савремени мешовити поступак, који је важио и углавном важи и данас у државама Европског континента. Може се рећи да су принципи на којима се темељи Законик о кривичном поступку од 2011, године, садржајно битно другачије у односу на Законик о кривичном поступку од 2001.

Доношењем тог Законика са више адвентивних решења и мешање тог система са континенталним савременим мешовитим системом, концепција и архитектура кривичног поступка је битно промењена, кривично процесни принципи су се престојили, тако да је суштина и циљ поступка, да буде правично проведен, а не да буде утврђена истина у кривичном поступку.

Увођење адверзијалног поступка – варијанте акузаторског поступка, наглашава се улога странака у поступку, уводи се тужилачка истрага, уместо судске истраге - истраге коју је водио истражни судија, одговорност за доказ, са суда се преноси на „страначко извођење доказа“, одређена консенсуална решења, што је довело до значајног смањења улоге суда, који се своди на провођење процедуре суђења и пресуђења, уз одговарајуће мере дисциплине у поступку.

Тиме се жели појачати степен и брзина откривања извршених кривичних дела и њихових учинилаца, а ефикасност и делотворност његовог спровођења чини значајан фактор одвраћања од вршења кривичних дела. Од степена успешности прописаних решења у великој мери зависи примена материјалног кривичног права³.

² Законик о кривичном поступку од 2011, („Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, бр. 32, од 8 априла 2013, бр. 45 од 22. маја 2013). бр. 55/2014, од 23 маја 2014, (скраћено ЗКП/2011). Законик је ступио на снагу 6. октобра 2011, међутим, примена Законика пред свим судовима и поступцима, каснијим изменама померена је за 1. октобра 2013, када је коначно примена и уследила. У погледу поступака за организовани криминал и ратне злочине, који се воде пред посебним одељењем надлежног суда, Законик се примењује од 15. јануара 2012. (чл. 608).

* Законик је донесен по хитном поступку, а образложено је да је кроз законске текстове потребно испунити преузете међународне обавезе и ускладити наше прописе са прописима Европске уније. Ипак треба рећи да су и раније у претходним Законикима, била испитована сва правила из међународних и регионалних докумената.

³ Образложење Предлога Законика о кривичном поступку.

Законик по својој концепцији и процесној филозофији, је суштински нови, и објективно је то довело до великих практичних и стручних проблема, јер тужиоци нису били спремни да преузму истрагу, а период од петогодишње примене закона је кратак за ефикасну примену закона како од стране суда тако и од стране тужиоца. Имајући у виду чињеницу да је пораст најсложенијих врста и облика тешких кривичних дела; организовани криминал, ратни злочини, сложени технолошки – сајбер криминал, па и друга бројна кривична дела, која се појављују у сложенијим животним и социјалним условима, где се наглашено јављају тешка дела са елементима насиља, демократски успостављене институције у репресивном апарату државе, се тешко носе с тим проблемом.

У свакодневним процесима пред судовима се може уочити нарочито на нижем нивоу, да се проводе суђења слично као и по старом систему који је важио пре доношења ЗКП/2011. Поред чињенице да у новој концепцији судија нема обавезу да по службеној дужности изводи доказе и утврђује истину, да су странке изједначене у праву на доказ и да суд изводи доказе на предлог странака (чл. 15 ст. 3 ЗКП) судије често, преузимају поступак у своје руке и изводе доказе, или одбијају предлоге за доказе, кроз законску могућност, да „изузетно сам одреди да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио“ (чл. 15 ст. 4 ЗКП).

2. Адверзијални систем

Овај поступак је изнедрила англо-америчка процесна култура и стуб је тог правосудног система. У теорији па и у законодавству једна варијанта акузаторског система се назива и адверзијални⁴. Овде се упућује на супростављене странке. Због тога се поставља питање да ли „акузаторски или адверзијални“. У науци се под изразом адверзијални систем, понекад представља целокупан правни процес, а понекад се мисли само на кривичне процедуре (Дамашка). Међутим, не постоји прецизно разграничење између израза адверзијални и акузаторски јер ова два израза упућују на исту суштину и идентичан систем. Ипак, под називом „оптужни“ више се наглашава систем оптужбе, оног који заступа оптужбу и који је мора доказати, док под изразом „адверзијални“ више се истиче

⁴ Реч адверзијални потиче од лат. *adversus*, – чит. адверзус, противан, супротан. У нашој стручној употреби често се користи израз и „адверсијалан“, из нејасних разлога. У овој расправи се користи израз „адверзијалан“, држећи да више одговара етимологији речи.

страначки значај, апострофирају се странке и једнакост странака у поступку. Због тога би више одговарао савременији израз адверзијални, како се то преноси из англо-америчког права. То је страначки поступак где су строго одвојене три основне функције – оптужбе, одбране и суђења.

Пошто се у националним законодавствима не ствара чист адверзилани поступак, већ се задржавају елементи мешовитог типа поступка и у исти уносе „позајмљују“ одређене установе из англо-америчког система, без јасних и научно прихватљивих критеријума, не постоје једнообразни поступци по структури у различитим државама на континенту⁵. Поступци се разликују по разним деловима, у погледу организације суда /порота или судска већа/, ко предузима кривично гоњење, /службене или и приватне истраге/ на коме је одговорност за доказе /суду или странкама или једнима и другима/, третмана и вредновања оригинарних и деривативних доказа и сл.

Уз покушај изградње једног система „правичног поступка“, у новом ЗКП од 2011, темељна новина је ради „ефикаснијег поступка и равноправности странака“ пред судом, да се претходни поступак /предистражни и истражни поступак/ спроводи од стране јавног тужиоца, истрага се у целости издваја из надлежности суда, како је то било по претходном законик, укида се установа истражног судије, законом се одређује нова функција суда – судија за претходни поступак, који има строго одређена права у сфери мера обезбеђења присутности окривљеног и извођењу доказа (чл. 22 ст. 2). Право на извођење доказа преноси се са суда на странке које су равноправне у том смислу, (чл. 15 ст. 1 и 2) и др.

Разни постулати који су преузети из англо-америчког система и уграђени у српски процесни закон, као што су споразум о признању кривице тзв. „нагодбена правда“⁶, споразум о сведочењу окривљеног, споразум о сведочењу осуђеног, доношење одлуке ван претреса и суђења, „условни опортунитет“, ограничена права на извођење доказа, напуштање принципа истине као циља поступка, прихваћање концепта о „неспорним чињеницама“ тј. чињенице које странке учине неспорним, - удаљавају овај нови концепт, од вековима познатог континенталног, савременог мешовитог кривичног поступка, који је владајући не само у Европи већ и у бројним другим државама⁷.

⁵ Најсличнији америчком типу поступка је Италијански казнени поступак из 1988 године., који је у међувремену претрпио значајне измене.

⁶ По С. *Roxini*, „нагодбена правда“ није у складу ни са једним традиционалним принципом (максимом). Опширније види, С. *Roxin* - В. *Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 26 Auflage München, 2009. р. 60.

⁷ Иначе, савремени мешовити тип кривичног поступка, је важећи у државама Јужне Америке, па и у деловима Канаде, Луизијани држави у САД. Ради се о бившим

У овој краткој расправи ће се покушати указати на смисао и значај *начела правичног поступка*, који је темељ Законика. Ово начело је утемељено на усвојеним међународним правним документима, по угледу на англо-амерички систем процедура и доказивања.

3. Начело „правичан поступак“

Начело „правичан поступак“, подразумева један темељни принцип који служи за изградњу система кривичног поступка. То је принцип који је основа за све остале принципе на којима је изграђен Законик. Основна филозофска теза и у овом случају је покушај изналажења и изградња једног „правичног поступка“, када је у питању српски кривични поступак. То је довело да су се на неки начин престојили принципи, на којима је изграђен савремени мешовити кривични поступак, па су чак и добили нови смисао. Ослањањем на строге процедуре у Законнику је занемарен *принцип истине*, некад темељни принцип у савременом кривичном поступку. Иако није било научно-стручног оправдања за изостављање принципа истине, законодавац је установио принцип оптужбе и тужилац као *dominis litis* треба да докаже своју оптужбу, а не суд да утврђује по службеној дужности шта је истина а шта није. Код успостављања једног правичног поступка, законодавац је строго водио рачуна о темељним међународним документима који су послужили за изградњу новог Законика о кривичном поступку из 2011. године, који би тебао бити у својој архитектоници и основној филозофској тежњи „правичан поступак“. Зато је потребно истаћи она важна међународна и домаћа документа из којих се налазе основе за изградњу једног правичног поступка.

Универзална декларација о правима човека, из 1948. године⁸, пре свих, која је прихваћена од свих чланица Уједињених нација нема непосредну и обавезну снагу већ има декларативни и програмски карактер, у чл. 8, предвиђа да свако има право да га надлежни, ...судови ефикасно штите од, ...кршења основних права која су му призната уставом и законом., а одредбама чл. 10. Декларације, гарантовано је потпуно једнако право на „правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом“ сваком оптуженом којем се мора предочити основаност оптужбе.

колонијама европских земаља у којима се говоре романски језици, језици који су настали из латинског - шпански, португалски и француски.

⁸ Усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине, УН, 217. А (III), од 10 септембра 1948 (*Universal Declaration of Human Rights*).

Међународни пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године⁹, у ст. 1. чл. 14. одређује; Сви су пред судовима једнаки. Свако има право да његова ствар буде правично и јавно расправљена, од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати о основаности ма какве оптужбе кривичноправне природе уперене против њега, ...“. У чл. 14. ст. 2. Пакта, су прописана права окривљеног, која су и досада у нашим процесним законима била уграђена.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, из 1950 године¹⁰, у ст. 1. чл. 6, одређује, „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правично суђење и јавну расправу у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона“. Да би се обезбедио „правичан поступак“, сходно захтевима из чл. 6. Европске конвенције, потребно је да национална законодавства кроз систем кривичног поступка осигурају те захтеве, те да се омогући правично и фер суђење у пракси.¹¹

⁹ *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* из 1966. /скраћено Пакт, 1966/, (*International Covenant an Civil and Political Rights*), усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. Бивша СФРЈ га је ратификовала, 1971, Пакт је ступио на снагу 23. 3. 1976. г. Пакт су прихватиле бројне државе, а Пакт је Србија прихватила, након распада СФРЈ и СРЈ. Овде се ради о вишестраном међународном уговору о људским правима, који потписују представници извршних власти држава, а ратификују уставом одређени органи (скупштине).

¹⁰ *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода*, Рим, 4. новембар 1950. У питању је регионални међународни уговор о људским правима коме могу да приступе само државе чланице Савета Европе. Државна заједница Србија и Црна Гора примљена је у овај Савет 2003. године и у децембру исте године ратификовала је ову Конвенцију, „Службени лист Србије и Црне Горе“, међународни уговори, бр. 9 од 26. децембра 2003. Конвенција ратификована од стране Републике Србије, 3. марта 2004, када је и ступила на снагу. Устаљен назив „и у овом раду се користи скраћено „Европска конвенција“ из 1950. Да би се обезбедило поштовање обавеза из Конвенције, установљен је Европски суд за људска права. Протоколом бр. 11. од 11. маја 1994. /ступио на снагу новембра 1998/, измењена је Конвенција и у делу где се конституише нови стални Суд, Европски суд за људска права. Постоје бројне судске одлуке ЕСЉП, које се односе на право на правично суђење.

¹¹ ЕСЉП није „надревизијска инстанца“. Дакле, он у правилу не контролише правоваљаност чињеница или правних оцјена о националном праву домаћих тијела или судова, већ изузетно, када утврђивање чињеница или погрешна примјена права саме по себи представљају повреду права из Конвенције Осим тога суд се не упушта у разматрање приговора због “малих грешака” у извођењу доказа, међутим изнимку представља случај када извођење доказа није у складу са захтевима правичног поступка према члану 6. ЕКЉП.

Устав Србије од 2006 године¹², у ст. 1. чл. 32 одређује, „свако има право на независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима..., основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега“.

По чл. 16 ст. 2 УС, „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“.

Законик о кривичном поступку од 2011 године, у чл. 1 ст. 1. у суштини преноси одредбе из чл. 32 и 34 Устава, којим се „утврђују правила чији је циљ да: нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, и то на основу законито и правичноведеног поступка“. У наведеним одредбама се види да се овде не ради само о сегменту „поштеног и фер суђења“, или права на правичну и јавну расправу, суђења у разумном року, већ и о суду који је образован на основу закона, те судској независности и непристрасности. Правичан поступак треба да буде слика демократски уређеног правног поретка. Дакле, дух и смисао ове одредбе налаже уређење једног „правичног поступка“, у којем би се могло провести „правично суђење“. Тако уређен поступак где се наглашава „правичност“, сублимира у себи и одређена друга начела.

Правичан поступак се огледа у уређености свих фаза кривичног поступка. Сходно пракси ЕСЈП, одредбе чл. 6. ст. 1. ЕК, се односе и на предистражни, истражни и главни поступак, као и поступање поводом уложеног правног лека. Дакле, одредбе чл. 6 ст. 1 ЕК, се односе и на предистражни и истражни поступак те поступак правног лека, будући да поштено суђење може бити озбиљно нарушено ако дође до пропуста у почетним фазама поступка и надаље¹³.

Ако ЕСЈП утврди да је национални Устав противан Конвенцији, постоји обавеза измене устава.

О значају одлука ЕСЈП, види опширније *Н. Јованчевић*, Ново кривично процесно право (сходно закону о кривичном поступку од 2011), Досије, Београд, 2016, стр. 52, 61., 62., -65, 68, 232-235.

¹² „Службени гласник РС“, број 98 од 10 новембра 2006 године.

¹³ Према устаљеној пракси ЕСЈП, примарна сврха чл. 6 ЕК, је пре свега поштено суђење током кривичног поступка, али из одредби тог члана не произилази да се не односи и на поступке пре суђења (*pretrial proceedings*) већ могу бити релевантни и на предмет који још није послат суду (посебно ст. 3. т. ц). Пресуда Курталић против Хрватске, бр. 50700/07, од 15 X 2009. Исто, *Cobianchi v. Italy* (п.1), бр. 43434/98, ст. 8 и 11., од 9. новембра 2000. *Imbrioscia v. Switzerland*, 24. новембра 1993. § 36. Серија А бр. 275, те *Salduz v. Turkey* (GC), б. 36391/02, § 50, 27 новембра 2008. Исто, *ESLJP, Marešti protiv Hrvatske* од 23. 07. 2009. Захтев, бр. 55759/07. те случај, *Salduz protiv*

ЕСЈП, у својој пракси у поступке пре самог суђења убраја: предистражни стадиј или претходно истраживање у које убраја и полицијско испитивање (*police questioning*) или друго истраживање и различите извиде (*inquiry*), те истрагу (*investigation*). Све те поступке посматра као јединствену целину и међусобно их не разликује¹⁴.

Правичан поступак, по идеји тог појма, треба да буде, тако структурално уређен, да је могуће провести поштено и фер суђење и пресуђење. У њему се тежи за равноправност странака у поступку, равноправности при извођењу доказа (*equality of arms*), пасивном држању суда у погледу права на доказ, правично задовољење оштећеној страни, правичној одлуци и сл. шта све може да се сублимира у појам “правичног поступка”.

Ове одредбе су у складу са одредбама из чл. 32 УС, које су нормативно а и суштински готово идентичне, са одредбама из ст. 1. чл 6. Европске конвенције .

Овде се учачају два правна појма “правични поступак” и “правично суђење”, па се намеће питање да ли су истог ранга и значења, да ли то упућује на исту садржину?

Према конвенцијској пракси; „правичан поступак“ је онај који својим субјектима јемчи неколико темељних процесних права, у првом реду оних који странкама омогућују остваривање њихових функција и контролу над поступком. Нека од њих заједничка су свим судским поступцима (па тако вреди и у казненом поступку) нека од њих вреде само за казнени поступак¹⁵.

На XVIII конгресу Међународног удружења за кривично право (АИДП), одржаном у Истамбулу 2009 године, због велике важности се доноси резолуција која осликава „правичан поступак“ и то; „*Национални кривични поступци морају осигурати једнакост оружја, бити правични,*

Turske, пресуда Великог већа од 27. новембра 2008. захтев бр. 36391/02. где се говори о важности уградње одређених јемстава из Конвенције у поступку пре његове примене. *Brualla Gomez, de la Torre v. Spain*, пресуда, од 4. 12. 1996, захтев број, 26737/95., Извештај пресуда и одлука 1997 – VIII; *Ange Angelov v. Bulgaria*, br. 51343/99, 31., 15. II 2007. у којима се говори да изнимно ЕСЈП може наложити и конкретне мере, и дати налог законодавцу државе уговорне стране да отклони структуралне недостатке.

¹⁴ *Š. Pavlović*, *Tri načela kaznenog postupka, pravičan postupak, non bis in idem, i in dubio pro reo*, Rijeka, 2012, 59. i dr.

¹⁵ *Kai Ambos i Guido Ruegenberg*, *Novija praksa međunarodnih sudova u kaznenom i kaznenom procesnom pravu*, HLJPP, br. 2/1999, 969.

*јемчити поштено, непристрасно и неовисно поступање у разумном року и поштовање темељних људских права*¹⁶.

Како се види и ова резолуција полази од темељних докумената Пакта из 1966. и Европске конвенције, 1950, у пуном смислу.

Правичан поступак, треба да буде структурално уређен тако да омогућава провођење правичног суђења и пресуђења. У пракси Европског суда (ст. 1. чл. 6. ЕК), се наглашава да када је у питању поступак; када је у домаћем правном систему дат неки назив том поступку, или да се у домаћем праву назива поступак ванредног правног лека, није битан назив, већ оно што је одлучујуће “природа и домашај поступка о којем се ради”¹⁷.

Правичан поступак¹⁸, може се гледати као законом уређен процесни закон на основу којег се проводи суђење, а може се имати и у виду конкретан поступак у конкретној кривичној ствари. Због тога је “правичан поступак” шири и свеобухватнији систематичнији у односу на појам “правично и фер суђење”, које је исто могуће гледати уопште, али оно треба да се односи на конкретни процесни предмет. Дакле, и једно и друго могу бити и опште и посебне категорије, тј. да се односе на конкретну кривичну ствар¹⁹.

4. Право на правично и фер суђење (*Right to a fair trial*)

Право на правично суђење не подразумева само једнак третман странака у поступку у сваком погледу, већ и потребу придржавања правичности оних који га примењују у погледу страначких процесних права, посебно права на доказ, шта би значило да се имају примењивати исти критеријуми у примени “једнако поступање у једнаким или сличним стварима”, шта је одраз правичног поступања у правичном поступку. Готово је неизводиво правично и фер суђење у поступку који није уређен тако да буде “правичан поступак”.

¹⁶ У поглављу IV тачка 2. „вршење универзалне правде“, усвојена је резолуција, у којој се наводи, на којим темељним одредницама би требао бити заснован кривични поступак.

¹⁷ *San Leonard Band Club v. Malta*, br. 77562/01. St. 41. ECHR 2004- IX.

¹⁸ У филозофији егзистига правда као општи и универзални појам, док је по Аристотелу, правичност правда у конкретном случају. О овом види Н. Јованчевић, Законодавна динамика и правна сигурност, Зборник радова, Том 2. Правног факулета, Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици, стр. 81 и др.

¹⁹ По Д. Крапцу, “исправно је употребити израз правичан и тиме у свој пуници исказати поступовну /процедуралну/ праведност“, види, Д. Крапац, Казнено процесуално право, Загреб, 2010. стр. 205.

У релевантним домаћим и међународним документима, ипак се прецизно не одређује шта значи правично и фер суђење. Овај израз не садржи ни појмовну ни нормативну дефиницију²⁰.

Начело правичног поступка, иако веома неодређено, у себи садржи бројна друга начела, те се намеће као главни процесни принцип, уместо - *принципа истине*²¹.

Законска одредба која садржи „законито и правично провођење поступка“ (чл. 1. ст. 1. ЗКП/11), је у функцији принципа „права на правично суђење“. Иако се посебно не дефинише нити појмовно одређује у Законику, за ово се могу наћи оправдани разлози, пре свега у томе што се читав поступак треба тако конципирати да се кроз исти може провести „право на правично суђење“.

Овде се очито не мисли на филозофски појам „правичности“, већ се ради о процедуралним захтевима да поступак мора бити проведен сходно важећем закону и да се примењује према свима једнако. Иако, је сваки судски предмет „научни проблем“ за себе и готово да нема идентичног случаја, темељито познавање духа и смисла процесног законика, те његова правилна примена, сходно бројним правилима која су систематизована у законику, у којем се утврђују елементи кривичног дела које је оптужбом постављено, долази се у позицију правичног поступања при суђењу и доношењу одлуке.

Да би се провео принцип правичног поступка, потребно је да је суд установљен као независан и непристрасан сходно демократским принципима и тековинама права Европске уније²².

²⁰ Фер енг. „*fair*“, је реч пренета из енглеског језика и значи: поштено, правично, равноправно, дакле, поштен поступак, правичан поступак, пошетно и правично суђење.

²¹ Начело правичног суђења је „појам прилично сложен и неодређен“, преузет из англо-америчког права, који у првом реду садржи иснструкције законодавцу да своје право о кривичном поступку усагласи са међународним правним стандардима. Овај принцип обухваћа више процесних начела и права окривљеног, тако да се ту може пре говорити о једном „сложеном људском праву“, него принципу кривичног поступка. *М. Грубач*, Кривично процесно право, 2009, види, стр. 255 и 256.

²² Закон о судијама, „*Сл. гласник РС*“, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС и 101/2013.

* *Независност* судије се огледа у сигурносит која му даје сталност и непреместивост, материјална независност, затим ужива имунитет, право на удруживање, учешће у доношењу одлука од значаја за рад суда, право на стручно усавршавање, и др. Судија је дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност. Види чл. 1 и др. Закон о судијама. У Закону о судијама, се наводи, да је судија дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност. По пракси ЕСЈП, независност судије, подразумева слободу од разних утицаја, па чак и од стране вишег суда, који може уследити кроз директиве из укидајуће одлуке. Из тог

Независан и непристрасан суд треба да буде пре свега образован и уређен на основу закона. Независност, је уставни захтев, (чл. 142 ст. 2 УС), да би суд био независан од неке друге гране власти, суд који је образован на основу закона, сходно највишим демократским стандардима, који је нормативно тако уређен да омогућава вођење правичног и фер суђења; током вођења предистражног и истражног поступка, те главног претреса, али и поступка правног лека²³.

Водећи рачуна о наведеним захтевима, међународним и уставним стандардима, питање је да ли је законодавац, кроз нови законски пројекат, испунио не само формално већ и суштински идеју „правичног поступка“ у свим фазама поступка, предистражног, истраге, главног претреса, посебно фазама поступка поводом уложеног правног лека /редовног или ванредног/. На ово питање ће дати одговор ипак време које је пред нама и пракса коју ће донети како домаћи тако и међународни судови.

4. Антиномија положаја окривљеног – „сведок у сопственој ствари“

У Законнику су широко и уз поштовање међународних конвенција, уграђена општа права окривљеног, који има сва права од момента позива на испитивање па до окончања кривичног поступка. Једно од темељних права окривљеног је право да „ништа не изјави, ускрати одговор на поједина питања, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу (т. 2. ст. 1 чл. 68 ЗКП). Међутим у законнику то доследно није спроведено.

Правила о саслушању окривљеног су углавном прилагођена континенталном праву (чл. 85. ЗКП и др). Иако се у закону одређује да је окривљени доказно средство и смешта се у одредбе о доказима, то је положај који је у одређеној мери и контрадикторан, имајући у виду темељна правила и права која му припадају по закону и у односу на правила у англо-америчком праву. Но, није спорно да окривљени може бити извор сазнања важних чињеница у сваком рационалном кривичном поступку, па тако и у савременом кривичном поступку.

Закон проишљава да је судија дужан, да обезбеди правично и фер суђење и поштовање процесних правила.

²³ У чл. 6 Европске конвенције се говори и о независном и непристрасном суду, а то; „захтева поштено ... испитивање случаја...од стране независног и непристрасног суда, у утврђивању ... казнене оптужбе... Непристрасност у правилу значи непостојање прејудуцирања или пристрасности“.

Да би окривљени био у улози доказног средства сходно правилима англо-америчког права, потребно је да се претходно за то пита, јер у америчком праву оптужени се не може позвати да исказује, већ ће се питати да ли жели бити „сведок у сопственој ствари или не“²⁴. Та могућност или то право је законом прописано. Када се за то определи он потпада под сва правила као и сваки сведок, дужан је говорити истину, за лаж може кривично одговарати и др. Уколико се не определи за то право, онда остаје окривљени са свим правима на одбрану како самтра да то њему најбоље одговара.

У новом Законику, је то право окривљеног одређено тако да доводи до законодавне супротности или у најблажем смислу конфузије. Сходно закону, окривљени има право и на то право се поучава пре првог испитивања, да ништа не изјави, ускрати одговор на поједина питања, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу (чл. 68 ст. 1. т. 2). Слобода код изношења одбране, значи да окривљени има право да се брани на начин који сматра да му најбоље одговара, он није дужан да говори истину. Окривљени има право да се током читавог трајања поступка брани ћутањем. Овде је изражен познати принцип *нemo тeneatur*, који је иначе познат у већи националних закона. У нашем процесном законику од раније је ово право имао окривљени, шта је у складу са међународним стандардима. Међутим, у концепту овог законика окривљени се третира као доказно средство.

Окривљеников исказ као доказ, је свакако новина, јер у свим законцима па све до измена ЗКП/01, извршених 2009 године, окривљени

²⁴ *Сведок у сопственој ствари*, установа настала у 19 веку у енглеском праву. Није допушено сведочење окривљеног у сопственој ствари (*nemo potest esse testis in causa sua*). Питање уместности „окривљеног као сведока у сопственој ствари“, било је стављено да дневни ред 3 Међународног конгреса за кривично право у Палерму 1933, године и одговорено је негативно, а резолуција препоруча континенталним законодавствима да то не треба уносити у законодавства, а ако се на то одлуче да то буде изузетно и само за блажа дела по приватној тужби и уз двоструку гаранцију, да сведочење није обавезно и да несведочење не може да га доведе у неповољни положај. О овом види опширније, *Т. Живановић*, Основни проблеми, 2 одељак, стр. 158-159.

* У англо-америчком поступку, техника извођења доказа која је везана за странке, одвија се као својеврсни “двобој” пред поротом која је састављена од лаика и која је у принципу неутрална, пасивна, када странке изводе своје доказе, али има право и сама да одреди да се одређени докази изведу и без сагласности странака. Тај модел који је сличан по концепцији парничном поступку није једнако уређен у свим Сједињеним државама. М. Дамашка Хрватски доказни поступак у поредбеноправном сјетлу, ХЛКПП, (Загреб), број 2/2010, стр. 821-823.

се није сматрао и доказним средством. Једино признање окривљеног се узимало као доказ и исказ саопштеног којим терети саопштеног.

Приликом саслушања окривљеног на главном претресу (чл. 398), када изнесе своју одбрану, долази до могућности постављања питања. То је основно испитивање. Најпре питања поставља његов бранилац, потом тужилац, после њега председник већа и чланови већа а затим оштећени или његов законски заступник или пуномоћник, саопштени и његов бранилац и вештак и стручни саветник.

Окривљени иначе има право да одговара на сва питања или да одговори на поједина, или да ускрати одговор на поједина питања, или да ускрати одговор на сва питања.

У новој концепцији није допуштено „сведочење у сопственој ствари“ (*nemo potest esse testis in causa sua*) шта представља општеважећи принцип. Међутим у одредби чл. 398 ст. 3, би се могла наћи основа и за ову установу, јер се одређује могућност постављања питања којима се проверава „веродостојност исказа“. Ради се о методу унакрсног испитивања, који је законом изричито усмерен према сведоку и вештаку и стручном саветнику (чл. 402 ст. 2 и 6).

Када је у питању окривљени треба дакле имати у виду да он има право да се не изјашњава и да не одговара на постављена питања ради провере веродостојности, или кредибилитета исказа. Одбијање га не сме довести у неповољни положај. Уколико окривљени пристане да одговара на питања којим се проверава веродостојност његовог исказа, питање може ићи и ван предмета и за која нема забрана /капциозна и сугестивна/. Уколико нема забрана у том сегменту онда је овде прихваћена екстремна варијанта која се не налази у компаративном законодавству. С обзиром да у законнику нема ограничења у том правцу, нити посебних правила, постављање питања може ићи шире него што је то одбрана учинила у основном испитивању, те је вредно пажње како ће на то реаговати судака пракса.

У концепцији законског права на одбрану, ипак изгледа да унакрсно испитивање добива нејасну конотацију и ремети законска права окривљеног, јер се том методом може доћи до података који су усмерени против окривљеног, иако он није дужан да пружа доказе против себе. У сваком случају не може бити исто и не могу се применити правила која се односе на испитивање сведока.

ЗАКЉУЧАК

Законик о кривичном поступку, од 2011 године, је изграђен на правилима англоамеричког кривичног поступка тзв. – *адверзијалног поступка*, са значајним установама које је изнедрила европска

кривичнопроцесна традиција. Тиме је напуштен савремени мешовити поступак, који је важио и углавном важи и данас у државама Европског континента.

Може се закључити да су принципи на којима се темељи Законик о кривичном поступку од 2011, године, значајно престојени, с обзиром да је законик утемељен на *начелу правичног поступка*, а занемарено је *начело истине*. Зато је тешко разумети назив „правичан поступак“, када суд нема обавезу да утврђује истину. Начело *правичан поступак*, треба да успостави систем процедура, које би биле основа за правично и фер суђење. Наглашена је улога странака, уводи се тужилачка истрага, странке имају право на доказ, док су у правилу искључене овласти суда првенствено у праву на извођење доказа по службеној дужности.

Законик је утемељен на релевантним међународним документима првенствено на Пакту о грађанским и политичким правима из 1966. и Европској конвенцији, из 1950 године, и Уставу Србије 2006. Одлуке ЕСЈП могу значајно да делују на изградњи „правичног поступка“ и „правичног суђења“ „суђења у разумном року“ и др. *Правични поступак*, би требао осигурати; једнакост оружја, бити правичан и јемчити поштено, непристрасно и неовисно поступање у разумном року и поштовање темељних људских права.

ЛИТЕРАТУРА

- Pavlović, Š.*, Tri načela kaznenog postupka..., Rijeka, 2012,
Damaška M., Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu, HLJKPP, (Zagreb), broj 2/2010
B. Bajović, V., Pravo na odbranu ćutanjem, „Branici“, br. 3-4/2010,
M Grubač, Krivično procesno pravo, 2009,
D. Krapac, Kazneno procesualno pravo, Zagreb, 2010.
Kai Ambos i Guido Riegenberg, Novija praksa međunarodnih sudova u kaznenom i kaznenom procesnom pravu, HLJPP, br. 2/1999.
M. Damaška, Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu, HLJKPP, (Zagreb), broj 2/2010,
H. Јованчевић, Утврђења одређених степена сумње на основу слободне оцене доказа, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1/2010. Београд.
H. Јованчевић, Ново кривично процесно право, Dosije, Београд, 2016.
C. Roxin - B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26 Auflage München, 2009.
T. Живановић, Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка), 2 одељак, Београд, 1941.

Nedeljko JOVANČEVIĆ, Ph.D
Attorney at Law from Belgrade

**„FAIR PROCEDURE“ AS FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE
CRIMINAL PROCEDURE CODE OF 2011**

CONCLUSION

The Criminal Procedure Code of 2011 has been developed on the basis of the Anglo-American criminal procedure – known as adversarial system, with significant institutes developed in European criminal-procedure culture. Thereby, the continental procedure - the modern mixed procedure that is still in use in the states of the European continent has been abandoned.

The Criminal Procedure Code of 2011 is based on *the principle of fair procedure*, while *the principle of truth* has been neglected. The role of the parties has been highlighted, the prosecutorial investigation has been introduced, parties have right to the evidence, while as a rule the court's jurisdiction primarily in the right to examine the evidence *ex officio* has been excluded.

Pursuant to the rules adopted in the Code, anyone against whom the indictment has been filed has the right to a just and fair trial, equality regarding evidence, a fair and public hearing, a trial within a reasonable time, before an independent and impartial court established by the law.

Ivan ILIĆ*

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Katarina MOMIROVIĆ

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

PRITVOR- LEGISLATIVNI OKVIR I PRIMENA EVROPSKIH STANDARDA

Apstrakt: Iako je Zakonikom o krivičnom postupku predviđeno da se pritvor kao mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka može koristiti tek kao mera *ultima ratio*, praksa pokazuje upravo suprotno. Postoje navodi da se pritvor pretvorio u svojevrsnu kaznu pre osude, te se, gledajući iz evropske perspektiva postavlja pitanje ne samo povrede prava lica na slobodu, već i povrede prava na pretpostavku nevinosti.

U ovom radu analiziran je međunarodnopravni, ustavnopravni i krivičnopravni pojam pritvora u Republici Srbiji, kroz pojedine odredbe o određivanju i trajanju pritvora, sa posebnim akcentom na praksu Evropskog suda za ljudska prava i na trenutno stanje u Republici Srbiji. Iako se međunarodne garancije odnose na sve pojavne oblike lišenja slobode, u radu će te odredbe biti analizirane u kontekstu pritvora kao krajnjeg sredstva za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka, te će biti prikazana i relevantna sudska praksa iz te oblasti.

Ključne reči: *pritvor, Evropska konvencija, Evropski sud za ljudska prava, Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije.*

UVOD

Kompleksnost mera procesne prinude ogleda se, između ostalog, u tome što se one ne zasnivaju na legitimitetu pravnosnažno utvrđene krivice.¹ Zbog mogućnosti zadiranja u ustavom i međunarodnim aktima zagantovano pravo na slobodu, zakonodavac je predvideo određene principe kojima se obezbeđuje postizanje cilja uz najmanje moguće organičenje ljudskih prava. Tako, postoji obaveza organa postupka da se pridržava principa legaliteta, kaskadne svrsishodnosti, procesne supstitucije, kao i pravila o ograničenom trajanju mera procesne prinude i njihovog ukidanja po službenoj dužnosti u trenutku kada prestanu da deluju razlozi za njihovu primenu.²

* Docent

¹ Saša Knežević, *Krivično procesno pravo, Opšti deo*, Niš, 2015, str. 229.

² Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 137.

Primena pritvora, kao najteže mera procesne prinude, povlači brojna pitanja u pogledu ograničenja ljudskih prava okrivljenog koji je pritvoren, zbog čega kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu, ovo pitanje zahteva propisivanje jasnih garancija. Iako je jasno da je domaća regulativa u najvećoj mogućoj meri usklađena sa međunarodnim garancijama, u praksi se kao problem često javlja tendencija učestalog određivanja pritvora, kao i nedovoljno korišćenje alternativnih mera. Stoga se postavlja pitanje gde tražiti uzrok problema učestalog određivanja mere pritvora, da li u nacionalnoj legislativi ili u radu sudova. Lična sloboda i pravo na bezbednost u određenim slučajevima mogu biti u koliziji sa fundamentalnim ingerencijama organa javne vlasti kada treba preventivno delovati i suzbiti nezakonite kriminalne radnje delinkvenata.³

Upravo iz razloga što se mera pritvora primenjuje kada još uvek nije izvesno da li će okrivljeni biti osuđen ili oslobođen optužbe, a radi što potpunije zaštite prava okrivljenog u postuku, neophodno je da postoji ne samo formalni sklad domaće legislative sa evropskim standardima, već i praksa domaćih sudova mora pratiti kako normativu, tako i praksu Evropskog suda za ljudska prava.

Međunarodne garancije

Relevantno regulisanje važnih pitanja zakonitosti i opravdanosti lišavanja slobode prvi put nalazi otelotvorenje u aktu pod nazivom *Habeas corpus Act*, iz 1679. godine, čiji su principi uneti i u Američki ustav iz 1787. godine. Koliko god su se principi i garancije lica lišenih sloboda menjali kroz vekove i njihova se zaštita širila sa povećanjem svesti o ljudskim pravima, izraz *habeas corpus* je opstao kao samostalni institut koji uvek označava sistem zaštite uhapšenog lica. *Habeas corpus* jemstva, kojima se štiti lična sloboda i sprečava samovoljno hapšenje i zatvaranje, navode se i kao jedan od elemenata pravne države i koncepta vladavine prava. Takođe, Deklaracija o pravima čoveka i građanina kao najznačajniji pravno-politički akt Francuske buržoaske revolucije iz 1789. godine, proklamuje ova jemstva.

Za razliku od kasnije donetog Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,⁴ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁵ izričito propisuje slučajeve u kojima lice može biti lišeno slobode. Tu podvodi a) zakonito lišenje slobode na osnovu presude nadležnog suda; b) zakonito hapšenje ili lišenje slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke

³ Gordana Krstić, Koncept pritvora u sudskoj praksi, CRIMEN (IX) 1/2018, 2018, str. 71.

⁴ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Generalna skupština Ujedinjenih Nacija, 1976.

⁵ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Savet Evrope, Italija, 1950.

ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom; c) zakonito hapšenje ili lišenje slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju; d) lišenje slobode maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora ili lišenja slobode radi njegovog privođenja nadležnoj vlasti; e) zakonito lišenje slobode da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti, kao i lišenje slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droga ili skitnica; f) zakonito hapšenje ili lišenje slobode lica da bi se sprečio njegov neovlašćeni ulazak u zemlju, ili lica protiv koga se preduzimaju mere u cilju izгона ili ekstradicije.

Garancije iz stava 2 člana 5 iste su kao i u kasnije donetom Paktu i odnose se na obaveštenje uhapšenog lica bez odlaganja i na jeziku koji razume o razlozima za hapšenje i svakoj optužbi protiv njega. Stavom 3 garantuje se izvođenje uhapšenog lica ili lica lišenog slobode pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudske funkcije, kao i pravo lica da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može biti uslovljeno jemstvima da će se lice pojaviti. Stavovi 4 i 5 ovog člana odnose se na garanciju prava na žalbu i prava na naknadu štete u slučaju hapšenja ili lišenja slobode koje je u suprotnosti sa članom 5 Konvencije.

Iako više dve decenije deli donošenje Evropske konvencije i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, jasno je da Evropska konvencija predviđa iscrpniju listu garancija u pogledu prava na slobodu i bezbednost usled pritvaranja lica. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1976. godine, u članu 9 proklamuje pravo na slobodu i bezbednost i posebno zabranjuje samovoljno pritvaranje lica bez zakonskog osnova ili predviđenog postupka. Takođe, naglašava obavezu obaveštenja lica u trenutku hapšenja o razlozima hapšenja i njegovo izvođenje pred sudiju ili drugog službenika u najkraćem roku, suđenje u razumnom roku ili puštanje na slobodu. Pakt propisuje da stavljanje u pritvor ne sme biti opšte pravilo i ističe jemstvo kao jedan od supstituta pritvoru, obaveznost postojanja žalbe na odluku o određivanju pritvora, kao i pravo na naknadu štete u slučaju nezakonitog pritvaranja.⁶ U članu 10 naglašeno je da se sa svakim ko je lišen slobode mora postupati čovečno i s poštovanjem urođenog dostojanstva ljudske ličnosti, te je upravo član 10 Pakta jedina garancija koju Evropska konvencija ne naglašava *per se* u ovoj oblasti, obzirom da ova prava štiti zasebno, u okviru člana 3,

⁶ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Generalna skupština Ujedinjenih Nacija, 1976;

kojom se propisuje da niko ne sme biti podvrgnut mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.

Konkretizacija standarda kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava

Naglašavajući značaj prava na slobodu i bezbednost ličnosti u demokratskom društvu,⁷ Evropski sud za ljudska prava je u svojoj bogatoj praksi isticao da sve garancije koje pruža član 5 Konvencije kreću ka jednom osnovnom cilju - sprečavanje proizvoljnog i neosnovanog lišenje slobode.⁸ Osim toga, u korelaciji sa drugim pravima garantovanim Konvencijom, precizno regulisano lišavanje slobode pomaže da se smanji rizik da pritvoreno lice bude izloženo postupanju protivnom članu 3 Konvencije (mučenje i nečovečno i ponižavajuće postupanje) ili da dodje do smrti u pritvoru ili nestanka lica, protivno članu 2 koji garantuje pravo na život. Hapšenje po članu 5 stav 1 tačka (c) predstavlja prvu radnju u privodjenju lica osumnjičenog da je izvršio krivično delo, pri čemu se mora voditi računa o tome da značenje izraza korišćenih u tekstu Konvencije ne mora biti identično značenjima istih pojmova u domaćem zakonodavstvu. U pogledu osnovanosti pritvaranja, Sud je u svojoj praksi istakao da osoba može biti pritvorena na osnovu člana 5, stav 1c Konvencije samo u kontekstu krivičnog postupka, s ciljem da se izvede pred nadležni organ zbog osnovane sumnje da je izvršila krivično delo.⁹ Pritom, u slučaju *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, Sud je definisao pojam osnovane sumnje, tako da podrazumeva „činjenice, ili informacije, koje bi zadovoljile objektivnog posmatrača da je dotična osoba možda izvršila krivično delo za koje se tereti“.¹⁰ To znači da je država dužna da predoči činjenice ili informacije, koje mogu da zadovolje objektivnog posmatrača da je postojala osnovana sumnja da je pritvoreno lice izvršilo krivično delo.¹¹ Sud u slučaju *Ikincisoy v. Turkey* posebno naglašava da osnovana sumnja ne znači da krivica osumnjičenog mora biti utvrđena. Upravo je svrha istrage da se dokažu izvršenje krivičnog dela, koje se optuženom stavlja na teret. Podstav c stava 1 člana 5 ne pretpostavlja čak ni da su nadležni organi imali dovoljno dokaza za podizanje optužnice, bilo u trenutku hapšenja, ili dok je optuženi bio u pritvoru.¹² U presudi *Stepuleac v. Moldova*, Sud je utvrdio da je propust vlasti

⁷ *Medvedyev v. France* App. No. 3394/03 (29/03/2010) § 76; *Ladent v. Poland* App. No. 11036/03 (18/03/2008) § 45;

⁸ *McKay v. United Kingdom* App. No. 543/03, (03/10/2006) § 30;

⁹ *Sahin Alpay v. Turkey* App. No. 16538/17 (20/03/2018) § 103;

¹⁰ *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom* App. No. 12244/86 (30/08/1990) § 32;

¹¹ *Rasul Jafarov v. Azerbaijan* App. No. 69981/14 (17/03/2016) § 117;

¹² *Ikincisoy v Turkey* App. No. 26144/95 (27/07/2004) § 96;

da adekvatno ispituju sve činjenice nekog slučaja, kako bi utvrdile, da li je krivična prijava bila osnovana, predstavljao povredu člana 5, st. 1 c.¹³ Kao što je Sud primetio u slučaju *Margaret Murray v. The United Kingdom*, cilj ispitivanja tokom pritvora koji sledi hapšenju je: “napredovanje u krivičnoj istrazi potvrdom ili negiranjem konkretnih sumnji na kojima je hapšenje zasnovano”.¹⁴

Pojam zakonske izvesnosti, zasnovan na vladavini prava, prožima celi član 5. Konvencije, pri čemu sva lišavanja slobode prema odedbama člana 5 moraju se vršiti u skladu sa zakonom propisanim postupkom. Ovi navodi upućuju na domaće zakone, a ideja na kojoj se zasnivaju je pravična i korektna procedura.¹⁵ Kada je u pitanju zakonitost pritvora, uključujući i pitanje da li je poštovana procedura propisana zakonom, Konvencija upućuje na nacionalno pravo i propisuje obavezu poštovanja materijalnih i proceduralnih pravila nacionalnog prava. Određivanje pritvora mora imati pravni osnov u domaćem pravu, a nacionalna regulativa mora da ispuni kriterijume kvaliteta zakona, konkretno, zakon mora biti dostupan i predvidiv.¹⁶ Relevantni faktori za procenu kvaliteta zakona uključuju postojanje jasnih zakonskih odredbi za određivanje pritvora, za produženje pritvora, za određivanje rokova za pritvor, kao i postojanje efikasnog pravnog leka kojim aplikant može osporiti zakonitost i dužinu pritvora.¹⁷ Lišenje slobode ne sme biti proizvoljno i mora biti podvedeno pod neki od osnova lišenja slobode, koji su predviđeni stavom 1 člana 5 Konvencije,¹⁸ a sve u skladu sa materijalnim i procesnim pravilima nacionalnog zakonodavstva.¹⁹ Od presudnog je značaja da su osnovi za lišenje slobode jasno utvrđeni u domaćem zakonodavstvu, kako bi omogućili licu da predvidi posledice, koje određena radnja može proizvesti.²⁰ Jasno je da praksa Evropskog suda naročito ukazuje na značaj zadovoljenja opšteg načela pravne izvesnosti.

Jedno od aktuelnih pitanja na svetskom nivou koje se vezuje za ovu temu svakako su preterano dugi periodi trajanja pritvora pre suđenja, koje odlikuje ne samo štetni uticaj na pojedinca, već i protivnost vrednostima za koje se zalaže Evropska Unija.²¹ Stavom 3 člana 5 Konvencije propisano je da

¹³ *Stepuleac v. Moldova* App. No. 8207/06 (06/11/2007) § 73;

¹⁴ Član 5 evropske konvencije o ljudskim pravima – pravo na slobodu i bezbednost, priručnik za advokate, *Interights*, str. 18.

¹⁵ *Ibid*, str. 7.

¹⁶ *The Sunday Times v. The United Kingdom*, no. 6538/74 (26/04/1979) §49

¹⁷ *J.N. v. the United Kingdom*, no.37289/12 (19/05/2016) §77

¹⁸ *Del Río Prada v. Spain* App. No. 42750/09 (21/10/2013) § 125;

¹⁹ *Del Río Prada v. Spain* [GC], no. 42750/09 (21/10/2013) §125

²⁰ *Khlafia and Others v. Italy* [GC], no. 16483/12 (15/12/2016) §92

²¹ Rezolucija o planu za jačanje procesnih prava osumnjičenih ili optuženih lica u krivičnom postupku, (OJ C 295) 2010, str. 1.

svako ko je uhapšen ili lišen slobode, iz razloga navedenih u stavu 1 c, mora da, bez odlaganja, bude izveden pred sud i mora mu se suditi u razumnom roku, a ako ne da bude pušten na slobodu pre suđenja. Iako osnovana sumnja o izvršenju krivičnog dela mora postojati kako bi se pritvor odredio, ona posle određenog proteka vremena neće biti dovoljna, već se mora ustanoviti, da li postoji neki od osnova, koji opravdavaju produženje pritvora, u koje između ostalog, spada i očuvanje javnog reda.²² U slučaju *McKay v. The United Kingdom*, Sud je naglasio da, kada se ocenjuje da li je trajanje pritvora bilo razumno dugo, to se čini uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja. U tom smislu, nema fiksnih vremenskih odrednica, koje bi važile za sve slučajeve.²³ Nastavak pritvora se može opravdati samo ako postoji potreba zaštite javnog interesa koji, bez obzira na pretpostavku nevinosti, prevazilazi pravilo o poštovanju lične slobode pojedinca.²⁴ Sud se, takođe, mora uveriti, da li su nadležni državni organi pokazali posebnu revnost prilikom vođenja postupka.²⁵ Prema praksi Suda, pitanje, da li je trajanje pritvora opravdano, ne može se ocenjivati *in abstracto*.²⁶ Postojanje opravdanja za bilo koje trajanje pritvora, koliko god da je kratko, mora biti dokazano od strane države.²⁷

Još jedno od značajnih pitanja koja su se javljala u praksi Suda jeste svakako upotreba alternativnih mera pritvoru, s obzirom na to da član 5 stav 3 posebno navodi da se oslobađanje može usloviti garantijama pojavljivanja na sudjenju. Kad god se opasnost od bekstva može izbeći jemstvom ili drugim garancijama, okrivljeni se mora pustiti, a na nacionalnim je organima da uvek propisno razmotre takve alternative.²⁸ Uslovi kaucije treba primarno da imaju za cilju pojavljivanje na suđenju, ne smeju imati kaznenu niti kompenzacionu svrhu,²⁹ te moraju biti postavljeni tako da ih lice realno može ispuniti, a ne dati

²² Kudła v. Poland, App. No. 30210/96 (26/10/2000) §111; Letellier v. France, App. No.12369/86 (26/06/1991) § 35;

²³McKay v. United Kingdom App. No 543/03, (03/10/2006) § 41- 45; Labita v. Italy App. No. 26772/95 (06/04/2000) §152-53; Kudła v. Poland App. No. 30210/96 (26/10/2000) § 110-11;

²⁴ Kudła v. Poland App. No. 30210/96 (26/10/2000) § 110-111;

²⁵ Labita v. Italy [GC], no. 26772/95 (06/04/2000) § 153; Scott v. Spain, App. No. 21335/93 (18/12/1996) § 74; Kudła v. Poland [GC] App. No. 30210/96 (26/ 10/2000) § 111; Idalov v. Russia [GC], App. No. 5826/03 (22/05/2012) § 140;

²⁶ Aleksandr Makarov v. Russia, no. 15217/07 (12/03/2009) § 116

²⁷ Tase v. Romania, no. 29761/02 (10/06/2008) §40; Castravet v. Moldova, no. 23393/05 (13/03/2007) §32-33; Sarban v. Moldova, no. 3456/05 (04/10/2005) §95-97

²⁸ G.K. v. Poland, no. 38816/97 (20/01/2004) §85

²⁹ Član 5 evropske konvencije o ljudskim pravima – pravo na slobodu i bezbednost, priručnik za advokate, Interrights, ibid, str. 41;

pro forme. Gde se može očekivati lakša kazna, smanjenu pobudu za optuženog da beži, takođe, treba uzeti u obzir.³⁰

Nacionalna legislativa

Pravo na slobodu i bezbednost iz člana 27 Ustava Repulike Srbije proklamuje da je lišenje slobode dopušteno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom, uz garanciju da će lice lišeno slobode odmah, na jeziku koji razume, obavestiti o razlozima lišenja slobode, o optužbi koja mu se stavlja na teret kao i o svojim pravima i ima pravo da bez odlaganja o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru. Osim toga, samim Ustavom garantovano je i pravo žalbe sudu, koji je dužan da hitno odluči o zakonitosti lišenja slobode i da naredi puštanje na slobodu ako je lišenje slobode bilo nezakonito.³¹

Zakonik o krivičnom postupku u članu 10 kao opšti princip predviđa da ograničenje sloboda i prava okrivljenog u postupku, pre donošenja pravnosnažne odluke o izricanju krivične sankcije, može postojati samo u meri neophodnoj za ostvarenje cilja postupka, pod uslovima propisanim Zakonom.³² Konkretizacijom ustavom i međunarodnim dokumentima zagwarantovanih prava, u članu 210 Zakonika propisana su osnovna pravila o određivanju pritvora. Analizom istog, mogu se uočiti garancije u pogledu uslova za određivanje pritvora, dužnosti organa krivičnog postupka, kao i u pogledu ukidanja pritvora. Tako, određeno je da se pritvor može odrediti samo pod uslovima predviđenim u Zakoniku i to samo ako se ista svrha ne može ostvariti drugom merom. Zatim, trajanje pritvora mora biti svedeno na najkraće moguće vreme uz postupanje sa naročitom hitnošću, a ukidanje pritvora mora nastupiti čim prestanu razlozi na osnovu kojih je bio određen. U isključivu stvarnu nadležnost suda spada određivanje, produžavanje i ukidanje pritvora i to se nije promenilo ni proširivanjem kruga ovlašćenja javnog tužioca na sprovođenje istrage, koji je u toj fazi krivičnog postupka autonomni donosilac odluke o krivičnom gonjenju i preduzimanju dokaznih radnji.³³

Procesni zakonik Srbije pripada grupi zakona koji taksativno propisuju osnove za određivanje pritvora.³⁴ Pritvor se može primeniti samo protiv lica za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo, a pored ovog opšteg, mora postojati i jedan ili više konkretnih osnova za određenje pritvora, koji

³⁰ Can v. Austria, no. 9300/81, izveštaj Komisije od 12. jula 1984. godine, serija A br. 96, §69.

³¹ Ustav Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006);

³² Zakonik o krivičnom postupku ("Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014);

³³ Krstić, op.cit., str. 73;

³⁴ Knežević, op.cit., str. 243;

zajedno čine skup pretpostavki čije ispunjenje procenjuje sud u svakom konkretnom slučaju (opasnost od bekstva, koluzionarna opasnost, iteracijska opasnost, pritvor određen zbog težine krivičnog dela i uznemirenja javnosti).³⁵

U pogledu trajanja pritvora opšte je zakonsko pravilo da pritvor može trajati dok se ne postigne svrha zbog koje je pritvor i bio određen. Pritom, izričito je propisano da se okrivljeni u toku istrage može zadržati u pritvoru najviše tri meseca od dana lišenja slobode, a iz važnih razloga pritvor se može produžiti najviše za još tri meseca.³⁶ Dužina pritvora nakon podizanja optužnice nije eksplicitno vremenski određena, već do upućivanja okrivljenog na izdržavanje krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, a najduže dok ne istekne vreme trajanja krivične sankcije izrečene u prvostepenoj presudi. Jasno je da su u pravnom delu procesa evropskih integracija, koje se odnose na procesni Zakonik Srbije, Srbija ima sveobuhvatan ustavni i krivičnopravni okvir garancija u skladu sa evropskim i međunarodnim standardima. Periodično preispitivanje, pravo žalbe i predviđenost blažih mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog u postupku naročito u vidu zabrane napuštanja boravišta, jemstva i zabrane napuštanja stana, takođe odgovaraju evropskim standardima.

Mera pritvora u praksi Republike Srbije

Iako je pritvor mera koju bi sud trebalo da primenjuje samo ako nijedna druga mera nije svrsishodna i uprkos postojanju alternativnih mera, podaci pokazuju da se u Srbiji i dalje često određuje pritvor. O tome govore i podaci o postupku pred Komisijom za utvrđivanje štete i vrsti i visini naknade licima neosnovano osuđenim i neosnovano lišenih slobode. Lica koja su bila neosnovano lišena slobode ili su neosnovano osuđena, imaju mogućnost podnošenja zahteva Ministarstvu pravde, gde ishod može biti postizanje sporazuma o postojanju štete i vrsti i visini naknade. Komisija, postupajući po zahtevu, pribavlja potrebne informacije i dokumenta koja ih potvrđuju od policije, tužilaštva i suda pred kojim je vođen postupak. Pritom, Komisija radi pravilnog odlučivanja, uzima u obzir sve objektivne i subjektivne kriterijume, kao što su dužina trajanja lišenja slobode, uslovi boravka u pritvoru, godine podnosioca zahteva, postojanje straha za budućnost i budućnost porodice podnosioca, porodični i bračni status, stepen stručne spreme i zanimanje, ranija osuđivanost, raniji ugled u životnoj i radnoj sredini, odnos sredine nakon lišenja slobode, težinu i prirodu krivičnog dela koje je podnosiocu stavljeno na teret, interesovanje javnosti za krivični postupak koji je vođen protiv podnosioca

³⁵ Zakonik o krivičnom postupku, čl. 211;

³⁶ Zakonik o krivičnom postupku, čl. 215;

zahteva i druge činioce koji utiču na težinu i trajanje psihičkih bolova izazvanim lišenjem slobode.³⁷

Ministarstvu pravde – Komisiji za utvrđivanje štete i vrsti i visini naknade licima neosnovano osuđenih i neosnovano lišenih slobode podneto je, zaključno sa 30.11.2018. godine, 726 zahteva za naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude. Ministarstvo pravde, po sporazumima o vrsti i visini naknade štete zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude, u 2017. godini isplatilo je ukupno 22.978.000,00 dinara, dok zaključno sa 30.11.2018. godine – 13.508.000,00 dinara.³⁸

Sa druge strane, Zaštitnik građana je u 2017. godini u oblasti prava lica lišenih slobode, razmatrao relativno mali broj pritužbi na postupanje prema licima koja su se nalazila na izvršenju mere pritvora (19), u odnosu na ukupan broj predmeta u ovoj oblasti (177).³⁹

Veliki broj pritvorenika koji čekaju suđenje, čak 3.500, uzrokovan je širokom primenom ove mere prema licima koja čekaju suđenje, kao i dugotrajnim sudskim postupcima. Evropska komisija je u svom Izveštaju takođe istakla da je većina zatvora u Srbiji zastarela i nije adekvatno opremljena. Loši i sve nepovoljniji uslovi života, nezadovoljavajuća zdravstvena zaštita i nedostatak odgovarajućih programa lečenja u zatvorima su veoma zabrinjavajući, kao i održavanje sigurnosti usled nedovoljnog broja zaposlenih stražara koji neposredno rade sa licima lipenih slobode⁴⁰

Prema podacima sa Svetske liste zatvorske populacije za 2013. godinu, ukupan broj lica lišenih slobode je iznosio 10,2 miliona. Broj lica lišenih slobode u Republici Srbiji 1. januara 2015. godine je iznosio 10.288, a stopa zatvaranja je 144,6, što je značajno poboljšanje u odnosu na ranije stanje i u skladu sa svetskim prosekom.⁴¹

Prema Strategiji za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, do smanjenja broja pritvorenih lica i primene mera alternativnih pritvoru dolazi najviše zbog prenaseljenost zavoda koja je i dalje prisutna, na koji način se ona svodi u prihvatljive okvire. Pravovremeno reagovanje na sprečavanje prenaseljenosti u zavodima naglašeno je kao stalna zadatak Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, što je i u skladu sa obavezama koje je Republika Srbija

³⁷ Informator o radu Ministarstva pravde i državne uprave, ažuriran 2018, str. 90.

³⁸ Ibid, str. 132;

³⁹ Redovan godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2017. godinu, Beograd, 2018, str. 54.

⁴⁰ Analitički izveštaj uz Mišljenje Evropske Komisije o zahtevu Srbije za članstvo u Evropskoj uniji, 2010, str. 31.

⁴¹ Strategija za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, "Službeni glasnik RS", broj 43 od 5. maja 2017.

prihvatila kao članica Saveta Evrope i uslov za delotvorno funkcionisanje sistema izvršenja krivičnih sankcija, a time i za ostvarenje zaštitne funkcije krivičnog zakonodavstva uz poštovanje ljudskih prava lica lišenih slobode.⁴²

U Akcionom planu za sprovođenje Strategije istaknuta je neophodnost stručnog usavršavanja sudija kako bi meru pritvora izuzetno koristili, dok bi ostale mere za obezbeđenje pristupstva okrivljenog bile češće određivane; zatim popunjavanje radnih mesta za instaliranje i kontrolu uređaja za elektronski nadzor i obezbeđenje adekvatnog broja uređaja za elektronski nadzor. Ukoliko predloženi plan bude do kraja adekvatno sproveden u praksi, rezultati ovako funkcionalnih mera neće izostati u slećem krugu izveštaja i statistika. Time će se dovesti do cilja reformi u ovoj oblasti, a to je da se mera pritvora zaista određuje kao mera *ultima ratio*, uz najveću moguću zaštitu prava na slobodu lica.

Zaključak

Pravo na slobodu i bezbednost, u kontekstu pritvora ima izuzetan značaj u katalogu ljudskih prava, naročito jer se zaštita lica garantuje u odnosu na državne organe. Prilikom pisanja rada i komparacije propisanih standarda i nacionalne legislative Republike Srbije, primećeno je da su garancije u pogledu pritvora na nacionalnom nivou u najvećoj meri usklađene sa evropskim standardima, ali je statistika i druga relevantna literatura pokazala problem u pogledu adekvatnosti i srazmernosti primene konkretne mere. Zbog toga, pritvor, kao oblik lišenja slobode okrivljenog u toku krivičnog postupka, koji se određuje i produžava radi ostvarenja procesnih ciljeva, često doživljava kao „kazna pre kazne“.

S obzirom da povreda prava na slobodu lica u slučaju neopravdanog, nezakonitog i predugog pritvaranja lica potiče od državnih organa, izuzetan je značaj mogućnosti obraćanja građana Sudu za ljudska prava u Strazburu. Prema rečima Slavoljuba Carića u pisanom odgovoru CINS-u, zbog dužine trajanja pritvora, Republika Srbija isplatila je do sada više od milion dinara i to samo za 2008. i 2009. godinu.⁴³

Poglavlje 23 u okviru pregovaračkih poglavlja, predviđa da je oblast pravosuđa i osnovnih prava, najvećim delom ostavljena državama članicama EU da na najbolji način uredi ova pitanja i da kroz najbolju evropsku praksu poštuju standarde koji su temeljne vrednosti na kojima počiva Evropska unija, uz omogućavanje uživanja sve više prava koja su tekovina modernih

⁴² Ibid

⁴³ <https://www.cins.rs/srpski/news/article/pritvor-kao-kazna-pre-presude-> , pristupljeno 25.04.2019.

demokratskih društava.⁴⁴ Ideja iza trenutno važećeg Zakonika o krivičnom postupku je da se tendencija pritvaranja lica zameni drugim solucijama i da pritvor ne bude pravilo, već izuzetak. U tom smislu, predviđena je i zabrana napuštanja stana, kao nova alternativa pritvoru. Usklađenost zakonodavstva Srbije sa evropskim standardima u ovoj oblasti nije sporno, ali je dalji napredak neophodno ostvariti u pravcu primene garantovanih prava, naročito u delu koji se tiče celishodnosti određivanja mere pritvora, u smislu donekle diskrecionih ovlašćenja suda.

Literatura

35 koraka ka Evropskoj Uniji, Informacioni centar Evropske unije u Beogradu, 2015;

Analitički izveštaj uz Mišljenje Evropske Komisije o zahtevu Srbije za članstvo u Evropskoj uniji, 2010;

Član 5 evropske konvencije o ljudskim pravima – pravo na slobodu i bezbednost, priručnik za advokate, Interrights;

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Savet Evrope, Italija, 1950;

Gordana Krstić, Koncept pritvora u sudskoj praksi, CRIMEN (IX) 1/2018, 2018;

<https://www.cins.rs/srpski/news/article/pritvor-kao-kazna-pre-presude->
Informator o radu Ministarstva pravde i državne uprave, ažuriran 2018;

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Generalna skupština Ujedinjenih Nacija, 1976;

Milan Škulić, Krivično procesno pravo, Beograd, 2009;

Redovan godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2017. godinu, Beograd, 2018;

Rezolucija o planu za jačanje procesnih prava osumnjičenih ili optuženih lica u krivičnom postupku, (OJ C 295) 2010;

Saša Knežević, Krivično procesno pravo, Opšti deo, Niš, 2015;

Strategija za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, "Službeni glasnik RS", broj 43 od 5. maja 2017;

Ustav Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006);

Zakonik o krivičnom postupku ("Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014).

⁴⁴ 35 koraka ka Evropskoj Uniji, Informacioni centar Evropske unije u Beogradu, 2015, str 28 i 29.

Sudska praksa

- Aleksandr Makarov v. Russia, no. 15217/07 (12/03/2009)
Can v. Austria, no. 9300/81, izveštaj Komisije od 12. jula 1984. godine,
serija A br. 96;
Castravet v. Moldova, no. 23393/05 (13/03/2007)
Del Rio Prada v. Spain App. No. 42750/09 (21/10/2013)
Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom App. No. 12244/86
(30/08/1990)
G.K. v. Poland, no. 38816/97 (20/01/2004)
Idalov v. Russia [GC], App. No. 5826/03 (22/05/2012)
Ikincisoy v Turkey App. No. 26144/95 (27/07/2004)
J.N. v. the United Kingdom, no.37289/12 (19/05/2016)
Khlaifia and Others v. Italy [GC], no. 16483/12 (15/12/2016)
Kudła v. Poland [GC] App. No. 30210/96 (26/ 10/2000)
Labita v. Italy App. No. 26772/95 (06/04/2000)
Ladent v. Poland App. No. 11036/03 (18/03/2008)
Lettellier v France, App. No.12369/86 (26/06/1991)
McKay v.United Kingdom App. No. 543/03, (03/10/2006)
Medvedyev v. France App. No. 3394/03 (29/03/2010)
Rasul Jafarov v. Azerbaijan App. No. 69981/14 (17/03/2016)
Sahin Alpay v. Turkey App. No. 16538/17 (20/03/2018)
Sarban v. Moldova, no. 3456/05 (04/10/2005)
Scott v. Spain, App. No. 21335/93 (18/12/1996)
Stepuleac v. Moldova App. No. 8207/06 (06/11/2007)
Tase v. Romania, no. 29761/02 (10/06/2008)
The Sunday Times v. The United Kingdom, no. 6538/74 (26/04/1979)

Ivan ILIC, Ph.D

Assistant Professor, Faculty of Law Nis

Katarina **MOMIROVIC**

DETENTION-LEGAL FRAMEWORK AND EUROPEAN STANDARDS APPLICATION

Summary

In this paper, the authors analyzed the international, constitutional and criminal law concept of detention in the Republic of Serbia through certain provisions on detention with special emphasis on the practice of the European Court of Human Rights and the current situation in the Republic of Serbia. Bearing in mind importance of the right to liberty and security, in the context of detention in the human rights catalog it is noted that the harmonization of Serbian legislation with European standards in this area is not disputable, but further progress is necessary to achieve in the area of the implementation of guaranteed rights, especially in the part concerning the duration of detention.

Comparison of the prescribed standards and national legislation of the Republic of Serbia showed that the guarantees in terms of detention at the national level are to the greatest extent in line with European standards. However, statistics and other relevant literature have shown a problem regarding the adequacy and proportionality of the application of the concrete measure. Therefore, detention, as a form of deprivation of liberty of a defendant during criminal proceedings, which should be determined and prolonged to achieve procedural goals, is often perceived as "punishment before sentence".

Др Љепосава ИЛИЈИЋ¹

Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Др Оливера ПАВИЋЕВИЋ²

Институт за криминолошка и социолошка истраживања

ЖЕНЕ У ЗАТВОРУ У СРБИЈИ: о антагонизму између прокламованог положаја и права и стварног стања³

Апстракт: У овом раду ауторке усмеравају пажњу на криминалитет жена и узорке раста стопе затварања жена широм света. Након кратког осврта на анализу стања у затворима и положај жена у затвору, на глобалном нивоу, ауторке указују на међународне конвенције, декларације и препоруке, као и важеће законске акте наше земље, којима су детаљније регулисана положај и права жена у затвору у Србији.

У другом делу рада, позивајући се на резултате доступних истраживања, и законске прописе, настоје да укажу у којој мери су услови извршења затворске казне у Републици Србији у не/складу за законом загарантованим правима. Затвори као установе дизајнирани су по мери осуђених мушкараца, и као такви не препознају специфичности популације осуђеница. С друге стране, извршење затворске казне за жене, у неадекватним условима, неповољнијем третману, уз занемаривање образовног процеса и оскудну понуду радних активности, додатно отежавају живот осуђеница у затвору.

Кључне речи: *затвор, осуђенице, положај осуђеница, Међународне конвенције.*

1. ЖЕНЕ У ЗАТВОРИМА

Жене у затворима често представљају једну од најзапостављенијих, скоро невидљивих категорија у друштву⁴. Жене чине далеко мањи број кривичних дела у поређењу са популацијом мушкараца,

¹ Научни сарадник, lelalela_bgd@yahoo.com

² Научни сарадник, oliverapavicevic4@gmail.com

³ Рад је настао као резултат рада на пројекту „Криминал у Србији: феноменологија, ризици и могућности социјалне интервенције“ (47011) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

⁴ Covington, S. S. Women in Prison: Approaches in the Treatment of Our Most Invisible Population, *Women and Therapy Journal*, 1998, Vol. 21, No. 1, 141-155.

а у укупној затвореничкој популацији у свету учествују са 4,3%⁵. Без обзира на то што се криминалитет жена углавном држи у релативно стабилним оквирима, ипак је уочено да се повећава, чак и рапидно, број жена које се упућују у затвор⁶. Међутим, не можемо да не приметимо да, док се стопа затварања жена повећава, код нас, као у и другим државама, затвори, нажалост, не прате раст броја затвореница, нити су системи кривичног правосуђа редизајнирани да изађу у сусрет потребама жена у затворима, које су често, сасвим различите од потреба мушкараца⁷. Треба поменути и то да су жене дуго остајале на маргини и када су у питању истраживања која се баве проблематиком ефикасности извршења кривичних санкција. Иако се и овде аргументација односи на то да су жене у пеналном систему малобројне и мање опасне, то и даље не оправдава, донедавно присутан, потпуни недостатак интересовања за третман и права осуђеница⁸. Самим тим, и при креирању неких нових модалитета извршења кривичних санкција, као што су алтернативне санкције, интензивни надзор, различити облици пробације и слично, недовољно се размишљало о потребама жена⁹.

Стопа криминалитета жена се разликује у појединим земљама, а креће се између 5% и 25%, док је у Србији тај постотак од 8 до 9 процената. Последњих неколико деценија у свету уочавају се промене у структури и динамици криминалитета жена¹⁰. Посматрано на глобалном нивоу, чини се да постоји много разлога зашто је све већи број жена у систему кривичног правосуђа, али примарни је пораст осуђивања за кривична дела у вези са дрогама и казненом политиком обавезног кажњавања за наведена кривична дела¹¹. Према подацима Федералног завода за затворски систем, у Сједињеним Америчким Државама преко 60% жена издржава казне због кривичних дела у вези са дрогом. Од 1980. године, до краја деведесетих, број жена у затворима у САД се утростручио. Током тог периода, стопа затварања жена је премашила

⁵ Loucks, N. Women in prison. In: J. Adler, J. Gray (eds.) *Forensic Psychology: Concepts, Debates and Practice*. New York: Willan Publishing, 2010, 466-485.

⁶ Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангкокским правилима, *Темид*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

⁷ Covington, S. S. Women in Prison: Approaches in the Treatment of Our Most Invisible Population, *Women and Therapy Journal*, 1998, Vol. 21, No. 1, 141-155

⁸ Smith, R. Women in prison. *British Medical Journal*, 1984, 288, 630-633.

⁹ Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангкокским правилима, *Темид*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

¹⁰ Костић, М., Илић, И. Жене осуђенице-о криминолошком дискурсу и пенолошком третману. Часопис за правну теорију и праксу *Правна ријеч*, 44/2015, 325-344

¹¹ Covington, S. S. Women in Prison: Approaches in the Treatment of Our Most Invisible Population, *Women and Therapy Journal*, 1998, Vol. 21, No. 1, 141-155

стопу затварања мушкараца сваке године осим¹² једне¹³. Рат против дроге је нехотице постао рат против жена, што је јасно допринело повећању броја жена у затвору. Закон о обавезном кажњавању за кривична дела у вези са дрогом из 1986. године, са филозофијом "оштро против криминала" у којој се наводи да свако ко је ухваћен и поседује дрогу аутоматски ће и бити осуђен, осмишљени су да ослободе друштво дилера дроге. Нажалост, овај закон се повратно негативно одразио у случају жена. Претпоставка да ће овај закон само послати дилере у затвор, била је неоснована. Између 1986. и 1991. године, број жена у затворима за прекршаје у вези са дрогом порасла је за 433%, у поређењу са 283% повећањем за мушкарце¹⁴. "Уместо политике последњег средства, затвор је постао одговор првог реда за широк спектар ненасилних и ситних прекршаја, а жене су неразумно погођене овим трендом"¹⁵. Чини се да и европске земље прате америчке тенденције. Тако се у извештају за Енглеску и Велс наводи да и поред устаљене структуре и обима женског криминалитета у последњих 10 година, непрекидно расте број жена у затворима, што је условљено чешћим изрицањем затворских казни за кривична дела која се не могу окарактерисати као тешка¹⁶. Занимљиво је да се овакав развој догађаја у потпуности коси са међународним стандардима који, полазећи од резултата научних истраживања и искустава из праксе, сугеришу фаворизовање неинституционалних санкција у свим ситуацијама у којима је то иоле прихватљиво. Са друге стране, из САД и Велике Британије, шири се талас новог пунитивизма и менаџерског приступа у вођењу пеналних институција¹⁷. Упркос томе, и проблеми жена зависница од психоактивних супстанци, су невидљиви у систему кривичног правосуђа. Историјски гледано, истраживања, али и третман, опоравак и социјална реинтеграција су засновани на искуствима осуђених мушкараца, зависника, често занемарујући потребе жена. Статистички подаци указују да постоји висока корелација између злоупотребе дрога, затварања и кршења условног отпуста, тако да се може рећи и да земље са развијеним

¹² 1996. године број жена у затвору био је 69.028

¹³ LeBlanc, A. N. *A woman behind bars is not a dangerous man*. The New York Times Magazine, (1996, June). 35-40

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Bloom, B., Chesney-Lind, M. & Owen, B. *Women in California prisons: Hidden victims of the war on drugs*. Center on Juvenile and Criminal Justice, San Francisco, 1994

¹⁶ Corston, J. *The Corston Report: A Review of Women with Particular Vulnerabilities in the Criminal Justice System*. London: Home Office, 2007

¹⁷ Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангкокским правилима, *Темид*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

казненим системом, као што је амерички, не пружају свеобухватан континуум бриге када су у питању жене преступнице¹⁸.

2. ЗАТВОРИ ЗА ЖЕНЕ У СВЕТУ

Резултати компаративног истраживања затвора за жене у САД, Канади и Европи, показали су, да упркос разликама, сви затвори за жене у свету имају неколико битних заједничких карактеристика. Пре свега, општа је појава да се затвори за жене смештају унутар зидина, у застарелој затворској архитектури која је у директној вези са контролом и мерама обезбеђења које су несразмерне друштвеној опасности осуђеница. Општа је појава и да се таква ситуација настоји оправдати малим бројем осуђених жена у односу на број осуђених мушкараца и одсуством финансијске рачунице да се улаже у изградњу, односно реконструкцију затвора за жене. Услед тога као и из бирократских разлога који налажу да се жене смештају у одговарајуће установе, односно одељења, према дужини казне, а не према њиховој реалној друштвеној опасности. Пенитенцијарне установе за жене, по правилу не омогућавају диференцијацију третмана између малог броја веома опасних криминалки и већине осуђеница које представљају малу или никакву друштвену опасност¹⁹. Такође, програми општег и професионалног образовања су ретки и лоше организовани па не изненађује што је у њих укључен мали број осуђеница. Анализа стања у затворима за жене показује одсуство воље да се у ове установе, омогући продор модерних трендова у извршавању казне затвора. Отворене установе у затворима за жене су реткост тако да се према женама примењује, по правилу, третман који по степену примењене контроле и обезбеђења стоји у апсолутној контрадикцији са њиховом реалном друштвеном опасношћу²⁰.

3. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ КОЈИ РЕГУЛИШУ ПОЛОЖАЈ И ПРАВА ЖЕНА У ЗАТВОРИМА

Положај осуђених лица, без обзира на пол, регулисан је Универзалном конвенцијом УН-а о људским правима, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, Европским

¹⁸ Covington, S. S. Women in Prison: Approaches in the Treatment of Our Most Invisible Population, *Women and Therapy Journal*, 1998, Vol. 21, No. 1, 141-155

¹⁹ Николић Ристановић, В. (Без) смисао казне затвора или ка феминистичој анализи казне. Центар за женске студије, Београд, 1995

²⁰ *Ibid.*

затворским правилима и Стандардним минималним правилима о поступању са затвореницима. Бројни међународни документи, стандарди и прописи садрже посебне одредбе о положају, правима и условима издржавања казне за жене у затворима. Сва наведена документа, истичу потребу заштите угледа и части затвореница, као и заштиту од свих поступака који представљају мучење, понижавање или додатно кажњавање²¹. У извештају Европског комитета за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања²², а полазећи од Банкочких правила²³, наводи се да жене у затвору карактеришу посебне потребе и рањивост у неким аспектима које код мушкарца нису присутне. Ове разлике, али и чињеница да је жена пуно мањи број у затворима, у поређењу са осуђеним мушкарцима, производи цели спектар изазова за затворске управе, што често за резултат има да су жене у неповољнијем третману у поређењу са затвореним мушкарцима. Ово проистиче из чињенице да су затворска правила и објекти направљени за затворску популацију у којој се мушки затвореници сматрају нормом. Бројне жене затворенице су посебно рањиве због своје социјалне ситуације и културолошких улога. Постоји ризик од занемаривања специфичних потреба жена, посебно зато што су оне мањинска категорија затвореника. Важно је да се узме у обзир одређени број фактора кад се ради о затвореницама, посебно свих облика физичког, сексуалног или психолошког насиља, укључујући насиље у породици, од којег су можда патиле пре доласка у затвор, висок ниво потреба за заштитом менталног здравља, висок ниво зависности од алкохола или дрога, специфичне потребе за здравственом заштитом, одговорност за бригу о њиховој деци и/или њиховим породицама, те висока вероватноћа виктимизације након отпуста из затвора и напуштање од стране њихових породица²⁴. Медицинско особље, такође би требало бити женског пола, а осуђеницама се мора омогућити обављање личне хигијене и снадбевање потребним санитарским материјалом²⁵. Посебан документ посвећен положају жена

²¹ Костић, М., Илић, И. Жене осуђенице-о криминолошком дискурсу и пенолошком третману. Часопис за правну теорију и праксу *Правна ријеч*, 44/2015, 325-344

²² Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (СРТ). СРТ/Inf(2018)5. Доступно на: www.rm.coe.int/16808b642d

²³ Правило 41, 42 и 44 УН Правила за третман затвореница и ванзатворске мере за жене које су починиле кривична дела (“Банкочка правила”).

²⁴ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања (СРТ). СРТ/Inf(2018)5. Доступно на: www.rm.coe.int/16808b642d

²⁵ Костић, М., Илић, И. Жене осуђенице-о криминолошком дискурсу и пенолошком третману. Часопис за правну теорију и праксу *Правна ријеч*, 44/2015, 325-344

представљају Банкочка правила²⁶ и дефинишу права жена у појединим областима којима се до сада уопште није придавала пажња. Наиме, савремена наука указује на битне аспекте положаја жена који су раније били занемарени, на потребу да се са женама поступа поштујући њихов сензибилитет, на посебан значај међуљудских односа у које жене ступају, и на друге аспекте који и те како могу утицати на ефикасност целокупног пеналног третмана. Правила су конципирана уз пуну свест о реалном положају жена у многим државама, што подразумева насиље према женама и фактичку неједнакост жена, али и њихову позицију старалаца о деци и породици²⁷. Висок проценат жена у затвору су мајке и примарни старатељи у породици. Одвајање од породица и деце може имати посебно штетне ефекте и на затворенице и на њихове породице, посебно њихову децу²⁸. Правило број 2 Банкочких правила сугерише да при пријему жена у затвор, посебу пажњу треба обратити на њихово свеукупно стање, због изражене рањивости жена у овом критичном тренутку. Женама ће се неодољно омогућити контакт са лицима изван установе у циљу збрињавања деце, па и ограничено одлагање почетка извршавања казне, уколико је то неопходно и у најбољем интересу деце. Правило број 4 Банкочких правила, спада у правила чија ће имплементација бити отежана у многим државама, па тако и у Србији. Наиме, њиме се препоручује смештање жена у институције које нису значајно удаљене од места њиховог пребивалишта, то јест од места у којима су средишта животних активности жена и њихових породица и деце²⁹. Према овом правилу, затвор треба да буде у близини дома затворенице или центра за рехабилитацију, како би се омогућили редовни социјални контакти са породицом. Омогућавање женама у Србији да издржавају казну затвора ближе својим домовима би у многоме олакшало само издржавање казне, посебно јер би многим омогућило да имају редовније контакте са својим породицама, што данас није случај³⁰. Ипак, напомињемо да држава ово правило може испоштовати и уколико се не упусти у изградњу великих

²⁶ Правила Уједињених нација за третман жена затвореница и ванзатворске мере за жене које су починиле кривична дела ("Банкочка правила" или „Правила из Бангкока“) Резолуција Генералне скупштине УН 65/229, усвојена 21. децембра 2010.

²⁷ Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Банкочким правилима, *Темид*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

²⁸ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања, СРТ/Inf(2018)5. Council of Europe. Доступно на: <https://rm.coe.int/16808b642d5>. април 2019

²⁹ Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Банкочким правилима, *Темид*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

³⁰ Ћопић, С., Шаћири, Б. Жене у затвору у Србији: услови за живот осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темид*, бр. 4/2012, 23-44

казнионица за жене на различитим локацијама, и то тако што ће алоцирати средства за изградњу мањих објеката, „кућа на пола пута” и сличних објеката³¹. Трећи део Бангочких правила односи се на неинституционалне санкције и мере, сугеришући државама да одреде што већи број могућности за алтернативно и диверзионо поступање према женама. Потребно је осмислити диверзионе мере и алтернативе усклађене са полном особеношћу жена, при чему треба водити рачуна о томе да су жене оне на којима је обавеза старања о другима, али и на то да је прошлост многих жена преступница обележена управо тиме што су и саме биле жртве³².

4. ЖЕНЕ У ЗАТВОРУ У СРБИЈИ

Број жена у затвору у Републици Србији варира, али оквирно се креће од 50 до 250³³. Податке о броју осуђених жена могу се пронаћи у Правосудној статистици коју редовно објављује републички Завод за статистику, али невоља са подацима ове врсте је што се не могу издвојити жене које издржавају казне и поредити са мушкарцима. Релевантан извор података о затвореницима који прати осуђенике с обзиром на нека обележја разликујући их, између осталог, и по полу, био је Годишњи извештаји Управе за извршење заводских санкција. Ипак, ови Извештаји су се објављивали тек неколико година. У периоду од 2005. до 2009. године, број затвореника варирао, али је процентуално учешће жена у овој популацији константно расло од 2,04% до 3,32%, са изузетком 2008. године³⁴. Према Годишњем извештају Управе за извршење заводских санкција³⁵ у јануару 2012. године у затвору је било 252 осуђенице, а у децембру 261 осуђеница. Једна од карактеристика која се уочава у статистичким подацима је и та да су жене у знатно мањем проценту

³¹ Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангочким правилима, *Темида*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

³² Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангочким правилима, *Темида*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88

³³ Илијић, Љ. *Демографска, социопсихолошка, криминолошка и пенолошка својства осуђеника као чиниоци затворских депривација*. Магистарска теза. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2012

³⁴ Игњатовић, Ђ., Љубичић, М. Жене и затвор: општа питања и студија случаја, *Анали Правног факултета у Београду*, година LIX, 1/2011, 55-79

³⁵ Годишњи извештај Управе за извршење заводских санкција. Министрство правде Републике Србије. Доступно на: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/_izvestaj_2012.pdf 12 март 2019.

рецидивирале, у поређењу са мушкарцима. Од укупног броја осуђеница, 28,9% су биле повратнице, док је у популацији осуђених мушкараца тај проценат износио је 56,8%. У погледу структуре кривичних дела, највећи проценат чине осуђенице које су починиле имовинска кривична дела 27%, док је 18,8% починило кривична дела у вези са дрогом. Чињеница коју не можемо занемарити приликом анализе женске затворске популације, јесте велики проценат жена које су жртве породичног насиља. Ове жене, по правилу, починиле су тешка кривична дела убиства брачних/ванбрачних партнера и осуђене су на дугогодишње затворске казне, што казнену политику наше земље сврстава у ред неадекватних. Управо оваква судска пракса у значајном је одступању у односу на праксу европских земаља. Изрицање дугих затворских казни женама које су биле жртве дугогодишње тортуре и злостављања, је у најблажу руку речено, неприлично.³⁶

У поређењу са популацијом осуђених мушкараца, жене у затвору су неагресивне, а проценат прекршаја везаних за нарушавање дисциплине или правила кућног реда је занемарљив³⁷. Досадашња истраживања недвосмислено показују да осуђене жене не показују тенденцију организовања тзв. *затворског подземља*, односно, да нема организованог насиља, отпора особљу, покушаја бекства или организовања побуна. То је један више разлог зашто жене не треба да издржавају затворске казне у условима максималног обезбеђења и репресије, већ у условима карактеристичним за отворени режим³⁸. Налаз о порасту броја жена у затворима, додатно забрињава, уколико се на уму има да, у поређењу са мушкарцима, жене знатно теже погађа издржавање затворске казне. Сматра се, наиме, да жене интренилизују насиље, те да затварање има снажнији ефекат на њих, посебно ако су претходно биле виктимизоване. Да овај обзир има основа сведоче и налази бројних студија, који се у најопштијем свде на констатацију: највећи број жена које издржавају затворску казну доживеле су трауматска искуства злостављања и занемаривања и у детињству и у одраслом добу³⁹.

³⁶ Детаљније у: *Стање људских права у затворима. Казнено поправни завод за жене у Пожаревцу*. Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2011.

³⁷ Илијић, Љ. *Демографска, социопсихолошка, криминолошка и пенолошка својства осуђеника као чиниоци затворских депривација*. Магистарска теза. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2012

³⁸ Мршевић, З. *Жене у затвору*, Центар за женске студије, Београд, 1995

³⁹ Игњатовић, Ђ., Љубичић, М. Жене и затвор: општа питања и студија случаја, *Анали Правног факултета у Београду*, година LIX, 1/2011, 55-79

4.1. КПЗ за жене у Пожаревцу

4.1.1. Материјални услови и квалитет живота

Према Закону о извршењу кривичних санкција⁴⁰ (у даљем тексту ЗИКС) осуђене жене затворску казну издржавају у Казнено поправном заводу (у даљем тексту КПЗ) за жене у Пожаревцу. Реч је о установи полуотвореног типа, која има три одељења-отворено, полуотворено и затворено, а разликују се према степену обезбеђења и начину поступања са осуђеницама⁴¹. Иако је ЗИКС предвиђено да је КПЗ за жене установа полуотвореног типа, она по архитектури и степену обезбеђења одговара стандардима установе затвореног типа. На тај начин, извршење казне затвора, се спроводи у неадекватном типу установе⁴², односно, постојеће архитектонско решење онемогућава доследно спровођење класификације⁴³ осуђеница у одређени третман⁴⁴. Делови смештаја у коме се смештају осуђенице које су разврстане у полуотворени и отворени третман и даље налазе иза зидова и других видова обезбеђења, што није у складу са одредбама ЗИКС и европским и међународним стандардима⁴⁵. Зграда КПЗ за жене је једна од најстаријих затворских установа у Србији, а услови смештаја, упркос одређеним, али ограниченим напорима установе, су лоши⁴⁶. КПЗ за жене у просеку има за око 40% више осуђеница у односу на реалне капацитете. Тако КПЗ у просеку има између 200 и 240 осуђеница, док је реални капацитет завода око 170-180 лица. Ови подаци говоре о томе да се женски затвор суочава са проблемом пренасељености,

⁴⁰ Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“ бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

⁴¹ Чл. 14 и чл.16 Закона о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“ бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014.

⁴² Костић, М., Илић, И. Жене осуђенице-о криминолошком дискурсу и пенолошком третману. Часопис за правну теорију и праксу *Правна ријеч*, 44/2015, 325-344

⁴³ У циљу остваривања програма поступања, осуђенице се разврставају у одговарајући третман према законом предвиђеним критеријумима: на основу врсте кривичног дела, висине изречене казне, облика кривице, односа према кривичном делу, раније осуђиваности и других критеријума утврђених правилником о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених (чл. 63 Закона о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС.“бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014.)

⁴⁴ Попић, С., Шахири, Б. Жене у затвору у Србији: услови за живот осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темид*, бр. 4/2012, 23-44

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Илијић, Љ. *Демографска, социопсихолошка, криминолошка и пенолошка својства осуђеника као чиниоци затворских депривација*. Магистарска теза. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2012

што ствара низ других тешкоћа у погледу организовања живота и рада жена током издржавања казне лишења слободе. Због пренасељености, у собе се смешта већи број жена, што резултира недостатком простора, тако да у овој установи није у потпуности испоштован стандард постављен чланом 67 ЗИКС да на сваку осуђеницу треба да дођу по четири квадратна и осам кубних метара простора⁴⁷.

У Извештају⁴⁸ се наводи да су поједини делови затвора пристојно сређени-отворено одељење и одељење за смештај трудница и мајки са малом децом, али да највећи део захтева хитну интервенцију, поготово затворено одељење. Опрема у собама за смештај је стара и дотрајала. Намештај је оскудан, о осуђеницама није дозвољено уношење украсних предмета, што укупну атмосферу чини депресивном и дестимулативном. КПЗ не поседује сопствену кухињу, па се храна свакодневно допрема из КПЗ за мушкарце. Отварање кухиње, као самосталне јединице у оквиру затвора за жене, имало би вишеструке позитивне ефекте. Осим квалитетније исхране, осуђеницама би се омогућило и радно ангажовање на пословима око припреме хране, сервирања и услужне делатности. Позитивна промена огледа се у прописима који се односе на облачење осуђених жена. До скоро, закон је прописивао обавезно ношење затворске униформе. Мењањем законских прописа, осуђеницама је дозвољено ношење властите одеће (али одређена ограничења и даље постоје, а тичу се обавезног ношења обуће са затвореним прстима у летњим месецима). Резултати истраживања Виктимолошког друштва Србије⁴⁹, које је имало за циљ да утврди у којој мери се поштују права осуђеница у КПЗ за жене у Пожаревцу, која су уједно гарантована и Законом о извршењу кривичних санкција, указују да стање у овом заводу, као и степен остваривања законом загарантованих права, није на завидном нивоу.

4.1.2. Рад жена у затвору

Према члану 86 ЗИКС рад осуђених лица чини саставни део програма поступања, а његова сврха је стицање, одржавање и повећање

⁴⁷ Попић, С., Шаћири, Б. Жене у затвору у Србији: услови за живот осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темид*, бр. 4/2012, 23-44

⁴⁸ *Поступање са лицима лишеним слободе*, Београдски центар за људска права, 2010. Доступно на:
<http://www.bgcentar.org.rs/download/postupanje%20prema%20licima%20lisenim%20slobode.pdf>

⁴⁹ Истраживање Виктимолошког друштва Србије, које је током 2011. и 2012. године спроведно у оквиру пројекта Људска права жена у затвору – Залагање за жене жртве насиља које се налазе у затвору.

радних способности осуђеног лица, његових радних навика и стручног знања. Врста посла одређује се према психичким и физичким способностима, стручним квалификацијама, израженим жељама осуђеног и према могућностима завода⁵⁰. Осуђени се упошљава у заводу или ван завода, а уређење и начин рада у заводу треба да су што сличнији уређењу и начину рада на слободи.⁵¹

Осуђенице у КПЗ за жене радно се ангажују на пословима у заводу и изван њега. У заводу, осуђенице се радно ангажују у кројачкој радионици, на изради накита, домаћој радиности, изради папирне галантерије, потом, у трпезарији, на уређењу дворишта, у башти и пластенику. Изван завода, осуђенице се ангажују на економији, у градској чистоћи на чишћењу и уређењу јавних површина и у хладњачи, и то на основу уговора који је завод закључио са приватним предузетником, што запослени у заводу сматрају примером добре праксе. Како се сазнало у интервјуима са запосленима, између 40 и 60% осуђеница је радно ангажовано на различитим пословима⁵². Осуђенице које раде у кројачкој радионици и на другим мануелним пословима раде у радном погону. Међутим, како се сазнало у интервјуима са запосленима у служби за обуку и упошљавање, али и у интервјуима са осуђеницама, зими је у радном погону доста хладно. Када зими температура у погону падне испод 18, а лети пређе 28 степени, радни процес се обуставља. Услови у којима се ради у складу су са одредбама о безбедности на раду. Проблеми у вези са радним ангажовањем осуђеница, односе се на следеће: због ограничених просторних могућности не раде сви погони, радни процес се често прекида због недостатка сировина, али и због врућине или хладноће па се неопходним чини постављање термоизолације у радни погон; потом, машине које постоје у заводу не раде због проблема са струјом и недостатка квалификованог кадра, закони о тендерима и јавним набавкама успоравају процес добијања посла, као и набавке материјала за рад, а постоје и тешкоће у пласирању производа. Све то отежава упошљавање осуђеница, што, пак, утиче на могућност да саме зараде нешто новца, који је великом броју њих веома потребан⁵³.

⁵⁰ Чл. 100 Закона о извршењу кривичних санкција, "Службени гласник РС" бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

⁵¹ Чл. 101 Закона о извршењу кривичних санкција, "Службени гласник РС" бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

⁵² Ђопић, С., Стевковић, Љ., Шаћири, Б. Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темда*, бр. 4/2012, 45-71

⁵³ *Ibid.*

4.1.3. Здравствена заштита осуђеница

Осуђени има право на здравствену заштиту у складу са законом. Осуђени коме се у заводу не може пружити одговарајућа здравствена заштита, на предлог лекара, упућује се у Специјалну затворску болницу или другу здравствену установу, а трудница ради порођаја у породилиште⁵⁴.

Амбуланта се налази у засебној згради унутар заводског круга, и њу чине општа, стоматолошка и гинеколошка ординација, и стационар. Гинеколошка ординација је смештена у посебном делу зграде, где је смештај за труднице и мајке са децом. Стационар чине две болесничке собе у које се смештају осуђенице са тежим здравственим проблемима, али чије лечење не захтева слање у Специјалну затворску болницу или неку другу здравствену институцију. Током 2012. године, захваљујући напорима управе КПЗ за жене, као и залагањима Виктимолошког друштва Србије, усвојена је нова систематизација радних места. Сходно њој, амбулатна која је функционисала у КПЗ за жене прерасла је у посебну здравствену службу. Иако би према систематизацији требало да буду стално запослена два лекара опште праксе, лекар специјалиста и три медицинска техничара, стално су запослени један лекар опште праксе и три медицинске сестре, од којих је једна запослена на одређено време. Дакле, фактичко стање још увек није у складу са прописима, па ова служба нема начелника нити лекара специјалисту у сталном радном односу, а кључни разлог је финансијске природе. Међутим, кадровско стање не одговара потребама завода, ако се има на уму број осуђеница и број прегледа који се обаве на месечном и годишњем нивоу⁵⁵. Посебна пажња посвећена је здравственој заштити трудница. Труднице се уредно воде на контроле, када је потребно и ван завода. Уколико је хитно потребан преглед, воде се у болницу у Пожаревцу. Према мишљењу запослених, посебно оних који раде у здравственој служби, опште здравствено стање осуђеница је добро. Међутим, забрињава податак да међу осуђеницама има приличан број оних са хепатитисом Ц. Проблем са којим се суочавају запослени је да они не знају увек да ли осуђеница приликом пријема има хепатитис Ц. Присуство хепатитиса говори о заступљености наркоманки међу осуђеницама, а оне су специфична

⁵⁴ Чл.113. Закона о извршењу кривичних санкција, “Службени гласник РС” бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

⁵⁵ Ћопић, С., Стевковић, Љ., Шаћири, Б. Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темид*, бр. 4/2012, 45-71

категорија у погледу здравствених потреба, као и у погледу спремности на радно и свако друго ангажовање⁵⁶.

4.1.4. Образовање и професионално оспособљавање осуђеница

У Извештају Европског комитета за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања⁵⁷ се наводи да би жене у затвору требале уживати приступ свеобухватном програму сврсисходних активности кроз рад, обуку, образовање и спорт, на једнакој основи као и мушкарци. Делегације Европског комитета које врше посете пречесто наилазе на ситуације у којима се женама затвореницама нуде активности које се сматрају “одговарајућим” за њих (као што је шивење или ручни рад), а искључују се из стручног оспособљавања које је резервисано за мушкарце. Мали број жена може значити да се формирање радионица искључиво за њих не сматра одрживим. Међутим, такав дискриминирајући приступ може једино послужити томе да се појачају већ превазишли стереотипи о друштвеној улози жена.

ЗИКС прописује да осуђени има право на основно и средње образовање, које се сходно прописима који уређују образовање, организују у заводу, али и да завод организује друге видове образовања осуђених.⁵⁸ Управник завода може осуђеном да одобри ванредно школовање, ако се програм образовања може ускладити са безбедносном проценом.⁵⁹ Подаци о образовном новоу осуђеница потврђују да велики број осуђеница има образовне потребе, односно, да није занемарљив број осуђеница које су потпуно неписмене или имају непотпуну основну школу. Према подацима из Извештаја⁶⁰ у току 2012. године, од укупног броја осуђеница, 6,5% је потпуно неписмено, 14,6% има непотпуну/недовршену основну школу, док је завршену основну школу је имало 20% осуђеница. Најзаступљеније су осуђенице са завршеном средњом школом 47,3%.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања, СРТ/Inf(2018)5. Council of Europe. Доступно на: <https://rm.coe.int/16808b642d>

⁵⁸ Чл. 122 Закона о извршењу кривичних санкција, “Службени гласник РС” бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

⁵⁹ Чл.123 Закона о извршењу кривичних санкција, “Службени гласник РС” бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

⁶⁰ Годишњи извештај Управе за извршење заводских санкција. Министарство правде Републике Србије. Доступно на: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/_izvestaj_2012.pdf

Организовани облик основношколског образовања у КПЗ не постоји, осим што се повремено организују курсеви описмењавања. Сличне податке наводи и Виктимолошко друштво. У погледу формалног образовања, подаци до којих се дошло интервјуима са осуђеницама показују да ниједна жена из испитиваног узорка није похађала основну школу иако је у узорку било 15 жена које су прекинуле основношколско образовање, а 8 жена није уопште похађало школу. Током 2011. године три испитанице су по доласку у КПЗ научиле да читају и пишу, односно прошле су курс описмењавања, док током 2012. године ниједна осуђеница није прошла овај курс, јер он није ни организован. Уз то, иако трећина жена из узорка има завршену само основну школу, ниједна од њих није похађала средњу школу током боравка у заводу. Везано за стручно оспособљавање осуђенице, пак, подаци до којих се дошло показују да већина осуђеница из испитаног узорка, тачније 73% није похађала ниједан курс који се организује у затвору, док 27% јесте⁶¹. Стручно оспособљавање осуђеница реализује се кроз курсеве. При томе, једино је кројачки курс сталан, док се остали курсеви организују *ad hoc*. Да би осуђеница била укључена у један од курсева, предуслов је да има најмање завршену основну школу. Потребно је поменути да је у оквиру пројекта Виктимолошког друштва Србије Људска права жена у затвору-Залагање за жене жртве насиља које се налазе у затвору, током 2011. и 2012. године организована обука осуђеница за рад на рачунарима, која је наишла на јако добар одзив осуђеница. Међутим, у погледу стручног оспособљавања запослени су указали на неколико проблема. Као прво, недовољна мотивисаност осуђеница за ове курсеве и чињеница да се за њих више јављају жене које имају средњу школу, а намера је да управо оне које имају само основну школу заврше неки курс и оспособе се за рад. Друго, мали је број запослених у служби за обуку и упошљавање који би могли да преносе знања осуђеницама. Тако, на пример, у заводу постоји опрема за грнчарство, али нема стручњака који би водио овај курс. Најзад, и недостатак финансијских средстава спречава завод да организује још неке курсеве⁶². Чини се да су затворенице и у погледу доступности основношколског и средњешколског образовања, као и стручног оспособљавања занемарене, у поређењу са доступним образовним садржајима који су реализују у затворима за осуђенике.

⁶¹ Ћопић, С., Стевковић, Љ., Шаћири, Б. Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темид*, бр. 4/2012, 45-71

⁶² Ћопић, С., Стевковић, Љ., Шаћири, Б. Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, *Темид*, бр. 4/2012, 45-71

4.2. Депривације осуђеница

И најранија истраживања затворске климе указују да је затвор сам по себи штетан, да такву средину често карактерише напоштовање основних људских права и потреба, али и да доприносу развоју менталних, физичких и социјалних депривација затвореника⁶³. Овакав поглед на затворску средину чини основу студије Сајкса, у којој наводи два кључна аргумента-да је затварање синоним за депривације и да затворске депривације имају значајне психолошке физичке, емоционалне и социјалне последице не личност осуђеника⁶⁴. Социолошка истраживања у женским казним институцијама⁶⁵ такође потврђују хипотезу да затворенички друштвени систем настаје као резултат покушаја затвореница да ублаже или отклоне депривације затвореничког живота, али и да на настанак и обликовање затворске заједнице у женском затвору значајан утицај има латентни културни идентитет⁶⁶ преступнице, дакле културни фактор који не настаје у затворској средини⁶⁷. Истраживања у затворима за жене показала су да затворенице различито доживљавају депривације, али да је за све затворенице „живот у затвору депривирајући и фрустрирајући“⁶⁸. Типови депривација које затворенице доживљавају исти су или слични као и код затвореника (губитак слободе и аутономије, лишавање материјалних добара и услуга, немогућност хетеросексуалних односа, осећање несигурности у односима са другим затвореницама). Ипак, постоје и значајне разлике у садржају и значењу које ове депривације имају за затворенице, као и у начинима на које затворенице покушавају да себи олакшају живот. Најтежа депривација за затвореницу јесте то што је лишење слободе онемогућава у вршењу њене кључне друштвене улоге

⁶³ Clemmer, D. *The Prison Community*. New York: Holt, Reinhart and Winston, 1958; Cohen, S., Taylor, L. *Psychological Survival: The Experience of Long-term Imprisonment*. Harmondsworth: Penguin Books, 1981; Sim, J. *Medical Power in Prison: The Prison Medical Service in England 1774-1989*. Milton Keynes: Open University Press, 1990

⁶⁴ Илијић, Љ. *Демографска, социопсихолошка, криминолошка и пенолошка својства осуђеника као чиниоци затворских депривација*. Магистарска теза. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2012

⁶⁵ Шпадијер-Џинић, Ј., Павићевић, О., Симеуновић-Патић, Б. Жена у затвору-депривације затвореничког живота. *Социологија*, 3/2009, 225-246

⁶⁶ Преинституционални идентитет жене преступнице који је обликован под утицајем културних очекивања у погледу вршења њене главне друштвене улоге - жене, мајке домаћице. Детаљније у: Шпадијер-Џинић, Ј., Павићевић, О., Симеуновић-Патић, Б. Жена у затвору – депривације затвореничког живота. *Социологија*, 3/2009.

⁶⁷ Шпадијер-Џинић, Ј., Павићевић, О., Симеуновић-Патић, Б. Жена у затвору-депривације затвореничког живота. *Социологија*, 3/2009, 225-246

⁶⁸ *Ibid.*

жене, мајке и домаћице. Резултати истраживања указују да жене-затворенице, као последицу лишавања слободе, најтеже подносе одвајање од детета/деце - физичко и психичко одвајање од детета које им онемогућава да се брину за дете и да га подстичу у васпитавању. Примање посета и дописивање, које је регулисано затворским правилима, не ублажава жељу затвореница да буду са дететом већ је болно подсећају на ситуацију у којој се налази и њену немоћ да утиче на живот свог детета⁶⁹. Депривације које проистичу из режима издржавања затворске казне (који је када су жене у питању, строжи у односу на степен друштвене опасности осуђеница), претходна виктимизација и злостављање, као и одвојеност од породице, пријатеља и деце, представљају факторе који повећавају ризик за самоубиства код жена у затворској популацији⁷⁰.

ЗАКЉУЧАК

Анализа стања у затворима за жене показује одсуство воље да се у ове установе, у којима преовлађују осуђенице мале друштвене опасности, омогући продор модерних трендова у извршавању казне затвора. Отворене установе у затворима за жене још увек су реткост тако да се према женама примењује, по правилу, третман који по степену примењене контроле и обезбеђења стоји у апсолутној контрадикцији са њиховом реалном друштвеном опасношћу⁷¹. Неопходна су велика материјална, финансијска и кадровска улагања и средстава за побољшање услова у којима жене бораве у пеналним установама, што је посебан изазов за државе са оскудним ресурсима, као што је наша. У Републици Србији постоји само једна затворска установа у коју се упућују осуђенице. Архитектонска решења не омогућавају адекватну класификацију осуђеница, па се већ при класификацији оне сврставају у неповољнији режим. Разуме се да се овакво стање може донекле оправдати економским разлозима, односно чињеницом да и мали број установа може задовољити реално постојеће потребе. Ипак, то не значи да је прихватљиво и то што се жене одводе на локације које могу бити веома удаљене од места њиховог пребивалишта или боравишта, или што је још горе, веома удаљене од њихових породица, деце и пријатеља. Таква ситуација још више доприноси интензивирању депривација и додатних патњи, посебно депривације материнства.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Slotboom, A. M., Kruttschnitt, C., Bijleveld, C. *Psychological Well-being of Incarceration Women in Netherlands: Importation of deprivation? Punishment & Society*, 2011/13

⁷¹ Николић Ристановић, В. *(Без) смисао казне затвора или ка феминистичој анализи казне*. Центар за женске студије, Београд, 1995

Референце

- Bloom, B., Chesney-Lind, M. & Owen, B. Women in California prisons: Hidden victims of the war on drugs. Center on Juvenile and Criminal Justice, San Francisco, 1994
- Covington, S. S. Women in Prison: Approaches in the Treatment of Our Most Invisible Population, *Women and Therapy Journal*, 1998, Vol. 21, No. 1, 141-155.
- Clemmer, D. *The Prison Community*. New York: Holt, Reinhart and Winston, 1958
- Cohen, S., Taylor, L. *Psychological Survival: The Experience of Long-term Imprisonment*. Harmondsworth: Penguin Books, 1981
- Илијић, Љ. Демографска, социопсихолошка, криминолошка и пенолошка својства осуђеника као чиниоци затворских депривација. Магистарска теза. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2012
- Игњатовић, Ђ., Љубичић, М. Жене и затвор: општа питања и студија случаја, *Анали Правног факултета у Београду*, година LIX, 1/2011, 55-79
- Ковачевић, М. Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангкокским правилима, *Темида*, 2012, Вол. 15, бр. 4. 73-88
- Костић, М., Илић, И. Жене осуђенице-о криминолошком дискурсу и пенолошком третману. *Часопис за правну теорију и праксу Правна ријеч*, 44/2015, 325-344
- LeBlanc, A. N. A woman behind bars is not a dangerous man. *The New York Times Magazine*, (1996, June). 35-40
- Loucks, N. Women in prison. In: J. Adler, J. Gray (eds.) *Forensic Psychology: Concepts, Debates and Practice*. New York: Willan Publishing, 2010, 466-485.
- Мршевић, З. Жене у затвору, Центар за женске студије, Београд, 1995
- Николић Ристановић, В. (Без) смисао казне затвора или ка феминистичој анализи казне. Центар за женске студије, Београд, 1995
- Slotboom, A. M., Kruttschnitt, C., Bijleveld, C. *Psychological Well-being of Incarceration Women in Netherlands: Importation of deprivation? Punishment & Society*, 2011/13
- Sim, J. *Medical Power in Prison: The Prison Medical Service in England 1774-1989*. Milton Keynes: Open University Press, 1990
- Стање људских права у затворима. Казнено поправни завод за жене у Пожаревцу. Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2011.

Ђопић, С., Шаћири, Б. Жене у затвору у Србији: услови за живот осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида, бр. 4/2012, 23-44

Ђопић, С., Стевковић, Љ., Шаћири, Б. Третман и остваривање права осуђеница у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу, Темида, бр. 4/2012, 45-71

Шпадијер-Џинић, Ј., Павићевић, О., Симеуновић-Патић, Б. Жена у затвору – депривације затвореничког живота. Социологија, 3/2009, 225-246

Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“ бр 85/5, 72/09, 31/2011, 55/2014

Интернет извори

Европски комитет за спречавање мучења, нељудског и понижавајућег поступања или кажњавања, СРТ/Inf(2018)5. Council of Europe. Доступно на: <https://tm.coe.int/16808b642d> 5. април 2019.

Поступање са лицима лишеним слободе, Београдски центар за људска права, 2010. Доступно на: <http://www.bgcentar.org.rs/download/postupanje%20prema%20licima%20lisenim%20slobode.pdf> 12. април 2019.

Годишњи извештај Управе за извршење заводских санкција. Министрство правде Републике Србије. Доступно на: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/_izvestaj_2012.pdf 12 март 2019.

Ljeposava ILIJIC, Ph.D

Research Fellow, Institute of Criminological and Sociological Research, Serbia

Olivera PAVICEVIC, Ph.D

Research Fellow, Institute of Criminological and Sociological Research, Serbia

WOMEN IN PRISON IN SERBIA: *about antagonism between Proclaimed status and rights and the actual situation*

Summary

These results of the study suggest that the number of women in prisons in the world, but also in our country on the rise. Unfortunately, prisons do not follow the growth of the number of prisoners, nor have criminal justice systems been redesigned to meet the needs of women in prisons, which are often quite different from the needs of men. On the other hand, alternative forms of sanctions that would be more favorable for a large number of women sentenced to shorter prison sentences and victimized women do not apply to the population of female offenders on a larger scale. The prisons are designed according to the needs of the convicted male population, which put condemned women in an unequal position in which their basic rights have been violated. Recognizing the importance and significance, but also the sensitivity of women, the numerous international conventions, declarations and rules seek to direct the state towards more adequate treatment of this population, emphasizing that prison administrations should take special measures to ensure that women enjoy at least equal rights as well. Unfortunately, poor material and financial conditions are often a cover-up behind which there is lack of interest in investing in the reconstruction of women's prison. The inferiority of the convicted population should certainly not be an excuse for neglecting the problems encountered by women in prison in Serbia. On the contrary, it should be an incentive to provide more systematic assistance and ensure adequate living, working, education and vocational training conditions, with a view to their successful social reintegration. Poor life conditions in prison, with scarce supply of occupations that are not competitive on the labor market, and distance from the family, deepen existing deprivations and cause additional suffering that hinders the already difficult conditions of life in prison.

Др Иван Д. МИЛИЋ*

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Др Лука О. БАТУРАН**

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

КРИВИЧНОПРАВНО (НЕ)РЕШАВАЊЕ ПРОБЛЕМА НЕЛЕГАЛНОГ ОРУЖЈА

„А ти народе, ако не будеш толико срећан да ти поштеде твоје ратне успомене, твоје оружје – ти га подај, али кућу немој остављати без њега, јер ћеш порушити заклетву прадедову, погазићеш аманет оних бораца који падоше за нашу слободу, оставићеш род свој и отаџбину пустоши која може све упропастити и утаманити. Чувај се сам, кад те не чувају они којима је то поверено.“

Осврт на наредбу министра војног.

Самоуправа, 1883. године.

Апстракт: У поседу грађана Србије налази се велика количина нелегалног оружја, што представља озбиљан безбедносни проблем. Циљ овог рада је да покаже зашто се нормама кривичног права овај проблем не може ефикасно и у задовољавајућој мери отклонити. У анализи се користи методологија економске и правне теорије, а урађено је и емпиријско истраживање у Основном и Вишем јавном тужилаштву у Новом Саду. Прва хипотеза рада је да инструменти кривичног права нису подесни да реше проблем велике количине нелегалног оружја у поседу грађана, јер је веома тешко открити и казнити учиниоца кривичног дела недозвољено држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја. Са друге стране, повремене амнестије од одговорности за грађане који предају оружје не постижу задовољавајући резултат, с обзиром на то да не постоје довољни подстицаји за грађане који поседују нелегално оружје да промене своје понашање.

* Асистент са докторатом, imilc@pf.uns.ac.rs

** Асистент са докторатом, lbaturan@pf.uns.ac.rs

Кључне речи: *нелегално оружје, кривично дело недозвољено држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја, амнестија.*

УВОД

Велика количина нелегалног оружја¹ у поседу грађана Србије представља велики безбедносни **проблем**, који већ више деценија државне власти не могу да реше. Процене Министарства унутрашњих послова крећу се између 200.000 и 900.000 комада оружја које није регистровано.² У питању је у највећем броју случајева оружје заостало из протеклих ратова који су на овим просторима вођени 90-их година XX века. Овако велика количина оружја које се налази ван сваке друштвене контроле ствара осећај несигурности код грађана, због чега представља озбиљан изазов државним органима.³

С обзиром на опасности повезане са држањем и коришћењем оружја, држава је последњих година доста поштрила услове за законито набављање и ношење оружја.⁴ Непоштовање ових прописа, односно држање и ношење нелегалног оружја, строго је санкционисано Кривичним закоником Републике Србије. Међутим, с обзиром на то да забрана држања и ношења нерегистрованог оружја не постиже жељене резултате, држава повремено доноси прописе којима се дозвољава амнестија од кривичног гоњења, грађанима који одлуче да предају или региструју оружје које држе нелегално.

Овај рад је део ширег истраживачког подухвата групе ауторачији је циљ да са више аспеката осветли проблем нерегистрованог оружја у

¹ Под нелегалним оружјем подразумева се оружје које према закону не сме бити у поседу грађана (аутоматске пушке, бомбе и сл.), као и оружје које начелно може бити у поседу грађана, али грађанин за њега нема уредну дозволу за држање или ношење.

² Обраћање министра унутрашњих послова на седници Народне скупштине приликом образлагања Предлога Закона о оружју и муницији на Седмом ванредном заседању Народне скупштине Републике Србије, 18. фебруара 2015. године. Привремене стенограмске белешке, нередиговане и неауторизоване, 01 број: 06-2/66-15, Отворени парламент: <http://www.otvoreni.parlament.rs/transkript/7221?page=1> (сајту приступљено 1. априла 2019. године). Када се томе дода и 1.172.468 комада регистрованог оружја (податак је из 2008. године), Србија спада у ред европских земаља са највише оружја по глави становника. Стратегија контроле стрељачког и лаког оружја у Србији за период 2010-2015. године. *Сл. гласник РС*, бр. 36/2010.

³ Велико је питање квалитета процене, када је распон о коме се говори толико велики, па би било интересантно чути којом методологијом се дошло до тих података, односно на основу чега се процењује да је минимална количина оружја у поседу грађана Србије 200.000, односно да је максимална количина чак 900.000.

⁴ Упоредити Закон о оружју и муницији из 2015. године са Законом о оружју и муницији из 1992 године, а посебно са верзијама закона из ранијих периода.

Србији, као и да помогне решавању овог проблема тако што ће указати на ефекте различитих правних и правноекономских инструмената који су везани за ово важно безбедносно питање. **Циљ** овог рада је да покаже зашто се нормама кривичног права не може ефикасно и у задовољавајућој мери отклонити постојећи проблем. На крају истраживања, биће дати предлози мера за успостављање новог, ефикаснијег правног оквира којим се регулише ово питање.

У писању рада биће коришћена **методологија** правних и економских наука. Применом позитивноправног метода, анализираће се постојеће решење члана 348 став 4 и 5 Кривичног законика РС, као и више покушаја да се проблем нерегистрованог оружја реши давањем амнестије од кривичног гоњења оним грађанима који нелегално оружје пријаве, односно предају или региструју. Затим, анализираће се учесталост откривања кривичног дела из члана 348 ст. 4 и 5 на просторима надлежности Основног и Вишег јавног тужилаштва у Новом Саду. На крају, задатак економске анализе права показаће како неделотворна кривичноправна репресија, у стицају са другим факторима, негативно утиче на обим проблема нерегистрованог оружја.

Основна хипотеза рада је да инструменти кривичног права нису подесни да реше проблем велике количине нелегалног оружја у поседу грађана. Претња кривичноправном санкцијом можда ће спречити даље ширење овог проблема, али је веома тешко открити (па самим тим и казнити) учиниоца кривичног дела недозвољено држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја док не дође до његове употребе (због чега се учиниоци овог кривичног дела по правилу кажњавају у стицају са другим кривичним делима). Са друге стране, повремене амнестије од одговорности за грађане који предају оружје не постижу задовољавајући резултат, с обзиром на то да не постоје довољни подстицаји за грађане који поседују нелегално оружје да промене своје понашање.

1. КРИВИЧНО ДЕЛО НЕДОЗВОЉЕНА ПРОИЗВОДЊА, ДРЖАЊЕ, НОШЕЊЕ И ПРОМЕТ ОРУЖЈА И ЕКСПЛОЗИВНИХ МАТЕРИЈА

Основни закон који уређује област оружја и муниције је Закон о оружју и муницији.⁵ Њиме се уређује набављање, држање, ношење, колекционарство, поправљање, преправљање, промет, посредништво и превоз оружја и муниције. Међутим, област оружја и муниције уређује се

⁵ Закон о оружју и муницији (ЗОМ), *Сл. гласник РС*, бр. 20/2015.

и другим многобројним прописима различите правне снаге.⁶ За непоступање у складу са важећом регулативом предвиђена је и **казненоправна одговорност**, тј. прописана су казнена дела, и то кривична дела, прекршаји и привредни преступи. Које ће казнено дело бити прописано уколико се поступи супротно прописима, зависи од друштвене опасности таквог понашања и од тога ко је учинилац.

Кривичним закоником је санкционисано недозвољено држање и ношење оружја,⁷ које носи назив **недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја**. Члан 348 састоји се из укупно шест ставова. Поред држања и ношења оружја и муниције, инкриминисане су и друге радње у вези са оружјем, муницијом и експлозивним материјама.

Основни облик кривичног дела, између осталог,⁸ састоји се у набављању и држању оружја или муниције. Имајући у виду остале ставове овог члана, долази се до закључка да је у овом случају реч о предметима чија је набављање и држање дозвољена *уколико* се поседује дозвола надлежног органа. Реч је о делу са бланкетном диспозицијом, тако да се његово постојање мора утврђивати с обзиром на прописе о производњи и промету ватреног оружја и муниције, од којих посебан значај има Закон оружју и муницији.⁹ Тежи облик кривичног дела огледа се у држању оружја и муниције које, пре свега, *није дозвољено* грађанима.¹⁰ Следећи

⁶ На пример: Закон о испитивању, жигосању и обележавању ватреног оружја и муниције, *Службени гласник РС*, бр. 46/95.; Закон о испитивању ручног ватреног оружја, направа и муниције, *Службени лист СЦГ*, бр. 31/2004.; Правилник о просторно-техничким условима за безбедно смештање и чување оружја и муниције, *Службени гласник РС*, бр. 9/2016, 106/2016, 50/2018.; Правилник о поступку давања оружја на послугу, *Службени гласник РС*, бр. 95/2015.

⁷ Кривични законик (КЗ), чл. 348. *Сл. Гласник РС*, бр. 85/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. Б. Симић & Г. Исаковић, Појам и карактеристике кривичног дела недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја. *Безбедност*, год. 52, бр. 2, МУП РС, Београд, 2010, 149-161.

⁸ Чл. 348, ст. 1 гласи: ко неовлашћено израђује, преправља, продаје, набавља, врши размену или држи ватрено оружје, конвертибилно или онеспособљено оружје, његове делове, муницију, експлозивне материје или минско-експлозивна средства, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном. Међутим, предмет овог рад јесте само *држање и ношење оружја*.

⁹ Љубиша Лазаревић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, 861.

¹⁰ Чл. 348, ст. 2 гласи: ако је предмет дела из става 1. овог члана ватрено оружје, муниција, експлозивне материје, минско-експлозивна средства или средства на бази експлозивних материја или гасно оружје чија израда, продаја, набавка, размена или држање није дозвољено грађанима, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година и новчаном казном.

квалификовани облик постоји уколико је реч о држању оружја и муниције у већим обиму или је реч и специфичној врсти оружја.¹¹ Овим чланом КЗ се инкриминише и неовлашћено ношење оружја и муниције. Четвртом ставом се инкриминише ношење оружја и муниције од стране лица која нема дозволу за држање оружја и муниције.¹² Петим ставом се инкриминише ношење оружја и муниције од стране лица које има одобрење надлежног органа за његово држање.¹³ Законодавац је искористио могућност које је предвиђена чланом 87 КЗ, те је предвидео да се предмети овог кривичног дела обавезно одузимају.¹⁴

Кривично гоњење за ово кривично дело се предузима по службеној дужности. Које ће јавно тужилаштво гонити учиниоца овог кривичног дела зависи од тога за који став се учинилац гони, тј. зависи од *запрећење казне*. стварна надлежност јавног тужилаштва одређује се на еквивалентан начин као и стварна надлежности кривичног суда.¹⁵ С обзиром на то да основни суд у *првом степену* суди за кривична дела за која је као главна казна предвиђена новчана казна или казна затвора до десет и десет година ако за поједина од њих није надлежан други суд (...)¹⁶, основно јавно тужилаштво је надлежно за гоњење пред овим судом. Виши суд у *првом степену*, између осталог, суди за кривична дела

¹¹ Чл. 348, ст. 3 гласи: ако је предмет дела из ст. 1. и 2. овог члана већа количина оружја, муниције или средстава или је у питању оружје или друга средства велике разорне моћи или се дело врши противно правилима међународног права, учинилац ће се казнити затвором од две до дванаест година.

¹² Чл. 348, ст. 4 гласи: ко неовлашћено носи предмете дела из ст. 1. и 2. овог члана, казниће се затвором од две до дванаест година.

¹³ Чл. 348, ст. 5 гласи: ко неовлашћено носи предмете дела из става 1. овог члана за чије набављање и држање има одобрење надлежног органа, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

¹⁴ Чл. 348, ст. 6 гласи: оружје, његови делови, муниција, материје и средства из ст. 1-5. овог члана одузеће се.

¹⁵ Стварна надлежност јавног тужилаштва одређује се у складу са одредбама закона које важе за утврђивање стварне надлежности суда, осим када законом није друкчије одређено. Чл. 14 Закона о јавном тужилаштву, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 38/2012 - одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 - одлука УС.

¹⁶ Чл. 22 Закона о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС.

за која је као главна казна предвиђена казна затвора преко десет година,¹⁷ тако да је пред овим судом више јавно тужилаштво надлежно за гоњење.¹⁸

2. (НЕ)ОТКРИВАЊЕ И (НЕ)САНКЦИОНИСАЊЕ УЧИНИОЦА КРИВИЧНОГ ДЕЛА НЕДОЗВОЉЕНА ПРОИЗВОДЊА, ДРЖАЊЕ, НОШЕЊЕ И ПРОМЕТ ОРУЖЈА И ЕКСПЛОЗИВНИХ МАТЕРИЈА

Откривање кривичног дела недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја, из члана 348 КЗ изузетно је отежано.¹⁹

Када је реч о држању ватреног оружја, мала је вероватноћа да ће надлежни државни органи открити да лице има оружје у нелегалном поседу. Проблем логично произлази из уставног права којим је свим грађанима гарантована неповредивост стана. Органи унутрашњих послова не могу без писане одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес.²⁰ Такође, веома је тешко открити грађанина који неовлашћено носи ватрено оружје, уколико је то оружје добро скривено.

Зато ће до откривања овог кривичног дела по правилу доћи када лице које има нелегално оружје учини и неко друго казнио дело. То друго дело може да учини коришћењем тог оружја, као што је на пример кривично дело убиство, разбојништво²¹ или угрожавање сигурности. У овом случају лакше је открити нелегално оружје, јер је оно коришћено и као средство извршења кривичног дела. Међутим, то друго казнио дело и не мора да има икакве везе са оружјем, али ће се оружје

¹⁷ Чл. 23 Закона о уређењу судова.

¹⁸ Детаљно о надлежности јавних тужилаштва вид. Шкулић Милан, Бугарски Татјана, Кривично процесно право, Нови Сад, 2015, 167-170

¹⁹ Примера ради у 2017. години било је 556 пунолетно осуђених лица за кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја. Извор: Република Србија, Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2017. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен 643. Доступан на: <http://publikacije.stat.gov.rs/G2018/Pdf/G20185643.pdf> (сајту приступљено 14. априла 2019. године).

²⁰ Осим изузетно када је то законом дозвољено.

²¹ *Из судске праксе*: Сентенца: Ватрено оружје које је окривљени неовлашћено носио би представљало средство извршења кривичног дела разбојништва само у случају да је окривљени наведено оружје непосредно пре самог догађаја неовлашћено набавио и носио искључиво ради извршења овог кривичног дела, у ком случају би постојало само кривично дело разбојништва, а не и неовлашћеног ношења оружја. (...). (Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1. 4510/2010 од 26.10.2010. године).

„случајно открити“. Реч је пре свега о томе да се приликом претреса стана и других просторија, лица и возила открије и нелегално оружје (нпр. претрес возила приликом рутинске контроле саобраћаја, претрес лица на местима јавног окупљања итд.). До откривања кривичног дела из чл. 348 КЗ може доћи и на основу пријаве савесних грађана.²²

Уколико се претпостави да до откривања нелегалног оружја по правилу долази када лице учини и неко друго казнено дело, то би имплицирало да је кривична пријава за кривично дело из чл. 348 мора ићи у стицају са пријавом за то друго кривично дело. Изузетак је случај када је до откривања дела дошло у стицају са прекршајем, по дојави грађана или при рутинској контроли лица и возила. Зато је за потребе овог рада извршено **истраживање у Вишем јавном тужилаштву у Новом Саду**.²³ Предмет истраживања био је став 4 члана 348 - неовлашћено ношење предмета од стране лица које нема одобрење надлежног органа за набављање и држање, за временски период 01.01.2013. до 31.12.2018. године. Циљ истраживања се огледа у томе да се утврди колико је било подигнутих оптужница само за став 4 члана 348, а колико за стицај са другим кривичним делом. На основу спроведеног истраживања утврђено је:

у 2013. години подигнуто је 4 оптужнице за кривично дело из члана 348 став 4, све оптужнице су биле у <i>стицају</i> са другим кривичним делом;
у 2014. години подигнуто је 7 оптужница за кривично дело из члана 348 став 4, све оптужнице су биле у <i>стицају</i> са другим кривичним делом;
у 2015. години подигнуто је 4 оптужнице за кривично дело из члана 348 став 4, све оптужнице су биле у <i>стицају</i> са другим кривичним делом;
у 2016. години подигнуто је 6 оптужница за кривично дело из члана 348 став 4, све оптужнице су биле у <i>стицају</i> са другим кривичним делом;
у 2017. години подигнуто је 16 оптужница за кривично дело из члана 348 став 4, од чега 4 у <i>стицају</i> са другим кривичним делом, а 12 само за кривично дело из члана 348 став 4;
у 2018. години подигнуто је 17 оптужница за кривично дело из члана 348 став 4, од чега 9 у <i>стицају</i> са другим кривичним делом, а 8 само за кривично дело из члана 348 став 4.

На основу спроведеног истраживања јасно се долази до закључка да се по правилу неовлашћено ношење оружја (члан 348 став 4) ретко

²² Посебни случајеви откривања кривичних дела везаних за оружје: Небојша Теофиловић, Тајјана Теофиловић, Оружје и безбедност грађана у Србији. НБП, год. 11, бр. 3, Београд, 2006, 153-166.

²³ Допис Вишег јавног тужилаштва у Новом Саду бр. А66/19 од 13. 02. 2019. и Допис Вишег јавног тужилаштва у Новом Саду бр. А66/19 од 26.03. 2019.

открива као самостално дело. Још се може закључити да је изузетно мали број откривених кривичних дела с обзиром на број становника на територији у надлежности ВЈТ НС.

Такође смо извршили **истраживање у Основном јавном тужилаштву у Новом Саду**.²⁴ Предмет истраживања био је став 5 члана 348 - неовлашћено ношење предмета од стране лица које има одобрење надлежног органа за набављање и држање, за временски период 01.01.2013. до 31.12.2018. године. Циљ истраживања, био је исти као и претходни, да се утврди колико је било подигнутих оптужница само за став 5 члана 348, а колико за стицај са другим кривичним делом. На основу спроведеног истраживања утврђено је да Основно јавно тужилаштво у Новом Саду није подигло ниједну оптужницу за наведено дело (само за став 4 члана 348, као ни за стицај са другим кривичним делом). Може се претпоставити да је у наведеном периоду откривено неко дело става 5 члана 348 али у стицају са кривичним делом из надлежности Вишег јавног тужилаштва у Новом Саду.

3. ЕКОНОМСКО ОБЈАШЊЕЊЕ НЕДЕЛОТВОРНОСТИ КРИВИЧНОПРАВНИХ САНКЦИЈА: БЕКЕРОВ МОДЕЛ

Одговор на питање зашто грађани не легализују оружје које незаконито држе и поред строгих санкција које су прописане за држање и ношење оружја, нуди између осталих и економска теорија. У овом раду, пре свега ће се користити економска анализа права и бихејвиористичка теорија.²⁵

У економској анализи криминалитета полази се од претпоставке да се појединац **понаша економски рационално** (*homo oeconomicus*). То

²⁴ Допис Основног јавног тужилаштва у Новом Саду бр. ПИ 16/19 од 22. 02. 2019.

²⁵ Економска анализа права се бави подстицајима економским субјектима да своје понашање ускладе са правном нормом, односно да је крше и сносе санкције. Бихејвиористичка теорија се користи за предвиђање понашања појединаца, приликом промене правних правила. Економисти санкцију посматрају као цену, претпостављајући да људи реагују на санкције на исти начин на који реагују на цене. Б. Беговић, *Економска анализа корупције*. ЦЛДС, Београд, 2007, 45; R. Cooter & T. Ulen: *Law & Economics*. Fifth Edition, The Addison Wesley, 4. Темелј и кључни допринос изучавању криминала и казног права применом метода економске науке дао је Гери Бекер (*Becker, Gary*). G. S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, The University of Chicago, 1968, 169-217. У српској теорији, овим приступом најозбиљније се бавио београдски професор Борис Беговић. Видети: Б. Беговић: *Економска анализа генералне превенције*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2015; Б. Беговић, 2007, *op.cit.*

значи да он приликом доношења одлуке о својим активностима мери однос граничних корисности и граничних трошкова. Уколико су му граничне корисности од неке акције веће од граничних трошкова које она генерише, онда ће је предузети. У супротном, ако гранични трошкови неке акције превазилазе граничну корисност коју та акција доноси појединцу, онда ће он од те акције одустати.

Међутим, одлуке се у реалном животу доносе у условима неизвесности, јер појединац не зна да ли ће у случају његовог криминогеног понашања доћи до откривања кривичног дела, односно да ли ће доћи до изрицања и извршења кривичне санкције, и колика ће санкција уопште бити. Зато се у економској анализи криминогеног понашања људи користи се тзв. **Бекеров модел**. Према овом моделу, појединац се приликом доношења одлуке налази пред избором: да ли учинити кривично дело или не. Одлуку о томе он доноси на основу поређења очекиване (нето) корисности од чињења кривичног дела, и очекиване корисности од алтернативног понашања.

Очекивана (нето) корисност од криминогеног понашања (EU_{KD}) може се математички изразити следећом функцијом²⁶:

$$EU_{KD} = P_{KD}U(Y_{KD} - f_{KD}) + (1 - P)U(Y_{KD}),$$

где E представља очекивану корисност, U функцију корисности лица које жели да држи оружје, P вероватноћу да ће доћи до примене санкције,²⁷ f монетарни еквивалент запрећене санкције,²⁸ а Y доходак од поседовања оружја. Израз $P_{KD}U(Y_{KD} - f_{KD})$ означава очекивану корисност од инкриминисаног понашања, а $(1 - P)U(Y_{KD})$ очекивану негативну корисност санкције.

²⁶ Пошто је у српској теорији економске анализе права Бекеров модел најдетаљније објашњен у монографији „Економска анализа генералне превенције“ београдског професора Бориса Беговића, функција ће бити дата према његовим ознакама, да би правничка читалачка публика лакше уклопила ову анализу у шири контекст. Видети: Б. Беговић, 2015, *op.cit.*, 26-38 и даље.

²⁷ Вредност 1 означава да је вероватноћа наступања санкције 100%, док вредност 0 значи да је вероватноћа наступања санкције 0%. Пошто постоје само две могућности, да ће санкција бити примењена и да неће бити примењена, онда је збир једне и друге вероватноће 1. Уколико је вероватноћа примене санкције P , онда друга могућност мора бити $1 - P$.

²⁸ Монетарни еквивалент представља умањење дохотка до кога долази услед примене санкције. „Уколико није реч о новчаној казни, монетарни еквивалент добија се непристрасним одговором на хипотетичко питање колико би учинилац кривичног дела био спреман највише да плати како би избегао такву новчану казну.“ Б. Беговић, 2015, *op.cit.*, 30.

Корисност од држања/ношења нелегалног оружја је вишеструка у зависности од преференција личности, а може бити резултат повећаног осећаја сигурности (код оружја које се корисности за личну безбедност), породичне традиције (наслеђено оружје), колекционарска, ловачка или спортска страст (трофејно, ловачко и спортско оружје), олакшаног вршења кривичних дела са елементима насиља (офанзивно оружје) итд.²⁹

Примена **санкције** негативно утиче на стање корисности појединца, јер се санкцијом његово благостање умањује. У конкретном случају, за недозвољено држање оружја прописана је казна затвора од шест месеци до пет година и новчаном казном, а за недозвољено ношење од две до дванаест година затвора. У оба случаја, оружје се одузима. По правилу, у санкцију се поред кривичноправне санкције убраја и друштвена санкција у виду стигматизације, као и морална санкција у виду унутрашње осуде самог појединца.³⁰

Један од кључних чинилаца од кога зависи одлука појединца у погледу чињења кривичног дела је **вероватноћа санкционисања**. Беговић наводи да „та вероватноћа представља композитну вероватноћу која се састоји од вероватноће откривања учиниоца кривичног дела, потом вероватноће његове правноснажне осуђујуће пресуде и вероватноће реализације те пресуде, тј. вероватноће извршења казне предвиђене том пресудом“.³¹ Што је вероватноћа санкционисања већа, то ће очекивана нето корисност од криминогеног понашања бити мања, и обрнуто.

Збир очекиване корисности од чињења кривичног дела и очекиване (негативне) корисности од примене санкције представља очекивану (нето) корисност криминогеног понашања. Међутим, она представља само потребан, али не и нужан услов да ће појединац учинити кривично дело. Одлуку о томе, као што је већ речено, појединац доноси поређењем очекиване нето корисности криминогеног понашања и корисности алтернативног законитог понашања.

²⁹ Више о томе: Л. О. Батуран, Г. Б. Милошевић, Ц. М. Цвјетковић Иветић: Економска анализа фискалних и нефискалних трошкова регистрације оружја и проблем нерегистрованог оружја. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1747-1764.

³⁰ О ефектима друштвене стигматизације и моралне осуде више код: Б. Беговић, 2015, *op.cit.*, 30-32. Када је поседовање оружја у питању, велико је питање, с обзиром на традицију српског друштва, колико се друштвена и морална правила поклапају са позитивним правилима. Судаћи само према процени МУП-а о количини нелегалног оружја у поседу грађана, могло би се закључити: мало.

³¹ Б. Беговић, 2015, *op.cit.*, 28.

Алтернативно (законито) понашање у конкретном случају могло би да буде држање оружја у легалном поседу.³² Легална набавка оружја могућа је само када је у питању оружје које је ЗОМ сврстао у одређене категорије. Корисност лица од држања нелегалног оружја биће означено са Y_{ZOM} . Она је мања од корисности од држања легалног оружја с обзиром на различите фискалне и нефискалне трошкове који умањују корисност Y_{KD} . Међутим, очекивана корисност од држања легалног оружја се изједначава са корисношћу од његовог држања, пошто нема никакве санкције код законитог понашања, односно

$$EY_{ZOM} = U(Y_{ZOM}).^{33}$$

Одлуку о понашању лице доноси поредећи очекивану нето корисност од криминогеног понашања EY_{KD} и (очекивану) корисност од алтернативног законитог понашања EY_{ZOM} . Само уколико му је очекивана нето корисност криминогеног понашања већа од очекиване вредности алтернативног законитог понашања, односно уколико је $EY_{KD} > EY_{ZOM}$, тада ће се лице одредити за чињење кривичног дела. У супротном, оно одустати од извршења кривичног дела и одредити се за легалну набавку оружја.

Један од најважнијих фактора који онемогућавају да претња кривичноправном санкцијом осетније утиче на смањивања наводно огромне количине нелегалног оружја у поседу грађана је мала вероватноћа да уопште може доћи до откривања кривичног дела недозвољено држање и ношење оружја. Највећи део времена оружје које се корисности за личну безбедност је одложено у кући учиниоца (често расклопљено и сакривено), тако да га полиција ни не тражи. До откривања учиниоца овог кривичног дела може доћи тек када они то оружје употребе или у несрећном случају, што је у пракси веома ретко. Ловце у ловишту нико не контролише и ако не морају да га транспортују до ловишта (нпр. ако лове у селу у ком живе), могу бити откривени само ако дође до несрећног случаја у самом лову. Исти случај је са оружјем које се корисности за извршење неких других кривичних дела, и ту је откривање нерегистрованог оружја повезано са откривањем тог другог кривичног дела.

³² Могуће је претпоставити и да је алтернатива одустанак лица од држања оружја, што у принципу не мења ништа у самом поступку извођења закључака.

³³ Б. Беговић, 2015, *op.cit.*, 33.

4. АМНЕСТИЈА КАО НЕДОВОЉАН ПОДСТИЦАЈ ЗА ЛЕГАЛИЗАЦИЈУ НЕРЕГИСТРОВАНОГ ОРУЖЈА

И поред строгих санкција које су прописане Кривичним закоником, проблем нелегалног оружја се не смањује задовољавајућим темпом.³⁴ Из тог разлога, држава повремено даје **амнестију као ванредну меру**, којом се покушавају подстаћи грађани да предају или легализују нелегално оружје, без страха од кривичноправне репресије.³⁵

Доношење закона којим се амнестирају учиниоци кривичних дела у Србији није реткост.³⁶ Према Уставу Републике Србије³⁷, *Народна скупштина* даје амнестију за кривична дела.³⁸ Она то чини доношењем **закона о амнестији**.³⁹ Међутим, када је реч о области оружја и муниције, у нашој држави важе и одређене специфичности у погледу амнестије. Те специфичности се огледају у томе *ко даје амнестију* и којим *прописом*.

Уместо доношења посебног закона о амнестији, 2015. године је, у оквиру новог ЗОМ-а, **амнестија предвиђена посебним чланом тог закона**, који носи назив *Законска легализација*.⁴⁰ Њиме је предвиђено да: (1) власници оружја из категорија Б и Ц, који немају исправу издату од

³⁴ Лештанин такође примећује да казнено право не може решити проблем нелегалног оружја у поседу грађана. „Како би се количина оружја у поседу грађана смањила, што је један од услова за повећање опште безбедности грађана, није довољно деловати репресивно и повећавати казне за учињена кривична дела и прекршаје.“ Лештанин, Б. 2017, "Закон о оружју и муницији Републике Србије - критички поглед", Безбедност, Београд, vol. 59, no. 2, pp. 153-172.

³⁵ Амнестијом и помиловањем се настоје постићи не само криминално-политички, већ и одређени политички циљеви. Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009., 327.

³⁶ На пример: Закон о амнестији, *Сл. лист СРЈ*, бр. 28/96.; Закон о амнестији, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010.; Закон о амнестији, *Сл. гласник РС*, бр. 37/2002.

³⁷ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

³⁸ Чл. 105 Устава. Лицима која су обухваћена актом амнестије даје се ослобођење од кривичног гоњења или потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, замењује се изречена казна блажом казном, даје се рехабилитација или се укидају поједине или све правне последице осуде. Амнестијом се могу укинути следеће мере безбедности: забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом и протеривање странаца из земље. Чл. 109 Кривичног законика.

³⁹ Ово није први пут да се легализација оружја не прописује законом. Наиме, 2003. године донета је Наредба о легализацији и предаји оружја, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2003 и 37/2003. Наредба је донета од стране в.д председника Републике, на основу члана 83. тачка 8. Устава Републике Србије, чл. 1. и 5. Закона о мерама за случај ванредног стања ("Службени гласник РС", број 19/91) и Одлуке о проглашењу ванредног стања ("Службени гласник РС", бр/03).

⁴⁰ ЗОМ, чл. 51.

надлежног органа могу, у року од три месеца од дана ступања на снагу овог закона, поднети захтев за издавање одговарајуће исправе; (2) власници оружја из категорије А, Б и Ц исто могу предати надлежном органу у власништво Републике Србије у року од три месеца од дана ступања на снагу овог закона; (3) у случајевима из ст. 1. и 2. овог члана власници оружја *нису дужни да доказују порекло оружја и неће одговарати за неовлашћено набављање, држање и ношење оружја*. Овим Законом се даје „амнестија“⁴¹, иако није донет *посебан закон о амнестији*, већ се то чини законом који уређује једну специфичну област – оружје и муницију.⁴²

Законодавац је отишао и корак даље, јер Законом о оружју и муницији уређује *легализацију*. Легализација оружја и муниције јесте поступак регистрације или предаје нерегистрованог оружја, односно муниције које је лице држало без одобрења надлежног органа у коме није потребно доказивати порекло оружја и муниције, а власници који региструју или предају оружје и муницију за време трајања легализације *не могу бити прекршајно нити кривично гоњени за нелегално набављање, држање и ношење оружа и муниције*.

Важно правно питање које се сада јавља јесте ***ко и којим прописом „расписује“ легализацију***. То питање се уређује Законом о оружју и муницији у члану 46, који гласи: *министар*⁴³ може када то захтевају разлози очувања безбедности грађана и јавног реда и мира, периодично, расписати легализацију оружја и муниције. Министар *наредбом* расписује легализацију. У овом случају *министар* унутрашњих послова (а не Народна скупштина) *амнестира* учиниоце казних дела (кривичних дела и прекршаја⁴⁴) и то *наредбом*.

⁴¹ Иако кажемо да се даје амнестија, законодавац не прописује експлицитно да се даје амнестија. Међутим, легализација по свом дејству је скоро еквивалентна са амнестијом, али свакако има и одређене специфичности.

⁴² Према званичним подацима за током тромесечне легализације, грађани Републике Србије укупно су предали 2.138 комада оружја, 160.434 комада муниције 979 комада бомби и 128 експлозивних средстава. У исто време, регистровано је 1.326 комада оружја. Такође, грађани су поднели 4.300 захтева за регистрацију оружја, највише за ловачко оружје (2.528), пиштоље и револвере (909) и др. Извештај о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије у периоду од јануара до јуна 2015. године. Доступан на: <http://arhiva.mup.gov.rs/cms/cir/aktivnosti.nsf/150715-izvestaj.h> (сајту приступљено 25. априла 2019. године).

⁴³ Мисли се на министра унутрашњих послова.

⁴⁴ Важно је на овом месту указати и на још једну чињеницу. Наиме, не постоји могућност по Уставу да се да амнестија за прекршаје, нити Закон о прекршајима садржи одредбе о амнестији. С тим у вези, долази се до решења да не постоје уставни

Долази се до закључка да једино министар унутрашњих послова има могућност да амнестира учиниоце кривичних дела и прекршаја, док други министри немају такву могућност. Могуће је да се законодавац одлучио да овакво решење пропише у Закону о оружју и муницију имајући у виду чињеницу да велики број грађана има у нелегалном поседу оружје, тако да је ово начин да грађани предају оружје надлежном органу и да не сносе никакву казнену одговорност. Једноставнија је процедура да министар донесе наредбу него да Народна скупштина донесе Закон о амнестији.⁴⁵

Закон о оружју и муницији је експлицитан у погледу чињенице за шта министар може да распише легализацију – то су само оружје и муниција. Тумачењем *argumentum a contrario* министар не може да распише легализацију за експлозивне материје или минско-експлозивна средства.⁴⁶

У последње три године биле су чак две наредбе о легализацији, према којима су власници нерегистрованог оружја могли у периоду од 1. јула 2016. до 1. новембра 2016.⁴⁷ и од 1. јуна 2017. до 1.10.2017 године то оружје некажњено да предају, и евентуално затраже дозволу без доказивања порекла оружја.⁴⁸

нити законски основ да се другим прописима (Законом о оружју и муницији) *предвиди* могућност давања амнестије за прекршаје од стране министра наредбом.

⁴⁵ Колико год да је ово ефикасан начин он није у складу са Уставом.

⁴⁶ Од дана ступања овог Закона донете су две наредбе о легализацији оружја. У обе наредбе била је прописана и могућност легализације минско-експлозивних средстава. Вид. Наредба о легализацији оружја, *Службени гласник РС*, бр. 60/2016. и Наредба о легализацији оружја, *Службени гласник РС*, бр. 53/2017.

⁴⁷ У поступку легализације, која је отпочела 1. јула 2016. године, закључно са 26. октобром ове године, укупно је предато 36.500 комада муниције различитог калибра, око 600 комада оружја, између осталог и око 100 комада аутоматског оружја и војних пушака, као и 250 бомби“, наводи се у одговору МУП-а. Извор: <https://www.danas.rs/drustvo/mup-u-predato-36-500-komada-municije/> (сајту приступљено 25. априла 2019. године).

⁴⁸ Министарство унутрашњих послова од 1. јуна до 1. октобра спровело је законску легализацију оружја, током које су физичка и правна лица могла регистровати оружје за које не поседују дозволу, уз одобрење МУП. Током периода легализације, поднета су 443 захтева за регистрацију оружја, регистровано је 267 комада оружја, док је предат 661 комад оружја, 56.852 комада муниције, 124 бомбе, 189 осталих минско-експлозивних средстава, три комада хладног оружја и РБР „зоља“. Информатор о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије. Доступан на: <http://www.mup.rs/wps/wcm/connect/5e01767f-6f04-498d-8f79-48be721cc2a1/IOR+oktobar%2Bcirilica2018..pdf?MOD=AJPERES&CVID=moxGbgz> (сајту приступљено 25. априла 2019. године).

На питање зашто се ни учесталим амнестирањем од кривичноправне одговорности у случају предаје/легализације оружја не постижу очекивани резултати, одговор који нуди економска анализа права је да се том мером **не ствара довољан подстицај грађанима** да промене своје понашање.

На првом месту, **амнестија може да утиче** само на лица која поседују нелегално оружје, а код којих је у међувремену (из различитих разлога) дошло до промене односа између очекиване нето корисности од нелегалног држања оружја EU_{KD} и корисности од законитог држања оружја EY_{ZOM} , тако да је у новом односу $EU_{KD} \leq EY_{ZOM}$. Само у том случају, лице ће се определити за легализацију.

Ово се односи на лица која поседују само оружје које је могуће легализовати. Међутим, у илегалном поседу грађана је највише војног оружја заосталих из ратова 90-их које није могуће превести у легалне токове.⁴⁹ Грађани такво оружје у току амнестије једино могу вратити државним органима, без опасности да ће бити позвани на одговорност за кривично дело из чл. 348 КЗ-а. Међутим, ни ова мера суштински не доприноси решавању проблема, јер грађани који желе да се отаросе нелегалног оружја, најчешће то оружје бацају у природу без обавештавања државних органа, тако да амнестија више помаже полицији, него што помаже самим грађанима.

Оно што је кључно, амнестија од кривичноправне одговорности не мења подстицаје који утичу на понашање грађана. Кључни фактор који утиче на одлуку појединца да настави да држи нелегално оружје јесте мала вероватноћа да ће доћи до откривања овог дела.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након спроведене анализе, доказане су обе хипотезе које су постављене на почетку истраживања. Инструменти кривичног права нису се показали подесним да реше проблем велике количине нерегистрованог оружја које се налази код грађана Србије. Генерална превенција, као основна функција кривичног права не постиже жељени резултат, односно не утиче на смањење проблема због ниске вероватноће да може доћи до откривања кривичног дела и изрицања кривичноправне санкције. Због постојећег уставног оквира, до откривања лица која неовлашћено држе или носе оружје, најчешће долази тек када се та лица сама открију, вршењем неког другог кривичног дела коришћењем тог оружја. У

⁴⁹ Тек је мали део овог оружја могуће преправити у ловачко, па га након тога легализовати.

осталим случајевима, до откривања најчешће долази случајно или по дојави грађана.

Ни амнестија од кривичног гоњења коју држава повремено даје лицима која одлуче да оружје предају или легализују, не даје жељене резултате. Разлог је што се тим инструментом кривичног права не мењају подстицаји лицима да промене своје понашање.

Из тог разлога, потребно је сагледати целокупан правни оквир којим су регулисани односи везани за оружје и уочити које су слабе тачке тога правног оквира. Након тога, креирао би се правни оквир тако да подстакне грађане на решавање овог проблема.

ЛИТЕРАТУРА

G. S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, The University of Chicago, 1968.

Б. Беговић, *Економска анализа корупције*. ЦЈДС, Београд, 2007.

Б. Беговић: *Економска анализа генералне превенције*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2015; Б. Беговић, 2007.

Б. Симић & Г. Исаковић, Појам и карактеристике кривичног дела недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја. *Безбедност*, год. 52, бр. 2, МУП РС, Београд, 2010.

Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2009.

Л. О. Батуран, Г. Б. Милошевић, Ц. М. Цвјетковић Иветић: Економска анализа фискалних и нефискалних трошкова регистрације оружја и проблем нерегистрованог оружја. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018.

Б. Лештанин, 2017, "Закон о оружју и муницији Републике Србије - критички поглед", *Безбедност*, Београд, vol. 59, no. 2, pp. 153-172.

Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006.

Н. Теофиловић, Т. Теофиловић, Оружје и безбедност грађана у Србији. НБП, год. 11, бр. 3, Београд, 2006, 153-166.

С. Ђурђевић-Лукић, *Оружје на мети: злоупотреба ватреног оружја у Србији*. SEESAC, Београд, 2015.

Ш. Милан, Б. Татјана, *Кривично процесно право*, Нови Сад, 2015.

Прописи:

Закон о амнестији, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010.

Закон о амнестији, *Сл. гласник РС*, бр. 37/2002.

Закон о амнестији, *Сл. лист СРЈ*, бр. 28/96.;

Закон о испитивању ручног ватреног оружја, направа и муниције, *Службени лист СЦГ*, бр. 31/2004.

Закон о испитивању, жигосању и обележавању ватреног оружја и муниције, *Службени гласник РС*, бр. 46/95.

Закон о јавном тужилаштву, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 38/2012 - одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 - одлука УС.

Закон о оружју и муницији (ЗОМ), *Сл. гласник РС*, бр. 20/2015.

Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС.

Кривични законик (КЗ), чл. 348. *Сл. Гласник РС*, бр. 85/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

Наредба о легализацији и предаји оружја, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2003 и 37/2003.

Наредба о легализацији оружја, *Службени гласник РС*, бр. 53/2017.

Наредба о легализацији оружја, *Службени гласник РС*, бр. 60/2016.

Правилник о поступку давања оружја на послугу, *Службени гласник РС*, бр. 95/2015.

Правилник о просторно-техничким условима за безбедно смештање и чување оружја и муниције, *Службени гласник РС*, бр. 9/2016, 106/2016, 50/2018.

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

Стратегија:

Стратегија контроле стрељачког и лаког оружја у Србији за период 2010-2015. године. *Сл. гласник РС*, бр. 36/2010.

Дописи тужилаштва:

Допис Вишег јавног тужилаштва у Новом Саду бр. А66/19 од 13. 02. 2019.

Допис Вишег јавног тужилаштва у Новом Саду бр. А66/19 од 26.03. 2019.

Допис Основног јавног тужилаштва у Новом Саду бр. ПИ 16/19 од 22. 02. 2019

Пресуда:

Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1. 4510/2010 од 26.10.2010. године.

Извори са Интернета:

Извештај о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије у периоду од јануара до јуна 2015. године. Доступан на: http://arhiva.mup.gov.rs/cms_cir/aktivnosti.nsf/150715-izvestaj.h (сајту приступљено 25. априла 2019. године).

Званични интернет-сајт дневног листа Данас: <https://www.danas.rs/drustvo/mup-u-predato-36-500-komada-municije/> (сајту приступљено 25. априла 2019. године).

Информатор о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије. Званични интернет-сајт МУП-а РС: <http://www.mup.rs/wps/wcm/connect/5e01767f-6f04-498d-8f79-48be721cc2a1/IOR+oktobar%2Bcirilica2018..pdf?MOD=AJPERES&CVID=moxGbgz> (сајту приступљено 25. априла 2019. године)

Уводно излагање министра унутрашњих послова о предлогу Закона о оружју и муницији. Стено-белешке са Седмог ванредног заседања Народне скупштине Републике Србије од 18. фебруара 2015. године. Званични интернет-сајт Народне скупштине РС: <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/doc/stenobeske/18.%20februar%202015.docx> (сајту приступљено 26. фебруара 2018. године).

Република Србија, Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2017. – Пријаве, оптужења и осуде – Билтен 643. Званични интернет сајт Републичког завода за статистику: <http://publikacije.stat.gov.rs/G2018/Pdf/G20185643.pdf> (сајту приступљено 14. априла 2019. године).

Ivan D. MILIĆ, PhD

Senior Assistant, Faculty of Law University of Novi Sad

Luka O. BATURAN, PhD

Senior Assistant, Faculty of Law University of Novi Sad

(IN)ABILITY OF CRIMINAL LAW TO RESOLVE THE ISSUE OF ILLEGAL WEAPONS

Summary

A large amount of illegal weapons which is in the possession of Serbian citizens represents a serious security issue. This paper aims to show why the legal norms of substantive criminal law are not able to efficiently and satisfactorily resolve this arising issue. In the analysis of this topic, methodology of economic and legal theory has been used, alongside with an empirical research that had been conducted in the Basic and Higher Public Prosecution Office in Novi Sad. The first hypothesis is that criminal law instruments are not suitable enough to solve the problem of large quantities of illegal weapons in the possession of citizens, due to the fact that it is very difficult to detect and punish the perpetrator of the criminal act which is listed in the Criminal Code of Republic of Serbia under Article 348 as: "Unlawful manufacture, Possession, Carrying, and Sales of Firearms and Explosives". On the other hand, the occasional amnesties of criminal liability for citizens who surrender weapons do not achieve satisfactory results, considering no sufficient incentives for citizens who possess illegal weapons, which would encourage them to change their behavior, are being provided.

Keywords: *Illegal weapons, the Criminal Act of "Unlawful Manufacture, Possession, Carrying, and Sale of Firearms and Explosives", Amnesty.*

Др Филип МИРИЋ*

Правни факултет Универзитета у Нишу

САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ РАЗВОЈА ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА

Апстракт: Политика сузбијања криминалитета је значајна јер показује на који начин држава реагује на криминалитет, која средства предузима да би га сузбила. Политика сузбијања криминалитета, дакле представља свеобухватност друштвене и друштвене реакције на криминалитет. На основу ње се може посредно сазнати и какав је став одређеног друштва према појединим облицима криминалитета. У раду ће се укратко указати на савремене тенденције у развоју политике сузбијања криминалитета, са циљем проналажења најефикаснијег одговора на криминалитет савременог доба, као једног од највећих безбедоносних изазова данашњице, као и на њен однос са другим кривичноправним наукама и научним дисциплинама. Рад има прегледни и сумарни карактер и у њему су обрађена нека важна питања у вези са настанком и са могућностима развоја политике, сузбијања криминалитета, као научне дисциплине и као наставног предмета на факултетима из друштвено-хуманистичког научног поља, као јединог сигурног начина за обезбеђивање одговарајућег научног кадра који ће се бавити питањима из области науке сузбијања криминалитета у времену које долази.

Кључне речи: *криминалитет, политика сузбијања криминалитета, друштвена реакција.*

1. О ПОЛИТИЦИ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА УОПШТЕ

Криминалитет је патолошка друштвена појава, универзалног карактера. Без обзира на степен развоја и облик уређења социјалне заједнице криминалитет карактерише свеprisутност.¹ Због тога, сузбијање криминалитета захтева координисану делатност свих државних органа и друштва у целини. Предуслов за осмишљавање и ефикасну примену мера за сузбијање криминалитета јесте постојање система

* Самостални стручно-технички сарадник, filip@prafak.ni.ac.rs

¹ З. Грујић, „Компјутерски криминалитет: специфичности и савремени изазови“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, Ниш, вол. 57, бр.80, 2018, 325.

научних знања. Овај систем знања пружа политика сузбијања криминалитета. Једна од првих дефиниција политике сузбијања криминалитета као научне дисциплине датира из 1847. године. Најстарију дефиницију политике сузбијања криминалитета је дао Анзелм Фојербах, један од најзначајнијих представника класичне школе кривичног права. Фојербах под појмом политике сузбијања криминалитета пише о „државној мудрости казненоправне законодавне делатности“, односно дисциплини која је дужна да предлаже измене у законодавству и организацији кривичног правосуђа.² Нешто другачију дефиницију дао је Франц фон Лист 1905. године. Под овим појмом он схвата „систематски разрађене садржаје научних истраживања узрока злочина и резултата прописивања и примене казни у борби против њега.“³ Најкраћа дефиниција политике сузбијања криминалитета потиче из немачке литературе и према њој ова, научна дисциплина означава „заједништво свих државних мера у борби против криминала“.⁴ Осим наведених дефиниција, у редовима који следе биће дата нова, операционална дефиниција појма политике сузбијања криминалитета за потребе овог рад. Такође, биће приказан укатко и настанак и развој политике сузбијања криминалитета.

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА

Поједине делатности уперене на понашања забрњених у неком друштву настале су врло рано. Но, дуго времена није се могло говорити о политици сузбијања криминалитета јер се није радило о организованим, координираним и систематским активностима упереним на постизање одређеног циља.⁵

Првобитна реакција на криминалитет имала је различите ненаучне и ванправне форме (крвна освета, компензација), па се не може говорити о некој систематизованој делатности и предузимању организованих активности са циљем сузбијања криминалитета.

Систематизована делатност државних активности за сузбијање криминалитета настала је много касније у односу на појаву науке кривичног права, кривичнопроцесног права, као и осталих помоћних и допунских кривичноправних научних дисциплина. Имајући све у виду,

² Д. Јовашевић, М. Костић, *Политика сузбијања криминалитета*, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2012, 15.

³ Д. Јовашевић, М. Костић, *op.cit.*, 15-16, фн.3.

⁴ Д. Јовашевић, М. Костић, *op.cit.*, 16, фн.4.

⁵ З. Стојановић, *Политика сузбијања криминалитета*, Универзитет у Београду - Правни факултет, 2016, 17.

можемо дати своју операционалну дефиницију политике сузбијања криминалитета за потребе овог рада „да је то аналитичко-синтетичка научна дисциплина која се бави анализом свих државних и друштвених активности усмерених ка сузбијању криминалитета и налажењем најбољег друштвеног и правног одговора на ову антисоцијалну појаву.“

У првој фази развоја политике криминалитета она се сматрала делом криичног права, будући да је тада наука кривичног права обухватала и све кривичноправне и помоћне кривичне дисциплине (криминалистику, криминалну статистику, криминалну психологију, криминалну лингвистику итд). До диверзификације политике сузбијања криминалитета дошло је онда када је сазрела научна мисао да план активности које држава спроводи са циљем узбијања криминалитета треба изучавати одвојено од науке кривичног права иако су знања до којих долази наука сузбијања криминалитета у дијалектичком јединству са знањима осталих кривичнопрних наука.

Проучавање теорија јер значајно јер се њима објашњавају све активности. Све што чинимо засновано је на некој теорији. Слично томе, све мере које се преузимају у оквиру кривичног правосуђа базиране су на теоријским схватањима.⁶ Теоријски посматрано, на развој политике сузбијања криминалитета нарочито је утицала италијанска позитивичка школа и покрет друштвене одбране. Италијански позитивисти Енрико Фери [Enrico Ferri] и Рафаел Гарофало [Rafael Garofalo] су се залагали за строгу примену научних метода у проучавању криминалитета, своја схватања су базирали на доказима.⁷ Фери је сматрао да се конкретним мерама државне интервенције (побољшање социјалноекономског статуса људи, на пример), може утицати на смањење криминалитета, који по схватању позитивиста (Гарофало) представља „кршење два основна људска осећања која постоје међу људима свих година стрости – поштења и сажалења.⁸ Управо се у мерама за сузбијње криминалитета који су предложили позитивисти могу уочити почечи научне обраде и објашњења организоване државне делатности усмерене на сузбијање криминалитета – политике сузбијања криминалитета.

⁶ R. Bohm, B. Vogel, *A primer on Crime and Delinquency Theory*, Wadsworth, Belmont, 2010, 10, <https://books.google.rs/books?id=Ahyi0WnvvvoC&printsec=frontcover&dq=A+primer+on+Crime+and+Delinquency+Theory&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwj9mp3yhufhAhVAwCQBNHerkCvIQ6AEIKzAA#v=onepage&q=A%20primer%20on%20Crime%20and%20Delinquency%20Theory&f=false>, 23.4.2019.

⁷ Д. Димовски, *Криминална етиологија*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације, 2019, 19.

⁸ Д. Димовски, *op. cit.*, 19-20.

Покрет нове друштвене одбране је указао још на неке специфичности политике сузбијања криминалитета. Овај покрет је настао у Италији са идејом да треба изградити нову концепцију криминалне политике засноване на хуманијим принципима. У оквиру ове школе издвојила су се два правца – екстремни и умерени.

Екстремни концепт полази од тога да кривичноправо треба укинути и заменити га системом превентивних мера и мера помоћи. Са друге стране, умерени концепт покрет нове друштвене је имплементиран у сва савремена кривична законодавства и базира се на начелима легалитета, индивидуализацији казне, проучавању личности извршилаца кривичних дела...⁹

Поменути концепт проучавања личности учинилаца кривичних дела, као један од главних сегмената покрета нове друштвене одбране, долази нарочито до изражаја код проучавања личности малолетника у сукобу са законом које се врши у кривичном поступку или изван њега. Са аспетка савремене криминалне политике, суштина примене криминалополитичких принципа своди се на спровођење успешних превентивних програма, који у првом реду зависе од испољавања субјективних и објективних фактора личности малолетника. С обзиром на то да су поједини принципи засновани на идеји превентивног деловања и да је кажњавање малолетника последње средство у сузбијању друштвено опасних понашања, стога је поштовање начела највише изражено у заштитној и гарантивној функцији кривичног права. С тим у вези, различити начини реаговања друштвене заједнице на понашање малолетних лица уједно указују да савремена кривичнополитичка кретања све више налазе своје место у примени алтернативних кривичних санкција и мера.¹⁰

На крају излагања о развоју политике сузбијања криминалитета, треба још једном нагласити да су управо позитивна школа кривичног права и позитивисти заслужни за осмишљавање принципа и креирање института на којима почива савремено кривично право.

⁹ Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Службени гласник, Београд, 2006, 498-499.

¹⁰ Д. Благоић, „Алтернативне мере и санкције према малолетницима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, Ниш, вол. 57, бр.80, 2018, 307

3. ОДНОС ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА И ДРУГИХ КРИВИЧНОПРАВНИХ НАУКА И НАУЧНИХ ДИСЦИПЛИНА

Ниједна кривичноправна наука није изолована и њена знања, ма колико систематизована била, не постоје сама за себе, већ су део кривичноправног фондуса знања. Имајући то у виду, у овом делу рада ће бити указано на однос политике сузбијања криминалитета и других кривичноправних наука и научних дисциплина.

Кривично право и политика сузбијања криминалитета. Однос кривичног права и политике сузбијања криминалитета је сложен и вишедимензионалан. Наиме, политика сузбијања криминалитета је и настала из науке кривичног права. Она има за циљ проналажење најефикаснијих друштвених одговора на криминалитет, а одговор на то која понашања представљају кривична дела даје управо наука кривичног права. Са друге стране, изменом појединих инкриминација мења се и поље деловања криминалне политике. У овом контексту посебно је важно и изучавање историје кривичног права.

Криминологија и политика сузбијања криминалитета. Криминологија се бави изучавањем појавних облика, узрока, услова и повода криминалитета као масовне појаве и као индивидуалног понашања.¹¹ Да би се имплементирале мере за сузбијање криминалитета, неопходно је проучавати опште и специфичне узроке и услове криминалитета. Криминологија, дакле, пружа етиолошку основу за развој политике сузбијања криминалитета, што указују на њихову јасну повезаност.

Политика сузбијања криминалитета и пенологија. Пенологија се бави изучавањем кривичних санкција и третмана. Повезаност између политике сузбијања криминалитета и пенологије се не огледа само у анализи кривичних санкција, већ и у реализацију заједничких циљева – попут остваривања принципа ресоцијализације осуђених лица.¹²

Повезаност кривичноправних дисциплина сасвим сигурно ствара услове за развој политике сузбијања криминалитета, чији је задатак и циљ проналажење одговора на савремене облике криминалитета.

¹¹ О појму и предмету криминологије видети више у С. Константиновић Вилић, В. Николић Ристановић, М. Костић, *Криминологија, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012, 18-22* и В. Николић Ристановић и С. Константиновић Вилић, *Криминологија*, Издавачко-графичко предузеће „Прометеј“, Београд, 2018, 17-21.

¹² О односу између политике сузбијања криминалитета и других кривичноправних наука и научних дисциплина видети више у З. Стојановић, *op.cit.*, 18-21.

4. ДОМЕТИ ПРИМЕНЕ ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА

Политика сузбијања криминалитета има за циљ да помогне у проналажењу најделотворнијих мера за сузбијање све сложенијих облика криминалитета. То би требало да буде свеобухватан одговор државе на пораст броја кривичних дела у Србији и региону. Приликом последњих новелирања кривичног законодавства у Републици Србији (почев од 2009. године), примећен је пораст броја инкриминација и поштравање посебног минимума и максимума казни за многа кривична дела, нарочито она са елементима насиља. Поставља се једно важно криминалополитичко питање: да ли је могуће само поштравањем казни и проширивањем зоне кажњивости, увођењем нових инкриминација допринети сузбијању криминалитета? Према нашем мишљењу, много је делотворније инсистирати на доследној примени кривичног законодавства од пуког предвиђања строгих казни. Поштравање казни у кривичном законодавству Републике Србије је последица извршења најтежих кривичних дела који су потресали јаност протеклих година. Јавност је захтевала брз одговор на случајеве насиља у породици којима су жртве биле деца и жене. Криминалополитички посматрано, иако је јасно да норме кривичног права делују након извршеног кривичног дела, дакле, *post festum*, само прописивање и најстрожијих кривичних санкција, без извесног процесуирања извршилаца кривичних дела, неће допринети смањењу стопе криминалитета.

Увођење наставног предмета Политика сузбијања криминалитета у курикулуме свих правних факултета у Србији допринело би проширивању знања студената права, будућих правника и ефикаснијој примени криминалополитичких сазнања у будућности.¹³

Сматрамо да би требало више пажње посветити примарној превенцији криминалитета, уважавајући савремена знања из области политике сузбијања криминалитета, кривичног права, криминологије, пенологије, виктимологије и других наука и научних дисциплина. То није ни изблиза једноставно и лак задатак, али сузбијање криминалитета је цивилизацијска обавеза сваког друштва које жели да обезбеди пуну сигурност и безбедност свим својим члановима.

¹³ F. Mirić, “D. Jovašević, M. Kostić (authors), Crime prevention policy [book review]”, *Facta universitatis-Series Law and Politics*, Niš, University of Niš, 2015. - Vol. 13, No. 2 (2015), 213.

КОРИШЋЕНА ЛИТЕРАТУРА

Благоић, Д., „Алтернативне мере и санкције према малолетницима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, Ниш, вол. 57, бр.80, 2018, 307-324.

Грујић, З. „Компјутерски криминалитет: специфичности и савремени изазови“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, Ниш, вол. 57, бр.80, 2018, 325-346.

Димовски Д., *Криминална етиологија*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације, 2019.

Јовашевић, Д, Костић, М. *Политика сузбијања криминалитета*, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2012.

Јовашевић, Д. *Лексикон кривичног права*, Службени гласник, Београд, 2006.

Константиновић Вилић, С, Николић Ристановић В, Костић, М. *Криминологија*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012.

Николић Ристановић В, Константиновић Вилић С, *Криминологија*, Издавачко-графичко предузеће „Прометеј“, Београд, 2018.

Стојановић, З. *Политика сузбијања криминалитета*, Универзитет у Београду - Правни факултет, 2016.

Bohm, R, Vogel B, *A primer on Crime and Delinquency Theory*, Wadsworth, Belmont, 2010, <https://books.google.rs/books?id=Ahyi0WnvvvoC&printsec=frontcover&dq=A+primer+on+Crime+and+Delinquency+Theory&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwj9mp3yhufhAhVAwcQBHerKcVtIQ6AEIKzAA#v=onepage&q=A%20primer%20on%20Crime%20and%20Delinquency%20Theory&f=false> .

Mirić, F.“ D. Jovašević, M. Kostić (authors), Crime prevention policy [book review]”, *Facta universitatis-Series Law and Politics*, Niš, University of Niš, 2015. - Vol. 13, No. 2 (2015), 213-214.

Filip Mirić, Ph.D

Associate at Post-graduate Study Services Faculty of Law, University of Niš

CONTEMPORARY TENDENCIES OF DEVELOPING OF CRIME PREVENTION POLICY

Summary

Crime prevention policy is significant because it shows how the state reacts to crime, which funds are being taken to suppress it. The policy of combating criminality, therefore, is the comprehensiveness of social and social reactions to crime. On the basis of it, it can be indirectly explained and the attitude of a certain society towards certain forms of crime. Author in the paper briefly and summarily presents contemporary trends and some issues of genesis in and development of crime prevention policy in order to find the most effective response to contemporary crime, as one of the biggest security challenges of the present time, relationship of crime prevention policy with other criminal law scientific discipline and science and possibilities of development of the crime prevention policy, as a criminal law scientific discipline and as a course at faculties in the socio-humanistic field of science, as the way to provide the appropriate scientists who will deal with issues in the area of crime prevention science in the future.

Keywords: *crime, crime prevention policy, social reaction.*

Милица КОВАЧЕВИЋ*

Марија МАЉКОВИЋ**

Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду

ДОКАЗНЕ ЗАБРАНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И МОГУЋНОСТ УПОТРЕБЕ ПРИВАТНО САЧИЊЕНИХ СНИМАКА

Апстракт: С обзиром на неограничене могућности сачињавања аудио и видео записа у различитим животним ситуацијама, логично се поставља питање примерености употребе тако прибављених материјала у својству доказног садржаја у кривичном поступку. Не сме се губити из вида да, и поред тога што било ко и у било ком моменту може да сними било који догађај, то истовремено не значи и да су избрисана права грађана на приватност и недодирљивост личне сфере. Осим тога, не треба занемарити ни могућност злоупотребе технологије услед различитих мотива онога ко материјал сачињава. Аутори су стога излагања у раду посветили анализирању позитивне српске и упоредне легислативе у овој области, уочавајући да постоје одређене недоречености и нејасноће. Закључујемо да, уз одговарајућа ограничења, у Србији постоји могућност употребе приватно сачињених снимака.

Кључне речи: *кривични поступак, доказ, лична сфера, аудио запис, видео запис.****

1. УВОД

Грађани све чешће долазе на идеју да забележе садржај разговора са различитим лицима, било да је у питању приватна комуникација са познаницима и пријатељима или пословна комуникација са представницима различитих привредних субјеката и предузетницима. Такође, грађани неретко сачињавају видео снимке као подсетнике на одређене догађаје и ситуације и последице који су из њих произашли. За овакво поступање чак и не мора да постоји неки конкретан разлог, већ се грађани једноставно могу руководити мишљу да би један такав запис

* Доцент, milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs

** Асистент, mara.maljkovic@gmail.com

*** Текст је настао као резултат рада на пројекту "Развој методологије евидентирања криминалитета као основа ефикасних мера за његово сузбијање и превенцију", бр. 179044, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја, а имплементира Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију.

могао да им затреба у будућности, па зашто да га не сачине када их већ, на крају крајева, то ништа ни не кошта. Исти начин резоновања може се применити и на сачињавање комбинованих звучних и визуелних снимака. Да је сачињавања бележака овог типа прилично заступљена појава најбоље показују небројене апликације путем којих се може вршити снимање конверзације која се одвија преко андроид телефона, попут *Automatic Call Recorder Pro*, *Call Recorder-IntCall* и других. Технолошки напредак неспорно доноси несагледиве благодети људском роду, али се истовремено аргументовано не може оспорити и да масовна употреба мобилних телефона, рачунара и других уређаја потенцијално угрожава права и слобода на начине који су били незамисливи тек до пре деценију или две. Излагања у раду ће стога бити посвећена проблематици сачињавања снимака од стране грађана и потоњег коришћења тако прибављеног материјала у својству доказа у кривичном поступку, с обзиром да постоје ситуације у којима није јасно да ли приоритет треба дати потреби за спознајом истине или пак потреби да се заштити приватност.

Ствари се додатно компликују тиме што прво треба кренути од сазнања да не постоји ни најнижи ниво сагласности о томе шта појам приватности у суштини подразумева, те је самим тим тешко говорити и о обиму и начинима заштите права у тој сфери. Истовремено је пак потпуно неспорно да грађани имају право на „лични и породични живот“. Посебан проблем представља и то што се за означавање права на приватност користе различите формулације, тако да није сасвим јасно да ли су право на лични и породични живот, право на личну сферу и право на приватност заправо само синоними или се под тим терминима мисли на донекле међусобно различите појмове. Конкретно, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП, Рим, 1950.) у чл. 8. предвиђа да сваки грађанин има право на неповредивост личног и породичног живота, дома и преписке, без даљих прецизирања садржине ових појмова. У чл. 8. ст. 2. таксативно су наведени случајеви у којима држава сме да одступи од забране задирања у приватну сферу (на пример у циљу заштите националне безбедности) из чега произлази да се ЕКЉП пре свега односи на проблемтику повреде права на приватност на релацији појединац-држава.

У литератури не проналазимо било какве прецизније дефиниције појма приватности, већ само објашњења да се приватност не може посматрати, па ни дефинисати, издвојено од контекста у оквиру кога се

она настоји заштити.¹ Стога се при опредељивању појма приватности често наводи да је приватност заправо само кровни појам под који потпада више сродних права у вези са прикупљањем, обрадом и дељењем података, као и поштовањем забране на инвазију у личну сферу појединца.² У свакодневном животу остваривање права на приватност може да буде повезано са најразноврснијим ситуацијама које се тичу видео надзора, друштвених мрежа, саобраћаја, јавног информисања, уласка у затворене просторе и много чега другог. Оно што је посебно важно јесте да приватност грађана може бити нарушена чак и онда када се не предузима било какво чињење, уколико грађани имају разлога да претпостављају да неко има увид у њихово понашање, па се тој претпоставци прилагођавају вршећи својеврсну аутоцензуру и самоограничавајући се.³

Дакле, остаје да се у сваком конкретном случају и околностима процењује да ли је лична сфера нарушена, односно да ли је дошло до преплитања јавног и приватног домена на уштрб приватности.⁴ При томе је јасно да се приватност пре свега штити унутар домаћинства и у оквиру породичних односа, с тим што право на приватну сферу није потпуно искључено ни онда када се појединац нађе на јавној површини, у интеракцији са другим лицима или на радном месту.

Конкретније обавезе државе у погледу заштите личног и породичног живота заправо се дефинишу на националном, а не на интернационалном, нивоу, па свака држава доноси сопствене прописе, а може се одредити и да уведе одређене деликте, па међу њима и кривична дела против приватности. Држава не само да може да штити право на приватност, већ она то и мора чинити, јер поред такозваних негативних обавеза, које подразумевају уздржавање од одређених чињења, држава има и позитивне обавезе које изискују примену конкретних мера ради стварне заштите приватности. Наиме, грађанима инхерентно припадају одређена права и слободе, а да би их и уживали у најразличитијим околностима од државе се не очекује само да се пасивно

¹ Вид. М. Ковачевић, Видео надзор на јавним местима и право на приватност, *Теме*, 4, 2013, 1797-1800.

² D. Solove, Conceptualizing Privacy, *California Law Review*, 90, 2002, 1152.

³ E. Taylor, Awerness, understanding and experiences of CCTV amongst teachers and pupils in three UK schools, IN: *Video surveillance: Practices and policies in Europe*, Webster, W et al. (eds), Amsterdam, IOS Press, 2012, 5-7.

⁴ S. Gutwirth, *Privacy and the information age*, Rowman and Littlefield Publishers INC, Lanham, 2002, 34.

држи већ и да делује по потреби.⁵ Ипак, када Европски суд за људска права (ЕСЉП) примењује ЕКЉП у вези са повредом права на приватност он практично не залази у проблематику повреде права на приватност једног грађанина од стране другог грађанина, па чак ни онда када један грађанин прилаже приватно сачињени снимак као доказ у кривичном поступку. Једноставно, ЕСЉП заузима становиште да се та питања морају решавати на националном нивоу,⁶ па се занима само за то да ли је конкретни кривични поступак у целости био правичан.

2. ЗАШТИТА ПРИВАТНОСТИ У СРБИЈИ

Право на приватност у Србији штите Устав,⁷ Закон о заштити података о личности (ЗЗПЛ),⁸ али и Кривични законик (КЗ)⁹ и други релевантни прописи. Устав РС гарантује неповредивост стана, тајности писама и других средстава општења и заштиту података о личности (чл. 40, 41. и 42). ЗЗПЛ нормира област прикупљања и обраде података о личности, предвиђајући да је податак о личности сваки податак који се односи на физичко лице чији је идентитет одређен или одредив (чл. 4, тач. 1). Обрада личних података јесте свака радња или скуп радњи које се врше аутоматизовано или неаутоматизовано са подацима о личности или њиховим скуповима, као што су прикупљање, бележење, разврставање и друго (чл. 4, тач. 3), а законита је само уколико је лице на које се подаци односе пристало на обраду, односно уколико је обрада неопходна за извршење уговора закљученог са лицем о чијим је подацима реч, те за заштиту животно важних интереса и за заштиту јавних интереса и извршење закона, сходно чл. 12, ст. 1, тач. 1-6. ЗЗПЛ. За заштиту приватности могу да буду битне и одредбе Закона о приватном обезбеђењу (ЗПО),¹⁰ нарочито онда када се при вршењу послова обезбеђења користе уређаји за визуелно снимање. ЗПО предвиђа да се уређаји за снимање могу користити у склопу послова техничке заштите и ради сузбијања других идентификованих ризика (чл. 29. и 30), при чему се

⁵ D. Xenos, *The positive obligations of the state under The European Convention of Human Rights*, New York, Routledge, 2012, 204.

⁶ Вид. *Zakharov v Russia*, представка бр 47143/06, пресуда од 15. децембра 2015. године.

⁷ Устав РС, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

⁸ Закон о заштити података о личности *Сл. гласник РС*, бр. 87/2018.

⁹ Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

¹⁰ Закон о приватном обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2013, 42/2015 и 87/2018.

техничка средства не смеју користити на начин којим се нарушава приватност других (чл. 31, ст. 2).

КЗ предвиђа неколико кривичних дела којима се штити право на личну сферу. У групи кривичних дела против слобода и права у чл. 143. КЗ тако је инкриминисано неовлашћено прислушкивање и снимање које чини свако ко посебним уређајима неовлашћено прислушкује или снима разговор, изјаву или какво саопштење који му нису намењени, то јест свако ко омогући непозваном лицу да се упозна са разговором, изјавом или саопштењем који су неовлашћено прислушкивани, односно тонски снимани. За ово кривично дело запређена је новчана казна или затвор од три месеца до три године. Неовлашћено прислушкивање и снимање подразумева да не постоји сагласност говорника да се оно што он казује бележи и прислушкује, односно да не постоји сагласност једне или више особа које разговарају да њихове изјаве буду прислушкиване и снимане.¹¹ Лица која вербално комуницирају пре свега нису обавештена да ће се разговор слушати или снимати, те стога нису ни изразила сагласност или несагласност са таквим поступањем. Сагласност се може манифестовати и прећутно. Није у питању неовлашћено прислушкивање и снимање онда када се ради о примени посебних доказних радњи сходно одредбама Законика о кривичном поступку¹² (ЗКП), јер тада овлашћење постоји и опредмеђено је судском наредбом о тајном надзору комуникације.

Члан 143. КЗ гласи „ко неовлашћено прислушкује и снима разговор, саопштење или какву изјаву који му нису намењени“, из чега би, по мишљењу дела јавности, произлазило да нема кривичног дела када разговор неовлашћено снима један од саговорника, односно лице коме изјава јесте намењена. И поред тога, мишљења смо да кривично дело постоји онда када један од саговорника са тајно сачињеног снимка омогући неком трећем лицу да се упозна са снимљеним садржајем, с обзиром да тај садржај евидентно није био намењен трећем лицу (чл. 143. ст. 2. КЗ). Да је садржај био намењен и том трећем или непозваном лицу, не би било потребе да га оно сазнаје посредним путем и потајно, па смо мишљења да би другачије тумачење заправо значило анулирање права сваког појединца да слободно одлучи о томе кога (не) жели у својој личној сфери. Супротно тумачење би имплицирало да нико од нас не може основано очекивати да икада разговара или говори у поверљивом или макар нејавном контексту, што заиста не би било прихватљиво.

Морамо посебно подвући да о питањима у вези са кругом лица која могу звучно бележити и даље чинити доступним садржај говора и

¹¹ З. Стојановић, *Кривично право-Посебни део*, Београд, Службени гласник, 2000, 129.

¹² Законик о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

разговора нема сагласности у правничкој јавности. Стојановић тако истиче да појам туђег разговора као објекат радње кривичног дела обухвата и разговор у коме учествује и извршилац кривичног дела ако без пристанка другог лица тонски сними тај разговор. Потом додаје да уколико то исто лице касније омогући непозваном лицу да се упозна са садржином снимка онда постоји привидни стицај, јер извршилац треба да одговара само за облик дела који се састоји у омогућавању упознавања са неовлашћено снимљеним садржајем.¹³ Други правници пак нису тако изричито у својим размишљањима.¹⁴

Законска решења у неким другим државама су ослобођена управо представљених нејасноћа, па је тако у Казненом закону Републике Хрватске¹⁵ у чл. 143. ст. 1. предвиђено да „тко неовлаштено сними нејавно изговорене ријечи другог или тко посебним направама неовлаштено прислушкује нејавно изговорене ријечи другог“ тиме чини један од два основна облика кривичног дела неовлаштено звучно снимање и прислушкивање, док други облик чини онај ко употреби или учини доступним тако прибављени материјал.

Сфера приватности повређује се и кривичним делом неовлашћено фотографисање из чл. 144. КЗ. Ово дело чини онај ко неовлашћено начини фотографски, филмски, видео или други снимак неког лица и тиме осетно задре у његов лични живот или ко такав снимак преда или показује трећем лицу или му на други начин омогући да се са њим упозна, а предвиђена је новчана казна или затвор до једне године. Законодавац је, дакле, имао у виду неовлашћено сачињавање и ужу или ширу експлоатацију визуелног садржаја, с тим што није појашњено шта се подразумева под „осетним задирањем у лични живот лица“. Такође, одређене недоумице може изазвати и то шта данас заправо нема јасног подвајања између звучног и визуелног снимања, већ они иду руку под руку. У нашој судској пракси су се искристалисали одређени ставови, па се полази од тога да место и време снимања, положај лица која су на фотографијама и околности под којима су фотографије сачињене треба да буду такви да указују на елементе бића кривичног дела.¹⁶ Следствено наведеном, не би били остварени елементи кривичног дела неовлашћено фотографисање онда када је грађанин снимио противзаконите активности других грађана које су вршене на јавним местима, те би такав снимак могао бити употребљен

¹³ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006, 387,8.

¹⁴ <http://www.politika.rs/sr/clanak/145885/Tajno-snimanje-javno-slusanje>, 28. април 2019. године.

¹⁵ Казнени закон, *Народне новине РХ*, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 и 118/18.

¹⁶ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 3799/13 од 14. августа 2013. године.

као доказ. Ипак, код употребе приватно сачињених снимака могло би се поставити питање обима и сврхе ради које грађани бележе податке о другим грађанима и њиховим кретањима и радњама, с обзиром да ни на јавним површинама грађани нису у целости лишени права на приватност и слободу од присмотре.¹⁷ Да постоје бројне недоумице у погледу неовлашћеног фотографисања показује и недавно полемисање у медијима о томе да ли је мајка која је мобилним телефоном снимала педијатре на њиховом радном месту у здравственој установи, и при томе коментарисала како је незадовољна њиховим радом, тиме извршила неко кривично дело или прекршај. Снимак је незадовољна мајка објавила на друштвеној мрежи, а потом су и мајка и лекари најавили подношење кривичних пријава,¹⁸ иако се основни облик кривичног дела из чл. 144 КЗ гони по приватној тужби.

Коначно, и кривично дело прогањање има за циљ и заштиту личног живота (чл. 138а КЗ), јер се не би могло оспорити да онај ко у току одређеног временског периода циљано снима активности другог тиме може осетно угрозити лични живот сниманог лица које је у потпуности или делимично свесно да је под присмотром. Чак иако пасивни субјекат не бива затечен у било каквим интимним ситуацијама, не може се порећи да су његова приватност и слобода нарушени, те да је доведен у стање да се осећа макар неспокојно онда када неко систематично прати његов свакодневни живот.¹⁹

Занимљиво је да се у литератури о неовлашћеном снимању говори и у контексту насиља у породици и партнерског насиља, како онда када се жртве угрожавају континуираним и нежељеним снимањем, тако и онда када се поставља питање доказне прихватљивости снимака које је жртва сачињавала током наводног континуираног насиља у породици или партнерског насиља.²⁰

¹⁷ Вид. N. Moreham, Privacy in public places, *The Cambridge Law Journal*, 65(3), 2006, 606-635.

¹⁸ Вид. <https://www.blic.rs/vesti/drustvo/skandal-snimak-iz-doma-zdravlja-majka-ce-da-tuzi-lekarke-a-strucnjaci-kazu-da-je-ono/c3n1bmk>, 28. април 2019. године.

¹⁹ J. Davis, *Stalking crimes and victim protection*, Taylor and Francis Group, Boca Raton, 2001, 247.

²⁰ Вид. H. Douglas, M. Burdon, Legal Responses to Non Consensual Smartphone Recordings in the Context of Domestic and Family Violence, 41(1), *University of New South Wales Law Journal*, 2018, 157-184.

3. ДОКАЗИВАЊЕ ПУТЕМ ПРИВАТНО САЧИЊЕНИХ СНИМАКА-НЕКА СПОРНА ПИТАЊА

Предмет кривичног поступка јесте расветљење кривичне ствари, а оно се постиже доказивањем кривичноправно релевантних чињеница. Преведено на свакодневни језик, утврђују се чињенице на основу којих се потом изводе закључци о томе да ли је окривљени крив за кривично дело које му се ставља на терет, те се, уколико је одговор на ово питање потврдан, потом утврђују и чињенице од којих зависи избор и мера кривичних санкција које ће бити изречене.

У пракси се чињеница може одредити као појава у стварности.²¹ За потребе кривичног поступка утврђивање се да ли у стварности постоје или су постојале појаве релевантне са становишта кривичног права. Истовремено се морају утврдити и чињенице на основу којих се логички и према животном искуству може донети закључак о постојању правно релевантних чињеница.²² Стога је спознајни процес утврђивања чињеница у кривичном поступку исти као и у свакодневном животу.²³ При томе су докази заправо извори тих чињеница, односно из доказа потиче сазнање о датој чињеници као појави у стварности. Доказ је отуда такође један податак чињеничне природе.²⁴ То је чињеница, произашла из доказног средства којом се у кривичном поступку утврђује постојање правно релевантних чињеница.²⁵ Уколико је веза између доказа као извора сазнања и правно релевантне чињенице непосредна, у том случају имамо директан или непосредан доказ и обратно.²⁶

Но, начин на који се долази до доказа не треба поистовећивати са доказом као извором сазнања. Мишљења смо да проблеме у вези са практичном применљивошћу приватно сачињених снимака пре свега проузрокује то што се аудио и видео записи сачињени од стране грађана доводе у везу са применом посебних доказних радњи из чл. 161. ЗКП. С тим у вези, посебним доказним радњама се прибављају подаци о тешким и врло специфичним кривичним делима која се иначе не би могла

²¹ З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, *Основи кривичног и кривичнопроцесног права*, Београд, Службени гласник, 2018, 348.

²² Д. Дракић, Судско утврђивање чињеница у кривичном поступку-Успостављање стварности извршеног дела, *Анали Правног факултета у Београду*, 1, 2012, 228.

²³ И. Илић, Утицај консенсуалних процесних форми на утврђивање и доказивање чињеница у кривичном поступку, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 80, 2018, 365.

²⁴ М. Шкулић, *Кривичнопроцесно право-Општи део*, Београд, 2007, 209.

²⁵ И. Илић, *Испитивање чињеничне основе кривичне пресуде*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2018, 41.

²⁶ З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, 2018, 347.

доказати без угрожавања извесних права и слобода грађана. Примена тих радњи одређује се судском наредбом, при чему је нужно да постоје основи сумње да је неко лице учинило одређена кривична дела, а да се истовремено на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано. У изузетним случајевима се посебне доказне радње могу одредити и према лицу за које постоје основи сумње да припрема неко од тешких кривичних дела. И поред свега наведеног, треба рећи и да у литератури проналазимо сведочења о томе да се посебне доказне радње ипак не примењују довољно селективно. О наведеном говори истраживање спроведено 2015. године у десет виших јавних тужилаштава у Србији приликом кога су се јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца изјаснили да у великом броју случајева, након прикупљања доказног материјала и упознавања са његовом садржином, није вођен кривични поступак против осумњиченог или да није коришћен материјал прикупљен применом посебних доказних радњи.²⁷

Међутим, за разлику од државних органа, грађани могу сачинити аудио и/или видео запис иако немају никаква претходна сазнања о томе шта подразумевају и како се спроводе посебне доказне радње. Грађани нису ни дужни да знају како закон опредељује делање органа кривичног прогона. Од грађана се може очекивати да само на нивоу једног зрелог и здраворазумског понашања разликују дозвољено од недозвољеног, односно сферу слободног понашања од чињења деликата. То је потпуно логично, јер закон штити грађане од претеране агилности апарата државне принуде који би лако могао да манифестује своју надмоћ над физичким лицем и да му потпуно угрози право на лични и породични живот.

Дакле, налазимо да је одговор на питање да ли се приватно сачињени снимак може користити као доказ потврдан, с тим што то још увек не значи да било који снимак може и сме бити коришћен као доказ у кривичном поступку. ЗКП је тако потпуно прецизан када каже да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, ЗКП, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа. Концепт незаконитог доказа у ЗКП је заснован на посебно строгим критеријумима тако да се, у смислу чл. 84. ст. 1. ЗКП, докази прибављени противно чл. 16. ст. 1 ЗКП-а уопште не могу користити у кривичном поступку. ЗКП

²⁷ Г. Илић, М. Матић Бошковић, *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: Поглед из правосуђа*, Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2015, 10,11.

заправо прихвата последице деловања концепта „плодова отровног дрвета“,²⁸ па забрањује употребу доказа који су како непосредно, тако и посредно нелегално прибављени или креирани.

Стога су на једној страни приватно сачињени снимци чије креирање не подразумева кршење било чијих права, а на другој страни су пак ситуације у којима је до сачињавања снимка дошло извршењем кривичних дела или уопште заобилажењем важећих прописа. Неспорно је и да треба утврдити да ли су сачињени снимци аутентични, те искључити могућност било какве обраде и монтаже. Коначно, суд ће неминовно имати у виду и ко је и у каквој ситуацији сачинио снимак, у којој улози се „сниматељ“ појављује у кривичном поступку и у каквом је односу са окривљеним и њему блиским лицима, па ће и то неминовно утицати на вредновање доказне снаге снимка.

Даље, када је реч о видео записима сада је у Србији макар неспорно да се могу користити снимци настали употребом видео камера које су легално инсталиране у циљу вршења послова обезбеђења на површинама које користе унапред неименована и неодређена лица. Ступањем на снагу ЗПО углавном су разрешене недоумице у том домену, јер је дефинисана могућност коришћења видео камера од стране физичких лица и привредних субјеката у безбедносне сврхе. Инсталирање и одржавање таквих видео камера и система повезаних видео камера (CCTV, *closed circuit television*) поверено је лиценцираним пружаоцима услуга приватног обезбеђења. Пружаоци ових услуга камере постављају на основу одговарајућег пројекта, руководећи се искључиво потребама очувања безбедности, уз минимално ограничавање приватности грађана. Дакле, први корак подразумева процену могућих ризика по безбедност и искључиво од те процене зависи које локације и у ком опсегу ће покривати видео надзор. Сертификоване агенције гарантују да ће се и након инсталирања камера оне користити у законите сврхе, као и да сачињени снимци неће бити злоупотребљени. То значи да појединци не могу самоиницијативно снимати улицу у којој се налази њихова кућа или локал, улазе у објекте за колективно становање, заједничке ходнике и томе слично, а уколико противзаконито снимају онда свакако тако прибављени материјал не могу употребити у легалне сврхе. Но, и пре усвајања ЗПО у судској пракси је заузето становиште да се снимци настали у склопу заштите безбедности одређених објеката у начелу могу користити као доказ.²⁹

²⁸ R. Pitler, The fruit of the poisonous tree revisited and sheparized, *California Law Review*, 3, 1968, 581.

²⁹ Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж-1 103/14 од 11. фебруара 2014. године.

4. УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД

У упоредном праву проналазимо различита решења у погледу употребе доказа који фактички представљају приватно сачињене аудио и видео записе.

Немачки Закон о кривичном поступку,³⁰ чл. 244. ст. 3, начелно забрањује употребу недозвољених доказа, без додатних појашњавања. Међутим, немачки Кривични закон³¹ садржи кривично дело против тајности изговорене речи (чл. 201) које чини свако лице које сачини звучни снимак приватно изговорених речи другога, односно употреби или учини доступним трећим лицима тако сачињен снимак, то јест то кривично дело чини лице које прислушкује туђе нејавне разговоре или пак садржаје које је тако спознао преноси другима. Са друге стране, истовремено је предвиђено и то да се неће казнити онај ко описане радње предузме у циљу заштите својих легитимних интереса, односно ради заштите важних општих интереса.

У Уједињеном Краљевству је *The Police and Criminal Evidence Act*-ом из 1984. године прописано да је у искључивој надлежност судске власти процењивање да ли употреба одређеног доказа, имајући у виду укупне околности и околности у којима је доказ прибављен, доводи у питање начело правичности поступка (одељак 78). Занимљиво је да се у том погледу не прави разлика између доказа прибављених од стране државних органа и доказа прибављених од стране приватних лица.

У Црној Гори наилазимо на решења готово истоветна онима која су заступљена у српском законодавству, па је тако и кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање инкриминисано на идентичан начин. Тако сходно чл. 173. Кривичног законика³² Црне Горе ово кривично дело чини онај ко посебним уређајима неовлашћено прислушкује или сними разговор, изјаву или какво саопштење који му нису намењени или онај ко омогући непозваном лицу да се упозна са садржајима који су неовлашћено тонски снимљени. Законик о кривичном поступку³³ изричито предвиђа да се судска одлука не може заснивати на доказима који су прибављени повредом људских права и основних

³⁰ Вид. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, 14. април 2019. године.

³¹ Вид. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, 14. април 2019. године.

³² Кривични законик Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004 - испр. и 47/2006 и *Службени лист ЦГ*, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – др. закон, 40/2013, 56/2013 - испр, 14/2015, 42/2015, 58/2015 – др.закон, 44/2017 и 49/2018)

³³ *Службени лист ЦГ*, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014, 2/2015, 35/2015, 58/2015 и 28/2018.

слобода... (чл. 17, ст. 2), чиме је искључена и могућност употребе доказа прибављених уз повреду права на приватност грађана.

У упоредном праву постоје и законска решења која, под одговарајућим условима, изричито дозвољавају употребу доказа прибављених кршењем закона. У хрватској стручној литератури проналазимо став да грађанин који је потенцијална жртва неког кривичног дела, посебно тежег, не поступа противправно онда када потајно снима некога ко га угрожава или ће га угрозити, те да се такво поступање може упоредити са поступањем у нужној одбрани.³⁴ Међутим, ово становиште треба посматрати пре свега у контексту у коме хрватски Закон о казненем поступку³⁵ у чл. 10. изричито предвиђа да се, иако се судске одлуке не могу темељити на незаконитим доказима, незаконитим доказом неће сматрати доказ прибављен повредом права и слобода у поступку за тешке облике казних дела из надлежности жупанијског суда, код којих интерес казног прогона претеже над повредом права.

5. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Насупрот широко распрострањеним недоумицама на тему прихватљивости приватно сачињених записа, позитивни законски оквир у Србији не забрањује употребу приватно сачињених снимака у својству доказног материјала у кривичном поступку. Дакле, не постоји било какав на закону заснован разлог да се аудио или видео снимак сачињен од стране грађана не употреби као доказ у кривичном поступку, баш као што се и сваки други предмет који посредно или непосредно указује на постојање одређене кривичноправно релевантне чињенице може употребити у тој функцији. Међутим, оно што је такође неспорно и што је изричито предвиђено законодавним решењима јесте да се судска одлука не може заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, законима и другом важећом националном и међународном легислативом.

Оно што изазива проблеме у пракси јесу различите интерпретације на тему које конкретне радње представљају биће кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање из чл. 143. КЗ, као и непотребно повлачење паралеле између снимања које врше грађани у различитим животним ситуацијама, на једној страни и посебних доказних радњи које врше државни органи, на другој страни. Различита поимања радње

³⁴ Ж. Карас, Судска пракса о законитости доказа: тајно снимање суговорника; вагање незаконитих доказа; снимка надзора, *Полиција и сигурност*, 4, 2015, 356.

³⁵ Закон о казненем поступку, *Народне новине РХ*, бр. [152/08](#), [76/09](#), [80/11](#), [121/11](#), [91/12](#), [143/12](#), [56/13](#), [145/13](#), [152/14](#) и [70/17](#).

кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање заиста могу бити проблематична, те смо мишљења да у том смислу само биће кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање треба прецизније дефинисати Кривичним закоником. У том смислу као модел може послужити решење из хрватског кривичног законодавства које децидно опредељује да кривично дело постоји онда када се звучно снимају нечије нејавно изговорене речи, као и када се неовлашћено прибављени снимци нејавно изговорених садржаја употребљавају и чине доступним трећим лицима. Тиме су избегнуте дилеме на тему да ли учесник конверзације може слободно да располаже сачињеним снимком због тога што је и он учествовао у разговору. Сматрамо да је овакво решење примерено, те да није прихватљиво тумачење присутно у делу наше стручне јавности сходно коме се онај ко разговара са одређеним лицем прећутно саглашава са тим да и сви други могу чути о чему су саговорници разговарали. Наиме, ако се пође од премисе да снимање није неовлашћено јер речи изговорене у току разговора јесу намењене саговорнику или саговорницима онда то имплицира да нико не може очекивати да било који разговор задржи приватан карактер, што не би било прихватљиво. Позивање на аргумент да онда ни сведоци не би смели сведочити о разговорима које су водили није прихватљиво просто зато што се приватни карактер конверзације репродуковањем повређује у свим могућим аспектима, што је битно другачије од препричавања чињеничне садржине разговора путем сведочења. Са друге стране, не треба губити из вида ни то да хрватски законодавни оквир предвиђа могућност искључења забране употребе недозвољеног доказа у случајевима када недозвољеним доказом треба доказати тежа кривична дела, што у нашем правном систему није могуће.

Што се тиче поистовећивања снимања од стране грађана са посебним доказним радњама, оно је потпуно непримерено и непотребно. Наиме, држава је дужна да поштује низ негативних обавеза према грађанима и да се стриктно суздржава од уплитања у њихову личну сферу. То мора бити тако из простог разлога што би без оваквих забрана држава буквално могла да анулира свачију приватност, док у случају грађана који сачињавају аудио и видео записе таква бојазан не постоји, или је макар драстично мање заступљена. Дакле, уколико се потврди аутентичност снимка и уколико околности у којима је он сачињен нису проблематичне, мишљења смо да нема препреке да се такав снимак употреби као доказ у кривичном поступку.

ЛИТЕРАТУРА

Davis J, *Stalking crimes and victim protection*, Taylor and Francis Group, Boca Raton, 2001.

Douglas H, Burdon M, Legal Responses to Non Consensual Smartphone Recordings in the Context of Domestic and Family Violence, 41(1), *University of New South Wales Law Journal*, 2018, 157-184.

Дракић Д, Судско утврђивање чињеница у кривичном поступку-Успостављање стварности извршеног дела, *Анали Правног факултета у Београду*, 1, 224-243, 2012.

Gutwirth S, *Privacy and the information age*, Rowman and Littlefield Publishers INC, Lanham, 2002.

Илић Г, Матић Бошковић М, *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: Поглед из правосуђа*, Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2015.

Илић И, Утицај консенсуалних процесних форми на утврђивање и доказивање чињеница у кривичном поступку, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 80, 2018, 363-380.

Илић И, *Испитивање чињеничне основе кривичне пресуде*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2018.

Карас Ж, Судска пракса о законитости доказа: тајно снимање суговорника; вагање незаконитих доказа; снимка надзора, *Полиција и сигурност*, 4, 2015, 348-360.

Ковачевић М, Видео надзор на јавним местима и право на приватност, *Теме*, 4, 2013, 1795-1810.

Moreham N, Privacy in public places. *The Cambridge Law Journal*, 65(3), 2006, 606-635.

Pitler M, The fruit of the poisonous tree revisited and sheparized, *California Law Review*, 3, 1968, 579-651.

Solove D, Conceptualizing Privacy, *California Law Review*, 90, 2002, 1088-1156.

Стојановић З, *Кривично право-Посебни део*, Београд, Службени гласник, 2000.

Стојановић З, *Коментар Кривичног законика*, Београд, Службени гласник, 2006.

Стојановић З, Шкулић М, Делибашић В, *Основи кривичног и кривичног процесног права*, Београд, Службени гласник и Адвокатска комора Србије, 2018.

Шкулић М, *Кривично процесно право-Општи део*, Београд, 2007.

Taylor E, Awerness, understanding and experiences of CCTV amongst teachers and pupils in three UK schools, IN: *Video surveillance: Practices and policies in Europe*, Webster, W et al. (eds), Amsterdam, IOS Press, 2012, 1-16.

Xenos D, *The positive obligations of the state under The European Convention of Human Rights*, New York, Routledge, 2012.

Milica KOVACEVIC, Ph.D

Assistant Professor

Marija MALJKOVIC

Teaching Assistant, Faculty of Special Education and Rehabilitation,
University of Belgrade

FORBIDDEN EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE AND PRIVATE RECORDINGS

Summary

Given the unlimited possibilities of composing audio and video recordings in every day life, it is logical to raise the question of the appropriateness of the usage of that sort of material as evidence in the criminal proceedings. It should not be forgotten that even though anyone can actually do the recording, at the same time it does not mean that citizens' rights to the privacy and the personal sphere have been erased. In addition, we cannot ignore the possibility of the misuse of technology due to the different motives of the one who makes the material. The author has, therefore, devoted the article to discussion about different aspects of positive serbian and comparative legislation in this area, noting that there are some significant inconsistencies. The author concludes that, with certain restrictions, there is the possibility of usage of privately made recordings in Serbia.

Key words: criminal proceedings, evidence, privacy, audio recording, video recording.

Сузана ДИМИЋ¹,
Правни факултет Приштина – Косовска Митровица
Мирјана ЂУКИЋ²,
Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА КОД ПОРЕСКИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Апстракт: Као један од видова начела опортунитета, условљени опортунитет представља изузетак од обавезности кривичног гоњења на којој се темељи начело легалитета. Јавни тужилац одлаже кривично гоњење ако осумњичени прихвати и испуни неку од обавеза наложених у наредби за одлагање. Реализација обавеза доводи до одбачаја кривичне пријаве, а циљ је избећи кривични поступак и кривичну ствар решити вансудским путем, односно диверзионим моделом поступања.

Пореска кривична дела представљају групу кривичних дела чији је објекат кривичноправне заштите обавеза плаћања пореза, доприноса и других дажбина. Порески обвезници противправним понашањем, кршењем пореских прописа, избегавају извршавање својих пореских обавеза. Због нетранспарентности штетне последице, која није лако уочљива као код већине осталих кривичних дела, неретко се овим кривичним делима не приписује висок степен друштвене опасности. Међутим, благовремено испуњавање пореских обавеза је од изузетне важности за континуирано финансирање виталних функција државе, као што су војска, полиција, судство, обезбеђивање разноврсних јавних добара, попут образовања, здравства, саобраћаја и сл. Незаконито евазионо понашање пореских обвезника непосредно утиче на висину прикупљених прихода, јер држава бива ускраћена за онај износ средстава који би био наплаћен да су порески обвезници благовремено испунили своје пореске обавезе, али проузрокује и бројне друге последице, економске, социјалне и политичке природе.

У том контексту, поставља се питање оправданости нормативног решења које даје могућност примене института одлагања кривичног гоњења за најтежа пореска кривична дела, као што су пореска утаја и кријумчарење.

¹ Доцент, suzana.dimic@pr.ac.rs

² Асистент, mirjana.djukic@pr.ac.rs

Кључне речи: условно одлагање кривичног гоњења, пореска евазија, пореска утаја

1. УВОД

Са реформом кривичног процесног законодавства Србија је отпочела у правом смислу 2013. године. Наместо инквизиционих, на сцену ступају елементи адверзијалног модела кривичног поступка, под чијим је окриљем јавни тужилац код нас први пут добио широка процесна овлашћења. До њиховог изражаја посебно долази у консесуалним кривичнопроцесним формама, казненом налогу и установи условљеног опортунитета према пунолетним лицима.

Опорезивање, зато што доводи до смањења економске снаге пореских обвезника, изазива разне модалитете отпора пореских обвезника. Одувек постоји раскорак између обавезе плаћања пореза и понашања пореских обвезника, који није умањен ни чињеницом оправданости постојања пореске обавезе. Утврђивањем и наплатом пореза и других јавних прихода обезбеђује се приходи за финансирање бројних јавних потреба. Финансијски ефекат избегавања плаћања пореза (пореске евазије) се управо састоји у томе да је државна благајна остала ускраћена за онај износ прихода који би био наплаћен да су се сви порески обвезници повиновали пореској обавези. Отуда, смањење тзв. пореског јаза (енг. *tax gap*), који представља разлику између прихода који би се прикупили да су сви порезе платили у складу са пореским законима и стварно плаћених пореза, приоритетан је задатак пореске политике савремених држава. Идентификовање фактора који утичу на избор пореског обвезника да ли ће платити порез или не важно је због проналажења начина за смањење евазије пореза. Неретко евазија пореза поприма облик незаконите (*tax evasion*), која се састоји у противправном понашању пореских обвезника. Најтежи облик непосредног кршења пореских прописа представља пореска утаја (*tax fraud*), квалификована као кривично дело.

2. УСЛОВЉЕНИ ОПОРТУНИТЕТ

Легалитет кривичног гоњења темељи се на обавези јавног тужиоца да предузме кривично гоњење чим се јаве основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности. Како се ради о обавези јавног тужиоца, поједини аутори користе и термин „начело

облигаторности“.³ Поред бројних, категорији кривичних дела која се гоне *ex officio*, припадају и она која за објекат заштите имају и економски државни поредак.

Од ове обавезе јавни тужилац може одступити, односно донети одлуку да не покрене кривични поступак, и онда када су испуњени сви законски услови (пријављено дело је дело за које се гони по службеној дужности, није наступила застарелост кривичног гоњења, дело није обухваћено амнестијом или помиловањем), ако оцени да у конкретном случају не би било целисходно приклонити се овој обавези. У оба случаја стоји обавеза јавног тужиоца, само што у другом закон дозвољава јавном тужиоцу да према дискреционој оцени од ње одступи.⁴ Према слову закона овако може поступити:

- 1) Код кривичних дела која врше малолетна лица;
- 2) Код кривичних дела учињених од стране правног лица;
- 3) Када дође до закључења споразума о признању кривичног дела;
- 4) Код кривичних дела за која је законом запређена казна затвора у трајању до три године, ако је претходно осумњичени изразио стварно кајање, или је штету већ надокнадио, или је штету већ отклонио (одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности), и
- 5) Код условљеног опортунитета.

Наше законодавство познаје одлагање гоњења према малолетним лицима већ дужи низ година⁵, а од 2001. године примењује се и према пунолетним лицима. Условљени опортунитет се најпре примењивао према пунолетним учиниоцима кривичних дела за која је запређена казна затвора у трајању до три године, да би од 2009. године дошло до померања горње границе запређене казне затвора, до пет година.⁶ Под окриљем условљеног опортунитета јавни тужилац доноси одлуку да не покреће кривични поступак: ако према истом осумњиченом није већ примењиван условљени опортунитет за исто кривично дело, ако испуни

³ З. Јекић, *Кривично процесно право*, Графичко предузеће „Димитрије Давидовић“, Београд, 2003, 83.

⁴ С. Бејатовић., В. Ђурђић, М. Шкулић, Г. Илић, Ј. Киурски, М. Матић, Р. Лазић, С. Ненадић.: *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, 18.

⁵ Ч. Стевановић, *Кривично процесно право СФРЈ*, Научна књига, Београд, 1988, 58-60.

⁶ Г. Илић, Ј. Киурски, „Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени“ у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима - регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013, 242.

једну или више обавеза, ако постоје основи сумње да је извршио кривично дело за које је запређена новчана или казна затвора до пет година. Сви услови имају подједнаку важност, па се захтева њихова кумулативна испуњеност.

Пре него уопште приступи примени ове установе, јавни тужилац проверава да ли се према осумњиченом раније примењивао условљени опортунитет у погледу истог кривичног дела. У централној евиденцији Републичког јавног тужилаштва заводе се лица према којима је условно одлагање гоњења већ примењивано, као и подаци о врсти кривичног дела.⁷ Тиме је искључена могућност примене ове установе према истом учиниоцу у погледу истог кривичног дела, али се уочава да нису искључена њему сродна, која имају исти заштитни објекат. Тако на пример, јавни тужилац може условно одложити кривично гоњење према лицу за које постоје основи сумње да је извршило кривично дело пореске утаје, а затим поново применити ову установу према истом лицу осумњиченом за неко од основних пореских кривичних дела (кријумчарење, неуплаћивање пореза по одбитку).⁸

Која ће обавеза бити одређена у наредби за одлагање кривичног гоњења, зависи од тежине учињеног кривичног дела, односно његових штетних последица. Чланом 283. Законика о кривичном поступку предвиђено је да то може бити:⁹

- 1) Отклањање штетне последице коју је осумњичени проузроковао кривичним делом, или накнада причињене штете;
- 2) Уплата новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе;
- 3) Да обави друштвенкорисни или хуманитарни рад;
- 4) Да испуни доспеле обавезе издржавања;
- 5) Да се подвргне одвикавању од употребе алкохола или опојних дрога;
- 6) Да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања;

⁷ Ж. Мирков, „Начело опортунитета кривичног гоњења у тужилачкој пракси - од пријема кривичне пријаве до решења о одбачају кривичне пријаве“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7-9, 2016, 64.

⁸ М. Ђукић, „Условно одлагање кривичног гоњења у Србији – норма и пракса“, Научно истраживачки пројекат „Начела добре владавине-начело правне сигурности и начело правичности“, *Тематски зборник-пројекат*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2018, 274. (269-283)

⁹ Г. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев.: *Коментар законика о кривичном поступку, Пето издање-према стању законодавства од 1. октобра 2013. године*, Службени гласник, Београд, 2013, 651-653.

- 7) Да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.

Рок за испуњење наложених обавеза износи годину дана од дана доношења наредбе, након чега јавни тужилац одбацује кривичну пријаву у форми решења. Како је поступање јавног тужиоца под окриљем условљеног опортунитета мимо граница кривичног поступка, мере (обавезе) које одређује немају карактер кривичних санкција, нити их изриче суд, тако да се осумњичени не заводи у казнену евиденцију, те самим тим нема ни правних последица осуде.¹⁰ Овде се репресија искључује, а у први план ставља превентивно деловање на осумњиченог.

3. ПОРЕСКА КРИВИЧНА ДЕЛА - НАЈТЕЖИ ОБЛИК ПОРЕСКЕ ЕВАЗИЈЕ

Процес опорезивања прате разни модалитети отпора пореских обвезника. У основи опорезивања лежи конфликт два сукобљена интереса - на једној страни се налази фискални интерес државе, а на другој интерес пореских обвезника.¹¹ Пореска пракса у савременим државама познаје веома различите видове пореске евазије. Да би умањили своју пореску обавезу порески обвезници могу предузимати различите активности а да при том поступају у складу са пореским законима. Тада постоји тзв. законита евазија пореза (tax avoidance), за разлику од незаконите евазије (tax evasion), која подразумева незаконито понашање. Кршењем пореских прописа, порески обвезници предузимају поступке у циљу избегавања плаћања пореза, умањењем или потпуним неизвршењем своје пореске обавезе. Најтежи облици противправних понашања пореских обвезника инкриминисани су као кривична дела. Пореска кривична дела представљају штетну, противправну и опасну делатност појединаца и група којима се угрожавају основни фискални интереси друштва.¹²

Кривичним законодавством Србије предвиђена су следећа пореска кривична дела: пореска утаја, неуплаћивање пореза по одбитку и

¹⁰ М. Мајић, *Кривично процесно право – Практикум за припрему правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2018, 21-22.

¹¹ М. Анђелковић, „Моделирање понашања пореских обвезника у савременој теорији“, Међународна научна конференција "Правни систем и друштвена криза", Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2011, 475.

¹² Д. Јовашевић, „Пореска евазија и пореска кривична дела - облици испољавања пореске евазије“, *Безбедност* 4/05, 542.

кријумчарење¹³, док су остала пореска кривична дела прописана пореским законом: неосновано изказивање износа за повраћај пореза и порески кредит, угрожавање наплате пореза и пореске контроле, недозвољен промет акцизних производа и недозвољено складиштење робе¹⁴. Поред новчане казне, предвиђена је и казна затвора у различитим распонима у зависности од кривичног дела и његових квалификованих облика. За два тежа облика пореске утаје прописана казна затвора преко 5 година затвора, колико износи за основни облик.¹⁵ За квалификовани облик кривичног дела неуплаћивање пореза по одбитку, такође, прописана казна затвора преко 5 година, као и за тежи облик кривичног дела неосновано исказивање износа за повраћај пореза и пореског кредита.¹⁶ Према томе, код већине пореских кривичних дела се може примени институт одлагања кривичног гоњења, осим код ових неколико наведених квалификованих облика. У групу пореских кривичних дела за која се може применити одлагање кривичног гоњења спада и кривично дело кријумчарење. Радња извршења овог кривичног дела ће постојати уколико неко лице преноси робу преко царинске линије, избегавајући мере царинског надзора или избегавајући мере царинског надзора пренесе робу преко царинске линије наоружано, у групи или уз употребу силе или претње. Прописана казна затвора, поред новчане казне, износи од 6 месеци до 5 година. Само за лица која се баве препродајом, растурањем или прикривањем такве робе, организовањем мреже препродаје или продаје прописана је казна затвора од 1 до 10 година.¹⁷

Последице пореских кривичних дела, као најтежих облика пореске евазије се испољавају не само у домену фискалног система државе, него и

¹³ Закон и изменама и допунама Кривичног законика – ЗИД КЗ, „Сл. гласник РС“, бр. 94/2016, чл.225, 226 и 236.

¹⁴ Закон о пореском поступку и пореској администрацији Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 80/02, 84/02 - исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - др. закон, 62/06 - др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 - др. закон, 53/10, 101/1, 2/12 - исправка, 93/12, 47/2013, 108/2013, 68&2014, 105/2014, 91/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016 и 30/2018, чл. 173, 175, 176 и 176а.

¹⁵ За први тежи облик, код кога износ утајеног пореза прелази 1.500.000 дин. прописана је казна затвора од 1 до 8 година. Код другог тежег облика, где утајени порез прелази 7.500.000 дин., према најновим изменама које су почеле да се примењују од 1. марта 2018.године, казна затвора је прописана у распону од 3 до 10 година.

¹⁶ Уколико износ неуплаћеног пореза код неуплаћивања пореза по одбитку прелази преко 7.500.000 дин. примениће се казна затвора од 1 до 10 година. Уколико тај износ код неоснованог исказивања износа за повраћај пореза и порески кредит прелази 3.000.000, односно 10.000.000 код другог квалификованог облика, казна затвора је од 1 до 8 година, односно од 3 до 10 година код другог квалификованог облика.

¹⁷ ЗИД КЗ, чл.236

економске и социјалне сфере. Непосредна последица противправног понашања пореских обвезника са циљем потпуног или делимичног избегавања плаћања пореза огледа се у смањењу прилива у државну благајну. Благовремено плаћање пореза и других дажбина је од изузетне важности за континуирано финансирање виталних функција државе, као што су војска, полиција, судство. Такође, за финансирање бројних јавних услуга, попут образовања, здравства, инфраструктуре, средства се обезбеђују на фискалној основи. Смањење прилива средстава у буџет представља посебан проблем последњих неколико година када се државе боре са огромним дефицитом. У теорији јавних финансија доста се говори и о тзв. ефекту угледања. Широке размере пореске евазије, посебно неоткривени и несанкционисани случајеви психолошки неповољно утичу на склоност пореских обвезника да испуњавају своје пореске обавезе.¹⁸ Негативни ефекти пореске евазије се јављају и у домену расподеле пореског терета. Појава да нека лица остварују доходак али не плаћају порез утичен на то да стопе пореза на легалне активности морају да буду веће него што би био случај да су сви порески обвезници који стварају доходак обухваћени порезом.¹⁹ Пореска евазија има, такође, може имати негативне економске ефекте. Због јачег пореског оптерећења привредних субјеката који редовно плаћају порез у односу на пореске утајиваче стварају неједнаки услови пословања.

Од 2006. до 2015. године, разлог за одбачај кривичних пријава за утају пореза и кријумчарење, углавном је била оцена јавног тужиоца да кривично гоњење у датом случају не би било целисходно. У периоду од 2015. до 2017. године, јавни тужиоци су на подручју Републике Србије у више од 50% случајева прибегавали одбачају кривичне пријаве применом установе условљеног опортунитета, како код пореске утаје, тако и кријумчарења.

Табела 1.

Примена условљеног опортунитета код пореске утаје у периоду од 2015. до 2017. године

Година	Одбачене кр. пријаве за пореску утају	Условљени опортунитет	Дело није кр. дело	Застарелост
2015	341	180	51	8

¹⁸ М. Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Правни факултет Ниш, 2012, 141.

¹⁹ М. Милошевић, „Економски аспект евазије пореза“, *Економски хоризонти*, 2006, 8, (1-2), 73.

2016	367	158	43	10
2017	309	113	43	14
Укупно	1.017	448	137	32

Извор: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/>

Табела 2.

Примена условљеног опортунитета код кријумчарења у периоду од 2015. до 2017. године

Година	Одбачене кр. пријаве за кријумчарење	Условљени опортунитет	Дело није кр. дело	Застарелост
2015	29	15	7	1
2016	10	8	/	/
2017	15	8	/	/
Укупно	54	31	7	1

Извор: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/>

ЗАКЉУЧАК

Група пореских кривичних дела има за објекат кривичноправне заштите обавезу плаћања пореза, доприноса и других дажбина. Порески обвезници противправним понашењем, кршењем пореских прописа, делимично или у потпуности избегавају извршавање својих пореских обавеза. Такво кршење пореских прописа оставља негативне ефекте на фискални систем, првенствено кроз умањење прилива прихода у државну благајну. Благовремено испуњавање пореских обавеза је од изузетне важности за континуирано финансирање виталних функција државе, попут војске, полиције, судства и сл. Поред тога, разноврсна друга јавна добра, као што су образовање, здравство, инфраструктура и сл., обезбеђују се у јавном сектору и финансирају фискалним путем. Поред тога што је државна каса остала ускраћена за прилив средстава, кршење пореских закона проузрокује и неке друге последице. Наиме, на овај начин настају посредни негативни ефекти на фискални систем, као што су неједнака расподела пореског терета и "ефекат угледања" на пореске утајиваче. Такође, преко ремећења услова пословања рефлектују се негативни економски ефекти, док у социјалној сфери доводи до неједнаког социјалног положаја пореских обвезника.

Тачно је да код ових кривичних дела непосредна штетна последица није транспарентна. Упоредивањем са већином осталих

кривичних дела, код којих је штетна последица непосредно видљива (на пример, код кривичних дела против живота и тела), ствара се прихолошки ефекат да штетне последице на фискални систем државе имају мању (или чак, занемарљиву) друштвену опасност. Ако се имају у виду финансијски ефекти, као непосредна штетна последица пореских кривичних дела, али и последице које се посредно одражавају на фискални систем или у економском и социјалном домену, онда се никако не може говорити о багателном криминалитету.

У том контексту, упитна је примена института одлагања кривичног гоњења за најтежа пореска кривична дела, попут пореске утаје и кријумчарења. Када се ради о осталим пореским кривичним делима, ту су износи утајеног пореза, по правилу, нижи, док је сам начин извршења радње кривичног дела такав да је оправдана примена овог института.

Јесте одлагање кривичног гоњења условно, јер се само под условом да осумњичени испуни неку од наложених обавеза долази до одбацивања кривичне пријаве. Тиме се постиже економичност и поједностављење рада судова, јер се оставља могућност пореском утајивачу да испуни своју пореску обавезу. Међутим, оправдана је бојазан да примена института одлагања кривичног гоњења за најтежа пореска кривична делане постиже се основна замисао овог института. По правилу, односи се на кривична дела за које је запређена лакша казна и примењује се из разлога економичности растеређења рада судова када су у питању лакша или средње тешка кривична дела. Ни пореска утаја ни кријумчарење не могу се сврстати у категорију багателног криминалитета, јер радња извршења ових кривичних дела представља веома штетну и друштвено опасну појаву. Одлагањем кривичног гоњења се, на изванстан начин, даје "још једна шанса" пореским утајивачима, јер ако испуне наложену обавезу долази до одбацивања кривичне пријаве. Поставља се питање да ли пореским утајивачима или кријумчарима треба чинити такав "уступак", имајући у виду да се ради не само о несавесним пореским обвезницима (који су намерно и свесно избегли плаћање своје пореске обавезе), него, по опису радње извршења, и о лицима која су предузела изузетно штетне и друштвено опасне активности.²⁰ На пример, у опису радње извршења кривичног дела кријумчарења, за које постоји могућност примене одлагања кривичног гоњења због запређене казне затвора до 5 година, се налазе и активности које је лице предузело у групи, наоружано или уз употребу силе или претње.

²⁰ S. Dimić, M. Đukić, „Tax fraud and plea bargaining“, International Scientific Conference „Archibald Reiss Days“. Vol. 3, Belgrade, 2017, 64.

ЛИТЕРАТУРА

- М. Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Правни факултет Ниш, 2012;
- С. Димић, М. Ђукић, „Tax fraud and plea bargaining“, International Scientific Conference „Archibald Reiss Days“. Vol. 3, Belgrade, 2017, 57-66;
- Г. Илић, Ј. Киурски, *Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима - регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013;
- Г. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев: *Коментар законика о кривичном поступку, Пето издање-према стању законодавства од 1. октобра 2013. године*, Службени гласник, Београд, 2013;
- Д. Јовашевић, „Пореска евазија и пореска кривична дела - облици испољавања пореске евазије“, *Безбедност* 4/05, 541-564;
- Ж. Мирков, „Начело опортунитета кривичног гоњења у тужилачкој пракси - од пријема кривичне пријаве до решења о одбачају кривичне пријаве“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7-9, 2016, 60-74;
- З. Јекић, *Кривично процесно право*, Графичко предузеће „Димитрије Давидовић“, Београд, 2003;
- М. Анђелковић, „Моделирање понашања пореских обвезника у савременој теорији“, *Међународна научна конференција "Правни систем и друштвена криза"*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2011, 475-490;
- М. Ђукић, „Условно одлагање кривичног гоњења у Србији – норма и пракса“, Научно истраживачки пројекат „Начела добре владавине-начело правне сигурности и начело правичности“, *Тематски зборник-пројекат*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2018, 269-283;
- М. Мајић, *Кривично процесно право – Практикум за припрему правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2018;
- М. Милошевић, „Економски аспект евазије пореза“, *Економски хоризонти*, 8 (1-2), 2006, 59-77;
- С. Бејатовић, В. Ђурђић, М. Шкулић, Г. Илић, Ј. Киурски, М. Матић, Р. Лазич, С. Ненадић: *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012;
- Ч. Стевановић, *Кривично процесно право СФРЈ*, Научна књига, Београд, 1988;

ЗАКОНИ

Закон и изменама и допунама Кривичног законика, „Сл. гласник РС“, бр. 94/2016;

Закон о пореском поступку и пореској администрацији Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 80/02, 84/02 - исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - др. закон, 62/06 - др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 - др. закон, 53/10, 101/1, 2/12 - исправка, 93/12, 47/2013, 108/2013, 68&2014, 105/2014, 91/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016 и 30/2018;

Законик о кривичном поступку, "Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 and 55/2014

Suzana DIMIĆ, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

Mirjana DJUKIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

DEFFERING OF A CRIMINAL PROSECUTION IN RELATION TO OF THE TAX OFFENCE

Summary

As one of the types of principles of opportunity, conditional opportunity is an exception to the obligation of prosecution on which the principle of legality is based. The public prosecutor postpones the prosecution if the suspect accepts and fulfills some of the obligations imposed on the order for postponement. The realization of the obligations leads to the dismissal of the criminal complaint, and the aim is to avoid the criminal procedure and solve the criminal case by extra-judicial means, ie by the diversionary model of conduct.

Tax offenses prescribe a group of criminal offenses whose object of criminal law protection is the obligation to pay taxes, contributions and other taxes. Taxpayers avoid performing their tax obligations by unlawful conduct, violation of tax regulations. Due to the non-transparency of the detrimental effect, which is not readily apparent as with most other crimes, it is often not a high level of social danger attributed to these crimes. However, the timely fulfillment of tax obligations is of utmost importance for the continued funding of vital functions of the state, such as the army, the police, the judiciary, the provision of diverse public goods, such as education, health, traffic. Illegal evasive behavior of taxpayers directly affects the amount of collected revenues, because the state is deprived of the amount of funds that would be charged for taxpayers to fulfill their tax obligations in a timely manner, but also causes many other consequences, economic, social and political.

In this context, the question arises as to the justification of the normative solution that gives the possibility of applying the institute of delaying the prosecution of the most serious tax offenses, such as tax evasion and smuggling.

Keywords: *deferring of a criminal prosecution, tax evasion, tax fraud.*

Божидар ОТАШЕВИЋ¹

Криминалистичко полицијски универзитет, Београд

Саша АТАНАСОВ²

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

Здравко ГРУЈИЋ³

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

ПОЛИТИЧКИ ЕКСТРЕМИЗАМ У СПОРТУ

Апстракт: Циљ овог рада је анализирање међуодноса спорта и политике, са посебним освртом на злоупотребу спорта у политичке сврхе и промоцију владајућих елита, као и преиспитивање утицаја навијачких група на политичке и друштвене догађаје на почетку 21. века. Анализа развоја међуодноса спорта и политике недвосмислено даје основа да закључимо да је политика у различитим режимима и ситуацијама често задрала у неке друштвено важне аспекте спорта, како на овим просторима, тако и у целом свету. Али и *vice versa* – да су клубови, навијачке групе и други спортски актери низом својих акција неретко имали врло велики значај и утицали на збивања и обрте у политици. У неким динамичним раздобљима, пре свега за време друштвених и економских криза, ратова и распада политичких система и држава, та повезаност је била посебно изражена. Резултати нашег истраживања показују да навијачке групе у Републици Србији, а и у региону, учествују на јавним скуповима који имају политичку, а не спортску позадину, те да на тим скуповима пропагирају различите екстремистичке ставове и идеје.

Кључне речи: *спорт, политика, идеологија, екстремизам, навијачке групе.*

1. УВОД

Спорт и политика се преплићу и утичу једно на друго, готово од настанка спорта. Међутим, та повезаност никада није била равноправна. У свим историјским епохама, политичари су црпели енергију и славу спортиста и користили их за личну промоцију и остваривање својих политичких циљева. Довољно је подсетити се да су још у време одржавања I олимпијских игара, одржаних 776. године пре н. е., привремено обустављани ратни

¹ Доцент, bozidarotasevic@yahoo.com

² Доцент, sasa.atanasov@pr.ac.rs

³ Доцент, zdravko.grujic@pr.ac.rs

сукоби, што говори о политичкој димензији тих игара и чињеници да је победа спортиста на тим играма доносила политички престиж полисима (градовима-државама) из којих су такмичари долазили.⁴ Сачувани писани извори из Платоновог времена говоре о огромним износима награда које су добијали победници олимпијских игара, не само у новцу већ и у виду поклона попут хране, кућа, ослобађања од обавезе плаћања пореза, па чак и поштеде од учешћа у ратним сукобима, што потврђује да су заслужне спортисте уважавали носиоци политичке моћи, вероватно не зато што су били фанатични заљубљеници у спорт, већ зато што су од победе спортиста имали велике користи на политичком плану. Не треба изгубити из вида да је рани грчки спорт био нераскидиво везан с религијом и да је сматран припремом за рат.⁵

Спорт је имао политички карактер и у старом Риму, а има га и данас у савременом друштву.⁶ Политика је често заинтересована за спорт и често га злоупотребљава. Да је спорт био и остао средство политичке манипулације види се по добро познатој изреци из времена Римљана – *Panem et circenses* – коју је с презирањем Јувенал упутио маси људи која ништа не тражи сем хлеба и игара. Скретање мисли бирачког тела с правих проблема на маргиналне проблеме вечно је макијавелистичко политичко средство.

Кроз целокупну историју спорта преплитали су се утицаји политичких и економских интересних група које су инструментализовале спорт ради остваривања својих партикуларних интереса. Максимална инструментализација спорта, посебно фудбала, у тоталитарним режимима, посебно је описана у социјолошкој литератури.⁷ „Хитлер и Гебелс су под олимпијском бакљом пропагирали доминацију аријевске расе; шпански диктатор Франко у време велике привредне кризе скреће пажњу јавности са друштвених проблема на фудбал, куповином тада најбољих фудбалера на свету, Јохана Кројфа и Франца Бекенбауера. И у демократским друштвима јасно је изражена повезаност између спорта и политике. САД су за време мандата председника Картера, из политичких разлога, бојкотовале московску Олимпијаду, а СССР је узвратио истом мером, не дошавши у Лос Анђелес; квалификације за светско првенство у фудбалу повод су рата између Салвадора и Хондураса итд“.⁸

⁴ Д. Шупут, „Остварење начела одвојености спорта од политике – проблем применљивости правних норми,“ *Правни живот*, 9/2014, 523.

⁵ Г. Скемблер, *Спорт и друштво*, Клио, Београд, 2007, 39.

⁶ Е. Cashmore, *Making Sense of sports*, Routledge, London, 2005, 70.

⁷ Вид. U. Merkel, *Football Identity and Youth Culture in Germany*, 1999. У: G. Armstrong, R. Giulianotti (eds), *Football Cultures and Identities*, Macmillan, London.

⁸ Р. Божовић, *Лексикон културологије*, Агенција „Матић“, Београд, 2006, 112.

О односу спорта, етничких сукоба и политике говори и један од најбитнијих догађаја с почетка задње деценије прошлог века када су се у Загребу, на стадиону Максимир, 13.маја 1990. сусрели фудбалски клубови *Динамо* и *Црвена звезда*. Меч никада није одигран, а остао је запамћен по жестоком окршају навијача *Динама (Bad Blue Boys-a)* и *Црвене звезде (Делија)*, након којег је било око 60 повређених особа, а у неким круговима је устаљено мишљење да је баш тога дана почео рат на овим просторима. У сваком случају, политичко-националистичке паролe које су тада доминирале на обе стране најавиле су дезинтеграцију и распад Социјалистичке Федеративне Републике Југославије.⁹

Историјску ролу навијачи су одиграли и 5. октобра 2000, када су активно учествовали у рушењу режима Слободана Милошевића. Они су међу првима ушли у скупштину Савезне Републике Југославије, учествовали у разорувању полицајаца Полицијске станице Стари град. За постигнуте „успехе“ у петооктобарским догађајима, вођама навијачке групе *Делије север* уручено је и признање – Плакета за заслуге Петооктобарске револуције Радија Б92 (емисије *Рутам срца*). Такође, у актуелној деценији, није одржан ниједан значајнији политички јавни скуп у којем нису учествовали екстремни навијачи.

На основу ове кратке ретроспективе међуодноса спорта и политике види се да је та веза израженија у неким динамичним друштвеним периодима, пре свега за време друштвених и економских криза, ратова и распада политичких система и држава. Такође, због неразвијености институција, слабости цивилног друштва, сиромаштва, појаве ауторитарног олигархијског управљања и многих других тешкоћа, негативни утицаји политике на спортска дешавања више су изражени у земљама Источне и Средње Европе, посебно Балкана, него што је то случај у развијеним демократским друштвима западне Европе. У овим државама како је упозорио немачки социолог *Claus Offe*, дешава се „етнификација политике“,¹⁰ односно процес у коме национализам функционише као најснажнија идеологија и распрострањена друштвена вредност, а заговорници те идеологије имају велики утицај у политици, спорту и друштву у целини.

У европској криминолошкој литератури има доста радова који се баве насиљем у спорту у најужем смислу речи, али треба истачи да има веома мало истраживања, која се баве темама које су индиректно повезане са догађајима у спорту, посебно фудбалу. Једно од тих питања је свакако и

⁹Б. Оташевић, „Насиље на спортским приредбама“, ЈП Службени гласник, Београд, 2015, 53.

¹⁰С. Offe, *Der Tunnel am Ende des Lichts*, Erkundungen der politischen Transformation in Neuen Osten, 1994. 136.

политичка злоупотреба спорта или улога неофашистичких (политичких) група у спровођењу различитих видова најчешће вербалног насиља на спортским приредбама.

2. ПОЛИТИЧКИ ЕКСТРЕМИЗАМ У СПОРТУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ (СЛУЧАЈЕВИ „ДРОН“ И „ОРАО“)

Политички потенцијал фудбала су на необичан, па и технички иновативан начин искористили албански екстремисти за време утакмице између репрезентације Србије и Албаније, која је одиграна у Београду 14. октобра 2014. године и која је због инцидента који је изазвала албанска страна прекинута у 41. минуту. Тога дана, на Стадион Партизана улетела је беспилотна летилица – дрон – даљински навођена, са заставом и симболима етнички чисте „Велике Албаније“. Ова политичка провокација вешто је осмишљена и још боље организована, а на њену политичку позадину упућује (према медијским извештајима и политичким изјавама) и умешаност брата премијера Албаније Едија Рама. Ослију Раму је полиција задржала после утакмице под сумњом да је управљао дроном, али га је пустила да отпутује из Београда заједно са делегацијом из Албаније, што је у Србији изазвало негодовање јавности. По доласку у Тирану, Рама је демантовао да је био ухапшен. Акцију је тада водио тридесетпетогодишњи албанац са Косова и Метохије, Исмаил Морина, који је након инцидента успео побећи, али му је веома брзо откривен идентитет, па је касније ухапшен у Дубровнику 2017. године. На застави је у слици и речи промовисана идеја етнички чисте „Велике Албаније“, што није лекција из историје, већ актуелни пројекат који има велику подршку Албанаца у региону. Осим датума 28. 11. 1912. (дан усвајања Декларације о независности Албаније), на застави су, поред карте „Велике Албаније“, ¹¹ били портрети Исмаила Ђемалија (1844–1919), првог председника привремене Владе Албаније, и Исе Боље-

¹¹ Карта „Велике Албаније“, осим територије ове државе, обухвата и делове Србије (цело Косово и Метохију са деловима Јужне Србије, општине Прешево, Бујановац и Медвеђа), западне делове Македоније, јужне и источне делове Црне Горе са градовима Улцињ, Бар и Подгорица и деловима општина Плав и Рожаје, као и јужни Епир у Грчкој. Ова идеологија креирана је 1878. године, формирањем Призренске лиге, организације која је пропагирала уједињење свих Албанаца у Албански вилајет Отоманског царства, који би обухватао четири вилајета у којима су живели Албанци: косовски, скадарски, јањински и битолски. Од тада ова идеологија се спроводи протеривањем и убијањем неалбанског, првенствено српског становништва са ових простора.

тинца (1864–1916), герилског борца из времена балканских ратова и Првог светског рата.

2.1. Историјски контекст – парцијално објашњење генезе политичког сукоба

У Валони, 28. новембра 1912, у кући Џемил-бега на Великој народној скупштини проглашена је независна Албанија. Скупштини су присуствовали Ђемали и Бољетинац, али је Ђемали имао кључну улогу у њеном организовању. После Лондонске конференције, у марту 1913, када је Косово, између осталог, ушло у састав Србије, Ђемали се успротивио таквој одлуци наводећи да се: „Косово уступа Србији не по праву националном, него по праву освајачком“ и да Арбанаси никада неће бити задовољни што су предати својим непријатељима.¹²

Иса Шалџа, који је презиме променио у Бољетини, по селу у којем је рођен, у четрнаестој години се придружио Призренској лиги, која је прва промовисала идеју „Велике Албаније“. За време балканских ратова и Првог светског рата, предводио је качаке, албански герилски покрет, у борбама против краљевина Србије и Црне Горе.

За време Првог балканског рата Иса Бољетинац је организовао добровољачке одреде који су се жестоко сукобили са српским трупама приликом њиховог продора кроз Косово и Метохију. Примера ради, код Подујева се петнаест хиљада добровољаца под његовом командом супроставило Трећој српској армији која је наступала према Призрену. После победе над албанским добровољцима, Срби су ушли у Призрен и наставили наступање до обале Јадранског мора. Друго место на коме су се албански добровољци супроставили савезницима у балканским ратовима је Скадар.¹³ Иначе, Исо Бољетинац је остао упамћен по томе да је, када је Русија отворила конзуларно представништво у Косовској Митровици, 1902. године и за конзула поставила Григорија Шчербина, запретио да ће бити запаљена свака српска кућа која буде сарађивала са конзулатом.¹⁴

Ису Бољетинца је почетком 1916, на улазу у Подгорицу, убио мајор црногорске војске Никола Ђилас, када је Бољетинац с групом Албанаца хтео да опљачка Подгоричку банку. Овај догађај је најсликовитије описао Милован Ђилас у свом познатом роману Бесудна земља.¹⁵ Сто година

¹²Б. Оташевић, *op. cit.*, 188.

¹³За ове акције албански добровољци су имали снажну подршку Аустро – Угарске.

¹⁴Д. Батаковић, „Погибија руског конзула Г. С. Шчербина у Митровици 1903. године“, *Историјски часопис*, књига XXXIV, 310.

¹⁵И у том часу општег слома и расула на Подгорицу је насрнуо гласовити арбанашки јунак Исо Бољетинац (...) Исо није могао ни слутити за чету мог оца, која се није

касније, 10. јуна 2015. године, посмртни остаци Исе Бољетинца пренешени су и сахрањени у родном селу Бољетине, у општини Звечан, надомак манастира Соколица, на северу Косова. Церемонија сахране је кренула са Трепчиног стадиона уз слоган испраћаја: „Поново нам се вратио. Стриц Иса.“ Ово је била још једна у низу провокација косовско-албанских власти, после оне у Београду са дроном и заставом на којој је био његов лик.

2.2. Савремени контекст догађаја

Случај „дрон“ врло упечатљиво показује да је доживљај спортских такмичења, посебно када је реч о колективним спортовима, набијен емоцијама и да оживљава различита незадовољства. Ово се нарочито показује као тачно за међунационалне сукобе, јер се спорт јавља као непогрешив индикатор националне нетрпељивости. Спортски резултат у конкретном случају био је у другом плану, а један спортски догађај искориштен је као снажно средство спровођења великоалбанске политике и пропаганде, као и за снажење националног идентитета на основама те политике. Уз то, веза навијачког хулиганизма и радикалне деснице је антисоцијална – деструктивна идеологија, усмерена ка величању својих и негирању туђих вредности. Иначе, последњих сто година великоалбанска идеологија има тенденцију да се интереси једне нације остваре на рачун интереса друге нације или других нација. Поједини хрватски социолози упозоравају да фудбал на овим просторима, често служи политичке господаре, доминантно оне десно орјентисане.¹⁶ Посебно је присутно, насиљем пропраћено, истицање неких девијантних политичких идеологија (неофашизма, расизма, великоалбанског национализма) на многим фудбалским стадионима на Балкану. Такви догађаји контаминирају спортски и друштвени живот на овим просторима. Сукоби екстремних навијача имају обележја етничког ексклузивизма и национализма, што се врло често претвара у шовинизам – мржњу према припадницима другог народа.

растурила као остала војска (...) Борба са људима из Исовог бажибозлука није дуго трајала, упркос дивље храбрости коју су арбанаси испољили. Удар је погодио све његове најоданије следбенике. Били су побијени сви из непосредне Исове пратње, а остали су се разбјежали. Погинуо је и сам Исо Бољетинац. Али се борио упорно и дуго, када је преостао сам на голој цести (...). Отац је узео његов велики пиштољ маузер, дршке изливене у срму, чувајући га као најдражу успомену. М. Тилас, *Бесудна земља*, Нова књига, Београд, 2014.

¹⁶D. Lalić, *Nogomet i politika-Povjest i sufremenost međudnosa u Hrvatskoj*, Faktura, Zaprešić, 2018, 71.

Политички екстремизам у фудбалу има сличне особине као у другим областима друштвеног живота, али политичке поруке које се шаљу путем спорта су продорније, па остављају већи одјек у јавности. Управо, због тога су албански екстремисти за овај инцидент изабрали међународну фудбалску утакмицу, а дрон су пустили са крова цркве која се налази уз само двориште Војне гимназије, те је и сам одабир места одакле је дрон пуштен и навођен носио одређену политичку поруку.

У конкретном случају организатори акције „Дрон“ су покушали да пошаљу неколико политичких порука. Прво, да је Србију као државу лако дестабилизovati и приказати светској јавности као нецивилизовану и нетрпеливу према различитостима. Друго, то је био покушај компромитовања безбедносних служби у Србији, из разлога што је неколико дана касније на војну параду у Београд дошао председник Русије, Владимир Путин. Наиме, жеља екстремиста била је да у светлу тренутних односа Русије и Запада, међународној јавности пошаљу поруку како руски председник долази на војну параду у државу која није способна да безбедно и успешно организује спортску приредбу каква је међународна фудбалска утакмица. Додатни политички проблем био је и тај што се инцидент догодио неколико дана пре заказане посете албанског премијера Едија Раме Београду, 22. октобра. Та посета је оцењена као историјска, због чињенице да је Рама први званичник Албаније који долази у Београд после 67 година (1947. у Београду је боравио Енвер Хоџа, као гост Јосипа Броза Тита). Долазак Раме посматран је као чин који треба да унапреди односе између две државе и успостави темеље будуће сарадње.¹⁷ Међутим, овај инцидент је изазвао негативне реакције спортске и политичке јавности у читавој Европи и још више заоштрио и онако компликоване односе између Срба и Албанаца.

Треће, то је била организована акција која је за циљ имала да се српска страна испровоцира и да због лоше организације фудбалске утакмице, а не због спортског резултата, буде дисквалификована с Европског првенства, у чему су у потпуности и успели. Премда су албански навијачи пре фудбалског дуела путем интернета слали бројне поруке да ће српску репрезентацију истерати из европског такмичења, организација меча је била изузетно лоша, а превентивне мере којима би се спречили инциденти, готово да нису постојале.

Многи светски медији сматрају да део одговорности за инцидент на овој утакмици сноси и Европска фудбалска унија (УЕФА), јер није раздвојила репрезентације у различите квалификационе групе, упркос дугогодишњим политичким тензијама између ове две државе.

¹⁷Б. Оташевић, *op. cit.* 189.

Инцидент који је изазвао прекид утакмице националних тимова Србије и Албаније представља преседан, пошто никада до тада нешто слично није виђено у свету фудбала. Овакав вид политичке провокације превазилази све фудбалске оквире и законе, а део одговорности за лошу организацију утакмице сноси и српска страна. Због тога је дисциплинска комисија Европске фудбалске уније у касније спроведеном поступку регистровала прекинуту утакмицу службеним резултатом 3 : 0 у корист Србије, али је истовремено српску селекцију казнила одузимањем три бода у квалификацијама за Првенство Европе. Такође, наредне две квалификационе утакмице у Београду, Србија је морала играти без публике, док су фудбалски савези Србије и Албаније морали платити новчану казну у износу од по 100.000 евра. Међутим, ову одлуку је у јулу месецу 2015. године оспорио Суд за спортску арбитражу у Лозани, који је наложио да се утакмица региструје 3:0 у корист албанске репрезентације, и да се, и поред тога, српској репрезентацији одузму три бода. Остале казнене мере које је изрекла УЕФА остале су исте. Без обзира на овако строгу казну због које се репрезентација Србије није пласирала на Европско првенство, за нашу репрезентацију казна је очекивана првенствено због навичких нереди, бацања бакљи и других предмета с трибина, коришћења ласера, уласка навичача у терен и генерално слабе организације утакмице. Фудбалски савез Албаније кажњен је због одбијања националне екипе да настави прекинуту утакмицу, као и због приказивања недолучног транспарента.

2.3. Начин преношења поруке – симболика политичког екстремизма у спорту

О аутономији спорта од политике илузорно је говорити када се има у виду потенцијал симболичке комуникације који спортске приредбе носе са собом. Описани догађај јасно показује да је фудбал погодан за слање политичких порука путем употребе симбола. Према *Jeanu Chevalieru* и *Alainu Gheerbrantu*, једно од кључних својстава симбола је то да се они међусобно прожимају, односно да различите симболе „не раздваја никаква непропусна преграда: увек постоји могућност повезивања једног са другим“.¹⁸ Такво је прожимање на пример присутно у масовној употреби каталонске заставе на трибинама стадиона *Nou Camp* у последњих неколико година: раније уобичајене црвено-плаве заставе са грбом ФК Барселоне постале су на утакмицама тога клуба мање бројне од *Estalade*, жуто-црвеног барјака са белом звездом каталонских сепаратиста. Велика присутност тог политичког симбола на стадионима, који многи у Шпанији, а и на другим местима сада сматрају појавним обликом идеологије

¹⁸D. Lalić, *op. cit.* 189.

каталонског регионализма, у неком смислу и национализма, у тој држави изазива многа спорења. Наведени примери показују да стадиони нису никаква стерилна места: број људи који се на њима окупља може бити једнак броју становника једног града, те се на њима може наћи спектар најразличитијих политичких идеологија.

Велике промене друштвеног и политичког живота имале су у 20. и на почетку 21. века недвосмислено снажан утицај на однос спорта и политике на овим просторима. Као активни учесници тог односа јављају се и професионални фудбалери чије деловање је повезано са идеологијом као битним елементом политике. Утакмица одиграна 22. 06. 2018. године у Калињинграду, у Русији, на Светском првенству у фудбалу пример је спортског догађаја у оквиру кога су порушене границе етичког понашања у спорту. На тој утакмици репрезентативци Швајцарске Џака и Шаћири су постигнуте голове прославили показивањем албанског орла рукама што је била још једна у низу политичких провокација и промовисања идеја тзв. Велике Албаније. Оба репрезентативца Швајцарске су албанске националности и воде порекло из Гњилана (Џердан Шаћири) и из Коршумлије (Гранит Џака). Премда су играли за репрезентацију Швајцарске, ова два фудбалера искористила су прилику у мечу са репрезентацијом Србије да на националној основи вређају репрезентативце и навијаче Србије, што је очигледан пример повреде права на националној основи и гажења принципа *fair play*-а на коме се спорт заснива. Дисциплинска комисија Међународне федерације фудбалских асоцијација (ФИФА) одлучила је да фудбалере швајцарске поштеди забране играња и да их само новчано казни са по 10.000 швајцарских франака због контраверзног славља после голова датих на утакмици против Србије.¹⁹ Описани инциденти, и у вези са њима изречене казне, иду у прилог тези да је начело одвојености спорта од политичких утицаја, које је прокламовано бројним политичким документима међудржавних организација, а прописано и гарантовано многим општим правним актима међународних спортских организација, још увек само идеја чијем се остварењу тежи и која је тешко остварива у пракси.

3. НАВИЈАЧКО И ПОЛИТИЧКО НАСИЉЕ

Насилничко понашање екстремних навијача у многим европским земљама је раширена појава која изазива велику забринутост у јавности и врло често и на различите начине повезано је са политиком. С једне

¹⁹Извор интернет: <https://www.rts.rs/page/sport/sr/Rusija2018/story/2774/vesti/3181233/novcane-kazne-za-dzaku-sacirija-i-lihtstajnera.html>. 30. април 2019.

стране, забринутост јавности је оправдана, због очигледне и све веће присутности хулигана на спортским приредбама, а с друге стране, наведени друштвени проблем додатно се конструише као изразито опасан чему посебно доприносе иступи појединих утицајних политичара, медији и други актери спортских догађаја. Пренаглашавање ове врсте насиља је-сте знак манипулације којом се жели скренути пажња на вандале и хулигане и на тај начин померити истински проблем младих људи без запослења, који живе на ивици егзистенцијалног минимума. Овome треба додати да неки политичари, спортски радници, новинари и други актери повезани са спортом, својим јавним наступима подстичу насиље, или пак својим политички условљеним оценама и прогнозама ометају реални увид у стварну природу навијачког насиља.

Поједини аутори сматрају да је насилничко понашање код већине младих навијача углавном ритуалне, симболичке природе, потврђујући такву своју аргументацију малим бројем страдалих (убијених или тешко телесно повређених) у навијачким сукобима у различитим деловима света.²⁰ Иако се са оваквом оценом насиља екстремних навијача не слажемо, на овом месту желимо да скренемо пажњу да симболичко навијачко насиље услед лошег обезбеђења спортских приредби, претеране употребе принуде од стране полиције, а посебно због одговарајућих друштвених и политичких услова, може се претворити у истинско насиље са најтежим последицама. Чини нам се да овакве тврдње најбоље потврђују нереди који су се десили 2012. године у Египту на стадиону *Port Said* на утакмици *Al Masry – Al ahry* у којима су погинуле 74 особе, а преко пет стотина је повређено. Суд је 2015. године једанаест учесника тих нереди осудио на смрт, а деветнаест на дугогодишње казне затвора.

Такође, сукоби екстремних навијачких група однели су десет људских живота у Републици Србији у периоду од 1999. до 2009, чиме је наша земља, према овом показатељу, на првом месту у Европи. Наведено истраживање показало је да је на сваких 136 дана убијен по један навијач у Србији, и да су све жртве и нападачи старости од 17 до 25 година.²¹ Тај тренд у Србији настављен је и после 2009. године, што сведочи догађај од 21. новембра 2014. године, када је смртно страдао Марко Ивковић, звани Јагода, навијач *Црвене звезде*, уочи кошаркашке утакмице Евролиге, између *Галатасараја* и српског клуба у Истанбулу. У Србији је број смртно страдалих навијача много већи од претходно наведеног броја и он је после 2009. године наставио да расте сличним интензитетом. Прави број смртно

²⁰D. Lalić, *op. cit.* 65.

²¹ Н. Ђурђевић, „Кривична одговорност за насиље и недолучно понашање на спортским приредбама у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, год. 47, бр. 2, 2010, 286.

страдалих навијача је тешко утврдити, јер су припадници навијачких група у Србији често били укључени у вршење кривичних дела повезаних за злоупотребом дрога и другим тешким облицима криминала, због чега су се у многим случајевима преплитали навијачки и криминални мотиви обрачуна. Поређења ради, у периоду од 1996. до 1999. године у насиљу екстремних фудбалских навијача страдале су три особе у Енглеској, пет у Италији, а једна у Холандији.²² Због свега наведеног сматрамо да је насиље навијачких група у Србији озбиљан друштвени проблем који захтева интердисциплинарни приступ.

У једном истраживању спроведеном у Србији током 2012. године на узорку од 268 навијача фудбалских клубова *Црвене Звезде*, *Партизана* и *Рада* утврђено је да навијачи поменутих клубова у великој мери учествују на јавним скуповима неспортског карактера (митинзима политичких партија, штрајковима радника, скуповима против *Параде поноса*, „патриотским скуповима“ и томе слично). Испитаницима је понуђена могућност вишеструког избора. Могли су да заокруже све врсте скупова на којима су учествовали, па су и проценти израчунати у односу на врсту скупа а не у односу на број испитаника. Од укупног броја одговора, скоро трећина (30, 11%) односи се на учешће на скуповима против *Параде поноса*, затим (19, 06%) на патриотске скупове, (16, 57%) на митинге политичких партија, (2,49%) на штрајкове радника, (19,12 %) на „нешто друго“, док нешто више од петине одговора (22,65%) сведочи о неучествовању на скуповима који нису у вези са спортским приредбама. Ова тенденција је још присутнија када су у питању вође навијача и чланови најужег језгра поменутих навијачких група.²³ Ови одговори нису изненађујући, управо због тога што су екстремне навијачке групе често изманипулисане од стране политичких партија и одређених политичких структура, најчешће оних десно орјентисаних, у борби за наводне националне интересе. Коначно, они су чланови и симпатизери политичких партија и значајан део бирачког тела, а сведоци смо да вође навијача неретко добијају извесну заштиту од државне кривично правне реакције. Наши резултати су слични са истраживањем спроведеним у Италији по коме је две трећине италијанских ултра навијача признало да је учествовало у сукобима ван фудбалских дешавања.²⁴ С тим у вези је и једно онлајн (*on-*

²² E. Dunning, E. „Towards a Sociological Understanding of Football, Hooliganism as a World Phenomenon“, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 8, No. 2, 2000, 146.

²³ B. Simonović, S. Sokovic, S. Mijalković, S. Novović, B. Otašević, Using soccer fans for political purposes: Case Serbia, *Sport Science*, No.10. Suppl 1, 60-55.

²⁴ A. Roversi and C. Balestri, Italian Ultras Today: Change or Decline? *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2000. 8 (2), 186.

line) емпиријско истраживање, спроведено у Босни и Херцеговини (БиХ) из 2011. године, у коме је учествовало 156 пунолетних испитаника с простора БиХ, од чега 86 припадника женског, односно 70 мушког пола. Резултати истраживања показали су да се скоро половина од укупног броја испитаника слаже потпуно (15,4%) или делимично (33,3%) са тврдњом да политичари користе навијаче спортских клубова ради остваривања својих циљева, при чему је тачно једна трећина испитаника неодлучна. Истовремено, више од половине испитаника (55%) сматра да навијачи артикулишу поруке током спортских сусрета које политичари не смеју изрећи у јавном дискурсу из страха од губитка популарности. На основу изнетих резултата може се закључити да грађани навијаче виде као продужену руку политичких елита у БиХ.²⁵

Резултати истраживања спроведеног у Србији потврђују да је екстремним навијачким групама својствена хомофобичност, комбинована са тзв. *мачизмом* и светом традицијом *српског брака и породице*, као фундамента система вредности екстремних навијача. Хомофобичност навијачких група политизована је најчешће од стране десничарских политичких струја. Ову тезу најбоље илуструје насиље које су испољиле навијачке групе у последње две деценије у нашој земљи у покушају забране одржавања „Параде поноса“ у Београду. Најдрастичнији пример је из октобра 2010. године када је у вишечасовним сукобима полиције и демонстраната (углавном припадника екстремних навијачких група) повређено 150 људи, од чега 130 полицијских службеника. Хулигани су тада запалили седиште Демократске странке у Београду, разбили стакла на објекту Радио телевизије Србије у центру града, као и стакла на објекту Социјалистичке партије Србије и Либерално демократске партије, због тога што су подржавали и промовисали Параду. Запаљено је 11 полицијских возила, 3 ватрогасна возила, 2 аутобуса и 2 тролејбуса Градског саобраћајног предузећа, возила хитне помоћи, неколико приватних аутомобила, киоска и контејнера.²⁶ Последица овог догађаја је забрана одржавања „Параде поноса“ 2011, 2012, и 2013. године.

Такође, у нашој земљи навијачке групе су посебно активне и организоване и када су у питању јавни скупови које организују или на којима учествују „десничарске“ организације. Тада је њихово присуство изузетно запажено, с обзиром на бројност, агресивност, компактност и начин испољавања насиља. По овом наша држава није изузетак у Европи,

²⁵С. Марчић, „Насилно понашање навијачких група као средство политичке манипулације у Босни и Херцеговини“, у: Д. Вејиновић (ур.), *Насиље и спорт*, Европски дефендологија центар за научна, политичка, економска, социјална, безбједоносна, социолошка и криминолошка истраживања, Бањалука, 2011, 233.

²⁶Подаци Управе за аналитику МУП-а Републике Србије.

познато је да су екстремни десничари у Италији заправо фанови *Вероне* (где је било јако упориште сепаратизма) и *Лација* (који је био омиљени клуб Мусолинија).²⁷

ЗАКЉУЧАК

Спорт, политика и насиље су чврсто повезани и ту везу је тешко прекинути с обзиром на то да она постоји од давнина. Политика ће и даље емитовати своје импулсе не само на свет навијача већ и на друге области друштвеног живота и целокупан систем спорта. Традиција повезаности политике и спорта тешко замире, а покушаји да се политика и спорт у потпуности одвоје наилази не само на отпор политичара, већ и на отпор појединих спортиста и спортских радника, који везу спорта и политике виде као нужно зло које у кризним временима даје могућност спортским организацијама да се приближе разноврсним државним фондовима и пронађу материјална средства за свој опстанак и рад. Но без обзира на све до сада речено, треба нагласити да узајамна блискост актера та два поља не мора бити штетна, у неким приликама, примера ради код међународних успеха репрезентације, спорт позитивно делује на политику, а и политика помаже спорту да оствари своје друштвено повезујуће потенцијале, који су често у служби политике.

Међутим, савремена збивања везана за међусобни однос спорта и политике, у великој мери су условљена, директно или индиректно друштвено политичким збивањима која су се дешавала и још увек се дешавају на овим просторима. Спортски догађаји су позорнице на којима се узвикују екстремистички поклици и на којима парадирају екстремистичке пароле из четрдесетих година прошлог века, којима се покушавају поравнати стари рачуни. Поједини политичари и спортски радници јавно истичу своје „родољубље“, и у том смислу често баратају идеологијом национализма, која им служи као димна завеса помоћу које лакше приступају издашним резервоарима профита и моћи, који у спорту постоје. Такође, политичке елите манипулишу навијачким групама и захваљујући њима каналишу дистрибуирање дозираних политичких порука, које се не могу јавно изрећи без последица по сопствену политичку позицију. Комуницирање и деловање екстремних група навијача је разноврсно и по начину и по садржају, али се чини најчешће у служби власти, идеологије и других битних елемената политике. У тим ситуацијама се често испољавају различити облици насиља (најчешће вербално, али и физичко) што привлачи пажњу јавности како у нашој земљи, тако и у иностранству.

²⁷R. Guilianotti, R., *Football – a sociology of the global game*, Policy Press, London, 2000, 135.

Интерес јавности се посебно појачава када је то насиље повезано са политичким екстремизмом.

ЛИТЕРАТУРА

Божовић, Р., *Лексикон културологије*, Агенција „Матић“, Београд, 2006.

Батаковић, Д., „Погибија руског конзула Г. С. Шчербина у Митровици 1903. године“, *Историјски часопис*, књига XXXIV, 308 – 325.

Ћилас, М., *Бесудна земља*, Нова књига, Београд, 2014.

Ђурђевић, Н., „Кривична одговорност за насиље и недолично понашање на спортским приредбама у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, год. 47, бр. 2, 2010, 285-308.

Марчић, С., „Насиљно понашање навијачких група као средство политичке манипулације у Босни и Херцеговини“, у: Д. Вејиновић (ур.), *Насиље и спорт*, Европски дефендологија центар за научна, политичка, економска, социјална, безбједоносна, социолошка и криминолошка истраживања, Бањалука, 2011, 224–238.

Оташевић, Б., *„Насиље на спортским приредбама“*, ЈП Службени гласник, Београд, 2015.

Скемблер, Г., *Спорт и друштво*, Клио, Београд, 2007.

Шупут, Д., „Остварење начела одвојености спорта од политике – проблем примењивости правних норми“, *Правни живот*, 9/2014, 513 – 523.

Guilianotti, R., *Football – a sociology of the global game*, Policy Press, London, 2000.

Dunning, E., „Towards a Sociological Understanding of Football, Hooliganism as a World Phenomenon“, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 8, No. 2, 2000, 141-162.

Lalić, D., *Nogomet i politika-Povjest i sufremenost međuodnosa u Hrvatskoj*, Faktura, Zaprešić, 2018.

Merkel, U., “Football Identity and Youth Culture in Germany”, in G. Armstrong and R. Giulianotti (eds) *Football Cultures and Identities*, Macmillan, London, 1999.

Offe, C., *Der Tunnel am Ende des Lichts*, Erkundungen der politischen Transformation in Neuen Osten, 1994.

Roversi A. and Balestri C., Italian Ultras Today: Change or Decline? *European Journal on Criminal Policy and Research*, 8(2), 2000, 183-199.

Simonović, B., Sokovic, S., Mijalković, S., Novović, S., Otašević, B.: Using soccer fans for political purposes: Case Serbia, *Sport Science*, No. 10, Suppl 1, 2017, 60-55.

Cashmore, E., *Making Sense of sports*, Routledge, London, 2005.

Интернет:

<https://www.rts.rs/page/sport/sr/Rusija2018/story/2774/vesti/3181233/novsane-kazne-za-dzaku-sacirija-i-lihtstajnera.html>. 30. април 2019.

Božidar OTAŠEVIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies

Saša ATANASOV, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law Priština, Kosovska Mitrovica

Zdravko GRUJIĆ, PhD, Assistant Professor

Assistant Professor, Faculty of Law Priština, Kosovska Mitrovica

POLITICAL EXTREMISM IN SPORT

Summary

The aim of this paper is to analyze the interrelationships between sports and politics, with particular reference to the abuse of sports for political purposes and for promotion of the ruling elites, as well as the reexamination of the influence of fan groups on political and social events at the beginning of the 21st century. An analysis of development of interrelations of the sport and politics unequivocally provides the basis for conclusion that politics, in various regimes and situations, often engages in socially important aspects of sports, both in this region and in the whole world. But, vice versa, that clubs, fan groups and other sports actors often had very important role on relations and events into politics.

In some dynamic periods, primarily during social and economic crises, or wars, this connection was particularly expressed. The results of this research further shows that fan groups in the Republic of Serbia, and in the region, also participate in public meetings that have a political, rather than a sports background, and that they propagate different extremist views and ideas.

Keywords: *sport, politics, ideology, extremism, fan groups.*

Владан МИРКОВИЋ¹

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

ИЛЕГАЛНА ВИРТУЕЛНА ТРЖИШТА КАО САВРЕМЕНИ БЕЗБЕДНОСНИ ПРОБЛЕМ

Апстракт: Развој интернета и савремене технологије омогућио је настанак виртуелног простора чије коришћење је условљено посебним интернет претраживачима и познавањем посебних безбедносних процедура односно поступака енкрипције комуникације. Такав виртуелни простор, изворно настао као последица потребе за приватном и анонимном комуникацијом људи са истим интересима у научној заједници и службама безбедности, постао је инфраструктура за илегална виртуелна тржишта. Таква „тржишта“ која су углавном анонимна, неограничена у погледу понуде и тешко доступна, нуде све врсте роба и услуга, а њихово финансирање заснова се на виртуелним валутама. Основни елементи илегалног пословања преко интернета су: илегално виртуелно тржиште и децентрализован и анониман систем плаћања виртуелним валутама. Синтеза два основна елемента илегалног пословања на интернету приказана је на примеру Пута свиле, скривене интернет странице која је била активна од 2011 до 2013.

Кључне речи: *безбедност, илегално виртуелно тржиште, приватност, анонимност, виртуелне валуте.*

1. УВОД

“Већ дуго је прихваћено становиште да се интернет састоји од две компоненте - површинског интернета (*surface web*) и дубоког (скривеног) интернета (*deep web*). Површински интернет представља збирку интернет страница које су јавно и директно доступне без потребе да се пролази кроз процес регистрације, логовања или подношења захтева на интерфејсу.“² Над површинским интернетом може се једноставно вршити контрола и надзор, што значи да власти и интернет провајдери увек могу да остваре увид у садржај комуникације и/или да дођу до метаподатака (локација, IP

¹ Асистент, V.mirkovic@pf.uns.ac.rs

² E. Dragut, W. Meng, C. Yu, *Deep Web Query Interface Understanding and Integration*, Morgan & Claypool Publishers, University of Waterloo, 2012, 2.

адреса, посећене странице, преузети материјал са интернета и сл.). "Корпорације које скупљају и складиште податке размењују информације тако да стичу утицај и контролу која превазилази могућности многих савремених држава и чак традиционалних сила."³

Страх од неконтролисаног надзора и потреба за анонимном комуникацијом довели су до стварања виртуелног простора до кога се долази само коришћењем посебних сервиса и претраживача који гарантују приватност корисника. Такав виртуелни простор назива се *дубоки интернет (deep web)*. „Такав интернет садржи интернет странице или документа који су доступни само претплатницима или је за њихов приступ потребно поднети захтеве на интерфејсу претраживача. Као да на пример издавач скупи велики број чланака у дигиталном облику који нису доступни на површинском интернету, већ су они једино доступни преко издавачевог претраживача.“⁴ Идеја о дубоком интернету настала је из разлога да се оствари безбедна и анонимна комуникација између људи са сличним интересима без страха од угрожавања приватности. Приватност коју нуди дубоки интернет, а која је појачана употребом енкрипције у комуникацији, могу да користе новинари ради одржавања контакта са узбуњивачима⁵; приватних компанија које на тај начин желе да заштите пословне тајне; власти у циљу сузбијања штетних и незаконитих активности; научници који у удаљеним крајевима света спроводе истраживања и на тај начин желе да заштите своју комуникацију; грађани у репресивним режимима за изражавање политичког бунта и иницирање политичке акције⁶.

С друге стране, „у оквиру дубоког интернета постоји црни интернет... У техничком смислу, црни интернет представља варијацију приватних мрежа (VPN) са додатним мерама које имају за циљ скривање саме мреже и IP адреса корисника. Циљ је да се сакрије не само комуникација, већ и чињеница да је дошло до размене информација.“⁷ Приступ овим мрежама могућ је само преко посебних претраживача.

³ Х. Кисинцер, *Светски поредак*, Клуб Плус, Београд, 2014, 380.

⁴ Е. Dragut, W. Meng, С. Yu, op.cit. 2.

⁵ Случај Едварда Сноудена је најпознатији такав случај.

⁶ Један од разлога развоја дубоког интернета је и потреба да се обезбеди анониман приступ интернету грађанима у репресивним режимима. Вид. *Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 20. <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/drugs-and-darknet-perspectives-for-enforcement-research-and-policy>, приступљено 10.3.2019.

⁷ *Pharmaceutical Crime on the Darknet, A study of illicit online marketplaces*, Interpol, Lyon, 2015, 6. <https://www.gwern.net/docs/sr/2015-interpol-pharmaceuticals.pdf>, приступљено 14.3.2019.

Најпознатији је Top (The Onion Router), а поред њега користе се и Freenet и The Invisible Internet Project (I2P). Тако позитивне стране приватности и безбедности дубоког интернета могу да злоупотребе лица која на тај начин желе да стекну профит кроз успостављање илегалних виртуелних тржишта за продају дроге, оружја и других роба.⁸ У таквим околностима, злоупотреба савремене технологије у незаконите сврхе постаје изузетно велики савремени безбедносни проблем.

2. ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ИЛЕГАЛНОГ ВИРТУЕЛНОГ ТРЖИШТА

Илегална виртуелна тржишта можемо одредити као интернет странице доступне на дубоком или површинском интернету на којима се оглашавају *продавци* и *пружаоци услуга* који нуде најразличитије врсте забрањених роба и услуга корисницима таквих интернет страница. Предмет овог рада су само она виртуелна тржишта која функционишу на *дубоком интернету*. Најпознатија илегална виртуелна тржишта (затворена или још увек активна) су Пут свиле, Пут свиле 2.0, Еволутион Маркет, Агора, Алфа беј, Ханза, Руска анонимна пијаца и сл.⁹

На илегалним виртуелним тржиштима доступни су: роба и услуге. Роба која се може наћи на илегалним виртуелним тржиштима је: 1. ван робног промета (дрога, лични подаци и приступни кодови корисника интернета и сл.); 2. роба чији је промет условљен или ограничен (оружје, лекови и сл.) и 3. у робном промету, али је стечена илегално, а најчешће крађом (технички уређаји и сл.). Када је реч о услугама нуде се различите могућност укључујући и коришћења *услуга* које подразумевају поједине забрањене послове (нпр. вршење аматерских и/или професионалних ликвидација, фалсификовање докумената и сл.). У том смислу, продавци и купци односно пружаоци и корисници услуга чине разне облике кривичних дела. Због тога, класична интернет комуникација преко

⁸ Европол је у Процени опасности од тешког и организованог криминала идентификовао илегалну продају робе преко интернета као једну од најопаснијих активности у вези организованим криминалом данас у Европи. Вид. Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) – Crime in the age of technology, Europol, 2017. <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>, доступно 22.2.2019.

⁹ Више о појединачним тржиштима вид. Europol, Internet Organized Crime Threat Assessment 2018– IOCTA, European Cybercrime Centre, 2018, p.49 или Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 16. <https://www.europol.europa.eu/internet-organised-crime-threat-assessment-2018>, приступљено 17.3.2019.

уобичајених интернет претраживача и мрежа није пожељна за учеснике илегалних виртуелних тржишта, јер је конфигурисана тако да комуникација иде преко рутера (N) који бележи IP адресу пошиљаоца неког податка или информације (P) и прослеђује је на IP адресу примаоца (Pr), „баш као што свако обично писмо садржи адресе пошиљаоца и примаоца.“¹⁰

Већина илегалних виртуелних тржишта присутна је на мрежи Тор (The Onion Router – TOR). „Мрежу Тор чини група сервера која омогућава људима да унапреде приватност и безбедност на интернету. Корисници Тор-а користе мрежу тако што се повезују путем више виртуелних тунела, а не путем успостављања директног контакта, што омогућава организацијама и појединцима коришћење јавног простора без угрожавања приватности.“¹¹ Такве мреже (а Тор је најпознатија) кроз систем повезаних рачунара омогућавају успостављање везе између корисника и/или интернет странице на којој се нуде робе и услуге, а да се при томе IP адреса корисника не може повезати са страницом која је посећена нити се посећене странице памте на рачунару корисника. Тако се успоставља низ: корисник – улазни чвор – преносни чвор – излазни чвор – интернет страница.¹² IP адреса корисника се губи већ између улазног и преносног чвора, док је IP адреса која се може повезати са интернет страницом IP адреса излазног чвора.

Из претходно описаног начина на који функционишу илегална виртуелна тржишта могу се извести њихове основне карактеристике: 1. приватност; 2. анонимност, 3. безбедност; 4. поверење; 5. децентрализација, 6. неограниченост понуде, 7. динамичност и 8. отпорност.

Приватност на илегалним виртуелним тржиштима има два аспекта. Први проистиче из начина организовања мреже на којој је нека интернет страница постављена и у том смислу, број корисника је ограничен, а њихов приступ условљен неким врстама провера (нпр. стари члан мора да гарантује или препоручи новог; до страница на црном интернету стиже се преко хиперлинкова на страницама површинског интернета и сл).¹³ Други аспект приватности односи се на коришћење

¹⁰ What Protection does Tor Provide, <https://www.torproject.org/docs/faq.html.en#WhatProtectionsDoesTorProvide>, доступно 22.2.2019.

¹¹ Tor: Overview, <https://www.torproject.org/about/overview.html.en>, доступно 22.2.2019.

¹² Шема по којој Тор функционише доступна је у Pharmaceutical Crime on the Darknet, A study of illicit online marketplaces, Interpol, Lyon, 2015, 21.

¹³ Више о начинима приступа скривеним интернет страницама вид. Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy, European Monitoring Centre

посебних интернет претраживача који скривају локацију односно IP адресу, а тиме и идентитет корисника интернета те онемогућавају бележење приступа корисника интернет страницама и другим сервисима. Власти и интернет провајдери који надзиру интернет саобраћај због тога не могу утврдити ко је посетио неку страницу нити где се он налази што омогућава корисницима да задрже приватност у оној мери у којој они то желе. „Ако се неко улогује на Гугл или Фејсбук преко Тор-а, локални ISP или интернет провајдер не може знати да је неко посетио Гугл или Фејсбук. Гугл и Фејсбук не могу да утврде где се налази корисник. Међутим, с обзиром на то да је корисник улован преко налога на том сајту они знају ко је корисник.“¹⁴ Из тог разлога лица која намеравају да користе интернет у незаконите сврхе могу да избегну коришћење сервиса и страница на површинском интернету које се налазе под надзором и контролом власти и провајдера и своје активности преселе на дубоки интернет где је комуникација енкриптована, а кориснички налог анониман.¹⁵ Један од програма за енкрипцију који се користи у овом контексту је PGP (Pretty Good Privacy), који „у математичком процесу генерише два повезана кључа. Порука енкриптована једним кључем може бити дешифрована само са другим кључем.“¹⁶ PGP подразумева коришћење јавног и приватног кључа. Пошиљалац поруке користи јавни кључ примаоца поруке да енкриптује поруку, а прималац поруке користи приватни кључ да дешифтује поруку. Јавни кључ је доступан на мрежи као број у телефонском именику, док је приватни кључ познат само кориснику.¹⁷ Кроз систем двоструког кључа обезбеђује се *аутентификација* корисника и садржаја комуникације, а са друге стране гарантована је и заштита од уплитања трећих страна у комуникацију.

Анонимност корисника остварује се тако што се корисник на мрежи појављује са јавним кључем који представља низ слова и бројева, а који се не може повезати са идентитетом корисника, док се у комуникацији представља углавном под псеудонимом. Због тога

for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 16.

¹⁴ <https://www.torproject.org/docs/faq.html.en#WhatProtectionsDoesTorProvide>, доступно 22.2.2019.

¹⁵ У извештају Интерпола о трговини лековима преко интернета указано је да се илегална виртуелна тржишта и црни интернет користе углавном за трговину дроге, док се површински интернет такође користи за продају недозвољених роба, али оних који не привлаче толико пажњу као што је дрога. Као пример наведена је продаја кривотворене одеће. Више о томе у Pharmaceutical Crime on the Darknet, A study of illicit online marketplaces, Interpol, Lyon, 2015.

¹⁶ S. Garfinkel, *PGP: Pretty Good Policy*, O'Reilly Media Inc., USA, 1995, 11.

¹⁷ Прем. *Ibid.* 12.

корисници дубоког односно црног интернета потпуно слободно и отворено могу да нуде односно купују забрањену робу и/или услуге.

Отпорност илегалних виртуелних тржишта значи да инфраструктура на којој се заснива постојање илегалних виртуелних тржишта има способност да брзо реагује на настале промене и да се постојећи системи заштите веома брзо унапређују. Карактеристике мрежа на којима су присутна илегална виртуелна тржишта чине да свако следеће тржиште које настане постане још већи безбедносни проблем. Учесници ових тржишта веома брзо реагују на активности државних органа и побољшавају безбедносне мере, окупљају старе кориснике на новим сајтовима и често настављају са пословањем боље него што је било раније. "Најскорији пример односи се на брзи раст илегалног виртуелног тржишта, као што је Трејдрут (Traderout) и Дрим (Dream), након гашења Алфабеја (Alphabay) и Хансе (Hansa)."¹⁸

Док је отпорност општа карактеристика инфраструктуре и генерално идеје илегалних виртуелних тржишта, дотле се *динамика* као карактеристика односи на појединачна и конкретна тржишта. У истраживању које је спровео Европол, на узорку од 103 илегална виртуелна тржишта просечно време трајања је 8 и по месеци, док су само три тржишта била активна скоро 4 године.¹⁹ Након затварања неких од највећих илегалних виртуелних тржишта, јавила су се мања тржишта која су ограничена на одређени простор и говорно подручје, а администратори су углавном лица која су претходно били продавци на глобалним илегалним виртуелним тржиштима. Свако ново тржиште доноси са собом бољи ниво заштите, бољи однос у комуникацији са корисницима и ефикаснији систем пословања, што приморава припаднике служби надлежних за сузбијање високотехнолошког криминала да стално унапређују своја знања и буду упознати са трендовима у овој области.

Поверење је тренутно један од најважнијих регулативних принципа на илегалном виртуелном тржишту, с обзиром на то да кроз безбедносне и криптографске процедуре није могуће искључити несавесност корисника нити постоји могућност њихове детаљније претходне провере. У том смислу поверење има улогу у две ситуације. Прво, пријем новог члана условљен је препоруком старог члана, чиме

¹⁸ Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 54.

¹⁹ Графички приказ и преглед трајања појединачних илегалних виртуелних тржишта вид. Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 18-19.

остали чланови изражавају поверење у кредибилитет старог члана. Друго, илегално виртуелно тржишта заснива се на сарадњи и комуникацији људи који имају заједничке интересе. Заједнички интерес се може најједноставније дефинисати као потреба да се прода/купи нека роба или пружи било која врста услуге потпуно анонимно без страха од надзора надлежних државних органа. Поверење је додатно стимулисано форумима на којима се корисници изјашњавају о квалитету роба/услуга и продавцима. Стицање бољег пословног имена гранат је веће продаје и већег прихода, отуда се продавци труде да оставе што бољи утисак на купце.²⁰ Таква ситуација може бити злоупотребљена од стране оних који на илегална виртуелна тржишта долазе у намери да кроз изигравање поверења стекну профит.²¹

Разградња поверења начин је на који могу деловати и службе које се боре против високотехнолошког криминала. Наиме, прикривени иследници могу предузимати симуловане послове било као корисници или администратори и на тај начин кроз откривање и процесуирање чланова мреже довести у питање поузданост и интегритет илегалног виртуелног тржишта. Тако се може остварити кажњавање корисника ових мрежа, али и одвраћање дела потенцијалних корисника. Међутим, овде се може јавити проблем јурисдикције јер с једне стране "према традиционалним принципима међународног јавног права државе имају надлежност само у оквиру својих суверених граница, па је самим тим и место предузимања радњи и мера надлежних органа у откривању, гоњењу и вођењу кривичног поступка за дела високотехнолошког криминала ограничено на територију државе."²² С друге стране, карактеристике ових тржишта чине да се с правом може поставити питање: У чијој јурисдикцији је кривично дело учињено када је мрежа децентрализована,

²⁰ Једно од илегалних виртуелних тржишта (Evolution) има систем оцењивања као и било који други сајт на коме се продају дозвољене ствари, где корисници оцењују продавце уз могућност медијације у случају спора, где се као медијатор појављује администратор сајта. Вид. *Pharmaceutical Crime on the Darknet, A study of illicit online marketplaces*, Interpol, Lyon, 2015, 8.

²¹ Истраживање које је спровео Европол показало је да од 89 случајева у коме је илегално виртуелно тржиште татворено у 31 случају је администратор украо средства депонована на сајту и угасио сајт; у 24 случаја сајт се угасио вољом администратора и корисника, док је у 14 случаја сајт био угашен након полицијске акције. *Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 16.

²² М. Писарић, „Потребни нормативни одговор на проблеме откривања и доказивања дела високотехнолошког криминала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, Нови Сад, 293.

а адреса корисника сакривена?²³ Због тога је основна претпоставка ефикасног превентивног и репресивног рада у овој области међународна сарадња и уједначено законодавство у овој области које пружа довољно основа за примену потребних истражних мера и техника. За разлику од служби националних држава, корисници оваквих тржишта апсолутно су слободни и неспутани у избору места и природе послова као и мера заштите. Свесни одређених слабости система, корисници илегалних виртуелних тржишта стално траже нове начине да се поверење као регулаторни принцип замени безбедносним процедурама чиме би се трансакције на оваквим тржиштима потпуно објективизовале.

Децентрализација подразумева већи број мрежа на којима се налазе илегална виртуелна тржишта, а које су организоване као реер-to-реер мреже. "У оваквој врсти мреже информације се не складиште нити преносе посредством централног сервера, већ се енкриптују и шаљу свим рачунарима на мрежи. Корисници не знају који подаци су ускладиштени на њиховим рачунарима, а подаци који се размењују на мрежи се копирају на неколико рачунара чинећи да су подаци увек доступни чак и ако неки уређај постане недоступан."²⁴ Осим у функционисању мреже, децентрализација се огледа и у раширености ових тржишта. Тако поред оних која су глобално присутна и доступна, постоје и оне која егзистирају у једном региону или у оквиру једног језичког подручја.

Неограниченост понуде подразумева да се на илегалном виртуелном тржишту може наћи све, од украдених телефона и личних података до могућности ангажовања плаћених убица. Према подацима Европола²⁵, на анализираним црним тржиштима 62% понуде се односи на дроге, док остатак одлази на преваре и фалсификовање, оружје, експлозив, малвере и хакерске услуге. Поред тога, на црном тржишту може се наћи доста материјала који се односи на сексуалну експлоатацију

²³ Ограничења на која наилазе припадници служби за сузбијање високотехнолошког криминалитета могу се заобићи кроз међународну сарадњу што је углавном принцип европских држава које имају јасан однос према праву уопште, али и кроз удаљени приступ рачунарима у страним државама што је кршење унутрашњег и међународног права од стране државних органа оне државе која предузима такве радње. О овим дилемама вид. А. Gharpour, „Searching Places Unknown: Law Enforcement Jurisdiction on the Dark Web“, *Stanford Law Review*, Volume 69, April 2017.

²⁴ Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 22.

²⁵ Вид. *Ibid.* 15.

деце, трговину угроженим животињским врстама или њиховим деловима и сл.²⁶

3. ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ВИРТУЕЛНИХ ВАЛУТА

„У техничко – технолошком смислу биткоин (или било која виртуелна валута) представља низ симбола који стоје у одређеном математичком низу насталом решавањем сложених математичких једначина док је његова вредност изражена у јединици виртуелне валуте еквивалент уложеног труда, времена и средстава који су потребни да би се те сложене математичке једначине решиле.“²⁷ Једноставније речено виртуелна валута може се дефинисати као сложен "ланац дигиталних потписа"²⁸. У студији Међународног монетарног фонда (ММФ) која је посвећена садашњем и будућем стању и перспективама виртуелних валута виртуелне валуте су одређене као "дигитални приказ вредности издат од стране приватних субјеката који је изражен у сопственој јединици вредности."²⁹ Управа за сузбијање финансијског криминала САД (FinCEN) дефинише *виртуелне валуте* као „средство размене које у неким околностима има функцију праве валуте, али да суштински нема све карактеристике правих валута. Пре свега, виртуелне валуте нигде нису признате као законско средство плаћања.“³⁰

У Директиви 2018/843 Европског парламента и Савета Европске уније од 30. маја 2018. године виртуелна валута дефинисана је као "дигитални приказ вредности који није издат од стране централне банке или другог органа јавне власти и за који не гарантује централна банка или други орган јавне власти, нити је нужно везан за законски прописану валуту те нема правни статус валуте или новца, али је прихваћена од

²⁶ Вид. Research identifies illegal wildlife trade on the Darknet, <https://www.interpol.int/News-and-media/News/2017/N2017-080>, приступљено 22.9.2018.

²⁷ Љ. Стајић, В. Мирковић, Н. Радивојевић, „Могућности злоупотребе виртуелних валута у процесу прања новца и финансирања тероризма“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 891-907, 893.

²⁸ S. Nakamoto, Bitcoin: A Peer – to – Peer Electronic Cash System, 2008, p. 2.

²⁹ <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>, приступљено 30.7.2018.

³⁰ Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies, FIN-2013-G001, March 18, 2013. <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-persons-administering>, приступљено 30.7.2018.

стране физичких и правних лица као средство размене и може се преносити, похрањивати те се њиме може располагати електронски."³¹

Основне карактеристике система плаћања виртуелним валутама су: 1. безбедност; 2. анонимност и 3. децентрализација.

Безбедност система плаћања виртуелним валутама гарантована је начином настанка и процедурама које се користе да би се остварила њихова заштита од интервенције трећих лица и заштита трансакција. Процес стварања виртуелних валута „заснива се на енкрипцији односно шифровању применом SHA – 256 протокола³² (тзв. хешинг, енг. hashing) којим се било који податак или информација претвара (хешује) у 256 битни низ података фиксне дужине који има одређену хеш вредност.³³ Енкрипција је увек једносмерна што значи да се декрипцијом не може добити оригиналан податак или информација. Решавањем једначина може се добити само одговарајући низ нула које стоје на почетку хеша блока и чије рачунање представља коефицијент тежине копања која се подноси на мрежу ради верификације. На тај начин онемогућене су злоупотребе у виду фалсификовања кроз измене у низу података.“³⁴

Анонимност плаћања виртуелним валутама остварује се тако што се приликом креирања виртуелног новчаника врши додељивање посебне адресе са којом се корисник идентификује на мрежи и која је свима доступна, док се подаци о идентитету лица не појављују. Трансакције у вези виртуелних валута врше се на основу приватног кључа односно шифре коју поседује корисник. "Ово се може упоредити са бројем банковног рачуна. Стање биткоина (енг. balance) повезано је са биткоин адресом. Шифра (енг. private key) омогућава трошење биткоина са те адресе."³⁵ "Све биткоин трансакције су јавно доступне. Међутим,

³¹ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, 30 May 2018, Strasbourg, Official Journal of the European Union L 156/43. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L0843#ntr1-L_2018156EN.01004301-E0001, приступљено 26.7.2018.

³² SHA (Secure Hash Algorithm) је криптографски алгоритам развијен од стране америчке Агенције за националну безбедност (NSA), <https://www.techopedia.com/definition/30570/secure-hash-algorithm-1-sha-1>, приступљено 23.7.2018.

³³ <https://en.bitcoin.it/wiki/Hash>, приступљено 22.7.2018.

³⁴ Љ. Стајић, В. Мирковић, Н. Радивојевић, *op. cit.* 893.

³⁵ S. Bennett, *Bitcoin: Understanding Bitcoin, Mining, Investing & Trading for Beginners*, Cryptomasher, 2017. <https://books.google.rs/books?id=2wCACwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=bitcoin&h1=sr&sa=X&ved=0ahUKEwvjvusiHI2NzbAhXGCGJoKHXOTCGwQ6AEILTAB%20->

идентификација корисника никада се не чува. Слично рачунима Швајцарске банке, само се (биткоин) адреса бележи. Ово отежава праћење лица које је ималац адресе.³⁶ Анонимност је код виртуелних валута донекле ограничена јер се за новчанике који омогућавају конверзију виртуелних валута у праве валуте углавном траже лични подаци и пролази се кроз KYC процедуру³⁷. Међутим, као што је поверење слаба тачка илегалног тржишта, тако је и потреба да се у једном моменту дође у контакт са стварним финансијским тржиштем које је увек под надзором и контролом надлежних државних органа слаба тачка пословања са виртуелним валутама.

Децентрализација пословања са виртуелним валутама проистиче из начина настанка и верификације виртуелних валута кроз реер-to-реер умрежене рачунаре. „Енкриповане низове података (тзв. трансакције) производе сервери са којим су повезани рачунари (нодови) који су децентрализовани односно организовани као реер – to – реер (P2P) мрежа у којој нема централног рачунара него су сви једнаки чинећи тзв. руднике. Рудници су распоређени широм света³⁸, а рудари односно лица која решавају једначине преузимају копије трансакција са сервера.“³⁹

[%20v=onepage&q=bitcoin&f=false#v=snippet&q=bitcoin&f=false](#), преузета књига у електронској форми 10.7.2018.

³⁶ R. Caetano, *Learning Bitcoin*, Packt Publishing Ltd., 2015, 17.

³⁷ KYC Policy стандардна је процедура утврђивања идентитета лица који стоје иза виртуелног новчаника. Реч је о једном аспекту политике која је усмерена на спречавање прања новца и финансирање тероризма злоупотребом финансијских институција. У циљу утврђивања идентитета корисник је дужан да пошаље слику пасоша, личне податке и сл, а у последње време често се процес идентификације врши у реалном времену, јер се лица идентификују преко Скајпа у циљу спречавања коришћења фалсификованих докумената за отварање виртуелних новчаника. Званична правила софтверске компаније која се бави пословима конверзије и преноса виртуелних валута (СЕО.ИХ) у вези KYC Policy вид. <https://cex.io/aml-kyc>, доступно 22.2.2019.

³⁸ На сајту buybitcoinworldwide.com може се наћи информација да се тренутно 81% рудника налази у Кини. Ово није чудно с обзиром на то да софтверске компаније које пружају услуге у вези криптовалута теже да организују свој рад на што ефикаснији начин. Велики број рачунара троши велике количине електричне енергије и производи велику топлоту због чега се као дестинације за руднике бирају државе које имају јефтине ресурсе или су енергетски ефикасније од других (Кина, Исланд, Русија и сл). Види листу највећих рудника <https://www.buybitcoinworldwide.com/mining/pools/>, приступљено 25.7.2018.

³⁹ Љ. Стајић, В. Мирковић, Н. Радивојевић, *op. cit.* 895.

4. ПУТ СВИЛЕ (SILK ROAD) КАО ПРИМЕР ИЛЕГАЛНОГ ВИРТУЕЛНОГ ТРЖИШТА

Илегална виртуелна тржишта као савремени безбедносни проблем биће анализирана кроз синтезу повољних карактеристика црног интернета и анонимног система плаћања на примеру *Пути свиле* који је ФБИ 2013. године затворио. Пут свиле постао је синоним за трговину на црном интернету откада је ухапшен главни администратор Рос Вилијам Улбрихт у акцији коју је спровео ФБИ 2013. године. Рос Улбрихт је 4. фебруара 2015. године проглашен кривим по свих седам тачака оптужнице „у вези активности и власништва над Путем свиле, скривене интернет странице креиране у циљу да корисницима омогући куповину и продају дроге и друге незаконите робе и услуга, анонимно и ван домаћаја државних органа.“⁴⁰ „Улбрихт је настојао да оствари анонимност трансакција на Путу свиле на два начина. Прво, Улбрихт је управљао Путем свиле преко Тор мреже, посебне мреже рачунара на интернету који се налазе широм света, намењене да сакрије праву IP адресу рачунара на мрежи и тако идентитет корисника мреже. Друго, Улбрихт је плаћање на Путу свиле засновао на систему плаћања биткоином што је олакшало вршење илегалне трговине, посебно због скривања идентитета и локације корисника који су преносили и примали средства преко сајта.“⁴¹ Приватна комуникација на сајту поводом конкретних трансакција била је енкриптована употребом PGP програма за енкрипцију. Улбрихт је на тај начин обезбедио "дилерима дроге широм света платформу за продају широког спектра контролисаних супстанци преко интернета."⁴²

"Неколико хиљада дилера и других илегалних продаваца користило је сајт у циљу дистрибуције хиљада килограма дроге и других забрањених роба и услуга стотинама хиљадама корисника широм света као и ради прања стотина милиона долара проистеклих из ових незаконитих трансакција"⁴³ Према проценама америчких власти за време

⁴⁰ U.S. Attorney's Office: Ross Ulbricht, the Creator and Owner of the Silk Road Website, Found Guilty in Manhattan Federal Court on All Counts, <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/newyork/news/press-releases/ross-ulbricht-the-creator-and-owner-of-the-silk-road-website-found-guilty-in-manhattan-federal-court-on-all-counts>, приступљено 20.9.2018.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² United States District Court for the Southern District of New York, United States of America vs ROSS WILLIAM ULBRICHT, a/k/a DREAD PIRATE ROBERTS, a/k/a SILK ROAD, February 04, 2014, 4. <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2015/03/25/US%20v.%20Ross%20Ulbricht%20Indictment.pdf>, приступљено 20.9.2018.

⁴³ *Ibid.* 2.

док је сајт био активан, посредством сајта продато је робе у вредности од 183 милиона америчких долара.⁴⁴

На Путу свиле отворено су се рекламирале дроге разврстане по категоријама: Канабис, Екстази, Опијати, Прекурсори, Стимуланси, Рецепт и сл. У периоду од новембра 2011. до септембра 2013. године агенти ФБИ су извршили преко 60 симулованих послова - куповина кокаина, хероина, ЛСД-а и других опојних дрога и као државе испоруке договорили више од 10 држава (Шпанија, Немачка, Холандија, Канада, Аустрија, Француска, Италија, Ирска, Уједињено Краљевство, САД и Аустрија). Поред опојних дрога, на Путу свиле су се могле наћи и друге робе и услуге. Од услуга највише се су нудили малвери, хакерске активности, израда лажних возачких дозвола, пасоша, кредитних картица, полиса осигурања и других лажних докумената.⁴⁵ Улбрихт се доводио у везу и са 5 убистава која су наручена у циљу одржавања анонимности корисника и функционисана тржишта, међутим такве тврдње нису биле доказане. Улбрихту се на терет стављало и да је одговоран за смрт 6 лица у вези конзумирања дроге купљене на сајту или је смрт наступила као последица конзумирања дроге на основу упутстава о коришћењу дроге доступним на сајту.⁴⁶ С друге стране, "Улбрихт је тврдио да Пут свиле остварује бољу контролу квалитета дроге јер су продавци подвргнути систему оцењивања и да су купци могли да бирају од кога ће да купе дрогу... Када би администратор примио негативну оцену у вези квалитета дроге неког продавца, такав продавац би се уклањао са сајта. На крају, Улбрихт је тврдио да сајт смањује насиље које је повезано са трговином дроге кроз безбедан и рачунарски заснован начин куповине дроге."⁴⁷

Према наводима оптужбе Улбрихт је за време док је био главни администратор сајта (јануар 2011-октобар 2013) на име провизије од трансакција на Путу свиле зарадио близу 13 милиона долара.⁴⁸ Након хапшења "власти су заплениле вредност од око 18 милиона долара у биткоинима са Улбрихтовог криптоновчаника и кроз анализу историје

⁴⁴ United States Court of Appeals, Second Circuit, UNITED STATES OF AMERICA, Appellee, v. ROSS WILLIAM ULBRICHT, a/k/a DREAD PIRATE ROBERTS, a/k/a SILK ROAD, a/k/a SEALED DEFENDANT 1, a/k/a DPR, Defendant-Appellant, Docket No. 15-1815, May 31, 2017, 2. <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1862572.html>, приступљено 20.9.2018.

⁴⁵ *Ibid.* 1.

⁴⁶ *Ibid.* 10.

⁴⁷ *Ibid.* 10.

⁴⁸ U.S. Attorney's Office: op. cit.

транзакција установљено је да око 89% биткоина на Улбрихтовом рачунару потиче са сервера Пута свиле који су смештени на Исланду."⁴⁹

Улбрихт је одлуком пороте оглашен кривим по следећим тачкама оптужнице: продаја наркотика; продаја наркотика посредством интернета; удруживање ради продаје наркотика; организовање криминалне групе; компјутерско хаковање; продаја лажних докумената и прање новца.⁵⁰ На основу одлуке пороте, суд у Њујорку је маја 2015. године осудио Улбрихта на казну доживотног затвора, што је другостепени суд потврдио у пресуди изреченој 31. маја 2017. године.

5. ЗАКЉУЧАК

Постојање и развијеност технологије не опредељују у великој мери постојање угрожавајућих појава, али знатно утиче на начине на који се угрожавајуће појаве реализују дајући им већи капацитет за угрожавање безбедности. Продаја дроге, оружја и других контролисаних или из правног промета искључених роба и услуга одувек је била људска делатност која је доносила велике приходе. Међутим, развој савремене технологије и интернета омогућио је да се таква активност одвија анонимно и без страха од откривања корисника и транзакција. Посебне мреже којима је приступ ограничен и условљен и које примењују специфичне безбедносне, криптографске и друге техничке мере за остваривање приватности и анонимности настале су у академским и безбедносним круговима и називају се дубоки интернет. То је део интернета који је сакривен од радозналих и случајних корисника интернета, који омогућава повезаност и комуникацију поводом осетљивих питања. Погодности које такве нуде мреже искористили су они који у тим карактеристикама виде начин да сакрију своје илегалне активности и отворе илегална виртуелна тржишта. Виртуелни простор у коме функционишу мреже које су дом за илегална виртуелна тржишта назива се *црни интернет*.

Илегална виртуелна тржишта су интернет странице које су присутне на мрежама које пружају приватност и анонимност корисницима и безбедност транзакцијама, а које се могу претраживати и на којима се може комуницирати само уз примену посебних претраживача и криптографских алгоритама. Таква тржишта нуде сваку врсту роба и услуга, транзакције се договарају и обављају на основу поверења и заједничког интереса који и утичу на коришћење оваквих страница.

⁴⁹ United States Court of Appeals, Second Circuit, *op. cit.* 6.

⁵⁰ U.S. Attorney's Office: *op. cit.*

Међутим, предности илегалних виртуелних тржишта могу истовремено бити и њихове мане. Поверење као један регулаторни принцип може бити „злоупотребљен“ од стране државних органа у смислу да се кроз симуловане послове и неизвршење обавеза доведе у питање интегритет одређеног тржишта, смањи број корисника и доведе до његовог гашења. Анонимност као једна од основних карактеристика пословања на црном интернету може бити окренута против самог тржишта јер се кроз пажљиво кретање и понашање на тржишту може задобити поверење и тиме позиција администратора са које се лако може доћи до корисника сајта или се кроз повлачење средстава корисника која су депонована на сајту може изазвати несигурност и неповерење и у остала тржишта.

Тенденције у развоју савремене технологије сугеришу да велика вредност виртуелних валута и илегалних тржишта није прошла незапажено код програмера и стручњака у ИТ сектору из разлога што се у све краћем временском интервалу јављају нова унапређења и техничка решења која доприносе појачавању основних карактеристика илегалних виртуелних тржишта – безбедност, анонимност и приватност. Један од најбољих примера за то је виртуелна валута монеро која у суштини по карактеристикама готово да представља другу страну медаље црног интернета.

ЛИТЕРАТУРА

Кисинџер, Х., *Светски поредак*, Клуб Плус, Београд, 2014.

Писарић, М., „Потребни нормативни одговор на проблеме откривања и доказивања дела високотехнолошког криминала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, Нови Сад.

Стајић, Љ., Мирковић, В., Радивојевић, Р., „Могућности злоупотребе виртуелних валута у процесу прања новца и финансирања тероризма“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 891-907.

Bennett, S., *Bitcoin: Understanding Bitcoin, Mining, Investing & Trading for Beginners*, Cryptomasher, 2017.

Caetano, R., *Learning Bitcoin*, Packt Publishing Ltd., 2015.

Courtois, N., Mercer, R., „Stealth Address and Key Management Techniques in Blockchain Systems“, In *Proceedings of the 3rd International Conference on Information Systems Security and Privacy (ICISSP 2017)*, 559-566.

Dragut, E., Meng, W., Yu, C., *Deep Web Query Interface Understanding and Integration*, Morgan & Claypool Publishers, University of Waterloo, 2012.

Garfinkel, S., *PGP: Pretty Good Policy*, O'Reilly Media Inc., USA, 1995.

Ghappour, A., „Searching Places Unknown: Law Enforcement Jurisdiction on the Dark Web“, *Stanford Law Review*, Volume 69, April 2017.

Nakamoto, S., *Bitcoin: A Peer – to – Peer Electronic Cash System*, 2008.

Интернет извори

United States District Court for the Southern District of New York, United States of America vs ROSS WILLIAM ULBRICHT, a/k/a DREAD PIRATE ROBERTS, a/k/a SILK ROAD, February 04, 2014. <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2015/03/25/US%20v.%20Ross%20Ulbricht%20Indictment.pdf>.

United States Court of Appeals, Second Circuit, UNITED STATES OF AMERICA, Appellee, v. ROSS WILLIAM ULBRICHT, a/k/a DREAD PIRATE ROBERTS, a/k/a SILK ROAD, a/k/a SEALED DEFENDANT 1, a/k/a DPR, Defendant-Appellant, Docket No. 15-1815, May 31, 2017. <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1862572.html>.

Drugs and Darknet, Perspectives for enforcement, research and policy, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) and EUROPOL, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/drugs-and-darknet-perspectives-for-enforcement-research-and-policy>.

Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies, FIN-2013-G001, March 18, 2013. <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-persons-administering>.

Pharmaceutical Crime on the Darknet, A study of illicit online marketplaces, Interpol, Lyon, 2015. <https://www.gwern.net/docs/sr/2015-interpol-pharmaceuticals.pdf>.

Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) – Crime in the age of technology, Europol, 2017. <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>.

Europol, Internet Organized Crime Threat Assessment 2018– IOCTA, European Cybercrime Centre, 2018. <https://www.europol.europa.eu/internet-organised-crime-threat-assessment-2018>.

Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, 30 May 2018, Strasbourg, Official Journal of the European Union L 156/43. <https://eur->

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L0843#ntr1-L_2018156EN.01004301-E0001.

<https://www.torproject.org/docs/faq.html.en#WhatProtectionsDoesTorP>
rovide

<https://www.torproject.org/about/overview.html.en>

<https://www.torproject.org/docs/faq.html.en#WhatProtectionsDoesTorP>
rovide

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>

<https://www.techopedia.com/definition/30570/secure-hash-algorithm-1-sha-1>

<https://en.bitcoin.it/wiki/Hash>

<https://cex.io/aml-kyc>

<https://www.buybitcoinworldwide.com/mining/pools/>

<https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/newyork/news/press-releases/ross-ulbricht-the-creator-and-owner-of-the-silk-road-website-found-guilty-in-manhattan-federal-court-on-all-counts>

Vladan Mirković

Teaching Assistant, University of Novi Sad Law of Faculty

ILLEGAL VIRTUAL MARKETS AS A CONTEMPORARY SECURITY PROBLEM

Summary

The development of the Internet and other modern technology has enabled the emergence of a special virtual space whose useage is conditioned by the use of special browsers and the knowledge of special security procedures and procedures for encryption of communication. Such virtual space, originally created as a result of the need for private and anonymous communication of people with the same interests in the scientific community and security services, has become an infrastructure for the illegal virtual markets. These “markets” are anonymous, unlimited in terms of supply and hardly accessible virtual spaces, where all types of goods and services are available, and whose financing is based on virtual currencies. The basic elements of illegal online business are: illegal virtual market and decentralized and anonymous payment system in virtual currencies. The synthesis of two basic elements of illegal online business was shown on example of the Silk Road, a hidden website that was active from 2011 to 2013.

Keywords: *security, illegal virtual market, privacy, anonymity, virtual currencies.*

Никола ПАУНОВИЋ*

Докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду

КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРОГАЊАЊА

Апстракт: Нормирањем кривичног дела прогањања изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије из 2016. године, као последица ратификације Инстанбулске конвенције о спречавању и борби против насиља над женама и насиљу у породици, порасло је интересовање домаће научне јавности за кривичноправно разматрање домашаја зоне кажњивости ове инкриминације. Ипак, упркос низу радова посвећеним поменутој тематици чини се да је остао готово необрађен аспект криминалистичког проматрања кривичног дела прогањања. Стога, предмет рада обухвата криминалистичку анализу прогањања и то путем разматрања следећих целина: 1) откривање прогањања; 2) феноменологија прогањања; 3) карактеристике и класификација прогањања и 4) доказивање прогањања. У феноменолошком смислу полази се од основне хипотезе да се ово кривично дело испољава у два појавна облика и то: прогањање у реалном окружењу и прогањање у виртуелном окружењу. У том смислу, посебна пажња се посвећује појавним облицима прогањања у виртуелном окружењу, полазећи од чињенице да овај појавни облик извршења одликује далеко више специфичности у контексту откривања и доказивања анализираног кривичног дела. У раду се закључује да у циљу спречавања извршења овог кривичног дела најефикасније средство представља рано препознавање првих знакова прогањајућег понашања и његово пријављивање надлежним органима чиме се избегава непотребна виктимизација жртава у дужем временском периоду као и излагање жртава могућим штетним последицама, до којих може доћи одлагањем односно оклевањем жртава да пријаве случајеве прогањања.

Кључне речи: *Прогањање; Кривично дело; Откривање; Феноменологија; Доказивање;*

* Истраживач приправник, докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, e-mail: dzoni925@gmail.com

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Прогањање посматрано у феноменолошком смислу не представља неко сасвим ново, до сада криминалистичкој пракси непознато понашање, већ би се једино могло говорити о релативном новитету у смислу инкриминисања овог понашања као кривичног дела и то како у светским и европским кривичноправним системима тако и у националном праву.¹ Додатно, развој информационе и комуникационе технологије са краја прошлог и поготово почетка овог века допринео је не само формирању нових феноменолошких облика прогањања за која је типично да се одвијају у виртуелном свету, већ и интензивирању стручне и научне расправе усмеривши их на све чешће и масовније укључивање прогањања и његових феноменолошких облика у академске дискусије.² Међутим, паралелно са критичком криминалистичком анализом прогањања као кривичног дела појавио се низ питања на која је требало дати одговор и то почев од проблематике везане за откривање прогањања, преко проблематике феноменолошке анализе разноврсних могућих појавних облика извршења овог кривичног дела до дилема у погледу доказне проблематике.

2. ОТКРИВАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРОГАЊАЊА

У контексту разматрања проблематике везане за откривање прогањања основно питање јесте да ли су на основу чињеничног стања са којим се располаже испуњени битни елементи овог кривичног дела или је реч о неком другом кривичном делу (угрожавање сигурности, злостављање, насиље у породици и др.) или се уопште не ради о кривичном делу већ о социјално допуштеном понашању.³ С тим у вези у погледу криминалистичког разматрања кривичног дела прогањања треба истаћи да прогањање подразумева континуирани процес који траје дужи временски период, праћен упорношћу и вишеструким понављањем

¹ R., Lee, „Romantic and Electronic Stalking in a College Context“, *William & Mary Journal Of Women And The Law*, 2-3/1998, 375-379. Вид. више о томе К., Morin, „The Phenomenon of Stalking: Do Existing State Statutes Provide Adequate Protection“, *San Diego Justice Journal* 1/1993, 123.

² S., Hazelwood, S., Koon-Magnin, „Cyber Stalking and Cyber Harassment Legislation in the United States: A Qualitative Analysis“, *International Journal of Cyber Criminology* 2/2013, 155-156. Вид. више о томе В., Spitzberg, „The tactical topography of stalking victimization and management“, *Trauma Violence & Abuse* 4/2002, 261.

³ М., Ковачевић, М., Маљковић, „Прогањање-криминолошки и кривичноправни аспекти“, *Зборник ИКСИ*, 3/2016, 95.

радњи прогањајућег карактера који код лица према коме се оне предузимају изазива узнемиреност, фрустрацију, забринутост, немоћ а пре свега оправдан страх по сопствену сигирност или сигурност блиског лица.⁴ У контексту извршења овог кривичног дела може се издвојити неколико типичних фаза: 1) фаза прикупљања информација о потенцијалној или изабраној жртви; 2) фаза првобитног контакта са жртвом; 3) фаза продубљивања контакта са жртвом; и 4) фаза кулминације контакта са жртвом.⁵ У вези са наведеним фазама битно је истаћи да постоје две форме деловања прогонитеља: 1) отворена у којој је жртва упозната са прогањајућим радњама и 2) затворена која подразумева да жртва није упозната са предузимањем прогањајућих радњи.⁶

У фази прикупљања информација о жртви започиње се са потрагом за изворима података који прогонитељима могу помоћи у бољем упознавању њених личних и породичних прилика, средини у којој живи и ради, навикама, приходима и тел. Прогонитељи могу добити потребне податке од блиских лица жртви као што су чланови породице, рођаци, колеге, пријатељи али исто тако и од одређених државних органа односно компанија код којих су похрањене информације о жртви као што су банке, поштанске, телефонске и интернет компаније, градска предузећа за водовод, електричну енергију итд. Након прикупљања релевантних података о жртви и блиским лицима жртви, прогонитељи прелазе у другу фазу успостављања контакта с жртвом путем предузимања радњи којима се, противно вољи другог лица, настоји да се са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације и то тако што се примера ради жртви упућују знаци пажње као што су слање поклона, цвећа, романтичних писама итд.⁷ Управо на овим примерима се може приметити специфичност кривичног дела прогањања будући да појединачно па чак и краткорочно посматрано (неколико дана посматрано) слање наведених знакова пажње представља социјално адекватно и допуштено понашање.

⁴ L., Miller, „Stalking: Patterns, motives, and intervention strategies“ *Aggression and Violent Behavior* 6/2012, 495-496.

⁵ B., Reyns, „A situational crime prevention approach to cyberstalking victimization: Preventive tactics for Internet users and online place managers“, *Crime Prevention and Community Safety*, 2/2010, 101.

⁶ J., Duntley, D., Buss, „The Evolution of Stalking“, *Sex Roles - A Journal of Research*, 5-6/2012, 311-327.

⁷ E., Spence-Diehl, *Stalking A Handbook for victims*, Learning Publications, Florida, 1999, 2-5.

У том смислу може се истаћи да прогањање постаје кривично дело тек у наредној фази продубљивања односа са жртвом и то под два услова: 1) да се предузимање наведених радњи настави у дужем временском периоду; 2) да су предузете радње у дужем временском периоду прерасле у нежељени, прогањањући или узнемиравајући контакт. То рецимо може бити случај са даровањем жртве „добронамерним“ поклонима који по својој учесталости и количини доводе до узнемирења, фрустрације, па чак и психичких тегоба, али такође то може бити случај и онда када ти „добронамерни“ знаци пажње прерасту у злонамерне тако што се рецимо уместо романтичних писма шаљу писма претеће садржине, чиме се долази до последње етапе, фазе кулминације у процесу прогањања. У последњој фази кулминације долази до ескалације прогањања који се огледа у претњама нападом на живот, тело, слободу или имовину жртве или њој блиског лица. У том смислу, прогонитељи у овој фази неретко прете предузимањем вандалистичких аката као што су нпр. проваљивање аутомобила жртве, у стан жртве итсл. Прогонитељи у овој фази предузимају акте претње нападом на живот, тело или слободу одабраних жртава или њима блиских лица и то било директно или индиректно тако што примера ради шаљу писма претеће садржине у којима се ставља до знања жртви могућност наступања неког од зла (смрт, телесно повређивање, отмица, силовање и тсл.).⁸

3. ФЕНОМЕНОЛОГИЈА ПРОГАЊАЊА

Генерално говорећи, постоје два појавна облика прогањања и то: прогањање које се врши у реалном свету и прогањање које се реализује у виртуелном окружењу.⁹ Ипак, поделу на прогањање у реалном и виртуелном окружењу треба схватити само условно у теоријском смислу, будући да искуства из криминалистичке праксе сведоче о томе да се ова два основна појавна облика извршења кривичног дела међусобно преплићу у оквиру истог конкретног случаја на тај начин што по правилу прогонитељ најпре предузима радње којима неовлашћено прати жртву у реалном свету или предузима друге радње којима настоји да се физички приближи жртви а када жртва почне да избегава физичко приближавање,

⁸ *Ibid.*, 6-8.

⁹ Dreßing, H., *et al.*, „Cyberstalking in a Large Sample of Social Network Users: Prevalence, Characteristics, and Impact Upon Victims“, *Cyberpsychology, Behavior, And Social Networking* 2/2014, 61. Вид. више о томе М., Pittaro, „Cyber stalking: An Analysis of Online Harassment and Intimidation“, *International Journal of Cyber Criminology* 1/2007, 181-185.

започиње и прогањање у виртуелном окружењу.¹⁰ Анализирајући специфичности појавних облика прогањања које се врши у виртуелном окружењу тзв. сајберско прогањање треба поделити у теоријском смислу на: 1) компјутерски засновано прогањање; 2) прогањање засновано на коришћењу мобилне телефоније.

Када је реч о компјутерски заснованом прогањању, треба истаћи да појавни облици претежно обухватају предузимање радњи извршења путем електронске поште, интернет сајтова, дигиталних форума за дискусују, месинџера, соба за ћаскање и корисничких профила на друштвеним мрежама.¹¹ Оно што је заједничко за појавне облике сајберског прогањања јесте могућност слања порука прогањајуће садржине у текстуалном, аудио или визуелном облику. Тако рецимо, прогонитељ може једноставним слањем поруке путем електронске поште са по правилу лажне електронске адресе прогонити намеравану или случајно одабрану жртву.¹² Међутим, уместо слања порука путем електронске поште или у комбинацији са овим начином прогањања, прогонитељ може примера ради путем различитих форума на којима поставља поруке узнемиравајуће садржине прогонити жртву тако што би у просторима посвећеним за коментаре остављао претеће или прогањајуће поруке. Додатно, прогонитељ може ићи и корак даље тиме што би направио сајт на име жртве на коме би, рецимо, рекламирао односно оглашавао заинтересованим клијентима да жртва нуди сексуалне услуге што би довело до тога да она постане обасута позивима односно порукама особа које се одазивају на постављену понуду, не знајући да је реч о лажном огласу.¹³

С друге стране, у контексту прогањања употребом мобилне телефоније треба истаћи да прогонитељи често користе тзв. *pre-paid* картице како би сакрили идентитет и отежали надлежним органима процес улажења у траг извршиоцу кривичног дела. Додатно, у циљу прикривања информације ко је корисник телефона са којег потичу позиви упућени одређеној особи прогонитељи прибегавају сакривању долазног

¹⁰ L., Roberts, „Jurisdictional and definitional concerns with computer-mediated interpersonal crimes: An Analysis on Cyber Stalking“, *International Journal of Cyber Criminology*, 2/2008, 274-275. J., Finn „A Survey of Online Harassment at a University Campus“, *Journal Of Interpersonal Violence* 4/2004, 469.

¹¹ C., Marcum, G., Higgins, M., Ricketts, „Juveniles and Cyber Stalking in the United States: An Analysis of Theoretical Predictors of Patterns of Online Perpetration“, *International Journal of Cyber Criminology*, 1/2014, 48.

¹² J. Starr, „E-Mail Harassment - Available Remedies and Proposed Solution“ *Brandeis Law Journal* 39/2000, 317-336.

¹³ R., D'Ovidio, J., Doyle, „A Study on Cyberstalking: Understanding Investigative Hurdles“, *FBI Law Enforcement Bulletin* 10/2003, 13.

позива или стварању погрешне представе код особе којој је позив упућен да је реч о новом телефонском броју неког лица блиској особи са којом се успоставља контакт. С тим у вези, прогонитељи обично прибегавају злонамерним методама путем којих се омогућава да се позив који долази од непознатог извора прикрије тако да изгледа као да се ради о телефонском броју који је познат лицу које позив прима. Примера ради једна од познатих врста ових метода јесте spoofing метода која се реализује путем коришћења тзв. Spoof картице која је широко доступна на Интернету, а омогућава позиваоцу да унесе било који број који жели да се прикаже на листи долазних позива позваног лица. Штавише, Spoof картица даје чак позиваоцима могућност снимања позива као и лажирања њихових гласова тако да по потреби стварају слику као да позив потиче од тачно одређене особе мушког или женског пола. Коначно, прогонитељи често прибегавају инсталирању *spyware* програма на мобилном телефону жртве у циљу аудио надзирања разговора које жртва реализује са другим лицима. Ови програми, зависно од капацитета којим су опремљени, могу пружити прилику прогонитељу да има приступ примљеним и послатим текстуалним или гласовним порукама са жртвиног телефона као и долазним и одлазним позивима. Осим нежељених телефонских позива, прогонитељи неретко бирају да успоставе контакт са жртвом и путем слања низа СМС порука, поново користећи расположиве злонамерне програме које омогућавају да се замаскира њихов прави идентитет, али и оне који су снабдевени могућношћу да се послате текстуалне поруке аутоматски избришу из историје примљених порука након одређеног временског периода чиме се губе потенцијални докази који могу бити коришћени у процесу откривања и доказивања кривичног дела.¹⁴

Додатно, појавне облике сајбер прогањања можемо поделити на прогањање методом: 1) употребе софтверских програма; 2) употребе хардверских уређаја; 3) социјалног инжењеринга; 4) преузимања туђих корисничких налога и крађе идентитета; и 5) географског позиционирања.¹⁵

Метода прогањања употребом софтверских програма подразумева коришћење програма за идентификацију и праћење активности које се остварују помоћу средстава информационе и комуникационе технологије као што су прислушкивање обављених разговора, увид у историју долазних и одлазних позива, увид у сандуче примљене и послате

¹⁴ C., Fraser, *et.al.*, „The New Age of Stalking: Technological Implications for Stalking“, *Juvenile And Family Court Journal*, 39/2010, 42-46.

¹⁵ Вид. више о томе C., Southworth, S., Tucker, „Technology, Stalking and Domestic Violence Victims“, *Mississippi Law Journal*, 76/2007, 668-674.

електронске поште, прегледање историје посећених страница на Интернету и слично. Начин функционисања ове методе се може објаснити на примеру надзирања активности жртве која се остварује путем електронске поште.¹⁶ У циљу успостављања контакта са одабраном жртвом прогонитељи шаљу нежељене поруке путем електронске поште и то обично са различитих адреса како би отежали откривање и доказивање кривичног дела. У том смислу, постоје софтверски програми који омогућавају брисање примљене електронске поште из сандучета примаоца поруке, али и они који пружају могућност да пошиљалац поруке буде обавештен о томе када је прималац прочитао садржај електронске поште односно која је тачна локација примаоца. Такође, треба додати и то да прогонитељи често инсталирају софтверски програм на компјутеру жртве доводећи је у заблуду да електронска пошта потиче од пријатеља или колега, а у реалности се шаље са лажне адресе па се жртва наводи да у оквиру послате поруке отвори прилог у коме је садржан злонамерни софтверски програм чиме се овај програм инсталира аутоматски у моменту када жртва отвори документ и то без икакве нотификације о томе. На овај начин прогонитељ долази у позицију да стекне увид и преузме све расположиве персоналне податке који су похрањени у меморији рачунара жртве.¹⁷ Коначно, прогонитељи неретко користе програме за предузимање активности којима се злоупотребљавају подаци о личности другог лица или њему блиског лица ради нуђења робе или услуга, на тај начин што помоћу ових програма прикупљају поверљиве информације са рачунара жртве да би их касније искористили тако што се другим лицима ствара представа о томе да им, као потенцијалним клијентима, жртва нуди одређену робу или услуге и то по правилу тако што би користећи име жртве сачинили лажне адресе електронске поште.¹⁸ С друге стране, прогонитељи могу користити методу прогањања путем програма који региструју свако слово које се откуцава на тастатури, па тако сазнају и све лозинке, личне идентификационе бројеве тзв. пин бројеве, интернет сајтове које корисник рачунара посећује и електронску пошту коју прима односно шаље другим корисницима, а што се обично чини помоћу програма *Keystroke Loggers* који су инсталирани у УСБ улазу или између кабла за тастатуру и задњег дела рачунара.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*, 668.

¹⁷ C., Fraser, *et.al.*, „The New Age of Stalking: Technological Implications for Stalking“, *Juvenile And Family Court Journal*, 39/2010, 43-46.

¹⁸ *Ibid.*, 46-47.

¹⁹ C., Southworth, Tucker, S., *op.cit.*, 669.

Метода социјалног инжињеринга подразумева изнуђивање откривања поверљивих података од жртве или блиског лица жртве односно било којег лица које поседује неку информацију о жртви. Примера ради, у вези са овим појавним обликом може бити случај у коме прогонитељ, желећи да ступи у контакт са бившом емотивном партнерком за коју зна да је поручила неки производ путем Интернет сајта за продају, обраћа продавцу у име жртве желећи се да наручен производ није испоручен, истовремено проверајући код продавца коју адресу становања је жртва оставила, чиме стиче могућност за даље предузимање прогањајућих радњи. На тај начин, када прогонитељ добије поверљиви податак, број телефона, или било коју другу информацију (нпр. адресу електронске поште, адресу становања, радног места итд.), он бива у прилици да започне или настави прогањање.²⁰

Метода преузимања туђег корисничког налога и крађа идентитета подразумевају неовлашћено приступање налогу другог лица и након тога промену корисничког имена и/или лозинке како би се овлашћени корисник онемогућио да приступи и користи свој налог. У сваком случају, ова метода може бити коришћена самостално и то неовлашћеним продирањем у туђи кориснички налог заобилажењем заштитних механизма, а у циљу прикупљања потребних података о жртви, или у комбинацији са методом крађе идентитета која подразумева и отуђивање туђих личних података ради стварања нових а лажних налога који се отварају на име жртве.²¹

Метода географског позиционирања у контексту прогањања подразумева неовлашћену идентификацију и праћење уређаја које користи жртва као што је мобилни телефон, компјутер, лап-топ, таблет и сл., а на основу које прогонитељ може да виртуелно препозна и надзире кретање жртве у реалном простору и времену. У вези са геолокацијском идентификацијом жртве постоји низ расположивих могућности од којих су неке последица свесне активности прогонитеља, док су друге резултат неопрезности жртве или одсуства потребне опрезности. Тако, прогонитељ може доћи до локације жртве на тај начин што примера ради, поседујући број мобилног телефона жртве, преузме одговарајући софтверски програм за његово праћење. Такође, потребне информације прогонитељ може стећи и непажњом жртве која примера ради не искључи опцију за геолокацију на уређају који користи.²² Додатно, жртва може остављати

²⁰ J., Perry, *Digital stalking: A guide to technology risks for victims*, Network for Surviving Stalking and Women's Aid Federation of England, Lydney- Bristol, 2012, 15.

²¹ S., Van der Aa, „International (cyber)stalking: impediments to investigation and prosecution“, *Studies in Global Justice*, 8/2011, 4.

²² J., Perry, *op. cit.*, 9-10.

податке о својој локацији и тако што би делећи своје фотографије путем друштвених мрежа, постављала информације о месту са којег потиче постављена слика, омогућавају прогонитељу да једноставним праћењем доступних садржаја буде упознат са положајем жртве у простору и времену. Коначно, у контексту географског позиционирања чини се најтежа опција за добијање локације на којој се налази жртва јесте она која подразумева геолокацијску идентификацију помоћу ИП адресе коришћеног рачунара будући да је у тим случајевима прогонитељу, по правилу, потребна асистенција од стране локалног интернет пружаоца услуге жртве.²³ На крају, у контексту предузимања различитих аквитности у циљу да се друго лице неовлашћено прати у реалном простору и времену треба истаћи и методу употребе скривених камера које прогонитељи могу поставити у дому, на радном месту жртве, у аутомобилу или било којем другом месту а све то ради праћења на свакодневном нивоу свих дешавања у животу жртве.²⁴

4. КАРАКТЕРИСТИКЕ И КЛАСИФИКАЦИЈА ПРОГОНИТЕЉА

Кроз процес прогањања можемо уочити неколико типичних карактеристика у понашању прогонитеља, које истовремено представљају и мотивационе карактеристике за прогањање, а то су: 1) одбијање и одбаченост; 2) опсесивност; 3) фантазирање или маштање; 4) осветољубивост. Одбијање и одбаченост прогонитеља од стране жртве чини се да представља најчешћи полазни мотивациони фактор који подстиче неко лице на предузимање радњи прогањајућег карактера. Примери за овај мотивациони фактор су бројни, то може бити одбијање емотивне везе, отпуштање са посла, неуспешно полагање испита и друге сличне ситуације које могу пробудити код прогонитеља осећај одбијања или одбачености. У контексту одбачености као мотивационог фактора треба приметити да прогонитељи обично себе доживљају као жртве изложене виктимизацији од стране особе која их је одбацила и изневерила, а заправо праве жртве прогањања, због чега се код прогонитеља формира опсесивност као друга карактеристика извршиоца овог кривичног дела. Другим речима, прогонитељ услед одбачености постаје опседнут жртвом као објектом задовољења његових жеља у смислу континуираног и свеprisутног усмерења његових мисли на лични и професионални живот жртве, њене приватне и радне навике. Како опсесивност расте и како немогућност остварења жељеног контакта

²³ J., Perry, *op. cit.*, 24-25.

²⁴ Fraser, C., *et.al.*, *op.cit.*, 44.

између прогонитеља и жртве постаје све већа тако се ствара и фантазирање или маштање као следећа карактеристика прогонитеља које се испољава кроз нереалистичко замишљање остварења жеља прогонитеља. На овај начин што се више појачава присуство маште код прогонитеља, а тиме и разлика између реалног (остваривог) и нереалног (неостваривог) долази се и до коначне карактеристике прогонитеља а то је осветољубивост изражена кроз нарцисоидност у смислу одсуства увиђавности о потребама, осећањима, ставовима и одлука других особа, када се све мисли прогонитеља могу прожети једним себичним погледом на целу ситуацију односа између извршиоца и жртве, а који се може изразити кроз мисао „ако ја не могу придобити тебе за себе, неће моћи ни други“.²⁵

Када је реч о класификацији прогонитеља постоји критеријум поделе према томе да ли постоји присуство или одсуство претходног познанства између прогонитеља и жртве. С тим у вези, када је реч о односу жртве и прогонитеља начелно постоје две типичне ситуације: прва, у којој постоји неки вид претходног површног или дубљег познанства између жртве и прогонитеља (нпр. пријатељски, комшијски, пословни, емотивни односи и сл.) и друга, када не постоји претходно познанство односно када је однос поводом прогањања први контакт између њих што је поготово чест случај када је реч о случајевима прогањања познатих личности од стране њихових обожаваца.²⁶ Наредна класификација узима за критеријум субјекта који је циљана жртва прогањања, па према томе постоји подела прогонитеља који прогоне широј јавности познате личности и они који прогоне широј јавности непознате личности. У вези са овој класификацијом може се извршити даља подела у контексту циљаних жртви које су познате широј јавности на субјекте који припадају политичкој сфери, банкарско-финансијској сфери, спортској сфери живота и на оне који припадају осталим сферама друштвеног живота. Такође, посебну врсту прогонитеља представљају лица која лажно, неосновано тврде да су жртве прогањања, а не извршиоци овог кривичног дела. Лажну виктимизацију можемо поделити у неколико група. Прва ситуација обухвата оне случајеве у којима прогонитељ одговарајући на оптужбе жртве тврди да је он заправо жртва прогањања. Друга ситуација обухвата прогонитеље са присутним карактеристикама менталног поремећеја услед којег код њих постоји заблуда да их наводно прогања одређена особа. Трећа ситуација обухвата оне жртве које су већ раније претрпеле прогањање због чега су постали

²⁵ E. Spence-Diehl, *op.cit.*, 8-14.

²⁶ М., Шкулић, „Полно узнемиравање и прогањање“, *Тужилачка реч* 31/2017, 17.

преосетљиви у смислу да и социјалне адекватне радње препознају и перципирају као радње прогањајућег карактера. Четврта ситуација подразумева жртве које симулирају да су изложени прогањајућим радњама како би код других створили слику да су жртве прогањања. И на крају постоје малициозни поједници који из користољубља или личне користе измишљају да су жртве прогањања како би избегли кривичну одговорност или добили накнаду за претрпљену штету.²⁷ Коначно, засебну врсту прогонитеља представљају лица са одређеним психичким поремећајима који су заправо у стању неурачунљивости у време извршења прогањања због чега кривичноправно посматрано нема кривичног дела, будући да недостаје субјективни елемент кривичног дела, али постоји противправно дело које је предвиђено у закону као кривично дело а тиме и места за вођење посебног кривичног поступка и изрицање кривичних санкција, прецизније мера безбедности медицинског карактера.²⁸

5. ДОКАЗИВАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРОГАЊАЊА

У контексту доказне проблематике у даљим редовима биће речи о следећим уоченим дилемама и спорним питањима²⁹ која захтевају дубљу анализу а које произилазе услед: 1) одсуства прецизног квантитативног одређења временског периода приликом нормативног обликовања бића кривичног дела прогањања; 2) законодавних дилема о целисходности избора између такстативног избора радњи извршења прогањања и генералног дефинисања битних елемената бића кривичног дела у једној уопштеној формулацији; 3) различитих законодавних приступа у погледу потребе односно одсуства потребе за наступањем последице код прогањања; 4) различитих законодавних схватања стандарда страха жртве као саставног елемента последице овог кривичног дела и 5) неконзистентности која произилази из различитих законодавних приступа субјективном елементу кривичног дела.

У контексту доказивања објективних елемената највише дилема међу законодавним решењима али и у судској пракси изазива схватање одреднице предузимања радњи извршења у одређеном временском

²⁷ P., Mullen, M., Path, „Stalking”, *Crime and justice* 273/2002, 298-299.

²⁸ C., Perez, „When Does Obsession Become a Crime“, *American Journal of Criminal Law*, 20/1993, 273-274.

²⁹ Вид. више о томе L., Royackers, „The Dutch Approach to Stalking Laws“, *California Criminal Law Review*, 3/2000, 7-8.

периоду.³⁰ Другим речима, питање које ствара забуну јесте колико радњи извршења треба извршилац да предузме да би могло да се каже да у конкретном случају постоји кривично дело прогањања.³¹ Оно што је у контексту постављеног питања једино неспорно јесте да за постојање кривичног дела није довољно да је радња извршења предузета само једанпут, већ је потребно да се понавља у одређеном временском периоду. У упоредним решењима начелно постоје два приступа: 1) законодавства која изостављају квантитативно прецизирање временског периода као објективног елемента потребног за постојање кривичног дела у конкретном случају, и 2) законодавства која квантитативно прецизно одређују колико је потребно времена да протекне да би елемент временског периода био испуњен у конкретном случају. Тако примера ради, у држави Арканзас потребно је да су предузете две или више радњи извршења, међусобно раздвојене временским периодом од 36 сати, а да се при томе оне врше у трајању од годину дана. У Минесоти је захтев за предузимање радњи извршења постављен још строже тако да се тражи да су прогањајуће радње вршене у трајању од пет година.³² Међутим, у осталим државама у САД, али и Европи, укључујући нашу земљу углавном се изоставља квантитативно прецизно дефинисање одреднице временски период, уводећи тако крајњу неизвесност и потенцијалну арбитражност приликом тумачења овог објективног елемента.

Када је реч о објективним елементима кривичног дела вечиту дилему представља питање да ли треба прописати једну таксативну листу кажњивих аката која би по својој природи била исцрпљујућа уз евентуално остављање простора да се уз те акте пропише још једна која би била отворене природе, а која би остављала простора да се доказује да ли су испуњени елементи овог кривичног дела у конкретном случају или да се уопште не даје листа радњи извршења овог кривичног дела, већ да се једном уопштеном формулацијом обухвате сви битни елементи прогањања.³³ Дакле, у овом последњем случају судска пракса имала би задатак да временом створи критеријуме на основу којих би се узело да постоји односно не постоји кривично дело, што значи да би она утврдила

³⁰ И. Ђокић, „Прогањање-нова инкриминација као наставак кривичноправног експанзионизма у Републици Србији“, *Зборник радова „Универзално и особено у праву“* (ур. Огњен Вујовић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2018, 182.

³¹ G., Kathleen, *et. al.*, „From Imprudence to Crime: Anti-Stalking Laws“ *Notre Dame Law Review*, 68/1993, 897-899.

³² National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code, National Center for Victims of Crime*, National Center for Victims of Crime, Washington, DC, 2007, 44-45.

³³ *Ibid.*, 45-46.

листу радњи за коју може да се доказује да представљају прогањање. Коначно, из наведеног произлази да је разлика између ова два приступа у томе што у првом случају листу радњи извршења одређује законодавац док у другом случају то чини судска пракса на основу општих смерница датих од стране законодавца.

Коначно, постоји колебање међу законодавним решењима у вези са доказивањем последице као објективног елемента кривичног дела, из којег се могу извући три приступа: 1) законодавства која уопште не захтевају доказивање наступања последице овог кривичног дела, већ се на основу прописаних радњи полази од схватања да оне представљају објективно посматрано довољно друштвено штетне акте да за довршење дела није потребно да наступи последица; 2) законодавства која оптирају за решење које као последицу кривичног дела прогањања нормира уплашеност за сопствену сигурност или сигурност блиских лица од радњи којима се прети нападом на живот, тело, слободу, имовину или неко друго правно заштићено добро³⁴ и 3) законодавства која одабирају решење које за последицу кривичног дела прогањања одређује не уплашеност за сопствену сигурност већ менталну или емоционалну растројеност која настаје услед предузетих радњи у одређеном временском периоду. С претходним питањем у вези доказне проблематике јесте питање стандарда страха који треба да доживи жртва да би могло да се ради о постојању кривичног дела прогањања.³⁵ Другим речима, питање је, да ли је за постојање кривичног дела довољно да је предузета радња прогањања проузроковала страх код просечне особе или је потребно да је страх проузрокован код конкретне жртве.³⁶ Уколико се узме да је за постојање кривичног дела довољно да је услед предузетих радњи изазван страх код просечне особе онда је потребно доказати да ли би радња која је предузета у сличним околностима изазвала страх код те особе.³⁷ С друге стране, уколико је за постојање кривичног дела потребно да је услед предузетих радњи изазван страх код конкретне жртве онда је неопходно доказати да је понашање учиниоца заиста проузроковало да се жртва осећа уплашено

³⁴ B., Rosenfeld, „Violence Risk Factors In Stalking And Obsessional Harassment“, *Criminal Justice And Behavior* 1/2004, 9-36.

³⁵ N., Goodno, „Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current, State and Federal Laws“, *Missouri Law Review*, 1/2007, 133-140.

³⁶ P., Elikann, „Criminal Law: Stalking through Social Media“, *Massachusetts Law Review* 9/2016, 11.

³⁷ B., Reysn, C., Englebrecht, „The Fear Factor: Exploring Predictors of Fear Among Stalking Victims Throughout the Stalking Encounter“, *Crime & Delinquency* 5/2012, 792-795.

стварајући терет доказивања који се често може задовољити једино ако жртва сведочи у кривичном поступку.³⁸

На крају, у вези са доказивањем субјективног елемента код прогањања начелно се може истаћи да у легислативним упоредноправним решењима постоје два приступа и то генерална намера и специјална намера извршиоца. Код законодавног приступа који прихвата генералну намеру за постојање овог кривичног дела довољно је да прогонитељ предузме радње које су инкриминисане као прогањање (нпр., да прати, надзире другу особу), те у том смислу није потребно за постојање кривичног дела да су наступиле било какве последице по сигурност жртве или блиског лица услед предузетих радњи, али јесте потребно да је учинилац био свестан да ће његово понашање проузроковати страх код просечне особе. С друге стране, у законодавствима у којима је инкриминисана тзв. посебна намера извршиоца није довољно да прогонитељ предузме радње које су предвиђене као прогањање већ је неопходно да је услед предузетих радњи изазвана специфична последица код жртве, као што је страх за сопствену сигурност или безбедност других блиских лица.³⁹ Другим речима, у овим законодавствима на тужиоцу је терет доказивања да је прогонитељ предузео забрањено понашање са посебном намером да се код жртве изазове осећај страха или било која друга последица која је прописана законом.⁴⁰

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Имајући у виду да је криминалистичка пракса у случајевима прогањања пред сталним изазовима услед непрестаног развоја информатичке и комуникационе технологије која ствара извршиоцима могућности за предузимање нових појавних облика односно усавршавање постојећих, то се да закључити да се не могу ни замислити сви потенцијални феноменолошки облици овог кривичног дела у виртуелном окружењу. Ипак, наведени закључак указује на то да, у циљу праћења трендова у извршењу овог кривичног дела и адекватног супротстављања његовом испољавању, органи гоњења треба, не само да примењују координисан криминалистички приступ деловања који подразумева размену искуства и стечених знања о новим појавним облицима или новим начинима за извршење постојећих који су добијени из оперативне праксе на откривању прогањања, већ треба да контунирним обукама

³⁸ National Center for Victims of Crime, *op.cit.*, 34-38.

³⁹ B. Fisher, F. Cullen, M. Turner, "Being Pursued: Stalking Victimization In A National Study Of College Women", *Criminology & Public Policy*, 2/2002, 258.

⁴⁰ National Center for Victims of Crime, *op.cit.*, 32.

службеника као и одговарајућим теоријским усавршавањима кроз циљане тренинге, семинаре, округле столове или сличне облике форума за размену мишљења и искустава продубљује своја знања и вештине у погледу рада на расветљавању овог кривичног дела. У том смислу, суштинску помоћ органи гоњења треба да добију од жртава које не треба да оклевају да пријаве прве знаке прогањајућег понашања јер ће на тај начин не само олакшати органима гоњења свој део посла на разјашњењу наступелог догађаја већ се тиме избећи наступање штетних последица које могу наступети услед погрешног уверења да ће случајеви прогањања престати односно да органи гоњења неће бити у прилици да докажу постојање кривичног дела што жртве може изложити страху од освете. Дакле, у контексту откривања овог кривичног дела чини се да адекватно решење представља што раније пријављивање прогањајућих активности.

Коначно када је реч о дилеми везаној за нормативно опредељење у погледу дефинисања бића прогањања, треба закључити да се у интересу правне сигурности чини, целисходнијим приступ, који полази од таксативног навођења радњи извршења уз остављање могућности да се остале прогањајуће радње подведу под једну отворену норму. Ово стога што нормирање кривичног дела прогањања путем једне опште формулације не само да пати од потенцијалне неодређености, а тиме и кршења начела законитости у форми *lex certa*, већ је изложено потенцијалној арбитрарности будући да би постојање кривичног дела зависило од случаја до случаја, а тиме и од суда до суда, што би у финалу водило готово извесној неуједначености судске праксе. С друге стране, када је реч о неуједначености међу законодавним приступима у погледу одреднице одређени временски период чини се да би било целисходно квантитативно прецизирати његово трајање у оним законодавствима у којима постојање кривичног дела не зависи од доживљаја жртве односно у којима се за довршење кривичног дела не тражи наступање последице, будући да је у таквим законима зона кажњивости широко постављена па би ограничавањем и прецизирање времена потребног за постојање кривичног дела отклониле постојеће дилеме. Обрнуто, у законодавствима у којима довршење дела зависи од тога да ли је услед предузетих радњи извршења наступила одређена последица, схватање одреднице одређени временски период не треба да даје нити прецизира законодавац већ би то зависило од случаја до случаја, према виђењу догађаја од стране жртве. На крају, у погледу колебања везаних за последицу ових кривичних дела у смислу њеног уношења или изостављања из бића кривичног дела чини се да ту уопште не треба да буде било каквих спорења у вези прописивања последице код прогањања јер оно треба по својој природи да буде последично дело имајући у виду да је *ratio legis* постојања овог кривичног дела заштита права и слобода појединаца од прогањајућих радњи којима

се проузрокује повреда њихових људских права и слобода. С тим у вези треба поентирати да у размимоилажењима која постоје у погледу тога да ли последицу треба ценити субјективно према доживљају у конкретном случају или објективно према схватању просечног грађанина предност, на основу горе заузетог става у погледу последице, треба дати првој опцији, будући да постојање овог кривичног дела треба да зависи од доживљаја жртве која у конкретном случају, а на основу предузимања радњи у одређеном временском периоду, осећа угроженост својих личних људских права и слобода.

ПОПИС ЛИТЕРАТУРЕ

D'Ovidio, R., Doyle, J., „A Study on Cyberstalking: Understanding Investigative Hurdles“, *FBI Law Enforcement Bulletin* 10/2003.

Dreßing, H., *et al.*, „Cyberstalking in a Large Sample of Social Network Users: Prevalence, Characteristics, and Impact Upon Victims“, *Cyberpsychology, Behavior, And Social Networking* 2/2014.

Duntley, J., Buss, D., „The Evolution of Stalking“, *Sex Roles A Journal of Research*, 5-6/2012.

Elikann, P. „Criminal Law: Stalking through Social Media“, *Massachusetts Law Review* 9/2016.

Finn J., „A Survey of Online Harassment at a University Campus“, *Journal Of Interpersonal Violence* 4/2004.

Fisher, B. Cullen, F. Turner, M. “Being Pursued: Stalking Victimization In A National Study Of College Women“, *Criminology & Public Policy*, 2/2002.

Fraser, C., *et. al.*, The New Age of Stalking: Technological Implications for Stalking, *Juvenile And Family Court Journal*, 39/2010.

Goodno, N., „Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current, State and Federal Laws“, *Missouri Law Review*, 1/2007.

Hazelwood, S., Koon-Magnin, S., „Cyber Stalking and Cyber Harassment Legislation in the United States: A Qualitative Analysis“, *International Journal of Cyber Criminology* 2/2013.

Kathleen, G., *et., al.*, „From Imprudence to Crime: Anti-Stalking Laws“ *Notre Dame Law Review*, 68/1993.

Lee, R., „Romantic and Electronic Stalking in a College Context“, *William & Mary Journal Of Women And The Law*, 2-3/1998.

Marcum, C., Higgins, G., Ricketts, M., „Juveniles and Cyber Stalking in the United States: An Analysis of Theoretical Predictors of Patterns of Online Perpetration“, *International Journal of Cyber Criminology*, 1/2014.

McAnaney, K., Curliss, L., Abeyta-Price E., „From Imprudence to Crime: Anti-Stalking Laws“ *Notre Dame Law Review*, 68/1993.

Miller, L., „Stalking: Patterns, motives, and intervention strategies“ *Aggression and Violent Behavior* 6/2012.

Morin, K., „The Phenomenon of Stalking: Do Existing State Statutes Provide Adequate Protection“, *San Diego Justice Journal*, 1/1993.

Mullen, P., Pathé, M., „Stalking“, *Crime and justice*, 29/2002.

National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code*, National Center for Victims of Crime, Washington, DC, 2007.

Perez, C., „When Does Obsession Become a Crime“, *American Journal of Criminal Law*, 20/1993.

Perry, J., *Digital stalking: A guide to technology risks for victims*, Network for Surviving Stalking and Women’s Aid Federation of England, Lydney- Bristol, 2012.

Pittaro, M., „Cyber stalking: An Analysis of Online Harassment and Intimidation“, *International Journal of Cyber Criminology* 1/2007.

Reyns, B., „A situational crime prevention approach to cyberstalking victimization: Preventive tactics for Internet users and online place managers“, *Crime Prevention and Community Safety*, 2/2010.

Royakkers, L., „The Dutch Approach to Stalking Laws“, *California Criminal Law Review*, 3/2000.

Roberts, L., „Jurisdictional and definitional concerns with computer-mediated interpersonal crimes: An Analysis on Cyber Stalking“, *International Journal of Cyber Criminology*, 2/2008.

Rosenfeld, B „Violence Risk Factors In Stalking And Obsessional Harassment“, *Criminal Justice And Behavior* 1/2004.

Southworth, C., Tucker, S., „Technology, Stalking and Domestic Violence Victims“, *Mississippi Law Journal*, 76/2007.

Spence-Diehl, E., *Stalking-A Handbook for victims*, Learning Publications, Florida, 1999.

Spitzberg, B., „The tactical topography of stalking victimization and management“, *Trauma Violence & Abuse* 4/2002.

Starr, J., „E-Mail Harassment - Available Remedies and Proposed Solution“, *Brandeis Law Journal* 39/2000.

Van der Aa, S., „International (cyber)stalking: impediments to investigation and prosecution“, *Studies in Global Justice*, 8/2011.

Ђокић, И. „Прогањање-нова инкриминација као наставак кривичноправног експанзионизма у Републици Србији“, *Зборник радова „Универзално и особено у праву“* (ур. Огњен Вујовић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2018.

Ковачевић, М., Маљковић, М., „Прогањање-криминолошки и кривичноправни аспекти“, *Зборник ИКСИ*, 3/2016.

Шкулић, М., „Полно узнемиравање и прогањање“, *Тужилачка реч* 31/2017.

Nikola PAUNOVIĆ

Research Assistant, PhD at the Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINALISTICS ASPECTS OF CRIMINAL OFFENSE OF STALKING

Summary

By prescribing the criminal offense of stalking through the Law on amendments and additions to the Criminal Code of the Republic of Serbia in 2016, as a result of the ratification of the Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, the attention of the domestic scientific community, in the context of criminal law review of the scope of the punishability of this incrimination, has increased. However, in spite of a series of papers devoted to the mentioned topic, it seems that the criminalistics aspect of the criminal offense of stalking has remained untamed. Therefore, the subject of the paper includes the criminalistics aspects of stalking, through consideration of the following topics: 1) detection of stalking; 2) phenomenology of stalking; 3) characteristics and classification of stalking; and 4) proving of stalking. From a phenomenological point of view, the author starts from the basic hypothesis that this criminal offense is manifested in two phenomenological forms: stalking in the real environment and stalking in the virtual environment. In this regard, special attention is paid to the emerging forms of stalking in the virtual environment, starting from the fact that this form of execution has far more specificities in the context of detection and proving of the analyzed criminal offense. The paper concludes that in the context of prevention of the execution of this criminal offense the most efficient means is the early identification of the first signs of stalking behavior and its reporting to the competent authorities, thus avoiding unnecessary victimization of victims for a longer period of time, as well as the exposure of victims to possible harmful consequences, which can be caused by the deferring or hesitation of victims to report cases of stalking.

Key words: *Stalking; Criminal offense; Detection; Phenomenology; Proving;*

ГРАЂАНСКО ПРАВНА И ТРГОВИНСКО ПОСЛОВНО ПРАВНА
ОБЛАСТ

Станка СТЈЕПАНОВИЋ*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ЗАШТИТА ИМОВИНЕ ДЕТЕТА У БИТКОИН И СЛИЧНИМ ТРАНСАКЦИЈАМА

Апстракт: Најбољи интерес детета је принцип водиља свих конвенција и других међународних аката којима се регулишу права детета. Овај принцип се претаче и у сва законодавства земаља потписница конвенција које су их ратификовале. Сви државни органи су дужни поступати у заштити детета у складу са његовим најбољим интересом. И у изменама Породичног закона Републике Српске из 2014. Године наглашен је најбољи интерес детета као правило по коме ће поступати судови и остали органи који су у положају да одлучују о заштити права детета. Омбудсман за права детета у Републици Српској је овлаштен да прати и да интервенише у свим случајевима када су права детета угрожена. Како заштитити најбољи интерес детета у подручју нових трансакција виртуелним валутама, као што су биткоин и њему сличне? У многим земљама ове трансакције нису још законски регулисане, а у неким се, као што је од марта 2019. године у Србији, од стране владе покренула јавна расправа како да се законски регулишу. На другој страни неке државе их, попут Кине, у једној години забране, па онда опет дозволе. Ауторка у раду предлаже мере које би могао предузети омбудсман за децу, а којима би се могла заштитити имовина детета у овој врсти трансакција. Истиче се нестабилност вредности биткоина и њему сличних виртуелних валута и анализирају се могућности да омбудсман за децу у оквиру својих законских надлежности заштити њихов интерес и предлаже мере.

Кључне речи: *најбољи интерес детета, биткоин, заштита, трансакција, омбудсман за децу.*

1. УВОД

Криптовалуте су се појавиле 1983. године, али су биле потпуно безначајне трансакције. Тек када се у јануару 2009. године појавила се у свету криптовалута, једна платна мрежа којом се омогућује плаћање роба

* Редовни професор, zakonopravilo@yandex.com

и услуга, коју је њен оснивач назвао „биткоин мрежа“, кренуло је озбиљније ширење те мреже. Назив потиче од најмање електронске јединице „bit“ и „coin“ кованог новчића. Да ли је оснивач ове мреже један човек или се иза имена које је он прогласио као своје Сатоши Накамото, крију више лица није предмет истраживања у овом нашем раду, али истичемо да је до сада, након десетогодишњице појаве ове крипто валуте на тржишту то у споредном плану.¹ Криптовалуте, као део криптоимовинских права почеле су да служе као средство плаћања и њима се могу куповати добра и услуге. Економсти су изражавали своје мишљење о биткоину као најзначајнијем представнику стотињак виртуелних валута од потпуног негирања до тврдњи да је то валута будућности која ће уништити банке. Према мишљењу неких на почетку је ова дигитална валута деловала као утопија, са тврдњом да ће она једног дана постати основно средство плаћања у свету и да ће у потпуности укинути банкарски систем, ово сада постаје реалност.² Према мишљењу професора економског факултета Дејана Шошкића, раст вредности биткоина представља „спекулативни балон“. Он сматра да је у историји економије било више „спекулативних балона“. Сматрајући да је спекулативни балон последње светке финансијске кризе била нереална цена некретнина, као и сваки балон, тако и овај балон може експлодирати, а како у њега нису инвестирале банке ни друге финансијске институције, то неће доћи до нестајања имовине банака, већ ће у том пуцању само stradати приватни инвеститори. Он сматра хистерија на тржишту проузрокована психолошким факторима што се у то време одразило наглим порастом вредности биткоина. У време када је професор Шошкић дао своје мишљење вредност биткоина се кретала до близу двадесет хиљада долара.³ Економиста Нуријел Рубини је исто сумњичав у погледу биткоина. Он сматра ова валута служи криминалцима за обављање својих послова у тзв. „сивој зони“ и како је Кина 2017. године забранила трговање криптовалутама, он је био одушевљен том одлуком.⁴ Међутим, већ следеће године Кина је поново дозволила и чак 70% трансакција биткоином је било у тој земљи. Кинеска комисија за национални развој и реформу поново је у априлу 2019. године укључила рударење биткоина и других крипто валута у прелиминарну листу индустрија које би требало

¹ Аустралијски предузетник Craig Steven Wright изјавио је 2017. да је он створио биткоин и нико га није ни демантовао, а ни потврдио ту његову изјаву.

² Павловић, И., Шта је биткоин, *Политика*, Београд, 6.12.2014.

³ <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/221217/221217-vest17.html>, 26. 04. 2019.

⁴ Цвјетичанин, Н., Биткоин – валута будућности, <http://advokatskakancelarijაცვjeticanin.rs/sr/autorski-tekstovi/bitcoin-valuta-buducnosti/29.04.2019>.

забранили у Кини, сматрајући да је то непожељна економска активност и да не одговара актуелном законодавству.⁵

Како заштитити дете и његове, не само имовинске интересе, у оваквој врсти трансакција? Одговор на ово комплексно питање, може се тражити не само у оквиру грађанског и кривичног права, него и шире. Државу пре свега интересује да заштити своје финансијске интересе опорезивањем биткоин и сличних трансакција и како да спречи прање новца. Како би у оквиру својих садашњих овлашћења омбудсман за децу могао заштитити интересе дјетета од пражњења његовог виртуелног новчаника?

2. БИТКОИН

Криптовалута је дигитална валута чија вредност није везана за „реална имовинска права“, тј. за обављање одређене конкретне привредне делатности, а која функционише независно од било које централне банке и најчешће користи Distributed Ledger Technology (DLT) и криптографску технологију. Крипто-новчаник је новчаник за крипто-имовинска права је софтверски програм у ком се налазе докази о власништву (енг. Cryptocurrency wallet).

Према Директиви ЕУ 2018/843/ЕС од дана 30.5.2018. године, којом су допуњене директиве 2015/849, 2009/138 и 2013/36 виртуелна валута је: дигитални приказ вредности који није издала и за који не јемчи централна банка ни јавно тело, који није нужно повезан са законски успостављеном валутом те нема правни статус валуте или новца, али га физичке или правне особе прихватају као средство размене и може се преносити, чувати те се њиме може трговати електронским путем. Из ове Директиве се види да, ради опште безбедности и могућности да трансакцијом виртуелним валутама буду у одређеним случајевима финансирање терористичких организација, оне требају доћи под општу контролу не само држава чланица ЕУ. Тако се каже да се анонимношћу виртуалних валута омогућује њихова потенцијална злоупотреба у криминалне сврхе. Укључивањем даваоца услуга размене виртуалних валута и фидуцијарних валута и пружатеља скрбничке услуге новчаника неће се у потпуности ријешити питање анонимности повезане с трансакцијама у виртуалним валутама јер ће велик дио окружења виртуалних валута остати анониман због тога што корисници могу обављати трансакције и без таквих пружатеља. Ради сузбијања ризика повезаних с анонимношћу, националне финансијско-обавјештајне јединице (ФОЈ-еви) требале би бити у стању

5

https://www.benchmark.rs/vesti/kina_razmatra_zabranu_rudarenja_kriptovaluta-79753, 14.04.2019.

прибавити информације на темељу којих ће моћи повезати адресе виртуалне валуте с идентитетом власника виртуалне валуте. Осим тога, требало би додатно проценити могућност да се корисницима допусти да се сами пријаве именованим телима на добровољној основи.

Иако се виртуалне валуте често могу користити као средства плаћања, могле би се користити и у друге сврхе те имати ширу примјену као средства размјене, улагања, као производи који служе чувању вриједности или у онлине касинима. Циљ ове Директиве јест да обухвати све потенцијалне облике кориштења виртуалним валутама.⁶

Биткоин је виртуелна валута која се ствара и похрањује искључиво дигиталним путем. Настаје у оквиру заједнице људи који се зову „рудари“ који употребљавају софтвер за решавање компликованих математичких проблема.⁷ Према упутствима Биткоин асоцијације Србије, биткоини могу да се купе или продају и на посебним банкоматима, захтев за куповину биткоина може се поднети преко сајта, а да би примио дигитални новац као купац неопходно је да на телефону или компјутеру инсталира апликацију виртуелни новчаник. „Рударење“ или *mining* представља оригинаран начин стицања својине на биткоину, што изискује набавку доста скупе рачунарске опреме и инсталирање посебног софтвера како би могли да почну са „рударењем“. Биткоин адреса се обично састоји од низа слова и бројева, до тридесет и четири.

Комисија за хартије од вредности Владе Србије је покретањем расправе за регулисање криптоимовинских права учинила први корак у покушају доношења правних оквира за ову врсту технологије. Приговарало се, оправдано, да је врло важно уредити ову област и да криптовалуте представљају нашу свакодневицу, било кроз тзв. Mining (рударење) или кроз тзв. Trading (трговање криптовалутама), уз напомену да се криптовалутом могу плаћати и сулуге појединих угоститељских објеката. Такође се истицало да се само дефинисало шта криптовалуте нису и указивало на ставове Европског суда правде и на упозорење Народне банке Србије од 2. октобра 2014. године, где је саопштено да се виртуелне валуте попут биткоина купују за конвенционалне валуте директно од другог лица или преко интернет платформи након чега се пребацују на персонализовани биткоин рачун (дигитални новчаник) и користе за куповину одређених добара и услуга, или се поново конвертују у конвенционалне валуте. НБС је упозоравала да корисници не уживају правну заштиту у случају да платформа изгуби новац или пропадне (услед

⁶ Directive (EU) 2018/843 of The European Parliament and of The Council of 30 May 2018, OJ L 156/43.

⁷ Чичин Шаин, Н., Опорезивање биткоина, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 67/2017, Загреб, 2017, 655.

хаковања), чак и када је реч о интернет платформи која је регистрована као привредни субјект код надлежног органа неке земље.⁸

Интересантно је да када су почеле трансакције са биткоином његове вредности су било безначајне⁹.

Сам биткоин је највећа и најпопуларнија криптовалута и може се рећи најприхваћенија, док је криптовалута етериум знатно ниже вредности, али на светском тржишту доста стабилна. Према извештајима о вредности биткоина она се на дан 29.4. кретала у вредности од око 5 100 долара и на тржишту их је било у вредности од сто милијарди долара.¹⁰ Иако се цели промет биткоин криптовалutom одвија по властитој волји лица које је желе размењивати за новац (fiat) или за робу или за услуге, што значи да лица вољно пристају на трансакције и када је потражња већа, вредност криптовалуте расте, када је мања од понуде вредност пада. Лица су свесна да не постоји државна институција која контролише ту потражњу. Можда је најбоља дефиниција block chain-а као огромне финансијске књиге на интернету, а сви корисници чувају податке, а они се не могу мењати без сагласности свих учесника датог ланца. Док једни тврде да трансакције управо због тога што их обележава мрежа компјутера широм света, дају апсолутну сигурност и поверење и да будући да нема људи, већ само машине, рачунари, сматрају да не би могло бити превара. Насупрот томе, а како се то може видети из Упозорења улагачима у крипто имовинска права (криптовалуте и дигиталне токене) које је Влада Србије преко свог надлежног тела упутила 4. Фебруара 2019. Види се да су и у тим трансакцијама могуће и преваре и свађе. Ризици везани за недовољну заштиту података о личности

Овај ризик постоји када је у питању било која активност на интернету, али Комисија сматра да га вреди поменути и у овом упозорењу. Наиме, приликом куповине крипто-имовинских права инвеститор оставља своје податке о личности друштвима која често нису регистрована у Републици Србији и која никоме не полажу рачуна када се ради о поступању са подацима о држављанима Републике Србије. Неопрезним инвеститорима лако може да се деси да постану мета нежељених маркетиншких активности, а постоји и могућност да ће доћи и до многих других злоупотреба.

⁸ Петровић, Ј., Правни аспект криптовалута, <https://www.pravniportal.com/pravni-aspekt-kriptovaluta/>, 30. април 2019.

⁹ У 2010. години његова вредност је била 0, 003 долара, а у 2011. Вредност је била 32 долара, да би на крају те године пао на само 2 долара, а у време кризе са кипарским банкама 2013. попео се на 1200 долара. https://www.benchmark.rs/vesti/kina_razmatra_zabranu_rudarenja_kriptovaluta-79753

¹⁰ Више на сајту rs.seebiz.eu.

Наиме, безбедност тих података је често далеко испод одговарајућег нивоа и пракса је показала да се дешава да трећа лица дођу у њихову државину. Посебно треба имати у виду да се овде подаци о личности остављају у контексту финансијских трансакција, што може да доведе до тога да поменута трећа лица дођу до ваших шифара (тј. приватних кључева) и да од вас, једноставно речено, украду крипто-имовинска права.

Комисија упозорава (потенцијалне) инвеститоре да је неопходно да поступају са повишеном пажњом ако се одлуче да инвестирају у крипто-имовинска права.¹¹

У позиву за јавну расправу кога је 5. марта упутила Комисија за хартије од вредности Владе Србије, покушава се наћи најбољи могући одговор на постављена питања как о заштитити крипто имовинска права где се изричито наводи да саме трансакцијеј крипто валутом између појединаца не би припадале у те правне оквире, што је са становишта заштите имовине детета још већа дубиоза. Сада се све више даје могућност да путем ових криптовалута тачније речено биткоина могу плаћати и у спортским кладионицама, и концерти омиљених извођача и све више у продавницама.

Иако се расправља о заштити деце од злоупотреба на интернету, о овој чињеници се не води рачуна јер дете је угрожено самим тим што се спортске кладионице налазе не смао близу школа, него на свим местима и поставља се питање како заштитити имовину детета. Колико је рударење као оригинарни начинс тицања права својине на криптовалуди штетно по здравље детета, а колико за имовину детета? Да ли би за то дете требало имати посебну дозволу джавног органа или је то немогуће што би ипак било недопустиво након свих залагања за највиши интерес детета. Иако је опрема за рударење веома скупа, па је веома често и сама предмет крађе, деца могу доћи у посед исте разним деривативним путем: наслеђем, поклоном и др.

С обзиром на овлашћења омбудсмана за децу, могло би се ту решавати и покушати спречити да у овом дигиталном руднику деца буду робови рудари, који изрударено у тренутку изгубе.

3. ТРОШЕЊЕ ЕНЕРГИЈЕ „РУДАРЕЊЕМ“ КАО ИНДИРЕКТНА ШТЕТА ЗА ИМОВИНУ ДЕЦЕ

Неке државе су прогласиле штетним за своју економију ову врсту трансакција сматрајући да рударење дигиталних валута уз помоћ моћних

¹¹ За више види на сајту Комисије за хартије од вредности, Владе Републике Србије: www.sec.gov.rs, 25. Април 2019.

рачунара захтева доста енергије за рад и обављање сложених алгоритама. Та количина енергије превазилази оно што мање земље користе за нормалне операције, па самим тим и непотребно трошење вредних ресурса и штету комплетној планети. Укључили су се и еколози тврдећи да рударење по рачунару може подићи за више од два степена целзијуса температуру на планети до 2034. године.¹² Рађен је и пројекат о утицају трошења енергије у биткоин трансакцијама и штетне последице у виду глобалног загревања планете. Водич пројекта Камило Мора, тврди да су у прошлој години као последица „ рударења“ биткоина испуштање у атмосферу шездесет и девет милиона тона угљен диоксида. Подаци које је објавио портал Digikonometist тврди да је за те операције потрошено 73, 12 терават сати, с а тим да један терават сат има десет милиона мегават сати, што значи да потроше више него Асутрија која потроши 72 терават сата за годину дана, а Србија потроши 32,2 терават сата. Трговање биткоином исто троши много енергије и једна трансакција потроши 819 киловат сати. Суштина је да компликовани рачунарски процес троши велике количине енергије и биткоин рудар мора имати моћни процесор да би открио шифру и тако троши велику количину енергије, а самим тим милиарде долара за струју.

Без обзира што су неке државе прогласиле да је биткоин штетан за њихову економију у то не значи директну заштиту за дете, с обзиром да те трансакције немају ни централну банку, а нити постоји седиште. Управо уништавањем и трошењем велике количине енергије штети се директно и здрављу деце и утиче на квалитет живота и оних који не учествују у таквим трансакцијама.

Злоупотреба деце са једне стране у рачунарској мрежи, уз истовремену могућност да они зараде много оригинарним путем („рударењем“) или деривативним путем кроз трансакције у виду куповине и сличним, ставља сасвим сигурно дете и његове родитеље на Прокрустову постељу. Да ли бити богаташ у року два дана или губитник и оног што се има, тешко да је решив алгоритам играча у једном колу који се зове ланац блокова.

4. ОВЛАШЋЕЊА ОМБУДСМАНА ЗА ДЕЦУ

Омбудсман за децу је независна институција која штити, прати и промивише права детета.¹³ Он је дужан да прати примену свих прописа који се односе на заштиту права и интереса детета, али да прати повреде интереса детета и залаже се за заштиту и промоцију права права и

¹² Податак објављен у часопису Nature.

¹³ Законом о омбудсману за децу РС, Сл. Гласник РС, бр. 103/08, 70/12

интереса детета. Управо из одредбе чл. 5 ст. 1 тачка 6 где он може предложити предузимање мера за заштиту и промоцију права детета, као и спречавање штетних поступања која угрожавају права и интересе детета, произлази да он може предузимати активности и у области заштите имовине детета у трансакцији криптовалутама. Ако сматра да повреда права детета долази због недостатка у прописима може иницирати доношење нових закона, других прописа и општих аката. Ова област, трговина криптовалутама, није адекватно регулисана и због тога би он требао предложити Народној Скупштини и Влади доношење законских и подзаконских аката којима би се могло заштитити имовину детета.

Према чл.17 ст. Закона омбудсман за децу има право да Народној скупштини поднесе посебан извештај када оцени да је то потребно ради предузимања мера од значаја за заштиту права и интереса деце. У складу са могућношћу коју закон даје предлажемо да омбудсман за децу предузме следеће: предложити Скупштини доношење нових и промену у постојећим законима којима би се заштитио најбољи интерес детета; иницира да се законски регулише забрана лицима млађим од осамнаест година свака врста оригинарног стицања криптовалуте- „рударењем“; забрани родитељу или старатељу детета да имовину детета улажу у криптовалуту и да врше сваку другу трансакцију у вези са истом, те да се предвиди и кривична одговорност за лица која су то учинила; промена у постојећем Закону о наслеђивању, тако да се у случају да је дете наследник биткоин криптовалуте његов родитељ или старатељ дужан да одмах ту валуту претвори у „фијат“ валуту; иницира допуну еколошких прописа, тако да се ограничи на дневном и годишњем нивоу потрошња енергије која се троши у трансакцијама криптовалутом, путем рачунарских мрежа, и загађивање угљендиоксидом целе планете.

Закључак

Када су се 1983. године појавиле криптовалуте, није се могло навестити да ће оне једног дана заменити традиционални новац. Нешто виртуелно, за што су појединци знали, али неважно за имовинска права и тржиште. Када се, почетком 2009. године појавила платна мрежа која нема централну банку, а коју је њен оснивач или оснивачи назвао биткоин, почео је испочетка маловредни виртуелни новац кретати у свет уз необичан раст и падове у вредности. Достигао је у једном тренутку вредност неколико хиљада пута већу него што је то било на почетку. Неки су га називали «спекулативни балон» који може експлодирати на штету свих учесника. Други пак, као милијардер Еуген Касперски, тврде да ће биткоин бити једино средство плаћања у следећем веку, када буде једна

светска влада, јер да државе једино занима опорезивање тих трансакција. Многи учесници у овој врсти трансакције су давали поверење биткоину и њему сличним криптовалутама, иако он иза себе нема златне подлоге као покриће. Мотив учесницима је био искорењивање бнкарског система, или како су то неки аутори истицали, да доживе да банкари остају без посла, сматрајући да банке са својим провизијама чине зло и да ће тога зла бити ослобођени сви они који користе биткоин. Нека врста револуције.

Без обзира на опречне прогнозе у кретању вредност и будућности ове криптовалуте сви морамо бити свесни чињенице да она постоји. Државе су се заинтересовале за решавање и заштиту криптоимовинских права учесника, пре свега у области опорезивања и спречавања прања новца. Многе државе немају још регулисано у својим законодавним актима ова криптоимовинска права, а неке већ забрањују као економски штетне за државу активности везане за криптовалюту.

Еколошка истраживања указују на штетност за имовинске интересе и природне ресурсе целе планете због огромног трошења енергије путем «рударења» и осталих трансакцијама криптовалutom.

Како се види из позива Владе Републике Србије за учествовање у јавној расправи о регулисању криптоимовинских права, у првом плану је заштита имовинских интереса учесника, али и њиховог права на заштиту личних података, али не свих. Они који плаћају робу и услуге појединци, физичка лица и који размењују криптовалюту нису обухваћени првим планом заштите, већ су то дигитални токини.

Не постоји могућности потпуне заштите имовине детета од губитака који су могући на дневном нивоу услед честим променама вредности криптовалуте. Сваки математички алгоритам је решив и нема апсолутне гаранције да неко неће «изрударити» и шифре које држе block chain и на тај начин оштетити имовину детета.

Опасност за децу на интернету је препозната и даје се заштита кроз мноштво међународних аката, а остварује се и у националним законодавствима. И „рударење“ и друге трансакције су опасност за дете на интернету, с обзиром на немогућност у потпуности заштите приватности.

Полазећи од надлежности омбудсмана за децу и чињенице да му се свако може обратити ако је препознао неку појаву у друштву која на било који начин угрожава права и интересе деце, или је од значаја за њихову заштиту, мишљења смо да би управо он могао и требао иницирати пред Скупштином и Владом доношење прописа за заштиту имовине детета у промету криптовалутама. Могао би да учини следеће:

1. Предложити Скупштини доношење нових и промену у постојећим законима којима би се заштитио најбољи интерес детета;

2. Иницирати да се законски регулише забрана лицима млађим од осамнаест година свака врста оригинарног стицања криптовалуте- „рударењем“;
3. Забрана родитељу или старатељу детета да имовину детета улажу у криптовалюту и да врше сваку другу трансакцију у вези са истом, те да се предвиди и кривична одговорност за лица која су то учинила;
4. Промена у постојећем Закону о наслеђивању, тако да се у случају да је дете наследник биткоин криптовалуте његов родитељ или старатељ дужан да одмах ту валуту претвори у „фијат“ валуту;
5. Иницирати допуну еколошких прописа, тако да се ограничи на дневном и годишњем нивоу потрошња енергије која се троши у трансакцијама криптовалutom, путем рачунарских мрежа, и загађивање угљендиоксидом целе планете.

Како је мотив и вера у биткоин настала из жеље за крахом банкарског система, сматрајући га злом, очекивало се да ће криптовалуте донети само добро. С обзиром на то да иза сваком права неминовно долази и злоупотреба тог права, тако се дешава да и ова врста трансакције наизглед може донети богатство детету, а на другој страни може довести до потпуног губитка не само имовине, него и тешких последица и еколошких за сву децу света.

ЛИТЕРАТУРА

- Павловић, И., Шта је биткоин, *Политика*, Београд, 6.12.2014.
- Петровић, Ј., Правни аспект криптовалута, <https://www.pravniportal.com/pravni-aspekt-kriptovaluta/>.
- Цвјетичанин, Н., Биткоин – валута будућности, <http://advokatskakancelarijacyjeticanin.rs/sr/autorski-tekstovi/bitcoin-valuta-buducnosti/>
- Чичин Шаин, Н., Опорезивање биткоина, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 67/2017, Загреб, 2017.
- Directive (EU) 2018/843 of The European Parliament and of The Council of 30 May 2018, OJ L 156/43.
- https://www.benchmark.rs/vesti/kina_razmatra_zabranu_rudarenja_kriptovaluta-79753,
- https://www.benchmark.rs/vesti/kina_razmatra_zabranu_rudarenja_kriptovaluta-79753

<https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/221217/221217-vest17.html>.
rs.seebiz.eu.
www.sec.gov.rs

Резиме

Најбољи интерес детета треба бити светлост која ће обасјавати сваку радњу која се предузима у циљу заштите права детета, без обзира ко ту радњу предузима. Одговор на питање како заштитити имовину детета у набујалој реци криптовалутама и што би у таквом виртуелном окружењу детета могао предузети омбудсман за децу, био је постављени циљ овог рада. Биткоин као највреднија криптовалута у односу на стотинак других сличних криптовалута је мерило осцилација у њиховој вредности. Нестабилност вредности може довести до штете за имовину детета, а и за његова остала права загарантована међународним актима и националним прописима. За сада је у фокусу заштите и према Директивама ЕУ и националним законодавствима, када је у питању била трансакција виртуелне валуте, да се спречи анонимно финансирање тероризма. Али посебном заштитом детета се не баве до сада државе, које су се углавном фокусирале како их опорезовати и спречити прање новца. Управо би омбудсман за децу требао од надлежних државних органа тражити да заштите дете. Полазећи од законом установљене надлежности омбудсмана за децу предложене су неке од мера које би он могао предузети пред надлежним органима за допуну постојеће и доношење нове регулативе у циљу заштите најбољег интереса детета.

Stanka STJEPANOVIĆ, Ph.D

Full Profesor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

PROTECTION OF CHILD PROPERTY IN BITKOIN AND SIMILAR TRANSACTIONS

Summary

The best interests of the child should be light that will oversee every action taken to protect the rights of the child, regardless of who takes this action. The goal of this paper was to give the answer to the question of how to protect the child's property in the world of the cryptocurrencies, and what a child ombudsman could do in such a virtual environment. Bitcoin as the most valuable cryptocurrencies compared to one hundred other similar is a best indicator of how much they are prone to oscillations in value. Instability of value can result in damage to the property of the child, and for his other rights guaranteed by international acts and national regulations. For now, the focus of protection under EU Directives and national legislation, when it comes to the transaction of virtual currencies, is to prevent anonymous financing of terrorism. But the special protection of the child has not been addressed so far by countries, which have focused mainly on taxing them and preventing money laundering. It is exactly the Ombudsman for Children who should require from competent state authorities to protect the child. In this paper, starting from the statutory competence of the Ombudsman for Children, some of the measures that he could take before the competent bodies for supplementing the existing and adoption of new regulations in order to protect the best interests of the child are proposed.

Олга ЈОВИЋ-ПРЛАИНОВИЋ*

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

Јелена БЕЛОВИЋ**

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

УЈЕДНАЧАВАЊЕ НОРМИ БРАКОРАЗВОДНОГ ПРАВА У ЕВРОПИ

In varietate concordia- У разликама уједињени (гесло ЕУ)

Апстракт: Иако је институт развода брака био познат још у римском праву, идеја о допуштености развода брака као пропратне последице поремећаја односа између супружника своју физиономију у законодавствима европских држава добија крајем 19. и током 20. века. Међутим, корените промене у регулативи овог правног института, у квалитативном смислу, десиле су се онда када се јавила потреба за европеизацијом материјалних правила о разводу међународних бракова. Имајући у виду међусобне разлике држава чланица ЕУ у овој области, развод међународног брака и његове последице зависе од материјалног права које државе ће суд применити, а избор меродавног материјалног права условљен је колизионим решењем које ће међународно надлежни суд применити.

У раду се анализира развој правног нормирања, који прати један институт породичног права - развод брака, и то кроз више аспеката: димензију материјалног права у Републици Србији, димензију права Европске уније кроз хармонизацију прописа од стране Европске комисије за породично право, као и кроз унификацију међународно-приватно правних норми кроз делатност органа Европске уније.

Кључне речи: *развод брака, хармонизација норми бракоразводног права, унификација норми бракоразводног права, Европска унија.*

1. Увод

Усклађивање материјалноправних одредби породичног права на нивоу Европске уније последица је тенденције пораста покретљивости њених грађана, са једне стране, док је, са друге стране, резултат потребе за уједначавањем колизионих норми које ће се применити у породичном

* Редовни професор

** Ванредни професор

односу са елементом иностраности. Правилима ЕУ о прекограничним бракоразводним поступцима постављени су нови темељи за европске интеграције, којим путем се показује правац деловања у областима у којима несагласност представља препреку напретку и правној сигурности.

Развод брака као последица неуспелог брака захтева друштвену контролу. Материјалноправне одредбе о разводу брака, као начину престанка пуноважног брака за живота супружника, из узрока и у поступку законом предвиђеним, по одлуци надлежног државног органа,¹ познају сви правни системи на европском континенту. У упоредном породичном праву последње две државе које су признале право на развод брака су Република Ирска (1996) и Малта (2011),² док је у српском брачном праву институт развода брака постојао и пре Другог светског рата, по тада важећим правилима верског или световног права.³

Република Србија од добијања статуса кандидата за чланство у ЕУ (2012), те отварања приступних преговора (2013), налази се у најзахтевнијој фази европских интеграција. Потпуно усаглашавање са системом вредности и законодавством ЕУ⁴ уз очување вредности и културних карактеристика националног права није лак задатак.

Процес европеизације материјалних одредаба породичног права одвија се на неколико нивоа:

- кроз успостављање стандарда у заштити људских права применом Европске конвенције о заштити људских права и

¹У српском праву предвиђена је искључиво судска надлежност, за разлику од других права која, под одређеним условима, супружницима пружају могућност да развод брака може бити одобрен од стране административних органа (данско, норвешко, холандско, португалско право). Вид. О. Цвејић-Јанчић, Породично право, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2009, 177. Поред судске бракоразводне процедуре, нове тенденције у материји развода брака на основу споразума супружника подразумевају, примера ради, адвокатски развод брака у француском праву, развод брака пред матичарем или јавним бележником у румунском праву и развод брака пред нотаром у словеначком праву. Вид. Н. Стојановић, „О (не)оправданости поверавања развода брака јавним бележницима“ у: Зборник радова са научне конференције са међународним учешћем „Универзално и особено у праву“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Том II, Косовска Митровица 2018, 289.

²М. Драшкић, Породично право и права детета, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 135.

³Г. Ковачек-Станић, Породично право, партнерско, дејче и старатељско, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2014, 154-155; Г. Ковачек-Станић, Упоредно породично право, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2002, 111.

⁴Министарство спољних послова Републике Србије, *Процес ЕУ интеграција и регионална сарадња*, <http://www.mfa.gov.rs>приступ: 14.04.2019.

основних слобода (1950)⁵ у оквиру Савета Европе – европеизација породичног права у ширем смислу;

- правном регулативом појединих питања унутар Европске уније;– европеизација породичног права у ужем смислу, и
- деловањем организација које имају за циљ хармонизацију (уједначавање) права.

2. Правно уређење права на развод брака у пракси Европског суда за људска права

Мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да склапају брак и заснивају породицу у складу с унутрашњим законима који уређују вршење овог права.⁶ Овако конципирано право на склапање брака не подразумева право на развод брака, што је на недвосмислен начин потврдио Европски суд за људска права у пресуди у случају *Johnston v. Ireland*,⁷ истичући да је за заштиту приватног и породичног живота неопходно да супружници имају могућност да се ослободе обавезе заједничког живота, међутим, садржина одредбе чл.8. ЕКЉП не подразумева обавезу држава да уведу институт развода брака.⁸

Уколико је у националном законодавству дозвољен развод брака, онда разведеним супружницима мора бити осигурано и право на склапање новог брака. Тако, у случају *F. v. Switzerland*⁹ по мишљењу Суда, спорна мера, која је утицала на саму суштину права на склапање брака, била је

⁵Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), *Службени лист СЦГ – међународни уговори*, бр. 9/2003 и 5/2005.

⁶Чл. 12. ЕКЉП.

Формулација чл. 12. ЕКЉП не може се тумачити на начин да је склапање брака ограничено на заједнице живота мушкарца и жене. У случају *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, предствака бр. 28957/95, 11.07.2002, Европски суд за људска права је прихватио да право на склапање брака имају и трансексуалци, с обзиром да се више не може сматрати да термини „мушкарци“ и „жене“ указују само на одредницу рода кроз искључиво биолошке критеријуме. За разлику од трансексуалаца, право на склапање брака не обухвата истополне партнере, јер, по мишљењу Суда, у пресуди у предмету *Schalk and Kopf v. Austria*, предствака бр. 30141/04, 24.06.2010, о том питању не постоји европски консензус. Вид. Nuala Mole, Krešimir Kamber, Vaso Liaki, *Ka delotvornijoj primeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou – Vodič za ključna načela i pojmove Konvencije i njihovu primenu u domaćim sudovima*, (Ur.Biljana Braithwaite, Catharina Harby, LediBianku), The AIRE Centar (Advice on Individual Rights in Europe) 2018, 45-46.

⁷*Johnston v. Ireland*, представка бр. 9697/82, 18.12.1986.

⁸Ставови 51-53 пресуде у случају *Johnston v. Ireland*.

⁹*F. v. Switzerland*, представка бр. 11329/85, 18.12.1987.

несразмерна легитимном циљу којем се тежило.¹⁰ Остваривање права на склапање брака у државама чланицима Савета Европе трпи извесна ограничења, односно условљено је материјалним и процесним правилима, с тим да национални закони не смеју ограничавати право нарушавајући његову суштину. Пропуст надлежних органа у националној држави да спроведу поступак развода у разумном року, под одређеним околностима може се посматрати у оквиру чл.12. ЕКЉП,¹¹ што је у случају *V.K. v. Croatia*,¹²

Европски суд за љуска права први пут потврдио. Подносилац представке био је изложен стању продужене неизвесности која је прерасла у неразумно ограничење његовог права на склапање новог брака.¹³

¹⁰Ст. 38 пресуде у случају *F. v. Switzerland*.

¹¹Ст. 143. пресуде у случају *Aresti Charalambous v. Cyprus*, представка бр. 43151/04, 19.07.2007.

¹²*V.K. v. Croatia*, представка бр. 38380/08, 27.11.2012.

¹³Иако је веће од седам судија једногласно утврдило да је приговор подносиоца представке допуштен, пресудио је са шест од седам гласова да је дошло до повреде права из чл. 12. Конвенције. Наиме, председница судског већа (Isabelle Berro-Lefèvre) у издвојеном мишљењу је своје противљење одлучи образложила следећим аргументима: 1) премда су супружници споразумели о разводу брака, питање начина одржавања личних односа и издржавања детета остала су спорна; 2) подносилац представке је затражио спајање два поступка, поступак за развод брака и поступак оспоравања очинства, и том захтеву је удовољено, да би томе накнадно приговарао, тако да је неприхватљива тврдња да је суд требао одмах да разведе брак чим су се странке споразумеле о разводу; 3) у предмету *Aresti Charalambous v Cyprus* подносилац представке је такође приговарао на дужину поступка за развод брака (пет година седам месеци и 21 дан) и да је то спречило подносиоца представке да се поново ожени. Али, Суд је сматрао да, имајући у виду све околности и укупно трајање поступка, ситуација подносиоца представке није нарушила суштину права на склапање брака. Дакле, није вероватно да би дужина поступка сама по себи довела до повреде права из чл. 12. Конвенције, већ, у овом контексту, постојање околности које су специфичне да прерастају у мешање или нарушавање саме суштине права на склапање брака. По њеном мишљењу, битне околности морале су бити доказане како би се сматрало да је дошло до мешања у саму суштину утврђеног права, а без дефиниције таквих околности свако се може запитати које ће време Суд одредити као разумно време чекања приликом планирања новог брака. Осим тога, да ли ће повреда чл. 6. Конвенције, *ipso facto*, подразумевати повреду чл. 12., ако подносилац представке докаже да је пронашао другу сродну душу и разматра нови покушај брака. Подносилац представке је могао склопити нови брак, касније него што је желео, тако да су и његова верска уверења поштована. Из наведених разлога, председница судског већа је сматрала да није дошло до повреде чл. 12. Конвенције. Vid. *Izdvojeno mišljenje sutkinje Berro-Lefevre*, 22-24, (Prijevod), <https://uredzastupnika.gov.hr> (приступ: 17.04.2019.).

3. Бракоразводна регулативана нивоу Европске уније

Брак који је склопљен између држављана ЕУ из различитих држава чланица или између држављана трећих земаља, држављана ЕУ и држављана трећих земаља, два држављана ЕУ који живе у трећој земљи, два држављана ЕУ чија се имовина налази у трећој земљи и брак држављана који стекну имовину у другој држави чланици ЕУ, одређује се као међународни брак.

Према наводима међународне интернет мреже *EurActiv* посвећене активностима Европске уније, процењује се да у њеним оквирима живи шеснаест милиона међународних парова.¹⁴ Зато је Европска комисија предложила да приликом развода брака супружници могу да бирају земљу по чијим законима желе да се разведу, при чему је избор ограничен на земљу чији су држављани и земљу њиховог пребивалишта.¹⁵ Уколико супружници не могу да се споразумеју о меродавном праву, критеријум за доношење одлуке о томе претпоставља да ће у случају промене боравишта моћи да одаберу да се њихови имовински односи регулишу применом законских решења новог места боравка.¹⁶

Разноликост породичноправних норми националних законодавстава ЕУ, које уређују институт развода брака, су тешко савладива препрека у пракси, будући да, како је већ напоменуто, свака држава чланица прописује бракоразводне узроке као и правила бракоразводног поступка. У ситуацији када је реч о односу супружника из две или више држава чланица, одговор треба дати на питање који је суд надлежан и право које државе се примењује.¹⁷

Поступак за развод или законску раставу,¹⁸ супружници могу покренути заједничким предлогом или на захтев једног од њих, и то суду

¹⁴ Вид. чланак под насловом *Novi propisi o međunarodnim brakovima u EU*, објављен 17.03.2011., <https://www.euractiv.rs> (приступ: 17.04.2019.).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Razvod i zakonska rastava*, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/index_hr.htm (приступ: 12.04.2019.).

¹⁸ Правни појам **законска растава** подразумева престанак заједнице живота супружника и означава ситуацију о којој један од супружника или обоје обавештавају суд или други надлежни орган да је престала заједница живота. При томе, чињеница одвојеног живота нема утицаја на њихов брачни статус или на даљи ток бракоразводног поступка. У шпанском, ирском и италијанском праву, примера ради, одређен је период колико одвојен живот супружника треба траје пре него супружници покрену бракоразводну парницу. Законска растава не значи да ће нужно до развода доћи, јер се може догодити да се супружници у том периоду помире и поново успоставе заједницу живота. У неким случајевима, законска растава

државе: у којој супружници живе, затим суду државе у којој су имали последње заједничко пребивалиште (ако један од њих још увек у тој држави живи), или суду државе у којој живи један супружник ако је поднет заједнички захтев за развод брака, суду државе у којој живи други супружник, односно суду државе у којој живи супружник који покреће бракоразводни поступак под условом да у тој држави живи најмање шет месеци непосредно пре подношења захтева, ако је домаћи држављанин. Уколико то није случај, онда је потребно да супружник живи најмање годину дана непосредно пре подношења захтева у држави суда пред којим се покреће бракоразводни поступак, те суду државе чији су држављани супружници.¹⁹ Право државе суда који одлучује о разводу брака, не значи да је оно нужно и меродавно право када један од супружника живи у другој земљи. Ради избегавања неспоразума, шеснает држава чланица ЕУ (Аустрија, Белгија, Бугарска, Грчка, Француска, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Мађарска, Малта, Немачка, Португалија, Румунија, Словенија, Шпанија) уговориле су сет правила којима је супружницима пружена могућност споразумевања о примени права о разводу брака са елементом иностраности.²⁰

представља замену за развод који је супружницима непожељан из економских, културних, политичких и верских разлога. Вид. *Europska pravosudna mreža u građanskim i trgovačkim stvarima, Razvod брака*, <https://dg-justice-portal-demo.eurodyn.com> (pristup: 12.04.2019.).

¹⁹Илустративан пример за одржавање надлежности и меродавног права код прекограничног развода у пракси: Brigitte, холандска држављанка, и Карел, словеначки држављанин, упознали су се 2005. године у Холандији. Венчали су се 2009. године потом се преселили у Француску где је 2013. године рођена њихова ћерка Anna, холандско-словеначка држављанка. Brigitte и Karel разишли су се крајем 2016. године, када се мајка са ћерком вратила у Холандају, а супруг је остао у Француској где има добро плаћен посао. Brigitte жели поднети тужбу за развод брака. Да ли бракоразводни поступак покреће пред судом у Француској или у Холандији? Одговор на питање одређивања судске надлежности у бракоразводном поступку налази се у правилима Уредбе бр. 2201/2003 од 27.11.2003. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у брачним споровима и у споровима о родитељској одговорности “Uredba Bruxelles IIa”, која се примењује у свим државама чланицама ЕУ, осим у Данској. Вид. *Prekogranični razvodi i uzdržavanje (uvodnu razinu)*, Projekat: Bolja primena Uredbi EU. u području obiteljskog i naslednog prava, ERA Academy of European Law (2014-2020.) 1-6, <http://www.era-comm.eu> (приступ: 12.04.2019.).

²⁰*Razvod i zakonska rastava*, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/index_hr.htm (приступ: 12.04.2019.).

4. Осврт на упоредноправно материјално бракоразводно право и развод у српском праву

У савременим законодавствима преовладава схватање да развод брака представља начин изласка из ситуације која је за супружнике постала неподношљива до те мере да развод представља једини „лек“ за превазилажење брачног слома. У правној науци је ово схватање познато под називом „теорије о разводу као правном леку“, и једнодушно је прихваћено у свим европским законодавствима. Извесна одступања у том погледу тичу се разлика између правних система који поред нескривљених узрока за развод брака предвиђају и узроке који се заснивају на кривици једног или оба супружника (тзв. „мешовити систем развода као правног лека“), и правних система у којима се узроци за развод брака не могу приписати скривљеном понашању супружника (тзв. „чист систем развода као правног лека“).²¹

Мешовити систем развода као правног лека прихваћен је, примера ради, у аустријском праву, који, са једне стране, као основ за развод брака познаје споразум супружника да се брак разведе, под условом да је прошло најмање шест месеци од престанка заједнице живота (не одвојен живот), и ако су уверени да је брак доживео непоправљиви слом. Са друге стране, развод брака по тужби темељи се на три бракоразводна узрока: скривљено понашање супружника; развод брака због развргнућа породичне заједнице, и развод брака из других разлога.²² Исто тако, у француском законодавству могућа су четири начина развода брака: споразумни развод брака, развод брака на захтев једног супружника уз сагласност другог супружника (када постоји споразум о престанку брака, али не и о правним последицама), развод брака због поремећености брачних односа и развод брака због кривице једног супружника.²³

Групи законодавстава која прихватају чист систем развода као правног лека припадају, између осталих, и холандско, словеначко, грчко, италијанско право. За све њих је карактеристично да као једини бракоразводни узрок прихватају озбиљну и трајну поремећеност брачних односа. Словеначко право предвиђа споразумни развод брака (без утврђивања бракоразводног узрока, ако су испуњени законски услови), као и развод брака по тужби због поремећености брачних односа, док решење холандског права омогућава да се брак разведе по тужби једног или оба супружника због трајне поремећености брачних односа када је

²¹М. Драшкић, *Породично право и права детета*, op.cit., 135-136.

²²К. Braun, *Razvod u Austriji*, članak objavljen 25.02.2014., <http://www.rechtsanwaeltin-braun.at> (приступ: 15.04.2019.).

²³А. Duraković, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar, 2016, 8-9.

заједнички живот постао неподношљив и не постоји вероватноћа да ће брачни односи бити обновљени.²⁴

Савремено српско брачно законодавство је представник чистог система развода као правног лека.²⁵ Брак се може развести на основу споразума супружника и по тужби. Код споразумног развода постоји сагласна диспозиција супружника да се брак разведе, па се као бракоразводни узрок не може узети ниједна чињеница која се уобичајено сматра узроком за развод брака.²⁶

Престанак брака на основу несумњиво исказане воље супружника одговара слободи ступања у брак, као једном од основних уставних права: „Свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака“.²⁷ Развод брака по тужби темељи се на два бракоразводна узрока: озбиљна и трајна поремећеност брачних односа и објективна немогућност остваривања заједнице живота супружника.²⁸ Оба су општа, релативна и нескривљена бракоразводна узрока. У пракси редовних судова одлуке у којима се одбија тужбени захтев за развод брака због озбиљне и трајне поремећености брачних односа представљају изузетак.²⁹

Основни циљ и сврха брака је остваривање потпуне и складне заједнице живота супружника, те када заједницу живота нје могуће остварити, сваки супружник има право на развод брака. У времену чији смо савременици, у европским оквирима посматрано, стопа развода брака је неуједначена и креће се у распону од 0,5 до 3 на хиљаду становника,³⁰ а овакав тренд је присутан и у домаћој судској пракси.

²⁴*Ibid.*, 24-27.

²⁵У српском средњовековном праву, изричито је било забрањено самовласно раскидање брака, а разликује кривицу мужа и кривицу жене, затим развод брака без одштете и развод због монашења једног супружника. Опширније Н. Шаркић, *Разлози за развод брака у средњовековном српском праву*, Зборник радова „Породични закон -дванаест година после“, Правни Факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2018, 63.

²⁶Чл. 40. ст. 1. Породичног закона, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

²⁷Чл. 62. ст. Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

²⁸Чл. 41. ст. 1. Породичног закона Србије.

²⁹Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж. 369/12 од 18.09. 2012. године је пример одбијања тужбеног захтева за развод брака у случају када су наследници супружника који је поднео тужбу за развод брака наставили већ започети поступак ради утврђивања да је постојао основ за развод брака. Опширније код М. Драшкић, Коментар Породичног закона, Пракса Европског суда за људска права, Пракса Уставног суда, Пракса редовних судова према стању законодавства од 1. децембра 2015. године, *Службени гласник*, Београд 2015, 114-117.

³⁰Према подацима Републичког завода за статистику у Србији број разведених бракова у 2017. години износи 9 262 и показује пораст за 2,4% у односу на 2016. годину. <http://www.stat.gov.rs>

5. Комисија за европско породично право

Комисија за европско породично право (*Commission on European Family Law-CEFL*, у даљем тексту: Комисија), формирана је 2001. године као ентузијастички пројекат европских универзитетских професора са циљем да испита могућност хармонизације националних породично правних прописа земаља чланица ЕУ. Комисију чине два тела: Организациони одбор и Експертски тим. Међу бројним разлозима оснивања Комисије нарочито се истичу следећи: стални тренд пораста европске димензије породичноправних односа, европске интеграције, развој европског међународног приватног права и широк концепт схатања надлежности ЕУ, који имплицитно значи и проширивање те надлежности на поље породичноправних односа.³¹

Комисија нема политички мандат, нити њени чланови представљају државе чланице ЕУ, по чему се она разликује од других међународних организација и тела која такође раде на хармонизацији и унификацији правних прописа. Са истим циљем основана је још давне 1893. године и Хашка конференција за међународно приватно право као организација глобалног карактера која прогресивно ради на хармонизацији и унификацији прописа из области међународног приватног права. Резултат рада Конференције је 38 конвенција, један протокол и један инструмент тзв. „меког“ права.³² Делатност Хашке конференције огледа се у припреми текстова мултилатералних конвенција које су намењене потписивању и ратификацији од стране држава. Рад Хашке конференције обележен је и израдом конвенција из области породичног права.³³ С друге стране, ЕУ као политичка организација, по правилу, унификује одређену правну област путем аутономних извора секундарног права, при чему основни инструмент унификације представљају уредбе.

³¹К. Boele-Woelki, “The principles of European family law: its aims and prospects”, *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2/ 2005, 161-162.

³²<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>, 07. 04.2019.

³³Конвенција о праву које се примењује на обавезе издржавања према деци из 1956. године, Конвенција о признању и извршењу одлука које се тичу обавезе издржавања према деци из 1958. године, Конвенција о праву које се примењује на обавезе издржавања из 1973. године, Конвенција о праву које се примењује на брачно-имовински режим из 1978. године, Конвенција о закључењу и признању пуноважности брака из 1978. године, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године.

6. Принципи европског породичног права у области развода брака

Комисија је 2004. године израдила и објавила Принципе који се односе на развод брака и издржавање између бивших супружника (у даљем тексту: Принципи).³⁴ Ови Принципи израђени су на основу резултата истраживања које се спроводило на бази детаљног упитника (105 питања), на основу кога је Експетски тим Комисије израдио 22 извештаја о стању националних законодавстава земаља чланица ЕУ које је било на снази 2002. године, у погледу питања развода брака. На бази упоредноправне анализе објављени су: Принципи који се односе на развод брака (Део I) и Принципи који се односе на издржавање између бивших супружника (Део II).³⁵

Принципи везани за развод брака имају за циљ „дедраматизацију“ развода брака без занемаривања интереса деце и слабијег супружника.³⁶ Ови Принципи треба да послуже као модел за будућа законодавна решења. Принципи немају обавезујућу правну снагу и више служе као препорука националним законодавцима. Принципи се састоје из преамбуле и три дела. Комисија наводи 10 принципа који се односе на развод брака. У првом делу наведени су принципи који се односе на општа питања, у другом делу наведени су принципи који се односе на споразумни развод брака и у трећем делу наведени су принципи који се односе на развод брака по тужби једног одбрачних партнера.

Као општи принципи наводе се: 1) развод брака треба да буде омогућен законом и није потребно одређено трајање брака како би се брак развео; 2) поступак за развод брака треба да буде уређен законом и изречен од стране надлежног тела (судски или управни орган); 3) постоје две врсте развода брака: споразумни развод брака и развод брака по тужби једног брачног партнера. Други део Принципа односи се на

³⁴ K. Boele-Woelkiet al., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, 2004.

³⁵ Приликом израде Принципа Комисија се определила за *common core* методу која подразумева упоређивање различитих националних правила како би се уочиле сличности те на основу њих израдили принципи који би се онда могли узети у обзир и при изради *ius commune*. У појединим областима разлике између националних поредака толико су велике да није могуће створити заједничко језгро. У вези с тим поставља се питање јесу ли управо та решења и најбоља, односно могу ли бити основа новом, модерном, породичном праву које ће бити у стању да одговори свим изазовима у будућности. У овим случајевима Комисија оптира за примену тзв. *better law* метода. Више у: А. Duraković, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar, 2016, 54-55.

³⁶ А.М. Ardeleanu, „Principles of European Family Law Regarding Divorce-Special View over Romanian Civil Code“, *Acta Universitatis Danubius*, Voume 9, Number 2/2013, 55.

споразумни развод брака: 1) могућ је развод брака на основу споразума брачних партнера, а своју сагласност брачни партнери могу изнети у заједничком захтеву или захтеву једног од њих уз изричити пристанак другог брачног партнера; 2) одређује се у којим ситуацијама је оправдано оставити „период размишљања“; 3) споразум треба да буде сачињен у писаној форми, при чему неби требало ограничавати партнере у намери преобликовања заједничког живота уз оградe да треба водити рачуна о интересу деце и заштити слабије стране; 4) регулисане су последице развода брака у случају када сва питања од значаја нису регулисана споразумом брачних партнера. Трећи део Принципа односи се на развод брака по тужби једног од брачних партнера, који је: 1) могућ након једне године фактичког одвојеног живота; 2) изузетно, могућ и раније, уколико постоје посебно отежавајуће околности на страни подносиоца захтева; 3) усмерен на регулисање последица развода брака које се односе на децу и друга питања.

Експертски тим Комисије је упркос владајућем схватању да постоје дивергентна решења у области породичноправних односа успео да пронађе најмањи заједнички именилац законодавних решења по питању развода брака и да их постави као руководеће принципе који регулишу овај институт.

7. Унификована правила европског међународног приватног права

Уколико се узме у обзир да животне заједнице егзистирају унутар појединих правних система кроз облике које ти правни системи прихватају, те кроз права и обавезе које им приписују поједини законодавци, као и да појачане миграције и глобализација доводе до процеса у коме појединци и породица нису више категорија која егзистира унутар једног правног поретка, већ су то категорије које се крећу преко граница,³⁷ у уједињеној Европи, разлог за унификацију бракоразводног права наметао се као природна потреба.

У погледу регулисања породичноправних односа са елементом иностраности ЕУ је правни основ надлежности базирала на основу чл. 61 (ц), чл.65 и чл. 67 амстердамске верзије Уговора о оснивању Европскезаједнице.³⁸ Образложење за законодавну активност у овом сегменту било је условљено „повезаношћу мере са функционисањем

³⁷М. Župan, “Temeljna ljudska prava i prekogranične životne zajednice-registrirano partnerstvo u fokusu“, *Liber amicorum* GašoKnežević, Univerzitet u Beogradu-Pravnifakultet, Beograd, 2016, 143.

³⁸OJ 325/5 од 24.12. 2002.

унутрашњег тржишта“. Потписивањем Лисабонског уговора 2007. године³⁹, измењена су два основна уговора-Уговор о Европској унији (УЕУ) и Уговор о оснивању Европске заједнице (УЕЗ), који је променио назив у Уговор о функционисању Европске уније (УФЕУ). Промењен је правни основ надлежности који сада лежи у чл. 81 УФЕУ⁴⁰, али и образложење акције које делегира надлежност ЕУ да делује у подручју слободе, сигурности и правде.

На простору ЕУ, везано за институт развода брака, на снази су:

- Уредба бр. 1259/2010 од 20. децембра 2010. године о спровођењу појачане сарадње у области меродавног права за развод и законску раставу (познатија као Рим III Уредба)⁴¹, и
- Уредба бр. 2201/2003 од 27. новембра 2003. године о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним предметима и предметима родитељске одговорности (познатија као Брисел-*bis* II Уредба).⁴² Ова Уредба заменила је до тада важећу Уредбу бр. 1347/2000 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним предметима и предметима родитељске одговорности за заједничку децу оба супружника (познатију као Брисел II Уредба).

За разлику од Брисел-*bis* II Уредбе која чини део *aquis* и непосредно се примењује на укупној територији ЕУ (са изузетком Данске), Рим III Уредба то није зато што је донета у поступку појачане сарадње, па је њена примена ограничена само на оне државе које су учествовале у поступку појачане сарадње.⁴³ Могућност појачане сарадње

³⁹ Лисабонски уговор је ступио на снагу 1.12.2009. године након што је прошао процес ратификације у свим земљама чланицама ЕУ.

⁴⁰ Одредба новог чл. 81 УФЕУ гласи: „ЕУ развија правосудну сарадњу у грађанским предметима који имају прекогранично дејство на темељу начела узајамног признања пресуда и одлука у вансудским случајевима. Таква сарадња може укључивати усвајање мера за усклађивање закона и других правних прописа држава чланица. мере у погледу породичних односа са прекограничним дејством утврђује Савет делујући у складу са посебним законодавним поступком“.

⁴¹ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, <http://eur-lex.europa.eu>, 08.04.2019.

⁴² Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, <http://eur-lex.europa.eu>, 08.04.2019.

⁴³ Аустрија, Белгија, Бугарска, Француска, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Мађарска, Малта, Немачка, Португал, Румунија, Словенија и Шпанија, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/faq/index_hr.htm, 09.04.2019.

установљена је Лисабонским уговором, и предвиђена је у оним ситуацијама када око одређеног питања није могуће постићи консензус и када су се сви покушаји унификације тог питања показали као безуспешни.⁴⁴

Наведени секундарни извори права ЕУ регулишу институт развода брака путем одредаба процесноправне (Брисел-*bis* II) и одредаба материјалноправне, односно колизионе природе (Рим III), па се с тога може рећи да је правно регулисање овог института у на простору ЕУ логички и методолошки заокружено. Наиме, питање примене меродавног права долази на ред тек након што је тужба поднета надлежном суду, који ће након тог момента ценити властиту надлежност, па тек онда на темељу колизионих норми одредити меродавно материјално право. Истовремено, нуде се решења која су у исто време правична и предвидљива што доприноси повећању правне сигурности грађана ЕУ.

Окосница решења је примат редовног боравишта, како као критеријума за одређивање надлежности⁴⁵, тако и као тачке везивања за одређивање меродавног бракоразводног права за развод и законску раставу ако је случај повезан са различитим државама⁴⁶. Државе чланице

⁴⁴Европска комисија је још 2006. Године покушала да хармонизује законе који би се примењивали на разводе са међународном димензијом. Шведска је блокирала такав предлог, не желећи да се на њене грађане примени закон мање либералан од њиховог сопственог. Како консензуса унутар ЕУ по овом питању није било, десет држава чланица тражило је од Европске комисије да предложи законске реформе које би се односиле само на оне земље које на њих пристану. Тако је по први пут, у историји Европске уније, Европска комисија, управо по питању бракоразводних бинационалних парница, предложила механизам „појачане сарадње“ међу појединим чланицама Уније. <https://www.dw.com/bs/razvod-mje%C5%A1ovitih-brakova-na-eu-na%C4%8Din/a-5385821>, 09.04.2019.

⁴⁵Према чл.3 Брисел II-*bis* Уредбе, у материји развода брака и законске раставе, као и поништења брака, поступак се може водити у: 1) држави заједничког редовног боравишта брачних партнера, или 2) држави последњег заједничког редовног боравишта (ако један од њих још увек редовно тамо борави), или 3) држави редовног боравишта туженог, или 4) држави редовног боравишта било којег брачног партнера ако споразумно подносе захтев, или 5) држави редовног боравишта подносиоца захтева ако је он/она ту боравио најмање годину дана непрекидно пре подношења захтева, или 6) држави редовног боравишта подносиоца захтева ако је он /она ту боравио најмање шест месеци непрекидно пре подношења захтева и ако је уз то држављанин дотичне државе (домицил у случају Уједињеног Краљевства и Ирске), или 7) држави чији су брачни партнери држављани (домицил у случају Уједињеног Краљевства и Ирске).

⁴⁶Према чл.8 Рим III Уредбе, уколико брачни партнерини су постигли споразум о меродавном праву, за развод и раставу брака меродавно је једно од следећих права: 1) право заједничког редовног боравишта брачних партнера у тренутку покретања поступка; 2) право последњег заједничког редовног боравишта брачних партнера

ЕУ које припадају континенталном правном систему, укључујући и државе Југо-Источне Европе традиционално оптирају за *lex nationalis*. И у овим уредбама *lex nationalis* фигурира, али као алтернативна тачка везивања, која сада долази у други план. Уопштено говорећи, концепт редовног боравишта је флексибилнији од држављанства. Европско међународно приватно право не садржи дефиницију појма редовног боравишта, а од дефиниције абстинирају и национална законодавства, остављајући судској пракси и доктрини да одреде овај појам.⁴⁷ У ту сврху, за европско међународно приватно право од значаја су тумачења која да је Суд Европске уније (у даљем тексту: Суд).⁴⁸ Једно такво тумачење Суд је дао у вези са применом Бриселске конвенције из 1968. године. Према том стајалишту, одлучујуће је „место на којем је особа свесно установила стално и редовно средиште својих животних интереса, доделивши му трајност, при чему се за утврђивање тог боравишта требају узети у обзир све за то битне чињеничне околности“.⁴⁹ Место редовног боравишта утврђује се у тренутку када се питање поставља и у односу на околности сваког појединачног случаја.⁵⁰

уколико оно није престало годину дана од почетка поступка и један од брачних партнера још увек има ту редовно боравиште; 3) право заједничког држављанства брачних партнера у тренутку покретања поступка; 4) право државе суда.

⁴⁷ C. Jessel-Holst, „Dilemmas in Application of the EU International Family Law in Most Recent EU Member States“, u: Private International Law in the Jurisprudence of European Courts-Family at Focus (M. Župan ed.), Faculty of Law, Osijek, 2015, 68.

⁴⁸ C-523/07, A (2009) ECR I-2805. Овом пресудом се у сврху примене чл. 8, ст. 1 Брисел II Уредбе наводи да појам „дететовог редовног боравишта“ треба утврдити на темељу свих стварних околности појединачног случаја. Осим физичког присуства детета у држави чланици, треба водити рачуна и о другим чиниоцима који потврђују да се не ради тек о привременом или повременом присуству, већ да је боравак из разодређене интегрисаности у друштвену и породичну средину (тач. 38 пресуде). У предмету C-497/10, PPU, *Mercredi v. Chaffea* (2010) ECR I-0000, наводи се да приликом одређивања појма редовног боравишта детета од кључног значаја може бити и старост детета. Притом је очигледно да је окружење детета младе доби (дојенчета) његово породично окружење које је дефинисано блиском особом или особама са којима дете живи, које се брину о њему и које га издржавају (тач. 52 и тач. 54 пресуде). C. Jessel-Holst., Н. Sikirić, V. Bouček, D. Babić, *Međunarodno privatno pravo-zbirka odluka Suda Evropske unije*, Narodnenovine, 2014.

⁴⁹ A. Duraković, *op. cit.*, 121.

⁵⁰ У случају *Marinos v. Marinos* (2007), супружници-енглеска држављанка и грчки држављанин венчали су се и живели у Енглеској, где су се родила и деца. Супруг се због потреба посла преселио у Грчку, где је купио и кућу, а супруга и деца су дошли за њим у Грчку, где су деца похађала школе/вртић. По наводима супруге, боравак у Грчкој требало је да буде привремен и она је одувек сматрала да ће се породица вратити у Енглеску. После неколико година, супруга је одлучила да се разведе, одвела је децу са собом и наредног дана, пошто је допутовала у Енглеску, поднела је

Друга окосница европских решења је продор аутономије воље као тачке везивања, у сферу која је дуго била резервисана за објективне и непосредно везујуће тачке везивања. У образложењу уредби назначена је потреба о јачању аутономије воље. Тај тренд у европском праву није присутан само у брачном праву, већ и код наслеђивања, стварноправних односа, вануговорне одговорности и друго. Колизionoправна аутономија воље као решење у овој сфери доприноси извесности у примени права и правној сигурности. Рим III Уредба даје примат споразумном избору права⁵¹, с тим да је избор ограничен и сведен на такстативно набројану листу алтернатива⁵², с којима, по процени законодавца, развод брака стоји у блиској вези. Ово решење представља разраду једног од најважнијих принципа међународног приватног права, а то је принцип најближе везе. С друге стране процесноправним одредбама Брисел-*bis* Уредбе у погледу развода брака утврђује се конкурентна надлежност уз навођење чак седам критеријума⁵³ за заснивање надлежности у погледу развода брака, које отварају могућност брачним партнерима за избор суда пред којим ће се водити поступак развода брака. Критеријуми су постављени алтернативно, и ниједан нема предност у односу на други.

Идеја водила у формулисању критеријума за заснивање надлежности, али и алтернативних тачака везивања за одређивање меродавног бракоразводног права у европском међународном приватном праву јесте начело разрешивости брака (*in favorem divortii*), које одражава тежњу да се у први план истакне начело слободе личности. Иако је

тужбу за развод брака, на основу Уредбе Брисел II *bis*. Предсудом се поставило питање да ли је гђа. Маринос засновала редовно боравиште у Енглеској за мање од једног дана. Судија је заузео став да је то могуће узимајући у обзир околности конкретног случаја, закључивши да је гђа. Маринос у Енглеској провела значајно време због посла (радила је као стјуардеса), студирања, али и слободног времена. ...више у: М. Костић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2017, 254-255.

⁵¹Тач. 16 Преамбуле Рим III Уредбе гласи: „Брачним друговима треба омогућити избор права земље с којом су посебно повезани или право суда пред којим се води поступак као право примењиво на развод брака или законску раставу. Право које су брачни другови одабрали мора бити у складу са темељним правима која су призната у уговорима и у Повељи о основним правима Европске уније.“

⁵²Чл. 5 Рим III Уредбе да је могућност избора следећих алтернатива: 1) право државе у којој су брачни партнери у тренутку избора меродавног права имали заједничко редовно боравиште, или 2) право државе у којој су брачни партнери имали последње заједничко редовно боравиште ако један од њих у тренутку избора меродавног права још увек ту има редовно боравиште, или 3) право државе чије држављанство има један од брачних партнера у тренутку избора меродавног права, или 4) право државе суда.

⁵³Вид. чл. 3 Уредбе Брисел II-*bis*.

хармонизација, а нарочито унификација правних прописа у овој области до скоро деловала као утопија, сведоци смо да заједничке вредности које деле државе чланице Европске уније представљају мотивацију за иновативне легислативне потезе са циљем заштите ових вредности.

8. Закључак

Право које настаје и развија се у окриљу ЕУ има несумњив значај на законодавна решења у српском праву, с обзиром да је Република Србија стратешки опредељена у правцу придруживања ЕУ.

Европи без граница потребан је јединствени приступ питању регулисања личног статуса. Правна сигурност налаже да особи разведеној у једној држави чланици такав статус мора бити признат на укупној територији ЕУ. Овај имератив нарочито долази до изражаја када је у питању развод брака са елементом иностраности, из разлога што се његове последице протежу на најмање две различите државе.

Јасно је у погледу одређених осетљивих питања, као што је питање развода брака, ни у оквиру ЕУ не постоји консензус. Ипак, европско међународно приватно право као снажано интегративно право успело је да превазиђе изазове наметнуте разликама у законодавним решењима држава чланица ЕУ, и да са колизионог аспекта ово питање унификује. С друге стране, европски законодавни поступак механизма појачане сарадње оставља простора за државе које не желе да учествују у унификацији појединих прописа, као и за њихове тежње да остану верне националним решењима.

ЛИТЕРАТУРА

Boele-Woelki, K., "The principles of European family law: its aims and prospects", *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2/ 2005.

Boele-Woelki, K., *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, 2004.

Braun Katharina, *Razvod u Austriji*, чланак објављен 25.02.2014., <http://www.rechtsanwaeltin-braun.at>

Цвејић-Јанчић О., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2009.

Драшкић М., *Породично право и права детета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.

Duraković A., *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar, 2016.

Jessel-Holst C., „Dilemmas in Application of the EU International Family Law in Most Recent EU Member States“, u: *Private International Law in the Jurisprudence of Eouropean Courts-Family at Focus* (M. Župan ed.), Faculty of Law, Osijek, 2015.

Jessel-Holst C., Sikirić H., Bouček V., Babić D., *Međunarodno privatno pravo-zbirka odluka Suda Evropske unije*, Narodne novine, 2014.

Ковачек-Станић Г., *Породично право, партнерско, дечје и старатељско*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2014.

Ковачек-Станић Г., *Упоредно породично право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2002.

Костић М., *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2017.

Mole N., Kamber K., Liaki V., *Ka delotvornijoj primeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou – Vodič za ključna načela i pojmove Konvencije i njihovu primenu u domaćim sudovima*, (Ur.Biljana Braithwaite, Catharina Harby, LediBianku), The AIRE Centar, 2018.

Стојановић Н., „*О (не)оправданости поверавања развода брака јавним бележницима*“ у: Зборник радова са научне конференције са међународним учешћем „Универзално и особено у праву“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Том II, Косовска Митровица 2018.

HCCH Conventions, Protocols and Principles, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>, 07. 04.2019.

Ardeleanu, A.M., „Principles of European Family Law Regarding Divorce-Special View over Romanian Civil Code“, *Acta Universitatis Danubius*, Voume 9, Number 2/2013.

Župan M., „*Темелјна људска права и прекограничне животне заједнице-registrirano partnerstvo u fokusu*“, *Liber amicorum* GašoKnežević, Univerzitet u Beogradu-Pravni fakultet, Beograd, 2016.

Шаркић Небојша, *Разлози за развод брака у средњовековном српском праву*, Зборник радова „Породични закон - дванаест година после“, Правни Факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2018.

Novi propisi o međunarodnim brakovima u EU, објављен 17.03.2011., <https://www.euractiv.rs>

Razvod i zakonska rastava, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/index_hr.htm

Prekogраниčni razvodi uzdržavanje (uvodna razinu), Projekat: Bolja primena Uredbi EU u podrčju obiteljskog i naslednog prava, ERA Academy of European Law (2014-2020.), <http://www.era-comm.eu>

Europska pravosudna mreža u građanskim i trgovačkim stvarima, *Razvod braka*, <https://dg-justice-portal-demo.eurodyn.com>

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, <http://eur-lex.europa.eu>

Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, <http://eur-lex.europa.eu>

Министарство спољних послова Републике Србије, *Процес ЕУ интеграција и регионална сарадња*, <http://www.mfa.gov.rs>

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – међународни уговори*, бр. 9/2003 и 5/2005.

Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

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

Драшкић М. *Коментар Породичног закона, Пракса Европског суда за људска права, Пракса Уставног суда, Пракса редовних судова према стању законодавства од 1. децембра 2015. године*, Службени гласник, Београд 2015.

Olga JOVIĆ-PRLAINOVIĆ, Ph.D

Full time Professor Faculty of Law Pristina –Kosovska Mitrovica

Jelena BELOVIĆ, Ph.D

Associate Professor Faculty of Law Pristina –Kosovska Mitrovica

HARMONIZATION OF DIVORCE LAW IN EUROPE

In varietate concordia- United in Differences

Summary

Although the institute of marriage divorce was already known in Roman law, the idea of allowing divorce as a side effect of the disorder of the relationship between spouses was acquired by the physiognomy in the legislations of European states at the end of the 19th and during the 20th century. However, profound changes in the regulations of this legal institute, in qualitative terms, occurred when the need for the Europeanization of material rules on the divorce of international marriages appeared. Bearing in mind the differences between the EU Member States in this area, the divorce of the international marriage and its consequences depend on the material law that the court will apply, and the choice of the substantive law is conditioned by a conflict resolution that the internationally competent court will apply.

The article analyzes the development of legal standardization, which is focused on a single family law institute - divorce, and it analyze it through several aspects: the dimension of material law in the Republic of Serbia, the dimension of European Union law through the harmonization of the law by the European Commission for Family Law, and through unification of private international's norms through the activities of the European Union bodies.

Key words: *marriage divorce, harmonization of divorce law, unification of divorce law, European Union.*

Tina PRŽESKA*

Faculty of Law Iustinianus Primus, “Ss. Cyril and Methodius”
University in Skopje

THE ROLE OF MORTGAGE IN THE REAL ESTATE TRADE

Abstract: The paper analyses mortgage as a right in rem and a real security used for securing of monetary claims or claims that can be expressed in monetary value. Subject to closer analysis is the contractual mortgage that, as research has shown, is the most commonly used real security by creditors that provide financial support in Macedonian real estate market. The analysis of contractual mortgage includes the legal requirements for acquisition of mortgage as prescribed by the Law for Contractual Pledge, types of immovable property that can be mortgaged in Macedonian legal system and the effects attributed to the termination of contractual mortgage when the legal conditions for termination have been fulfilled. Main objective of this paper is to demonstrate the possibilities that the legislation provides for mortgage creditors and mortgage debtor in securing of claims by contractual mortgage in the area where such a security is most commonly used – the real estate market. The paper examines the effectiveness in exercise of the rights of mortgage creditors and mortgage debtors and the challenges that they face in the process, the level of legal security that the legislation provides and what it lacks in the existing regulation. This paper also focuses on identifying the main reasons for disputes between mortgage creditor and mortgage debtor with respect to mortgage rights and offers possible solution on how such disputes can be overcome.

Key words: *real securities, mortgages, real property, immovable property, rights in rem, real estate market, real estate trade.*

Апстракт: У раду се анализира хипотека као стварно право и реално обезбеђење новчаних потраживања или потраживања која се могу изразити у новчаној вредности. Предмет ближе анализе је уговорна хипотека која, према нешем истраживању, је најчешће коришћено реално обезбеђење од стране повериоца који пружају финансијску подршку на македонском тржишту некретнина. Анализа уговорне хипотеке обухвата законске услове за стицање хипотеке прописане Законом о уговорној

* Associate professor, t.przeska@pf.ukim.edu.mk

залози, врсте непокретности које се могу заложити у македонском правном систему и ефекте који се приписују престанак уговорне хипотеке када су законски услови за то испуњени. Главни циљ овог рада је да укаже могућности које законодавство нуди хипотекарне повериоце и хипотекарне дужнике у обезбеђивању потраживања путем уговорне хипотеке у области у којој се такво обезбеђење најчешће користи - тржиште некретнина. У раду се разматра ефективност у остваривању права хипотекарних повериоца и хипотекарних дужника и изазова са којима се суочавају, степена правне сигурности које законодавство обезбеђује и недостаци постојећој регулативи. Овај рад се такође фокусира на идентификовање главних разлога за спорове између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника у погледу права из хипотеке и нуди неке од могућих решења како би се такви спорови могу превазићи.

Кључне речи: *реално обезбеђење, хипотеке, некретнине, непокретна имовина, стварна права, тржиште некретнина, трговина некретнинама.*

Real securities have become integral part of the real estate market. The real estate trade, almost always, is accompanied with the use of some form of security, most notably real securities such as mortgages and fiduciary transfer of ownership. Creditors who provide the financial support in the real estate trade prefer using real securities for their claims because of their many advantages before personal securities such as guarantees, penalties and etc. Real securities provide real guarantee for claims of creditor that consists of the value of the property encumbered with the security (movable or immovable things). By acquiring real securities creditors gain the right to demand payment of the debt from the value of the encumbered property before all other creditors who have claims against particular estate. As for the creditors preferences in use of real securities the practice has shown that they prefer mortgages over fiduciary transfer of ownership. The reasons for such a preference can be both subjective and objective. We can only deliberate over the objective reasons why creditors prefer securing their claims with mortgages and those are: more adequate and precise regulation of mortgage, grater balance between the right of the mortgage creditor and the mortgage debtor, the possibility for the mortgage debtor to fully enjoy the economic benefits of the mortgage property without effecting the rights of the mortgage creditor, a security for the mortgage creditor that doesn't involve any duties with respect to the mortgaged property.

Banks who are major creditor in the Macedonian real estate market have tailored their credit lines for purchase (or construction) of real estate using, almost exclusively, mortgages as real securities for their claims

from loan contracts. Sometimes mortgages are combined with some form of personal securities such as guarantees or bull of exchange. The value of the mortgaged property and the credited amount ratio varies from bank to bank, however by analyzing the different credit lines available on the market, we can derive that the ratio runs somewhere between 1,25:1 to 2,5:1, with one bank going up to 3:1 ratio.

1. MORTGAGE AS A RIGHT IN REM AND A REAL SECURITY

The Macedonian Law of Ownership and Other Real Rights (Закон за сопственост и други стварни права)¹ regulates mortgage as a type of pledge on immovable property. According to the legal definition pledge (pawn and mortgage) is „a right in rem on a thing belonging to another that secures a claim of the pledge creditor by pledging of a thing or a right in favor of the pledge creditor who is authorized to dispose with the pledge upon the due date for payment in a manner that will ensure payment from the value of the pledge by sale, prior to the creditors that have no pledge and also prior to the pledge creditors who have acquired the pledge at a later date, regardless of the change in ownership over the pledge property“². As we can see from the legal definition mortgage as a right in rem is intended to be used for securing of claims, although the Law of Ownership and Other Real Rights doesn't explicitly defines it as a form of real security. Mortgage may be used for securing of all types of monetary claims, and also claims that can be expressed in monetary value, including future claims and claims under terms and conditions³.

As a general law, the Law of Ownership and Other Real Rights recognizes three types of mortgage, depending on the bases on which it has been acquired: contractual mortgage (acquired on the bases of a contract), judicial mortgage (acquired on the bases of a court decision) and legal mortgage (acquired by law)⁴. However, this Law doesn't precisely regulate any type of mortgages since it contains only ten provisions in its entire text relating to the right of pledge⁵. Contractual mortgage is regulated by the Law for Contractual Pledge (Закон за договорен залог)⁶, and the judicial mortgage is regulated by the Law for Securing of Claims (Закон за обезбедување на

¹ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/10.

² Art. 226, par. 1, Law of Ownership and Other Real Rights.

³ Art. 230, par. 2, Law of Ownership and Other Real Rights.

⁴ Art. 226, Law of Ownership and Other Real Rights.

⁵ Art. 225-235, Law of Ownership and Other Real Rights.

⁶ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 5/03, 4/05, 87/07, 51/11, 74/12, 115/14, 98/15, 215/15 и 61/16.

побарувањата)⁷. Provisions pertaining to legal mortgage are found in the Law of Ownership and Other Real Rights regarding claims deriving from division of co-ownership, also in the Law for Internal Sailing (Закон за внатрешна пловидба)⁸, the Law for Protection of Cultural Heritage (Закон за заштита на културното наследство)⁹, the Law for Obligations and Property Relations in Air Traffic (Закон за облигационите и стварноправните односи во воздушниот сообраќај)¹⁰ and other laws.

Contractual mortgage is the type of mortgage used as a real security on the real estate market. The other types of mortgages (judicial mortgage and legal mortgage) find their use in cases of compulsory securing of claims or in securing of claims that arise from legal relations between parties regulated before the courts or other public authorities.

1.1. CONTRACTUAL MORTGAGE

As it was previously noted, the contractual mortgage is the type of mortgage that is commonly used as a security for credit lines intended for purchase (or construction) of real estate on the real estate market. Since contract mortgage has taken the role of being an indispensable instrument in the real estate trade special regulation has been implemented in order to provide higher level of legal security for creditors and debtors who participate in that trade, and also to provide efficient foreclosure of mortgages when debtors fail to ensure the payment of the debt.

The Law for Contractual Pledge regulates the two types of contractual pledge - pawn and mortgage. Before the implementation of this Law, the contractual mortgage and pawn were subject to separate regulation. Contractual mortgage was regulated with the Law for Contractual Mortgage (Закон за договорна хипотека)¹¹, and contractual pawn was regulated with the Law on Pledge of Movables and Rights (Закон за залог на подвижни предмети и права)¹². Considering the legal nature of contractual pawn and contractual mortgage it was ultimately decided that it would be more effective if both types pledge are regulated in a same law – The Law for Contractual Pledge from 2003. Although, from the general overlook of the law we can conclude that its

⁷ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 87/07 и 31/16.

⁸ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 55/07, 26/09, 22/10, 23/11, 53/11, 155/12, 15/13, 137/13, 163/13, 42/14, 166/14, 146/15, 193/15, 31/16 и 64/18.

⁹ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 20/04, 71/04, 115/07, 18/11, 148/11, 23/13, 137/13, 164/13, 38/14, 44/14, 199/14, 104/15, 154/15, 192/15, 39/16 и 11/181.

¹⁰ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 85/08, 148/11, 10/15 и 150/15.

¹¹ “Службен весник на Република Македонија“, бр. 59/00 и 86/00.

¹² “Службен весник на Република Македонија“, бр. 21/98, 48/99 и 86/2000.

provisions refer to both types of contractual pledge, a closer look shows that the provisions of the Law can be classified into three groups of regulations. The first consists of provisions that are generally applicable to both types of contractual pledge, the second consists of provisions applicable only for contractual pawn, and the third consists of provisions that can only be applied to contractual mortgage. This paper will only examine provisions of the Law applicable on contractual mortgage.

1.1.1. LEGAL REQUIREMENTS FOR ACQUIRING CONTRACTUAL MORTGAGE

According to the provisions of the Law for Contractual Pledge, the contractual mortgage is acquired solely as a non-possessory pledge¹³, enabling the mortgage debtor to fully use the mortgaged property without any interference by the mortgage creditor. There are two legal requirements for acquiring contractual mortgage: 1. the mortgage contract (*iustus titulus*) and 2. registration of the mortgage in public records - the Real Estate Cadastre (*modus aquirendi*). The right of contractual mortgage is considered as fully acquired upon completion of the second legal requirement – the registration of the mortgage.

1. Concluding the mortgage contract is the first legal requirement for acquiring contractual mortgage. It is a strictly formal contract that must be concluded in written form and notarized by notary public¹⁴. In addition, if the contract is valued to be over 10.000 Euros in worth, than it must be drafted by a lawyer¹⁵. The mortgage contract that is not concluded in a form and manner prescribed by law is considered to be null and void¹⁶. The strict formality of the mortgage contract is due to its effect with respect to the rights of the mortgage creditor arising from the contract, such as the right to demand sale of the mortgaged property when the debtor defaults payment.

For the mortgage contract to be fully valid, it must contain the obligatory content prescribed by the Law for Contractual Pledge¹⁷. The mortgage contract must contain personal information of the contract parties – the mortgage creditor and the mortgage debtor (name, address, personal identification number, etc.). If the mortgage debtor and the obligation debtor are not the same person, then the mortgage contract must contain personal

¹³ Art. 3, Law for Contractual Pledge.

¹⁴ Art. 21, par. 1, Law for Contractual Pledge.

¹⁵ Art. 55, par. 2, Law for Notary Public (Закон за нотаријатот, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 72/16 и 142/16).

¹⁶ Art. 21, par. 2. Law for Contractual Pledge.

¹⁷ Art. 23, Law for Contractual Pledge.

information about the obligation debtor as well. Mortgaged property must be precisely described in the mortgage contract so it could be easily identified (type of land/building, number of property sheet, number of parcel, surface per square meter). The description of the mortgaged property also includes information about its value¹⁸. Information about the secured claim is also mandatory in the content of the mortgage contract and it includes data about the source (legal base) of the claim, its amount and its maturity date. Mortgage contract must include two clauses: *clausa intabulandi* and the enforcement clause. The first – *clausula intabulandi* is relevant because it enables registration of the mortgage in the Real Estate Cadastre¹⁹. The second – enforcement clause is relevant because it enables the mortgage creditor to initiate foreclosure proceedings directly before authorized enforcers without court approval. Besides the mandatory content of the mortgage contract, the contract may also include other clauses and limitations for the contract parties. In that regard, the mortgage contract may contain protection clauses such as the right of the mortgage creditor to undertake protection measures in order to maintain or increase the value of the mortgaged property in case of default on part of the debtor²⁰. The mortgage contract may contain possession clause that enables the mortgage creditor to take possession of the mortgaged property in order to ensure protection, preservation and sale of the mortgaged property in cases of default on part of the debtor. There can also be a clause determining the manner of sale of the mortgaged property (direct sale, public bidding, real estate agency and etc.). However in practice this clause can't be fully effected due to lack of adjoining legislation, so from all the possibilities recognized by the Law for Contractual Pledge, only two are really available – sale by notary public or sale by enforcement officer. As for the limitations for the contract parties, we need to note that the Law for Contractual Pledge explicitly names some general limitations such as the limitation of the right to transfer the

¹⁸ Since 2010, when the Law for Appraisalment was enforced, it is mandatory for the value of the mortgaged property to be determined by authorized appraisers (Art. 6, Закон за процена, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 115/10, 158/11, 185/11, 64/12, 188/14, 104/15, 153/15, 192/15 и 30/16). The goal of the appraisalment is to determine the market value of the appraised property by an impartial third party (the appraiser) using widely accepted standards and methodology. In Macedonian legal system the accepted appraisalment standard are the European Valuation Standard (TEGoVA) and the International Valuation Standard (IVSC).

¹⁹ See: Z.P.Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2008, 554-555. О. Станковић М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд, 2001, 348.

²⁰ With respect to the protection clause, the Law for Contractual Pledge clearly states that when the mortgage creditor chooses to invest in the maintenance or improvement of the mortgaged property, that investment doesn't grant any ownership rights over the mortgaged property (art. 23, par 1).

pledge, limitation of the right to use the pledged property and the limitation of the right to transfer ownership on the pledged property. The limitation of the right to transfer the pledge is a limitation that affects the pledge creditor as a contract party. When imposed in the mortgage contract, this limitation usually means that the mortgage creditor isn't allowed to transfer the mortgage without the consent of the mortgage debtor, rather than an absolute prohibition of transfer. Due to the accessory nature of the mortgage, the mortgage creditor isn't able to transfer the mortgage without transferring the secured claim as well, so the contractual limitation for transfer of the mortgage in effect boils down to limitation of the transfer of the secured claim. The limitation of use of the mortgaged property, when it refers to all forms of use, we consider it to be unjust limitation for the mortgage debtor. That type of limitation will prevent the mortgage debtor to fully enjoy the economical benefits from the use of the mortgaged property, which in addition could make the payment of the debt more difficult. However, the limitation of use could be justified if it refers only to types of use that could decrease the value of the mortgaged property such as demolitions, decrease in fertility of agricultural land, repurposing and etc. The limitation of transfer of ownership on mortgaged property is seemingly unnecessary limitation since the transfer of ownership doesn't affect the right of the mortgaged creditor to demand foreclosure against that property. However, in practice mortgage creditors have vested interest to ensure full payment of the secured claims without having to initiate foreclosure proceedings. By limiting the right of the mortgage debtor to transfer the mortgaged property, mortgage creditors put themselves in a position to negotiate the payment of the secured claim at the moment of sale. In comparative law this is known as the due-on-sale clause or acceleration clause and it enables the mortgage creditor to demand payment of the debt upon transfer of the ownership on the mortgaged property. Although Macedonian law doesn't recognize the clause as such, it is common practice between mortgage creditors and mortgage debtors to agree on full payment of the secured claim from the sale price of the mortgaged property when the mortgage debtor decides to sale it to a third party. Regarding the possibility for the mortgage creditor to limit the right of the mortgage debtor to transfer ownership on the mortgaged property we would like to note that such limitation should be allowed only in case of sale on to third parties, and not for other forms of transfer of ownership such as inheritance or gift contracts.

Regarding the *lex commissoria* clause, we note that the Law for Contract Pledge does contain provision allowing the mortgage creditor to acquire ownership over the mortgaged property instead of payment of the secured claim, but that doesn't signify that the mortgage contract could contain

such clause²¹. The Law clearly states that *lex commissoria* may be exercised under strict condition determined by law during the foreclosure proceedings if the sale by public bidding has been unsuccessful²².

2. Registering the mortgage in the Real Estate Cadastre is the second legal requirement for acquiring contractual mortgage. All types of mortgages are registered in the Real Estate Cadastre as right in rem. The information about the existing mortgages on the real estate is found in G – section of the property sheet²³. If the mortgaged property is an infrastructural object, then the mortgage is registered in the Cadastre of Infrastructural Objects which is as a part of the Real Estate Cadastre²⁴. The information about the mortgage is found in section 4 of the property sheet for infrastructural objects. For buildings under construction, the mortgage is registered in the pre-registration sheet²⁵, and for infrastructural objects under construction the mortgage is registered in the pre-registration sheet for infrastructural object²⁶.

Regarding the registration of mortgages it is important to note that this registration is not optional. According to the Law for Real Estate Cadastre (Закон за катастар на недвижности) „*the registration of ownership and other real rights in the real estate cadastre is mandatory...*“²⁷. In addition, the registration is required for full acquisition of the right (constitutive nature of the registration)²⁸. In practice, the application for registration of the mortgage is

²¹ Contemporary law prohibits the “*lex commissoria*” clause in mortgage contract in order to protect the rights of the mortgage debtor and to prevent unjust enrichment on part of the mortgage creditor since the value of mortgaged object is always higher than the value of the secured claim. However, scholars consider that after the initiation of the foreclosure proceedings there is no more need for protection of the mortgage debtor, so therefore *lex commissoria* may be permitted. See: M. Lazić, *Prava Realnog oboezbeđenja*. Niš 2009, 117-115; Z. P. Rašović, *Komentar zakona o hipoteci*. Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2007, 190-192).

²² Art. 64lj, Law for Contractual Pledge.

²³ The property sheet is a public instrument that is used as proof of ownership over immovables. It contains all relevant information including information about rights in rem, and other rights, bans and limitations on immovables - Art. 156 (Закон за катастар на недвижности, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 55/13, 41/2014, 115/14, 116/15, 153/15, 192/15, 61/16 и 172/16).

²⁴ Art. 177, Law for Real Estate Cadastre.

²⁵ Art. 158, Law for Real Estate Cadastre.

²⁶ Art. 158-a, Law for Real Estate Cadastre.

²⁷ Art. 142, par 1, Law for Real Estate Cadastre.

²⁸ Art. 143, Law for Real Estate Cadastre. For more on the constitutive nature of registration in The Real Estate Cadastre see: P. Живковска, Т. Пржеска, С. Димова, Н. Петрушевска, *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје, 2013, 243-244.

submitted by the notary public who has notarized the mortgage contract. The submission is done in the name of the interested parties who also bear the expenses related to the registration of the mortgage. The base for such practice is found in the provisions of the Law for Real Estate Cadastre where a duty is imposed for the notary public to deliver to the Agency for Real Estate Cadastre all legal documents from which rights subject to registration in the Real Estate Cadastre originate²⁹. When these provisions came into force, their implementation was met with resistance by the notary public offices and other public authorities claiming that the provisions create unnecessary imposition on their work. However, the need for legal security of mortgage creditors with regard to acquiring mortgages and maintaining the priority afforded at the moment of registration prevailed over any other argument. Due to the fact that notary public offices are those who submit the applications for registration of the mortgage in the Real Estate Cadastre any delay of the registration is avoided. Also, the system in place makes it impossible for two separate notary public offices to file for mortgage registration on the same real estate at the same time so that the priority afforded by the moment of registration is not put into question.

1.1.2. PROPERTY THAT CAN BE MORTGAGED

Object of mortgage is immovable property. There are two basic conditions that must be fulfilled in order for immovable property to be eligible for mortgaging³⁰. The first condition is that immovable property must be tradable. Immovable property that can't be traded isn't eligible for mortgaging because that is contrary to the nature of the mortgage. The essential function of the mortgage as a real security is to provide the mortgage creditor with the opportunity to collect payment on his claim from the value of the mortgaged property if the obligation debtor defaults in payment. If the immovable property is untradeable, than it has no market value so it can't be used for payment of the secured claim. The second condition is that the mortgaged property must be owned by the mortgage debtor. This condition is derived from the fact that only the owner is authorized to dispose with his or her property which includes (among other things) mortgaging it³¹. Exception is made in case of mortgaging property that the mortgage debtor doesn't own but has mortgage rights over³².

Immovable property that can be mortgaged includes: land, buildings and other structures permanently fixed on land, infrastructure and things treated

²⁹ Art. 141-v, par. 5, Law for Real Estate Cadastre.

³⁰ Art. 10, par. 1, Law for Contractual Pledge.

³¹ See: Art. 8, Law of Ownership and Other Real Rights.

³² Art. 10, par. 2, Law for Contractual Pledge.

as immovable property (boats and aircrafts³³)³⁴. Mortgage may encumber the entire immovable thing, part of it, or several immovable things together. Mortgage may also encumber the so called “future immovable property” such as buildings and infrastructural objects under construction³⁵.

The mortgage over immovable property, in accordance to the elasticity principle, encumbers all component parts that are permanently attached to it (fixtures). Fixtures (or attachments) are component parts of the land that are by law considered as part of that real estate and can't be owned independently – the superficies solo cedit principle³⁶. For example if a parcel of land is mortgaged, then the mortgage encumbers not only the land, but also all buildings and other structures erected on that land with a building permit. The mortgage on the land also encumbers other fixtures such as trees and plants. The mortgage over buildings encumbers all its future improvements such as reconstruction, adaptation, additional construction work and etc. However, the theoretical elasticity of the mortgage should have some limitation. In that sense the component parts of the immovable property that aren't fixtures and are eligible to be owned independently should not be encumbered with the mortgage unless the contract parties have agreed differently. For example, the interior decoration of the mortgaged building such as furniture, paintings and other decorations are component part of the building, but are not fixtures, and since they can be removed and owned independently they should not be encumbered by the mortgage over the building. The same can be said about the temporary structures on the construction grounds. According to the Law for Construction (Закон за градење), temporary structures are not intended to permanently remain on the construction ground as its fixtures³⁷. Therefore, such structures are treated as movables that could be owned independently of the land they are placed on.

If the mortgaged property gives fruits and other benefits, according to the provisions in article 7, paragraph 2 of the Law for Contractual Pledge they

³³ The Italian Civil Code among things treated as immovable property, besides boats and aircrafts, also includes motor vehicles - art. 2810 (Codice Civile Italiano, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262).

³⁴ Art. 3, Law for Contractual Pledge.

³⁵ Art. 7, par 1, Law for Contractual Pledge.

³⁶ See: P. Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005, 159-160.

³⁷ Art. 2, par. 1, Закон за градење, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 130/09, 124/10, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/13, 137/13, 163/13, 27/14, 28/14, 42/14, 115/14, 149/14, 187/14, 44/15, 129/15, 217/15, 226/15, 30/16, 31/16, 39/16, 71/16 и 132/161. In addition, the Law for Construction Ground (Закон за градежно земјиште) clearly states that temporary structures aren't part of the construction ground - art. 10, par. 2 (Закон за градежно земјиште, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 15/15, 98/15, 193/15, 226/15, 31/16, 142/16 и 190/16).

are also encumbered by the mortgage unless the contract parties have agreed differently. This provision on its own is inconsistent with the general concept of the Law regarding contractual mortgage which is to provide the mortgage debtor with the opportunity to fully enjoy the economical benefits of the mortgaged property, including the collection of fruits and other benefits, without interferences on part of the mortgage creditor. However, the provisions of article 27, paragraph 2, found in the section of the Law where rights and duties of the mortgage creditor and the mortgage debtor are regulated, clearly state that the mortgage debtor has the right to keep all fruits arriving from the mortgaged property, unless the contract parties have agreed differently³⁸. Obviously these two provisions are contradictory to one another. The dilemma is solved by provisions found in article 27, paragraph 3 where it is clarified that mortgage encumbers only fruits and other benefits from the mortgaged property found at the moment of initiation of foreclosure proceedings unless the contract parties have agreed differently³⁹.

When a building (or other structure) is erected under the right of long term lease (building right) the superficies solo cedit principle doesn't apply, meaning that the building is not legally part of the construction ground as its fixture. In such cases the erected building is considered to be a fixture on the right of long term lease, and as such is transferred or encumbered by mortgage along with the right of long term lease⁴⁰. However, once the right of long term lease is terminated, the building becomes part of the construction ground it has been erected on, and as such it becomes ownership of the land owner⁴¹. When that happens, according to the provisions of the Law for Construction Ground (Закон за градежно земјиште), the existing rights in rem over the building transfer on to the construction ground as well, keeping their order of priority⁴². These provisions refer to all right in rem including mortgages encumbering the building. However, the law doesn't state if the same applies to mortgages that have encumbered the construction ground prior to the termination of the right of long term lease. Such mortgages, by principle of elasticity, should encumber all fixtures found on the construction ground, and that includes the building

³⁸ Art. 27, par. 2, Law for Contractual Pledge.

³⁹ In comparative legislation fruits are considered as movable property that may be independently owned and pledged. Such legislation is found in the Croatian Law of Ownership and other Real Rights - art. 298, par. 5 and 6 (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, "Narodne novine" br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 143/12, 152/4), and in Slovenian Property Code - art. 159 (Stvarnopravni zakonik, "Uradni list Republike Slovenije" št. 87/02 in 91/13).

⁴⁰ Art. 25, par. 3, Law for Construction Ground.

⁴¹ Art. 36, par. 1, Law for Construction Ground.

⁴² Art. 37, par. 2, Law for Construction Ground.

once the right of long term lease is terminated. The problem in this situation is determining the order of priority between the mortgages that have primarily encumbered the building and consequently the construction ground once the right of long term lease has been terminated, and the mortgages that have primarily encumbered the construction ground and consequently the building. In these types of situations it should be considered that both mortgages keep the same order of priority, and in case of foreclosure proceedings claims secured by mortgages that share the same order of priority will be paid out proportionally.

Infrastructures according to the Law of Ownership and Other Real Rights are considered as fixtures on the land or buildings they have been placed upon⁴³. However, the provisions of the Law for Real Estate Cadastre from 2013 have change the legal regime of infrastructures declaring them as infrastructural objects subject to individual rights independently of the real estate they are found on. Infrastructural objects are: traffic infrastructure (land traffic, water traffic or air traffic), underground and aboveground installations and electronic communication networks and appliances with all their adjoining installations⁴⁴. As independent immovable property, infrastructural object may be mortgaged, in which case the mortgage will encumber only the infrastructural object and not the real estate where the infrastructure is situated.

Regarding mortgages on boats and aircrafts, the Law for Contractual Pledge stipulates that its provisions are applicable unless it is otherwise prescribed by another law⁴⁵. The legal regime of boats and aircrafts is subject to regulation by special laws. For boats the applicable law is the Law for Internal Sailing where special provisions about contractual pledge are found⁴⁶. What is surprising about this Law is that it treats boats and boats under construction as movable things, something that is contrary to the concept adopted by the Law of Ownership and Other Real Rights and the Law for Contractual Pledge since both of these laws consider boats to be immovable things. Concerning aircrafts, the applicable law is the Law for Obligations and Property Relations in Air Traffic where contractual mortgage on aircrafts and aircrafts under construction is regulated⁴⁷.

Part of the immovable property can be mortgaged under the provisions of the Law for Contractual Pledge when such property is co-owned or jointly owned⁴⁸. Co-owners of immovable property have at their disposal a so called “ideal part” or an “ideal share” of the immovable property that is expressed in

⁴³ Art. 13, par. 4, Law for Ownership and Other Real Rights.

⁴⁴ Art. 2, par. 1, Law for Real Estate Cadastre.

⁴⁵ Art. 35, Law for Contractual Pledge.

⁴⁶ See: Art. 121 – 135, Law for Internal Sailing.

⁴⁷ See: Art. 149-161, Law for Obligations and Property Relations in Ari Traffic.

⁴⁸ Art. 11, Law for Contractual Pledge.

fractions such as 1/2, 1/3, 1/4 and etc. A co-owner is free to mortgage the ideal share of the property without the consent of the other co-owners. In that case the mortgage will be registered in the real estate cadastre as a mortgage on the ideal share belonging to the co-owner who is a mortgage debtor. What is perplexing about the provisions of the Law for Contractual Pledge regulating mortgage on ideal share of the property is the fact that they allow for the entire property, not just the mortgaged ideal share, to be sold in foreclosure proceedings on demand of the mortgage creditor⁴⁹. According to the provisions of the Law this is possible if the ideal share of the mortgaged property can't be physically detached from the rest of the immovable property. The economical logic of these provisions is clear and it is intended to benefit the mortgage creditor. By enabling the sale of the entire immovable property there is a better chance for the public bidding to be successful considering the fact that more people will be interested in bidding if the entire property is for sale, and not just a portion (an ideal share) of it. Putting the economical logic aside, these provisions of the Law are in direct violation of the constitutional guarantee of the right of ownership according to which no one could be deprived from his or her ownership unless it is in a public interest determined by law⁵⁰. The provisions violate the right of ownership of the co-owners that haven't mortgaged their ideal shares of the immovable property, since they still may be deprived of it in the foreclosure proceedings. Arguing that the co-owners will be indemnified by receiving a monetary compensation in the amount of the appraised value of their ideal share is inadequate in light of the fact that they are deprived of their ownership in order for private interests of the mortgage creditor to be satisfied. These harmful provisions of the Law for Contractual Pledge should be subject to immediate revision. Joint owners can also potentially mortgage their share in the immovable property since the law stipulates that when a mortgage is placed over jointly owned property without the consent of all joint owners, it is considered that the mortgage encumbers the part of the property belonging to the mortgage debtor⁵¹. The problem with mortgaging jointly owned property is in determining what part of it belongs to the mortgage debtor since by the legal definition for joint ownership the parts of the joint owners are determinable, but are not pre-determined⁵². The

⁴⁹ Art. 11, par. 2, Law for Contractual Pledge.

⁵⁰ Art. 30, par. 3, Constitution of the Republic of North Macedonia (Устав на Република Северна Македонија, "Службен весник на Република Македонија", бр. 52/92).

⁵¹ Art. 11, par. 4, Law for Contractual Pledge. Similar provisions are found in the Italian Civil Code where it is stated that jointly owned immovable property may be mortgaged, and in such cases the mortgage encumbers the part of the immovable property that will be afforded to the mortgage debtor at the time of the division of the property (art. 2825).

⁵² Art. 59, par. 1, Law of Ownership and Other Real Rights.

conclusion is that in case of mortgaging a part of immovable property that is jointly owned, the mortgage will encumber an undetermined part of the property. This causes problems with the registration of such mortgages in the Real Estate Cadastre, and also in foreclosure proceedings that can't be conducted until the part of the joint ownership belonging to the mortgage debtor is determined. By law, the part belonging to the joint owner is determined by an agreement between the joint owners or by a court decision when agreement hasn't been reached⁵³. The court proceedings may be initiated by the joint owner, by heirs or by creditors with respect to the part of their debtor⁵⁴. The fact that mortgage creditors are practically obligated to procure for the part in the joint ownership belonging to the mortgage creditor be determined before they can proceed with foreclosure, deters most creditors from accepting mortgages on parts of jointly owned immovable property.

Mortgage over several immovable things together for securing of a claim is known in legal literature as simultaneous mortgage⁵⁵. The simultaneous mortgage enables the mortgage creditor to encumber several immovable properties with a mortgage for securing a single claim⁵⁶. This type of mortgage is quite favorable for the mortgage creditors since they are able to choose which of the mortgaged properties will be subjected to foreclosure proceedings in case of default on part of the obligation debtor. The Law for Contractual Pledge, as it was previously stated, allows for several immovable properties to be mortgaged together, however it doesn't contain any specific provisions as for how simultaneous mortgage should be registered, nor how a foreclosure procedure should be enforced in case of simultaneous mortgage. In practice, the simultaneous mortgage is registered in each property sheet separately without referring to the other mortgaged properties under the same mortgage. Since there is no legal assumption that the simultaneous mortgage is acquired in the moment of the first registration, with each registration the mortgage is afforded different order of priority due to the consecutive manner of registration. The question is if and how should this affect the foreclosure proceedings? In our

⁵³ Art. 63, par. 3, Law of Ownership and Other Real Rights.

⁵⁴ Art. 64, Law of Ownership and Other Real Rights.

⁵⁵ See: N. Gavella, *Stvarno pravo, Svezak drugi*, Narodne Novine, 2007, 310; O. Станковић М. Орлић, *Стварно право*, 272-273; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, 333; T. Josipović, *Založno pravo na nekretnini, Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Narodne Novine, Zagreb, 2005, 150.

⁵⁶ Comparatively, simultaneous mortgage is found in: the Slovenian Property Code – art. 147, par 1; the Serbian Mortgage Law - art. 4 par. 1(Закон о хипотеци, “Службени гласник Републике Србије“ бр. 115/05, 60/15, 63/15(УС), 83/15); the French Civil Code - art. 2333 (Code Civile, Version consolidée au 25 mars 2019); the Italian Civil Code - art. 2856 (Codice Civile Italiano).

opinion the priority in registration of simultaneous mortgages shouldn't affect the right of the mortgage creditor to choose which of the mortgaged properties will be subjected to foreclosure proceeding. The mortgage creditor should have the right to choose which mortgaged property will be sold to ensure easy and full repayment of the secured claim. If one of the mortgaged properties isn't sufficient for full repayment the foreclosure should be proceed on to another and so forth until the secured claim is paid out in full. We don't exclude however the possibility for the mortgage creditor and the mortgage debtor (or debtors) to pre-determine the order in which the foreclosure will take place with the mortgage contract.

With respect to mortgaging future immovable property we would like to note that the Law for Contractual Pledge contains only a single provision stating that future property may be mortgaged. There are no provisions determining what future property may be mortgaged, nor are there provisions regulating the manner in which the mortgage would be acquired. The lack of regulation of this type of mortgaging has created a legal vacuum in which all involved parties (lawyers, notary public, mortgage creditors and mortgage debtors) do as they see fit in each particular case. To this day there is no standardized practice established. However, there is a general understanding that as future immovable property that could be mortgaged are considered buildings and other structures under construction, and also infrastructural objects under construction.

Some attempts to further regulate mortgaging of future immovable property were made with provisions of the Law for Real Estate Cadastre where a special form or registration was put into place. According to the provisions of the Law for Real Estate Cadastre when a building permit is issued, the permit accompanied with all relevant documentation must be sent to the Agency for Real Estate Cadastre so that pre-registration sheet would be filled. The pre-registration sheet contains all relevant information relating to the building under construction such as: who is the investor, the number and date when the building permit was issued, information about concluded sales contracts for the future building and information about the mortgages over the future building⁵⁷. At the same time, the fact that construction is initiated on a certain land parcel is noted in the G-section of the property sheet for the parcel⁵⁸. Also noted in this section is the fact that there are mortgages encumbering the building under construction. Concerning infrastructural objects under construction the same type of information is found in the pre-registration sheet for infrastructural objects⁵⁹.

⁵⁷ Art. 158, Law for Real Estate Cadastre.

⁵⁸ Art. 173, Law for Real Estate Cadastre.

⁵⁹ Art. 158-a, Law for Real Estate Cadastre.

The pre-registration sheet gives publicity to the whole process of trade and mortgaging of buildings under construction, but doesn't solve other relevant issues such as: 1. Can a building under construction be mortgaged when no one technically owns it until the moment that construction is completed? 2. Who can mortgage buildings under construction, the investor or the buyer that concluded a sales contract with the investor? 3. How will the principle of elasticity apply with respect to mortgages encumbering the land before construction is initiated? 4. Could the land and the building under construction be separately mortgaged once the building permit has been issued? and 5. What is the guarantee for the mortgage creditor that construction will be completed as a condition for the foreclosure proceeding to be initiated?

The answer to the first question is that in this case there is an exception from the legal requirement for the mortgage debtor to own the mortgaged property. The exception is derived from the fact that the provisions of the Law for Contractual Pledge allow mortgaging of future property. The simple answer to the second question is that they both do, but at different moments in time. The investor can mortgage the building under construction until a sales contract is concluded. After the conclusion of the sales contract the right to mortgage the building under construction passes on to the buyer. As for the third question the answer is that the principle of elasticity of the mortgage will apply meaning that the mortgage acquired over the land before construction is initiated will consequently encumber the building under construction as well, with priority over all other mortgages over the building under construction. The answer of the fourth question is that the land and the building under construction can't be mortgaged separately once the building permit has been issued. This is because the building permit provides the bases for the legal unity between the land and the building that is erected on to that land. Exception however exists in situations when the building permit is issued under the right of long term lease, servitude on land for construction or concession agreements. In such situations the mortgage encumbers the right and the building that is erected under that right. Simple answer to the fifth question is that there is no guarantee that construction will be completed so that the mortgage creditor could initiate the foreclosure proceedings when necessary. That is the great down side of mortgaging buildings under construction. The banks as major creditors on the real estate market are quite aware of this down side, which is why they compose lists of trusted investors to whom they grant credit lines secured by mortgages over buildings under construction. This practice also extends to credit lines for purchase of buildings under construction. Some of these lists are even available online on web pages of banks, so that potential consumers of credit lines for purchasing of apartments and office space under construction could be promptly informed on the possibility of getting a loan secured by mortgage on buildings under construction. Smaller investors frown on this

practice of banks calling it unfair competition, and some of their argument are not without merit.

1.1.3. TERMINATION OF CONTRACTUAL MORTGAGE

Contractual mortgage is terminated by deleting its registration in the Real Estate Cadastre⁶⁰. Deleting of the registration is essential for termination of contractual mortgage not only according to the Law for Contractual Pledge, but also according to the Law for Real Estate Cadastre where it is stated that all rights in rem on real estate are terminated upon deletion from the Real Estate Cadastre⁶¹. However, before the contractual mortgage could be deleted from the Real Estate Cadastre, it must be proven that one of the conditions for termination has been fulfilled. The Law for Contractual Pledge recognizes the following conditions for termination of contractual mortgage: full payment of the secured claim, renouncement of the mortgage on part of the mortgage creditor, confusion (when the mortgage creditor acquires ownership on the mortgaged property), destruction of the mortgaged property (unless it has been insured with an insurance contract), sale during the foreclosure proceedings, when the mortgage creditor is a juridical person who has been terminated and has no successors, when the mortgage contract has been dissolved unilaterally or by an agreement between the parties and in other cases determined by law (this, among other things include declaring the mortgage contract as null and void)⁶².

It is important to note that the mortgage debtor may choose not to delete the contractual mortgage even if a legal condition for its termination has been fulfilled. The Law for Contractual Pledge provides mortgage debtors with the opportunity to secure a new claim with the existing mortgage once the previously secured claim has been paid out in full⁶³. The only condition for such transfer of the security is for the new claim to be of equal or lower value than the previously secured claim.

In practice the termination of mortgages usually results either by payment of the secured claim or by sale in foreclosure proceedings. There are two types of foreclosure proceedings one regulated by the provisions of the Law for Contractual Pledge, and the other (that refers to all types of forced sale and not exclusively to mortgage foreclosure) is regulated by the Enforcement Law. When foreclosure is conducted by notary public offices they obey by the regulation in the Law for Contractual Pledge, and when the foreclosure is

⁶⁰ Art. 42, par. 1, Law for Contractual Pledge.

⁶¹ Art. 143, Law for Real Estate Cadastre.

⁶² Art. 41, Law for Contractual Pledge.

⁶³ Art. 45, par. 2, Law for Contractual Pledge.

conducted by enforcement officers they obey by the regulation in the Enforcement Law.

Bibliography

- Gavella, N., *Stvarno pravo, Svezak drugi*, Narodne Novine, 2007;
Josipović, T., *Založno pravo na nekretnini, Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Narodne Novine, Zagreb, 2005;
Kovačević Kuštrimović, R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2004;
Lazić, M., *Prava Realnog oboezbeđenja*. Niš 2009;
Rašović, Z. P., *Komentar zakona o hipoteci*. Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2007;
Rašović, Z.P., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2008;
Живковска, Р., Пржеска, Т., Димова, С., Петрушевска, Н., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје, 2013;

Живковска, Р., *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005;

Станковић, О., Орлић М., *Стварно право*, Номос, Београд, 2001;

Legal sources

Закон за внатрешната пловидба, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 55/07, 26/09, 22/10, 23/11, 53/11, 155/12, 15/13, 137/13, 163/13, 42/14, 166/14, 146/15, 193/15, 31/16 и 64/18;

Закон за градежно земјиште, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 15/15, 98/15, 193/15, 226/15, 31/16, 142/16 и 190/16;

Закон за градење, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 130/09, 124/10, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/13, 137/13, 163/13, 27/14, 28/14, 42/14, 115/14, 149/14, 187/14, 44/15, 129/15, 217/15, 226/15, 30/16, 31/16, 39/16, 71/16 и 132/161;

Закон за договорен залог, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 5/03, 4/05, 87/07, 51/11, 74/12, 115/14, 98/15, 215/15 и 61/16;

Закон за договорна хипотека, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 59/00 и 86/00;

Закон за залог на подвижни предмети и права, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 21/98, 48/99 и 86/2000;

Закон за заштита на културното наследство, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 20/04, 71/04, 115/07, 18/11, 148/11, 23/13, 137/13, 164/13, 38/14, 44/14, 199/14, 104/15, 154/15, 192/15, 39/16 и 11/181;

Закон за извршување, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 72/16 и 142/161;

Закон за катастар на недвижности, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 55/13, 41/2014, 115/14, 116/15, 153/15, 192/15, 61/16 и 172/16;

Закон за нотаријатот, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 72/16 и 142/16;

Закон за обезбедување на побарувањата, „Службен весник на Република Македонија“ број 87/07 и 31/16;

Закон за облигационите и стварноправните односи во воздушниот сообраќај („Службен весник на Република Македонија“ бр. 85/08, 148/11, 10/15 и 150/15;

Закон за процена, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 115/10, 158/11, 185/11, 64/12, 188/14, 104/15, 153/15, 192/15 и 30/16;

Закон за сопственост и други стварни права, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/10;

Устав на Република Северна Македонија, “Службен весник на Република Македонија“, бр. 52/92;

Закон о хипотеци, “Службени гласник Републике Србије“ бр. 115/05, 60/15, 63/15(УС), 83/15;

Codice Civile Italiano, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262

Code Civil, Version consolidée au 25 mars 2019,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Stvarnopravni zakonik, “Uradni list Republike Slovenije” Št. 87/02 in 91/13;

Zakon o vlasnistvu i drugim stvarnim pravima, “Narodne Novine Republike Hrvatske” 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 143/12, 152/14;

PhD Tina PRŽESKA*

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

THE ROLE OF MORTGAGE IN THE REAL ESTATE TRADE

Summary

Contractual mortgage is one of the most commonly used real securities by creditor on the Macedonian real estate market. The research has shown that banks as major creditors in the real estate trade use mortgages as a real security almost exclusively in the credit lines they offer to their consumers for purchase of real estate.

Regulation of contractual mortgage as a right in rem and as real security in the Macedonian legal system is carefully constructed in order to provide mortgage creditors with the legal security they need in acquisition, registration and exercise of mortgage rights. The regulations also place a balance between the rights and duties of the mortgage creditors and the right and duties of the mortgage debtors.

The legal requirements for acquiring contractual mortgages are the conclusion of the mortgage contract and the registration of the mortgage in the Real Estate Cadastre. The mortgage contract is expression of the free will of the contract parties that they enter into freely and without coercion. The content of the mortgage contract is also left up to the will of the contracting parties. However the Law does impose some limitation such as: mandatory written form and notarization of the mortgage contract, prescribing mandatory content of the mortgage contract and defining the permitted and forbidden clauses in the mortgage contract. The imposed limitations aim to protect the rights of contracting parties, but due to their lack in precision fall short in reaching the intended goal. Registration of contractual mortgage in the Real Estate cadastre is also mandatory and it is performed by the notary public office that notarizes the mortgage contract. The duty to register mortgages was imposed on notary public offices in order to avoid any type of delay in registration of contractual mortgages.

With respect to immovable property that is eligible for mortgaging the Law takes rather liberal stand allowing all types of immovable property to be mortgaged such as: land, buildings and other structures, infrastructural objects, boats, aircrafts and even future immovable property like buildings and

* t.przeska@pf.ukim.edu.mk

infrastructural objects under construction. The mortgage may encumber the whole immovable property, a part of the property or several immovable properties together. This type of liberal approach provides mortgage creditors with wide range of immovable property that may be used for securing of claims by contractual mortgage. However, the lack of regulation, especially concerning mortgages over future immovable property has caused grave conflicts between right of mortgage creditors and mortgage debtors that ended up being disputed before the courts.

The termination of contractual mortgage is by deletion of the registration in the Real Estate Cadastre when the legal conditions have been fulfilled. In order to facilitate the securing of claims by contractual mortgage, the Law allows the mortgage debtor to use existing mortgage for securing a new claim once the old claim has been paid out in full instead of deleting it.

In general the Law for Contractual Pledge provides solid legal base for use of mortgage as a real security for securing of claims on the real estate market and beyond. However, as it was shown in the paper some revisions and improvements of the existing regulations are necessary to ensure a higher level of legal security for all parties involved.

Key words: *real securities, mortgages, real property, immovable property, rights in rem, real estate market, real estate trade.*

Др Тина ПРЖЕСКА*

Ванредни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

УЛОГА ХИПОТЕКЕ У ТРГОВИНИ НЕКРЕТНИНАМА

РЕЗИМЕ

Уговорна хипотека је најчешће коришћено реално обезбеђење новчаних потраживања од стране кредитора на македонском тржишту некретнина. Истраживање је показало да банке као главни кредитори у промету некретнина користе хипотеке скоро искључиво у кредитним линијама које нуде својим потрошачима за куповину некретнина.

Регулисање уговорне хипотеке као стварног права и реално средство обезбеђење потраживања у македонском правном систему пажљиво је конструисано како би се хипотекарним кредиторима обезбедила правна сигурност која им је потребна за стицање, упис хипотеке и остваривање права на хипотеку. Регулатива такође успоставља равнотежу између права и обавезе хипотекарних поверилаца и хипотекарних дужника.

Законски услови за стицање уговорне хипотеке су склапање уговора о хипотеци и упис хипотеке у катастар непокретности. Уговор о хипотеци је израз слободне воље уговорних страна које склапају уговор слободно и без присиле. Садржај уговора о хипотеци је такође препуштен вољи уговорних страна. Закон, међутим, намеће нека ограничења као што су: писана форма и овјера уговора о хипотеци, прописивање обавезног садржаја уговора о хипотеци и дефинисање дозвољених и забрањених одредба у уговору о хипотеци. Наметнута ограничења имају за циљ заштиту права уговорних страна, али због недостатка прецизности не постижу жељени циљ. Упис уговорне хипотеке у катастру непокретности је такође обавезан и врши га нотарска служба која оверава уговор о хипотеци. Обавеза уписа хипотека је наметнута нотарским службама како би се избјегла било каква врста кашњења у регистрацији уговорних хипотека.

Што се тиче непокретне имовине предмет хипотеке, Закон има прилично либералан став и дозвољава да се све врсте непокретне имовине стављају под хипотеку, као што су: земљиште, зграде и други објекти, инфраструктурни објекти, бродови, авиони, па чак и будућа непокретна

* t.przeska@pf.ukim.edu.mk

имовина као што су зграде у изградњи. Хипотека може оптеретити цијелу непокретну имовину, дио имовине или неколико некретнина заједно. Овај тип либералног приступа даје хипотекарним повериоцима широк спектар непокретне имовине која се може користити за обезбеђење потраживања путем уговорне хипотеке. Међутим, непостојање прописа, посебно у вези са хипотекама на будућу непокретну имовину, изазвало је озбиљне конфликте између хипотекарних кредитора и хипотекарних дужника који су на крају завршили пред судовима.

Престанак уговорне хипотеке настаје брисањем уписа у катастар непокретности када су испуњени законски услови. Како би се олакшало обезбеђење потраживања путем уговорне хипотеке, Закон дозвољава хипотекарном дужнику да користи постојећу хипотеку за осигурање новог потраживања након што је старо потраживање исплаћено у цијелости, умјесто да је брише.

Уопштено, Закон о уговорном залогу обезбеђује чврсту правну основу за коришћење хипотеке као реалног обезбеђења потраживања на тржишту некретнина и шире. Међутим, као што рад показује, потребне су неке ревизије и побољшања постојећих прописа у циљу постизања виши ниво правне сигурности за све стране.

Кључне речи: *реално обезбеђење, хипотеке, некретнине, непокретна имовина, стварна права, тржиште некретнина, трговина некретнинама.*

Marija Ampovska¹
Faculty of Law, University Goce Delchev in Stip,
Republic of North Macedonia

MEDICAL PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE IN THE MACEDONIAN LEGAL SYSTEM

Abstract: Generally speaking the compensation of damage for patients in the health care system can take place in three ways: through the social insurance system, including funds, through private insurers' schemes and through the liability system. The focus of this paper is the compensation through private insurers' schemes in the Macedonian legal system. This model of compensating damage in the health care system differs significantly from the liability system. The central issue in the compensation through insurers' schemes is whether the insurance conditions have been met, and the circumstances under which the damage has occurred are of little or no relevance. On the other hand, under the liability system the damage can be compensated only if a medical practitioner or an institution can be shown to be liable. Presenting the characteristic of Macedonian liability insurance law through the normative solutions, other legal sources of medical liability insurance, comparative legal theory and realization of the liability insurance in practice aims to lead to conclusion about the meaning of this institute in Macedonian law and practice.

Keywords: *liability, insurance, damages, tort law, medical practitioners' liability, compensation*

1. INTRODUCTION

Macedonian law doesn't contain specific legal rules on liability for the medical practitioners or the medical institutions. The regulation of the liability in the health care system is to be found in the general rules for liability, in the Macedonian tort law. Having in mind the legal literature worldwide² and the legal practice in Macedonia we can conclude that there are few possibilities regarding this question. Here, the rules on fault liability apply, as well as the rules on vicarious liability, contractual liability and strict liability under the

¹ Assistant professor , marija.ampovska@ugd.edu.mk

² P. Klarić, *Odštetno pravo*, Narodne Novine d.d. Zagreb, 2003, pp. 423.

Macedonian Law on Obligations (will e referred as Law on Obligations in the following text).³

The general principle of medical liability is considered to be the fault liability.⁴ In most legal systems the standard of care to be taken by medical care providers engaged in possibly risky activities is not only determinate by the court systems, but also by the legislator and the professional organizations.⁵ Under Article 11, Law on Obligation Relations, which regulates the conduct in the performance of professional obligations, an objective standard of care (conduct of an expert), is introduced to the law. The medical practitioner therefore is obliged to meet the requirement of necessary diligence and necessary knowledge: "*The party in the obligation is obliged to perform the activity with increased diligence, in accordance with the rules of the profession and the customs (diligence of a good expert) in carrying out the obligation of his professional activity.*"⁶ This is the statutory base for application of largely objectified standard of care in Macedonian liability system when medical conduct is tested against the criterion that the care provider must have sought to apply the due care that may be expected of a reasonably skilled care provider acting reasonably in the same circumstances. In theory, the fact that experts' actual individual abilities are not taken into consideration is justified the consideration that anyone who exercises an activity that requires special knowledge and powers of reasoning in spite of the lack of relevant ability, creates a source of special danger precisely by so doing, not just for any specific contractual partners, but also for any third parties.⁷

But in our legal practice there are also cases of awarded compensation of damage where the rules of strict liability where applied.⁸ This way the patient, under certain conditions, has the right to compensation if no fault was involved in a medical action, i.e. if the treatment was carried out completely *lege artis*. Also there is legal practice of establishing vicarious liability, by applying Law on obligations, Article 157 par. 1.⁹

In law theory scholars have suggested many times that liability law as a whole or in part with respect to medical treatment are replaced by an insurance-

³ "Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 59/2002, no.60/2006, no.29/2007, no.106/2008, no.135/2011, no.113/2012 and no.148/2015.

⁴ P. Klarić, *Odštetno pravo*, Narodne Novine d.d. Zagreb, 2003, pp. 423.

⁵ J. Dute, G. M. Faure, H. Koziol (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, SpringerWien NewYork, 2004, pp. 37.

⁶ Article 11 Law on obligations.

⁷ H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag KG Wien, 2012, pp. 207.

⁸ Basic Court Kocani P. 39/09 from 06.06.2011, Court of Appeal Stip GZ No. 1427/2011 and Supreme Court of the Republic of Maceodnia Rev. 2 No. 133/2012 from 19.06.2013.

⁹ Basic Court Stip P4-46/16 from 16.11.2018.

based solution.¹⁰ The advantages of insurance-based approaches are the compensations for victims that are achieved before prior examination of all the tort prerequisites and in short time. The disadvantages that are pointed out in theory are: if the reasons why the damage occurred are not taken into account than the patient will receive compensation even for damage caused by a chance or his own carelessness. This will result in increased number of damage claims and the costs on the insurers' side. In the end, the economic analyses of the insurance based approaches show that the cost of such damage would be borne by all those who applied due care in the management of their own affairs via increased premiums or via another mechanisms of the insurer.¹¹

This paper aims to present the current situation in legislation and in practice in order to come to some conclusions about the position that patient in Macedonian health care sector have. Therefore the paper will answer the question: Is there compulsory insurance and will describe in details the conditions for compulsory insurance. Furthermore, the paper aims to establish if specific regulatory regime exists under Macedonian law, as well as to answer the question if patients take out first-party insurance or if the providers of service carry liability insurance.

1. LEGAL SOURCES OF LIABILITY INSURANCE IN THE HEALTH CARE SECTOR

By its legal nature, liability insurance related to medical activity is a liability insurance contract, and hence the basic legal source for its regulation is the Law on Obligations of Republic of Macedonia. In the first place, the provisions on liability insurance¹² are applicable, and since liability insurance is considered to be a subtype of property insurance, general provisions for property insurance¹³ as well as common provisions for property and persons insurances¹⁴ are applicable too.

The legal source that is *lex specialis* regarding the liability insurance in the health care sector is the Law on Health Protection. It contains a provision that the medical practitioner is ethically, professionally and materially liable, and the health institution ensures the liability of the the medical practitioners for the damage they could have caused during the performance of the

¹⁰H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag KG Wien, 2012, pp. 5.

¹¹ *Ibid*, pp. 6.

¹² Articles 996 and 997 of the Law on Obligations.

¹³ Part 2 Section 1, article 980-985 of the Law on Obligations.

¹⁴ Article 953-979 of the Law on Obligations.

healthcare activity.¹⁵ This implies that the health institution has the obligation to conclude an insurance contract with a provider of this kind of insurance. The liability insurance is compulsory for the health institution. The violation of this obligation is considered to be misdemeanor that can be sanctioned with a fine for the health institution in amount of 5.000 EUR in Denars counter value.¹⁶ Unfortunately, the law doesn't make any differentiation between liability insurance for health care professionals who engage in their profession as independent practitioners, businesses engaging in health care or medical treatment operations, businesses providing medical transportation services, and other specific cases, as known in the comparative law.¹⁷

Macedonian law is familiar with a specific regulatory regime of the liability insurance in the health care system. It is known as *liability insurance related to medical, dental and pharmaceutical activity*. In the comparative literature it is known as *medical malpractice insurance* and it is considered to be a type of professional liability insurance for physicians and other healthcare providers. In the event of an allegation of negligence or a lawsuit, medical malpractice insurance will cover expenses, including defense attorney fees, court costs and any settlements or judgments.¹⁸ But there is no specific scheme for first party insurance that is limited to medical accidents, and patients in Macedonia do not take out first party insurance.¹⁹ It is pointed out in the legal literature concerning this question that first-party insurance does not seem to be of any significance when it comes to the particular risks of health care. A certain percentage of the population take out general health insurance policies, but this is no special first-party insurance covering risks of medical treatment.²⁰

¹⁵ Article 152 Law on Health Protection, Official Gazette No.. 43/12, 145/12, 87/13, 164/13, 39/14, 43/14, 132/14, 188/14, 10/15, 61/15, 154/15, 192/15, 17/16 and 37/16.

¹⁶ Article 307 paragraph 307(12).

¹⁷ M. Mikkonen, "Compensation in the Finnish Health Care Sector", *Tort and Insurance Law* Vol. 8, SpringerWienNewYork, 2004, pp. 190.

¹⁸ Many states require physicians (and often other healthcare workers) to have medical malpractice insurance. Even in states that do not have such requirements, it's well-advised to have insurance, especially for physicians. According to a 2011 study in *The New England Journal of Medicine*, 7.4% of doctors in their sample had faced a malpractice claim in the previous year – that's 1 out of every 14 doctors in any given year. See more comparative data on <https://www.cunninghamgroupins.com/medical-malpractice-insurance-complete-guide/>, last visited on 28.04.2019.

¹⁹ Also England doesn't have specific scheme for first part insurance, see Michael A. Jones, *Compensation in the English health care sector in Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWienNewYork, 2004, pp. 159.

²⁰ B. A. Koch, H. Koziol, "Comparative report and conclusions", *Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWienNewYork, 2004, pp. 428

This liability insurance scheme is the traditional compensation mechanism. There are many traditional insurers in Macedonian insurance market that participate in the medical liability market. The scope of this professional liability insurance is determined through the insurance contract passed between the health institution and the insurance company. The insurance contract is consisted in the printed form as to the general and specific conditions (terms) created by the insurance company. The characteristics of the insurance contract will be approached later in the text.

Macedonian Law is also familiar with the existence of *actio directa* – the damaged persons' right to a direct lawsuit under which: "*In the case of liability insurance, the damaged person may request directly from the insurer compensation for the damage that he suffered with the event for which the insured responds, but not exceeding the amount of the insurer's liability. The damaged person has, from the moment he became insured, his own right to compensation from insurance, and any subsequent change in the rights of the insured against the insurer is without prejudice to the right of the injured party to compensation.*"²¹ Regarding the usage of *actio directa* – direct lawsuit, a subrogation can occur as a right of an insurance company to step into the shoes of the party whom they compensate, and sue any party whom the compensated party could have sued (recovery action).

2. CHARACTERISTICS OF THE LIABILITY INSURANCE OF MEDICAL PRACTITIONERS THROUGH THE PRISM OF THE SPECIAL TERM OF THE INSURANCE COMPANIES IN MACEDONIA

2.1. Subject matter of insurance

In most of European countries, the risk of claims for negligence and malpractice is seen as an occupational hazard and practitioners and health care organizations limit their risk by taking out liability insurance. The liability insurance of medical practitioners and the insurance contract in this case serves to cover the risk that the insuree himself will be liable to a third part, so this is third –party liability insurance. Third-party liability insurance serves the interests of patients as it secures the compensation payments, so it serves the compensatory function of tort law. On the other hand, it is considered to be absolutely essential for the health institutions in order to make the liability risk associated with operating the institution calculable.²² Medical professional

²¹ Article 997 Law on Obligations.

²² H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag KG Wien, 2012, pp. 60.

liability insurance provides third-party coverage, which means it reimburses a person (usually the injured person or their family) who is not one of the two original parties to the insurance contract. This reimbursement is called indemnity. In addition most insurance policies provide for first-party coverage to the physician for the cost incurred in defending a claim, whether or not indemnity is ever paid.

Incorporating the previous theoretical and practical knowledge, the special terms have defined the subject matter of insurance in this case as "*the statutory civil liability of the insured person for damages caused with death, physical injuries and damage to health.*" In terms of the basis of liability provided with the general principles of tort law, subject for insurance is mainly the fault liability. To be more precise, the insurance policy offers indemnity only for the damage that is result of negligence, i.e. the both types of negligence: gross negligence and the infringement of the duty of care that we elaborated in the text above. Fault liability of the insured person for damages caused intentionally (dolus as a type of fault) is excluded from the subject of insurance.²³ But analyzing the provisions in the special terms, we came across a provision that indicates that the insurance liability for strict liability in medicine has been introduced to our insurance law. According to this provision, subject of insurance is also the liability of the insured person that arises from performance of the healthcare activity, in case of damages that are caused by possession or usage of medical appliances or devices which are recognized in the medical practice and are not excluded under the terms in question.²⁴

It can be also noted that insurance companies in Macedonia are in line with the shift from "occurrence" to "claims made" systems.²⁵ As a result of this shift the insurance only covers cases that were reported during the duration of

²³ Article 9 and 10, Special term for liability insurance of doctors and other medical practitioners, Uniqa insurance (Посебни услови за осигурување на одговорност на лекари и останати здравствени работници), available on http://www.uniqa.mk/repository/media_cnt/UNIQA-Macedonia-2018/53.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20na~20odgovornost~20na~20lekari~20i~20ostanati~20zdravstveni~20rabotnici_hcm0105235.pdf, last visited on 29.04.2019; Article 3, Terms for liability insurance for medical practitioners, Winner-Vienna Insurance Group Skopje, available on <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2019/04/Uslovi-za-osiguruvanje-od-odgovornost-na-zdravstveni-rabotnici.pdf>, last visited on 29.04.2019.

²⁴ Article 3 paragraph 2 Terms for liability insurance for medical practitioners, Winner-Vienna Insurance Group Skopje, available on <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2019/04/Uslovi-za-osiguruvanje-od-odgovornost-na-zdravstveni-rabotnici.pdf>, last visited on 29.04.2019.

²⁵ Article 1 paragraph 2, Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD, available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

the insurance and not just any damage that has occurred in that period, but was only reported later in time.²⁶ In the literature it is noted that this way the insurance companies are protected from any additional expenses that may arise in case the practitioners/medical institution has made a change regarding their liability insurance carriers. In case where the "occurrence" system is adopted, the new liability insurance carrier may have to take out additional coverage for the risk of damage caused during the running time of the previous liability insurance.²⁷

2.2. Contract parties

Having in mind that we are talking about liability insurance, we can emphasize that more than two subjects with different legal position should be differed in case of medical liability insurance. The contracting parties of the insurance contract are the insurer and the health institution. The first party is a company, also known as an insurer, a carrier, or a provider, that is licensed by a state to sell some or all types of insurance. The health institution is obliged to conclude this contract and its main contractual obligation is to pay the insurance premium. There is also a third subject – the insured person, that is party or parties covered by an insurance policy, also called a policyholder. The insured person may be a physical or a legal person,²⁸ although most of the special terms use only the term "person whose liability is covered with the insurance."²⁹ And the last subject that appears in the cases of medical liability insurance is the person suffering damage – the third person. The damage is consisted of death, physical injuries and damage to health.³⁰ These are

²⁶ I. Giesen, E. Engelhard, "Medical Liability in the Netherlands", in B. A. Koch, et al. *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011, pp.366.

²⁷ Ibid.

²⁸ Introductory provisions, Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD, available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

²⁹ Article 2 Special term for liability insurance of doctors and other medical practitioners, Uniqa insurance (Посебни услови за осигурување на одговорност на лекари и останати здравствени работници), available on http://www.uniqa.mk/repository/media_cnt/UNIQA-Macedonia-2018/53.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20na~20odgovornost~20na~20lekari~20i~20ostanati~20zdravstveni~20rabotnici_hcm0105235.pdf, last visited on 29.04.2019; Article 2, Terms for liability insurance for medical practitioners, Winner-Vienna Insurance Group Skopje, available on <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2019/04/Uslovi-za-osiguruvanje-od-odgovornost-na-zdravstveni-rabotnici.pdf>, last visited on 29.04.2019.

³⁰ This is provided in article 3 Special term for liability insurance of doctors and other medical practitioners, Uniqa insurance (Посебни услови за осигурување на одговорност

damages arising from personal injury. In legal theory there is a differentiation of two types of damages in personal injury cases: general and special damages. Originally “general damage” reflected a pleading rule, referring to a loss which was presumed to be the natural and probable consequence of the tort. Also “general damages”, on the other hand, comprise all non-pecuniary losses, past and future, as well as future earnings (earning capacity). On the other hand “specials” refers to all items of damage capable of (more or less) precise quantification, comprising medical and other expenses as well as lost earnings.³¹ Special damages claims can also comprise: loss of promotion prospects, past care and future care needs, aids and equipment, future medical treatment, prosthetics, pension loss, and other.

But the mentioned special terms in Macedonian insurance law don't offer this differentiation and it is left to the practice to define which damages will be compensated under the terms. There are provisions that the insurer is obligated to compensate the pecuniary and non-pecuniary damages up to the amount of the actual damage, but not more than the fix amount of money.³² The amount of the compensation for damage is determinate and estimated by the insured person, the insurer and the person suffering damage all together, or by an authorized court expert.³³ On the other hand, there is a category of damages called "pure financial loss" that by definition differs from the personal injury mentioned above, and that is covered with the insurance in cases of medical liability.³⁴ But this is not a regular case as the personal injury coverage, and

на лекари и останати здравствени работници) , available on http://www.uniqa.mk/repository/media_cnt/UNIQA-Macedonia-2018/53.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20na~20odgovornost~20na~20lekari~20i~20ostanati~20zdravstveni~20rabotnici_hcm0105235.pdf, last visited on 29.04.2019; Article 3, Terms for liability insurance for medical practitioners, Winner-Vienna Insurance Group Skopje, available on <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2019/04/Uslovi-za-osiguruvanje-od-odgovornost-na-zdravstveni-rabotnici.pdf>, last visited on 29.04.2019; Article 1 of the Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD, available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

³¹J. G. Fleming, *The law of torts 9th ed.*, Sydney: LBC Information Services, 1998, pp. 267.

³² Article 14 Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD, available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

³³ Ibid, art. 17 and 18.

³⁴ Article 5, Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD, available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

therefore we can come across special terms that exclude financial damages from the scope of liability insurance coverage.³⁵

But, there is an actual limitation for the damaged person to achieve full compensation through the liability insurance system. It is consisted of the mentioned fixed amount provided in the insurance contract, usually for one damage event. The amount of compensation to be awarded to the claimant cannot exceed the amount covered by liability insurance. If case of several claims originating from same event and the total amount of compensation exceeds the covered amount, the rights of the claimants are proportionally diminished.³⁶

The amount of coverage obtained depends on numerous variables including affordability, requirements of institutions, degree of protection desired to protect assets, and trends in judgments and settlements. The willingness of individuals to accept risk and protect assets is a strong consideration of determining policy limits.

Exclusions in a policy describe specific exclusions from coverage for the policy. The specifics of exclusions vary but include particular types of medical treatment or practices, coverage offered under other policies, business associated activities that are not directly related to the primary coverage ie, administrative work. Additional activities for which coverage is desired that may be excluded must be included under endorsements.

In the table below the Macedonian liability insurance practice, for the period 2013-2018, is presented in order to analyze the compensation for damage achieved through the insurance system.

Table 1 Medical liability insurance³⁷

³⁵ Article 13 paragraph 2(4) of Terms for liability insurance for medical practitioners, Winner-Vienna Insurance Group Skopje, available on <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2019/04/Uslovi-za-osiguruvanje-od-odgovornost-na-zdravstveni-rabotnici.pdf>, last visited on 29.04.2019.

³⁶ Article 2 of the Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD, available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

³⁷ Liability insurance related to medical, dental and pharmaceutical activity, CLASS 13 - General liability insurance

The data is obtained from the insurance undertakings through regularly reporting according to the article 104 from the Insurance Supervision Law ("Official Gazette" no. 27/02, 84/02, 98/02, 33/04, 88/05, 79/07, 8/08, 88/08, 56/09, 67/10, 44/11, 188/13, 43/14, 112/14, 153/15, 192/15, 23/16, 83/18 and 198/18) and it is available on http://www.aso.mk/index.php?option=com_fjrelated&view=fjrelated&id=0&Itemid=91&lang=mk, last visited on 28.04.2019.

Period	Premium			Claims 000mkd			
	Number of contracts concluded	Gross written premium	Gross unearned premium provisions	Number of claims liquidated	Gross claims paid (liquidated)	Number of claims reserved	Gross RBNS provisions
3к 2018	2.631	9.969,42	6.233,07	0	0	9	7.095,00
2к 2018	2.305	7.663,02	7.605,57	0	0	6	1.910,00
1к 2018	1.511	4.679	8.042	0	0	7	3.964
4к 2017	3.010	15.519	7.169	0	0	6	3.927
3к 2017	2,481	11,553.83	6,999.87	0	0	5	2592
2к 2017	2.021	9.749,32	9.288,00	0	0	4	2032
1к 2017	1.382	6.248,44	9.945,03	0	0	2	753
4к 2016	2.249	16.757	7.767	2	1.980	2	753
3к 2016	1.769	14.678	9.984	1	1.232	1	200
2к 2016	1.129	8.914	8.152	0	1	2	816
1к 2016	693	5,286	8,415	0	1	3	853
4к 2015	1,948	14,003	6,427	0	0	1	1,661
3к 2015	1.460	11.456	7.513	0	0	1	1.661
2к 2015	957	7.745,04	7.154,84	0	0	1	1.661,00
1к 2015	569	4.067,92	7.087,88	0	0	1	1.661,00
4к 2014	941	12.693	6.305	0	0	1	1.661
3к 2014	524	9,289	5,921	0	0	1	1,661
2к 2014	371	6.522,27	5.989,84	0	0	1	1.661,00
1к 2014	263	4,410.44	5,518.45	0	0	1	1,661.00
4к 2013	780	8.319	3.814	0	0	1	1.661

As resulting from the official data, in the past period of 5 years only three claims were liquidated, although the number of insurance liability contracts since 201 is in a constant growth, as well as the amount of the gross written premium. These numbers showed that the meaning of the liability insurance system in Macedonia regarding the compensation of damage in the healthcare system is minor or rather non-existing from the legal, financial and also social standpoint. Regardless of the existence of medical liability market and special terms that offer some adequate indemnity in cases of medical malpractice, the compensation of these damages is compensated otherwise (if even compensation is claimed). This indicates that there is a need for profound research into the reasons why medical insurance isn't alive in Macedonian system, and we can only note that these data opened more questions that they have answered, questions that can be approached in another occasion.

3. Tendencies in medical liability insurance

Today the liability insurance is considered to be the traditional compensation mechanism regarding compensating damage in the health care sector. But analyzes show that the medical malpractice is considered to be consisted of elements that affect the insurability. The comparative studies show that especially in U.S. insurers have claimed that medical practice has become an uninsurable risk as a result of the liability crisis which arose in the late eighties. Other markets also follow the example and traditional insurers have increasingly withdrawn from medical liability insurance market.³⁸ Also in Europe "*...it is often said that insurances for medical risks are hardly if ever profitable and this is also seen as explanation for the relatively small number of insurers that offer these insurance, especially where hospital and other health care institutions are concerned.*"³⁹ Therefore new tendencies have appeared, not only in legal theory, but in legislation as well. A new system called "no-fault compensation in the health care sector" (NFCS further in the text) has been already introduced and has been in operation for some time as NFCS that covers most or all of the health care system, in New Zealand, Norway, Sweden, Finland and Denmark. In all five countries the system is regulated by law and it is noted that there are number of differences between them, particularly as regards the method of funding, the extent of cover, the costs that are eligible for

³⁸M. Faure, "Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused medical malpractice", *Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWien NewYork, 2004, pp. 79.

³⁹ I. Giesen, E. Engelhard, *Medical Liability in the Netherlands*, in B. A Koch, et al. *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011, pp.366

compensation and the relationship between the NFCS and the liability system.⁴⁰ The general remarks about NFCS are that these systems come in many shapes and sizes. Also the notion of fault still plays a significant role in determining the right to compensation, so it is noted that the term NFCS is misleading.⁴¹

4. Concluding remarks

The liability system alone as a method for compensation of damage suffered in the health care sector does not provide a sufficient guarantee of compensation given the insolvency risk. The idea that numerous problems of medical liability can and should be solved through insurance is accepted in Macedonian positive law. But the question that remains to be answered is to what extent insurance liability should replace liability system. The basic principles of tort law should be protected, and one of it is that risk should be borne by the part creating it. Otherwise, the increase of security through insurance will decrease the care implied in the matter.

It is noted in the literature that from an economic prospective liability insurance will provide protection for the risk averse injurer and only indirectly for potential victims. The health institution is accepting a certain loss in the form of payment of a premium so that the future risk in case an injury would happen can be removed from this insurer. Although the provision on statutory duty of the healthcare institution to obtain liability insurance for the medical practitioners implicates that this is a case of mandatory insurance, the analyses of the official reports of the insurance companies indicate that this provision lives only on paper, but not in practice. Our liability insurance reality is that injured persons don't use the right to direct claim to the insurance companies (*actio directa*), nor the right to address their claim to the insurance company aside from the courtroom. Cases of medical liability do exist⁴² and currently most of them are financial burden for the health institutions, and not the insurance companies. The compensation of damage is achieved on the basis of general tort law principles and rules in civil procedures. The medical liability system contains a number of inherent defects, including the length of the civil procedure, the fact that liability claims harden relations between parties, high costs, selective access to the liability system, problem of proof, uncertain and

⁴⁰ J. Dute, "A comparison of non-fault compensation schemes", *Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWien NewYork, 2004, pp. 479.

⁴¹ More on this matter in J. Dute, "A comparison of non-fault compensation schemes", *Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWien NewYork, 2004, pp. 479.

⁴² This research also included analysis of the court practice and we came across a significant number of medical liability cases in civil procedure. Some of them are previously cited in the text.

sometimes arbitrary outcome of the process, risk of over and under compensation.⁴³ This way, the injured person faces a long way to compensation, a way that is financially and emotionally exhausting. The health care system could possibly face financial crisis in order to pay the damages, but there are also other main problems for the care provider as high cost of the process, the length of the process, the stigmatizing effect which the process can cause, the high insurance premiums and associated threat of uninsurability. Regarding the main problems for the health institutions, from a social standpoint, the quality, costs and continuity of health care are at stake.⁴⁴ The only beneficiary are the insurance companies as they generate premiums from the medical liability insurance but according to the official reports, have faced only 3 liability insurance claims in the past five years. For us, this are enough reasons for changes to be introduced in the medical liability and insurance system, and during the process the new tendencies of the so called "no-fault compensation system in the health care sector" should be taken into consideration.

References

- Dute Jos, Faure G. Michael, Koziol Helmut (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, SpringerWien NewYork, 2004;
- John G. Fleming, *The law of torts 9th ed.*, Sydney: LBC Information Services, 1998;
- Jos Dute, *A comparison of non-fault compensation schemes*, Tort and Insurance Law, Vol. 8, SpringerWien NewYork, 2004;
- Koch, B. A. et al. *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011;
- Koziol Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag KG Wien, 2012;
- Martti Mikkonen, *Compensation in the Finnish Health Care Sector*, Tort and Insurance Law Vol. 8, SpringerWienNewYork, 2004;
- Michael A. Jones, *Compensation in the English health care sector in Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWienNewYork, 2004;
- Michael Faure, *Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice*, Tort and Insurance Law, Vol. 8, SpringerWien NewYork, 2004.
- Special term for liability insurance of doctors and other medical practitioners, Uniqa insurance (Посебни услови за осигурување на одговорност на лекари и останати здравствени работници), available on

⁴³ J. Dute, "A comparison of non-fault compensation schemes", *Tort and Insurance Law*, Vol. 8, SpringerWien NewYork, 2004, pp. 462.

⁴⁴ Ibid, pp. 463.

http://www.uniqa.mk/repository/media_cnt/UNIQA-Macedonia-2018/53.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20na~20odgovornost~20na~20lekari~20i~20ostanati~20zdravstveni~20rabotnici_hcm0105235.pdf, last visited on 29.04.2019.

Special terms for liability insurance of doctors and dentists while performing their activity, Triglav Insurance AD (Посебни услови за осигурување од одговорност на лекари и стоматолози при извршување на дејноста) available on <https://www.triglav.mk/wps/wcm/connect/8715d279-410e-4472-8568-8bd0c1594d16/Posebni+uslovi+na+lekari+i+stomatolozi.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8715d279-410e-4472-8568-8bd0c1594d16> last visited on 29.04.2019.

Special terms for professional liability insurance for doctors and other medical practitioners, Eurolink AD Skorje (Посебни услови за осигурување професионална одговорност на лекари и останати здравствени работници) available on <http://www.eurolink.com.mk/uploads/13-10.pdf>, last visited on 29.0.2019.

Special terms for professional liability insurance for doctors and dentists, Sava Insurance, (Посебни услови за осигурување на професионална одговорност на лекари и стоматолози), available on http://www.zplrm.mk/wp-content/uploads/2013/07/Posebni-uslovi-za-LEKARI_07_11_2012-MKD.pdf, last visited on 29.04.2019.

Terms for liability insurance for medical practitioners, Albsig Insurance Company, AD Skorje (Услови за осигурување од одговорност на здравствени работници), available on http://www.albsig.com.mk/Upload/Content/Documents/%D0%A3%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B8/13/13_%D0%A3%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B8%20%20%D0%9E%D0%B4%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%97%D0%B4%D1%80%D0%B0%D0%B2%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D0%B8%20%D1%80%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%82%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B8%20052015%20.pdf, last visited on 29.04.2019.

Terms for liability insurance for medical practitioners, Winner-Vienna Insurance Group Skorje, (Услови за осигурување од одговорност на здравствени работници) available on <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2019/04/Uslovi-za-osiguruvanje-od-odgovornost-na-zdravstveni-rabotnici.pdf>, last visited on 29.04.2019.

Summary

The author has conducted an research regarding the medical insurance liability in Republic of North Macedonia. This scientific research took path in three ways: legislation on liability in general, and medical liability in particular; provisions contain in the special terms of the insurance companies that offer liability insurance for medical practitioners and healthcare institutions; and the practice regarding the compensation of damage suffered in the health care sector through the prism of court decisions and insurance claims. As a result of the research the paper called Medical professional liability insurance in the Macedonian legal system was composed.

The paper aims to show that although Macedonian legal system doesn't incorporate special medical liability norms, the general tort law principles, through their implementation by the courts, serve well the goal to provide adequate protection for the patients in the health care sector. We can also note that in theory the patients are even better protected by providing the mandatory liability insurance, and in Macedonia there are quite a number of insurance companies that offer this kind of insurance. The insurance system created by the special terms is on occasions even progressive and in line with the modern tendencies of compensating damage in the health care sector. But unfortunately these norms are living only on paper, and as the reports show, in period of more than 5 years there has been only three claims for medical insurance liability that have been liquidated. Overall the compensation for damage is left to be accessed through the civil liability system, and that is the hardest way for the injured persons. The paper shows the need to amendments in the medical liability system in general in Macedonia, and new tendencies in this area should be taken into consideration.

РЕЗИМЕ

Аутор је спровео истраживање о здравственог осигурања од одговорности у Републици Северној Македонији. Ово научно истраживање се одвијало у три насоке: законодавство о одговорности уопште, и посебно медицинска одговорност; одредбе садржане у посебне услове на осигуравајућа друштва која нуде осигурање од одговорности за лијечнике и здравствене установе; и праксу у вези са накнадом штете претрпљене у здравственом сектору кроз призму судских одлука и потраживања од осигурања. Као резултат истраживања састављен је рад под називом Осигурање медицинске професионалне одговорности у македонском правном систему.

Циљ рада је да покаже да иако македонски правни систем не садржи посебне норме о медицинској одговорности, принципи општег

деликтног права, кроз њихово спровођење од стране судова, добро служе циљу пружања адекватне заштите пацијентима у здравственом сектору. Можемо такође приметити да су у теорији пацијенти још боље заштићени обезбеђивањем обавезног осигурања од одговорности, а у Македонији постоји велики број осигуравајућих друштава која нуде овакву врсту осигурања. Систем осигурања, створен посебним условима, повремено је чак и прогресиван и у складу са савременим тенденцијама компензације штете у здравственом сектору. Али, нажалост, ове норме живе само на папиру, и како показују извештаји, у периоду од више од 5 година дошло је до само три потраживања за обавезу здравственог осигурања од одговорности која су ликвидирана. Генерално, накнада штете остаје да се приступи кроз систем грађанске одговорности, а то је најтежи начин за оштећене. Истраживање показује потребу за измјенама у систему одговорности у здравство уопште у Македонији, а нове тенденције у овој области треба узети у обзир.

Душко ЧЕЛИЋ*

Правни факултет Приштина - Косовска Митровица

АРБИТРЕРНО УКЛАЊАЊЕ НЕПОКРЕТНОСТИ У СВОЈИНИ ЛИЦА ПРОГНАНИХ СА КОСОВА И МЕТОХИЈЕ – ЈОШ ЈЕДАН ВИД КРШЕЊА ПРАВА НА МИРНО УЖИВАЊЕ ИМОВИНЕ

Аутор анализира конкретне случајеве престанка права својине уклањањем (рушењем) непокретности у својини лица прогнаних са Косова и Метохије у Ђаковици и Вучитрну. Анализом (квази)правног оквира на Косову и Метохији, аутор је установио да не постоји чак ни формални (квази)правни основ а камо ли материјалне и процедуралне претпоставке за такво поступање самопроглашених власти. Деловањем локалних власти у овим градовима, формално образложеним опасношћу од урушавања породичних стамбених зграда, нарушена су елементарна права власника – лица прогнаних са Косова и Метохије, почев од права на приступ правди, преко права на правично суђење, до права на мирно уживање имовине.

Поменута пракса супротна је, не само принципу владавине права, већ и међународноправним стандардима за заштиту људских права прогнаних лица. Како су самопроглашене власти на Косову и Метохији, (не само) за такво поступање, неодговорне пред било којим међународно обавезујућим правним механизмом, аутор закључује да такво стање погодује правној несигурности.

Имајући у виду да статус прогнаних лица са Косова и Метохије, још увек има више од 220000 лица, као и одсуство владавине права и правне сигурности на овој територији, аутор указује на опасност од масовног практиковања овог вида арбитражног, несразмерног ограничења и задирања у суштину права својине лица која припадају овој посебно рањивој групи.

Кључне речи: *Косово и Метохија. – Прогнана лица. – Право на мирно уживање имовине. - Уклањање непокретности. – Престанак права својине. – (Не)одговорност самопроглашених власти на Косову и Метохији због кршења људских права.*

* Доцент, dusko.celic@pr.ac.rs.

1. УВОД

Након престанка противправне агресије Северноатлантског војног савеза на Савезну Републику Југославију, 9. јуна 1999. године¹, усвајањем Резолуције Савета безбедности ОУН бр. 1244 од 10. јуна 1999. године², на Косову и Метохији основана је Привремена управа Уједињених нација (УНМИК). Овом резолуцијом установљено је и "међународно безбедносно присуство" (КФОР). Надлежности КФОР-а укључивале су, између осталог: одржавање прекида ватре, демилитаризацију "ОВК", успостављање безбедносног окружења, осигурање јавне безбедности и реда, уклањање мина и обезбеђење државне границе,³ док су најзначајније надлежности УНМИК-а обухватале: одржавање цивилног реда и закона, заштиту и унапређење људских права и осигурање безбедног и неометаног повратка свих избеглица и расељених лица у њихове домове.⁴

У вршењу мандата, УНМИК и КФОР не само да нису успели, већ се досадашње вршење мандата може поуздано означити као скандалозно неуспешно, обележено систематским и масовним кршењем људских права становника Косова и Метохије - лица српске националности као и припадника неалбанских мањина.

Од почетка мандата Уједињених нација на територији АП Косово и Метохија, забележено је више од 7.000 етнички мотивисаних напада; убијено је преко 1000 Срба и 104 припадника неалбанских мањинских заједница⁵. Киднаповано је 841 Срба, а 960 људи је тешко рањено.⁶

¹ Вид. чл. II ("Прекид непријатељстава"), Војнотехничког споразума између Међународних снага безбедности (КФОР) и влада Савезне републике Југославије и Републике Србије, *Документи о Косову и Метохији, Document of Kosovo and Metohia*, Liber press, Београд, 2002, 16, 133.

² Резолуција Савета безбедности Организације уједињених нација бр. 1244, S/RES/1244 (1999), 10. 6. 1999, (у даљем тексту: Резолуција).

³ Вид. тач. 9. ст. 1, 2, 3, 4, 5. 7. Резолуције.

⁴ Вид. тач. 11. ст. 9, 10. и 11. Резолуције.

⁵ Према подацима Савезног комитета за прикупљање података о извршеним злочинима против човечности и међународног права, у периоду од јануара 1998. до новембра 2001. године, на Косову и Метохији је од стране паравојних припадника тзв. ослободилачке војске косова, убијено је 796 цивила српске, 297 албанске и 89 цивила других националности а отетих (принудно несталих), 1157 цивила српске, 64 албанске и 177 цивила других националности. (*Жртве албанског тероризма на Косову и Метохији, Убијена или отета лица од стране албанских терориста и нестала лица (јануар 1998 – новембар 2001.)*), прир. И. Симић, Савезни комитет за прикупљање података о почињеним злочинима против човечности и међународног права, Београд, 2001, 13.

⁶ Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију, Министарство за Косово и Метохију, непубликовано, март 2009, 8.

Забрињавајућа је чињеница да судбина многих несталих и киднапованих лица до данас није утврђена.⁷ Од јуна 1999. године из Аутономне покрајине Косово и Метохија је протерано више од 245.000 Срба и других грађана.⁸ Од 437 места у којима су живели Срби до 1999. године, изузимајући општине Лепосавић, Звечан и Зубин Поток, етнички је потпуно очишћено 312 насеља. Само у области имовинских права, мандат УНМИК-а и КФОР-а обележен је масовном узурпацијом стварних права на непокретностима лица прогнаних са Косова и Метохије након 10. јуна 1999. године. Поред око 27.000 узурпираних стамбених јединица, у периоду од јуна до децембра 1999. године уништено је око 18.000 кућа. Према подацима УНМИК-а, из јуна 2007. године, још увек је било евидентирано 10.405 уништених стамбених објеката прогнаних лица.⁹ Повратак прогнаних лица у своје домове на Косову и Метохији, услед непостојања основних безбедносних услова и након 20 година од завршетка НАТО агресије, је симболичан и не премашује око 5% укупне прогнаничке популације,¹⁰ а њихове непокретности намењене становању највећим делом су уништене – 56,55% или пак оштећене у мери које их чине неусељивим – 11, 25%,¹¹ у стању оштећених али усељеивих непокретности је 6,41%, у непознатом стању је 16,81% а у неоштећеном стању свега 8,98% непокретности намењених становању.¹² Поред тога, значајан део тих непокретности је и даље узурпиран, упркос делатности квазисудских тела које је основао УНМИК, чија је надлежност обухватала и реституцију узурпираних државине и стварних права.¹³ Поменути подаци указују да је највећи део непокретности намењених становању у својини

⁷ Према званичним подацима, од несталих Срба и припадника неалбанских заједница још увек је непозната судбина још 532 лица или 63,25% од укупно несталих. (Податак Комисије за нестала лица Владе Републике Србије, http://www.kirs.gov.rs/docs/komisijazanestala/Komisija_%20za%20nestala%20lica.pdf, 31. 12. 2018.

⁸ Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију, Влада Републике Србије, усвојена 8. 4. 2010, стр. 3. http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 30. 1. 2012.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Стање и потребе интерно расељених лица, Комесаријат за избеглице и миграције Републике Србије, Београд, 2018, 41, http://www.kirs.gov.rs/media/uploads/Dokumenti-i-publikacije/Izvestaj/Stanje_i_potrebe_IRL_2018_SR.pdf, 10. 4. 2019.

¹¹ *Ibid.*, 39.

¹² *Ibid.*

¹³ Детаљно о неуспеху УНМИК-а да оствари реституцију узурпираних државине и стварних права на непокретностима чији су власници лица прогнана са Косова и Метохије, в. Д. Челић, *Заштита стварних права на непокретностима у својини лица прогнаних са Косова и Метохије*, докторска дисертација, Косовска Митровица, 2016, <http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/6589?show=full>.

лица прогнаних са Косова и Метохије, изложено оштећењу и уништавању од стране албанског становништва, али и зубу времена, пропадању услед немогућности заснивања државина од стране њихових власника, па тако и одсуства бриге и одржавања. Суочене са поменутом чињеницом, сецесионистичке власти косовско-метохијских Албанаца, уместо да створе услове за неометан повратак прогнаних лица својим домовима и тако им омогуће вршење својинских права и обавеза на непокретностима у њиховој својини, укључујући и обавезу управљања, па дакле и одржавања непокретности намењених становању, у случајевима које смо за потребе овог рада анализирали, посегле су за њиховим противправним рушењем. У раду анализирамо случајеве арбитарног рушења (уклањања) непокретности намењених становању у својини лица прогнаних са Косова и Метохије, од стране локалних албанских власти, супротност овакве праксе међународним стандардима о људским правима који штите право својине, као и неусаглашеност те праксе чак и са оним, што, услед нелегалности поретка на Косову и Метохији у односу на устав Републике Србије, можемо назвати нечим што наликује правном поретку – *sub colore iuris*.¹⁴

2. О СВОЈИНИ И ГАРАНЦИЈАМА ЗАШТИТЕ СВОЈИНЕ

Питање својине је централно питање не само цивилноправне догматике, већ и, како то запажа један од корифеја српске правне мисли – Живојин Перић, централно питање људске културе,¹⁵ а у светлу владавине права, својина ван сваке сумње представља људско право.¹⁶ Право на својину и њену гаранцију је основно људско право (тзв. људско право прве генерације), које спада у класична грађанска и политичка права.¹⁷ Још је Џон Лок у својој расправи "Две расправе о грађанској влади (Two Treatises on Government 1690), заступајући принципе природног права,

¹⁴ *Sub colore iuris* – "Under color of right". Done with the appearance of a legal right, regardless of whether the actor in fact possessed the legal right. A. X. Fellmeth, M. Horwitz, *Guide to Latin in international Law*, Oxford University Press, 2009, 269.

Из наведеног разлога ћемо уз називе "закона" и "институција" *de facto* власти на Косову и Метохији, користити одговарајуће знакове интерпункције.

¹⁵ Ж. Перић, предговор у: Н. Бранислав, *Историја баштинске својине*, Београд, 1931, V.

¹⁶ Ulrich Hösch, *Eigentum und Freiheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 17.

¹⁷ М. Лазић, Развој института својине у праву Србије, *Српско право некад и сад*, ур. М. Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2007, 18, Слично и: З. Рашовић, *Стварно право*, Правни факултет, Подгорица, 2010, 89.

закључио да су сви људи по самој природи обдарени основним људским правима, нећу којима су право на живот, слободу и својину.¹⁸

Антрополошка, социолошка и историјска истраживања указују да људска заједница не може нормално функционисати ни опстајати, без правила која се односе на држање, коришћење и располагање материјалним добрима.¹⁹ Еволуција и развој људског друштва, од свог настанка до данас, нераскидиво је везана са еволуцијом имовинских права која у својини (праву својине) имају најрепрезентативнији израз. С обзиром да својина омогућава задовољавање, како основних човекових потреба (биолошко-физиолошких), тако и изведених – друштвених, културних и др, за својину се може рећи да представља основу живота, слободе и власти човека.²⁰ Као централни стварноправни институт, својина је основа живота. Значај својине, као предуслова за слободан развој личности и друштва, сликовито се може изразити мишљу да: "личност којој није дата власт над имовинским вредностима, представља исто што и мисао без садржине."²¹ Нема, нити је било, организованих друштвених заједница, без обзира на степен њиховог развоја, у којима није постојао неки облик својине. Како је правилима регулисано присвајање материјалних добара из природе, услов опстанка сваке друштвене заједнице, то је регулисање својине морало бити предметом првих, "мета-правних" норми. У том погледу, чини нам се, са правно-филозофског гледишта, оправдано становиште да својина "предходи сваком правном искуству."²²

Као најшире имовинско право, својина је од свог настанка, била предмет највеће човекове фактичке и правне заштите.²³ Од "светог" и готово недодирљивог права, својина је, продирањем етичких садржаја, чија је идеја у заштитити слабијих и изложенијих и санкционисању егоизма, безобзирности и малициозности у вршењу права²⁴, постала изложена све бројнијим и већим ограничењима. Тако је римски

¹⁸ J. Locke, *Two Treatises on Government* (169), www.lonang.com/exlibris/locke, 30. 04. 2019.

¹⁹ Д. Николић, *Основни извори стварног права*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2007, 5.

²⁰ М. Лазих, (2007.), 61.

²¹ Е. Хубер у објашњењима уз пројекат Швајцарског грађанског законика, нав. према: Д. Стојановић, *Право својине у Европској економској заједници*, Правни живот, 11-12/91, 1168.

²² Г. Радбрух, *Филозофија права*, прев. Д. Гутеша, Београд, 1980, 171.

²³ М. Лазих, *Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 76/2017, 353.

²⁴ О. Станковић, *Социјализација (морализација) грађанских права*, О. Станковић, В. В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1995, 223.

(индивидуалистички) концепт својине, који је кореспондирао са идеолошким тековинама буржоаских револуција, прихваћен у грађанским законима донетим током 19. и почетком 20. века, већ у другој половини 20-ог века еволуирао у концепт "својине као социјалне функције", односно "својине која обавезује".²⁵ Тиме је отворен простор за задирање јавних власти (државе) у конкретно право својине у интересу (свих) других који поводом конкретног објекта својине, нису власници. Са ширењем задирања државе (јавних власти) у право својине, с једне стране, јавља се и потреба гарантовања њене заштите, с друге стране. Гаранција приватне својине на националном нивоу остварује се уставом и законима којима се она штити уз остала основна људска права.²⁶ Према Уставу Републике Србије (2006.), "јемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона."²⁷ Заштитом права својине, штити се начело правне сигурности и поверење у правни поредак.²⁸ Као остварење уставноправних гаранција, најзначајнија и најпотпунија заштита права својине обезбеђена је у стварном праву, путем својинских и државинских тужби. Осим у судском поступку, (парничном, ванпарничном, извршном, кривичном), својина ужива заштиту и у поступку пред управним органима (када је реч о експропријацији, упису права својине у катастар непокретности итд.).

Наднационална заштита приватне својине, остварена је тек у другој половини XX века, на начин што је право својине, као део корпуса људских права, постало саставни део међународних конвенција. Правно обавезујући судски механизам заштите права својине на Европском континенту, остварен је тек након доношења Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950), (у даљем тексту: Конвенција), Протоколом 1 (1952), кроз институт права на мирно уживање имовине.²⁹

²⁵ M. Wolf, *Sachenrecht*, München, 1997, 30.

Друштвену (обавезујућу) димензију својине изричито нормира и Закон о својинско-правним односима Црне Горе, "Сл. лист Црне Горе, 19/2009, у чл. 9. ст. 1: "Својина обавезује и власник је дужан у вршењу свог права да поступа обзирно према општим и туђим интересима."

²⁶ "Јамчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона. Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне..." (Чл. 58. Устава Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 98/2006.).

²⁷ Чл. 58. ст. 1. Устава Републике Србије.

²⁸ Д. Медић, *Заштита права својине*, Правна ријеч, Бања Лука, 28/2011, 48.

²⁹ "Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима

Право на мирно уживање имовине, односно право на имовину, је знатно шире од права својине³⁰. Мада национални грађански законици, говоре о гарантовању права својине, постоји општа сагласност да се гаранције на мирно уживање имовине односе на сва имовинска права, односно права која се могу новчано изразити. Како је европско право људских права, по својој природи судијско право³¹, оно је настало на основу Конвенције, али путем стваралачког деловања Европског суда за људска права. Тиме је, кроз богату вишедеценијску праксу судска пракса Европског суда и Европске комисије за људска права изграђен појам имовине, који обухвата читав низ "економских интереса" као што су: право својине и сва стварна права на непокретним и покретним стварима, право на наследни део, право на новчано потраживање утврђено законом или одлуком суда, својинско учешће у привредном друштву, право рибарења, право интелектуалне својине, изгубљена добит, економски интереси повезани са дозволом за точење алкохолних пића односно грађевинском дозволом, стална клијентела, право на пензију итд.³² Но, пракса Суда у погледу одређивања појма имовине није била једносмерна, она је свакако ишла у прилог ширења домена примене права на мирно уживање имовине, али у појединим случајевима и њеног ограничавања. Због тога се у теорији говори о "аутономном појму имовине".³³

предвиђеним законом и општим начелима међународног права." (Чл. 1. протокола 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

³⁰ О односу (права) својине и имовине, са даљим упућивањима, вид. О. Станковић – В. В. Водинелић, *ibid*, 142-160.

³¹ Д. Поповић, Реституција у европском праву људских права, *Положај и перспектива уставног судства*, ур. Драгиша Слијепчевић, Уставни суд Републике Србије, Београд, 2014, 220.

³² Детаљније о томе, са конкретним упућивањима на судску праксу, вид. М. Carss-Frisk, *The right to property, a guide to the implementation of Article 1. of Protocol No. 1. to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2001, 10-17, С. Гајин, Члан 1. I Протокола уз Европску конвенцију о људским правима – стандарди заштите имовинских интереса, *Промене стварног права у Србији*, ур. В. В. Водинелић, Београд, 2004, 36-39, Б. Тубић, Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1670-1671.

³³ О "живом ткиву" аутономног појма имовине, тежњи Суда да, с једне стране, шири домен његове саджине и примене, а с друге стране да га ограничи, вид. Д. Поповић, *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд, 2016, 414-416.

2. 1. Гаранције права на мирно уживање имовине у "правном оквиру" Косова и Метохије након 10. јуна 1999. године

Специјални представник Генералног секретара ОУН, који је према тексту Резолуције, имао надлежност да "контролише остваривање присуства међународних цивилних снага..."³⁴ је, поступајући изван својих овлашћења³⁵, 25. јула 1999. године донео "Уредбу бр 1999/1"³⁶ у којој је сам себи прописао овлашћења која су, очигледно, много шира од оних датих Резолуцијом. Сву законодавну, извршну и судску власт на територији Косова и Метохије, Специјални представник Генералног секретара, доделио је сам себи.³⁷ Поред "законодавне", развио је и "уставотворну" делатност. Најрадикалнији захват у уставно-правни положај Косова и Метохије након усвајања Резолуције, учињен је "уредбом о уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову"³⁸, коју је Специјални представник донео 15. маја 2001. године. У "уставном оквиру", одређено је да ће: "Сва лица на Косову уживати људска права и основне слободе, без дискриминације по било ком основу и у потпуној равноправности."³⁹ Такође, одређено је да: "привремене институције самоуправе треба да се придржавају међународно признатих људских права и основних слобода и да их обезбеђују, укључујући и она права и слободе утврђене у Универзалној декларацији о људским правима и Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима..."⁴⁰ Овим документом одређено је да су одредбе о људским правима наведени у листи међународних конвенција "у непосредној примени на Косову као део овог уставног оквира."⁴¹ Из овога несумњиво следи да је Цивилна мисија Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК), пошто је предходно једнострано и противправно суспендовала затечени правни поредак на Косову и Метохији, ипак, једнострано обавезала, како себе, тако и "привремене институције

³⁴ Тачка 6. Резолуције

³⁵ О противправном поступању Специјалног представника, како у односу на Резолуцију 1244, тако и у односу на уставни поредак Савезне републике Југославије, односно Републике Србије, вид. Д. Челић, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет?, *Уставне промен у нас*, ур. Зоран Исаиловић, Правни факултет у Приштини, Косовска Митровица, 2004, 135-145.

³⁶ "УНМИК/УРЕД/1999/1".

³⁷ Вид. члан 1. "УНМИК/УРЕД/1999/1".

³⁸ Овај акт носи званичну ознаку: "УНМИК/УРЕД/2001/9", у даљем тексту: "Уставни оквир".

³⁹ Чл. 3.1 "Уставног оквира".

⁴⁰ Чл. 3.2 "Уставног оквира".

⁴¹ Чл. 3.3 "Уставног оквира".

самоуправе на Косову", да у оквиру међународно признатих људских права, поштује и право на мирно уживање имовине.

Дана 17. фебруара 2008. године, група косовско-метохијских Албанаца – посланика у "привременој скупштини Косова", поступајући, како су навели, у својству "демократски одабраних вођа наших људи",⁴² прогласила је "независност Косова". Самопроглашене албанске власти на Косову и Метохији, донеле су 9. априла 2008. године, "Устав Косова"⁴³, у коме су, између осталог, "прописали" да се "гарантује право на имовину",⁴⁴ као и да се "нико не може арбитрарно лишити имовине"... а да јавне власти... "могу извршити експропријацију имовине ако је иста у складу са законом, ако је неопходна или адекватна за постизање јавних циљева или подржавање јавног интереса, а за коју се врши непосредна адекватна компензација..."⁴⁵ Такође, поменути документом, слично одговарајућој одредби "Уставног оквира", предвиђена је "директна примена међународних инструмената"... који "имају премоћ у случају неслагања, над свим законским одредбама и осталим актима јавних институција"⁴⁶ На листи мешународних конвенција, нведене су између осталих и "Универзална декларација о људским правима" и "Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода и протоколи исте,"⁴⁷ с тим да се сва "основна права и људске слободе загарантована овим уставом тумаче у сагласности са судским одлукама Европског суда за људска права".⁴⁸ Такође, поменути документом предвиђено је и "право на правично и непристрасно суђење", на начин што се "сваком гарантује једнака заштита права пред судом и осталим државним органима."⁴⁹ На крају у одредбама релевантним за случајеве који су предмет ове анализе, наводимо да је "Уставом Косова" предвиђено да власт "...промовише и олакшава безбедан и достојанствен повратак избеглица и интерно расељених лица и помаже истима да поврате своју имовину и личне ствари."⁵⁰

⁴² Према тексту "Декларације о независности Косова", објављеном на: https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/Dek_Pav_s.pdf, 20. 04. 2019.

⁴³ Текст доступан на: https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/Ustav_Republike_Kosovo_sa_amandmanima_I-XXV.pdf, 20. 04. 2019.

⁴⁴ Чл. 46. ст. 1. "Устава Косова".

⁴⁵ Чл. 46. ст. 3. "Устава Косова".

⁴⁶ Чл. 22. "Устава Косова".

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Чл. 53. "Устава Косова".

⁴⁹ Чл. 31. ст. 1. "Устава Косова".

⁵⁰ Чл. 156. "Устава Косова".

3. ОПИС ЧИЊЕНИЦА

Решењем "Управе за инспекцијске послове општине Ђаковица" од 22. 9. 2014. године, наложено је Станку Стефићу да "сруши стабени објекат" у његовој својини, "због тога што је овај објекат делимично срушен и деградиран и као такав угрожава животе грађана и друге објекте у близини овог стамбеног објекта". Рок за извршење наложене обавезе је "15 дана од упознавања власника..., а у супротном Управа за инспекцијске послове општине Ђаковица срушиће овај објекат а трошкове фактурисати власнику објекта." Наведено је да "жалба против овог решења не обуставља поступак рушења објекта, с обзиром да се поступак квалифицира у категорију ургентне интервенције."⁵¹ У образложењу "решења", наведено је, између осталог, да су "општински органи примили жалбе од становника улице "Краљице Теуте" (до 10. јуна 1999. године улица је носила назив "Српска улица", прим. Д. Ч.), због угрожавања њихових живота и својине од деградирања и демолисања станбеног објекта Милорада Стефића...а који је почео да се руши због тога што је остао без надзора власника објекта или овлашћеног лица....Како је овај објекат остао без надзора, исти се посећује од разних неодговорних грађана, а унутар овог објекта су депонирани разни отпадни материјали који су јако опасни за људе и средину, а ово стање је констатовано записником бр. 14-355-302 од 17. 09. 2014."

Не постоје докази да је поменуто решење достављено власнику предметног стамбеног објекта, Милораду Стефићу, који је лице прогнано са Косова и Метохије и који као подстанар живи у Крагујевцу. Напротив, према изјави ондашње "председнице општина Ђаковица", Мимозе Кусари Љиља, "власници нису обавештени о уклањању објеката, већ је о томе био обавештен само УНМИК"⁵² Према њеним речима "решење је било истакнуто на сајту општине"⁵³, но претрагом поменутог сајта нисмо наишли на електронску верзију предметног "решења". На питање, дали ће општина надокнадити штету власницима, она је одговорила да су "они заправо учинили услугу Србима тиме што ће уклонити ове објекте."⁵⁴

⁵¹ "Решење Управе за инспекцијске послове општине Ђаковица, бр. 14/09-355 35078, од 22. 9. 2014. год," (непубликовано).

⁵² <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/506932/Kusari-Rusenje-srpskih-kuca-nije-politicko-pitanje>, 20. 4. 2019.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

Предметни објекат је упркос томе, срушен октобра 2014. године а породица Стефић је о чињеници рушења сазнала из медија.⁵⁵

"Обавештењем Управе за инспекцију општине Вучитрн, 13 бр. 146 од 25. 9. 2014.", обавештавају се Сталетовић Татијана, Петровић Доста, Сталетовић Љиљана, Ћивковић Радмила, Мурганић Гордана и Попадић Дарко, сви из Вучитрна сада у статусу лица прогнаних са Косова и Метохије, да је на основу извештаја од "12. 07. 2014. год. бр. реф. 08/140/14 ...професионалне комисије... директор управе за инспекцију упознат са ризиком који се појављује у старим зградама које се налазе на катастарској јединици П-70202016-01045... Објекат у питању, према извештају, представља загађење животне средине и физичку опасност за пешаке, тако да знате да сте дужни да у року од 7 дана од дана пријема обавештења срушити зграду као и очистити парцелу, иначе Управа за инспекцију дужна је да предузме мере за срушење и уклањање објекатана основу извештаја о процени опасности објеката, који је припремљен од стручне комисије.⁵⁶ Обавештење исте садржине донето је од истог субјекта под бројем "13 бр. 145 од 25. 9. 2014.", које се односи на непокретност, на "катастарској јединици П-70202016-01047-0, у својини Мурганић Драгише из Вучитрна, сада са статусом лпрогнаног лица.

Поменута "обавештења" нису достављена лицима на чија се својинска права односе а предметни објекти су срушени од стране доносиоца "обавештења".

Аутор нема сазанања о размерама и учесталости оваквог или сличног поступања локалних албанских власти, не само у Вучитрну и Ђаковици, већ и у другим градовима на Косову и Метохији, који су највећим делом након 10. јуна 1999. године етнички готово у потпуности очишћени од Срба и чије су непокретности принудно остале без надзора и бриге власника. Има индиција које указују да случајеви који су овом приликом презентовани, нису једини.⁵⁷

⁵⁵ Изјава Зоре Стефић, власнице једне од укупно 5 срушених кућа породице Стефић на предметној катастарској парцели: <file:///E:/NIS%202018/RUSENJE%20ZGRADE/KUCE%20STEFICA%20U%20DJAKOVICI.htm>, 20. 4. 2019.

⁵⁶"Обавештење Управе за инспекцију општине Вучитрн, 13 бр. 146 од 25. 9. 2014.", (непубликовано).

⁵⁷ Удружење расељених Срба из Ђаковице саопштило је да општинске власти у том граду планирају рушење још једне српске куће, власништво породице Аврамовић, чији су чланови избегли '99. године. Општинско руководство Ђаковице је преко невладиних организација тражило сагласност од породице Аврамовић да се кућа сруши, јер наводно угрожава околину у Српској улици у Ђаковици. "У Српској улици у Ђаковици се смишљено и организовано наставља рушење српских кућа", оцењују из Удружења и подсећају да су локалне власти у том граду једнострано

4. АНАЛИЗА СЛУЧАЈЕВА

Поред чињенице да је право својине најпотпуније право у погледу обима и "пуноће" правне власти поводом ствари⁵⁸, оно се извршава у конкретним социјалним односима, детерминисаним конкретним поретком, који власникову правну власт, с једне стране јамчи, а с друге стране ограничава, приватним и јавним интересима.⁵⁹ Слобода власникова повезана је с његовим обавезама према другим субјектима и друштву као целини.⁶⁰ Непокретности које су у целини или чији су делови склони паду, ван сваке сумње су извор опасности, како за живот и здравље људи, тако и по суседне непокретности и инсталације. С ога се, према редовном току ствари, од власника очекује, да у оквиру обавезе управљања (одржавања), правовремено предузима одговарајуће мере у циљу отклањања тих опасности, односно предузимање мера санације и поправки насталих оштећења на грађевини. Уколико власник то не учини добровољно и правовремено, власник суседне непокретности (којој прети опасност од оштећења), може захтевати од власника зграде или какве друге непокретности, предузимање мера за спречавање и отклањање настанка штете. Још су у римском праву, упркос појмовном схватању својине као потпуне и искључиве власти на стварима, постојала ограничења права својине у интересу суседа и у јавном интересу. Тако, у римском праву је кроз институт *Cautio damni infecti*, власник непокретности, коме је због недостатка грађевина подигнута на суседном земљишту, претила опасност од штете, могао, под одређеним условима, да тражи од власника тог земљишта односно грађевине, обећање стипулацијом да ће му надокнадити штету која би могла настати.⁶¹ Модерни европски правни системи уређују питање ограничење права својине у погледу права власника суседне непокретности да захтева одговарајућу чинидбу од власника непокретности склоне паду или урушавању њених делова. Тако Немачки грађански законик опасност од рушења зграда уређује као законско ограничење права својине, тако што је прописано да власник може, ако прети опасност настанка штете

порушиле куће Стефића, Стојановића, Томића и Миловановића... <http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/124/drustvo/2731810/u-djakovici-spremaju-rusenje-jos-jedne-srpske-kuce.html>, 20. 4. 2019.

⁵⁸ Својство својине као "краљице свих стварних права", лапидарно је изразио В. Богишић у чл. 1015. Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору: "Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што казати можеш."

⁵⁹ N. Gavella et al, *Stvarno Pravo, svezak I*, Narodne novine, Zagreb, 2007, 378.

⁶⁰ *Ibid.*.

⁶¹ М. Хорват, *Римско право*, Школска Књига, Загреб, 1967, 119.

рушењем зграде или другог дела који је спојен са суседним земљиштем, или одвајањем делова зграде, захтевати од онога ко би био одговоран за насталу штету, предузимање потребних мера ради отклањања опасности.⁶² Сличну одребу садржи и Аустријски грађански законик, према којој додуше, не постоји могућност превентивног већ *post festum* захтева, суседа који је претрпео штету рушењем делова зграде, да од држаоца те зграде захтева накнаду штете, уколико је штета настала услед некавалитетног начина градње или неодржавања зграде.⁶³ Сличну одредбу Немачком грађанском законуку, садржи Закон о власништву и другим стварним правима Хрватске,⁶⁴ у коме је прописано да власник суседне непокретности, у случају постојања "озбиљне опасности", од урушавања непокретности, због чега прети опасност суседној непокретности, може захтевати од власника суседне непокретности предузимање потребних мера за спречавање накнаде штете, као и захтевати довољно осигурање накнаде будуће штете.⁶⁵ "Закон о власништву и другим стварним правима" донет од стране сепаратистичких власти на Косову и Метохији,⁶⁶ у погледу опасности од рушења зграде, садржи одредбу која гласи: "Ако постоји озбиљна опасност од рушења зграде или једног њеног дела, што би могло угрозити суседне или околне непокретности, њен власник може тражити од власника са чије непокретности или зграде та опасност потиче да предузме све неопходне мере да се избегне та опасност, те да предузме све неопходне мере безбедности."⁶⁷

У предходном делу текста, разматрано је питање опасности од рушења зграде, у светлости грађанскоправних норми које ограничавају право својине у појединачном интересу. Као што се из садржине изложених конкретних случајева може закључити, задирање у право својине (укључујући и њен престанак на предметним објектима), није последица захтева (тужби) власника суседних непокретности, на основу одредаба грађанског права које регулишу суседска права, већ је реч о активности јавних власти, на основу одредаба "управног права". Но, и у том случају, важе критеријуми у погледу услова који морају бити испуњени како би мешање јавних власти у право на мирно уживање имовине, било допуштено, с обзиром да су се, као што смо навели, *de*

⁶² В. пар. 908 Немачког грађанског законика (BGB).

⁶³ Вид. пар. 1319. Аустријског грађанског законика (ABGB).

⁶⁴ Закон о власништву и другим стварним правима (у даљем тексту: ZVDSP), "Narodne novine", br. 56/90, 135/97, 8/98. – преčišćen tekst, 113/00,124/00 – преčišćen tekst, 28/01, 41/01- преčišćen tekst, 55/01 ispr.

⁶⁵ Вид. чл. 111. ZVDSP.

⁶⁶ "Службени лист тзв. Републике Косова, 57/2009".

⁶⁷ Вид. чл. 89. "Закона о власништву и другим стварним правима".

facto власти косовско-метохијских Албанаца на Косову и Метохији, једнострано обавезале, да поштују међународне стандарде људских права садржаних у Европској конвенцији о људским правима и основним слободам, укључијући и протоколе уз њу, као и праксу Европског суда за људска права. Иначе, у пракси Европског суда за људска права, успостављена су три главна услова за мешање јавних власти у право на имовину: законитост, легитимни циљ и правична равнотежа.⁶⁸

"Правни основ" за доношење "решења Управе за инспекцијске послове општине Ђаковица, бр. 14/09-355 35078, од 22. 9. 2014. год." је пронађен у "чл. 17. тачка Г. и С. Закона о локалној самоуправи",⁶⁹ при чему се цитиране "норме" односе на "надлежност општине" у погледу "ванредног стања на локалном нивоу" и "свих других питања која изричито нису ван надлежности општина и сва она питања која нису у искључивој надлежности других власти"⁷⁰, док за цитирана "обавештења" у случајевима рушења непокретности у Вучитрну, нису наведени никакви "правни основи" !?! Очигледно је да у поступању локалних de facto власти у Ђаковици и Вучитрну, није било чак ни формалног "правног основа", односно да услов законитости није испуњен, односно да "јавни интерес" није унапред законом одрешен као јавни. Поред тога, очигледно је да у "управном поступку" нису поштовали елементарно право странака да учествују у том "поступку", односно да им је то право ускраћено пропуштањем достављања и одсуством разумног напора да изврши достављање. С обзиром да "локални органи" у поступку у свим наведеним случајевима нису омогућили власницима о чијим непокретностима је реч да расправљају у контрадикторном поступку о свим чињеничним и правним наводима, то је јасно да је оваквим поступањем поврешено право на правично суђење.⁷¹

Када је реч о поштовању начела сразмерности, поставља се основано питање да ли су "локалне власти општине Ђаковице и општине Вучитрн", поштовали то начело приликом задирња у право својине, укључујући и престанак права својине уклањањем (рушењем) предметних објеката, односно, да ли је поштовано начело сразмерности у проналажењу праведне равнотеже између јавног интереса - отклањања опасности по здравље и имовину грађана од урушавања непокретности и појединачног права заштићеног Конвенцијом, односно, права на мирно

⁶⁸ Б. Тубић, (2017), 1673.

⁶⁹ "Закон о локалној самоуправи", "Службени лист тзв. Републике Косова, бр. 28/2008".

⁷⁰ Вид. ч. 17. тач. Г. и С. "Закона о локалној самоуправи".

⁷¹ А. Јакшић, Европска конвенција о људским правима, коментар, Правни факултет Универзитета у Београду, 2006, 203.

уживање имовине⁷² и дали се јавни интерес могао остварити другим, мање инванзивним задирањем у то право, односно, да ли је примена конкретне мере (рушење објеката), била неопходна за постизање "јавног" интереса и да ли се тај циљ могао постићи применом мање рестриктивне мере?⁷³ Тако, према пракси Европског суда за људска права, неће постојати пропорционалност када вагање приватног и јавног интереса није спроведено на разуман начин,⁷⁴ или када је на појединца пао сувише велики терет у односу на јавни циљ који се захватом у право својине жели постићи.⁷⁵ Сви случајеви које смо анализирали, окончани су престанком права својине на стамбеним објектима и то без икакве накнаде власницима, шта више, на њихов терет и чини се да та чињеница сама по себи *prima facie*, указује да начело сразмерности није поштовано.

Поменути критеријуми би се посебно имали поштовати, с обзиром да је реч о посебно осетљивој категорији становништва – лицима прогнаним са Косова и Метохије, којој је из разлога одсуства безбедности и опште владавине права, отежан приступ правима, укључујући и право на мирно уживање имовине. У том смислу, *mutatis mutandis*, би се могла применити пракса Европског суда за људска права, у погледу позитивних мера заштите јавних власти, слично оним у предмету Онерилдиз против Турске, у којој је Турска била обавезана да предузме практичне кораке како би избегла уништење имовине, као резултат небезбедних услова на депонији.⁷⁶

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У анализираним случајевима уклањања стамбених објеката (кућа) у власништву лица прогнаних са Косова и Метохије у Ђаковици и Вучитрну, формално образложеним опасношћу од урушавања породичних стамбених зграда, установили смо да не постоји чак ни формални (квази)правни основ нити материјалне и процедуралне претпоставке за такво поступање самопроглашених власти. Иако су се добровољно једнострано обавезале својим "општим правним актима", *de facto* власти на Косову и Метохији нису испуниле ни један од критеријума за примену чл1 уз протокл 1. Европске конвенције о људским правима,

⁷² Више о начелу сразмерности, вид. С. Багић, *Начело размјерности у пракси европских судова и хрватског Уставног суда (с посебним освртом на власништво)*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб 2016.

⁷³ Д. Комненић, *Право на мирно уживање имовине и Европски суд за људска права*, Службени гласник, 2018, 80.

⁷⁴ *James v. United Kingdom*, пресуда од 21. 02. 1986.

⁷⁵ *Lallement v. France*, пресуда од 11. 04. 2002.

⁷⁶ *Oneriyildiz v. Turkey*, представка бр. 48939/99, пресуда од 30. 11. 2004.

који су успостављени праксом Европског суда за људска права. Тиме су деловањем локалних власти у анализираним случајевима нарушена елементарна права власника – лица прогнаних са Косова и Метохије, почев од права на приступ правди, преко права на правично суђење, до права на мирно уживање имовине.

Имајући у виду да статус прогнаних лица са Косова и Метохије, још увек има више од 220000 лица, као и одсуство владавине права и правне сигурности на овој територији, постоји реална опасност од масовног практиковања овог вида арбитрарног, несразмерног ограничења и задирања у суштину права својине лица која припадају овој посебно рањивој групи. С тога је неопходно на овако неприхватљиву праксу и "институционално" насиље, указати међународним телима задуженим за бригу о људским правима на Косову и Метохији – УНМИК-у, Европској мисији владавине права на Косову и Метохији (ЕУЛЕКС-у), Савету Европе, као и Високом комесаријату ОУН за људска права. Поред тога, неопходно је систематски документовати сваки вид повреде људских права, како би се, након васпостављања власти Републике Србије на Косову и Метохији, уз пажљиво одмеравање интереса правне сигурности и владавине права, у мери у којој је то могуће, санирале последице повреда људских права, у конкретном случају права на мирно уживање имовине.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Литература

Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, *Guide to Latin in international Law*, Oxford University Press, 2009;

Багић Сњежана, *Начело размјерности у пракси еуропских судова и хрватског Уставног суда (с посебним освртом на власништво)*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб 2016;

Gavella Nikola et alt, *Stvarno Pravo*, svezak I, Narodne novine, Zagreb, 2007;

Гајин Саша, Члан 1. I Протокола уз Европску конвенцију о људским правима – стандарди заштите имовинских интереса, *Промене стварног права у Србији*, ур. В. В. Водинелић, Београд, 2004;

Густав Радбрух, *Филозофија права*, прев. Д. Гутеша, Београд, 1980;

Јакшић Александар, *Европска конвенција о људским правима, коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2006;

Комненић Душанка, *Право на мирно уживање имовине и Европски суд за људска права*, Службени гласник, 2018;

John Locke, *Two Treatises on Government* (169), www.lonang.com/exlibris/locke, 30. 04. 2019;

Лазих Мирослав, Развој института својине у праву Србије, *Српско право некад и сад*, ур. М. Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2007;

Лазих Мирослав, Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 76/2017; Manfred Wolf, *Sachenrecht*, München, 1997;

Медић Душко, Заштита права својине, *Правна ријеч, Бања Лука*, 28/2011

Monica Carss-Frisk, *The right to property, a guide to the implementation of Article 1.of Protocol No. 1. to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2001;

Николић Душан, *Основни извори стварног права*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2007;

Перић Живојин, предговор у: Недељковић Бранислав, *Историја баштинске својине*, Београд, 1931;

Поповић Драгољуб, Реституција у европском праву људских права, *Положај и перспектива уставног судства*, ур. Драгиша Слијепчевић, Уставни суд Републике Србије, Београд, 2014;

Поповић Драгољуб, *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд, 2016;

Рашовић Зоран, *Стварно Право*, Правни факултет, Подгорица, 2010;

Станковић Обрен, Водинелић В. Владимир, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1995;

Стојановић Драгољуб, Право својине у Европској економској заједници, *Правни живот*, 11-12/91;

Тубић Бојан, Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017;

Ulrich Hösch, *Eigentum und Freiheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000;

Хорват Маријан, *Римско право*, Школска Књига, Загреб, 1967

Челић Душко, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет ?, *Уставне промен у нас*, ур. Зоран Исаиловић, Правни факултет у Приштини, Косовска Митровица, 2004;

Челић Душко, *Заштита стварних права на непокретностима у својини лица прогнаних са Косова и Метохије*, докторска дисертација, Косовска Митровица, 2016, <http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/6589?show=full>.

Извори

Војнотехнички споразум између Међународних снага безбедности (КФОР) и влада Савезне републике Југославије и Републике Србије, Документи о Косову и Метохији, Document of Kosovo and Metohia, Liber press, Београд, 2002;

Жртве албанског тероризма на Косову и Метохији, Убијена или отета лица од стране албанских терориста и нестала лица (јануар 1998 – новембар 2001.), прир. Илија Симић, Савезни комитет за прикупљење података о почињеним злочинима против човечности и међународног права, Београд, 2001;

Устав Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 98/2006;

Закон о својинско-правним односима Црне Горе, "Сл. лист Црне Горе, 19/2009;

Аустријски грађански законик (ABGB);

Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору (1888);

Немачки грађански законик (BGB);

Закон о власништву и другим стварним правима, "Narodne novine", br. 56/90, 135/97, 8/98. – преčišćen tekst, 113/00,124/00 – преčišćen tekst, 28/01, 41/01- преčišćen tekst, 55/01 ispr;

Резолуција Савета безбедности Организације уједињених нација бр. 1244, S/RES/1244 (1999);

"Декларација о независности Косова", [https://www.kuvendikosoves.org/ common/docs /Dek_Pav_s.pdf](https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/Dek_Pav_s.pdf) , 20. 04. 2019;

"Устав Косова", https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/Ustav_Republike_Kosovo_sa_amandmanima_I-XXV.pdf, 20. 04. 2019;

"Закон о власништву и другим стварним правима", "Службени лист тзв. Републике Косова, 57/2009";

"Закон о локалној самоуправи", "Службени лист тзв. Републике Косова, бр. 28/2008";

<http://www.blic.rs/Vesti/Politika/506932/Kusari-Rusenje-srpskih-kuca-nije-politicko-pitanje>, 20. 4. 2019;

<file:///E:/NIS%202018/RUSENJE%20ZGRADE/KUCE%20STEFICA%20U%20DJAKOVICI.htm>, 20. 4. 2019;

<http://www.rts.rs/page/stories/ci/ story/ 124 / drustvo/ 2731810/u-djakovici-spremaju-rusenje-jos-jedne-srpske-kuce.html>, 20. 4. 2019;

"Обавештење Управе за инспекцију општине Вучитрн, 13 бр. 146 од 25. 9. 2014.", (непубликовано);

"Обавештење Управе за инспекцију општине Вучитрн, 13 бр. 145 од 25. 9. 2014.", (непубликовано);

"Решење Управе за инспекцијске послове општине Ђаковица, бр. 14/09-355 35078, од 22. 9. 2014. год.", (непубликовано);

"УНМИК/УРЕД/1999/1";

"УНМИК/УРЕД/2001/9";

Стање и потребе интерно расељених лица, Комесаријат за избеглице и миграције Републике Србије, Београд, 2018, 41, [http://www.kirs.gov.rs/media/uploads/Dokumenti-i-publikacije/Izvestaj/Stanje i potrebe IRL 2018 SR.pdf](http://www.kirs.gov.rs/media/uploads/Dokumenti-i-publikacije/Izvestaj/Stanje_i_potrebe_IRL_2018_SR.pdf), 10. 4. 2019;

Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију, Министарство за Косово и Метохију, непубликовано, март 2009;

Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију, Влада Републике Србије, усвојена 8. 4. 2010, стр. 3. http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 30. 1. 2012;

[http://www.kirs.gov.rs/docs/komisijazanestalalica/ Komisija %20za%20nestala %20lica.pdf](http://www.kirs.gov.rs/docs/komisijazanestalalica/Komisija_%20za%20nestala%20lica.pdf), 31. 12. 2018;

James v. United Kingdom, пресуда од 21. 02. 1986;

Lallement v. France, пресуда од 11. 04. 2002;

Oneryildiz v. Turkey, представка бр. 48939/99, пресуда од 30. 11. 2004.

Duško ČELIĆ, Ph.D.

Assistant Professor, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

**ARBITRARY REMOVAL OF REAL ESTATES IN PROPERTY OF
FORCIBLY DISPLACED PERSONS FROM KOSOVO AND
METOHİJA - ANOTHER FORM OF INFRİGMENT TO PROPERTY
RIGHT**

Summary

The author analyzes specific cases of cessation of property rights by removal of real estate in the property of forcibly displaced persons from Kosovo and Metohija in the cities of Djakovica and Vučitrn. By analyzing the (quasi)legal framework in Kosovo and Metohija, the author found that there is not even a formal (quasi)legal basis, and if there are material and procedural conditions for such actions of self-proclaimed authorities. The actions of local authorities in these cities, formally explained by the dangers of collapse of housing, have undermined the fundamental rights of owners – forcibly displaced persons from Kosovo and Metohija, starting with the right to access to justice, through the right to a fair trial, to the right to peaceful enjoyment of property.

The mentioned practice is contrary not only to the principle of the rule of law, but also to the international legal standards for the protection of human rights of forcibly displaced persons. Since the self-proclaimed authorities in Kosovo and Metohija, (not only) for such actions, are irresponsible to any internationally binding legal mechanism, the author concludes that such a situation favors legal uncertainty.

Given that the status of forcibly displaced persons from Kosovo and Metohija still has more than 220000 persons, as well as the absence of the rule of law and legal security in this territory, the author points out the danger of massive practice of this type of arbitrary, disproportionate restriction and conflict of the essence of the law property belonging to this particularly vulnerable group.

Key words: *Kosovo and Metohija. – Forcibly displaced persons. - Removing of real estate. - The right to peaceful enjoyment of property. - Loss of property right. – (Ir)responsibility of the self-proclaimed authorities in Kosovo and Metohija for violating human rights.*

Др Ана ЧОВИЋ¹

Институт за упоредно право у Београду

ПОРОДИЦА НА РАСКРШЋУ – ИЗАЗОВИ И МОГУЋНОСТИ ДА СЕ НА ЊИХ ОДГОВОРИ

Апстракт: Иако стичемо утисак да су сви сегменти наших живота правно регулисани, у области људских права се многа од њих не реализују и остају само слово на папиру. Као најмлађи чланови друштвене заједнице деца не могу самостално да се старају о реализацији и заштити сопствених права. Ове обавезе су законом додељене њиховим најближим сродницима, који се често налазе у улози субјеката који крше права деце. Рад државних органа и служби надлежних за поступање у овој области, указује да је кадар у њима недовољно обучен, без довољно буџетских средстава неопходних за адекватно пружање заштите, када је она ускраћена у породичном окружењу. Дужина трајања поступака, а некад и прописана процедура, отежавају благовремено поступање, чиме се кршење права продужава, а заштита одлаже.

У раду се разматра значај планирања породице, као један од основних предуслова за њено функционисање и стварање окружења за здрав живот и развој свих њених чланова, са посебним освртом са узроке и последице породичног насиља, као све присутнијег социолошког феномена и изазова за правну струку. Живот у савременим условима суочио нас је и упознао са различитим опасностима које са собом носи интернет као прозор у виртуелни свет и потврдио да право има употребну вредност само уколико се прилагођава променама у физичком свету око нас, прати их и регулише на начин који ће свим учесницима обезбедити сигурнији живот и рад у њему. Понекад, као у случају избегавања давања издржавања, говоримо о економском виду насиља, које још увек није довољно препознато и санкционисано, с обзиром на непостојање довољно раширене свести о свим његовим последицама. Ако је породица основна ћелија друштва, дете је срж те ћелије и стога његово право на живот у породици - живот достојан малог човека, мора бити приоритет број један. Данас када је породица на раскршћу, изазови са којима се суочава се повећавају, као и наша обавеза да на њих одговоримо.

Кључне речи: породица, права деце, породично насиље, издржавање деце.

¹ Виши научни сарадник, tankosicana@yahoo.com

1. УВОД

Схватање детињства је током историје зависило од културе, традиције и друштвене структуре, а са развојем друштва и формирањем модерне државе јављају се први покушаји државе да се дете заштити. Права детета важе за дете у складу са узрастом, без било какве дискриминације – универзална су, припадају сваком детету као људском бићу, без обзира на пол, расу, национално и социјално порекло, имовину или други статус. Она су недељива, што значи да су од једнаког значаја, међусобно зависна, и неотуђива, јер се појединац не може одрећи нити лишити тих права. Деца су током историје често била злостављана и предмет експлоатације, а од средине прошлог века јавља се идеја о кодификовању њихових права. Са правима деце тесно је повезано планирање породице као свесна делатност индивидуе и парова у репродуктивном добу живота. Такође, с обзиром на значај насиља у породици, као све присутнијег феномена последњих година, неопходно је истаћи да оно у било ком облику има негативне последице на жртву, а њихов интензитет и далекосежност у случају када се у улози жртве налазе деца, немерљиве су с обзиром на њихов узраст. Када се говори о насиљу над децом, погрешно је изједначавати га искључиво са насиљем у породици, будући да се на тај начин занемарује комплексност саме појаве и различити облици путем којих се она може манифестовати, као што су злоупотреба деце путем интернета или ускраћивање издржавања које представља економски вид насиља.

2. ЗНАЧАЈ ПЛАНИРАЊА ПОРОДИЦЕ

Циљ планирања породице је планирање броја деце и временског распореда рађања или усвајања деце, које обухвата биолошке, здравствене, демографске, социолошке, економске и психолошке аспекте. Срећна породица је стуб друштва и темељ за очување психичког и физичког здравља сваког појединца. Реализација породице треба да буде резултат заједничке одлуке партнера, а не нешто што се догађа случајно и неочекивано. Стварање породице и њено планирање је право загарантовано уставном и законском регулативом, али и обавеза према генерацијама које тек долазе.² Када се говори о праву на слободно одлучивање о рађању у оквиру права на планирање породице, поставља се питање да ли се и на који начин оно супротставља праву фетуса на живот

² А. Човић, *Права детета – еволуција, реализација и заштита*, Београд: Институт за упоредно право, 2017, 11.

и у том смислу су значајне пресуде Европског суда за људска права у овој области.

Један од начина да се реализује планирана породица и најпожељнији облик заштите деце без родитељског старања је усвојење, којим се деци обезбеђује трајна заштита и одрастање у породичној средини. С тим у вези, постоји дилема да ли се право на планирање породице подједнако гарантује свима или су истополни парови дискриминисани законском регулативом, као и да ли је усвојење детета од стране истополног пара у складу са његовим најбољим интересом, што је стандард који се законом изричито прописује као услов за заснивање усвојења. Слобода рађања подразумева више одвојених људских права и слобода као што су право на брак и заснивање породице, право на планирање породице, право на репродуктивно здравље, право на једнакост и забрану дискриминације, право на информацију и образовање и право на приватност и породичан живот. Право на планирање породице није експлицитно гарантовано ниједним међународним документом. Основу за његову заштиту могу представљати члан 23 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (посебна заштита породице и детета), члан 12 Европске конвенције о људским правима (право на брак) и члан 16 УН Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена (обавеза држава да обезбеде једнакост мушкараца и жена и у области планирања породице). У Уставу Републике Србије³ члан 63. утврђује “право свакога да одлучује о рађању деце”, што је новина у односу на формулацију из члана 27. претходног устава који је утврђивао право човека да слободно одлучује о рађању деце.⁴ Члан 5. Породичног закона утврђује да жена слободно одлучује о рађању. Брак се у члану 62. устава дефинише као заједница живота мушкарца и жене. Устав из 1990. године није говорио о томе ко чини један брак, већ је само садржао одредбу да се „брак и односи у браку и породици уређују законом”. У Повељи о људским и мањинским правима и грађанским слободама из 2003. године, говори се о равноправности супружника, без навођења пола.⁵ На овај начин, чланом 62. устава је повређен принцип забране смањивања достигнутог нивоа људских права. Хомосексуалци не могу да остваре право на брак и заснивање породице, не могу да планирају породицу, да усвајају децу, иако Закон о забрани дискриминације из 2009.

³ Устав Републике Србије, ”Службени гласник РС”, бр. 98/2006.

⁴ Устав Републике Србије, ”Службени гласник РС”, бр. 1/1990.

⁵ Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, ”Службени лист СЦГ”, бр. 6/2003.

године забрањује дискриминацију засновану на полу, роду, сексуалној оријентацији и квалификује их као тешке облике дискриминације.⁶

Конвенција о људским правима у члану 2 утврђује да је право свакога на живот заштићено законом и да нико не сме бити намерно лишен живота, осим приликом извршења судске пресуде на смртну казну за кривична дела за која је та казна предвиђена законом.⁷ У ставу два истог члана се утврђује, да није у супротности са одредбама овог члана ни лишење живота проишло из употребе силе, која је била нужно потребна при одбрани било које особе од противправног насиља, при законитом хапшењу или спречавању бекства особе која је законито лишена слободе и ради сузбијања побуне или немира у складу са законом. У Конвенцији не пише када живот почиње и када се завршава, што је спорно у односу на законе који дозвољавају прекид трудноће или еутаназију. У државама чланицама Савета Европе нема опште сагласности о абортусу, па се и Европски суд за људска права уздржавао од доношења чврстих ставова по том питању. Закони о абортусу су различити у земљама Европске уније.⁸ Питање могућности абортуса у односу на право фетуса на живот остаје у границама процене државе у складу са њеним законодавством. Мишљења сам да абортус не треба схватити као редован метод планирања породице, већ као опцију којој се прибегава у ситуацијама када се трудноћа из неког оправданог разлога не може одржати, док је у осталим случајевима он последица непостојања свести о неопходности планског реализовања породице.⁹

3. НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ

Породични закон је поред опште дефиниције насиља у породици одредио приоритетне заштићене вредности: телесни интегритет, душевни интегритет и заштиту здравља. Закон је дефинисао карактеристичне облике насиља и то: наношење телесних повреда; покушај наношења телесних повреда; присиљавање на сексуални однос; навођење на сексуални однос лица које није навршило 14 година живота или немоћног

⁶ Закон о забрани дискриминације, "Службени гласник", бр. 22/2009.

⁷ Европска конвенција о људским правима, Савет Европе, 1950. (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/2003).

⁸ На Малти је намерни прекид трудноће законом забрањен, а у Ирској је дозвољен само уколико је неопходан да би се спасио живот мајке. У већини земаља ЕУ абортус се може обавити до 12. недеље трудноће, осим у Шведској у којој је намерни прекид трудноће дозвољен до 18. недеље трудноће. Шведска има најлибералнији закон о абортусу, јер је абортус могуће обавити и у 22. недељи трудноће уз посебну сагласност стручњака, а малолетницама није потребна писмена сагласност родитеља (Abortion Act of 1974, SFS 1974:595).

⁹ А. Čović, (2017a), 32.

лица; ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање; свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање.¹⁰

Циљ мера породичноправне заштите је да се жртва насиља у породици заштити од физичког и психичког малтретирања и угрожавања интегритета, здравља и личне безбедности, али и да се обезбеди спречавање поновног извршења насиља у породици и елиминишу узроци и околности који доводе до могућег понављања насиља. Законодавац је таксативно прописао врсте мера и то: издавање налога за иселење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; издавање налога за уселење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице; забрана даљег узнемиравања члана породице.¹¹ Мере породичноправне заштите од насиља у породици у погледу времена трајања одређује суд са максималним трајањем од годину дана и могу се продужавати неограничен број пута, све док не престану разлози за одређивање истих. Одређивање ових мера зависи од врсте и облика испољавања насиља, од околности под којима је насиље извршено, а од значаја је и субјективни однос насилника према извршеном насиљу. Суд посебно врши процену опасности од понављања насиља, што представља одлучујући фактор за одређивање врсте заштитних мера и одређивање више врста мера.

За све облике насиља у породици предвиђене нашим кривичним законодавством, одређено је гоњење по службеној дужности. Преузимајући гоњење, држава показује да насиље у породици третира као озбиљно, друштвено штетно понашање, а насилницима се шаље порука да се насиље у породици неће толерисати, као и да ће се јавним гоњењем жртве охрабрити да изађу из насилног односа. Кривично дело насиља у породици предвиђено је чланом 194 КЗ. За основни облик прописана је казна затвора од три месеца до три године.¹² Када се говори о насиљу над

¹⁰ Члан 197 Породичног закона (“Сл. гласник РС”, бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015).

¹¹ Члан 198 ПЗ

¹² Када је при извршењу дела коришћено оружје, опасно оруђе или средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши, учинилац се тоже казнити затвором од шест месеци до пет година. Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда или трајно и тешко нарушавање здравља члана породице или је дело извршено према малолетнику, учинилац ће се казнити затвором од две до десет година. Ако је услед дела из став 1. и 2. овог члана наступила смрт члана породице, учинилац ће се казнити затвором од три до петнаест година. Ко прекрши мере заштите од насиља у породици које му је суд одредио на основу закона, казниће се казном затвора од три месеца до три године и новчаном казном.

децом, најчешће се мисли на физичко и сексуално насиље, иако постоје појавни облици насиља чије последице не морају бити на први поглед уочљиве, али су подједнако озбиљне. За сваки од ових облика карактеристична је тежња успостављања моћи и одређене контроле над жртвом, најчешће злоупотребом дететовог поверења, и они су следећи:¹³

1. физичко насиље - када насилник користи део тела или неки предмет да повреди дете или контролише његово понашање, као нпр. затварање, чупање, гурање, уједање, дављење, спаљивање, претња и злостављање оружјем, убиство;

2. сексуално насиље – када се дете приморава да учествује у одређеној сексуалној активности, као нпр. присиљавање на сексуални однос, егзибиционизам, додиривање детета против његове воље, излагање детета сексуално преносивим инфекцијама, покушај контроле дететове сексуалности, сексуална експлоатација, присилна проституција, присилни абортуси и стерилизације;

3. емоционално насиље – када неко речима или делима чини да се дете осећа безвредно, нпр. непрестано критиковање, називање погрдним именима, понижавање детета у присуству других људи, забрана контаката са фамилијом и пријатељима, уништавање имовине, претње, застрашивање;

4. психичко насиље – када се употребом претње проузрокује страх детета у циљу успостављања контроле над њим, као нпр. претња насиљем, напуштањем, социјална изолација, вербална агресија;

5. духовно насиље – када неко користи дететова религијска и духовна уверења у циљу манипулације, доминације и контроле над њим, као нпр. присиљавање на верску и духовну праксу и обреде, исмејавање дететових религијских и културних уверења, покушај спречавања детета да их практикује;

Кривичне санкције које могу бити изречене за насиље у породици, поред предвиђене новчане и затворске казне јесу и изрицање условне осуде, а када је у питању само новчана казна, тада је могуће изрицање само судске опомене. Ако је суд констатовао неурачунљивост може бити изречена и мера безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи. Када је изречена затворска казна или условна осуда, суд може изрећи, и без предлога тужиоца, меру безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана. Кривични законик Републике Србије, члан 194 ("Сл. Гласник РС", 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

¹³ А. Човић, "Насиље над децом – појавни облици и мере заштите", *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције*, Београд: Криминалистичко – полицијска академија, 2014, 376 – 377.

6. културно насиље – када је дете оштећено као резултат праксе одобрене од стране његове културе, традиције или религије, као нпр. женско обрезивање, силовање деце, дечји бракови, злочини из части. У односу на овај проблем значајна је Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, која обавезује земље потписнице да домаћим законодавствима предвиде кривично гоњење за одређена кривична дела, попут гениталног сакаћења жена и девојчица, принудни брак, узнемиравање личности, принудни абортус и принудну стерилизацију.

7. вербално насиље – када неко речима, усмено или писмено, чини да се дете осећа повређено, као нпр. псовање, исказивање неповерења, изражавање негативних очекивања, подсећање на прошле грешке, претња насиљем према детету или осталим члановима породице;

8. финансијско или материјално насиље – када се контролишу финансијски и материјални ресурси детета, на начин који изазива негативне крајње ефекте, као нпр. уништавање имовине, ускраћивање финансијске подршке у циљу контроле и манипулације дететом, ускраћивање хране и здравствене заштите;

9. занемаривање – када лице које има обавезу да брине о детету, да му обезбеди негу и помоћ, то не чини, нпр. не обезбеђује му склониште, храну, лекове, одећу, пажњу у ситуацији када је дете повређено, болесно или уплашено.

Након насиља у породици, најзаступљеније је насиље у школама, а једно од окружења у коме постоји могућност да деца буду изложена насиљу су и системи социјалне заштите и правосуђе. Насиље у друштвеној заједници везано је за вршњачко насиље, полицијско насиље, насиље које изазивају банде, физичко и сексуално насиље, отмице и трговину људима, а у новије време и за масовне медије и информационе и комуникационе технологије.

Године 2013. усвојен је врло значајан Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.¹⁴ Овим законом се уређује вођење посебне евиденције лица осуђених за кривична дела против полне слободе извршених према малолетним лицима и прописују се посебне мере које се према овим учиниоцима спроводе (чл.1). Примењује се на учиниоце који су према малолетним лицима извршили следећа кривична дела: силовање (чл. 178. ст. 3. и 4. Кривичног законика); обљуба над немоћним лицем (чл. 179. ст 2. и 3. Кривичног законика); обљуба над дететом (чл.180.

¹⁴ Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, "Службени гласник РС", бр. 32/2013.

Кривичног законика); обљуба злоупотребом положаја (чл. 181. Кривичног законика); недозвољене полне радње (чл. 182. Кривичног законика); подвођење и омогућавање вршења полног односа (чл. 183. Кривичног законика); посредовање у вршењу проституције (чл. 184. ст. 2 Кривичног законика); приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185. Кривичног законика); навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама (чл. 185а Кривичног законика); искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б Кривичног законика). Закон се не примењује на малолетне учиниоце наведених кривичних дела. Учиниоцу кривичног дела из члана 3. овог закона суд не може да ублажи казну, ово лице се не може условно отпустити, а кривично гоњење и извршење казне не застаревају за наведена кривична дела која су извршена према малолетним лицима. Осудом за кривично дело из члана 3. овог закона обавезно наступају одређене правне последице и то: престанак вршења јавне функције; престанак радног односа односно позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима; забрана стицања јавних функција; забрана заснивања радног односа, односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима. Правне последице наступају даном правноснажности пресуде. Према учиниоцу кривичног дела из члана 3, након издржане казне затвора, спроводе се посебне мере у трајању најдуже 20 година након извршене казне затвора: обавезно јављање надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција; забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица (вртићи, школе, дечије манифестације); обавезно посећивање професионалних саветовалишта и установа; обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места; обавезно обавештавање о путовању у иностранство. О лицима осуђеним за наведена кривична дела води се посебна евиденција која садржи име и презиме одуђеног, ЈМБГ осуђеног, адресу пребивалишта, податке о запослењу осуђеног, све податке од значаја за физичко препознавање осуђеног и његове фотографије, ДНК профил осуђеног, податке о кривичном делу и казни на коју је осуђен, податке о правним последицама осуде и податке о спровођењу посебних мера прописаних овим законом.

Насиље над децом је, с обзиром на узраст жртава, вид насиља који захтева брзу и неодложну реакцију у циљу његовог потпуног елиминисања. Све док се то не деси и док оно постоји, макар и у најмањој мери, држава и њени органи, све релевантне организације и ми као грађани, јесмо саучесници и неми посматрачи, који нашој деци, уместо

хуманијег и сигурнијег света за живот, остављају само правну регулативу као празна слова на папиру.¹⁵

4. ОПАСНОСТИ КОЈИМА ЈЕ ИНТЕРНЕТ ОТВОРИО ВРАТА

Експлоатација деце путем информационих и комуникационих технологија подразумева насиље, искоришћавање, злоупотребу и/или показивање непристојног садржаја деци, регрутовање деце за илегалне активности и друге форме деликвентног понашања које угрожавају права детета. Груминг је процес у ком се деца наговарају или подстичу да учествују у интеракцијама сексуалног садржаја путем интернета или телефонских уређаја, при чему су често изложена нежељеним порнографским садржајима. Секстинг је слање узнемиравајућих садржаја (експлицитних текстова, слика, снимака) путем информационих и комуникационих технологија другој особи (најчешће путем СМС-а, ММС-а, електронске поште, Фејсбука или Мајспејса и других друштвених мрежа и чет-румова). Сајбер-булинг постоји када особа или група људи користи интернет, мобилни телефон, онлајн игрице, друштвене мреже или било који други облик информационих и комуникационих технологија да би претила, узнемирала или понижавала неког другог и друге врсте насилног понашања које угрожавају права детета.¹⁶

Пет је примарних начина коришћења интернета у извршењу ових кривичних дела: (а) завођење, (б) производња дечје порнографије, (в) организовање састанака и других комуникација, (г) награђивање жртве и (д) оглашавање или продаја жртве.¹⁷ Већина преступника (61%) користи интернет само на један од ових начина, 30% њих користи на два и 9% користи на три наведена начина.¹⁸

Информационе технологије представљају део формалног образовања у многим земљама.¹⁹ Правна регулатива у овој области се

¹⁵ А. Човић, (2017а), 51.

¹⁶ А. Човић, "Начини злоупотребе деце путем интернета", *Интернет и друштво*, Српско социолошко друштво, Филозофски факултет Универзитета у Нишу и Институт за упоредно право у Београду, 2014, 385.

¹⁷ Mitchell et al. "The Internet and Sexual Abuse", *Child Maltreatment* 10 (1), 2005, 54.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Компаративна истраживања о коришћењу интернета, у преко 27 европских земаља, показују да је у току 2005. године 70% деце узраста од 6-17 година користило интернет, док је тај број у току 2008. порастао на 75%. Деца узраста од 6-10 година чине 60% корисника интернета у овом случају. У Италији око 45% деце користи интернет, у Грчкој око 50%, а у Финској чак 94%. Око 39% деце, узраста од 9-10 година, приступа интернету у својим спаваћим собама. Тај проценат се повећава на 67% за узраст од 15-16 година старости. ЕУ Кидс Онлајн истраживање имало је за

постепено развијала, а данас је заштита деце од злоупотреба путем интернета постала императив у већини савремених законодавстава. Посебну пажњу заслужује анализа решења норвешког кривичног законодавства из 2007. године, чија је сврха заштита деце у ранијој фази експлоатације.²⁰

Одлучујућу улогу у процесу превенције морају имати наставници у школама и родитељи, као лица са којима дете проводи највећи део свог времена. Како би били способни да обаве овај важан задатак, условљен изазовима модерног доба, родитељи морају бити врло добро едуковани, што често није случај. Када говоримо о кривичним делима из ове области, не треба се ослањати искључиво на казнену политику, јер нагласак мора бити на превенцији, због специфичне природе ових кривичних дела и због чињенице да се њима штите деца као физички и психички најостеливија категорија становништва.²¹

циљ утврђивање онлајн ризика за децу. Давање личних података је утврђено као најчешћи ризик (за половину тинејџера на мрежи). Алтернативни уређаји се све више користе за одлазак на мрежу. Анкета Ливингстона и Хадона (2010) показала је да 21% деце, узраста од 9 до 16 година, приступа интернету путем мобилног телефона. Млади људи, такође, широко употребљавају интернет користећи интерактивне услуге као што су игре, социјално умрежавање преко интерфејса и инстант порука, које су постале врло доступне као апликације за мобилне телефоне. Julia Davidson et al, *Online Abuse: Literature Review and Policy Context*, 2001, 6.

²⁰ Члан 201а је нови одељак у норвешком Кривичном закону. Када одрасла особа комуницира са дететом и пристаје да се састане са намером извршења сексуалног дела, може бити осуђена за ово кривично дело. Починилац се мора појавити на састанку да би се дело сматрало извршеним. Намера да се састане није довољна, углавном зато што је њу тешко доказати ван сваке сумње. Дакле, правни израз је: "... да је стигао на место састанка или на место које се може сматрати местом састанка". Ово место је идентификовано као потенцијално место злочина. Важан критеријум је да постоји договор да се починилац и дете састану лично. Такав "споразум" треба схватити у широком смислу. Није нужно да постоји експлицитна сагласност за састанак. Довољно је да учинилац оправдано очекује да се он и дете упознају на одређеној локацији, у одређеном временском периоду. Такође, није од утицаја да се утврди ко је иницирао састанак. Међутим, контакт направљен са дететом није сам по себи злочин. Постоје добри разлози да одрасли и деца имају контакт користећи медије, као што је интернет. Одрасли и дете могу делити исто интересовање за спорт или игре, или размењивати искуства и играти игре на нету. А. Човић, (2017а), 62.

²¹ *Ibid.* 63, 64.

5. ПРАВО ДЕТЕТА НА ИЗДРЖАВАЊЕ

Издржавање је правни однос између две стране у коме једна страна - поверилац издржавања има право да захтева од друге стране - дужника издржавања одређено давање, које се састоји у обезбеђењу средстава за задовољење егзистенцијалних потреба. Породични закон разликује издржавање између супружника, ванбрачних партнера, мајке детета, издржавање између родитеља и детета, брата и сестре, адоптивних и тазбинских сродника. Издржавање се одређује према потребама повериоца и могућностима дужника издржавања, при чему се води рачуна о минималној суми издржавања. Ако се висина издржавања одређује у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања (зарада, накнада зараде, пензија, ауторски хонорар итд.), висина издржавања, по правилу, не може бити мања од 15% нити већа од 50% редовних месечних новчаних примања дужника издржавања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање. Ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ - дужник издржавања.²²

Када је реч о издржавању малолетног детета, родитељи су према члану 154 Породичног закона дужни да издржавању своје дете, и по цену жртвовања сопствених потреба и одрицања од властитиог егзистенцијалног минимума. Они имају законску обавезу да обезбеде издржавање за своје малолетно дете било из сопствене имовине или прихода, а околност што је родитељ незапослен, води се на евиденцији Националне службе за запошљавање или нема сопствену имовину, није оправдани разлог за његово ослобођење од обавезе издржавања малолетног детета. У периоду када супружници пролазе кроз поступак развода брака, деца често постају жртве емотивног насиља, а након окончаног поступка и жртве економског насиља у ситуацијама када им се ускраћује законом утврђено право на издржавање, пошто се дешава да други родитељ са којим дете не живи (најчешће отац), обавезу избегава тако што прикрива висину стварних прихода и имовину коју поседује.²³ Посебно су компликоване ситуације када се у иностранству налази родитељ који је дужник издржавања и који не извршава своју обавезу, а други самохрани родитељ је незапослен и без средстава за живот. Услед

²² Члан 162 Породичног закона

²³ А. Човић, "Штета услед нереализовања алиментационих захтева и правна регулатива у овој области", *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање*, Зрењанин: Удружење за одштетно право, Институт за упоредно право и Правосудна академија, 2017, 134.

недавања издржавања поверилац дете може да претрпи и одређену материјалну и/или нематеријалну штету, што може довести до покретања поступка за накнаду штете. У ситуацији када постоји правоснажна судска одлука о висини обавезе и начину и динамици испуњења коју дужник издржавања не поштује, повериоцу на располагању стоји могућност да покрене: поступак за принудно извршење, поступак обезбеђења потраживања, парнични поступак за накнаду штете или кривични поступак, будући да је недавање издржавања нашим кривичним законодавством прописано као кривично дело или за кривично дело *Кршење породичних обавеза*.²⁴

Конвенција УН о правима детета из 1989. године прописује обавезу држава потписница да предузму неопходне мере како би се обезбедило добијање средстава за издржавање од родитеља или других особа које су материјално одговорне за дете, у границама држава потписница, а ако дужник издржавања и дете не живе у истој држави, државе потписнице склапањем међународних споразума и на друге начине проналазе потребна решења.²⁵ У члану 3. се предвиђа начело најбољег интереса детета као једно од основних начела које се мора узети у обзир у свим активностима које се предузимају у вези са дететом, а у члану 18. се дефинише родитељска одговорност и прописује да родитељи сnose одговорност за развој и подизање детета.

Њујоршка конвенција о остваривању алиментацијских захтева у иностранству из 1956. године на снази је у Републици Србији.²⁶ Ако се поверилац и дужник налазе на територији различитих држава које су потписнице ове конвенције, поступак се поједностављује и убрзава именованом отпремничког и посредничког органа. Поверилац подноси захтев отпремничком органу своје државе који ће га затим проследити држави дужника преко посредничког органа. Ако се дужник издржавања налази на територији Републике Србије, поверилац треба да достави сва документа која су неопходна према прописима наше државе.

Хашку конвенцију о међународном остваривању издржавања за децу и осталих облика породичног издржавања из 2007. године ЕУ је ратификовала 9. априла 2014. године. У првом плану је заштита деце, а нагласак је стављен на њихово издржавање. У члану 48. и 49. прописано је да ће ова конвенција заменити Хашку конвенцију о признању и извршењу

²⁴ *Ibid.*, 143.

²⁵ Конвенција о правима детета, УН, 1989. ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 15/1990 и "Службени лист СРЈ", бр. 4/96, 2/97).

²⁶ Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству, Њујорк, 20.6.1956. ("Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 2/60).

у материји алиментацијских обавеза према деци из 1958. године и Хашку конвенцију о признању и извршењу одлука о издржавању из 1973. године, као и Нјујоршку конвенцију у оном делу у коме се поља њихових примена преклапају. У овој области од значаја је и Протокол о праву меродавном за обавезу издржавања, усвојен 23. новембра 2007. године. У њему се налазе колизионе норме које одређују меродавно право за обавезу издржавања која произилази из породичних односа, крвног сродства, брака или тазбинског сродства, као и издржавање детета рођеног у браку или ван њега (чл. 1. ст. 1.). Ове колизионе норме Протокола саставни су део и Регулative број 4/2009 о међународној надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања, којом је уређена област остваривања издржавања деце у прекограничним предметима унутар ЕУ.²⁷ На основу Регулative аутоматски се признају одлуке о издржавању које потичу из држава које су обавезане Протоколом, док у другим случајевима одлука мора бити проглашена извршном, а постоји и право жалбе. Протокол се примењује у нашој држави од 2013. године, чиме се регулише прекогранично издржавање деце између држава у којима је Протокол на снази, што је врло битно са аспекта обавезе да се домаће право усагласи са правом ЕУ, што произилази из Споразума о стабилизацији и придруживању. Његовом ратификацијом отворено је питање повезаности његових колизионих норми са нормама о надлежности Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ).

Нацрт Грађанског закона, предвиђа увођење алиментационих фондова. Из тих фондова би се детету родитеља који више не живе у брачној или ванбрачној заједници, исплаћивало издржавање које је суд одредио правноснажном и извршном одлуком, а коју родитељ - дужник издржавања, избегава да изврши. Фонд би преузео терет принудне наплате од родитеља дужника који би касније држави морао да врати исплаћени износ уз трошкове принудне наплате, у интересу детета. До усвајања овог предложеног законског решења мајке деце чији очеви не желе добровољно да плаћају алиментацију коју је одредио суд, могу да се обратe приватним извршитељима, који имају механизме да нађу најефикаснији начин за намирење потраживања - административном забраном на плати или пензији или продајом покретне или непокретне имовине дужника.²⁸

²⁷ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

²⁸ А. Човић, (2017b), 146.

6. ПРАВО ДЕТЕТА НА ЖИВОТ У ПОРОДИЦИ

Устав Републике Србије гарантује посебну заштиту деци без родитељског старања (чл. 66 Устава РС) и право детета да сазна порекло и очува свој идентитет (чл. 64 Устава РС). Законом је прокламовано право детета да зна ко су му родитељи и право да са навршених 15 година изврши увид у матичну књигу рођених и другу документацију која се тиче његовог порекла (чл. 59 ПЗС и чл. 41 Закона о матичним књигама), као и право детета да живи са родитељима. Ово право може бити ограничено само судском одлуком о потпуном или делимичном лишењу родитељског права, као и одлуком суда у случају насиља у породици (чл. 60 ПЗС).

Породични закон РС у чл. 95 ст. 2, предвидео је могућност да родитељи означе усвојиоце детета, што представља значајну новину у односу на Закон о браку и породичним односима који му је претходио и коју такву могућност није познавао. Иако родитељи бирају усвојиоце детету, усвојење се заснива решењем органа старатељства, на основу кога се врши нови упис у матичну књигу рођених. Тумачењем члана 318 ст. 1, који прописује да је орган старатељства који је изабрао будуће усвојитеље дужан да им упуту дете ради узајамног прилагођавања, произилази да у случају када родитељи изаберу усвојиоце, таква обавеза не постоји. У годинама након усвајања Породичног закона, уочене су одређене злоупотребе у вези са чланом 95 ст. 2, које доводе до недоследне примене закона, а односе се на ситуације када будући усвојитељи који имају утврђену општу подобност за усвојење и налазе се у Јединственом личном регистру усвојења, и друга заинтересована лица, трагају за родитељима и са њима постижу договор да их они означе као усвојиоце. Претходно, из штампе, породилишта или на други начин, ова лица долазе до информација да је дете напуштено или да родитељи неће вршити родитељско право, а договори се често закључују уз присуство адвоката као пуномоћника будућих усвојитеља, Због свега наведеног, 2007. године је интервенисало Министарство рада и социјалне политике, дајући мишљење о примени члана 95 ст. 2 и члана 317 ст. 3. Породичног закона (Мишљење о примени члана 95 ст. 2 и чл. 317 ст. 3 Породичног закона, бр. 110 – 00 – 00681/2007 – 14 од 17. јула 2007. године).²⁹

²⁹ Члан 317 ст. 3 се односи на процену споразума будућих усвојитеља и родитеља (старатеља) и прописује да се избор будућих усвојитеља не врши ако усвојитељи и родитељ, односно старатељ детета, споразумно изврше избор и ако орган старатељства процени да је такав споразум у најбољем интересу детета. Орган старатељства треба да процени да ли је родитељ, односно старатељ, означио усвојитеље које добро познаје и за које може навести прихватљиве аргументе да ће се добро старати о детету у његовом најбољем интересу. Орган старатељства цени да ли

Међудржавна усвојења изазивају бројне полемике. Њиховим заснивањем се доводи у питање и опстанак културног, етничког и верског идентитета детета. Истиче се постојање ризика злоупотребе деце под велом међународних усвојења и учесталост трговине децом ради усвојења у појединим државама, због чега је приметна тенденција затварања појединих држава према међународним усвојењима. Са друге стране, за децу за коју се не могу наћи усвојитељи међу домаћим држављанима, међудржавно усвојење, често, представља најбољу опцију за збрињавање. Кривични законик Републике Србије у члану 389. инкриминише дело *Трговине малолетним лицима* ради усвојења. То је посебан вид трговине малолетним лицима, углавном малом децом, која за новчану накнаду, директно или преко посредника, постају део друге породице.

Међудржавно усвојење као облик збрињавања, Конвенција о правима детета предвиђа само ако дете није могуће збринути путем неког другог облика заштите које предвиђа домаће законодавство. Конвенција у члану 20. утврђује обавезу држава да обезбеде поштовање дететовог етничког, верског, културног и језичког порекла. Такође, супсидијарност,

усвојитељи имају општу подобност за усвојење и посебну подобност у односу на конкретно дете што, у овом случају, подразумева и висок степен њихове етичности. Неетичним се сматра понашање свих лица која са позиције своје професије или радног места, стичу предност за усвојење конкретног детета, јер им је пре других, позната чињеница рођења детета или намера родитеља да дају сагласност за усвојење. Неетично се понашају и запослени у центрима за социјални рад који дају информације о деци и родитељима деце, са намером да, одређене особе ван стручне процедуре, стекну предност за усвајање детета. Уколико је споразум закључен у циљу избегавања законске процедуре усвојења, орган старатељства би имао обавезу да поднесе тужбу за заштиту права детета, односно за лишење родитељског права, а у складу са чл. 263. и 264. Породичног закона. У мишљењу се наводи да, како се у овом случају ради о “отвореном усвојењу које подразумева одржавање личних односа између детета и његових родитеља и изградњу његовог личног и породичног идентитета у складу са биолошким пореклом”, орган старатељства је дужан, сходно члану 313. ст. 3. Породичног закона, да препоручи родитељима и означеним усвојитељима да се укључе у психо-социјално саветовање, јер се одговорност њихове одлуке проверава и везано за могућност остваривања суштински „двојног родитељства”. По Породичном закону не постоји право на одржавање личних односа са родитељима након заснованог усвојења, из чега произилази да наведено мишљење није у складу са законом. Међутим, оно може представљати смерницу за будуће измене закона у овој области. Уколико би закон регулисао споразум о комуникацији након заснованог усвојења и права и обавезе страна у споразуму, постојала би могућност избора између отвореног и затвореног концепта усвојења и потпунија заштита дететовог права на (благовремено) сазнање порекла. А. Човић, Д. Човић, ”Избор концепта усвојења са аспекта заштите права детета на сазнање свог порекла”, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 4/2013, 647 - 648.

као један од основних принципа на којима почива Конвенција о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу, подразумева да су државе уговорнице у обавези да исцрпе све видове заштите у земљи порекла, а тек уколико они нису доступни, да приступе тражењу породичног смештаја у другој држави. Породични закон РС не прописује такву обавезу државе. Уношење такве одредбе у наше породично законодавство, било би неопходно и у складу са одредбама наведених конвенција. Пред надлежним органима је задатак да ово усвојење реализују у најбољем интересу детета и уз његову потпуну заштиту, јер позитивни ефекти овог облика заштите деце претежу над негативним само под претпоставком активног учешћа државе у сузбијању уочених злоупотреба.³⁰

За крај, не треба заборавити значај социјалне подршке у борби против различитих стресора којима је адоптивна породица изложена. Она олакшава усвојитељима усавршавање знања и вештина неопходних у вршењу њихове функције и омогућава им да кроз интеракцију са стручним лицима и другим усвојитељима, лакше преброде све проблеме са којима се могу суочити током одрастања детета. Неформални систем подршке, који поред родитељских група за подршку, подразумева и подршку пријатеља, родбине и комшија, подједнако је важан као и формални систем подршке коју би требали да пружају обучени професионални радници. Усвојитељи најчешће мисле да само дете са видљивим хендикепом има посебне потребе и да усвојење детета нижег календарског узраста, без видљивих дефеката, представља довољну гаранцију за успешан процес прилагођавања и квалитетне односе у будућности. Међутим, децу са посебним потребама, поред деце са видљивим физичким, менталним или емоционалним хендикепом, представљају и деца без видљивог хендикепа која захтевају веће ангажовање усвојитеља и стручну помоћ. Узроци тога могу бити различити, као занемаривање и изложеност физичком, психичком или сексуалном насиљу, штетни утицаји током трајања трудноће, чије последице не морају бити видљиве одмах и могу доћи до изражаја касније или старији календарски узраст у моменту заснивања усвојења.³¹ Данас преовлађују мишљења да ниједно дете није неподобно за усвојење и да је од фокусирања на његову прошлост, важније оријентисање на садашњост и будућност детета.

³⁰ А. Човић, (2017а), 110 - 111.

³¹ А. Човић, "Усвојење деце са посебним потребама и изазови у постадоптивном периоду", *Зборник за криминолошка и социолошка истраживања*, 2/2012, 213.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Анализом домаћих правних прописа и међународних извора права у области заштите права деце, може се закључити да је Република Србија предузела велики број неопходних корака у циљу хармонизације и усаглашавања домаћег законодавства са релевантним међународним конвенцијама и утврђеним стандардима од стране надлежних међународних тела. У нашој држави постоји задовољавајућа законска основа која, у погледу садржине, јемчи потпуну реализацију и заштиту дечијих права. Са друге стране, у ситуацијама када је заштиту потребно пружити у реалном животу, ефекти често изостају или се на њихову реализацију чека неоправдано дуго. Стиче се утисак да између институција и појединаца који поступају у овим предметима, не постоји довољна, потпуна и координисана сарадња, услед чега ни најбољи закон не може да се примени на одговарајући начин. Из тог разлога изостају и очекивани резултати који би требали да се реализују у пракси.

Чињеницу да се као друштво не можемо похвалити ефикасном применом правних прописа и благовременим извршењем судских одлука, потврђују и подаци Европског суда за људска права у Стразбуру који се односе на нашу државу.³² Такође, треба узети у обзир да је проценат

³² Од априла 2004. године када је Република Србија преузела на себе дужност поштовања обавеза из Европске конвенције о људским правима и основним слободама, у наредне четири године, Европски суд за људска права у шеснаест случајева донео је пресуде против наше државе. Највећи број пресуда односио се на кршење права на правично суђење због дужине трајања поступка и неизвршавања правоснажних пресуда домаћих судова. Две пресуде су донете због повреде права на слободу изражавања, а једна је била из области породичних односа (случај В.А.М. – приступ и одржавање контакта са дететом). Крајем 2011. године регистровано је 6750 представки пред Европским судом против Србије, што је чинило 4,5% од укупног броја представки пред Судом. Иако је према подацима из 2017. године Србија смањила број неизвршених пресуда Европског суда за људска права и више се не налази међу првих десет земаља са највећим бројем неизвршених пресуда, ситуација још увек није задовољавајућа. Само 2016. године, донета је 21 пресуда против наше земље: у 19 је утврђена повреда права гарантованих Европском конвенцијом, док је у две пресуде утврђено да их нема. У Државном правобранилаштву наводе и да су током 2016. године извршене исплате свих пресуда и одлука из 2014. и 2015. године, које нису биле исплаћене. За извршење неких пресуда је састављено и више акционих планова, као што је случај за предмет несталих беба. У предмету З.Ј. против Србије утврђено је да држава није пружила родитељима о преминулом новорођеном детету 1983. године. Суд је одложио разматрање свих сличних предмета против Србије до извршења те пресуде. Више о томе на [Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights /Serbia/ Case Zorica Jovanovic v. Serbia \(21794/08\)](#)

грађана који мисле да је у Србији присутан висок степен дискриминације висок и износи око 65%. Ово јасно показује да државне институције не уживају неопходно поверење и да је због тога тешко доћи до правог податка о броју људи који су се суочили са кршењем и непоштовањем својих законом загарантованих права и слобода. Услед одсуства поверења у рад институција, појединци их често заобилазе процењујући да је неизвесно да ли ће и када добити неопходну заштиту. Када говоримо о правима деце, ситуација је сложенија и због њиховог узраста и немогућности да самостално предузимају кораке у циљу заштите својих права. Из тог разлога, од кључног значаја је информисање, континуирана едукација и сарадња родитеља, запослених у предшколским и школским установама и свих који на било који начин долазе у контакт са децом и учествују у раду са њима (запослени у полицији, судовима, тужилаштву, центрима за социјални рад, адвокати).

Не смемо заборавити да су деца срж породице као основне ћелије сваког друштва, чија се зрелост најбоље може оценити узимајући за параметар срећу најмлађих чланова који у њему живе.

ЛИТЕРАТУРА

1. Човић, А, ”Усвојење деце са посебним потребама и изазови у постадоптивном периоду”, *Зборник за криминолошка и социолошка истраживања*, 2/2012, 205-215.
2. Човић, А, Човић, Д, ”Избор концепта усвојења са аспекта заштите права детета на сазнање свог порекла”, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 4/2013, 635-652.
3. Човић, А, ”Начини злоупотребе деце путем интернета”, *Интернет и друштво*, Ниш, Српско социолошко друштво, Филозофски факултет Универзитета у Нишу и Институт за упоредно право, 2014, 379-393.
4. Човић, А, ”Насиље над децом – појавни облици и мере заштите”, *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције*, Београд: Криминалистичко – полицијска академија, 2014, 368-382.
5. Човић, А, *Права детета – еволуција, реализација и заштита*, Београд: Институт за упоредно право, 2017.
6. Човић, А, ”Штета услед нереализовања алиментационих захтева и правна регулатива у овој области”, *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање*, Зрењанин: Удружење за одштетно

- право, Институт за упоредно право и Правосудна академија, 2017, 133-147.
7. Davidson Julia at al., *Online Abuse: Literature Review and Policy Context*, 2001, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.473.1618&rep=rep1&type=pdf>, 01.05.2019.
 8. Mitchell et al., "The Internet and Sexual Abuse", *Child Maltreatment* 10 (1), 2005, 54.

ПРАВНИ ПРОПИСИ И СУДСКЕ ОДЛУКЕ

1. Abortion Act of 1974, SFS 1974:595
2. Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.
3. Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights /Serbia/ Case Zorica Jovanovic v. Serbia (21794/08) http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/jankovic_z_pr_21794-08_eng.pdf, 01.05.2019.
4. Европска конвенција о људским правима, Савет Европе, 1950, "Службени лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 9/2003.
5. Закон о забрани дискриминације, "Службени гласник", бр. 22/2009.
6. Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, "Службени гласник РС", бр. 32/2013.
7. Конвенција о правима детета, УН, 1989, "Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 15/1990 и "Службени лист СРЈ", бр. 4/96, 2/97.
8. Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству, Њујорк, 20.6.1956, "Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми", бр. 2/60.
9. Кривични законик Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.
10. Породични закон, "Службени гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.
11. Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, "Службени лист СЦГ", бр. 6/2003.
12. Устав Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 98/2006.
13. Устав Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 1/1990.

Ana COVIĆ, Ph.D

Senior Research Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade

FAMILY AT THE CROSSROAD - CHALLENGES AND POSSIBILITIES TO RESPOND ON THEM

Summary

Although we get the impression that all segments of our lives are legally regulated, in the field of human rights, many of them are not realized and remain only a letter on paper. As the youngest members of the social community, children can not independently take care of the realization and protection of their own rights. These obligations are legally assigned to their closest relatives, who are often in the role of offenders who violate the rights of children. The work of state bodies and services responsible for acting in this field indicates that they are under-trained in them, without sufficient budgetary resources necessary for adequate provision of protection, when it is denied in the family environment. The duration of the proceedings, and sometimes the prescribed procedure, makes it difficult to act promptly, thus prolonging the violation of rights.

The paper discusses the importance of family planning as one of the basic prerequisites for its functioning and creating an environment for a healthy life and the development of all its members, with particular reference to the causes and consequences of domestic violence, as a more and more present sociological phenomenon and challenges for the legal profession. Life in contemporary conditions has confronted us and has introduced to us the various dangers that the Internet carries as a window into the virtual world and has confirmed that the law has use value only if it adapts to changes in the physical world around us, monitors them and regulates them in a way that will be for all participants provide a safer life and work in it. Sometimes, as in the case of avoiding giving alimony, we are talking about the economic form of violence, which is still not sufficiently recognized and sanctioned, given the lack of sufficiently widespread awareness of all its consequences. If the family is the basic cell of a society, the child is the core of that cell, and therefore his right to live in a family, a life worthy of a little man, must be number one priority. Today, when the family is at a crossroads, the challenges it faces are increasing, as is our obligation to respond to them.

Key words: family, children's rights, family violence, child support.

Тијана БАЋОВИЋ¹

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

УГОВОР О ПОКЛОНУ СА НАЛОГОМ ИЛИ ТЕРЕТОМ

Апстракт: Бесплатност, као једна од основних карактеристика уговора о поклону, састоји се у уступању поклонопримцу без накнаде извјесног имовинског добра. Због тога је неопходно да код сваког уговора о поклону постоји намјера даривања (*animus donandi*), односно да се давање не појављује као извршење неке правне дужности од стране лица које уступа одређено имовинско добро. Ипак, могу постојати извјесна одступања која не мијењају саму природу уговора о поклону, већ заснивају неке посебне врсте, модалитете, у погледу којих важе нешто измијењена правила. Предмет овог рада биће уговор о поклону са налогом или теретом. Одступање од општег уговора о поклону огледа се у уговарању одређене обавезе на страни поклонопримца, тако да у том случају до закључења уговора долази само ако се прихватање поклонопримца односи и на тај терет или налог. Овим радом указаћемо на специфичности овог модалитета уговора о поклону, и дати одговоре на многа питања која се у вези са њим постављају. У раду ћемо се служити нормативним, историјским и упоредним методом.

Кључне ријечи: *уговор, поклон, налог, терет...*

1. УВОД

НАЛОГ У УГОВОРУ О ПОКЛОНУ

Налог представља модификацију правног посла која се може уговорити само код добротних правних послова. Налог или терет је одредба којом се уговорној страни, која прима корист из правног посла, налаже да нешто учини или да се уздржи од чињења на које би иначе имала право, али тако да између корисника налога и оптерећеног лица не настаје облигационоправни однос.² Налог је врста дужности у сопственом интересу која постоји кад је испуњење неке дужности искључиво у интересу лица које дужност терети, тако да санкција која настаје због

¹ *tijana.bacovic@pravni.ues.rs.ba*

² Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 344.

неиспуњења дужности огледа се у томе што лицу које дужност терети престаје неко повољно правно стање.³

У уговору о поклону налог уствари представља одређено ограничење и дужност на страни поклонопримца. То је одредба додата обећању о даровању од стране дародавца са циљем да даропримац треба да се након извршеног даровања обавезе на неку чинидбу из поклоњене имовине.⁴ Овим уговором поклонодавац поклања одређену ствар или право поклонопримцу, али истовремено уговара и одређену престацију од чијег испуњења зависи правна судбина овог уговора. Одступање од општег уговора о поклону огледа се у уговарању одређене обавезе на страни поклонопримца, тако да у том случају до закључења уговора долази само ако се прихватање поклонопримца односи и на тај терет или налог. Налог се може односити на одређено понашање поклонопримца да нешто другоме да, да нешто учини или да се уздржи од чињења. Између вриједности предмета поклона и налога неопходно је да постоји несразмјерност. Потребно је дакле, да је вриједност поклоњене ствари или права, већа од вриједности онога што је налогом установљено за поклонопримца. Терет или налог не смију бити такве природе да представљају накнаду за учињени дар јер би се у том случају радило о теретном уговору.⁵

У разним животним ситуацијама често се јавља и уговор о поклону уз савјет или жељу поклонодавца, као и уговор о поклону уз одложни услов. Значајно је да се од терета или налога разликује савјет или жеља поклонодавца наведена у уговору. Налог обавезује поклонопримца и он се на његово извршење може присилити, док савјет односно жеља не обавезује, и поклонопримац се на њихово извршење не може принудити. Исто тако од налога или терета треба разликовати и одложни услов у уговору о поклону. Уговор са налогом одмах производи правно дејство и може се касније раскинути, док у ситуацији када се у уговору о поклону налази одложни услов, почетак његовог правног дејства зависи од испуњења тог услова, а на испуњење се поклонопримац не може присилити тужбом.⁶

Српски грађански законик није регулисао поклон са налогом, док Општи имовински законик садржи посебну одредбу о овом модалитету

³ О. Антић, „Налог у наследном праву“, *Правна ријеч, Часопис за правну теорију и праксу*, Бања Лука 36/2013, 43.

⁴ Д. Медић, *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука 2007, 93.

⁵ *Ibid.*, 94.

⁶ Вид: Б. Лоза, *Облигационо право II, Посебни дио*, Српско Сарајево 2000, 85; Д. Медић, 94; Д. Попов, *Грађанско право, Општи део*, Београд 2005, 245.

уговора о поклону. Општи имовински законик је предвиђао да „ако је дар таквим начином дан био да обдарени нешто учини или да се устегне нешто учинити, или да некеме нешто даде, онда, ако то не изврши даривалац или његови насљедници могу дар од обдареника или од његовијех насљедника натраг искати, по правилима неоправдана користовања туђим“.⁷ У Аустријском грађанском законуку налог је био регулисан одредбама о тестаменту, а имао је карактер раскидног услова. Ако је завјешталац оставио коме у заоставштину или легат под неким налогом, онда се овај налог сматра као раскидни услов, тако да неиспуњењем налога губи оно што је завјештано.⁸ У Скици за законик о облигацијама и уговорима регулисан је поклон са налогом, тако да су та правила преузета и у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.⁹ Закон о облигационим односима Републике Словеније не регулише ову врсту уговора о поклону, док Закон о облигационим односима Републике Црне Горе, Закон о облигационим односима Републике Македоније, као и Закон о облигационим односима Републике Хрватске поклањају му значајну пажњу.¹⁰

У праву Републике Српске, уговор о поклону није адекватно регулисан, па тако и кад је ријеч и о овом модалитету уговора о поклону не постоји изричита законска регулатива. Од посебних врста уговора о поклону, одредбе Нацрта Закона о облигационим односима Федерације Босне и Херцеговине/Републике Српске предвиђају само даровање уз терет или налог, прописујући да обећање о даровању може бити оптерећено неким теретом или налогом.¹¹ Пракса и недостатак правне

⁷ Општи имовински законик – ОИЗ, чл. 491.

⁸ Аустријски грађански законик – АГЗ, чл. 709.

⁹ М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима* (Скица),

Београд 1969, чл. 514; Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Преднацрт,

Грађански Законик Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, Београд 2009, чл. 666.

¹⁰ Закон о обвезним односима Републике Хрватске, *Народне новине*, 35/05, 41/08, 125/11, чл. 484;

Закон о облигационим односима Републике Црне Горе (ЗОО ЦГ), *Службени лист Републике Црне*

Горе, 47/2008, чл. 581; Закон за облигационите односе Републике Македоније (ЗОО Македоније),

Службени Весник на Република Македонија, 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, чл.

560.

¹¹ Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације Босне и Херцеговине (Нацрт

регулативе наметнули су потребу детаљније теоријске анализе овог правног института.

2. КОРИСНИЦИ НАЛОГА

Када је ријеч о овом модалитету уговора о поклону, може се поставити питање у чију корист налог у поклону може да буде уговорен? По овом питању не постоји јединствен став, тако да једни сматрају да налог може бити уговорен у корист поклонодавца или неког трећег лица¹², док други истичу да корисник налога може да буде и поклонопримац, односно да налог може бити уговорен и у његовом личном интересу.¹³ Налог може бити уговорен и у јавном интересу.

Уговором о поклону поклонодавац може наложити поклонопримцу да изврши одређену радњу у његову (поклонодавчеву) корист. Неопходно је да радња коју поклонопримац треба да изврши у корист поклонодавца не представља противпрестацију за учињени поклон. Вриједност налога мора бити нижа од вриједности учињеног поклона. У пракси садржину оваквог налога најчешће чини пружање његе и помоћи поклонодавцу у одређеним ситуацијама. Поклонодавац може захтијевати испуњење налога постављеног у уговору о поклону, само ако је извршио своју обавезу из уговора о поклону.¹⁴

Налог уговорен у корист трећег лица подразумијева дужност поклонопримца да предузме одређену радњу или да се уздржи од предузимања одређене радње у корист трећег лица. Поставља се питање да ли треће лице у чију корист је налог уговорен, има право да захтијева испуњење налога. Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС је прихватио рјешење да треће лице има ово право.

Према појединим законским рјешењима, уговором о поклону поклонодавац може наложити поклонопримцу да изврши одређену радњу и у своју (поклонопримчеву) корист. Налог може бити уговорен у корист поклонодавца, у корист поклонопримца, у корист трећег лица, као и у јавном интересу, али он у сваком случају представља ограничење и дужност на страни поклонопримца. „Уговорном одредбом у уговору о

ЗОО Ф БиХ/РС), са стањем на дан 16. 06. 2003, чл. 711.

¹² Преднацрт ГЗРС, чл. 666; ЗОО ЦГ, чл. 581.

¹³ ЗОО Хрватске, чл. 484; Заједнички извршни и законодавни органи БиХ сматрају да је потребно имати ЗОО на државном нивоу. Последњи Приједлог Закона о облигационим односима из 2009. године, који је требао да се донесе на нивоу Босне и Херцеговине, одбијен је у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине 2010. године, Приједлог ЗОО БиХ, чл. 633.

¹⁴ Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 711. ст. 3; Приједлог ЗОО БиХ, чл. 634. ст. 2.

поклону може се обвезати прималац поклона да у корист даваоца поклона, треће особе, у јавном, односно у личном интересу изврши одређену радњу односно да се од исте уздржи при чему је уговор о поклону закључен под увјетом да се прихватање примаоца поклона односи и на налог¹⁵.

Поклон са налогом у јавном интересу је уговор којим поклонодавац чини поклон поклонопримцу и истовремено му налаже да изврши одређену престацију која је у јавном интересу. Уколико је налог уговорен у јавном интересу, његово испуњење након смрти дародавца осим његових наследника, може захтијевати и надлежни орган.¹⁶

3. НЕМОГУЋ И НЕДОПУШТЕН НАЛОГ

Налог у поклону мора бити могућ, што значи да је у питању радња која се може извршити, као и допуштен, дакле да није противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.

Поставља се питање какве су последице ако терет или налог буду таквог карактера да их поклонопримац не може извршити. У том случају сматра се да одредба о налогу неће производити правно дејство и да уговор треба третирати као уговор о поклону без налога.¹⁷ Уколико након закључења уговора о поклону наступе такве околности које доводе до немогућности извршења налога, поклонопримац се неће ослободити обавезе ако је до немогућности извршења налога дошло његовом кривицом. Али, ако поклонопримац није крив сматра се да налог није ни настао. У обзир се узима само трајна немогућност, док привремена немогућност извршења налога не ослобађа поклонопримца обавезе испуњења.¹⁸ Уколико је последице закљученог уговора, извршење налога постало немогуће, а поклонопримац за то није крив он неће бити обавезан да врати оно што је примио.¹⁹ Преднацрт ГЗРС као и ЗОО ЦГ овај случај изричито не предвиђају.

Према схватању које преовладава у нашој правној доктрини, уговор о поклону у коме је уговорен недопуштен налог, сматра се као уговор о поклону у коме налог није ни уговорен.²⁰ Међутим, у правној теорији сусрећемо и став да у том случају уговор о поклону није ни настао.²¹

¹⁵ ЗОО Хрватске, чл. 484; Приједлог ЗОО, чл. 633.

¹⁶ Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 711. ст. 4; Преднацрт ГЗРС, чл. 666. ст. 4.

¹⁷ Вид: С. Перовић, *Облигационо право I*, Београд 1973, 423; Д. Медић, 94.

¹⁸ Д. Лазаревић, 143.

¹⁹ Приједлог ЗОО БиХ, чл. 634. ст. 3.

²⁰ Вид: С. Перовић, 423; Д. Медић, 94.

²¹ М. Вуковић, *Обвезно право, Књига II*, Загреб 1964, 256.

4. ПРАВО НА ЗАХТЈЕВ ЗА ИЗВРШЕЊЕ НАЛОГА

Поклонопримац је дужан да изврши налог на начин, вријеме и мјесто како је то предвиђено уговором о поклону. Уколико поклонопримац не изврши постављени налог, поставља се питање ко има право да захтијева од поклонопримца извршење налога?

Ово право припада поклонодавцу као уговорној страни. Уколико налог не буде извршен у уговореном року, и то на начин, вријеме и мјесто како је уговорено, поклонодавац је дужан да поклонопримцу остави накнадни примјерени рок за испуњење налога. Уколико налог ни у накнадно остављеном року не буде извршен, поклонодавац би имао право да захтијева раскид уговора. Према Нацрту ЗОО Ф БиХ/РС, даровање се може опозвати и ако даропримац након истека примјереног рока постављеног од стране овлаштеног на опозив, није испунио терет или налог, чије испуњење је овлаштени на опозив имао право захтијевати.²²

У теорији и пракси је спорно да ли треће лице у чијем интересу је уговорен налог има право да захтијева његово извршење. Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС је прихватио рјешење да треће лице има ово право. Ако терет или налог предвиђа чинидбу према неком трећем, осим дародавца и то треће лице стиче право да захтијева испуњење тог терета или налога. У том смислу се изјаснила и судска пракса. Код уговора о даровању с налогом, треће лице у чију се корист има извршити налог, може непосредно тражити од даропримца испуњење уговора.²³

Уколико је налог уговорен у јавном интересу, насљедници поклонодавца могу послије његове смрти захтијевати извршење налога. Такође, након смрти дародавца, испуњење налога може захтијевати и надлежни орган.²⁴

5. САНКЦИЈА ЗА НЕИЗВРШЕЊЕ НАЛОГА

Иако на први поглед изгледа да је налог установа без санкције, нека врста моралне, а не правне дужности, налог представља правну установу праћену санкцијом. По својој правној природи, поклон са налогом је уговор са раскидним условом. Неиспуњење налога има дејство остварења раскидног услова.²⁵ Једина „правна“ разлика између њих је у

²² Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 712. ст. 1.

²³ Врховни суд Хрватске, Рев. 118/84 од 25.04.1984. Извор: Д. Лазаревић, 321.

²⁴ Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 711. ст. 4; Преднацрт ГЗРС, чл. 666. ст. 4.

²⁵ О. Антић, „Налог у наследном праву“, *Правна ријеч, Часопис за правну теорију и праксу*, Бања Лука 2013, 44.

томе што у случају раскидног услова правна дејства поклона престају по самом праву *ipso iure*, док када је о налогу ријеч, поклон мора бити опозван.²⁶ У уговору о поклону са налогом поклонодавац постаје овлашћен да уговор опозове, уколико поклонопримац не испуни своју обавезу наложену налогом. Уговор о поклону са налогом постоји када се поклонопримац обавезе да изврши одређену чинидбу у корист поклонодавца или трећег лица. Неиспуњење те обавезе води раскиду уговора.²⁷

Поклонодавац може захтијевати испуњење налога само ако је извршио своју обавезу из уговора о поклону. Поклонопримац је дужан да испуни налог на начин, вријеме и мјесто како је то предвиђено уговором о поклону. Уколико то не учини, поклонодавац има право да захтијева од поклонопримца да испуни налог. Уколико поклонопримац не изврши одређену радњу, или не поштује право које је поклонодавац задржао за себе или неког другог, поклонодавац стиче право да опозове поклон. Постоји обавеза поклонодавца да поклонопримцу остави накнадни, примјерени рок за испуњење налога, па ако налог ни у накнадно постављеном року не буде испуњен, поклонодавац има право да захтијева раскид уговора.²⁸ У случају да поклонопримац не изврши преузету обавезу на вријеме и на начин како је то уговором предвиђено поклонодавац би имао право да уговор раскине једностраном изјавом воље, осим када је треће лице стекло право да захтијева извршење налога.²⁹ У правној науци постоји и мишљење по којем лице у чију је корист установљен налог може тражити судским путем његово извршење од поклонопримца, а у случају да поклонопримац не извршава обавезе из налога нема право да захтијева раскид уговора већ само накнаду одговарајуће вриједности.³⁰

Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС говори о опозиву поклона у случају да се налог не испуни. Право на опозив даровања је лично право и гаси се смрћу дародавца. Међутим, у случају неизвршења налога или терета учињеног у јавном интересу, право на опозив даровања прелази и на насљеднике дародавца, тако да и они могу опозвати уговор о поклону. Према Нацрту ЗОО Ф БиХ/РС, опозив даровања се врши писменом изјавом која треба да се преда даропримцу. Након тога, дародавац или његови насљедници могу захтијевати изручење дара према прописима о

²⁶ Вид: М. Ђурђевић, 204; Д. Попов, *Грађанско право, Општи део*, Београд 2005, 245.

²⁷ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 399/99 од 17.11.1999. Извор: Д. Лазаревић, 320.

²⁸ Приједлог ЗОО БиХ, чл. 634.

²⁹ С. Перовић, 422.

³⁰ Б. Благојевић, *Посебни део облигационог права – уговори, једностранни правни послови, грађанско-правни деликти*, Београд 1939, 65.

поврату стеченог без основа. Опозив је искључен ако је дародавац опростио даропримцу или ако је прошла година од тренутка у коме је овлаштеник за опозив сазнао за настанак претпоставки свога права.³¹ Према ОИЗ у случају поклона са налогом поклонодавац или његов насљедник има право да тражи повраћај поклона уколико поклонопримац није извршио своју обавезу и то по правилима „неоправданог користовања туђим“.³²

Према правилима из Скице и Преднацрта ГЗРС, поклонодавац има право да раскине уговор о поклону и да захтијева оно што је на име поклона предао поклонопримцу, уколико поклонопримац не изврши налог ни у накнадно остављеном примјереном року.³³ Уколико поклонопримац не изврши налог на вријеме и на начин како је уговорено уговором о поклону, поклонодавац као и његови насљедници, уколико је тако одређено уговором о поклону, могу једнострано раскинути уговор и захтијевати повраћај онога што је дато, изузев у случају када је неко трећи стекао право да захтијева извршење налога.³⁴ Преднацрт ГЗРС не предвиђа право поклонодавца на накнаду штете у случају неиспуњења налога од стране поклонопримца.

Кауза у добротним уговорима, па тако и у уговору о поклону не може се мјерити материјалним еквивалентом јер он ту недостаје, тако да субјективна мјерила имају важну улогу, па тако побуда из које је поклонодавац учинио поклон улази у каузу уговора о поклону. Неостваривање субјективне каузе уговора представља правни основ који оправдава опозив поклона са налогом.³⁵

Поклонодавац од поклонопримца очекује одређени степен захвалности. Поклонопримчева обавеза је трајна, он је дужан да до краја свог живота буде благодаран.³⁶ Та захвалност се код поклона са налогом изражава уједно и кроз испуњење постављеног налога од стране поклонопримца. Неиспуњење налога може представљати разлог за раскид уговора о поклону са налогом, јер кауза уговора није остварена. Правна посљедица раскида уговора о поклону састоји се у обавези поклонопримца да поклонодавцу врати предмет поклона.

³¹ Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 713, 714, 715.

³² Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 713. ст. 2; ОИЗ, чл. 492.

³³ Преднацрт ГЗРС, чл. 666.

³⁴ Преднацрт ГЗРС, чл. 666, ЗОО ЦГ чл. 581.

³⁵ М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд 2012, 206.

³⁶ О. Антић, „Кауза“, *Правни живот* 10/2005, 854.

6. ПРАВО ПОКЛОНОПРИМЦА ДА ОДБИЈЕ ДА ИЗВРШИ НАЛОГ

У одређеним случајевима поклонопримац има право одбити испуњење налога из уговора о поклону. Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС се не изјашњава по овом питању.

Преднацрт ГЗРС, ЗОО ЦГ, као и ЗОО Македоније предвиђају да поклонопримац има право да се ослободи наложене дужности враћањем примљеног, уколико је за извршење налога потребно више средстава него што износи вриједност поклоне, као и кад је извршење налога постало отежано из било ког разлога,³⁷ док Хрватски ЗОО предвиђа да прималац поклоне има право да одбије да испуни налог уколико вриједност поклоне не покрива трошкове његовог испуњења, а разлика му се не надокнађује, као и када се налог односи на противправну радњу.³⁸ Исто је предвиђено и Приједлогом ЗОО БиХ. Прималац поклоне се може ослободити обавезе испуњења налога из уговора о поклону враћањем поклоне у оном стању у којем се налази у вријеме доспјелости обавезе испуњења налога. Прималац поклоне не може се ослободити обавезе испуњења налога враћањем поклоне, уколико је налог успостављен у јавном интересу.³⁹

7. ОДГОВОРНОСТ ЗА ФИЗИЧКЕ И ПРАВНЕ НЕДОСТАТКЕ

Одговорност за правне и физичке недостатке ствари је институт облигационог права који се примјењује само на теретне уговоре а као одраз начела једнаке вриједности давања уговорних страна. Теретни уговори су правни послови који подразумијевају еквивалентност престација уговорних страна па је и сврха постојања ове одговорности поновно успостављање нарушене равнотеже. Уговор о поклону је добротини правни посао, који по својој природи подразумијева несразмијерност престација уговорних страна. Ипак, поклон са теретом или налогом представља модификован облик уговора о поклону при чему се одступање огледа у уговарању извјесне обавезе на страни поклонопримца. Уколико поклоњена ствар има одређени правни или физички недостатак поклон са налогом или теретом се у погледу ових недостатака има сматрати теретним правним послом. У том случају поклонодавац одговара за материјалне и правне недостатке ствари, али ограничено. Услов за постојање одговорности поклонодавца јесте да вриједност учињених услуга, односно вриједност налога или терета,

³⁷ ЗОО ЦГ, чл. 581. ст. 5; ЗОО Македоније, чл. 560. ст. 5; Преднацрт ГЗРС, чл. 666.

³⁸ ЗОО Хрватске, чл. 486.

³⁹ Приједлог ЗОО БиХ, чл. 636.

премашује вриједност поклоњене ствари с недостатком.⁴⁰ У случају да поклоњена ствар има физички или правни недостатак, поклонопримац има права која у теретном уговору припадају купцу према продавцу по основу одговорности за материјалне и правне недостатке. У случају да ствар има физички недостатак, купац има право да захтијева од продавца да недостатак уклони или да му преда другу ствар без недостатка, да захтијева снижење цијене или да раскине уговор, али му свакако припада право на накнаду штете.⁴¹ Ипак имајући у виду правну природу и сврху уговора о поклону наведено правило облигационог права не би се могло апсолутно примијенити. Једино подобно од наведених права које би поклонопримац у конкретном случају могао искористити јесте право да захтијева испуњење уговора тј. да захтијева од поклонодавца да наведени недостатак отклони или да му преда другу ствар без недостатка. На овај начин би се спријечило смањење имовине поклонопримца, а истовремено би била остварена и сврха уговора о поклону.⁴² Уколико ствар има правни недостатак купац има право да захтијева од продавца да заштити конкретно право и да ствар ослободи од од права и претензија трећег лица. У случају уговора о поклону уколико би поклоњена ствар била ослобођена од права и претензија трећег лица она би остала у својини поклонопримца те би био спријечен губитак у његовој имовини. Поклонодавац и поклонопримац као уговорне стране имају слободу да приликом закључивања уговора о поклону ограниче или потпуно искључе поклонодавчеву одговорност за правне и физичке недостатке ствари, под условом да поклонодавцу у вријеме закључења уговора није био познат или му је могао остати непознат физички недостатак или недостатак у његовом праву.⁴³

8. ЗАКЉУЧАК

Недостатак законске регулативе изазива и доприноси бројним теоријским разматрањима утицаја модификација на уговор о поклону. Оне условљавају дејства поклона и њихово уговарање је дозвољено у складу са основним начелима облигационог права, приватном аутономијом и

⁴⁰ Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, чл. 710.ст.3; Приједлог ЗОО БиХ, чл. 632. ст. 4; Преднацрт ГЗРС, чл. 670.

⁴¹ Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени гласник Републике Српске* 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, чл. 488.

⁴² М. Ђурђевић, 179.

⁴³ ЗОО, чл. 486 и чл. 513.

начелом савјесности и поштења. Могло би се рећи да је њихово уговарање, посебно налога пожељно, јер се на овај начин може поузданије и сигурније обезбиједити остварење сврхе поклона, да ће бити искоришћен на начин који је поклонодавац имао у виду. У доброчином елементу уговора о поклону може се пронаћи оправдање оваквог става јер је потребно пружити додатну правну сигурност оној уговорној страни која је оптерећена оваквим правним послом. Налог као модификација правног посла може донекле довести у питање бестеретност поклона као доброчином уговора, јер постоји конкретна обавеза поклонопримца, која ће се поред трајне захвалности састојати и у обавези предузимања или непредузимања одређене радње. Ипак, намјера даривања јесте елемент који и овакав правни посао квалификује као уговор о поклону. И поред постојања конкретне обавезе на страни поклонопримца, поклонодавац има намјеру да поклањањем ствари или права из своје имовине, увећа поклонопримчеву имовину.

Сасвим је разумљиво да је један од разлога за опозив уговора о поклону који предвиђа Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС, ситуација када даропримац није у примјереном року испунио терет или налог, јер је то обавеза која је за даропримца настала закључењем овакве врсте уговора о даровању. Правни основ који оправдава опозив уговора са налогом је неостваривање субјективне каузе уговора. Поклонопримац је дужан да буде благодаран до краја свог живота. Та захвалност се код поклона са налогом изражава уједно и кроз испуњење постављеног налога од стране поклонопримца. Неиспуњење налога представља разлог за опозив уговора о поклону са налогом, јер кауза уговора није остварена. Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС се не изјашњава по питању да ли даропримац има право одустати од овог уговора. Сматрамо да би то питање требало регулисати на начин да се да могућност поклонопримцу да одустане од уговора у два случаја и то ако је за извршење налога потребно више средстава него што износи вриједност поклона и ако је извршење налога постало знатно отежано. Предлажемо и рјешење према којем поклонодавац нема право захтијевати испуњење налога ако је његово испуњење постало немогуће последице склапања уговора о поклону без кривице поклонопримца.

Уговор о поклону са налогом, иако није регулисан позитивним законодавством Републике Српске, у пракси је изузетно заступљен. Због тога је законско регулисање уговора о поклону као и његових модификација неопходно у праву Републике Српске.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ
Библиографске референце

- Антић, Оливер, „Кауза“, *Правни Живот* 10/2005;
Антић, Оливер, „Налог у наследном праву“, *Правна ријеч, Часопис за правну теорију и праксу*, Бања Лука 2013;
Аранђеловић Драгољуб, *Аустријски грађански законик*, Београд 1921;
Богишић, Валтазар, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана дјела*, Подгорица-Београд 1998;
Благојевић, Борислав, *Посебни део облигационог права – уговори, једностранни правни послови, грађанско-правни деликти*, Београд 1939;
Ђурђевић, Марко, *Уговор о поклону*, Београд 2012.
Константиновић, Михаило, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969;
Лазаревић, Драгољуб, *Уговор о поклону*, Београд 2010;
Лоза, Богдан, *Облигационо право II, Посебни дио*, Српско Сарајево 2000;
Медић, Душко, *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука 2007;
Перовић, Слободан, *Облигационо право I*, Београд 1973;
Попов, Даница, *Грађанско право, Општи део*, Београд 2005;
Стојановић, Драгољуб, Антић, Оливер, *Увод у грађанско право*, Београд 2004;
Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Преднацрт, Грађански Законик Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, Београд 2009.

Правни прописи

- Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, *Службени гласник Републике Српске*, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04;
Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске / Федерације Босне и Херцеговине, са стањем на дан 16.06.2003;
Приједлог Закона о облигационим односима Босне и Херцеговине, 2009;
Закон о облигационим односима Републике Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, 47/2008;
Закон о обвезним односима Републике Хрватске, *Народне новине*, 35/05, 41/08, 125/11;
Закон за облигационите односе Републике Македоније, *Службени Весник на Република Македонија*, 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09.

Bašović TIJANA

Faculty of Law, University of East Sarajevo

CONTRACT ON GIFT WITH THE DUTY OR BURDEN

Summary

Gratuitousness, as one of the main characteristics of the contract of gift, consists in the cession to the one who receives a gift without charge certain property good. It is therefore necessary that in every contract of gift there must be the intention of giving (*animus donandi*), or that the donation does not occur as the implementation of a legal obligation by the person who gives specific property good. However, there may be some deviations which do not alter the nature of a gift agreement, but based some specific types, modalities, where applicable slightly different rules. The subject of this work will be contract of gift with the duty or burden. Deviation from the general gift agreement reflected in the contracting of a specific obligation on the side of the person who receiving the gift, so in this case a contract is made only if the acceptance applies to the duty or burden . This article will point out the specificity of this modality gift agreement, and give answers to many questions that are related to that. In this work we will use normative, historical and comparative method.

Keywords: *contract, gift, duties, burden...*

Мирјана ГЛИНТИЋ*

Истраживач сарадник

Институт за упоредно право, Београд

ОПРАВДАНОСТ ПРИМЕНЕ ПОЛНО НЕУТРАЛНИХ ПРЕМИЈА ОСИГУРАЊА

Апстракт: Основни принципи функционисања делатности осигурања захтевају да висина премија одговара профилу осигураника, односно очекивању да ће осигураник бити погођен осигураним ризиком и да ће захтевати испуњење престације осигуравача. У складу са тим, осигуравач мора извршити класификацију потенцијалних ризика, што подразумева прављење „политичких, економских и социјалних избора“, како је истакао општи правобранилац у једном од случајева пред Европским судом правде. Стога је јасно зашто се питање дискриминације јавило баш у вези са класификацијом ризика, која балансира између ефикасности, социјалне правде и правичности.

Аутор у раду настоји да одговори да ли коришћење пола као фактора ризика представља извор дискриминација између мушкараца и жена или заправо представља средство борбе против дискриминације услед разлика које постоје између полова и оправдавају одређивања различитих премија и давања.

Кључне речи: *дискриминација, пол, фактор ризика, статистика, Директива 2004/113/ЕЗ, случај Test-Achat.*

УВОД

Расправа о једнакости полова на нивоу Европске уније (у даљем тексту, ЕУ) не представља никакву новост. Идеја о правном регулисању једнаког третмана лица која се разликују по одређеним личним критеријумима, укључујући пол, старост, расу и нацију, покренута је још 1957.¹ Тада је чланом 119. Уговора о оснивању Европске економске заједнице успостављен принцип једнакости полова у погледу плаћања за

* Мастер, mirjanaglintic@yahoo.com

¹ D. Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden, 2000, 229.

једнак рад.² Недоследност у имплементацији овог принцип довела је до усвајања бројних других правних извора на нивоу ЕУ.³ Под утицајем праксе Европског суда правде (у даљем текст, ЕСП), Комисија је одлучила да питање једнаког третирања полова прошири и ван области радних односа. Тако је донета и Директива Већа о спровођењу начела једнаког поступања према мушкарцима и женама која се односила на једнак третман мушкараца и жена у области приступа и снабдевања добрима и услугама (у даљем тексту, Директива).⁴ Првим чланом је предвиђена примена ове Директиве и на услуге које пружају банке, осигуравајућа друштва, као и друге финансијске услуге. Директивом је као вид антидискриминаторне мере за област осигурања уведена полно неутрална премија, тј. премија при чијем израчунавању се пол не користи као фактор ризика.⁵ Европска комисија је била става да пол није одлучујући фактор трајања нечијег живота или индикатор понашања, и да се стога различити актуарски прорачуни који се односе на очекивано трајање живота имају појимати као полна дискриминација.⁶ Ипак, ствари нису тако једноставне, што захтева анализу имплементације ове политичке одлуке из више углова. Аспекти који ћемо настојати да осветлимо у раду јесу перспектива европског законодавца, потом потрошача услуге осигурања, осигуравача који се суочава са изменом одавно установљених принципа функционисања тржишта осигурања. Заједничка нит у реакцијама свих ових субјеката јесте свест да су увођењем полно неутралних премија осигуравања поремећени основни принципи актуарске математике, који су важили вековима и који никад раније нису ни поимани као спорни,

² Treaty establishing the European Economic Community, March 25, 1957. По ступању на снагу Уговора о функционисању Европске уније, овај принцип је потврђен у чл. 157 овог Уговора. Treaty on functioning European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

³ Само неки од тих извора су: Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principal of equal pay for men and women, OJ L 045, 19/02/1975 и Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions, OJ L 039, 14/02/197.

⁴⁴ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21.12.2004.

⁵ У области осигурања и раније је препознавана дискриминација, али по основу расе и етничког порекла, што је регулисано у оквиру Директиве 2000/43/EC. Вид. D. Schiek, *op. cit.* 241.

⁶ H. Schmeiser, T. Störmer, J. Wagner, "Unisex Insurance Pricing: Consumers' Perception and Market Implications", *Working Papers on Risk Management and Insurance*, 112/2012, 2.

нити на националном, нити на европском нивоу.⁷ Такође, свако од њих је након доношења Директиве поступао у складу са својом „мисијом“: европски законодавац је унео могућност да се пол и даље користи као фактор ризика, осигураници су настојали да израчунају које су им премије повољније, док су осигураваачи изналазили нове методе обрачунавања премија, како би надоместили изостанак пола као легитимног саставног дела прорачуна. У таквој консталацији односа на тржишту осигурања разумљиво је дошло и до спора пред ЕСП, којим је дефинитивно искључена свака могућност даље примене премија и тарифа одређених зависно од пола. Међутим, као што ће у раду бити представљено, ова судска одлука којој је циљ био елиминисање дискриминације из области осигурања, претворила се у своју супротност и омогућила озаконење дискриминације.

РЕЗЕРВА ИЗ ДИРЕКТИВЕ 2004/113/ЕЗ

О основној идеји доношења Директиве 2004/113/ЕЗ – елиминацији полне дискриминације из уговора о осигурању - сведочи члан 5, став 1 Директиве којим је предвиђена обавеза примене полно неутралних премија на све уговоре закључене после 21.12.2007.⁸ Међутим, другим ставом истог члана је националним законодавствима остављена опција да пол третирају као одлучујући елемент процене ризика, чиме ће се успоставити пропорционалне разлике у премијама за различите полова, али само под условом да се то чини на основу релевантних и прецизних актуарских и статистичких података. Државе чланице које су желеле да искористе могућности који нуди овај *opt-out*, морале су се да се о томе изјасне до 21.12.2007, што им је даље стварало обавезу да редовно прикупљају и објављују релевантне прецизне податке.⁹ Услед тога су у

⁷ P. Schwark, „Unisex-Tarife: Gebot der Gleichbehandlung oder Umverteilungsinstrument“, *Wirtschaftsdienst*, 2003, 647.

⁸ Често се појам полно неутралних премија меша са појмом јединствене премије за мушкарце и жене. Полно неутрална премија значи да се приликом обрачуна премије пол не користи као фактор ризика. Јединствена премија би значила да се не сме правити никаква разлика између мушкараца и жена, што овде није случај, јер постоје остали фактори ризика који се смеју користити и који могу направити разлику између премије за мушкарце и премије за жене.

⁹ Ово право државе чланице су могле да користе до 21.12.2012, након чега су морале да преиспитају своју одлуку.

већини земаља ЕУ осигуравачи наставили да користе пол као релевантан, јер нису биле припремљене за увођење овог решења.¹⁰

Недовољно прецизне одредбе члана 5 Директиве и спор који је настао у вези са њима навеле су Европску комисију да донесе Смернице о примени Директиве, које уводе додатне могућности за коришћење пола приликом обрачуна премија. Тако се истиче да се пол користи као фактор ради калкулисања техничких резерви, а вези са испуњењем захтева о солвентности, као и код одређивања премија реосигурања. Такође, ако су неки производи искључиво или примарно везани за један или друг пол, у смерницама се наводи да се код њих категорија пола може користити као фактор ризика.¹¹ Осим тога, сматрамо да одређење временског важења Директиве само за нове уговоре отвара даље могућности за примену премија одређених сходно полу осигураника.¹²

Очигледно да европски законодавац није посматрао пол као фактор одређивања премија осигурања *a priori* дискриминаторним. Не ради се о параметру који безусловно води неприхватљивом фаворизовању једног пола у односу на други, како је то погрешно истицала општи правобранилац Кокот (*Kokott*) у случају пред ЕСП који ћемо накнадно представити. Јасно је да постоји недоумица око моралне прихватљивости његове примене као критеријума формирања ризико заједнице. Међутим, чињеница је да постоје одређени математички и биолошки закони, који се не могу ставити ван снаге. Управо њиховим занемаривањем се присилно различите карактеристике третирају на исти начин, што представља један од основних видова дискриминације.

ПОЛ КАО ФАКТОР РИЗИКА

Основни принципи права осигурања, актуарска правичност и солидарност у расподели економског оптерећења последица остварења осигураног случаја, установљени су како би ссе остварила правична расподела ризика, како за осигураника, тако и за осигуравача. Постизање тога циља, између осталог, омогућава и установљавање одређених правилности у вези са наступањем ризика, а уз примену закона великих

¹⁰ Све државе чланице су до маја 2015. године имплементирале директиву 2004/113/ЕС у национална законодавства. Report on the implementation of the Test Achats ruling into national legislation, 2014:2.

¹¹ Као типични примери се наводе рак простате или грлића материце.

¹² EC Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of ECJ in case C-236/09, Official Journal of the European Union, C11:1, 2.1.2.9

бројева.¹³ Бројне научне студије указују да између пола и остваривања ризика постоје правилности, које се могу утврдити.¹⁴ То посебно важи за добровољно здравствено осигурање, осигурање живота, пензионо осигурање и осигурање возила. Када се статистички упореде захтеви мушкараца и жена према осигуравачима, долази се до закључка да постоје различити критеријуми који треба да одређују цене премија. Неки од њих су разлике у очекиваном трајању живота мушких и женских осигураника, различито понашање у војњи, различити начини живота, као и различите склоности уопште за коришћење медицинских услуга.¹⁵ Најчешћи пример који се наводи јесте да жене живе дуже од мушкараца, што је, између осталог, последица и биолошких, социо-економских, али и бихевиоралних разлика међу половима.¹⁶ Потом, у вези са каско осигурањем, према статистици, мушки осигураници имају више захтеве за накнаду штете него жене, што је даље повезано и са фактор животне доби.¹⁷

Може се закључити да се коришћењем овог параметра заправо елиминише неправична подела ризика, јер се њим реализује основана потреба за разликовањем мушкараца и жена у контексту одређивања премија. Слични ризици захтевају примену истих метода обрачуна ризика, а различити различите.¹⁸ На тај начин се доприноси да оба пола закључе

¹³ Исти став је заузео и Врховни суд САД-а 1983. у случају *Arizona Governing Comm. v. Norris*, 463 US 1073.

¹⁴ B. Kalben, „Why do men die younger: Causes of mortality differences by sex“, *Society of Actuaries Working Paper*, 2002, <https://www.soa.org/resources/essays-monographs/men-die-younger/>, 25.04.2019. О биолошким разлозима који се налазе у основи ове тврдње, вид. С. Chan, *The Impact of Gender-Neutral Pricing on the Life Insurance Industry*, doctoral dissertation, Cass Business School, London 2014, 17.

¹⁵ Society of Actuaries Ireland, *The Draft EU Directive on Equal Insurance Premiums for Men and Women*, Technical Report, Dublin 2004, 10-11. Такође, О. Riedel, „Unisex Tariffs in Health Insurance“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, 31/2006, 234.

¹⁶ Вид. P. Schwark, *op. cit.* 648-649. Такође, E. Schanze, „Injustice by Generalization: Notes on the Test –Achats Decision of the European Court of Justice“, *German Law Review*, 2/2013, 427.

¹⁷ S. Arvidsson, *Essays on Asymmetric Information in the Automobile Insurance Market*, Phd Thesis, Örebro University, 2010, 41, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:358007/FULLTEXT01.pdf>, 25.04.2019. Пре 2012. године жене су плаћале 18% мању премију од мушкараца за осигурање возила. Након одлуке Суда, премија за жене је скочила 18%, док се за мушкарце смањила око 10%. Вид. В. Чоловић, „Дискриминација код одређивања премија осигурања“, *Право и привреда*, 7-9/2017, 368.

¹⁸ Вид. E. Jannott, „Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Versicherungswirtschaft“, *Recht und Ökonomie der Versicherung, Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag* (Hrsg. Ulrich Hübner), Karlsruhe, 1994, 341-362.

уговоре о осигурању уз правичну и одговорајућу премију за припаднике једне хомогене групе ризика, која је обрачуната на прецизним актуарским и статистичким подацима.¹⁹ Тако сваки осигураник заправо финансира потенцијални индивидуални ризик, без субвенционисања лица са којима не дели битне карактеристике.²⁰ Из овога јасно произилази зашто се осигуравачи залажу за тзв. „индивидуални приступ“ у одређивању премија осигурања.²¹ Међутим, законодавци често занемарују тај приступ и не дозвољавају прављење разлика између припадника различитих ризико група, а све у настојању декларације друштвено прихватљивог речника и деловања.

На крају, потребно је истаћи да, поред наведених карактеристика који су последица биолошких и социолошких карактеристика полова, овај фактор ризика поседује и одређене особине који га валификују за функцију фактора ризика из угла осигуравача. Наиме, ради се о објективном и независном параметру, који се може лако проверити, измерити, али и утврдити на основу личних докумената и пратити, што осигуравачу служи као поуздан индикатор правилности у вези са остварењем осигураног случаја.

СЛУЧАЈ TEST-ACHATS

На основу *opt-out* могућности из члана 5, став 2 Директиве, многе државе чланице су наставиле да користе пол као фактор ризика свесни његовог значаја, који смо детаљно представили у претходној глави рада.²² То је био случај и са белгијским законодавцем, што није наишло на

¹⁹ Поред пола, најважније карактеристике су годиште осигураника, животне навике, занимање осигураника. С. Chan, *op. cit.* 1.

²⁰ М. Петровић, „Пол (ни)је фактор у актуарској анализи“, *Токови осигурања*, 3/2013, 28. Такође, А. Finkelstein, Ј. Poterba, С. Rothschild, „Redistribution by Insurance Market Regulation: Analyzing a Ban on Gender-Based Retirement Annuities“, *Journal of Financial Economics*, 91, 2009, 41.

²¹ Ипак, треба напоменути да и поступци осигуравача често подразумевају доношење паушалних одлука, којима се занемарују личне карактеристике осигураника. Вид. V. Aseervatham, С. Lex, М. Spindler, „Pitfalls in the implementation of non-discriminatory premiums-the case of unisex tariffs in the German automobile insurance market“, 2, http://www.aria.org/meetings/2013_Annual_Meeting_docs/TuesdaySession_IVA/SessionI_VA-UnisexTariffsandtheAutomobileInsuranceMarket-InsightsfromGermany-Paper.pdf, 27.04.2019. Такође, G. Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Tübingen, 2008, 17.

²² EC Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of ECJ in case C-236/09, Official Journal of the European Union, C11:1, para. 4.

одобравање удружења потрошача (*The Association belge Consommateurs Test-Achats ASBL*), који су покренули поступак пред националним судом, заједно са два појединца, *van Vught* и *Basselier*. Према њиховом становишту, одредбе белгијског закона којом је дозвољена примена пола као фактора ризика, представљају дискриминацију, јер мушки осигураници морају да плаћају већу премију за осигурање живота од оне коју плаћају жене истог годишта и здравственог стања. Таква правило је у колизији са правом ЕУ, које се налази изнад националног права. У својим наводима они су се позвали на забрану полну дискриминације из Повеље ЕУ о основним правима.²³

Када је спор стигао до Уставног суда Белгије, он је ЕСП поставио претходно питање да ли се пол може користити као фактор ризика приликом одређивања премија осигурања. У разматрању овог питања ЕСП је установио да је члан 5, став 2 Директиве 2004/113 неспојив са Повељом ЕУ о основним правима и зато ју је прогласио неважећом почев од 21.12.2012.²⁴ Од тог тренутка све премије морају бити полно неутралне, јер би у супротном, према ставу ЕСП, државе чланице могле бесконачно да се користе резервом из члана 5, став 2, што би било супротно идеји Директиве 2004/113.²⁵

Сама одлука и начин поступања Суда су спорни и одају утисак да је мисија једноставно била донети одлуку којом ће се бесповратно и коначно увести полно неутралне премије, без обзира на контрааргументе и њене бројне практичне последице. О томе сведочи образложење пресуде ЕСП, у ком се налазе бројне недоследности и правне нелогичности. Полазна идеја је била доказати да ли је члан 5, став 2. Директиве неспојив са члановима 21. и 23. Повеље ЕУ о основним правима.²⁶ У свом образложењу Суд

²³ L. Gerken, K. Sohn, „Gleichbehandlung durch Diskriminierung, Die Rechtsfehler im Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 1. März 2011, das geschlechtsabhängige Versicherungsbeiträge und –leistungen für EU-rechtswidrig erklärt“, *CepStandpunkt*, Freiburg, 2012, 4.

²⁴ EuGH, Rechtssache C-236/09, Urteil vom 1. März 2011, Rn. 32, Tenor.

²⁵ Тако и Ž. Primorac, „Aktualna pitanja uspješnosti implementiranja Direktive 2004/113/EZ i provedbe odluke Test-Achats u europskim pravnim sistemima“, *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Dani hrvatskog osiguranja 2015*, Hrvatska gospodarska komora, Zagreb, 2015, 23. Такође, F. Temming, „Case Note-Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2010: ECJ finally paves the way for unisex premiums and benefits in insurance and related financial service contracts“, *German Law Review*, 1/2012, 112.

²⁶ Чл. 21 Повеље установљава забрану дискриминације, док члан 23 прописује једнакост мушкараца и жена у свим областима, укључујући запошљавање, рад и зараду. У вези са чл. 23 постоје спорења, јер у неким преводима Повеље, као што је на нашем и енглеском језику, стоји да се једнакост мора гарантовати. Са друге

наводи: „Једна таква одредба, која државама чланицама омогућава да успоставе изузетак од правила о полно неутралним премијама и давањима, противна је остварењу циљева успостављених Директивом 2004/113, а који се тичу једнакости мушкараца и жена и неспојива је са члановима 21 и 23 Повеље.“²⁷ Међутим, када се ближе погледа ово образложење, закључује се да је ЕСП закључио да је спорни члан Директиве противан општим циљевима из рецитала Директиве, па је самим тим противан и члановим 21 и 23 Повеље! Дакле, само посредно се закључује да постоји несагласност са Повељом ЕУ, а непосредно да постоји несагласност у самој Директиви. Да би се могло рећи да је неки извор секундарног права у колизији са неким основним правом, потребно је установити да је тај извор у сукобу са тим основним правом, а не са циљевима установљеним у том секундарном извору права.²⁸

С обзиром да се и у пресуди ЕСП позива на делове рецитала Директиве, потребно је указати да се и њима не успоставља забрана различитих премија за мушкарце и жене *per se*. То јасно произилази из рецитала 19, којим се наглашава: „Одређене категорије ризика мог варирати у односу на полове...Пол представља један, али не нужно и одлучујући фактор код процене осигуравајућег ризика...За уговоре који осигуравају те врсте ризике, државе чланице могу одлучити о дозволи изузећа од правила о једнаким премијама и давањима, ако осигурају да су актуарски и статистички подаци на којима се темеље прорачуни поуздани, редовно ажурирани и доступни јавности...“

Ближи поглед на образложење пресуде и позивање на рецитал 19 Директиве указује да је ЕСП и ову одредбу погрешно тумачио. Тачку 19 Суд тумачи као могућност дату земљама чланицама да не примењују полно неутралне премије као изузетак. Заправо, то значи да је ЕСП става да се Директива заснива на премиси да су положаји мушкараца и жена у погледу премија и давања упоредиви, односно да се код уговора о осигурању и мушкараца и жена увек ради о истом чињеничном стању.²⁹ Међутим, такав став је нетачан, јер и у самој тачки 19 се истиче да категорије ризика код мушкараца и жена могу бити различите, што је Суд потпуно занемарио приликом доношења пресуде.³⁰ Идеја доносиоца

стране, када се Повеља чита на немачком језику, стиче се утисак да успостављање једнокости може, али не и да мора бити спроведено. Вид. L. Gerken, K. Sohn, *op. cit.* 6.

²⁷ EuGh, Rechtssache C-236/09, Rn. 32.

²⁸ Упор. F. Temming, *op.cit.* 110.

²⁹ EuGh, Rechtssache C-236/09, Rn. 30.

³⁰ Такође, у рециталу 12 Директиве се истиче да се неће сматрати дискриминацијом разлика између мушкараца и жена у пружању здравствених услуга, која се темељи на

Директиве је била да омогући примену премија које нису полно неутралне у оним случајевима када постоје објективне разлике између мушкараца и жена, које се могу статистички утврдити. У тим случајевима се не може говорити о дискриминацији, јер дискриминација постоји када се различити прописи примењују на исто чињенично стање и када се исти прописи примењују на различито чињенично стање.³¹ Закључно би се могло рећи да је европски законодавац наметену обавезу националним законодавцима да размотре када и под којим условима би у овом смислу било дозвољено одступање од забране дискриминације, а вођени идејом да између полова постоје разлике које су биолошке и статистички доказиве.³²

Дискриминација као последица пресуде у случају *Test-Achats*

Очигледно је ЕСП заступао став да се различити полови налазе у упоредивим ситуацијама, што оправдава њихово перципирање као јединствене категорије. Из таквог резона је проситекло неколико последица, од којих сматрамо да је најспорнија та што се ова Директива претворила у своју супротност, односно постала је извор дискриминације. Стављањем ван снаге математичких и биолошких закона, уз занемаривање основних начела права осигурања, учињено је легитимним третирање различитих ризика на јединствен начин, што по схватању истог суда представља дискриминацију.³³

О полној дискриминацији би се могло говорити само у оним случајевима када су положаји оба пола иста, а они буду третирани на различит начин само услед тога што су мушкарац или жена. Објашњено на практичном примеру, постојала би дискриминација по основу пола када би он фактор ризика код одређивања премија за осигурање станова. У тим случајевима не постоји доказана повезаност између пола осигураника и остварења осигураног случаја. Међутим, код осигурања код којих тај каузалитет јасно и доказано постоји, као што је случај са осигурањима лица и каско осигурањима, не постоји ниједан оправдан

физичкој разлици између полова, пошто ситуација мушкараца и жена у том случају није упоредива.

³¹ EuGH, Rechtssache 411/96, Urteil vom 27. Oktober 1998, Rn. 39.

³² L. Gerken, K. Sohn, *op. cit.* 5.

³³ М. Ћурковић, “Unisex tarife u osiguranju – od 1. srpnja 2013. godine obvezne i za hrvatske osiguratelje”, <http://www.osiguranje.hr/Default.aspx?pretraga=%C4%87urkovi%C4%87, 13.02.2019>.

разлог за њихово јединствено третирање.³⁴ Напротив, забрана дискриминације и представљене правилности захтевају да се класификација ризика изврши и сходно полу.

На самом крају се намеће и питање шта је полно неутрална премија и како ће се израчунати. Да ли ће се поћи од већ постојећих премија, било да је у питању мушка или женска премија, која ће бити проглашена неутралном, чиме ће се опет учинити дискриминација? Или ће се приступити новом израчунавању тако што ће се једноставно фактор пола потпуно избацити из рачунице или ће он ипак бити замењен неким новим факторима, који ће изнивелисати нарушену равнотежу? Могуће је да ће нова тарифа бити негде на средини између некадашње мушке и женске тарифе, али то је немогуће унапред знати, јер се не зна у ком смеру ће се променити портфолио.³⁵ Осим тога, спорно је ко ће контролисати полно неутралне премије. Постоји објективна опасност да ће судови и надзорна тела на себе преузети улогу контролора конкуретности на тржишту, што не треба да буде њихов задатак. Такође, постоји сумња да ли ће законодавац преузети на себе регулисање потенцијалног пораста одбијања од стране осигуравача да закључе уговор о осигурању, тако што ће се прописати обавеза закључења уговора.³⁶

Промене на тржишту осигурања

Сада, пар година после увођења полно неутралних премија још увек се сагледавају последице њиховог увођења, а које ће бити неминовност и на тржишту осигурања Републике Србије једног дана.³⁷ И осигураници и осигуравачи и даље настоје да ревидирају своје ставове и своје понашање прилагоде новим околностима.

Спроведена истраживања у државама чланицама показују да се ставови потрошача осигурања о неутралним премијама разликују од

³⁴ Исправније би чак било рећи да критеријум разликовања код осигурања живота није сам пол, него очекивано трајање живота које јесте повезано са полом.

³⁵ Како би се обезбедиле техничке резерве, није искључено да осигуравачи одреде тарифе у складу са неповољнијим ризицима, како би искључили фактор непредвидивости. Тиме ће се суштински искључити могућност да осигураници премије које су правичне и у складу са њиховим ризицима. P. Schwark, *op. cit.* 652.

³⁶ *Ibid.* 653.

³⁷ Неки од сценарија који су представљени у раду засновани су и на искуствима САД, где су током деведесетих година у неким државама уведене премије за здравствено осигурање одређене независно од личног профила осигураника. C. Chan, *op. cit.* 46.

земље до земље.³⁸ Општа оцена је да им је идеја о премијама одређених према полу није далека и начелно је прихватљива. Заправо, може се рећи да потрошачи у мањој мери примену пола оцењују као дискриминаторну него што је то учинио ЕСП.³⁹ Међутим, када је потрошачима показано на конкретном примеру колико би се премија разликовале када је пол узет у обзир и када није, врло често су исказивали своје незадовољство и ситуационо су мењали мишљење и залагали се за полно неутралне премије.

Наиме, ради се о томе да је увођење полно неутралних премија у неким случајевима доводило до смањивања, а у неким до повећавања цена премија. Према неким проценама, жене ће сада плаћати више премије код ризико осигурања живота, а мушкарци код здравственог и рентног осигурања.⁴⁰ Код осигурања живота која имају штедну компоненту, и даље се не очекују велике промене у погледу износа премија. Али то није случај са ризико осигурањима, где би жене могле да плаћају и око 60% већу премију, а мушкарци 20% мању.⁴¹ Као врло значајно питање се поставља да ли ће се тиме потенцијални осигураници одвратити од куповине полиса осигурања.⁴² Истовремено може наступити антиселекција, у смислу пораста броја осигураника којима је неко осигурање повољније услед увођења полно неутралних премија. Чак и кад би пол као фактор ризик био узет у обзир приликом одређења целокупног портфолио, шансе за негативну селекцију се повећавају кад год једна део чланова заједнице ризика мора да плати вишу цена премија за статистички очекиван нижи ризик.⁴³ Захваљујући негативној селекцији, ремети се ранији узрочни однос између оцењеног ризика и изабраног покрића. Чињеница да су одређене премије повољније после искључења пола као фактора ризика довело је до тога да осигураници окончају старе

³⁸ Тако, примера ради, најнижи степен прихватања премија одређених сходно полу постоји у Француској, док их већина Италијана оправдава, нарочито када се ради о добровољном здравственом осигурању Н. Schmeiser, Т. Störmer, Ј. Wagner, *op. cit.* 17.

³⁹ Е. Schanze, *op. cit.* 430.

⁴⁰ То је последица чињенице да мушкарци краће живе, па су им месечне и годишње ренте веће за износ истог улога од стране жена. М. Ćurković, *op. cit.* fn. 21.

⁴¹ В. Чоловић, *op. cit.* 367. Код каско осигурања, очекује се да ће премије за жене порастати 25%, а за мушкарце се снизити 10%. СЕА, Insurers of Europe, *The Use of Gender in Insurance Pricing*, Brussels, 2011, 12.

⁴² Тако су енглески осигуравачи живота после имплементације правила о полно неутралним тарифама искусиле пораст броја мушких осигураника за 67% више него очекивано. С. Chan, *op. cit.* 2.

⁴³ К. Susanna, *Der Einfluß der Europäischen Union auf der Finanzierung der Gesundheitsversorgung in den Mitgliedstaaten*, Otto-Wolff-institut für Wirtschaftsordnung, Köl, 2011, 8.

уговоре и закључе нове под новим условима, што је утицало на промену структуре портфолија.

Негативна селекција је често праћена и моралним хазардом, односно променама у понашању осигураника. Тако, примера ради, млађи мушкарци који ће сада плаћати јефтине премије, могу бити мотивисани да купују јача кола, која ће брже и неопрезније возити, што може имати за последицу већи број несрећних случајева и веће медицинске трошкове.⁴⁴

За осигураваче су настале две основне промене у њиховом пословању. Прво, дошло је до пораста финансијских издатака услед измене планова пословања, израде нових ценовника, актуарских таблица, али и усаглашавања канала дистрибуције са новонасталом ситуацијом.⁴⁵

Друго, у настојању да одрже свој портфолио, осигуравачи су прибегавали изналагању алтернативних метода обрачуна ризика, који ће надоместити изузимање пола, што и даље чине. Неки од параметара на који се сада ослањају су здравствено стање осигураника, начин живота код осигурања лица, а код каско осигурање пређена километража и врста возила. Међутим, у вези са применом ових критеријума отварају су бројне недоумице, јер неке од њих воде поновној дискриминацији, која се настојала избећи. Један од критеријума који се код осигурања лица најчешће помиње као фактор ризика јесте старост осигураника. Његова примена, као и пола, поседује бројне предности, које омогућавају установљавање одређених правилности у погледу остварења осигураног случаја. Али, мишљења смо да ће временом и његова примена постати упитна, јер право Европске уније познаје и директиву која забрањује дискриминацију по основу старости.⁴⁶ Такође, постоје предвиђања да осигуравачи не желе да се одрекну примене пола као фактора ризика и да ће зато све већу примену наћи фактори који су индиректно повезани са полом, али не подлежу забрани дискриминације из Директиве.⁴⁷ Типичан пример представља коришћење врсте и јачина аутомобила као фактора ризика, јер се претпоставља да су мушкарци склонији да купују кола која

⁴⁴ У вези са критеријумом јачине мотора као фактора ризика се покренуло питање да ли и он представља основ дискриминације, јер студије показује да жене имају склоност да купују кола слабијег мотора. Е. Schanze, *op. cit.* фн. 22. Такође, V. Aseervatham, C. Lex, M. Spindler, *op. cit.* 10.

⁴⁵ Према неким подацима, ти трошкови су у Шпанији износили 14 милиона евра, у Холандији отприлике дупло мање. Вид. В. Чоловић, *op. cit.* 368.

⁴⁶ Мисли се на Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000, при чему постоји тенденција да се успостави генерални правни оквир за принцип једнаког третмана између лица независно од њихове вере, физичких недостатака, година и сексуалне оријентације, али и за области ван посла.

⁴⁷ Н. Schmeiser, T. Störmer, Jöel Wagner, *op. cit.* 21.

су јача. Осим тога, увођење нових фактора ризика захтева прикупљање нових података, што у крајњој линији може реметити права на приватност или представљати, такође, дискриминацију, која се настојала избећи. Чак и да се на тај начин не угрожава права на приватност, скупљање и обрада тих података може бити у техничком смислу захтевно, али и у финансијском, што ће у одређеном проценту сносити и потрошачи. Под тим се подразумева изградња нових база података, од којих се неких ни не могу користити као индикатори ризика код дугорочних уговора о осигурању.⁴⁸

ЗАКЉУЧАК

На крају је нужно да упозоримо на правне последице имплементације политичке одлуке о забрани дискриминације, чиме се могу елиминисати потенцијални будући спорови. У првом реду, увођење полно неутралних премија је захтевало измену бројних законских прописа у државама чланицама, што, могло би се рећи, представља лакши део задатка. Тежи део задатка и даље представља изналагање решења за старе уговоре, који ће прелазити на нови режим. Ради се о врло одговорном задатаку, јер његово нерешавање на правилан начин може довести у питање поштовање начела *pacta sunt servanda*. То је ситуација у којој ће се једног дана наћи и српско надзорно тело, односно Народна банка Србија, а у погледу уговора закључених након приступања Европској унији.⁴⁹ Свакако да ће већ закључени уговори остати непромењени, односно неће долазити до промене њихових тарифа које су одређене уз узимање у обзир фактора пола. Међутим, ако дође до промене уговора о осигурању због, примера ради, промене занимања, остаје спорно да ли ће то захтевати и примену полно неутралне тарифе. То питање се мора прецизно регулисати, нарочито из перспективе осигуравача. Наиме, може се десити да ће постојати осигураници којима одговара примена полно неутралне тарифе, па ће захтевати измену уговора, а притом поступајући фактички на штету осигуравача. Стога сматрамо да је нужно скренути пажњу да је нужно ове ситуације прецизно размотрити како би се

⁴⁸ Тако је Заједнички одбор Европских надзорних органа (*Joint Committee of European Supervisory Authorities*) покренуо концепт *Big Data* са циљем предвиђања будућих догађаја. Joint Committee Final Report on Big Data, 15th of March 2018, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2018-04_joint_committee_final_report_on_big_data.pdf, 25.04.2018.

⁴⁹ Да ће такво правило важити и за Србију, произилази из примера Хрватске, чији су осигуравачи унисекс премије морали да примене само на уговоре закључене после приступања ЕУ, али не о на оне уговоре закључене после 21.12.2012, што је било за остале чланице ЕУ. Вид. В. Чоловић, *op. cit.* 371.

установило да ли је реч о злоупотреби права или је заиста реч о правој промени уговора.

Иако је циљ одлуке Европског суда правде био јасан, стиче се утисак да се приликом њеног доношења није водило рачуна о практичним последицама, које су произашле из ње. Елиминисање полне дискриминације, која, историјски посматрано, очигледно постоји и отворено се практикује, не може се постићи преправљањем неких од основних принципа функционисања тржишта осигурања. Коначност одлуке је захтевала посебну обзирност, а не крајње површан приступ, за коју су и представници власти држава чланица тврдили да иде против здраворазумске идеје једнакости.⁵⁰ Неоспорно да је постојала потреба за изменом прописа ЕУ права, али тиме Европски суд правде није ослобођен обавезе да сагледа последице своје одлуке и да ли су оне разумне и одговарајуће када се узме обзир сложеност питања које се расправљало. Штавише, стиче се утисак да је овом одлуком учињена контрауслуга идеји успостављања једнакости полова и заштити права потрошача, иако је, иронично, једно удружење покренуло читав спор.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

М. Петровић, „Пол (ни)је фактор у актуарској анализи“, *Токови осигурања*, 3/2013.

В. Чоловић, „Дискриминација код одређивања премија осигурања“, *Право и привреда*, 7-9/2017.

S. Arvidsson, *Essays on Asymmetric Information in the Automobile Insurance Market*, Phd Thesis, Örebro University, 2010.

V. Aseervatham, C. Lex, M. Spindler, “Pitfalls in the implementation of non-discriminatory premiums-the case of unisex tariffs in the German automobile insurance market”.

G. Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Tübingen, 2008.

CEA, Insurers of Europe, *The Use of Gender in Insurance Pricing*, Brussels, 2011.

C. Chan, *The Impact of Gender-Neutral Pricing on the Life Insurance Industry*, doctoral dissertation, Cass Business School, London, 2014.

М. Ћурковић, “Unisex tarife u osiguranju – od 1. Srpnja 2013. godine obvezne i za hrvatske osiguratelje”.

⁵⁰ Speech by the Financial Secretary to the Treasury, Marc Hoban MP, to the London 100 Group insurance event, <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-by-the-financial-secretary-to-the-treasury-mark-hoban-mp-to-the-london-100-group-insurance-event>, 29.04.2019.

Deutsche Rückversicherung, *Unisex: Absicherung von Schwankungen im Geschlechtermix*, Düsseldorf 2011.

A. Finkelstein, J. Poterba, C. Rothschild, „Redistribution by Insurance Market Regulation: Analyzing a Ban on Gender-Based Retirement Annuities“, *Journal of Financial Economics*, 91, 2009.

L. Gerken, K. Sohn, *Gleichbehandlung durch Diskriminierung, Die Rechtsfehler im Urteil des Europäischen Gerichtshof vom 1. März 2011, das geschlechtsabhängige Vericherungsbeiträge und –leistungen für EU-rechtswidrig erklärt*, Centrum für Eropäische Politik, Freiburg, 2012.

K. Horwitz, „Unisex macht nicht alles gleich“, *Versicherungsrundschau*, 11/11.

E. Jannott, „Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Versicherungswirtschaft“, *Recht und Ökonomie der Versicherung, Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag* (Hrsg. Ulrich Hübner), Karlsruhe, 1994.

B. Kalben, „Why do men die younger: Causes of mortality differences by sex“, *Society of Actuaries Working Paper*, 2002.

Ž. Primorac, „Aktualna pitanja uspješnosti implementiranja Direktive 2004/113/EZ i provedbe odluke Test-Achats u europskim pravnim sistemima“, *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Dani hrvatskog osiguranja 2015*, Hrvatska gospodarska komora, Zagreb, 2015.

O. Riedel, „Unisex Tariffs in Health Insurance“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, 31/2006.

E. Schanze, „Injustice by Generalization: Notes on the Test –Achats Decision of the European Court of Justice“, *German Law Review*, 2/2013.

D. Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden, 2000.

H. Schmeiser, T. Störmer, J. Wagner, „Unisex Insurance Pricing: Consumers’ Perception and Market Implications“, *Working Papers on Risk Management and Insurance*, 112/2012.

P. Schwark, „Unisex-Tarife: Gebot der Goeichbehandlung oder Umverteilungsinstrument“, *Wirtschaftsdienst*, 2003.

Society of Actuaries Ireland, *The Draft EU Directive on Equal Insurance Premiums for Men and Women*, Technical Report, Dublin 2004.

K. Susanna, *Der Einfluß der Europäischen Union auf der Finanzierung der Gesundheitsversorgung in den Mitgliedstaaten*, *Otto-Wolff-institut für Wirtschaftsordnung*, Köl, 2011.

F. Temming, „Case Note-Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2010: ECJ finally paves the way for unisex premiums and benefits in insurance and related financial service contracts“, *German Law Review*, 1/2012.

Mirjana GLINTIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law

JUSTIFIABILITY OF THE USAGE OF UNISEX PREMIUM RATES

Summary

Basic principles of functioning of insurance industry demand the equivalence between insurance premium rates and personal profile of policyholder. In accordance with that, insurer is obliged to classify the potential risks, which includes making “political, economic and social choices“, as the General Advocate once stressed out in a litigation before the ECJ. Due to that, it cannot be considered surprising that the question of discrimination arouse in respect of risk classification, which demands balancing between efficiency, social justice and equity,

The author endeavors to answer whether the usage of gender as a risk factor represents the source of gender discrimination or it actually is an anti-discrimination measure, which is necessary due to differences between males and females that justify different premium rates.

Key words: *Discrimination, Gender, Risk Factor, Statistics, Directive 2004/113/EC, Case Test-Achat.*

Слобода МИДОРОВИЋ*

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Милица КОВАЧЕВИЋ**

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

СЛОБОДА УГОВАРАЊА И ЊЕНЕ ГРАНИЦЕ НА ПРИМЕРУ „НЕПРАВОГ“ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Апстракт: У раду је анализиран правни режим „неправог“ уговора о доживотном издржавању и то како из угла правила која је изградила судска пракса, тако и са становишта теоријских предлога које би требало размотрити приликом његовог нормирања. Док досадашња пракса и доктрина једнодушно прихватају овај уговор паушално се позивајући на начело аутономије воље из чл. 10 Закона о облигационим односима, аутори у раду указују на бројне ризике који су му иманентни, преиспитујући тако његову усклађеност са циљевима који проистичу из Закона о наслеђивању. Аутори истовремено нуде решења за разне ситуације које се могу замислити у вези са овим уговором, те дају предлог за напуштање увреженог схватања праксе у погледу његове форме.

Кључне речи: *неправи уговор о доживотном издржавању, аутономија воље, форма уговора, средства обезбеђења потраживања, положај нужних наследника.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Уговор о доживотном издржавању је именовани правни посао са трајним престацијама, и то двострано обавезујући (синалагматични), строго формални, теретни и лични (*intuitu personae*) правни посао, који је у Србији регулисан одредбама Закона о наслеђивању.¹ Он је такође алеаторан правни посао, што значи да се унапред не зна, нити се сме знати, какав ће бити узајамни однос престација уговорних страна, јер је

* Асистент [s.midorovic@pf.uns.ac.rs](mailto:midorovic@pf.uns.ac.rs)

** Асистент, m.kovacevic@pf.uns.ac.rs

¹ Вид. чл. 195-204 Закона о наслеђивању - ЗОН, „Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

Разлог због ког је уговор о доживотном издржавању регулисан ЗОН произлази из чињенице да се временски подударају моменти преноса својине између примаоца издржавања на даваоца издржавања и отварања наслеђа. Вид. О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд, 1996, 494.

вредност престације даваоца издржавања условљена дужином живота примаоца издржавања, али и његовим здравственим стањем.² Поред наведеног уговора о доживотном издржавању, у теорији и пракси се среће и његов модалитет који се често назива неправим уговором о доживотном издржавању.

Како се у доступним изворима наводи, неправи уговор о доживотном издржавању је уговор који по својој садржини одговара регулисаном уговору о доживотном издржавању, осим у делу који се односи на моменат преноса права својине тачно одређених ствари или каквих других права са примаоца на даваоца издржавања. Он представља правни основ за прелазак права својине са примаоца на даваоца издржавања на тачно одређеној - покретној или непокретној ствари већ у моменту његовог закључења. Другим речима, прелазак права својине на тачно одређеној ствари није условљен будућом и неизвесном чињеницом наступања смрти примаоца издржавања, већ се он реализује за његовог живота. Надаље, то значи да из угла даваоца издржавања не постоји неизвесност у погледу стицања права својине или неког другог имовинског права која је, пак, иманентна класичном уговору о доживотном издржавању. Сходно томе, неправи уговор о доживотном издржавању је правни посао *inter vivos*, односно он, у оба смера, производи правна дејства за живота уговорних страна. Насупрот томе, код редовног уговора о доживотном издржавању реч је о мешовитом правном послу, који у погледу обавеза даваоца издржавања према примаоцу издржавања има карактер правног посла *inter vivos*, док у погледу испуњења обавезе примаоца издржавања према даваоцу издржавања има обележје правног посла за случај смрти.

Осим ове суштинске *differentia specifica*, у литератури се указује и на различит извор регулисања класичног у поређењу са неправим уговором о доживотном издржавању. Наиме, док је класичан уговор о доживотном издржавању регулисан одредбама Закона о наслеђивању, неправи уговор о доживотном издржавању није експлицитно уређен у домаћем законодавству. Према тренутном стању ствари, он црпи свој легитимитет из чл. 10 Закона о облигационим односима у коме је прокламовано начело аутономије воље из којег проистиче да су стране слободне да своје односе уреде према својој вољи, све док се крећу у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.³ У нашем правном систему, реч је, дакле, о неименованом уговору код кога

² Вид. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Правни факултет у Београду, Београд, 2015, 251.

³ Скраћено: ЗОО, „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.

се, по аналогији са регулисаним уговором, једна страна (прималац издржавања) обавезује да ће за живота пренети право својине на одређеној ствари или стварима, односно да ће пренети каква друга имовинска права на даваоца издржавања, а да ће заузврат друга страна (давалац издржавања) бити дужна да је до краја живота издржава и да је сахрани.

Док се у домаћој судској пракси и доктрини овај уговор назива *неправим уговором о доживотном издржавању*,⁴ у Мишљењу Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20. октобра 2015. године,⁵ он је означен као *неименовани уговор са обавезом доживотног издржавања*.

Иако се у претежном делу доктрине, судској, јавнобележничкој пракси и пракси Републичког геодетског завода⁶ сматра да неправи уговор о доживотном издржавању представља на неки начин „опште место“, његово постојање ипак отвара нека питања која до сада нису подробније сагледана. У првом реду то је питање евентуалних граница слободе уговарања у контексту његовог закључења, затим, питање потребе и целисходности његовог регулисања, и, коначно питање прописа којим би га евентуално требало уредити. Осим покушаја давања одговора на ова питања, аутори ће у раду настојати да укажу и на потенцијалне проблеме које овај уговор може изазвати у пракси, као и на потребу увођења заштитних механизма ради осигуравања права примаоца издржавања. Да би се то постигло, потребно је испитати правни режим овог уговора према тренутном стању ствари. Наведено је тим пре значајније што, према важећој пракси, нема увек места примени правила аналогије са класичним уговором о доживотном издржавању.

2. СЛОБОДА УГОВАРАЊА И ЊЕНЕ ГРАНИЦЕ

Слобода уговарања је један од могућих видова испољавања начела аутономије воље. Ово диференцијално начело грађанског права⁷ прожима, у мањој или већој мери, све његове саставне делове. Осим слободе

⁴ Вид., примера ради, пресуду Врховног касационог суда Рев бр. 236/2014 од 25.02.2015. године; пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж бр. 25/18 од 13.04.2018. године и Гж 2053/18 од 03.10.2018. године; пресуду Другог основног суда у Београду 9П бр. 9867/12 од 21.06.2016. године.

⁵ <http://beleznik.org/index.php/sr/>, 1. маја 2019.

⁶ Решење Републичког геодетског завода 07-3 Број: 952-02-22-5779/2016 од 25.04.2016. године, <http://www.rgz.gov.rs/dokumenta/katastarsko-pravna-praksa>, 1. маја 2019.

⁷ Више о диференцијалним начелима грађанског права вид. код: Д. Николић, *Увод у систем грађанског права*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2017, 120-144.

уговарања која је карактеристична за облигационо право, често се говори и о слободи располагања стварима, као манифестацији начела аутономије воље у стварном праву, али и о слободи завештајног располагања, као његовој рефлексији у домену наследног права.⁸ Идеја о слободи уговарања садржана је у веровању да уговорним странама треба дати могућност да у складу са својим интересима уреде своја међусобна права и обавезе, чиме се подстиче слободан развој њихове личности као и њихова самоодговорност за обавезе које преузимају.⁹

Иако широко постављена, слобода уговарања није неограничена. Њена ограничења се могу груписати у општа и посебна.¹⁰ Док се општа, која важе за све уговоре, испољавају кроз правне стандарде принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, посебна се јављају само код неких врста уговора, и то онда када их законодавац експлицитно пропише.¹¹ При томе, свако ограничење слободе уговарања, било оно опште или посебно, представља одраз својеврсног патерналистичког приступа¹² законодавца према потенцијалним уговарачима, у жељи да се заштите њихови интереси, али и интереси друштвене заједнице. У сваком случају, ограничења слободе уговарања претпостављају постојање легитимног интереса, при чему процена њиховог увођења није ствар правне политике, већ правне филозофије.¹³

У литератури се истиче да слобода уговарања „постоји само у мери у којој врста и садржина уговора гарантују да ће се поштовати циљеви које следи [...] законодавац”¹⁴, односно, само у оној мери у којој је споразум страна „сагласан духу закона”.¹⁵ Из овог се може извести закључак да простирање слободе уговарања треба сагледати спрам укупних циљева иманентних закону. У наведеном смислу треба сагледати и допуштеност неправог уговора о доживотном издржавању. Штавише,

⁸ Више о томе вид. у V. V. Vodinelić, *Građansko pravo – uvodne teme*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, 72-74.

⁹ Вид. С. Baldus, „Römische Privatautonomie“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 210 /2010, Heft 1, 28.

¹⁰ Д. Николић, *op. cit.* 123-127.

¹¹ *Ibid.*

¹² Вид. J. Petersen, „Die Privatautonomie und ihre Grenzen“, *JURA (Juristische Ausbildung - Zivilrecht)* Heft 3/2011, 185.

¹³ С. Baldus, *op. cit.* 19.

¹⁴ Д. Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, број 3/1968, 385.

¹⁵ Докторска дисертације Б. Т. Благојевића, „Уговори по пристанку – формуларни уговори“, објављена у Београду 1934. године, стр. 18, 19 – нав. према М. Вучковић-Радвановић, „Слобода уговарања и 'ини' (друкчији, други)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3/1996, 164-165.

наведена констатација нас наводи на питање да ли се признавањем дејстава неправог уговора о доживотном издржавању подстиче изигравање¹⁶ одредби ЗОН које су осмишљене у правцу заштите интереса примаоца издржавања. Наклоњеност законодавца интересима примаоца издржавања читује се из више решења ЗОН и то: 1) да се пренос права својине или другог имовинског права на даваоца издржавања код редовног уговора о доживотном издржавању одлаже након смрти примаоца издржавања; 2) да је пуноважност овог уговора условљена његовим закључењем у строгој форми коју прати нарочито упозорење јавног бележника о последицама које ће уговор произвести са становишта састава заоставштине примаоца издржавања и његових нужних наследника и 3) да се само условно дозвољава закључење овог уговора са даваоцем издржавања који се у оквиру свог занимања, односно делатности стара о примаоцу издржавања, и то онда када се орган старатељства сагласи са тим уговором.

О сваком од ових аспеката ће бити посебно речи у раду, а њихова укупна анализа указаће на упитност позивања на аутономију воље приликом признавања дејстава неименованом уговору о доживотном издржавању.

3. ПРАВНИ РЕЖИМ НЕПРАВОГ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

3.1. Уговорне стране

Аналогно класичном уговору о доживотном издржавању, и у случају његовог модалитета реч је о уговору који се закључује између примаоца и даваоца издржавања, али се може закључити и у корист трећег лица. На страни примаоца издржавања, увек се ради о неком физичком лицу, које је по правилу старије животне доби, чија је способност за рад битно умањена или је потпуно одсутна и које као такво није у стању да се брине о себи. С друге стране, у улози даваоца издржавања се може јавити свако пословно способно физичко или правно лице, при чему се сходно чл. 196 ЗОН лица, која би се о примаоцу издржавања старала у оквиру свог занимања или делатности, само условно могу јавити у улози даваоца издржавања. Наиме, наведени члан прописује да је „ништав уговор у коме је давалац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако

¹⁶ D. Stojanović, *op. cit.* 387.

претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства.“

С обзиром на то да је ова норма по својој правној природи когентна, делује да она као таква представља границу слободи уговарања, те да је свако одступање од ње недопуштено, укључујући и одступање код евентуалног неименованог уговора о доживотном издржавању. Ипак, овакав закључак не би нужно уследио уколико би се повукла паралела са ставом праксе и доктрине у погледу форме неправог уговора о доживотном издржавању. Наиме, имајући у виду да се код овог уговора у судској пракси одступа од захтева строге форме која важи за редован уговор о доживотном издржавању, не би изненадило ни схватање о могућој суспензији забране из чл. 196 ЗОН. О наведеном питању се, према нашем сазнању, судска пракса до сада није изјаснила, а о њему није расправљано ни у литератури. У циљу избегавања спорова, не би било сувишно регулисати то питање.

3.2. Садржина

У погледу садржине неправог уговора о доживотном издржавању, осим момента преласка својине на одређеној ствари или каквог другог имовинског права са примаоца на даваоца издржавања нема других разлика. То значи да се на основу тог уговора, аналогно чл. 194 ЗОН, давалац издржавања обавезује да примаоцу издржавања обезбеди услове становања, храну, одећу и обућу, одговарајућу негу у случају болести и у старости, трошкове лечења, подмиривања његових свакодневних, уобичајених потреба и да након смрти сахрани примаоца издржавања.

Као што се види, обавезе даваоца издржавања су многобројне и међусобно различите и то како по трајању, обиму, начину и месту извршења, тако и по природи. Њихова тачна садржина зависи од договора уговорних страна, које их споразумно могу и мењати. С друге стране, обавеза примаоца издржавања се увек састоји у преносу права својине на тачно одређеној ствари, односно стварима, или каквог другог имовинског права које постоји у тренутку закључења уговора.

3.3. Форма

У вези са неправим уговором о доживотном издржавању, поставља се питање његове форме, односно да ли се на њега у погледу форме примењују правила која важе за редован уговор о доживотном издржавању или су, пак, услови форме за њега блаже или, чак, строже постављени. Код (класичног) уговора о доживотном издржавању нарочита потреба за заштитом интереса примаоца издржавања проистиче из чл. 195

ЗОН који пуноважност тог уговора условљава нарочито строгом - *ad solemnitatem* формом. Наиме, да би био пуноважан, овај уговор мора бити закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе¹⁷ при чему је јавни бележник, приликом састављања солемнизационе клаузуле, дужан да уговорнике нарочито упозори на то да имовина која је предмет овог уговора не улази у састав заоставштине примаоца издржавања и да се из њене вредности не могу намирити његови нужни наследници. При томе, ова форма је прописана као услов пуноважности наведеног уговора независно од тога да ли се прималац издржавања обавезује да након своје смрти на даваоца издржавања пренесе својину на одређеној покретној или непокретној ствари или каквом другом имовинском праву. Другим речима, чак и када се прималац издржавања обавезује да након своје смрти на даваоца издржавања пренесе неко имовинско право, чији пренос код *inter vivos* правних послова није условљен закључењем у форми *ad solemnitatem* (примера ради, ако се преноси право својине на покретној ствари), озбиљност последица уговора о доживотном издржавању налаже потребу његовог закључења у нарочито строгој форми.

За разлику од одређивања садржине неправог уговора о доживотном издржавању, у погледу форме, судска¹⁸ и јавнобележничка пракса¹⁹ нису нашле за сходну примену правила аналогije. Тако се, према владајућем схватању, на форму неправог уговора о доживотном издржавању имају применити општа правила уговорног права. То значи да се овај уговор, када се њиме на даваоца издржавања преноси право својине на непокретности има закључити у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе²⁰, осим ако је прималац издржавања пословно неспособно лице, када се он има закључити у облику јавнобележничког записа.²¹ Међутим, ако се уговором преноси право својине на покретним стварима или какво друго имовинско право за које законом није прописана посебна форма, има се применити начело консенсуализма, односно неформалности уговора прокламованог чл. 67

¹⁷ Сходно чл. 82 Закона о јавном бележничству, овај уговор се има саставити у облику јавнобележничког записа, уколико се у улози примаоца издржавања јавља пословно неспособно лице које уговором пристаје да се након његове смрти на даваоца издржавања пренесе право својине на његовој непокретности.

¹⁸ Вид. Рев. 236/2014 ВКС, од 25.02.2015. године.

¹⁹ Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије, *op. cit.*

²⁰ Вид. чл. 4 Закона о промету непокретности, „Службени гласник РС“, бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

²¹ Вид. чл. 82, ст. 1, тачка 1) Закона о јавном бележничству.

ЗОО.²² Према мишљењу аутора овог рада, такво схватање је неприхватљиво, тим пре што је код неправог уговора о доживотном издржавању прималац издржавања изложен већем ризику и да је, стога, потребан виши степен опреза и спречавање олаког и непромишљеног закључења ових уговора. Нарочито је проблематично то што се применом општих правила уговорног права у погледу форме, искључује нарочита улога јавног бележника која се састоји у предочавању уговорним странама последица закључења овог уговора и на немогућност намирења нужних наследника примаоца издржавања из имовине која је њиме обухваћена.²³

Оправдање за захтевање блаже форме код неправог уговора о доживотном издржавању судска пракса налази у аргументу да се не ради о уговору наследног права.²⁴ То образложење, према мишљењу аутора овог рада, није прихватљиво, тим пре што иако овај уговор и у односу на даваоца и примаоца издржавања, производи дејство за њихових живота, он ипак резултира озбиљним ефектима који долазе до изражаја тек након смрти примаоца издржавања. Штавише, делује да се незахтевањем строге форме, прималац издржавања, на чијој се страни често јавља правно неуко лице, ускраћује за поуку која би пресудно могла утицати на његову одлуку да ли да уопште приступи закључењу таквог уговора. Наведено тим пре што би нарочито упозорење требало да се односи на предочавање одступања неправог у односу на (класични) уговор о доживотном издржавању, и то у првом реду на околност да његовим закључењем давалац издржавања стиче право да се без даљег питања и одобравања примаоца издржавања упише у катастар непокретности као власник, односно да он по основу закљученог уговора стиче друго имовинско

²² Вид. Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије, *op. cit.*, у коме с упућује на Начелно мишљење седнице Савезног врховног суда бр. 8/1957 од 11. јануара 1957. које је наведено према: Момчило Курдулија, *Приручник за наследно право*, Савремена администрација, Београд 1976, 229-230.

²³ Искључење могућности намирења нужних наследника примаоца издржавања из вредности имовине обухваћене неправим уговором о доживотном издржавању, је према налазима аутора овог рада, једнодушно прихваћено у судској пракси. Вид. пресуду Врховног касационог суда Рев бр. 236/2014 од 25.02.2015. године.

²⁴ Тако се у пресуди Врховног касационог суда, Рев бр. 236/2014 од 25.02.2015. године, између осталог, наводи: „То није уговор наследног права, па за њега не важи услов пуноважности и правног дејства у погледу садржине и форме уговора о доживотном издржавању [...]“. Слично се наводи и у пресуди Апелационог суда у Новом Саду, Гж бр. 25/18 од 13.04.2018. године: „Управо недостатак те наследноправне компоненте (пренос својине после смрти примаоца издржавања), која је битно обележје уговора о доживотном издржавању, повлачи да и захтев облика [...] не мора да буде испуњен.“

право којим потом слободно може располагати.²⁵ Осим тога, упозорење би требало да оде и корак даље у смислу да би примаоцу издржавања требало предочити могућност конституисања неког стварног права на имовини коју преноси на даваоца издржавања ради обезбеђења својих потраживања, о чему ће касније бити више речи.

Истовремено, строжа форма у којој је недвосмислено наведено да је прималац издржавања био упознат са свим правним дејствима неправог уговора о доживотном издржавању би играла велику улогу и у односу на нужне наследнике који разматрају иницирање поступка због повреде нужног дела. Наиме, досадашња судска пракса указује на то да нужни наследници нису упознати са својом правном позицијом у случају када је оставилац располагао својом имовином неправим уговором о доживотном издржавању. Овакав след ствари не чуди, с обзиром на то да се ради о нерегулисаном уговору који производи значајне ефекте које заинтересована лица могу само да претпостављају, али не и да их са сигурношћу знају. Неизвесност позиције нужних наследника у пуној мери долази до изражаја у поступцима покренутим тужбом којом се тражи редукација поклона због повреде нужног дела, у којима се испостави да су сукцесивно, између истих уговарача и поводом исте имовине, најпре закључени (класичан) уговор о доживотном издржавању, а потом уговор о поклону, о чему ће касније бити више речи.

Коначно, игнорисањем строге форме која је прописана за (класичан) уговор о доживотном издржавању и чије непоштовање повлачи санкцију ништавости, одаје се утисак да се неправи уговор о доживотном издржавању дозвољава и толерише као својеврстан „хибрид“ код кога уговорне стране узимају из класичног уговора само оно што им се „свиђа“, што делује неприхватљиво.

3.4. Раскид

На раскид неправог уговора о доживотном издржавању се аналогно примењују правила ЗОН о раскиду (класичног) уговора о доживотном издржавању, и то како правила о раскиду уговора због поремећених односа (чл. 201), тако и она о раскиду уговора због

²⁵ Овде похваљујемо праксу јавних бележника који у солемнизационим клаузулама које се састављају приликом потврђивања неправих уговора о доживотном издржавању упозоравају уговорне стране на чињеницу да је закључење поменутог уговора скопчано са већим ризиком и једно на правне последице уговора. Ипак, као што је истакнуто, овакав вид поуке изостаје у случају да је предмет уговора друга имовинска вредност за чије се располагање не захтева никаква форма.

промењених околности (чл. 202)²⁶ Ипак, примена цитираних чланова мора бити прилагођена модификованим дејствима неправог уговора о доживотном издржавању. Тако, на пример, у случају раскида неправог уговора о доживотном издржавању обавеза враћања оног што је примљено на име његовог испуњења, односно накнаде на име примљеног, не терети само примаоца издржавања, што је случај код (класичног) уговора о доживотном издржавању. За разлику од једностране реституције, обавеза враћања примљеног код неправог уговора о доживотном издржавању је обострана. То значи да ће с једне стране, давалац издржавања бити дужан да примаоцу издржавања врати право својине на ствари коју је претходно стекао или какво друго имовинско право, као и да му надокнади користи које је у међувремену имао од те ствари, односно права.²⁷ С друге стране, остаје обавеза примаоца да даваоцу издржавања надокнади вредност оног што је примио на име испуњења обавезе издржавања. Осим раскида због поремећених односа и промењених околности, могући су и случајеви споразумног раскида уговора, те раскид због неиспуњења обавеза.²⁸

У вези са обавезом даваоца издржавања да врати право својине или какво друго имовинско право примаоцу издржавања, потенцијално се крије проблем у ситуацији да је давалац издржавања пре раскида неправог уговора о доживотном издржавању пуноважно располагао правом које је по основу тог уговора стекао у корист трећег лица. У складу са општим правилима о реституцији, он би у том случају требало да буде обавезан да примаоцу издржавања исплати новчану противвредност примљеног према ценама на дан доношења судске одлуке. Међутим, проблем се јавља у ситуацији када давалац издржавања нема друге имовине из које би прималац издржавања могао намирити своје потраживање.²⁹ Тада би прималац издржавања био ускраћен не само бриге и неге, него и средстава уз помоћ којих би, колико толико, могао да се стара о себи, односно за могућност проналажења другог потенцијалног даваоца издржавања. Овај проблем је код неправог уговора о доживотном издржавању утолико више изражен што се у улози примаоца издржавања, по правилу, јавља старија особа, која је често слабијег здравственог стања, која је зависна од туђе бриге и неге, и која се, по правилу, уговором обавезује да на даваоца издржавања пренесе сву своју вреднију имовину.

²⁶ Вид. чл. 201 и 202 ЗОН.

²⁷ Вид. чл. 132 ЗОО.

²⁸ Више о томе вид. М. Станковић, „Заштита прималаца према правилима о престанку уговора о доживотном издржавању у српском позитивном праву“, *Правни живот* 10/2011, Београд, 558-564.

²⁹ Вид. начело реалне егзекуције у Д. Николић, *op. cit.* 138.

Даље се поставља питање положаја примаоца издржавања који надживи даваоца издржавања. Аналогном применом важећих правила, у случају смрти даваоца издржавања, неправи уговор о доживотном издржавању се не раскида *ex lege*, већ уговорне обавезе прелазе на његовог супружника и потомке. Овде се, међутим, опасност крије у случају да давалац издржавања који умре пре примаоца издржавања, нема супружника и/или потомке, с обзиром на то да би у таквом сплету околности прималац издржавања остао ускраћен за своја права, тј. остао би без туђе неге и помоћи и без имовине из које би могао да подмирује своје потребе. Због тога би приликом законског регулисања неправог уговора о доживотном издржавању требало размотрити могућност проширења круга наследника даваоца издржавања на које би могла прећи обавеза издржавања. Имајући у виду хрватско законодавство, мишљења смо да би обавеза издржавања у том случају требало да терети не само потомке него све наследнике даваоца издржавања који су се прихватили наслеђа, под условом да се они са тиме сагласе.³⁰ Уколико њихова сагласност неоправдано изостане, наследници би били дужни да врате све што је по том уговору стечено, односно у случају немогућности враћања предмета уговора, наследници би били обавезани да надокнаде новчану противвредност оног што је уговором стечено.³¹

Но, и када би се проширио круг наследника на које би могла да пређе обавеза издржавања, не би изостала свака неизвесност за примаоца издржавања, јер је животно замислива и ситуација у којој давалац издржавања нема наследника. У тој констелацији би, сходно чл. 21 ЗОН, даваоца издржавања наследила Република Србија, при чему се одредба чл. 204 ЗОН о преласку обавезе издржавања на њу не би могла применити. Тада прималац издржавања не би могао издејствовати ни враћање пренете имовине позивом на правила о очигледној несразмери узајамних давања, имајући у виду да се правила о прекомерном оштећењу не примењују на уговоре на срећу.³² Другим речима, он би остао и без издржаваоца и без имовине. Због тога је потребно сагледати могућност увођења решења према коме би се, у таквим околностима, неправи уговор о доживотном издржавању сматрао раскинутим *ex lege* у моменту смрти даваоца издржавања који нема наследника. Овакво решење не би било без резона, јер се основано може претпоставити да би у том случају имовински

³⁰ Вид. чл. 588 Закон о обвезним односима Хрватске, Народне новине, „Службени лист Републике Хрватске“ – НН 35/2005; Prilog 3/2012 Hrvatske Javnobilježničke komore – *Ugovor o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju u sudskoj praksi*, Zagreb, 2012, 6.

³¹ *Ibid.*

³² Вид. чл. 139 ст. 5 ЗОО.

интереси државе били далеко мање погођени од интереса примаоца издржавања.

4. МОГУЋИ МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ ПРИМАОЦА ИЗДРЖАВАЊА КОД НЕПРАВОГ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Имајући у виду све до сада речено, очигледно је да је позиција примаоца издржавања код неправог уговора о доживотном издржавању прилично неизвесна, и да постоји низ ситуација у којима његова права по основу овог уговора могу бити угрожена, па чак и осујећена. При томе, неспоран је интерес друштва да се припадницима старије популације, који су зависни од туђе неге и помоћи, обезбеди адекватна заштита и збрињавање. Овај интерес друштво, између осталог, остварује дозвољавањем закључења класичног уговора о доживотном издржавању којим се практично брига о старима са друштва преноси на појединце. Због тога се у литератури истиче да класичан уговор о доживотном издржавању има наглашену социјалну функцију,³³ при чему се не губи из вида ни потреба за обезбеђењем права примаоца издржавања, што се постиже одлагањем момента преноса имовине обухваћене уговором након његове смрти.

Овај вид заштите, међутим, не постоји код неправог уговора о доживотном издржавању. Са тим у вези са намеће дилема да ли је друштвено одговорно препустити слободној вољи припадника старије популације, који по правилу нису довољно вични праву и којима је самим тим лакше манипулисати, да такав уговор закључе без истовременог предвиђања заштитних механизма у њихову корист. У том смислу, делује да би заштитне механизме законодавац свакако требало да предвиди, уз евентуално препуштање примаоцу издржавања, да након што буде упознат са њима, одлучи да ли ће заштити своја права или не. Овде опет скрећемо пажњу, да би у том смислу јавни бележник требало да има кључну улогу, односно да би законом требало прописати његову обавезу подучавања примаоца издржавања о могућим начинима обезбеђења његових потраживања по основу неправог уговора о доживотном издржавању.

У вези са тим, упоредно законодавство и домаћа доктрина нам дају примере могућих средстава обезбеђења потраживања примаоца издржавања према даваоцу издржавања. Тако, на пример, пети део

³³ Вид. Н. Суботић-Константиновић, *Уговор о доживотном издржавању*, Београд, 1968, 7, 8.

швајцарског Грађанског законика (*Zivilgesetzbuch*) којим је уређена материја облигационог права (у даљем тексту OR као скраћеница за *Obligationsrecht*), у чл. 521-529 регулише *Verpfändung* - уговор који по својој садржини одговара неправом уговору о доживотном издржавању. У сврху осигурања потраживања примаоца издржавања који је уговором на даваоца издржавања пренео право својине на непокретности, сходно чл. 523 OR, признаје се законско заложно право (*gesetzliches Pfandrecht*) на тој непокретности. Одговарајуће обезбеђење предвиђа и хрватски Закон о обвезним односима, који осим уговора о доживотном издржавању (изворно: *уговор о доживотном уздржавању*) (чл. 579-585) уређује и *уговор о досмртном уздржавању* (чл. 586-589), који по својој садржини одговара неправом уговору о доживотном издржавању. Наиме, наведени извор у чл. 587 који носи назив *Придржај права стварног терета*, предвиђа могућност примаоца издржавања да на непокретности коју преноси на даваоца издржавања конституише стваран терет издржавања. При томе, појам стварног терета одређен је чл. 246 у вези са чл. 251 хрватског Закона о власништву и другим стварним правима³⁴ као стварно право на непокретности које овлашћује титулара да му се на терет вредности те непокретности, ма у чијем власништву она била, у одређеним временским интервалима дају ствари или учине радње које су садржај тог терета.³⁵ Осим тога, замисливо је да прималац издржавања заштити своје потраживање уношењем у уговор погодбе о упису у катастру непокретности забележбе забране отуђења и оптерећења права својине на непокретности коју преноси на даваоца издржавања, што би јавни бележник требало да констатује у солемнизационој клазули.³⁶ Коначно, своја потраживања прималац издржавања може осигурати и

³⁴ Народне новине, „Службени лист Републике Хрватске“ – НН 91/1996.

³⁵ Овде напомињемо да се право стварног терета спомиње у чл. 60 Закона о основама својинско-правних односа, „Службени лист СФРЈ“, бр. 6/80, 36/90, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/96, „Службени гласник РС“, бр. 115/2005, али у домаћем законодавству није детаљније разрађено.

³⁶ Овде напомињемо да чл. 15 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова, „Службени гласник РС“, бр. 41/2018, 95/2018, 31/2019, који уређује врсте забележби, наводи само забележбу одлуке о забрани отуђења и оптерећења непокретности. Из овог следи да би основ за упис ове забележбе могла да буде само одлука надлежног државног органа, а не и сама уговорна погодба. Ипак делује да би екстензивним тумачењем ове одредбе и напомена јавног бележника у солемнизационој клазули могла да буде прихватљив основ за упис ове забележбе у катастар непокретности. Наиме, јавно бележништво није орган, али је реч о служби од јавног поверења (вид. чл. 2 Закона о јавном бележништву).

конституисањем права доживотног плодуживања³⁷ на непокретности или другом праву које преноси на даваоца издржавања.³⁸

У вези са овим, потребно је запазити да су сва наведена средства обезбеђења потраживања примаоца издржавања, осим права плодуживања које се може конституисати на непокретној, покретној ствари и на праву,³⁹ ограничена на ситуацију у којој је прималац издржавања располагао непокретношћу у корист даваоца издржавања.

5. ПРАВА НАСЛЕДНИКА И ПОВЕРИЛАЦА ПРИМАОЦА ИЗДРЖАВАЊА У ОДНОСУ НА НЕПРАВИ УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

С обзиром на специфичну правну природу неправог уговора о доживотном издржавању, која се огледа у обавезности постојања алеаторности у моменту његовог закључења, наследници, како законски тако и нужни, могу захтевати његов поништај уколико се испостави да он за даваоца издржавања није представљао никакву неизвесност, узимајући у обзир болест или старост примаоца издржавања.⁴⁰ Осим тога, замислива је и ситуација у којој би наследници и повериоци могли захтевати утврђење ништавости овог уговора у хипотези да је он закључен из недопуштене побуде оставиоца да изигра наследнике или повериоце, при чему је давалац издржавања знао или морао знати за такву побуду.⁴¹

Када је реч о правима нужних наследника, према становишту судске праксе, неправи уговор о доживотном издржавању се попут класичног уговора о доживотном издржавању не може нападати због повреде нужног дела. Овде напомињемо да је став домаће судске праксе у супротности са експлицитно прописаним решењем већ поменутог швајцарског *OR* који у чл. 525, став 3 предвиђа да у случају закључења тзв. *Verpfändungsvertrag*, наследници задржавају право на нужни део, те да исти уговор осим нужних наследника могу побијати и повериоци примаоца издржавања. Под претпоставком да је домаћа судска пракса једнодушна по том питању, а делује да јесте, нужни наследници треба да

³⁷ Више о праву плодуживања вид. у: М. Лazić, *Plodouživanje* - doktorska disertacija, Niš 1998.

³⁸ Вид. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* 513; Д. Ђурђевић, *op. cit.* 273.

³⁹ Вид. О. Станковић у: О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право* – девето измењено издање, Номос, Београд 2014, 216.

⁴⁰ По аналогији са чл. 203 ЗОН.

⁴¹ Вид. чл. 53 ЗОО. У том смислу вид. пресуду Апелационог суда у Крагујевцу бр: Гж 1181/11 од 26.05.2011. године.

буду упознати са својим правима у случају да је закључен неправи уговор о доживотном издржавању, што би нарочито требало истаћи приликом његовог нормирања.

Посебну пажњу треба посветити ситуацији када се ови уговори закључују управо са идејом изигравања нужних наследника. Због тога се једно од најзначајнијих, а уједно и најтежих питања у пракси везује за утврђивање каузе конкретног уговора. Наиме, у пракси се неправи уговор о доживотном издржавању најчешће меша са уговором о поклону (који може бити модификован налогом).⁴² Код уговора о поклону важно је да постоји намера даривања (*animus donandi*) и то тако да је уочљиво да евентуално уговорени налог не представља надокнаду за оно што је једна страна добила по основу уговора. То се утврђује одмеравањем односа престација. Уколико између њих постоји знатна несразмера, став доктрине је да се ради о уговору о поклону, а уколико она не постоји, реч је о уговору о доживотном издржавању.⁴³ Ово разликовање је од суштинске важности за заштиту права на нужни део. За разлику од теретних правних послова, међу које се убрајају оба типа уговора о доживотном издржавању, у случају располагања целе или дела имовине добротиним правним послом, нужни наследници имају право на заштиту свог нужног дела.

У овим граничним случајевима кључну улогу имају судови који су до сада, у недостатку прецизних правила, демонстрирали висок степен инвентивности. Као што је у раду већ поменуто, нужни наследници имају нарочито незавидан положај у ситуацији када су сукцесивно, између истих уговарача и поводом исте имовине, закључени најпре (класичан) уговор о доживотном издржавању, а потом уговор о поклону. Као најчешће оправдање за овакав след у закључењу уговора наводи се потреба да се изворним даваоцима издржавања створе услови за лакше кредитно задуживање. Да би се створили услови за олакшано добијање кредита, првобитни прималац издржавања пристаје да уговором о поклону на првобитног даваоца издржавања пренесе право својине на одређеној непокретности. У тим ситуацијама, анализа праксе показује да су судови склони решењу, да је реч о односу између симулованог и дисимулованог правног посла, при чему ће уместо уговора о поклону као симулованог важити неправи уговор о доживотном издржавању као

⁴² Више о налогу вид. у: Ј. Видић Трнинић, М. Ковачевић, „Налог у наследноправном законодавству Србије и осталих земаља Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1619-1639.

⁴³ Вид. Н. Стојановић, *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, 373; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* 510-512.

дисимуловани.⁴⁴ Штавише, у једној од пресуда, суд је нашао да је номинално закључен уговор о поклону између родитеља као поклонодаваца и сина као поклонопримца, према њиховој намери одговарао неправом уговору о доживотном издржавању. Јер, иако су уговорне стране формално закључиле уговор о поклону, син је као поклонопримац усмено пристао да заузврат издржава своје родитеље.⁴⁵ У конкретном случају, налаз суда је утолико спорнији с обзиром на законску, али и моралну обавезу деце да издржавају своје родитеље који су неспособни за рад и немају довољно средстава за издржавање.⁴⁶ Из оваквог тумачења проистиче да се сваки уговор о поклону, накнадним утврђивањем наводне намере поклонодавца и то након његове смрти (што је нарочито проблематично) и на основу тврдњи поклонопримца може преобразити у неправи уговор о доживотном издржавању, чиме се елиминише право нужних наследника да захтевају редукацију поклона због повреде нужног дела.

Осим права нужних наследника, потребно је сагледати и положај поверилаца примаоца издржавања у случају закључења неправог уговора о доживотном издржавању. Будући да до преноса имовинских права са примаоца на даваоца издржавања долази већ за њихових живота, закључење неправог уговора о доживотном издржавању може имати за последицу осујећење намирења потраживања поверилаца примаоца издржавања. Због тога, они могу побијати овакво располагање под условима који важе за побијање теретних располагања.⁴⁷ Ова могућност, пак, не би постојала у случају закључења класичног уговора о доживотном издржавању, с обзиром на то да код њега прималац

⁴⁴ Вид. нпр. Пресуду Другог основног суда у Београду 9П бр. 9867/12 од 21.06.2016. године, у којој се између осталог, наводи: „[...] уговорне стране су накнадно закључујући Уговор о поклону као прикривени споразум, заправо модификовале претходно закључени Уговор о доживотном издржавању којим се прималац издржавања, пок. [...] обавезао да даваоцима издржавања у накнаду за доживотно издржавање, пренесе одмах у својину имовину која је предмет уговора.“

⁴⁵ Вид. Пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж 25/18 од 13.4.2018.

⁴⁶ Вид. чл. 156 Породичног закона, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

⁴⁷ Вид. чл. 281 ЗОО. У условима побијања вид. више у: Н. Мишчевић, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: новчано (и неновчано) потраживање“, *Правна ријеч*, 55/2018, 481-497; Н. Мишчевић, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: време настанка потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018, 1333-1350; Н. Мишчевић, „О значењу термина “dospelost” iz čl. 280, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima: samo dospelost ili i izvršnost potraživanja?“, *Harmonius*, 2018, 130-144.

издржавања задржава право својине, односно друго имовинско право и све користи које из њега могу да проистекну и то све до своје смрти.

6. МОГУЋИ ИЗВОР РЕГУЛИСАЊА НЕПРАВОГ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

На основу свега реченог, делује да је неопходно нормирати неправи уговор о доживотном издржавању како би се отклониле бројне неизвесности које су скопчане са његовим закључењем, пуноважношћу, испуњењем и дејствима. Његово регулисање би у првом реду допринело јачању правне сигурности свих субјеката чија права он непосредно или посредно тангира. Осим тога, прецизирањем правила примењивих на овај уговор би се олакшао рад судова, а вероватно би се допринело и смањењу броја спорова.

У законодавствима која регулишу уговор који по својој садржини одговара неправом уговору о доживотном издржавању, а то су у првом реду швајцарско и хрватско, реч је о уговору који је регулисан одредбама закона, односно регулама оног дела грађанског законика којим су уређени облигациони односи. Наведено је оправдано с обзиром на то да је реч о правном послу који своја суштинска дејства производи за живота уговарача. Ипак, приликом нормирања, не би се смело занемарити дејство овог уговора са становишта састава заоставштине примаоца издржавања и положаја његових нужних наследника. Због тога делује да га не би требало регулисати одвојено од редовног уговора о доживотном издржавању.

7. ЗАКЉУЧАК

У раду је анализиран правни режим неправог уговора о доживотном издржавању и то како из угла правила која је изградила судска пракса, тако и са теоријских становишта која би требало размотрити приликом његовог нормирања. Истакнуто је да је реч о неименованом уговору код кога се, по аналогiji са регулисаним уговором, једна страна (прималац издржавања) обавезује да *за живота* пренесе право својине на одређеној ствари или стварима, односно какво друго право на даваоца издржавања, а да ће заузврат друга страна (давалац издржавања) бити дужна да је до краја живота издржава и да је сахрани. Досадашња пракса и доктрина једнодушно су прихватиле овај уговор паушално се позивајући на начело аутономије воље из чл. 10 Закона о облигационим односима, занемарујући притом циљеве који су иманентни одредбама Закона о наслеђивању које су недвосмислено осмишљене у правцу заштите интереса примаоца издржавања.

С обзиром на то да овај уговор егзистира у судској пракси упркос чињеници да је скопчан са бројним ризицима за примаоца издржавања и да као нерегулисани уговор отвара низ питања, у раду аутори пледирају за његово нормирање уз предочавање следећих смерница: 1) овај уговор треба регулисати законом којим се уређује материја облигационог права, при чему га не би требало раздвајати од редовног уговора о доживотном издржавању; 2) у вези са овим уговором треба експлицитно регулисати да ли је дозвољено његово закључење са даваоцима који услуге издржавања пружају у оквиру свог занимања; 3) за његово закључење треба прописати строгу *ad solemnitatem* форму уз нарочито улогу јавног бележника у погледу упозоравања на све ризике и последице уговора; 4) у случају раскида уговора, потребно је предвидети дужност обостране реституције оног што је примљено на име његовог испуњења; 5) у случају да прималац издржавања надживи даваоца издржавања, потребно је предвидети могућност преласка обавезе на све даваоцеве наследнике који на то пристану; 6) у случају да давалац умре пре примаоца издржавања, а да при том нема наследнике, треба размотрити опцију *ex lege* раскида уговора; 7) треба предвидети средства обезбеђења потраживања примаоца издржавања; 8) треба прецизирати права нужних наследника, тј. да ли они могу побијати овај уговор због повреде нужног дела; 9) потребно је изричито предвидети право поверилаца примаоца издржавања чија су потраживања осујећена његовим закључењем да га побијају под условима који важе за побијање теретних располагања.

РЕФЕРЕНЦЕ

Антић, О., Балиновац, З., *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд, 1996.

Благојевић, Б., *Уговори по престанку – формуларни уговори – докторска дисертација*, објављена у Београду 1934. године.

Видић Трнинић Ј., Ковачевић М., „Налог у наследноправном законодавству Србије и осталих земаља Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018.

Вучковић-Радовановић, М., „Слобода уговарања и 'ини' (друкчији, други)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3/1996.

Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, Правни факултет у Београду, Београд, 2015.

Курдулија, М., *Приручник за наследно право*, Савремена администрација, Београд, 1976.

Лazić М., *Plodouživanje - doktorska disertacija*, Niš, 1998.

Мишчевић, Н., „Активна легитимација за побивање правних радњи дужника изван стећаја: новчано (и неновчано) потраживање“, *Правна riječ*, 55/2018.

Мишчевић, Н., „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: време настанка потраживања“, *Зборника радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018.

Мишчевић, Н., „О значењу термина “dospelost” из чл. 280, ст. 1 Закона о obligacionim odnosima: samo dospelost ili i izvršnost потраживања?“, *Harmonius* 2018.

Николић, Д., *Увод у систем грађанског права*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2017.

Станковић, М., „Заштита прималаца према правилима о престанку уговора о доживотном издржавању у српском позитивном праву“, *Правни живот* 10/2011, Београд.

Станковић О., Орлић М., *Стварно право – девето неизмењено издање*, Номос, Београд 2014, 216.

Стојановић, Н., *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011.

Stojanović, D. „Sloboda ugovaranja i javni poredak“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, број 3/1968.

Суботић-Константиновић, Н., *Уговор о доживотном издржавању*, Београд, 1968.

Baldus, C., „Römische Privatautonomie“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 210 /2010, Н. 1.

Hrvatska Javnobilježnička komora – *Ugovor o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju u sudskoj praksi*, Zagreb, 2012.

Petersen, J., „Die Privatautonomie und ihre Grenzen“, *Juristische Ausbildung – Zivilrecht*, 3/2011.

Sloboda MIDOROVIĆ

Teaching Assistant University of Novi Sad, Faculty of Law

Milica KOVAČEVIĆ

Sloboda MIDOROVIĆ

Teaching Assistant University of Novi Sad, Faculty of Law

FREEDOM OF CONTRACT AND ITS LIMITS WITH REGARD TO THE „IRREGULAR“ LIFETIME MAINTENANCE CONTRACT

Summary

The paper analyzes a legal regime of the so-called irregular lifetime maintenance contract from the viewpoint of the rules that have so far been elaborated in the case law, as well as from the perspective of contemplations that should be taken into account by the legislator when regulating it. Contrary to the stance taken by the settled case law and the doctrine, which unanimously and uncritically favour this type of contract relying thereby on the Art. 10 of the Law of Obligations that stipulates the principle of autonomy of the will, the authors point at the numerous risks that are inherent to it, challenging thereby its concordance with the aims expressed in the Law of Inheritance. The authors also offer solutions for various aspects that could come into play in relation to this contract, suggesting at the same time an abandonment of the well-entrenched stance of the practice in relation to its form.

Keywords: *irregular lifetime maintenance contract, autonomy of the will, form of the contract, securing of claims, status of forced heirs.*

Виолета В. Ћулафић*

Министарство заштите животне средине Републике Србије

ЕКОЛОШКА ДИМЕНЗИЈА КОНЦЕПТА ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ КОМПАНИЈА

Апстракт: Значајан број релевантних теоретичара из области права, економије, филозофије и социологије последњих деценија интензивно се бави концептом друштвене одговорности компанија, па је он, и поред суштинских дилема, бројних отворених питања и различитих модела, ипак широко прихваћен. Након дефинисања основних појмова, сагледавања еволутивног пута, аутор анализира еколошку димензију концепта друштвене одговорности компанија. Наиме, заштита и унапређење животне средине, услед експанзије еколошких проблема и све већег притиска јавности, у савременим условима пословања, представљају једну од најзначајнијих сфера примене концепта друштвено одговорног пословања. Реч је о комплексном концепту који се временом мењао и прилагођавао актуелним друштвеним збивањима. Суштина проблема овог концепта, пред којим се налазе развијене, али и државе у развоју, пре свега је у адекватном опредељењу и сагледавању његових позитивних и негативних страна, а не у томе да ли га треба прихватити.

Циљ рада је да се, са аспекта компанијског права, укаже на могуће правце у разрешавању најзначајнијих дилема, што ће омогућити даљу афирмацију друштвене одговорности компанија, као једног од најважнијих принципа савременог пословања, а посебно његове еколошке димензије.

Кључне речи: *друштвена одговорност компанија, еколошка димензија, заштита и унапређење животне средине, волонтаристички приступ, регулаторни приступ.*

1. ПОЈАМ, ДЕФИНИЦИЈЕ И ИЗВОРИ ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ КОМПАНИЈА

Тридесетих година XX века почињу озбиљније теоријске расправе о друштвеној улози и значају великих компанија. Концепт друштвене одговорности компанија истинску афирмацију доживљава тек крајем

* Самостални саветник, Докторанд Правног факултета Универзитета у Београду, Violeta.Culafic@ekologija.gov.rs

прошлог века када мултинационалне компаније пажњу јавности почињу да скрећу својим друштвено неодговорним понашањем, а посебно је актуелизован почетком XXI века, у условима економске кризе.¹ Савремено схватање концепта друштвено одговорног пословања настало је као резултат развоја мултинационалних компанија али и глобализације тржишта, у којем се његово дефинисање креће у оквирима три димензије – економског развоја, екологије и људских права.²

Концепт друштвене одговорности компанија данас привлачи све већу пажњу теоретичара како из области компанијског права, тако и економије, филозофије и социологије. Такође, бројне међународне организације и тела поклањају велику пажњу овом концепту (поготово његовој еколошкој димензији), тако што (не)формално стимулишу компаније да се према друштву понашају одговорно. С тим у вези, бројне су и значајне дефиниције ових организација које се баве неким аспектом промовисања и институционализације друштвено одговорног пословања. Имајући у виду да је реч о мултидисциплинарној теми, сасвим је разумљиво да постоје различити, често и дијаметрално супротни приступи у појмовном одређењу, дефинисању и начину примене концепта друштвене одговорности компанија. У теорији, већина аутора усваја, користи и анализира израз *Corporate Social Responsibility (CSR)* за који, у српском језику не постоји усаглашен и општеприхваћен превод. Најчешће се користи буквални превод овог израза – друштвена одговорност компанија, корпоративна друштвена одговорност, као и друштвено одговорно пословање.

Имајући у виду да је реч о динамичном и комплексном концепту, тешко га је дефинисати на традиционалан начин. У литератури постоји велики број дефиниција овог концепта које му прилазе са различитих аспеката, али се ниједна не може окарактерисати као свеобухватна и универзална. Чињеница да напор великог броја аутора да пружи општеприхватљиву дефиницију није уродио плодом потврђује став да је реч о комплексном и динамичном концепту. У теорији и међународним документима заступљена су најразноврснија, често и директно супротстављена и сукобљена мишљења.³ Као илустрацију изнетог става, наводимо примере дефиниција које су најчешће цитиране у литератури:

¹ М. Васиљевић, „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни живот* 11/2010, 41.

² М. Blowfield, J. G. Frynas, “Setting new agendas: Critical perspectives on Corporate Social Responsibility in the developing world”, *International affairs*, 2005, 499-513.

³ V. V. Čulafić, „Društvena odgovornost kompanija u uslovima ekonomske krize“, *Pravno-ekonomski pogledi* 2/2013, 64-65.

„Друштвена одговорност компанија је начин пословања који подразумева економску профитабилност, извршавање закона, етичко понашање и пружање подршке друштву.“⁴

„Друштвена одговорност компанија представља њихово опредељење за унапређење добробити заједнице кроз дискреционе пословне праксе и доприносе на рачун компаније.“⁵

„Друштвена одговорност је обавеза свих који послују уз циљ да максимизирањем профита максимизирају и позитиван утицај свог пословања на друштво, а минимизирају негативан утицај.“⁶

С обзиром да је концепт друштвене одговорности компанија уско везан за концепт одрживог развоја, сматрамо да је од изузетног значаја дефиниција Светског пословног савета за одрживи развој, према којој „Друштвена одговорност компанија представља континуирано залагање компаније да се етички понаша уз непрестани допринос економском развоју друштва и побољшању квалитета живота“.⁷ Међутим, најшире прихваћену, најчешће анализирану и цитирану дефиницију дала је Европска комисија 2001. године, као истински и кључни промотер и регионални чинилац у развоју овог савременог концепта, у најважнијем документу на тему друштвене одговорности компанија, универзално познатом као Зелени документ (*Green paper*). У њему се друштвена одговорност компанија дефинише као „Концепт у складу са којим компаније интегришу захтеве социјалне и еколошке природе у своје пословне активности и интеракцију са заинтересованим субјектима (стејкхолдерима), и то на добровољној основи..., не само испуњавајући законске обавезе, већ чинећи више од усклађивања са законским обавезама, инвестирајући „више“ у људске ресурсе, заштиту животне средине и односе са стејкхолдерима.“⁸

Имајући у виду све наведене дефиниције, закључујемо да постизање баланса између економских интереса с једне, и друштвених и еколошких потреба и поштовања прописа с друге стране, представља заједнички циљ свих компанија којем оне треба да стреме.

⁴ A. B. Carroll, “The Pyramid of Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders”, *Business Horizons*, 34(4), 1991, 39-48.

⁵ F. Kotler, N. Li, *Korporativna društvena odgovornost, učiniti najviše za svoju kompaniju i za izabrani društveni cilj*, Beograd, 2007, 3.

⁶ K. Krkač, „Temeljna pitanja korporacijske društvene odgovornosti“, *Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku društvenu odgovornost* (ur. K. Krkač), Zagreb, 2007, 224.

⁷ <http://www.mallenbaker.net/csr/definition.php> 3. мај 2019. године.

⁸ *Green Paper – Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility*, Commission of the European Communities, 2001, 8. http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-01-9_en.pdf 2. мај 2019. године.

Извори друштвене одговорности компанија су бројни и разнолики. С једне стране, реч је о међународно јавноправним изворима, од којих се по свом значају издвајају *OECD водич (OECD Guidelines)* и *Декларација о основним принципима и правима из рада Међународне организације рада (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)*. С друге, пак, стране, постоји више врста приватноправних извора. То су, пре свега кодекси корпоративног управљања (*Code of Corporate Conduct*), у којима су садржана упутства и забране одређених врста понашања; затим иницијативе које се односе на носиоце различитих интереса (*Multistakeholder Initiatives*) и могу уређивати конкретна питања из домена друштвене одговорности компанија; као и иницијативе настале у финансијском сектору, а тичу се друштвено одговорног инвестирања (*Socially Responsible Investment*) и др. Наведени инструменти друштвене одговорности компанија нису обавезујућег карактера, држава их не доноси, нити обезбеђује њихову примену, већ припадају тзв. меком праву (*soft law*), за разлику од правила националног права (*hard law*).⁹

Концепт друштвене одговорности компанија временом се мењао и еволуирао. Под организованим притиском јавности, компаније почињу темељније да разматрају друштвене проблеме и приступају им стратешки, чиме долази до радикалних промена у односима компанија и друштва. Постепеним укључивањем друштвене одговорности у дугорочну пословну стратегију, начињен је круцијални заокрет од формалног – декларативног опредељења ка истинском – системском деловању у сфери друштвене одговорности компанија.

2. ЕКОЛОШКИ ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНО ПОСЛОВАЊЕ

Друштвено одговорно пословање погрешно је поистовећивати са еколошки друштвено одговорним пословањем компанија. Наиме, њихов однос карактерише однос општег и посебног, целине и једног њеног сегмента. С тим у вези и појам „еколошки друштвено одговорно пословање“ ужи је од појма друштвене одговорности компанија. Дефинисање еколошки друштвено одговорног пословања, без обзира што је реч о ужем сегменту, није нимало једноставније од дефинисања самог концепта друштвене одговорности компанија.

Најшире посматрано, еколошки друштвено одговорно пословање може се дефинисати као пословање на основу којег компанија има обавезу да предузме разумне мере како би се суздржала од загађења животне

⁹ З. Арсић, „Друштвена одговорност корпорација“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 45-52.

средине, а када је то могуће да помогне другима да учине исто, уз могућност проширивања пасивне обавезе уздржавања од загађења животне средине и на активну обавезу унапређивања еколошких услова.¹⁰

Као што смо већ истакли, Европска комисија објавила је *Зелени документ*, најважнији акт на тему друштвене одговорности компанија, а у њему су наведени и детаљно описани концепти и методологија успостављања и бржег развоја заједничких истраживања тема еколошки друштвено одговорног пословања, у контексту друштвено одговорног пословања компанија.

Савремено пословање је под изузетно јаким утицајем глобалних економских, еколошких и уопште друштвених изазова. У таквој пословној клими само компаније које уважавају принципе еколошки друштвено одговорног пословања и инкорпорирају их у своје дугорочне пословне стратегије и циљеве, карактеришу се као еколошки свесне и савесне. За компаније које су еколошки друштвено одговорно оријентисане од посебног значаја су еколошки стандарди уз помоћ којих оне могу прецизно да сагледају и утврде утицај који остварују на животну средину. Од примарног значаја су стандарди које је успоставила *Међународна организација за стандардизацију (International Standard Organization)* – ISO 14 001 стандарди. Такође, значајни су и *EMAS стандарди (Eco-management and audit scheme)*, које је Европска комисија развила, а усвојени су од стране Европског парламента и савета Регулацивом (ЕС) 1221/2009. Битно је истаћи да су ISO 14 001 стандарди саставни део EMAS-а, те да представљају њихову унапређену верзију.

Све присутнији проблеми глобалног загревања и озонског омотача, погубне последице по биодиверзитет и све учесталије еколошке катастрофе учинили су да еколошка свест и савест јавности почну да јачају. Све то допринело је да се еколошким иницијативама и уопште еколошки одговорном пословању, у контексту друштвено одговорног пословања, у теорији и пракси посвети одговарајућа пажња и да адекватан значај.

3. ВОЛУНТАРИСТИЧКИ И РЕГУЛАТОРНИ ПРИСТУП КОНЦЕПТУ ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ КОМПАНИЈА

Иако се у теорији неретко оспорава, па и негира постојање концепта друштвене одговорности компанија, као правног појма, значајан број еминентних теоретичара аргументовано брани став да он постоји, и

¹⁰ B. J. Richardson, B. Sjøfjell, *Company Law and Sustainability – Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 26.

то не само у моралном смислу, већ и као правна обавеза.¹¹ Наведено оспоравање је последица тежњи да се примена концепта друштвене одговорности компанија обезбеди нормама које су на средини пута између права и морала, као што су *obligaciones naturales*.¹² С тим у вези, оправдано се намеће питање да ли управи треба препустити одлуку о томе да пословање компаније организује тако да буде друштвено одговорно или му, пак одређене обавезе према друштву наметнути законом? Другим речима, да ли предност треба дати добровољном концепту друштвене одговорности компанија (волунтаристички приступ) или концепту утемељеном на обавезујућим законским прописима (регулаторни приступ)?

Концепт друштвене одговорности компанија нашао се на удару критике због његовог добровољног карактера, а као најчешћи аргумент наводи се да ће компаније користити друштвену одговорност као изговор за избегавање неопходних правила.¹³ Неефикасност и неуспех волунтаристичког приступа учача се знатно пре његовог промовисања на глобалном нивоу, крајем прошлог и почетком овог века. Данас је тај неуспех још евидентнији. У прилог томе иде и чињеница да последњих неколико година друштвена заједница и носиоци јавне власти компанијама интензивно упућују све већи број захтева за друштвено одговорним понашањем на свим нивоима (националном, регионалном, глобалном) у форми обавезујућих правних прописа. Дакле, поштовање суштинских вредности концепта друштвене одговорности компанија значајним делом се остварује њиховом имплементацијом у позитивне законске оквире, иако се овај концепт, додуше декларативно, темељи на принципу добровољности. Све су то разлози због којих регулаторни приступ концепту друштвене одговорности компанија у литератури има све више присталица. Међутим, сам регулаторни приступ не може се сматрати искључивим и неприкосновеним решењем за ефикасну имплементацију овог концепта; наиме, свођењем концепта искључиво на поштовање и примену обавезујућих правних прописа, довело би у питање његову суштину (добровољност) и у значајној мери демотивисало компаније да пруже још више и иду даље преко императивно утврђених стандарда понашања.¹⁴ Имајући у виду претходно изнето, недвосмислено се намеће закључак да је потребно радити на узајамном приближавању волунтаристичког и регулаторног приступа у примени концепта

¹¹ М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 5.

¹² В. Савковић, „Друштвена одговорност компанија“, *Правни живот*, 12/2009, 427.

¹³ З. Арсић, 45.

¹⁴ В. Савковић, 431-432.

друштвене одговорности компанија; ово тим пре, што искључива примена било ког од ова два приступа, сама по себи, није ефикасна.

Неопходност узајамног приближавања волунтаристичког и регулаторног приступа у примени концепта друштвене одговорности компанија посебно долази до изражаја приликом сагледавања еколошке димензије овог савременог концепта. Наиме, изналажење и успостављање баланса између потребе да се компанијама да што више слободе у уређивању еколошких питања и неопходности да се наметну строга правила нормама еколошког права, са једне, и успостављање равнотеже између обавезе да се компаније понашају еколошки друштвено одговорно и потребе да се допринесе остваривању економског просперитета државе у којој послују, с друге стране, представљају изазове са којима се теоретичари овог концепта најчешће суочавају.¹⁵

Пракса је показала да су инструменти саморегулисања недовољно ефикасни, као и да не искључују могућност бројних злоупотреба. Наиме, добровољно и самоиницијативно развијање стратегије еколошки друштвено одговорног пословања у великој мери утиче на репутацију компаније на тржишту. Прецизније, компаније граде своју репутацију, између осталог, и коришћењем тзв. чистих технологија, употребом рециклираних материјала, унапређивањем енергетске ефикасности, смањењем употребе необновљивих извора енергије, рационалном потрошњом обновљивих природних ресурса и др. Такође, инвестирањем у еколошки друштвено одговорно пословање, његову промоцију и развој, на сопствену иницијативу и из волунтаристичких побуда, компанија унапређује у јавности слику о себи, али и међу стејкхолдерима, постаје интересантна потрошачима који су еколошки свесни и одговорни, чиме јача своју улогу на тржишту. Међутим, постоји оправдана бојазан од злоупотребе волунтаристичког приступа еколошкој димензији концепта друштвене одговорности компанија онда када компаније увођење, стратешко планирање и имплементирање политике еколошки одговорног пословања виде искључиво као пречицу за стицање репутације и конкурентности на тржишту, затим привлачење потрошача и инвеститора, као и остваривање и повећање профита, које у том случају може бити само краткорочно. Како до наведене злоупотребе не би дошло, потребно је да држава својим механизмима уреди ова питања али и санкционише компаније које не воде рачуна о заштити и унапређењу животне средине, у мери у којој је то пожељно, или пак то чине само фиктивно, што нас доводи на терен регулаторног приступа. Дакле, само синергијским

¹⁵ P. Chaskiel, M-G. Suraud, "La responsabilité sociale environnementale des entreprises: une réponse économique à la politisation de la production", *Revue française de socio-économie*, 2009,101.

деловањем компанија и државе, еколошка димензија друштвено одговорног пословања може остварити своју пуну сврху – остваривање профита уз пуно поштовање и спровођење принципа заштите и унапређења животне средине.

ЗАКЉУЧАК

Концепту друштвене одговорности компанија последњих деценија се са правом поклања изузетна пажња на теоријском и практичном плану. Упоредна анализа теза, ставова, дефиниција, закључака великог броја релеватних теоретичара, али и међународних тела и организација, који се интензивно баве овим концептом показује да је он, и поред суштинских дилема и бројних отворених питања, различитих модела, ипак широко прихваћен. Приступ концепту друштвене одговорности компанија временом се мењао и прилагођавао актуелним друштвеним збивањима, да би данас постао један од најважнијих принципа савременог пословања.

Одрживи развој као савремен концепт прожима готово све сфере пословног и друштвеног живота, истовремено наглашавајући значај заштите и унапређења животне средине. Еколошки притисак јавности временом се повећавао, а упоредо са њим и захтеви који се постављају компанијама, у циљу повећања квалитета животне средине. У савременим условима тржишта и пословања, посебан значај придаје се еколошкој димензији пословања, која апострофира друштвену одговорност компанија по питању одрживог коришћења (не)обновљивих природних ресурса, а у циљу очувања, заштите и унапређења животне средине. Како би оствариле што већи профит, компаније изналазе најразличитије начине да удовоље све израженијим захтевима јавности и потрошача и том приликом се суочавају са комплексним проблемима. Наиме, иновативност и постизање високог квалитета производа и услуга за последицу, по правилу имају нарушавање еколошког баланса, што намеће потребу системског и стратешког приступа еколошкој димензији друштвено одговорног пословања. Еколошки друштвено одговорно пословање подразумева превазилажење минималних стандарда у сфери пословања компанија, чији је крајњи циљ ублажавање негативних последица пословања на животну средину.

Компаније су саставни и неодвојиви део друштва, па је њихово изоловано посматрање непродуктивно, а њихово значајно активније учешће у креирању бољег и хуманијег друштва, кроз овај концепт, не сме бити доведено у питање. Такође, компаније, као што смо претходно истакли, имају велику моћ па у агресивној трци за профитом не смеју занемарити решавање друштвених, посебно еколошких проблема, а све у циљу заштите и очувања животне средине.

На крају, закључујемо да је концепт друштвено одговорног пословања компанија незаменљив, утемељен на сарадњи стејкхолдера и компаније и концепт који нема алтернативу, посебно имајући у виду његову еколошку димензију. Прецизније, реч је о концепту чији неуспех у условима савременог пословања није опција.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Арсих, З., „Друштвена одговорност корпорација“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 45-52.

Blowfield, M., Frynas, J. G., “Setting new agendas: Critical perspectives on Corporate Social Responsibility in the developing world”, *International affairs*, 2005, 499-513.

Васиљевић, М., „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 5-28.

Васиљевић, М., „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни живот* 11/2010, 5-75.

Green Paper – Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility, Commission of the European Communities, 2001.

Kotler, F., Li, N., *Korporativna društvena odgovornost, učiniti najviše za svoju kompaniju i za izabrani društveni cilj*, Beograd, 2007.

Krkač, K., „Темелјна питања корпорацијске друштвене одговорности“, *Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku društvenu odgovornost* (ur. K. Krkač), Zagreb, 2007.

Richardson, B. J., Sjøfjell, B., *Company Law and Sustainability – Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Савковић, В., „Друштвена одговорност компанија“, *Правни живот* 12/2009, 425-436.

Џулафић, V.V., „Друштвена одговорност компанија у условима економске кризе“, *Правно-економски погледи* 2/2013, 63-72.

Carroll, A. B., “The Pyramid of Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders”, *Business Horizons*, 34(4), 1991, 39-48.

Chaskiel, P., Suraud, M-G., “La responsabilité sociale environnementale des entreprises: une réponse économique à la politisation de la production”, *Revue française de socio-économie*, 4/2009, 99-116.

Violeta V. Ćulafić, Master of Laws
Senior Advisor, Ministry of Environmental Protection of the Republic of Serbia

ECOLOGICAL DIMENSION OF THE CONCEPT OF SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE COMPANY

Summary

A significant number of relevant theoreticians in the field of law, economics, philosophy and sociology of the last decades have been intensively involved in the concept of corporate social responsibility, which, despite the fundamental dilemmas of numerous open questions and different models, is widely accepted. After defining the basic concepts, the evolutionary vision, the author analyzes the ecological dimension of the concept of corporate social responsibility. Namely, the protection and improvement of the environment, due to the expansion of environmental problems and the growing pressure of the public, in modern business conditions, are one of the most important spheres of application of the concept of corporate social responsibility. It is a complex concept that has changed over time and adapted to current social developments. The essence of the problem of this concept, which is developed, but also of the developing countries, is primarily in the proper definition and consideration of its positive and negative sides, rather than whether it should be accepted. The aim of the paper is to point out, from the aspect of company law, possible directions in resolving the most important dilemmas, which will enable further affirmation of corporate social responsibility as one of the most important principles of modern business, especially its ecological dimensions.

Key words: *corporate social responsibility, environmental dimension, protection and improvement of the environment, voluntary approach, regulatory approach.*

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

НАУЧНИ скуп са међународним учешћем Право у функцији развоја друштва (2019 ; Косовска Митровица)

Право у функцији развоја друштва : зборник радова = The Role of Law in Social Development : collection of papers. Том 2 / [главни и одговорни уредник Дејан Мировић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета, 2019 (Краљево : Кварк). - 438 стр. ; 25 cm

"Научни скуп са међународним учешћем одржан је 24. маја 2019. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици" --> насл. стр. - Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-86-6083-060-1

1. Уп. ств. насл.
а) Право -- Зборници

COBISS.SR-ID 276475404